

ORGANIZADORES:
ANIZIO PIRES GAVIÃO FILHO
ROGÉRIO GESTA LEAL

COLEÇÃO

TUTELAS À EFETIVAÇÃO DE DIREITOS INDISPONÍVEIS

PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO — MESTRADO



PORTO ALEGRE, 2016



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

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

COLEÇÃO
TUTELAS À
EFETIVAÇÃO DE
DIREITOS
INDISPONÍVEIS

PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – Mestrado

© FMP 2016

CAPA: Adriana de Lima Pedroski

DIAGRAMAÇÃO: Liquidbook | tecnologias para publicação

REVISÃO DE TEXTO: Liquidbook | tecnologias para publicação

EDITOR: Rafael Martins Trombetta | Liquidbook

RESPONSABILIDADE TÉCNICA Patricia B. Moura Santos

Fundação Escola Superior do Ministério Público

Inscrição Estadual: Isento

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

Porto Alegre – RS – CEP 90010-350

Fone/Fax (51) 3027-6565

E-mail: fmp@fmp.com.br

Website: www.fmp.com.br

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação

CIP-Brasil. Catalogação na fonte

C691 Coleção tutelas à efetivação de direitos indisponíveis [recurso eletrônico] / organizadores: Rogério Gesta Leal, Anizio Pires Gavião Filho. – Dados eletrônicos – Porto Alegre: FMP, 2016. 302 p.

Modo de acesso: <<http://www.fmp.edu.br/serviços/285/publicacoes>>

ISBN 978-85-69568-04-9

1. Direitos Humanos. 2. Garantias. 3. Democracia. 4. Direitos Sociais. I. Leal, Rogério Gesta. II. Gavião Filho, Anizio Pires. III. Título

CDU: 342:7

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

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

Apresentação

○ Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público dá a conhecer à comunidade científica a sua *Coleção Tutelas à Efetivação dos Direitos Indisponíveis*, resultado de reflexões sobre questões que guardam relação com a área de concentração e linhas de pesquisa do seu Mestrado em Direito.

A partir do recorte epistemológico na área de concentração sobre as tutelas à efetivação dos direitos indisponíveis, a pesquisa no âmbito do Mestrado em Direito da Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público acha-se orientada a uma linha que cuida das tutelas à efetivação dos direitos públicos incondicionados e outra que trata da tutela à efetivação dos direitos transindividuais.

A pesquisa sobre as tutelas à efetivação dos direitos públicos incondicionados trata das discussões em torno das demandas relacionadas ao reconhecimento da existência de interesses e direitos da coletividade como um todo, notadamente os que se referem à questão da segurança pública, das políticas preventivas e curativas de enfrentamento da corrupção, das medidas necessárias às ações do mercado que violam posições jurídicas definitivas e *prima facie* dos direitos fundamentais, em especial aqueles relacionados às novas espécies de criminalidade e ilícitos corporativos.

É nesse contexto de estudos que se acham inseridas as investigações sobre as patologias corruptivas e os interesses públicos indisponíveis, bem como sobre as relações tensionais entre o multiculturalismo, a criminalidade e sua responsabilidade. Uma das questões centrais coloca exatamente o problema da complexidade da sociedade contemporânea, com suas diferenças culturais, étnicas, políticas e religiosas ante a necessidade de unidade e ordenação dos sistemas jurídicos. Outro desafio da sociedade complexa e também objeto de investigação diz respeito à permanente tensão entre os direitos de liberdade e a proteção de bens coletivos juridicamente pro-

tegidos como a segurança pública, notadamente em face das esferas de macrocriminalidade. Igualmente, acham-se abarcadas nesse espaço institucionalizado de pesquisa científica as discussões sobre o mercado e suas relações negociais e contratuais, públicas e privadas, temática que remete à disciplina das relações entre o próprio mercado, a sociedade e o Estado.

A concretização dessas atividades de investigação no âmbito do Mestrado em Direito da Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público se acha materializada nos trabalhos de Grupos de Pesquisa.

Assim, o Grupo de Pesquisa sobre as *Patologias Corruptivas* tem por objeto analisar o fenômeno da corrupção a partir de suas multifacetadas perspectivas sociais, institucionais, políticas, filosóficas e jurídicas, constituindo matrizes teóricas para dar conta da complexidade da matéria, bem como analisar mecanismos efetivos de prevenção e combate à corrupção, nos âmbitos tanto jurídico como político e administrativo, estudando casos já existentes no particular. É nesse âmbito de estudo que se insere a investigação de Rogério Gesta Leal que trata dos *Fundamentos filosóficos e políticos da responsabilidade penal das pessoas jurídicas por atos de corrupção*, texto aqui dado para publicação.

O Grupo de Pesquisa *Ressignificação dos marcos teóricos e epistêmicos do constitucionalismo moderno/colônias*, que se propõe a olhar para os sujeitos e saberes tradicionalmente subalternizados, investiga a ideia de constitucionalismo como preservação de certas regras jurídicas fundamentais que seriam limitadoras do poder estatal e garantiriam as liberdades individuais. Nessa investigação, discute-se o constitucionalismo de uma forma diferente, ou seja, com o objetivo de ir além da perspectiva "deslocalizada" do conhecimento. O objetivo desse estudo é construir o discurso constitucional não como um saber oriundo de sujeitos universais que produziram verdades universais, mas como um discurso que se fortalece a

partir de um determinado tempo e lugar. É exatamente disso que trata o texto *Imigração e direitos sociais: para além das fronteiras imaginárias*, de Raquel Fabiana Lopes Sparemberger, dado para publicação.

O Grupo de Pesquisa que propõe uma discussão sobre os *Crimes culturalmente motivados* tem em mira investigar o fenômeno das práticas delitivas que apresentam como motivação fatores de ordem cultural decorrentes de condutas de grupos étnicos ou nacionais minoritários que seguem valores e normas diversos dos da cultura dominante, e como isso pode se projetar para o tema da proteção e responsabilização de interesses e direitos indisponíveis. A investigação de Bruno Heringer Jr. desenvolvida no texto *A cor da pele: a evolução histórica do Direito penal brasileiro* remete para esse contexto de pesquisa.

O Grupo de Pesquisa que investiga o *Processo de formação e desenvolvimento dos princípios e garantias processuais* propõe um olhar sobre o exame das fontes primárias atinentes aos sistemas acusatório, inquisitivo e misto. É para esse âmbito de investigação que remete o texto *Análise judicial do auto de prisão em flagrante: linhas para uma necessária adequação constitucional e convencional*, de Mauro Fonseca Andrade e Rodrigo da Silva Brandalise.

O Grupo de Pesquisa *Processo, democracia e decisão jurídica*, com recorte sobre a autonomia do Direito e as garantias processuais dos bens públicos indisponíveis em democracias constitucionais, visa a investigar as relações entre processo, democracia e autonomia do Direito no arranjo dos Estados constitucionais contemporâneos. A pesquisa de Francisco Borges Mota *O direito ao contraditório e os argumentos de princípio: reflexões a decisão judicial no código de processo civil de 2015*, aqui publicada, trata de temática que se insere no espectro desse campo do conhecimento científico.

A pesquisa sobre tutelas à efetivação de direitos transindividuais trata de interesses e direitos que estão situados entre

o interesse público e o interesse privado, pois, embora não sejam propriamente estatais, são mais que meramente individuais, porque compartilhados por grupos, classes ou categorias de pessoas. Não se está diante, propriamente, de interesses públicos, assim entendidos aqueles que têm no Estado o titular único e exclusivo de sua tutela, já que, frequentemente, o próprio Estado aparece como o causador de tais lesões a direitos. Mas pouco se trata de interesses privados disponíveis, pois os direitos difusos, em suas diversas manifestações, não são jamais a soma de direitos individuais, e sim pertencentes indivisivelmente a todos, marcados no mais das vezes pelas características da indisponibilidade.

Aqui, o objetivo da investigação é abordar temas envolvendo alguns dos mais polêmicos bens jurídicos transindividuais, como os direitos do consumidor, o direito de participação política na gestão pública, a sustentabilidade urbana, a partir de uma perspectiva dos direitos fundamentais. Nesse sentido, então, constituem espaço institucionalizado de investigação temas como o direito fundamental à participação política da cidadania na gestão dos interesses públicos, bem como as discussões em torno da transparência e participação na gestão pública. Do mesmo modo, interessam as questões que tratam da sustentabilidade urbana, notadamente os seus institutos e mecanismos de efetivação. Exatamente em atenção à concretização desses direitos, a pesquisa sobre a tutela à efetivação dos direitos transindividuais não descarta da investigação sobre as garantias processuais e o papel da jurisdição.

A materialização da pesquisa sobre a tutela à efetivação dos direitos transindividuais acha-se rastreada no trabalho de investigação de Grupos de Pesquisa.

O Grupo de Pesquisa que propõe *Reflexões filosóficas acerca do problema normativo da interpretação jurídica* tem por objeto analisar, nos planos teórico, metodológico e casuístico, o tema do ativismo judicial, do alcance e dos limites da

jurisdição face à tutela e concretização dos direitos fundamentais no Estado Democrático de Direito, com especial foco nos direitos transindividuais. O texto de Maurício Martins Reis *Uma reflexão filosófica sobre o programa da decisão jurídica: postulado ético para uma teoria do precedente judicial* remete para o âmbito desse objeto de investigação.

O Grupo de Pesquisa que investiga as *Garantias processuais dos direitos transindividuais* tem por objetivo analisar o fenômeno explosivo de litigiosidade que tem se evidenciado na realidade brasileira, notadamente envolvendo os chamados interesses e direitos transindividuais, verificando como isso atinge a cidadania nacional. Nessa linha, busca investigar as técnicas e os procedimentos no âmbito da prestação das tutelas no plano tanto normativo como pragmático. O texto *Apontamento sobre o mandado de segurança coletivo*, de Handel Martins Dias e José Tadeu Neves Xavier, aqui dado para publicação, propõe exatamente uma reflexão sobre essa temática.

O Grupo de Pesquisa que investiga o *Princípio da publicidade na constituição democrática*, com recorte epistemológico sobre a transparência, o direito fundamental de acesso e participação na gestão da coisa pública, busca densificar a normatividade do princípio democrático, o problema da participação política e o controle social da administração, a publicidade e controle das contas públicas, o direito fundamental de acesso, a participação no processo administrativo e a questão da justiça fiscal. É nesse contexto que pode ser inserida a discussão proposta no texto *Administração fiscal na sociedade complexa: o caso da constituição de critérios não tributários no município de Porto Alegre*, de Maren Guimarães Taborda, que integra esta publicação.

Ao lado desses Grupos de Pesquisa, o ambiente de investigação do Mestrado em Direito da Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público conta com

o Grupo de Pesquisa que trata da *Colisão de direitos fundamentais e argumentação jurídica* e o Grupo de Pesquisa que tem por objetivo investigar *Teoria do Direito, direitos humanos e crise da civilização*. No primeiro, a pesquisa mira o papel da argumentação jurídica a partir das implicações entre a teoria dos princípios, a teoria dos direitos fundamentais como princípios, a democracia e a jurisdição. Nesse contexto de pesquisa, estão inseridas as discussões colocadas no texto *Coerência, fundamentação e argumentação*, de Anizio Pires Gavião Filho. No segundo, trata-se de pesquisa que se propõe a estudar a evolução político-jurídica dos direitos humanos e direitos fundamentais, em especial os chamados direitos indisponíveis, comprovando a necessidade de integração das perspectivas científico-normativa, filosófica e sociológica do Direito. O texto *Reflexões sobre a crise civilizacional e a globalização neoliberal*, de Plauto Faraco de Azevedo, acha-se inserido nesse âmbito de discussão.

Ao lado dessas discussões, igualmente pertinentes à temática da área de concentração e linhas de pesquisa do Mestrado em Direito do Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público, está o texto *O papel dos planos diretores na tutela do direito à cidade*, de Betânia de Moraes Alfonsin. As reflexões colocadas nessa investigação guardam direta relação com o conteúdo de pesquisa sobre os institutos e mecanismos de efetivação da sustentabilidade urbana. Igualmente, integra esta publicação o texto *Publicidade dirigida à criança e o código de defesa do consumidor: restrição ou proibição*, de Cristina Stingari Pasqual. Nessa propõe-se uma discussão sobre o papel da publicidade, notadamente em atenção ao avanço da tecnologia e dos novos meios de comunicação, no que se relaciona com a estimulação do consumo e formação dos contratos disciplinados pelo Código de Defesa do Consumidor. Essa discussão guarda direta pertinência com as pesquisas em torno da densificação dos direitos dos consumidores.

Com esta publicação, o Programa de Pós-Graduação em Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público busca dar cumprimento de seus fins e missão, oferecendo para reflexão da comunidade científica o pensar de seus integrantes sobre as mais centrais discussões em torno da temática de sua área de concentração e linhas de pesquisa.

Boa leitura.

Porto Alegre, julho de 2016.

Anizio Pires Gavião Filho
Rogério Gesta Leal

SUMÁRIO

REFLEXÕES SOBRE A CRISE CIVILIZACIONAL E A GLOBALIZAÇÃO NEOLIBERAL

Plauto Faraco de Azevedo 15

COERÊNCIA, FUNDAMENTAÇÃO E ARGUMENTAÇÃO

Anizio Pires Gavião Filho 25

IMIGRAÇÃO E DIREITOS SOCIAIS: PARA ALÉM DAS FRONTEIRAS IMAGINÁRIAS

Raquel F. L. Sparemberger 51

A COR DA PELE: A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO PENAL BRASILEIRO

Bruno Heringer Júnior 85

FUNDAMENTOS FILOSÓFICOS E POLÍTICOS DA RESPONSABILIDADE PENAL DAS PESSOAS JURÍDICAS POR ATOS DE CORRUPÇÃO

Rogério Gesta Leal 103

APONTAMENTOS SOBRE O MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO

José Tadeu Xavier e Handel Martins Dias 149

DIREITO AO CONTRADITÓRIO E OS ARGUMENTOS DE PRINCÍPIO: REFLEXÕES SOBRE A DECISÃO JUDICIAL NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015

Francisco José Borges Motta 173

UMA REFLEXÃO FILOSÓFICA SOBRE O PROGRAMA DA DECISÃO JURÍDICA: POSTULADO ÉTICO PARA UMA TEORIA DO PRECEDENTE JUDICIAL

Maurício Martins Reis 195

PUBLICIDADE DIRIGIDA À CRIANÇA E O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR: RESTRIÇÃO OU PROIBIÇÃO?

Cristina Stringari Pasqual 217

ADMINISTRAÇÃO FISCAL NA SOCIEDADE COMPLEXA: O CASO DA CONSTITUIÇÃO DOS CRÉDITOS NÃO TRIBUTÁRIOS NO MUNICÍPIO DE PORTO ALEGRE

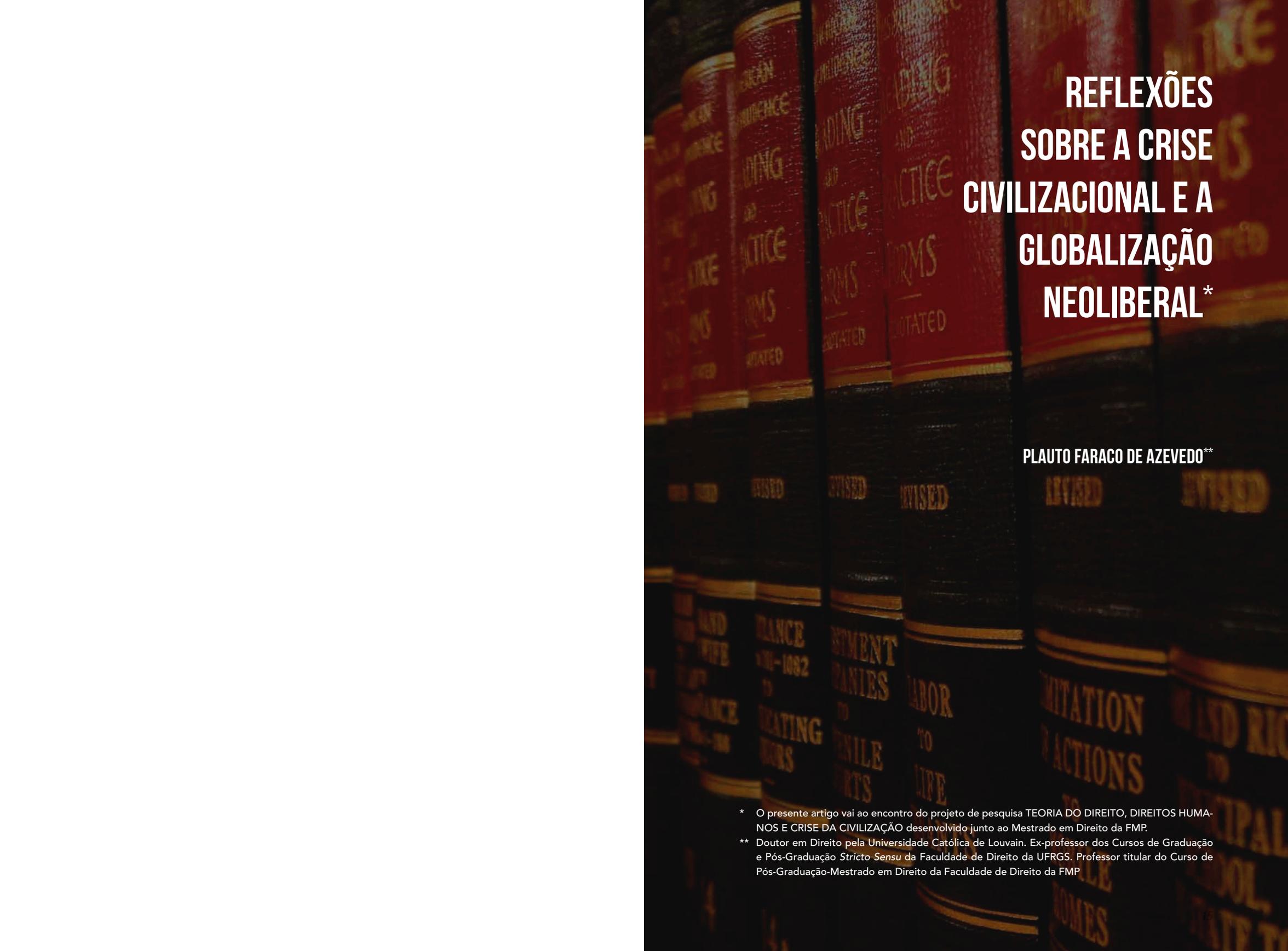
Maren Guimarães Taborda 235

O PAPEL DOS PLANOS DIRETORES NA TUTELA DO DIREITO À CIDADE

Betânia De Moraes Alfonsin 265

A ANÁLISE JUDICIAL DO AUTO DE PRISÃO EM FLAGRANTE SEGUNDO A LEI DE DROGAS: LINHAS PARA UMA NECESSÁRIA ADEQUAÇÃO CONSTITUCIONAL E CONVENCIONAL

Mauro Fonseca Andrade e Rodrigo da Silva Brandalise 287



REFLEXÕES SOBRE A CRISE CIVILIZACIONAL E A GLOBALIZAÇÃO NEOLIBERAL*

PLAUTO FARACO DE AZEVEDO**

* O presente artigo vai ao encontro do projeto de pesquisa TEORIA DO DIREITO, DIREITOS HUMANOS E CRISE DA CIVILIZAÇÃO desenvolvido junto ao Mestrado em Direito da FMP.

** Doutor em Direito pela Universidade Católica de Louvain. Ex-professor dos Cursos de Graduação e Pós-Graduação *Stricto Sensu* da Faculdade de Direito da UFRGS. Professor titular do Curso de Pós-Graduação-Mestrado em Direito da Faculdade de Direito da FMP

Como já escrevemos, vivemos uma crise civilizacional sem precedentes, em um mundo dilacerado pela desigualdade e pela injustiça, em que uma minoria enriquece singularmente enquanto a grande maioria empobrece em condições incompatíveis com a dignidade humana.

A crise a tudo permeia – a política, a economia, o direito, a democracia, a ética, a ciência –, sobre o que se reflete segundo um paradigma científico superado em que se separam esses diferentes aspectos.¹ Para buscar compreender este complexo contexto, faz-se necessário superar o paradigma científico dominante, buscando-se interligar todas as suas dimensões. Para isso é indispensável adotar um pensamento complexo, de modo a compreender a situação em seu conjunto. Como escreve Edgar Morin, a inaptidão “para globalizar e contextualizar os problemas” é tanto mais grave quando hoje se percebe claramente seu caráter global, eis que “tudo se encontra tecido junto”, sendo hoje planetários os maiores desafios de vida e morte.²

Não há como refletir sobre a complexidade do tema sem atentar ao contexto histórico em que se põe. Para isso, tem-se que remontar, ainda que brevemente, ao liberalismo. As origens deste vêm de longa data, começando a esboçar-se com o Renascimento (séculos XV e XVI), que exprimiu uma volta do ser humano sobre si mesmo projetada em sua realização terrena, espalhando-se sua ação para além do mundo então conhecido, impulsionada por novas técnicas, que permitiram o alargamento da vida. Fazia-se necessário um novo tecido político-jurídico, em que se garantisse uma esfera de livre ação ao indivíduo, de modo a poder desenvolver suas potencialidades pessoais.

Essa realização já se vinha fazendo, como o demonstra a progressiva construção das liberdades inglesas. Seu primeiro passo se evidencia na carta de João Sem Terra (1215), em que se ratificava o antigo instituto de *habeas corpus*, ao mesmo tempo em que se assegurava a propriedade privada e a liberdade de

1 AZEVEDO, Plauto Faraco de. *Ecocivilização: ambiente e direito no limiar da vida*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

2 MORIN, Edgar. A política de civilização. In: MORIN, Edgar e NAÏR, Samir. *Uma política de civilização*. Lisboa: Instituto Piaget, 1997. passim; MORIN, Edgar e KERN, Brigitte. *Terre-Patrie*. Paris: Seuil, 1993.

comércio e se reconhecia na Justiça, enquanto instituição, uma função de interesse público.

O sentido inovador [deste] documento consistiu [...] no fato de a declaração régia reconhecer que os direitos próprios dos dois estamentos livres – a nobreza e o clero – existiam independentemente do consentimento do monarca, e não podiam, por conseguinte, ser modificados por ele. Aí está a pedra angular para a construção da democracia moderna: o poder dos governantes passa a ser limitado, não apenas por normas superiores, fundadas no costume ou na religião, mas também por direitos subjetivos dos governados.³

Posteriormente, a lei de *Habeas Corpus* de 1679 veio corroborar tais garantias, como se depreende de sua denominação – “uma lei para melhor garantir a liberdade do súdito e para prevenção das prisões no ultramar” –, confirmando o antigo brocardo inglês segundo o qual *remedies precede rights* e evidenciando as origens processuais da *common law*. A *Bill of Rights*, de 1689, veio pôr fim ao regime de monarquia absoluta, visto que os poderes de legislar e criar tributos já não são prerrogativas do monarca, mas entram na esfera de competência do Parlamento.⁴

Já a Declaração de Independência dos Estados Unidos da América do Norte, em 1776, e a sua constituição em Estado federal, em 1787.

É o primeiro documento político que reconhece a par da legitimidade da soberania popular, a existência dos direitos humanos inerentes todo ser humano, independentemente das diferenças de sexo, raça, religião, cultura ou posição social.⁵

Deve-se salientar que “a Confederação dos Estados Unidos da América do Norte nasce sob a invocação da liberdade, sobretudo da liberdade de opinião e religião, e da igualdade de todos perante a lei”. Porém, no tocante “ao terceiro elemento da tríade

3 COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 7. ed. ver. atual. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 100-108. O grifo é nosso.

4 COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 100-108.

5 *Ibidem*, p. 119-120.

democrática da Revolução Francesa – a fraternidade ou solidariedade –, os norte-americanos não chegaram a admiti-la nem mesmo retoricamente. A isto se opôs o profundo individualismo, vigorante em todas as camadas sociais”. Do individualismo resultou a incompatibilidade “com a adoção de políticas corretivas das grandes desigualdades sócio-econômicas”.⁶

Por outra parte, e complementarmente, a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, na França, de cunho universalizante e de efeitos projetados muito além do território francês, constitui a enunciação concisa e insuperável do credo político liberal, estabelecendo que “os homens nascem e permanecem livres e iguais em direitos”, não podendo as distinções sociais “ser fundadas senão na utilidade comum” (artigo 1º). E “a finalidade de cada associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem. Esses direitos são a liberdade, a propriedade, a segurança e a resistência à opressão” (artigo 2º).⁷

É o liberalismo “uma doutrina da boa consciência”, traduzindo a crença na perfectibilidade do homem e, em consequência, do progresso, de modo geral. Todavia, sua conhecida divisa *laissez-faire, laissez-passer*, traduzindo a tolerância de que Voltaire se fez arauto, deixou livre o jogo econômico, preocupada que estava, fundamentalmente, com os direitos humanos por oposição ao Estado, vistos em perspectiva oposta ao Estado potencialmente opressor. Assim aberto e liberado o caminho, a burguesia, que ascendeu ao poder com a Revolução Francesa, desenvolveu suas aspirações econômicas, tendo à mão as rédeas do poder. Liberaram-se as forças para a Revolução Industrial, cujo berço foi a Inglaterra, produzindo-se acumulação da riqueza ao mesmo tempo em que o cochilo do Estado-gendarme o tornava indiferente às contingências sociais. A classe proletária pauperizava-se de modo crescente, a tal ponto que as próprias nações industriais vieram a preocupar-se com seus

6 COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 120.

7 Duverger, Maurice. *Constitutions et documents politiques*. 4e. éd. mise à jour Paris: Presses Universitaires de France, 1966. p. 3-4.

efeitos, determinando estudos sobre a situação. Em consequência, foram elaboradas as primeiras normas “de tipo assistencial, geralmente isoladas, tendo por finalidade proteger os menores de idade e diminuir a jornada de trabalho”. Na Inglaterra, em 1814, os salários eram, então, de fome, sendo a jornada de trabalho de 15 a 16 horas diárias, não havendo higiene mínima nas fábricas nem ajuda nos casos de acidente no trabalho. Demais, as habitações dos trabalhadores eram miseráveis. O mesmo se constatava na Prússia em 1828 e na França, nessa mesma época. As preocupações estatais eram, no entanto, freadas pelo temor dos empresários de criar condições menos favoráveis em relação aos demais, levando à incapacidade de enfrentar a concorrência no mercado.⁸ O Estado, contraditoriamente, intervinha “para evitar a organização dos trabalhadores e suas demandas de condições humanas de prestação de trabalho”.⁹

Essa situação não faria senão agravar-se, nutrida pelo antagonismo social estimulado pela desigualdade crescente na partição da riqueza. O próprio Código Civil francês, de 1804, consagrador, no plano privado, das liberdades burguesas – liberdade de comércio, propriedade privada, autonomia da vontade, livre circulação da riqueza e sua transmissibilidade por herança –, começava a mostrar suas lacunas e debilidades, embora mantido, em parte, intocável, graças ao ensino jurídico exegético, restrito e restritivo.

As fraturas sociais subjacentes à elaboração política e jurídica faziam-se sentir de modo dramático, evidenciado por duas grandes guerras mundiais com o *intermezzo* da quebra da Bolsa de Nova Iorque, em 1929. Tendo em vista essas circunstâncias e o que, agora, tende a ser esquecido, isto é, a instauração do regime bolchevique com a Revolução Russa de 1917, e do temor que inspirava a sua realização, que parecia em vias de concretizar-se na Europa e além dela, foi tomando corpo o Estado social, sobretudo a partir de 1920.¹⁰

8 De la Cueva, Mario. *Derecho mexicano del trabajo*. 12. ed. México: Porrúa, 1970. t. 1, p. 23.

9 *Ibidem*, p. 24-6.

10 Hobsbawm, Eric. *Era dos extremos. O breve século XX: 1914-1991* (Age of extremes. The short twentieth century: 1914-1991) Trad. por Marco Santarrita, rev. técnica por Maria Célia Paoli. São Paulo: Companhia das Letras, 1995. p. 61-90, passim.

Antes disso, porém, houve o entreato nazista e fascista, o primeiro tendo como uma de suas causas a situação sem saída em que o Tratado de Versalhes colocava a Alemanha, despojando-a da utilização de suas riquezas, privando-a de parte muito rica de seu território, tudo visando aniquilá-la como Estado e como nação. Compreende-se que, em tais condições, as certezas se desvanecessem, em meio à crise econômica e à ausência de futuro, dando lugar ao surgimento da figura do *führer*, corporificada em Hitler, cujas ideias eram conhecidas e publicadas com todas as letras em *Mein Kampf* (Minha Luta). Apesar disso e do cinismo de Hitler, aliado ao evidente rearmamento da Alemanha, os líderes ocidentais temporizaram, esperando que o nazismo viesse a chocar-se com o comunismo. A estratégia não funcionou, desembocando na 2ª Guerra Mundial.

O mais dramático é que, dentro do receituário da economia liberal, não havia solução que parecesse capaz de resolver tal estado de coisas. É nesse contexto que surge a figura de John Maynard Keynes (1883-1946), cuja obra e atuação viriam a salvar o *establishment*.¹¹ Seu livro, de 1936, *Teoria geral do emprego, do juro e da moeda* foi a obra econômica mais lida por cerca de quatro décadas.¹² Keynes tinha a convicção de que a lógica determinista tem pouco a ver com a ação humana, que é impulsionada, em boa parte, por motivos irracionais.¹³ Figura de destaque nas negociações que marcaram o fim da 1ª Guerra Mundial, Keynes discordou das reparações impostas à Alemanha pelo Tratado de Versalhes. Expôs suas observações sobre esse acontecimento no livro *As consequências econômicas da paz*, publicado em 1919. Passou a elaborar sua teoria econômica publicando, em 1926, *O fim do laissez-faire*, no qual “denuncia enfaticamente o que, então, denomina ‘princípio de difusão’, a crença no mito do ajustamento automático dos preços e quantidades”. Discordava ser possível deduzir dos princípios da economia política “que o interesse pessoal devidamente esclarecido sempre atua em favor do interesse geral”. Afirmava que a

11 Hobsbawn, *op. cit.*, p. 90-100.

12 *Ibidem*, p. 107, 111.

13 Beaud, Michel & Dostaler, Gilles. *La pensée économique depuis Keynes. Historique et dictionnaire des principaux auteurs*. Paris: Seuil, 1993. p. 34.

parábola da mão invisível do mercado de Adam Smith, sobre não ser verdadeira, torna-se “uma ilusão perigosa quando se transforma em visão política”, podendo desembocar no bolchevismo ou no fascismo. “A busca de políticas conservadoras, fundadas sobre as ilusões do *laissez-faire*, prepara o leito da revolução”, o que Keynes quis evitar.¹⁴

Nesse contexto histórico, as ideias desse pensador foram fundamentais para que o Estado liberal se fosse transformando, intervindo progressivamente na economia até que se convertesse no Estado do Bem-Estar Social, ou *Welfare State*. O intervencionismo estatal foi gerando mecanismos institucionais destinados à proteção dos menos afortunados, protegendo-os no trabalho e na velhice, assegurando-lhes a saúde, realizando, em suma, obra de justiça distributiva no melhor sentido do termo, advindo de Aristóteles, culminando na social-democracia europeia, que constituiu a maior realização político-jurídica da história humana.

Essa modificação por que passou o Estado caracteriza a ultrapassagem do modelo estatal liberal – eminentemente conservador, servindo à manutenção do *status quo* – para outro de cunho social, preocupado com a propriedade (sem absolutizá-la) sem o otimismo do modelo anterior em relação ao livre funcionamento das forças socioeconômicas. Sem negar as conquistas do liberalismo político, o Estado Social veio a agregar-lhes a realização dos direitos sociais indispensáveis à efetividade das primeiras.¹⁵

É evidente que a experiência do *Welfare State* no Terceiro Mundo, em que se contam grande parte dos países da Ásia, África, América Central e do Sul, ficou longe de ser concluída. Nesses países, havia e “há um fosso difícil de ser preenchido entre a norma jurídica e o quadro social, entre o país legal e o país real”.¹⁶ Como muito a propósito lembra José Eduardo Faria:

14 Beaud, Michel & Dostaler, Gilles. *La pensée économique depuis Keynes. Historique et dictionnaire des principaux auteurs*. Paris: Seuil, 1993. p. 35, nota 2, p. 36.

15 Forsthoft, Ernst. *Stato di diritto in trasformazione*. Milano: Giuffrè, 1973. p. 31 e segs. Cf. Couto e Silva, Almiro. *Le contrôle juridictionnel de l'Etat au Brésil* (Cours fait à la Faculté de Droit et des Sciences Politiques de St. Maur. Paris XII) Porto Alegre, 1988, p. 7

16 Couto e Silva, Almiro. *Le contrôle juridictionnel de l'Etat au Brésil*, p. 7.

Muitas das lutas políticas e dos impasses institucionais [na América Latina] não passam de esforços e tentativas quase sempre frustradas para tornar real o que as constituições de seus respectivos países asseguram formalmente ser direito dos cidadãos, mas que se tornaram, na realidade, privilégios de alguns setores sociais.¹⁷

Como já advertia Platão, na *República*, aludindo à oligarquia: “É necessário que uma cidade assim não seja una, mas dupla, a dos pobres e a dos ricos, que habitam o mesmo solo e conspiram incessantemente uns contra os outros”. Tal situação é inevitável: “Do contrário, uns não estariam aí ricos em excesso, e outros em completa miséria”. Medram, na oligarquia “muitos malfeitores providos de ferrões, que as autoridades deliberadamente contêm pela força”, engendrados que são pela “ignorância, a má educação e a forma de governo”.¹⁸

No Brasil, o Estado do Bem-Estar Social realizou-se apenas parcialmente, iniciado no período Vargas com a Consolidação das Leis do Trabalho, a Justiça do Trabalho e o início dos Institutos de Previdência Social, que, posteriormente, culminaram com a criação do Instituto Nacional de Seguro Social (INSS). A Constituição Federal de 1988, no título II (Dos direitos e garantias fundamentais), explicitou, no capítulo I, os direitos e deveres individuais e coletivos (art. 5º); nos artigos 6º a 11º, enumerou os direitos sociais; e, no artigo 60, § 4º, inc. IV, estabelece que “não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir os direitos e garantias individuais”.

Na atual crise por que passa o país, evidencia-se a tendência globalizante neoliberal, tendo o Ministério da Fazenda oficializado, no dia 15 de junho de 2016, proposta de emenda constitucional tendente a reduzir os gastos do governo federal com saúde e educação a partir de 2017. Se aprovada a PEC, pas-

17 Faria, José Eduardo. *Justiça e conflito (Os Juízes em face dos novos movimentos sociais)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991. p. 107.

18 Platon. *La république*. In: *Oeuvres complètes*. Trad. nouv. Et notes par Léon Robin avec la collaboration de M. J. Moreau s.l., Gallimard, 1950. v. 1. 544d e 545º, p. 1140-1; trad. .port., v. 2, p. 146-7. 55ld, p.1150; trad. port., p. 155-6.

sariam “a ser corrigidos pelo valor da inflação do ano anterior e não mais serão um percentual definido das receitas líquidas”.¹⁹

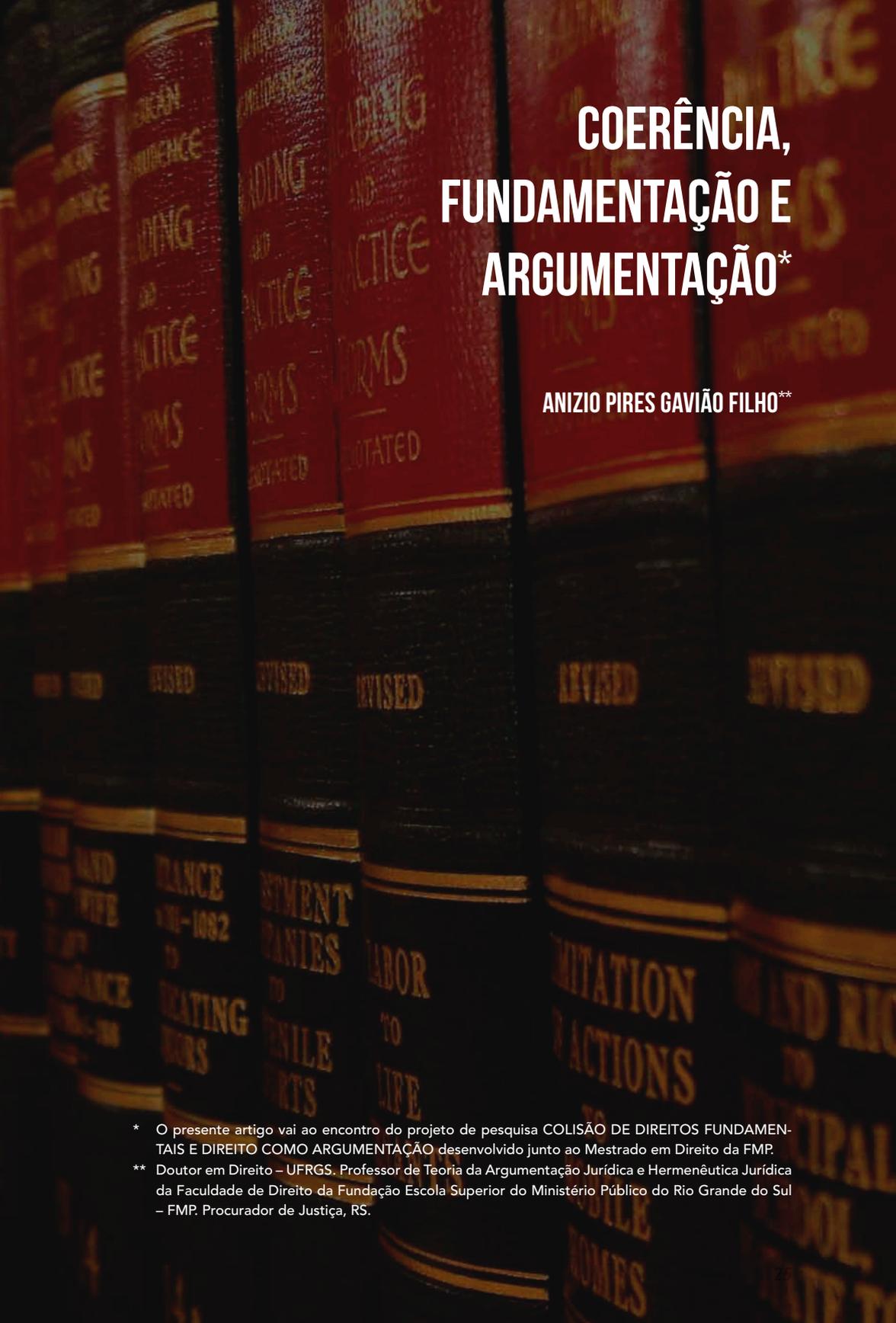
Pergunta-se: seria essa a melhor solução para resolver a crise político-econômica por que passa o Brasil?

Lembre-se da crise por que passa a União Europeia, pela imposição de políticas econômicas neoliberais que aprofundam a crise social, sem resolver o aspecto econômico, como sucede na Irlanda, em Portugal, na Espanha e, notadamente, na Grécia, berço da cultura ocidental, onde a crise toca o fundo do poço. A crise agora propaga-se para a França, onde milhares de pessoas protestam contra projeto que extingue direitos trabalhistas, sob o comando do presidente “socialista” François Hollande.²⁰

Sublinhamos que a instauração do neoliberalismo não constitui nenhum progresso, mas, ao contrário, uma volta ao século XIX, sem a preocupação teórica do liberalismo com os direitos e liberdades fundamentais de primeira geração, uma vez que esses são dificilmente realizáveis sem que se assegure a efetividade dos direitos fundamentais sociais.

19 Para mais detalhes, ver: Prazo da PEC dos gastos será de 20 anos. *Jornal do Comércio*, Porto Alegre, 16 jun. 2016. p. 5; Prazo para teto de gastos públicos será de 20 anos. *Zero Hora*, Porto Alegre, 16 jun. 2016. p. 10.

20 Ver, dentre tantas notícias, na mídia: Milhares protestam na França: manifestantes são contra projeto que extingue direitos trabalhistas. *Zero Hora*, Porto Alegre, 29 abr. 2016. p. 23.



COERÊNCIA, FUNDAMENTAÇÃO E ARGUMENTAÇÃO*

ANIZIO PIRES GAVIÃO FILHO**

* O presente artigo vai ao encontro do projeto de pesquisa COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS E DIREITO COMO ARGUMENTAÇÃO desenvolvido junto ao Mestrado em Direito da FMP.

** 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.

A fundamentação da interpretação e aplicação das normas jurídicas para a solução de casos concretos no discurso da prática jurídica é uma das questões centrais da metodologia jurídica.

As discussões em torno da fundamentação das decisões judiciais não podem ser mais atuais, notadamente em tempos de neoconstitucionalismo, pós-positivismos, não positivismo inclusivo, positivismo inclusivo, entre outras concepções sobre a natureza, conceito e teoria do Direito.¹

Se o ponto de partida é o de que a interpretação e a aplicação das normas jurídicas no discurso jurídico das decisões judiciais devem ser racionais e intersubjetivamente controláveis, a questão que se coloca é quais são as exigências que devem ser cumpridas a fim de que racionalidade ou alguma medida de racionalidade seja alcançada.²

O projeto de fundamentação racional da interpretação e aplicação do Direito no discurso jurídico das decisões judiciais é desenvolvido pela teoria da argumentação jurídica, que propõe exatamente a formulação de um conjunto de exigências e condições que regulam o procedimento argumentativo. Um discurso jurídico é racional quando atendidas minimamente as exigências da racionalidade discursiva.³

Nesse contexto, uma decisão judicial de interpretação e aplicação do Direito para resolver um caso concreto pode aspirar racionalidade quando, olhando-se para sua estrutura, verifica-se que estão cumpridas as exigências de sua justificação interna e externa.⁴

As exigências da justificação interna remetem para a correção lógica do núcleo dedutivo de fundamentação da proposição

normativa particular concreta do dispositivo da decisão judicial. As exigências da justificação externa dizem respeito exatamente à fundamentação de cada uma das premissas empregadas na justificação interna.

As premissas fáticas deixam-se justificar com a apresentação de evidências de provas que fundamentam a verdade sobre o estado das coisas afirmado. Cuida-se de premissas que são proposições descritivas, que podem ser verdadeiras ou falsas. O tema acha-se inserido no âmbito da argumentação empírica e do discurso teórico. As premissas normativas deixam-se justificar pela apresentação de argumentos interpretativos, o que remete à relação entre interpretação e argumentação.⁵ Igualmente, entram em jogo as formulações da dogmática jurídica e os precedentes dos tribunais. O pano de fundo é constituído por argumentos práticos gerais, formulados com razões morais, razões éticas e razões pragmáticas.

Mas se ganha em racionalidade quando, além das exigências de justificação interna e externa das razões de fundamentação da interpretação e aplicação do Direito para a resolução de um caso concreto, são cumpridos os critérios de coerência.

Há uma relação de necessariedade entre coerência, fundamentação e racionalidade.

A coerência é uma questão de fundamentação.

Deve-se compreender que as relações que criam conexões positivas de coerência são de fundamentação. Há uma relação conceitualmente necessária entre os conceitos de coerência e de fundamentação de tal modo que quanto melhor a estrutura da fundamentação de uma classe de proposições, tanto mais coerente é essa classe.⁶

Se o tema da fundamentação racional da interpretação e aplicação do Direito importa, então necessariamente deve merecer o

1 Cf. ALEXY, Robert. *Teoria discursiva do direito*. Trad. Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2015.

2 Cf. GAVIÃO FILHO, Anizio Pires. *Colisão de direitos fundamentais, argumentação e ponderação*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 165-167.

3 Cf. ALEXY, Robert. *Theorie der juristischen Argumentation*. 2. Aufl. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1991.

4 Cf. GAVIÃO FILHO, *Colisão de direitos fundamentais, argumentação e ponderação...*, p. 165; WRÓBLEWSKI, Jerzy. Towards Foundation of Judicial Reasoning. In: KRAWIETZ, Werner; ALEXY, Robert. *Metatheorie juristischer Argumentation*. Berlin: Bunker & Humblot, p. 233-253, 1983.

5 Cf. GAVIÃO FILHO, Anizio Pires. Interpretação e argumentação. In: HECK, Luís Afonso (Org.). *Direitos fundamentais, argumentação e ponderação*. Porto Alegre: Sergio Fabris, 2015; GAVIÃO FILHO, *Colisão de direitos fundamentais, argumentação e ponderação...*, p. 192.

6 Cf. ALEXY, Robert. Fundamentação jurídica, sistema e coerência. In: ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. Trad. Luis Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 119; PECZENIK, Aleksander. *On Law and Reason*. London: Springer, 2008, p. 132.

devido interesse o assunto da coerência. Se não há fundamentação racional sem coerência e se a fundamentação racional da interpretação e aplicação do Direito é uma exigência do Estado de Direito democrático constitucional, o estudo da coerência é uma exigência.

As discussões em torno do conceito e critérios de coerência na filosofia, filosofia do Direito e teoria do Direito são intensas no cenário estrangeiro, mas muito poucas no cenário brasileiro. Apenas mais recentemente alguns estudos têm sido produzidos sobre o tema⁷, notadamente a partir da influência de autores como MacCormick, Alexy, Peczenik, entre outros.

O que segue, então, tem a pretensão de apresentar reflexões sobre o conceito, os critérios e os limites da coerência, exatamente a fim de que possa ser precisada a relação entre coerência e fundamentação no raciocínio jurídico da interpretação e aplicação do Direito para a resolução de casos concretos.

Conceito

A proposição normativa particular concreta dada em uma decisão judicial acha-se racionalmente fundamentada quando asentada em um conjunto coerente de razões fáticas e normativas no contexto de determinado ordenamento jurídico. A coerência é característica, propriedade ou qualidade de um conjunto de razões fáticas e normativas apresentadas para justificar a conclusão de um caso de interpretação e aplicação do Direito. Por isso mesmo, fala-se em coerência narrativa e coerência normativa.

A coerência narrativa é a característica ou propriedade de um conjunto de razões fáticas apresentadas para justificar as premissas empíricas do raciocínio jurídico. No caso do teste da coerência narrativa, cuida-se de justificação da verdade das afirmações sobre o estado das coisas a partir das evidências probatórias apresentadas. Assim, por exemplo, a concordância das declarações de várias testemunhas quanto às circunstâncias de desenvolvimento

cronológico de um evento é um caso de coerência, o que aumenta o grau de probabilidade de que o afirmado seja congruente e verdadeiro.⁸

A coerência narrativa é uma característica ou propriedade essencial do conjunto de razões fáticas apresentadas para justificar a comprovação de um ato ou de um evento ocorrido.⁹ Cuida-se de um teste sobre a verdade ou a provável verdade de afirmações sobre coisas e eventos, relativamente ao tempo. Uma narrativa coerente combina eventos e atos ordenados no tempo. Uma descrição de um evento ou de um conjunto de eventos do passado somente poderá ser tomada como verdadeira, plausível ou mais aceitável se constituir um todo coerente.¹⁰ No raciocínio jurídico de interpretação e aplicação do Direito para resolução de casos concretos, a coerência narrativa é uma exigência que deve ser cumprida nas razões de justificação das premissas fáticas. As evidências apuradas a partir dos depoimentos de testemunhas, da análise de documentos e de exames periciais devem ser tais que constituem um todo coerente dotado de sentido quanto ao desenvolvimento dos eventos no tempo. Essas evidências formam uma extensa cadeia de conexões, representam um completo acordo sobre os acontecimentos, resultando em um grau de coerência. Cuida-se de um paradigmático caso de coerência.¹¹

A coerência normativa diz com a justificação de classificações ou proposições normativas no contexto geral de um sistema jurídico. Um conjunto de razões é coerente sob o ponto de vista normativo se faz sentido em relação ao sistema normativo como um todo.¹² O que isso significa é que, por exemplo, as razões apresentadas para justificar determinada proposição normativa particular concreta contida em uma decisão judicial devem fazer sentido em relação aos princípios que informam o ordenamento jurídico¹³ – Estado de Direito, democracia, direitos fundamentais, entre outros.

8 Cf. OLSSON, Erik. *Against coherence*. Oxford: Oxford University Press, 2009, p. 16-17.

9 Cf. MacCORMICK, Neil. *Rhetoric and the rule of Law*. Oxford: Oxford University Press, 2005, p. 279.

10 Cf. MacCORMICK, *Rhetoric and the Rule of Law...*, p. 294-295.

11 Cf. OLSSON, *Against coherence...*, p. 21.

12 Cf. MacCORMICK, *Rhetoric and the Rule of Law...*, p. 250.

13 Cf. MacCORMICK, *Rhetoric and the Rule of Law...*, p. 252.

7 Cf. MARTINS, Argemiro Cardoso Moreira; ROESLER, Cláudia Rosane; JESUS, Ricardo Antonio Rezendes de. A noção de coerência na teoria da argumentação jurídica de Neil MacCormick: caracterização, limitações, possibilidades. Disponível em: <www.univali.br/periodicos>. Acessado em: 18 jun 2016.

A coerência não deve ser confundida com consistência, pois um conjunto de razões é consistente se não há contradição lógica entre as suas proposições. Um conjunto de razões é mutuamente consistente se cada proposição pode ser, sem contradição, sustentada em conjunto com cada uma das outras e com a conjunção de todas as outras.

A coerência é uma propriedade ou qualidade de um conjunto de razões cujas proposições, no conjunto, fazem sentido na sua totalidade. Como diz MacCormick, consistência completa não é condição necessária da coerência, pois coerência é uma questão de grau. Uma coerência perfeita requer a eliminação de toda inconsistência, mas não uma coerência relativa que admite alguma inconsistência.¹⁴ Apenas o conceito de coerência pode ser formulado de modo que inclua a consistência como lado negativo da coerência.¹⁵

Critérios

A coerência é uma questão de grau cuja medida é dada pelo cumprimento de seus critérios.¹⁶ Os critérios de coerência são caracterizados não somente pelo fato de que podem ser cumpridos em diferentes graus, mas também pelo fato de que podem colidir. Assim, segundo Alexy, os critérios de coerência podem ser formulados como princípios, e, por isso, a coerência é não somente uma questão de grau, mas também um assunto de ponderação.¹⁷

Assim, por exemplo, uma cadeia de razões de fundamentação pode ser particularmente longa quando são usados conceitos menos gerais e substancialmente mais encurtada quando são aplicados conceitos mais gerais. Nesse caso, uma ponderação deve ser empregada para determinar se é mais coerente o sistema mais

geral ou o sistema que apresenta uma cadeia de razões de fundamentação mais longa.¹⁸

Os critérios de coerência podem ser agrupados nas seguintes classes: *i)* propriedades da estrutura da fundamentação de uma teoria ou sistema de proposições; *ii)* propriedades dos conceitos empregados em uma teoria ou sistema de proposições. Os critérios integrantes da classe *i* são *ia)* número de relações de fundamentação; *ib)* extensão da cadeia de fundamentação; *ic)* fundamentação forte; *id)* conexão entre cadeias de fundamentação; *ie)* relações de primazia entre razões; e *if)* fundamentação mútua. Os critérios integrantes da classe *ii* são *ii a)* comunidade; e *ii b)* conexões transversais de conceitos.¹⁹

Os critérios da classe daqueles que se referem às propriedades da estrutura da fundamentação são essenciais para a racionalidade interna das decisões judiciais de aplicação de normas jurídicas. Isso porque toda estrutura de fundamentação pressupõe conceitos lógicos como o do tipo “se, então”.²⁰

Os critérios de coerência que se referem à estrutura da fundamentação são os seguintes: *i)* número de relações de fundamentação; *ii)* extensão da cadeia de fundamentação; *iii)* fundamentação forte; *iv)* conexão entre cadeias de fundamentação; *v)* ordem de primazia de fundamentos; e *vi)* fundamentação mútua.

O critério do número de relações de fundamentação diz que quanto mais proposições pertencentes a uma teoria ou sistema são fundamentadas por outra proposição dessa teoria ou sistema, tanto mais coerente é a teoria ou o sistema.²¹ Esse critério pode ser transformado no seguinte princípio: devem ser justificadas tantas proposições quanto possível.²²

Uma condição mínima de coerência é que existam relações de fundamentação entre proposições de um sistema. Quando não existem relações de fundamentação entre proposições em um sistema, uma consistência pode ser achada, mas nunca coerência.

18 Cf. PECZENIK, *On Law and Reason...*, p. 145.

19 Cf. ALEXY, *Fundamentação jurídica, sistema e coerência...*, p. 120-128; PECZENIK, *On Law and Reason...*, p. 133-144

20 Cf. PECZENIK, *On Law and Reason...*, p. 140.

21 Cf. ALEXY, *Fundamentação jurídica, sistema e coerência...*, p. 121.

22 Cf. PECZENIK, *On Law and Reason...*, p. 133-134.

14 Cf. MacCORMICK, *Rhetoric and the Rule of Law...*, p. 190.

15 Cf. ALEXY, *Fundamentação, sistema e coerência*, p. 119; MacCORMICK, *Rhetoric and the Rule of Law...*, p. 203.

16 Cf. OLSSON, *Against coherence...*, p. 97.

17 Cf. ALEXY, *Fundamentação jurídica, sistema e coerência...*, p. 120.

O critério da extensão da cadeia de fundamentação diz que quanto mais extensas são as cadeias de fundamentação que pertencem a um sistema, mais coerente é o sistema.²³ Esse critério pode ser transformado no seguinte princípio: devem ser fundamentadas proposições com cadeias de fundamentação tão longas quanto possível. Segundo Peczenik, coerência depende também da extensão da cadeia de fundamentação. Desse modo, a proposição *i* fundamenta a proposição *ii*; a proposição *ii* fundamenta a proposição *iii*; a proposição *iv* fundamenta a proposição *v*; e assim sucessivamente. Uma longa cadeia de fundamentação faz mais complexa a estrutura de fundamentação, o que significa um sistema de proposições mais estruturado e mais profundo. A exigência de uma longa série de justificação, juntamente com o conceito de fundamentação, implica correção dedutiva e, com isso, um complexo critério de coerência.²⁴

No exemplo de Alexy, serve à coerência dizer que o princípio da primazia da lei é fundamentado pelo princípio da juridicidade da administração. Mais coerência, contudo, é alcançada quando a essa cadeia é somado o dizer que o princípio da juridicidade da administração é justificado pelo princípio do Estado de Direito.²⁵

Outro critério da coerência que pode ser diretamente associado ao critério da extensão da cadeia de fundamentação diz respeito à força da fundamentação de cada uma das proposições do sistema. Na argumentação jurídica, as premissas formuladas a partir de normas jurídicas dadas autoritativamente pelo legislador legitimado no processo democrático ocupam posições de primazia *prima facie* em relação às premissas formuladas pela dogmática jurídica, configurando, portanto, relação de fundamentação forte.

Esse critério de coerência diz que quanto mais proposições pertencentes a um sistema são fortemente fundamentadas por outras proposições tanto mais coerente é o sistema. Esse critério pode ser transformado no seguinte princípio: devem ser formuladas tantas proposições fortemente fundamentadas quanto possível.²⁶

A conexão entre cadeias de fundamentação é outro critério da coerência que pertence à classe da estrutura da fundamentação. Existem dois tipos de conexões.

Do primeiro tipo são as conexões em que uma mesma premissa, relativamente geral, serve para fundamentar diferentes conclusões. É o que ocorre quando um princípio jurídico fundamenta vários outros princípios jurídicos e diversas regras jurídicas, como é o caso do princípio do Estado de Direito. O princípio da proteção à confiança é fundamentado pelo princípio da segurança jurídica, que, por sua vez, encontra fundamentação no princípio do Estado de Direito²⁷. Assim, pode ser formulado o seguinte critério: quanto maior o número de conclusões que são fundamentadas por uma mesma premissa comum pertencente a uma teoria ou sistema, mais coerente o sistema.

Esse critério pode ser transformado no seguinte princípio: devem ser formuladas premissas que fundamentem diferentes conclusões tanto quanto possível.²⁸ Em outras palavras, esse critério coloca a exigência de que tantas proposições quanto possível se deixem apoiar em tão poucos princípios quanto possível. Quanto mais poucos princípios fundamentam, mais diferentes proposições normativas, inclusive as concretas decorrentes de decisões judiciais de aplicação de normas jurídicas, mais coerente o sistema normativo.

Do segundo tipo são as conexões em que uma mesma conclusão resulta da cumulação de razões ou da conexão de várias cadeias de fundamentação. A proposição normativa concreta de uma decisão judicial, normalmente, vem fundamentada por meio de um conjunto de razões, as quais, se consideradas isoladamente, talvez não sejam suficientes para justificar a decisão judicial mesma.

Assim, por exemplo, a reserva da lei pode ser fundamentada não apenas no princípio da legalidade da administração pelo princípio do Estado de Direito, mas também pelo princípio democrático e pelos direitos fundamentais.²⁹ Em outros casos, às vezes, uma mesma conclusão pode ser resultado de um número indepen-

23 Cf. ALEXY, Fundamentação jurídica, sistema e coerência..., p. 121.

24 Cf. PECZENIK, *On Law and Reason...*, p. 134.

25 Cf. ALEXY, Fundamentação jurídica, sistema e coerência..., p. 121.

26 Cf. PECZENIK, *On Law and Reason...*, p. 135.

27 Cf. ALEXY, Fundamentação jurídica, sistema e coerência, p. 122.

28 Cf. PECZENIK, *On Law and Reason...*, p. 135.

29 Cf. ALEXY, Fundamentação jurídica, sistema e coerência, p. 123.

dente de razões, cada uma suficiente para a justificação da decisão judicial. Uma decisão da jurisdição constitucional sobre uma norma jurídica infraconstitucional pode ser fundamentada por três razões independentes: o princípio do Estado de Direito, o princípio parlamentar e os direitos fundamentais.³⁰

Assim pode ser formulado o seguinte critério de coerência: quanto mais cadeias de fundamentação independentes têm uma conclusão comum, tanto mais coerente é a teoria ou o sistema. Esse critério pode ser transformado no seguinte princípio: devem ser formuladas premissas de fundamentação independentes tanto quanto possível.³¹

Quando é o caso de premissas configuradas por princípios, coloca-se a questão da ordem de primazia entre as razões. No caso de colisão de princípios, ordens de primazia devem ser estabelecidas. Entendidos os princípios como mandamentos de otimização que se cumprem em diferentes graus conforme as possibilidades fáticas e jurídicas – as possibilidades jurídicas são exatamente os princípios em sentido contrário ao princípio em questão –, a solução para os casos de colisão depende de que a fixação das relações de primazia seja determinada apenas *prima facie*, tornando-se definitiva quando condicionada às circunstâncias concretas.

Como otimizar princípios é criar coerência, pode ser formulado o seguinte critério: quanto mais relações de primazia são determinadas entre os princípios de uma teoria ou sistema, tanto mais coerente é a teoria ou sistema. Esse critério pode ser transformado no seguinte princípio: quando princípios pertencentes a uma teoria ou sistema forem usados para justificar uma proposição, devem ser formuladas tantas relações de primazia entre princípios quanto possível.³²

Uma das mais interessantes questões em torno da coerência refere-se ao critério da fundamentação mútua ou justificação recíproca, que diz que em um sistema cada proposição fundamenta

30 Cf. PECZENIK, *On Law and Reason...*, p. 135.

31 Cf. PECZENIK, *On Law and Reason...*, p. 136; ALEXY, *Fundamentação jurídica, sistema e coerência...*, p. 123.

32 Cf. PECZENIK, *On Law and Reason...*, p. 136; ALEXY, *Fundamentação jurídica, sistema e coerência...*, p. 123-124.

outra. Se p fundamenta q e q fundamenta p , então p e q são logicamente equivalentes. Assim, a ideia de um sistema no qual cada proposição fundamenta outra termina em um sistema que contém apenas proposições logicamente equivalentes e, nesse sentido, somente uma proposição.³³ Por isso, deve-se buscar outro caminho para a definição de fundamentação de tal sorte que q fundamenta p mesmo se p não segue logicamente de q . Desse modo, q fundamenta p se, e somente se, q pertence ao conjunto de premissas S , do qual p segue logicamente. Ao mesmo tempo, p pode fundamentar q , no caso de p pertencer a outro conjunto de premissas S' do qual q segue logicamente.³⁴

A fundamentação mútua pode ser de três tipos: i) empírica; ii) analítica; iii) normativa.

Um exemplo de fundamentação mútua empírica é a que existe entre direitos fundamentais e democracia. Assim, pode ser colocada a premissa de que a institucionalização duradoura dos direitos fundamentais constitui condição fática da democracia e a premissa de que a democracia é um pressuposto fático dos direitos fundamentais. Assim, pode ser formulado o seguinte critério de coerência: quanto mais fundamentações mútuas empíricas um sistema contém, tanto mais coerente ele é.³⁵ Esse critério pode ser transformado no seguinte princípio: quando uma teoria ou sistema for usado para fundamentar uma proposição, deve ser considerado que a teoria ou sistema cobre tantas relações mútuas empíricas entre proposições quanto possível.³⁶

Um exemplo de fundamentação mútua analítica é dado pela relação entre direitos fundamentais e Estado de Direito. Tanto é assim que a validade de direitos fundamentais é condição conceitualmente necessária da existência de um Estado de Direito plenamente desenvolvido. Onde não existe um Estado de Direito, por razões conceituais, não se pode falar em direitos fundamentais.³⁷ Assim, um sistema que contém tais fundamentações conecta seus elementos de modo mais estreito do que um sistema que

33 Cf. ALEXY, *Fundamentação jurídica, sistema e coerência...*, p. 124.

34 Cf. PECZENIK, *On Law and Reason...*, p. 136-137.

35 Cf. ALEXY, *Fundamentação jurídica, sistema e coerência...*, p. 125.

36 Cf. PECZENIK, *On Law and Reason...*, p. 137.

37 Cf. PECZENIK, *On Law and Reason...*, p. 137.

não as apresenta. Nesse sentido, então, pode ser formulado o seguinte critério: quanto mais fundamentações mútuas analíticas um sistema contém, tanto mais coerente ele é.³⁸ Esse critério pode ser transformado no seguinte princípio: quando uma teoria ou sistema for usado para fundamentar uma proposição, deve ser considerado que a teoria ou sistema cobre tantas relações mútuas analíticas entre proposições quanto possível.³⁹

Uma fundamentação mútua normativa existe de dois modos: primeiro, quando uma proposição fundamenta uma série de proposições relativamente especiais, e, segundo, quando uma série de proposições relativamente especiais fundamenta uma proposição relativamente geral.

Do primeiro modo é caso, por exemplo, quando uma norma jurídica geral – princípio jurídico – fundamenta várias outras normas jurídicas especiais – regras jurídicas. Esse modo de fundamentação, normalmente designado como “dedutivo”, corresponde ao critério de coerência da conexão entre cadeias de fundamentação. O princípio do Estado de Direito, como uma norma jurídica geral, serve para fundamentar várias regras jurídicas.

O segundo modo de fundamentação, embora frequentemente designado como “indutivo”, pode ser transformado em dedutivo com a adição de premissas aceitáveis. Uma fundamentação indutiva é transformada em uma fundamentação dedutiva se completada dedutivamente pelo acréscimo de premissas adicionais aceitáveis. A conclusão relativamente geral segue logicamente de premissas relativamente menos gerais, acrescidas das premissas adicionais.⁴⁰

A união desses dois modos de fundamentação conduz ao equilíbrio reflexivo de considerações, caracterizando uma ponderação de proposições práticas gerais e individuais aceitas. Assim, é possível argumentar em favor de proposições gerais demonstrando que elas são fundamentadas por proposições individuais como também argumentar em favor de proposições especiais mostrando

38 Cf. ALEXY, *Fundamentação jurídica, sistema e coerência...*, p. 125.

39 Cf. PECZENIK, *On Law and Reason...*, p. 137.

40 Cf. PECZENIK, *On Law and Reason...*, p. 137 (entre aspas no original); ALEXY, *Fundamentação jurídica, sistema e coerência...*, p. 125 (entre aspas no original).

que elas são fundamentadas por proposições mais gerais. Quando não há coerência, qualquer um desses componentes pode ser modificado. Em algumas situações, uma proposição especial pode ser facilmente abandonada; em outras, é possível manter uma proposição especial e modificar uma proposição geral.⁴¹

Segundo Alexy, a criação da relação normativa recíproca do equilíbrio reflexivo não configura procedimento de fundamentação perfeita, pois não diz quando uma proposição geral deve ser modificada por causa de uma proposição especial, tampouco quando uma proposição especial deve ser abandonada por uma causa de uma proposição geral⁴², ou seja, deixa aberta a questão sobre a ordem de primazia entre as proposições gerais e as proposições especiais.⁴³

Contudo, trata-se de procedimento racional que contribui para a produção da coerência. Assim, pode ser formulado o seguinte critério: quanto mais fundamentações mútuas normativas um sistema contém, tanto mais coerente ele é.⁴⁴ Esse critério pode ser transformado no seguinte princípio: quando uma teoria ou sistema for usado para fundamentar uma proposição, deve ser considerado que a teoria ou sistema cobre tantas relações mútuas normativas entre proposições quanto possível.⁴⁵

A justificação e a racionalidade interna das decisões judiciais de aplicação das normas jurídicas dependem tanto dos critérios de coerência da classe das propriedades da estrutura de fundamentação quanto dos critérios de coerência da classe das propriedades dos conceitos. Há uma relação intrínseca entre essas duas classes de critérios de coerência.

Segundo Peczenik, muitas estruturas de fundamentação somente são possíveis pelas relações entre conceitos jurídicos e morais.⁴⁶ Contudo, deve ficar claro que um conceito jamais pode fundamentar outro conceito, e sempre uma proposição pode fundamentar outra proposição. De qualquer modo, sempre depende

41 Cf. PECZENIK, *On Law and Reason...*, p. 105.

42 Cf. ALEXY, *Fundamentação jurídica, sistema e coerência...*, p. 126.

43 Cf. PECZENIK, *On Law and Reason...*, p. 138.

44 Cf. ALEXY, *Fundamentação jurídica, sistema e coerência...*, p. 126.

45 Cf. PECZENIK, *On Law and Reason...*, p. 138.

46 Cf. PECZENIK, *On Law and Reason...*, p. 140.

dos conceitos saber se uma proposição fundamenta ou não outra proposição.⁴⁷

A propriedade criadora de coerência mais importante é a comunidade⁴⁸ ou a generabilidade em sentido amplo, que se distingue em *i*) universabilidade, *ii*) generabilidade em sentido restrito e *iii*) semelhanças.⁴⁹

A universabilidade é uma propriedade das proposições. Uma proposição é universal quando contém um quantificador universal, como quando ela diz respeito a todos os indivíduos com determinadas características. Uma proposição, ao contrário, é individual quando diz respeito a indivíduos designados pelo próprio nome ou identificados a partir de características singulares.⁵⁰

A universabilidade, portanto, consiste no uso de conceitos para designar todas as coisas pertencentes a uma classe, sem a designação nominativa de objetos individuais. Quando conceitos são empregados, um mesmo rótulo é colocado em uma classe de coisas. O conceito "cisne", por exemplo, denota todos os cisnes, e não um individualmente. Assim, a universabilidade de uma proposição pode ser definida com o fato de que ela segue logicamente de uma proposição universal. Por isso mesmo, então, a universabilidade é condição necessária de toda coerência.⁵¹

Os critérios relacionados com a estrutura da fundamentação já contêm, implicitamente, a exigência do emprego de tantas proposições universais quanto possível, porque sem essas a exigência de produção de cadeias de fundamentação tão extensas quanto possível e tanto intensamente entrelaças quanto possível não pode ser cumprida. De qualquer sorte, pode ser formulado o seguinte critério de coerência: quanto mais proposições sem nomes individuais uma teoria ou sistema usa, mais coerente é a teoria ou o sistema. Esse critério pode ser transformado no seguinte princípio: quando uma teoria ou sistema é usado para justificar uma proposi-

47 Cf. ALEXI, *Fundamentação jurídica, sistema e coerência...*, p. 127.

48 Cf. ALEXI, *Fundamentação jurídica, sistema e coerência...*, p. 127.

49 Cf. PECZENIK, *On Law and Reason...*, p. 141.

50 Cf. ALEXI, *Fundamentação jurídica, sistema e coerência...*, p. 127.

51 Cf. PECZENIK, *On Law and Reason...*, p. 141.

ção, deve ser considerado que o sistema é expressado em tantas proposições sem nomes individuais quanto possível.⁵²

A generabilidade em sentido restrito é uma propriedade dos conceitos. Um conceito pode ser geral em maior ou menor grau, pois a generabilidade é uma questão de grau. Quanto mais geral um conceito, tanto maior é número de objetos que ele cobre e, portanto, maior o seu grau de extensão.⁵³

Assim, por exemplo, o conceito de direito fundamental é mais geral do que o conceito de direito fundamental da liberdade, e este é mais geral do que o conceito de direito fundamental da liberdade de manifestação da opinião.⁵⁴

Quanto mais geral uma proposição, maior número de proposições especiais ela pode cobrir ou a ela pode ser unida.

Assim, podem ser formulados os seguintes critérios de coerência: *i*) quanto mais conceitos gerais uma teoria ou sistema contém, tanto mais coerente é a teoria ou o sistema; *ii*) quanto mais gerais os conceitos de uma teoria ou sistema são, mais coerente a teoria ou o sistema é. Esses critérios podem ser transformados no seguinte princípio: quando uma teoria ou sistema é usado para justificar uma proposição, deve ser considerado que o sistema é formulado em tantos conceitos gerais quanto possível e em tantos conceitos mais gerais quanto possível.⁵⁵

É o caso, por exemplo, das proposições normativas gerais da parte geral do Código Civil em relação às proposições normativas especiais da parte especial do mesmo Código. Na argumentação desenvolvida pelo acusado no processo penal, frequentemente sustenta-se a absolvição com base em argumentos da filosofia moral. Nessa linha, costuma-se alegar que o réu não agiu com culpa e que responsabilizar alguém sem culpa é injusto. Aliás, a ideia moral de que o igual deve ser tratado igual não é puramente lógica, mas envolve generabilidade.

Uma semelhança ou uma família conceitual existe quando um conceito se refere a um conjunto de coisas semelhantes entre si.

52 Cf. PECZENIK, *On Law and Reason...*, p. 142.

53 Cf. ALEXI, *Fundamentação jurídica, sistema e coerência...*, p. 126.

54 Cf. ALEXI, *Fundamentação jurídica, sistema e coerência...*, p. 127.

55 Cf. PECZENIK, *On Law and Reason...*, p. 142.

Na argumentação jurídica, esse tipo de generabilidade aparece na argumentação por analogia. No caso da analogia *intra legem*, argumenta-se que um caso *a* é semelhante a outro caso *b* de tal modo que se lhe deve atribuir a mesma consequência jurídica. O sentido linguístico da hipótese normativa abstratamente dada em uma regra jurídica é tal que pode abraçar tanto o caso *a* como o *b*. Outro tipo de analogia ocorre quando as semelhanças são usadas para ampliar o âmbito de aplicação da regra jurídica para além dos limites puramente linguísticos. Igualmente, na argumentação por analogia, utiliza-se a semelhança para justificar a aplicação da *ratio decidendi* de um precedente a caso similar subsequente.⁵⁶

Segundo MacCormick, a argumentação por analogia é importante para o desenvolvimento do Direito quando o seu significado é estender ou reafirmar uma regra ou um princípio jurídico para que ele cubra novas situações da vida ainda não reguladas. Igualmente, a argumentação por analogia pode ser empregada para preencher lacunas quando se trata de uma situação em que o juiz se certifica de que não há regra jurídica que possa ser aplicada ao caso.⁵⁷

Seja para o desenvolvimento do direito, seja para o preenchimento de lacunas, a argumentação jurídica por analogia pertence clara e confortavelmente à moldura da coerência como um valor jurídico amplo, constituindo-se em ilustração da argumentação por coerência.⁵⁸

A partir disso, pode ser formulado o seguinte critério da coerência: quanto mais semelhanças entre conceitos são usadas em uma teoria ou sistema, tanto mais coerente é a teoria ou o sistema. Esse critério pode ser transformado no seguinte princípio: quando uma teoria ou sistema é usado para justificar uma proposição, deve ser considerada tão completa quanto possível uma lista de semelhanças entre os conceitos pertencentes à teoria ou sistema.⁵⁹

Segundo Peczenik, o critério da generabilidade em sentido amplo é importante para a justificação das decisões judiciais de aplicação das normas jurídicas em casos particulares, especialmente porque elas se deixam fundamentar pelo uso de conceitos gerais. Em alguns casos, o juiz deve formular uma explícita e geral justificação e, em outros, mostra-se suficiente a justificação simplesmente possível.⁶⁰

Coerência e fundamentação

Esses critérios tornam clara a contribuição da coerência para a racionalidade.

É grande a diferença entre uma justificação jurídica apoiada em um sistema coerente e uma justificação que não tem esse tipo de apoio. Uma fundamentação jurídica pode estar apoiada em um sistema – tão coerente quanto possível – ou não estar apoiada em qualquer sistema. Neste último caso, trata-se de uma fundamentação jurídica *ad hoc*. Esse tipo não satisfaz os princípios da universabilidade e da generabilidade e, com isso, as exigências de justiça. Isso porque a justiça exige uma fundamentação jurídica apoiada em um sistema tão coerente quanto possível.⁶¹

Segundo MacCormick, além disso, há razões – informações adequadas aos diretamente afetados pela aplicação das normas jurídicas, clareza, previsibilidade e segurança jurídicas – para que o Direito seja dado por intermédio de regras jurídicas mais detalhadas, e estas seriam arbitrárias se não fossem desdobramento de princípios mais gerais, menos numerosos e mais gerais em seus conceitos.⁶²

Esses princípios jurídicos, por seu lado, são também capazes de ser pensados como coerentes no sentido de uma forma satisfatória de vida de tal modo que as demais normas jurídicas detalhadas

56 Cf. PECZENIK, *On Law and Reason...*, p. 142; MacCORMICK, *Legal Reasoning and Legal Theory...*, p. 161-162 e 185-186

57 Cf. MacCORMICK, *Rhetoric and the Rule of Law...*, p. 206.

58 Cf. MacCORMICK, *Rhetoric and the Rule of Law...*, P. 207.

59 Cf. PECZENIK, *On Law and Reason...*, p. 142.

60 Cf. PECZENIK, *On Law and Reason...*, p. 142.

61 Cf. ALEXY, *Fundamentação jurídica, sistema e coerência...*, p. 129; PECZENIK, *On Law and Reason...*, p. 145; MacCORMICK, *Rhetoric and the Rule of Law...*, p. 201.

62 Cf. MacCORMICK, *Rhetoric and the Rule of Law...*, p. 201-202.

do sistema jurídico devem ser interpretadas como se estivessem servindo a um conjunto de valores mutuamente compartilhados.⁶³

A formação de um sistema coerente tem outros efeitos positivos sob o ponto de vista da racionalidade prática. A formação do sistema, explorada institucionalmente como dogmática jurídica, permite reunir, examinar e evoluir as visões de várias gerações de juristas.⁶⁴ Com isso, ela serve tanto à estabilidade como ao progresso, que são funções da dogmática jurídica.⁶⁵

Assim, uma proposição qualquer é submetida a um controle mais intenso. Além disso, o juiz pode apoiar suas proposições no sistema. Em boa medida, o juiz é aliviado pelo sistema, pois deve fundamentar as suas proposições em proposições já propostas, analisadas e revisadas.⁶⁶

O conceito de justificação está relacionado ao que pode ser fundamentado.⁶⁷ Uma justificação em sentido forte inclui fundamentação e exigências adicionais, entre elas, como central, a coerência. Conceitos como racionalidade e correção estão relacionados com justificação e coerência.

Desse modo, pode-se sustentar que coerência é o elemento central do conceito completo de justificação, racionalidade e correção. Segundo Peczenik, essa relação pode ser formulada do seguinte modo: se um sistema *si* é mais coerente que outro sistema *sii*, então o primeiro é *prima facie* mais bem justificado e mais racional que o segundo; se o primeiro é mais coerente que o segundo, então existe uma razão *prima facie* em favor de que o primeiro é correto. Com isso, então, está colocada uma conexão analítica entre coerência, justificação, racionalidade e correção.⁶⁸

A racionalidade alcançada pela justificação interna – racionalidade *L* – e coerência – racionalidade *S* – deve ser completada

pela racionalidade discursiva – racionalidade *D*.⁶⁹ A primeira refere-se à forma lógico-dedutiva da argumentação e é sempre racional. A segunda refere-se à racionalidade alcançada pelo cumprimento dos critérios da coerência. A terceira, ao procedimento do discurso racional, em que o comportamento das pessoas e seus atos de fala contam decisivamente. Esse nível procedimental completa o quadro da racionalidade normativa, especialmente em atenção aos limites da racionalidade *L* e da racionalidade *S*. Os limites da racionalidade lógico-dedutiva são bem conhecidos⁷⁰, sendo central a questão da fraqueza quanto ao conteúdo das premissas. Qualquer conteúdo pode ser apresentado em uma forma dedutiva logicamente válida. Isso, contudo, não é suficiente para a pretensão de correção exigida das decisões judiciais de aplicação das normas jurídicas. Os limites da racionalidade *S* apontam para as fraquezas da coerência.

Limites da coerência

As vantagens de um sistema normativo coerente são limitadas por três desvantagens necessárias: *i*) conceito da coerência; *ii*) caráter formal da coerência; *iii*) incompletude.⁷¹

A primeira limitação resulta do conceito coerência. Os critérios da coerência não permitem dizer que um sistema é sempre mais coerente que outro, mas somente que um sistema é mais coerente que outro em um sentido e outro sistema é mais coerente em outro sentido. A decisão sobre qual é o sistema mais coerente não pode ser dada exclusivamente pelos critérios da coerência.⁷²

A segunda limitação resulta do caráter formal da coerência. Os critérios de coerência nada dizem quanto ao conteúdo do sistema normativo. Os conceitos da generabilidade e da universabilidade, contidos no conceito da coerência, assim como fundamentações

63 Cf. MacCORMICK, *Rhetoric and the Rule of Law...*, p. 202.

64 Cf. ALEXI, *Fundamentação jurídica, sistema e coerência...*, p. 129.

65 Cf. ALEXI, *Theorie der juristischen Argumentation...*, S. 326-328.

66 Cf. ALEXI, *Fundamentação jurídica, sistema e coerência...*, p. 129.

67 Cf. MARTINS, Argemiro Cardoso Moreira; ROESLER, Cláudia Rosane; JESUS, Ricardo Antonio Rezende de. A noção de coerência na teoria da argumentação jurídica de Neil MacCormick: caracterização, limitações, possibilidades. Disponível em: <www.univali.br/periodicos>. Acessado em: 18 jun 2016, p. 217-218.

68 Cf. PECZENIK, *On Law and Reason...*, p. 145-146.

69 Cf. GAVIAO FILHO, Anizio Pires. *Colisão de direitos fundamentais, argumentação e ponderação*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 165-166.

70 Cf. AARNIO, Aulis. *The Rational as Reasonable*. Dordrecht: D. Reidel Publishing Company, 1987, p. 194.

71 Cf. PECZENIK, *On Law and Reason...*, p. 152.

72 Cf. PECZENIK, *On Law and Reason...*, p. 153.

plenamente desenvolvidas, conduzem antes à justiça e à racionalidade do que à injustiça e à irracionalidade. O cumprimento dos critérios formais da coerência limita a injustiça e a irracionalidade, contribuindo para a justiça e racionalidade. Contudo, conteúdos injustos e irracionais não são excluídos pelos critérios de coerência exclusivamente.⁷³

Como lembra MacCormick, a coerência não exclui um entendimento distorcido de valores daqueles que são responsáveis pela determinação do conteúdo de um sistema normativo. A “pureza racial” foi um valor perseguido pelo governo nacional-socialista na Alemanha entre 1933 a 1945, bem como as normas jurídicas de segregação racial da África do Sul. A própria decisão da Suprema Corte americana de 1857 no caso *Dred Scott v. Sandford* está assentada em “princípios” da Constituição dos Estados Unidos da América que sustentam “racionalmente” a escravidão e a inferioridade dos membros da “raça africana”.⁷⁴ Evidentemente, esses exemplos não sobrevivem sob a luz de princípios fundamentais como os colocados pela Declaração dos Direitos do Homem de 1948, especialmente a dignidade dos seres humanos, razão pela qual, hoje, são totalmente rejeitados. Contudo, o que fica claro é que a coerência, como valor puramente interno do Direito efetivado por uma dada jurisdição, por si só, não é garantia suficiente de justiça.⁷⁵

A terceira limitação da coerência resulta da incompletude necessária de todos os sistemas normativos, que são tão coerentes como somente é possível. A razão para isso é a necessidade de premissas normativas ou valorações adicionais, pois tanto a criação como a aplicação do sistema normativo fazem necessária a formulação de novas premissas normativas ou valorativas. A importância disso aparece em três passos: *i*) na passagem das proposições normativas gerais para especiais; *ii*) na ponderação entre princípios; e *iii*) na produção de um equilíbrio reflexivo.⁷⁶

73 Cf. ALEXY, *Fundamentação jurídica, sistema e coerência...*, p. 128.

74 Cf. MACCORMICK, *Rhetoric and the Rule of Law...*, p. 202 (entre aspas no original).

75 Cf. MACCORMICK, *Rhetoric and the Rule of Law...*, p. 202-203.

76 Cf. PECZENIK, *On Law and Reason...*, p. 153; ALEXY, *Fundamentação jurídica, sistema e coerência...*, p. 130.

Essas três limitações não tornam imprestável a ideia de coerência.

Elas levam à necessidade de que o plano do sistema, composto por proposições, seja completado por um plano procedimental, no qual pessoas e sua atuação argumentativa desempenham um papel decisivo. O que une os dois planos é a ideia de fundamentação. Essa ideia exige, de um lado, o estabelecimento de construções de pensamento tão coerente quanto possível e, nesse sentido, tão perfeito quanto possível. Do outro lado, ela exige um processo de argumentação tão racional quanto possível, que vise à formação de um consenso racional. O significado disso é dado por uma teoria do discurso racional.⁷⁷

Enquanto a coerência é uma propriedade exclusiva das proposições, a racionalidade discursiva diz respeito tanto às relações entre proposições como às relações entre as pessoas quando do uso das proposições. Portanto, racionalidade discursiva compreende coerência e a adicional exigência da racionalidade procedimental.⁷⁸

Como o resultado do discurso racional é o consenso, a relação entre coerência e consenso pode ser formulada assim: se um sistema normativo *si* é mais coerente que o sistema normativo *sii*, então o consenso sobre isso é *prima facie* racional. Portanto, racionalidade depende da coerência e do consenso, este entendido como aceitabilidade racional.⁷⁹

O que conta para a racionalidade não é o consenso – entendido no sentido de que a opinião da maioria concreta de pessoas é sempre correta –, mas a aceitabilidade de uma proposição normativa por um grupo relevante de pessoas inseridas no contexto de determinada forma de vida. A aceitabilidade racional é uma propriedade do resultado final do procedimento de justificação jurídica.⁸⁰

Para ser aceitável, o resultado deve corresponder ao conhecimento e ao sistema de valores da comunidade jurídica e, assim,

77 Cf. ALEXY, *Fundamentação jurídica, sistema e coerência...*, p. 130.

78 Cf. PECZENIK, *On Law and Reason...*, p. 153.

79 Cf. PECZENIK, *On Law and Reason...*, p. 153-154.

80 Cf. AARNIO, *The Rational als Reasonable...*, p. 189; GÜNTHER, Claus. Uma concepção normativa de coerência para uma teoria discursiva da argumentação jurídica. *Cadernos de Filosofia Alemã*, n. 6, p. 85-201, 2000, p. 99.

responder às suas esperanças. Assim, pode-se falar de aceitabilidade axiológica⁸¹ ou de um consenso referido a uma determinada cultura ou dentro de uma cultura.⁸²

De todo modo, a aceitabilidade racional é um ideal com base no qual se pode avaliar o discurso jurídico concreto a partir do cumprimento das regras do discurso racional.⁸³

Conclusão

As discussões em torno da fundamentação racional da interpretação e aplicação do Direito incluem também a coerência. Isso porque há uma relação de necessariedade entre coerência, fundamentação e racionalidade. O decisivo é que não há fundamentação racional sem coerência.

A coerência é uma questão de fundamentação.

Na interpretação e aplicação das normas jurídicas para a solução de casos concretos, as razões de fundamentação da proposição normativa particular concreta, que diz o Direito do caso, devem ser coerentes.

Coerência é uma característica ou propriedade de um conjunto de proposições formuladas e apresentadas para justificar uma conclusão. Por isso mesmo, coerência é uma questão de grau. Razões de fundamentação de uma decisão judicial podem ser mais ou menos coerentes, conforme mais próximo ou mais distante dos critérios ou princípios normalmente apontados para medir o grau de coerência de um conjunto de proposições.

Coerência não se identifica com consistência. Esta diz com a existência ou não de contradições entre as preposições que constituem um conjunto de razões apresentadas para justificar uma conclusão. Razões podem apresentar contradições entre suas preposições sem que isso exclua que elas tenham algum grau de coerência. Um conjunto de razões sem contradições entre as suas

proposições é mais coerente que um conjunto de razões em que se achem contradições entre as suas proposições. Quando menor ou nenhuma a presença de contradições entre as proposições de um conjunto de razões, tanto maior o seu grau de coerência.

A coerência narrativa tem papel na justificação das premissas fáticas do raciocínio jurídico. A coerência normativa é central para justificar as premissas normativas do raciocínio jurídico de justificação da interpretação e aplicação do Direito. Então, pode-se formular que a coerência tem lugar na justificação externa da fundamentação das decisões judiciais. Por isso, então, a relação de necessariedade entre coerência e argumentação racional.

Coerência tem limites. Os limites importantes apontam para o seu caráter formal e sua incompletude.

Os limites da coerência dizem com o seu caráter formal. Um conjunto de proposições apresentadas como razões para justificar uma conclusão pode ser coerente, independentemente do conteúdo das proposições mesmas e da conclusão. O resultado desse caráter formal é que coerência, por si só, não garante justiça e correção quanto ao conteúdo. O limite da incompletude aponta para a característica que um conjunto de proposições apresentadas como razões para justificar uma conclusão somente pode ser coerente tanto quanto possível.

O caráter formal da coerência não a torna imprestável para a justificação racional da interpretação e aplicação do Direito. Quanto maior o grau de coerência de um conjunto de proposições apresentadas para justificar uma conclusão de um raciocínio jurídico, tanto mais bem fundamentada será a proposição normativa particular concreta do caso de interpretação e aplicação do Direito.

Com coerência, ganha-se em fundamentação, racionalidade e correção. A coerência é um dos elementos da justificação racional, inserida no contexto da teoria procedimental da argumentação jurídica, que conta, ainda, com as exigências da justificação interna e da justificação externa.

81 Cf. AARNIO, *The Rational als Reasonable...*, p. 190.

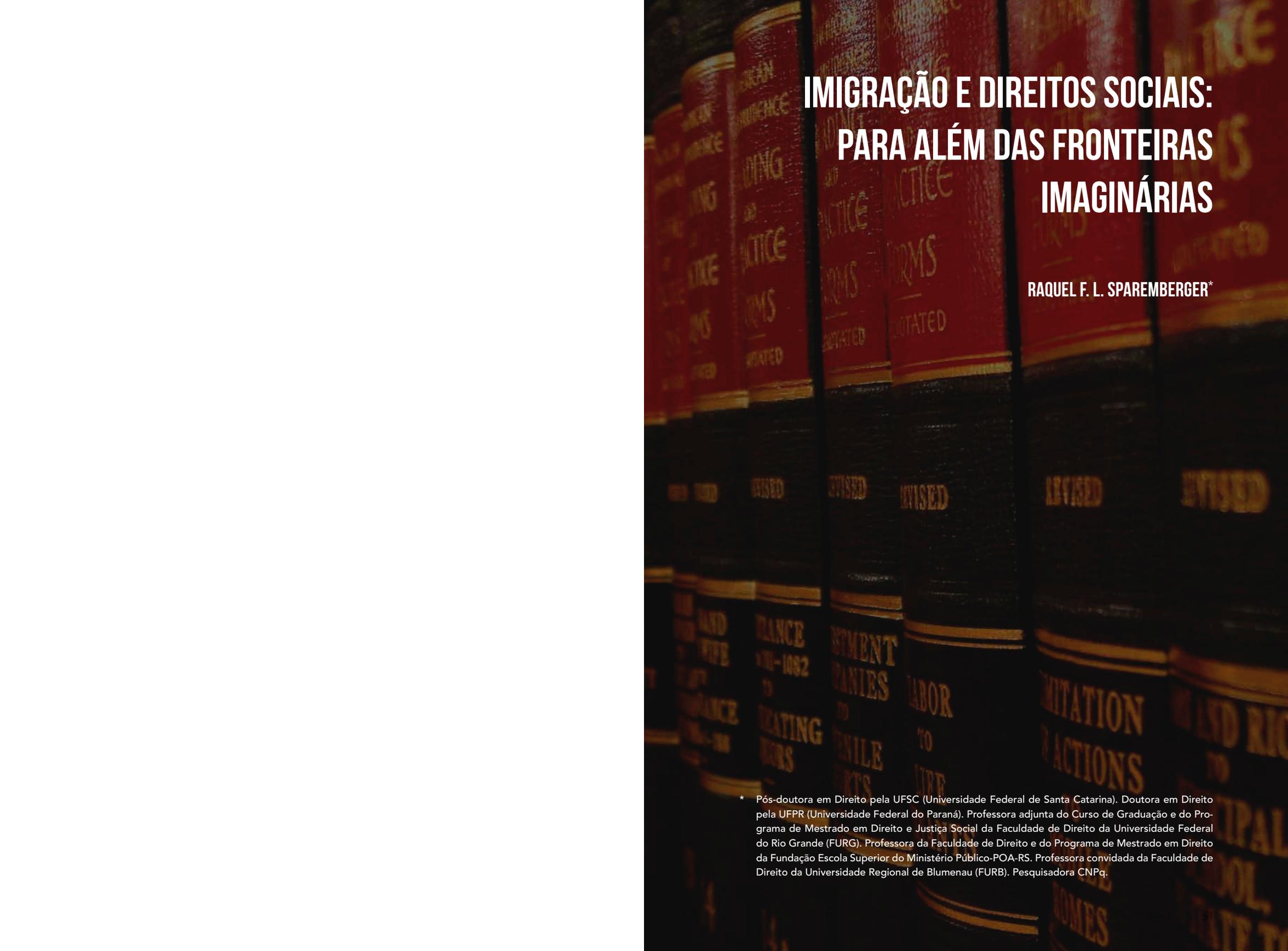
82 Cf. PECZENIK, *On Law and Reason...*, p. 154.

83 Cf. AARNIO, *The Rational als Reasonable...*, p. 194.

Referências

- AARNIO, Aulis. *The Rational as Reasonable*. Dordrecht: D. Reidel Publishing Company, 1987.
- ALEXY, Robert. *Recht, Vernunft, Diskurs*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1995.
- _____. *Teoria discursiva do direito*. Trad. Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2015.
- _____. *Constitucionalismo discursivo*. Trad. Luis Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- _____. Juristische Interpretation. In: ALEXY, Robert. *Recht, Vernunft, Diskurs*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, S. 71-94, 1995.
- _____. Fundamentação jurídica, sistema e coerência. In: ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. Trad. Luis Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 117-130, 2007.
- GAVIAO FILHO, Anizio Pires. *Colisão de direitos fundamentais, argumentação e ponderação*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.
- _____. Interpretação e argumentação. In: HECK, Luís Afonso (Org.). *Direitos fundamentais, argumentação e ponderação*. Porto Alegre: Sergio Fabris, 2015.
- GÜNTHER, Claus. Uma concepção normativa de coerência para uma teoria discursiva da argumentação jurídica. *Cadernos de Filosofia Alema*, n. 6, p. 85-201, 2000.
- _____. *Teoria da argumentação*. Trad. Claudio Mozl. São Paulo: Landy, 2004.
- HAGE, Jaap C. *Reasoning with Rules*. Dordrecht: Kluwer Academic Publishers, 1997.
- MacCORMICK, Neil. *Legal Reasoning and Legal Theory*. Oxford: Oxford University Press, 1978.
- _____. *Rhetoric and the rule of Law*. Oxford: Oxford University Press, 2005.

- MARTINS, Argemiro Cardoso Moreira; ROESLER, Cláudia Rosane; JESUS, Ricardo Antonio Rezende de. A noção de coerência na teoria da argumentação jurídica de Neil MacCormick: caracterização, limitações, possibilidades. Disponível em: <www.univali.br/periodicos>. Acessado em 18 jun 2016.
- OLSSON, Erik. J. *Against coherence*. Oxford: Oxford University Press, 2009.
- PECZENIK, Aleksander. *On Law and Reason*. London: Springer, 2008.
- WRÓBLEWSKI, Jerzy. Towards Foundation of Judicial Reasoning. In: KRAWIETZ, Werner; ALEXY, Robert. *Metatheorie juristischer Argumentation*. Berlin: Bunker & Humblot, p. 233-253, 1983.



IMIGRAÇÃO E DIREITOS SOCIAIS: PARA ALÉM DAS FRONTEIRAS IMAGINÁRIAS

RAQUEL F. L. SPAREMBERGER*

* Pós-doutora em Direito pela UFSC (Universidade Federal de Santa Catarina). Doutora em Direito pela UFPR (Universidade Federal do Paraná). Professora adjunta do Curso de Graduação e do Programa de Mestrado em Direito e Justiça Social da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande (FURG). Professora da Faculdade de Direito e do Programa de Mestrado em Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público-POA-RS. Professora convidada da Faculdade de Direito da Universidade Regional de Blumenau (FURB). Pesquisadora CNPq.

Este artigo trata de categorias, como diferentes, desiguais e desconectados, e os problemas relacionados à não efetividade dos direitos humanos nas fronteiras. Aborda, à luz da globalização, os problemas relacionados às mudanças econômicas, culturais e sociais, e traz à tona problemas novos convivendo com antigos. Apresenta alguns aspectos relacionados ao fluxo de imigrantes, bem como os desafios que os países, principalmente de fronteira, vêm enfrentando: imigração ilegal, forma de integração, provisão de direitos e garantias individuais e sociais e, ainda, o desafio de integrar-se a uma sociedade que muitas vezes reage com suspeita e hostilidade diante de tais deslocamentos, circulação, migração, imigração, entre outros. No contexto atual dos Estados globalizados, a tecnologia da instantaneização é, simultaneamente, o relógio, o conceito de tempo e espaço e o poder. Descaracteriza territórios, degrada o meio ambiente, descaracteriza identidades e destrói pilares. Restam princípios que se podem reconstruir, e, com eles, o poder, o tempo e o espaço, a justiça, a economia, os recursos naturais e culturais e a força. Traz, também, diante do contexto, um conceito de fronteira que se apresenta como uma interface, ou seja, como contato entre dois sistemas ou conjunto distintos, nos quais, em geral, ocorrem fenômenos originais, trocas entre duas partes, modificação de uma pela outra, exploração das diferenças pelos atores sociais envolvidos. Atualmente, com os processos de integração regional em curso e os impactos do fenômeno de globalização, a fronteira tornou-se um foco interessante para a agenda econômica e política. Em derradeiro, apresenta uma definição de Estado de Direito e os desafios aos direitos humanos e às políticas sociais nas fronteiras.

Os diferentes e desiguais: a realidade nas fronteiras

Vive-se em um mundo de opulência sem precedentes, de um tipo que teria sido difícil até imaginar um ou dois séculos atrás. Tem havido mudanças notáveis para além da esfera econômica. O século XX estabeleceu o regime democrático e participativo como

modelo preeminente de organização política. Os conceitos de direitos humanos e liberdade política hoje são partes de uma retórica prevalecente. As relações entre as diferentes regiões do globo estão agora mais estreitamente ligadas do que jamais estiveram. Entretanto, vivemos igualmente em mundo de privação, destituição, discriminação e opressão extraordinárias. Existem problemas novos convivendo com antigos. Diante da realidade que nos cerca, tudo fica em segundo plano na situação conjuntural, mas uma situação permanece institucional, estrutural e social – a questão da igualdade, da discriminação, da intolerância, da pobreza, de todas as formas de desigualdades praticadas contra os grupos vulneráveis. Segundo Schwarz (2009, p. 2), o crescente fluxo de imigrantes lançou uma série de desafios para os países, inclusive quanto à questão das fronteiras, imigração ilegal, à forma de integração dos imigrantes às sociedades nacionais e à provisão de direitos e garantias individuais e sociais. Por outro lado, os imigrantes enfrentam o desafio de integrar-se a uma sociedade que muitas vezes reage com suspeita e hostilidade diante da sua chegada. Por não serem cidadãos nacionais, gozam de menos direitos que a população nativa, sendo frequentemente explorados e discriminados, inclusive na esfera trabalhista: exclusões ou preferências segundo o tipo de emprego que podem ou não podem ocupar, desigualdades salariais, proibição do exercício de atividades sindicais, etc. Quanto aos irregulares, frequentemente são detidos e deportados em condições que violam as normas mais elementares. Para Schwarz (2009, p. 3), o fenômeno da imigração passou a ocupar, a partir dos últimos anos do século XX e início do século XXI, lugar central nos debates políticos nas sociedades capitalistas centrais, desvelando-se uma convergência cada vez mais intensa entre as políticas de imigração e de nacionalidade e as políticas econômicas, equação cada vez mais impactada pelo inexorável processo de globalização. As políticas de imigração e de nacionalidade têm, pois, uma relação que pode ser descrita como dialética e cada vez mais intensa com as políticas econômicas, como se pode verificar a partir da história recente do desenvolvimento dos fluxos migratórios e, em especial, a partir das restrições impostas às imigrações pelos países desde as três últimas décadas do século XX, com as

crises dos paradigmas que haviam garantido a bonança do crescimento econômico nos anos do pós-Segunda Guerra.

Evidentemente que é um tema permanente, principalmente quando essas privações, ou desrespeito ao indivíduo, podem ser encontradas, sob uma ou outra forma, tanto em países ricos como em pobres. Superar esses problemas é um aparte central do processo de desenvolvimento. O que se pretende demonstrar é que se precisa reconhecer o papel das diferentes formas de liberdade e identidades no combate a esses males (SEN, 2000). Convenhamos que algo mudou, mas a mudança está muito longe do que se pretende em relação às minorias e grupos vulneráveis, não são só numéricas, mas também de direito, e isso é muito grave. O direito não soluciona o preconceito de maneira permanente, ou seja, ele é impotente para acabar de vez com o preconceito contra as mulheres, negros, índios, ciganos, obesos, presos, homossexuais, migrantes.

Certo é que a luta contra todas as manifestações de preconceito não se faz isoladamente. Na hora em que você se solidariza com os outros, e a voz de reação contra a discriminação cresce, em um minuto quem discriminou volta atrás, porque ninguém tem coragem de dizer que discrimina. Certamente as próximas gerações não passarão por isso. A realidade social brasileira e de fronteira visa a ser plural e complexa.

Os chamados grupos vulneráveis (e os migrantes/imigrantes) compõem o mosaico social dessa realidade e se configuram como sociedades culturais, vistos como cidadãos sem rumo, com tratamento diferenciado da sociedade nacional hegemônica. Enxergá-los e reconhecê-los, efetivamente, constitui o desafio do Estado na contemporaneidade, como forma de realização da justiça social, uma vez que essas sociedades/grupos se diferenciam substancialmente do padrão moderno de Estado, de desenvolvimento e de direito.

No contexto atual dos Estados globalizados, a tecnologia da instantaneização é, simultaneamente, o relógio, o conceito de tempo, de espaço e o poder. Descaracteriza territórios, degrada o meio ambiente, descaracteriza identidades e destrói pilares. Restam princípios que se podem reconstruir, e, com eles, o poder, o

tempo e o espaço, a justiça, a economia, os recursos naturais e culturais e a força.

Após a modernidade favorecer a correspondência entre os indivíduos e as instituições, afirmando o valor universal da concepção racionalista do mundo, um fluxo de mudanças dá lugar a certo pessimismo e a muitas dúvidas quanto aos novos rumos que conduzirão e definirão a vida social, política, cultural e econômica. Numa análise dessa crise vivida pela sociedade, que caracteriza uma fase denominada “desmodernização”¹ por Touraine, ele afirma que:

Vivemos numa crise mais profunda que um acesso de medo ou de pânico; sentimos as coisas separarem-se, dissociam-se, em nós e à nossa volta, por um lado o universo das técnicas, dos mercados, dos signos, dos fluxos, nos quais estamos mergulhados; e por outro lado o universo interior que chamamos cada vez mais frequentemente da nossa identidade. A afirmação mais forte da modernidade era que nós somos aquilo que fazemos; a nossa experiência mais viva é que já não somos aquilo que fazemos, que somos cada vez mais estranhos às condutas que nos fazem ter os aparelhos econômicos, políticos ou culturais que organizam nossa experiência. (1999, p. 35).

Em todos os lugares, é possível perceber a necessidade e a importância do “pertencer”, do identificar, do encontrar um lugar de pertencimento no qual seja possível o desenvolvimento de habilidades e convívios coletivos, onde a valorização da diversidade encontre espaço e significado. À medida que os processos globalizantes se intensificam, fortalecem-se também os sentimentos pelo “local”, em resposta ao aumento opressor do “global”, demonstrando que é preciso repensar os projetos de desenvolvimento, de unificação e de reducionismo, que devem perder supremacia em nome de um mundo plural, diverso.

1 Conforme Touraine, “se a modernização foi a gestão da dualidade da produção racionalizada e a liberdade interior do Sujeito humano pela ideia de sociedade nacional, a desmodernização é definida pela ruptura dos elos que unem a liberdade pessoal e a eficácia coletiva” (1999, p. 43). E acrescenta: “A desmodernização é definida pela dissociação da economia e das culturas e pela degradação de uma e outra como sua consequência direta. Começou no momento em que, no final do século XIX, se formou, numa escala até então desconhecida uma economia financeira e industrial internacional que provocou a resistência das identidades culturais e nacionais nos países centrais e sublevações anticolonialistas nos países dependentes” (1999, p. 57).

Há diversidade de situações, de populações e de sistemas de crenças e práticas, constituindo uma complexidade, variáveis no tempo e no espaço e conduzindo a uma modificação no pensamento social, imposta pela potencialização da diversidade, por um lado, e pelo esgotamento das abordagens globalizantes, por outro. Assim:

A tensão entre a ascensão da mundialização das economias, de um lado, e a volta às identidades e aos territórios, de outro, desempenha papel fundamental nessa decomposição-recomposição do pensamento social. Tudo acontece como se a globalização criasse um “impulso planetário”, empurrando as populações, excluídas ou não, a buscar demarcações cognitivas, encontrando suas fontes indiferentemente nas religiões, nas crenças, nas identidades locais, ou simplesmente em uma proximidade de pertença, para melhor gerir a incerteza decorrente do reino que ser quer sem partilha, da técnica e da mercantilização do mundo. (ZAOUAL, 2003, p. 28).

A importância do sentido de pertencimento é fundamental na teoria de Zaoual (2003), um imaginário do espaço vivido, onde crenças, conceitos e comportamentos se articulam e não podem ser compreendidos separadamente. O *homo situs* (homem situado), para encontrar o sítio, combina vários mundos e múltiplas dimensões ao mesmo tempo. É o homem social, pensando e agindo em dada situação, diferenciando-se do *homo economicus* (que não se comunica com o seu meio). Na prática, o conceito de sítio pode-se aplicar a um bairro, uma região, uma cidade, uma etnia, uma comunidade, um país, uma cultura, uma profissão, uma civilização, dentre outras possibilidades, demonstrando ser um conceito flexível.

O sítio é uma pátria imaginária, uma entidade imaterial, que impregna os comportamentos individuais e coletivos e todas as manifestações materiais de um dado lugar. É um espaço, constituindo um patrimônio coletivo, do qual o homem necessita, representando seu lugar de encontro e ancoragem (ZAOUAL, 2003). Esquemáticamente, o sítio é constituído de “três caixas”: “Sua ‘caixa preta’ contém os mitos fundadores, suas crenças, sua experiência, sua memória e trajetória. Sua ‘caixa conceitual’ con-

tém seu saber social, suas teorias e seus modelos. Por fim, sua ‘caixa de ferramentas’ restitui, de modo imediato, seus ofícios, seus modelos de ação, etc.” (ZAOUAL, 2003, p. 55).

A “caixa preta” (mitos, crenças, revelações, influências...) forma a identidade do sítio, atribuindo-lhe um caráter único (mesmo que algumas semelhanças sejam descobertas em grupos vizinhos), fundamentando a diversidade dos múltiplos sítios que podem existir em uma nação, em uma região, e conduzindo à afirmação de que a diversidade é onipresente e proliferante, graças aos intercâmbios e às mudanças caracterizadoras dos meios sociais (ZAOUAL, 2003, p. 112).

Percebe-se, assim, a grande diversidade dos sítios humanos, e pode-se afirmar que a estrutura cultural do planeta é um “imenso tapete de sítios” (ZAOUAL, 2003, p. 104) em que quem procura a pureza sem considerar a diversidade encontrará a destruição (ZAOUAL, 2003). Dessa forma, o mundo uniforme deve dar lugar ao mosaico das culturas, cada qual com seu valor único, com seu conhecimento próprio, mas que compõe a riqueza da diversidade e dos sujeitos que a representam.

Como a globalização atingiu um ponto em que não há volta e que tornou as pessoas dependentes umas das outras, em que todos são vulneráveis e em que a segurança comum precisa ser garantida, Bauman (1999, p. 95/96) acredita que, pela primeira vez na história da humanidade, o autointeresse e os princípios éticos de atenção e de respeito mútuo conduzem para a adoção de uma mesma estratégia:

Não vivemos o fim da história, nem mesmo o princípio do fim. Estamos no limiar de outra grande transformação: as forças globais descontroladas, e seus efeitos cegos e dolorosos, devem ser postas sob o controle popular democrático e forçadas a respeitar e observar os princípios éticos da coabitação humana e da justiça social. Que formas institucionais essa transformação produzirá, ainda é difícil conjecturar: a história não pode ser objeto de uma aposta antecipada. Mas podemos estar razoavelmente seguros de que o teste pelo qual essas formas terão de passar para poderem cumprir o papel pretendido será o de elevar as nossas identidades ao nível mundial – ao nível da humanidade. (BAUMAN, 1999, p. 95/96).

Boff (2002, p. 26) chama a atenção para as potencialidades do Brasil diante do processo de globalização, que deve ser conduzido pela solidariedade e pela benevolência, para então ser entendido como uma fase positiva da evolução da humanidade. Para ele:

Todo patrimônio cultural, com sua diversidade, sua criatividade, seu bom humor, sua mística e seu aspecto lúdico, associado ao patrimônio natural, à biodiversidade, à alegria das águas e das florestas, à fauna e a tantas histórias que disso decorrem e que povoam o imaginário popular brasileiro, esse mosaico afinal que caracteriza a nossa formação, constitui-se em material precioso para que o nosso país, liderado por uma ampla elite democrática, ética e transparente, apresente ao consórcio das nações uma contribuição inestimável para uma globalização diferente. (BOFF, 2002, p. 25-6).

Para Boff, o Brasil é um país que tem vários atributos que podem contribuir para a globalização, com vistas a um futuro ecologicamente sustentado e reconhecendo o valor da cultura brasileira. Entre essas contribuições, estão:

- O imenso capital ecológico do Brasil, com sua biodiversidade, suas reservas de água potável e riqueza das substâncias farmacológicas;
- A visão relacional da realidade, em que, apesar das desigualdades sociais e hierarquizações, desenvolveu-se uma "cultura das alianças", um hábito permanente de coexistência, de tolerância;
- O jeitinho e a malandragem como navegação social, como forma de conciliar todos os interesses sem que ninguém saia prejudicado;
- A cultura multiétnica e multirreligiosa; apesar das diferenças, convive-se com relativa paz e tolerância;
- A criatividade do povo brasileiro, destacando-se, principalmente, quando comparada à de sociedades racionalizadas e bem-estruturadas como as europeias;
- A aura mística da cultura brasileira, que faz crer que outro mundo é possível, que rompe com o mundo da pura razão, da funcionalidade das instituições e que resgata um horizonte de esperança para a vida humana;

- O lado lúdico do povo brasileiro, marcado pela leveza e pelo humor, embalado pelas festas, pela hospitalidade e pelo intrínseco modo de ser brasileiro;
- Um povo de esperança, que, apesar dos problemas e sofrimentos, tem inarredável confiança no futuro;
- A globalização solidária, que faz do povo brasileiro, e das riquezas naturais do Brasil, importante agente nessa busca (BOFF, 2002, p. 18-26).

Percebeu-se isso, em 2011-2012, com a criação, pelo Conselho Nacional de Imigração, do visto especial para haitianos, para tentar barrar entrada ilegal de imigrantes. A embaixada brasileira no Haiti, a partir de 13 de janeiro de 2012, passou a liberar no máximo 100 vistos por mês, com cinco anos de validade. Tínhamos já no Brasil, ilegalmente, em torno de 2,4 mil que aqui chegaram de forma irregular e ainda não tinham vistos, mas foram acolhidos com a garantia de direitos sociais mínimos. Pode ainda não ser a melhor política, mas demonstra que o país se preocupa com esses grupos que migram em busca de vida e dignidade. O mundo tem hoje 65,3 milhões de pessoas vivendo em situação de refúgio ou deslocamento. Esse número, informou o Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados (ACNUR), é o maior já visto desde que os registros iniciaram. Segundo estatísticas da Polícia Federal, atualizadas em março de 2015, o Brasil abriga em torno de 1.847.274 imigrantes regulares. Conforme a classificação adotada pela instituição, esse total engloba 1.189.947 "permanentes"; 595.800 "temporários"; 45.404 "provisórios"; 11.230 "fronteiriços"; 8.731 "refugiados" de 79 nacionalidades (2.152 são sírios); e 51 "asilados".²

Assim, percebe-se a importância do olhar brasileiro quanto à política internacional dos direitos humanos em geral, e a respeito da imigração em particular, a partir das sábias palavras de Edward W. Said em *Orientalismo*, sobre como o conhecimento das ciências humanas é marcado pelas circunstâncias da realidade do observador (SAID, 2003, p. 39). É por meio desse olhar, a partir de dentro

² Sírios já representam 1/4 dos refugiados no Brasil. Disponível em: <<http://g1.globo.com/mundo/noticia/2016/04/sirios-ja-representam-14-dos-refugiados-no-brasil.html>>. Acessado em: 20 jun. 2016.

para fora, e da relação com o exterior, com os estrangeiros, em suma, com os outros, que se permite também compreender como essas nações/países se constituíram internamente. A fronteira externa é umbilicalmente ligada à interna, pois ela depende das concepções conflitantes de nação presentes dentro de um mesmo Estado (REIS, 2007, p. 49). Encontramo-nos, então, dentro das especificidades do Brasil e seus países de fronteira para pensar sobre os paradoxos do acesso seletivo à cidadania. Em uma democracia institucional, mas com acesso efetivo aos direitos impedidos pelos mais diversos fatores, Reis auxilia-nos a refletir sobre nossas fronteiras internas (REIS, 2007, p. 1).

As fronteiras internas no Brasil referem-se não tanto a nosso pequeno contingente de imigrantes, mas principalmente à população que nunca ascendeu aos direitos de cidadania plena por razões discriminatórias das mais variadas: do evidente racismo que se procura não erradicar, da dominação masculina, que emperra a aprovação do direito ao aborto, até a homofobia não criminalizada. Diante de tal contexto, são salutares as reflexões e análises de Reis (2007, p. 4) sobre as concepções universalistas que marcam o caso brasileiro e seus problemas especificamente. Segundo Schwarz (2009), verdade é que, para além da fronteira, o debate deveria centrar-se atualmente na integração dos imigrantes/migrantes e no conceito contemporâneo de cidadania, tendo por base o respeito mútuo, a primazia dos direitos humanos e o reconhecimento da riqueza cultural transportada. De fato, a delimitação da fronteira entre os direitos dos nacionais e os direitos dos estrangeiros está subordinada, desde o século XVIII, a dois acontecimentos: a ligação entre o Estado, a nação e o povo, concretizada na ideia de cidadania; e a difusão, a partir da Revolução Francesa, da crença na existência dos direitos humanos, comuns a todas as pessoas e inalienáveis. As questões envolvidas aqui são estas: qual a diferença entre os direitos do homem e os direitos do cidadão, frequentemente citados como equivalentes na Europa; e qual a possibilidade de um estrangeiro adquirir os direitos de cidadão? Obviamente, essas duas questões não se condensam ao código de nacionalidade, nem às leis de imigração.

É óbvio que a integração dos imigrantes nas sociedades de acolhida é processo complexo e multifacetário. A expressão "integração" é usada, aqui, como o processo de ajustamento e adaptação recíproca entre imigrantes e a sociedade de acolhida, pelo qual, com o passar do tempo, os imigrantes e a população dos territórios de chegada formam um todo integrado, processo com grande diversidade de intervenientes: imigrantes, governos, instituições e comunidades locais. Do mesmo modo, as formas de inserção dos imigrantes nas sociedades receptoras são processos dinâmicos, em permanente mudança, resultantes de influências bastante diversas no nível da macroestrutura econômica, social, política e institucional dos países de destino no momento da migração e das especificidades dos contextos locais dos territórios onde se fixam os estrangeiros. Daí resulta que as formas de incorporação dos imigrantes nas sociedades de acolhida são bastante mais complexas e matizadas do que a simples oposição entre regimes nacionais de assimilação e de multiculturalidade ou multiculturalismo³ poderia fazer crer.

O que é fronteira?

Segundo a etimologia, a palavra fronteira deriva do latim *frontis* ou *frontis*, que significa fachada, frente, rosto; remetendo ao que se projeta, o que está à frente. Portanto, no início, essa palavra indicava o terreno que se situava "in frente", ou seja, na frente, nas margens (BORGES FILHO, 2008, p. 1).

3 Multiculturalismo, segundo Lucas (2010, p.185-6), não é compreendido de modo único. Bhikhu Parekt e Ricardo Zapata-Barreto, cada qual de sua maneira, alertam para o fato de que a palavra pode significar tanto a existência de duas ou mais culturas dentro de um determinado território quanto o processo político de reivindicação de direitos para cada uma das formas de manifestação cultural. A coexistência de diferentes culturas em uma mesma sociedade é entendida, por Javier de Lucas, como multiculturalidade, como fator social que, em razão da inevitável pluralidade, deve ser considerado existente independentemente de ser avaliado positiva ou negativamente; enquanto o termo multiculturalismo é reservado para designar as reivindicações políticas e as normas que tratam de reconhecer institucionalmente essa mesma interculturalidade (LUCAS, 2010).

Para Martin citado por Borges Filho (2008, p. 1):

O tema das “fronteiras” tem sido bastante polêmico ao longo da história, embora em certas ocasiões ele tenha permanecido relativamente esquecido. É bem provável que para a grande maioria das pessoas a simples menção à palavra “fronteira” provoque uma reação negativa, posto que, efetivamente, a memória humana registra um sem-número de conflitos e muitos sofrimentos em torno do seu estabelecimento, manutenção ou destruição. Assim, associamos quase mecanicamente a idéia de “fronteira” à de “guerra”.

Assim, para se estudar o termo fronteira, há muitas possibilidades. E aqui é importante não só defini-la ou situá-la a partir das relações entre as populações de dois ou mais países. Percebemo-la como algo mais complexo do que apenas divisas entre territórios. Embora o termo pareça designar algo totalmente fixo, um espaço traçado por marcos geopolíticos, há uma dinâmica fronteira que se estabelece na região, tornando-a uma realidade móvel e com ambíguos significados (BALLER, 2008, p. 85).

Não é possível em tempos líquidos⁴ reduzir as tradicionais abordagens da fronteira sob a perspectiva da História Diplomática. É claro que as separações geográficas e políticas são fundamentais e importantes, e têm um sentido mais estável para o termo, como bem ressalta Helen Osório.

Tradicionalmente a história diplomática e a história militar fazem da fronteira um espaço privilegiado, mas geralmente ela é abordada ou como fruto de tratados e de negociações hábeis de diplomatas pela primeira, ou como resultado de vitórias heróicas em campo de batalha pela segunda. Trata-se antes de tudo, de uma fronteira política e estatal. (OSÓRIO, 1995, p. 110).

Não se pretende aqui contar como se constituiu especificamente a linha fronteira que demarca os limites entre duas regiões, territórios ou países, e o quanto os relatos diplomáticos valorizam a história dos grandes personagens, que batalharam pela conquista

ta e defesa do território ao qual pertencem, enfatizando, além dos interesses em jogo das nações envolvidas, o patriotismo, a coragem e a honra. Pretende-se, isto sim, demonstrar como os novos enfoques sociológicos, antropológicos e historiográficos têm propiciado uma abertura de estudos referentes ao tema. Esses estudos focam as relações sociais e as práticas culturais e, por que não dizer, a cultura específica dessas populações no ambiente de fronteira (BALLER, 2008, p. 86). O aprofundamento do sentido mais amplo da definição de fronteira se faz necessário para o entendimento dela pela população, bem como para os teóricos que refletem sobre a temática. Segundo Pesavento (2002, p. 36), é bastante claro que, nas questões que envolvem as fronteiras, há encerramento de um espaço, delimitação de um território, fixação de uma superfície. É um marco que limita e separa e que aponta sentidos socializados de reconhecimento.

Atualmente, com os processos de integração regional em curso e os impactos do fenômeno de globalização, a fronteira tornou-se foco interessante para a agenda econômica e política. A dimensão social da integração vem sendo enfatizada, merecendo destaque os programas na faixa de fronteira. Vem ocorrendo recentemente, mais como uma tentativa de correção das fragilidades do processo social de integração, o estabelecimento das comunidades fronteiriças como prioridade a se observar na estratégia incremental de debater a inclusão da dimensão social.

Segundo Pesavento (2000, p. 35), as fronteiras, antes de serem marcos físicos ou naturais, são marcos simbólicos. São marcos, sim, mas sobretudo de referência mental que guiam a percepção da realidade. Ainda para a autora, “as fronteiras são, sobretudo, culturais, ou seja, são construções de sentido, fazendo parte do jogo social das representações que estabelece classificações, hierarquias e limites, guinando o olhar e a apreciação do mundo” (PESAVENTO, 2000, p. 35).

Assim, a fronteira define a separação política, mas não impede as relações sociais entre as pessoas de ambos os lados. Quanto à questão da identidade das populações em áreas de fronteira, verifica-se que as evidências colhidas nas recentes investigações etnográficas nessas regiões demonstram que há reconhecimen-

⁴ Expressão usada por Zygmunt Bauman que possibilita reflexão profunda sobre a insegurança, sobretudo nas grandes cidades. Terrorismo, desemprego, solidão – fenômenos típicos de uma era na qual, para Bauman, a exclusão e a desintegração da solidariedade expõem o homem aos seus temores mais graves (BAUMAN, 2007).

to de diferentes grupos étnicos, culturais e sociais, o que não constitui óbice à convivência pacífica e à cooperação entre as populações. Contudo, percebe-se que as sociedades fronteiriças têm uma dinâmica própria, que muitas vezes não obedece aos padrões concebidos pelos governos centrais (exemplo claro é a integração espontânea, que se dá independentemente das integrações econômicas ou políticas). A complexa problemática do desenvolvimento e integração em zonas de fronteira evidenciou-se, e a busca de respostas deve levar em conta as relações entre as populações fronteiriças e as necessidades e potencialidades locais. Novas estratégias parecem visíveis, mas, ao mesmo tempo, percebem-se problemas novos convivendo com antigos.

Estado de Direito e os desafios aos direitos humanos e aos direitos e políticas sociais nas fronteiras

O conceito de Estado de Direito na atualidade não oferece maiores dificuldades. Há muito tempo tal abordagem perpassa a formação dos juristas e faz parte da agenda e do debate político das chamadas democracias contemporâneas, constituindo-se em expressão facilmente encontrada no dia a dia da maioria dos cidadãos. Ele sempre foi mero apanágio dos juristas, continuava enevoado pela penumbra protetora do campo jurídico e, como nos diz Jacques Chevallier (2009), era objeto de um discurso apenas acessível aos iniciados.

Hoje o Estado de Direito do mundo contemporâneo, em vez de um pacto de sujeição (*pactum subjectionis*), em face de um soberano exterior, exige um radicado pacto de união (*pactum unionis*), que se traduz tanto em um contrato social originário, dito pacto de constituição (*pactum constitutionis*), como em sucessivos pactos de adesão de uma soberania popular periodicamente manifestada por meio de eleições livres e pluralistas, pelas quais pode mudar-se, sem a violência naturalista, o conjunto dos poderes estabelecidos (MALTEZ, 2011, p. 2).

Essa aparente facilidade na caracterização e conceituação de Estado de Direito não se confirma, contudo, quando se aprofunda a análise do tema. É que, na verdade, a expressão Estado de Direito tem, além de seu conteúdo jurídico-institucional específico, uma carga retórico-ideológica muito forte. Devido a esse duplo sentido, sua caracterização e conceituação se tornam bastante complexas, sendo necessário sempre precisar em que sentidos a expressão está sendo utilizada no debate sobre os principais temas da atualidade (BEDIN, 2010, p. 2) De acordo com Bedin (2010, p. 3-4), é possível afirmar que a institucionalização do Estado de Direito tende a produzir, de forma geral, a eliminação do arbítrio no exercício dos poderes públicos, a submissão do poder ao império do direito e o reconhecimento de direitos e garantias fundamentais, que são, em última análise, a materialização de uma ideia de justiça presente na constituição do Estado. Em consequência dessa afirmação, é possível perceber que o Estado de Direito não é nenhuma das seguintes formas de Estado: a) não é um Estado que decreta leis arbitrárias, cruéis e desumanas; b) não é um Estado em que o direito se identifica com as razões de Estado, impostas e estabelecidas pelos detentores do poder; c) não é um Estado pautado por radical injustiça na formulação e aplicação do direito e por acentuada desigualdade nas relações da vida material (CANOTILHO, 1999).

Para Bedin (2010), não se constituindo em nenhuma dessas formas, é importante reconhecer que o Estado de Direito é uma forma singular de configuração do Estado moderno. Tal singularidade é garantida por dez dimensões ou características essenciais importantes nas questões ou debates fronteiriços, que são:

- A primeira dimensão essencial do Estado de Direito é que ele é um Estado subordinado ao império do direito.
- Dizer que o Estado está sujeito ao direito significa que o poder político não é um poder livre, desvinculado, transcendente a toda e qualquer legislação (isso influencia muito nas relações jurídicas de Fronteira).
- A segunda dimensão essencial é que o Estado de Direito é um Estado de direitos fundamentais. Isto é, um Estado que reconhece e, como regra, constitucionaliza um

conjunto de direitos que constituem um dos princípios estruturantes de conformação institucional dos países.

- A terceira dimensão essencial é que o Estado de Direito é um Estado que observa o princípio da razoabilidade, ou seja, “é um Estado de justa medida, porque se estrutura em torno do princípio material vulgarmente chamado de princípio da proibição de excesso” (CANOTILHO, 1999b, p. 59).
- A quarta dimensão essencial é que o Estado de Direito é um Estado que estabelece o princípio da legalidade da administração pública em todas as suas esferas de atuação, ou seja, é um Estado que estabelece a ideia de subordinação à lei dos titulares dos órgãos, funcionários e agentes do Estado.
- A quinta dimensão essencial é que o Estado de Direito é um Estado que responde pelos seus atos – é um Estado que é civilmente responsável pelos danos que provoca e que atingem a esfera jurídica dos particulares.
- A sexta dimensão essencial é que o Estado de Direito é um Estado que garante a via judiciária, isto é, o acesso ao poder judiciário no caso de ameaça ou de lesão de direitos do cidadão.
- A sétima dimensão essencial é que o Estado de Direito é um Estado de segurança e de confiança das pessoas – um Estado de certeza da aplicação da lei, de clareza e racionalidade do trabalho legislativo e de transparência no exercício do poder.
- A oitava dimensão essencial é que o Estado de Direito é um Estado estruturado a partir da divisão de poderes, ou seja, do fracionamento do poder do Estado e da independência de seus três poderes: Legislativo, Executivo e Judiciário (divisão horizontal do poder).
- A nona dimensão essencial é que o Estado de Direito é um Estado de liberdade e de igualdade – é um Estado que, por um lado, respeita e incentiva os processos de autonomia dos cidadãos, seja em sua esfera privada

ou pública, e, por outro, é um Estado que pressupõe um status legal e material razoavelmente isonômico, de igualdade dos pontos de partida (por isso, o Estado de Direito é, em consequência, também um estado social).

- A décima dimensão essencial é que o Estado de Direito é um Estado democrático e republicano, é um Estado alicerçado na soberania popular e na defesa e no cuidado com o bem público, com a coisa pública. (BEDIN, 2010, p. 4-7).

Caracterizado e conceituado o Estado de Direito em seu sentido específico, deve-se indagar se essa extraordinária construção política foi acolhida pela estrutura jurídico-institucional dos países de fronteira.

A resposta é, sem dúvida, positiva. A grande maioria dos países da América do Sul, após longo ciclo de ditaduras militares, fez essa opção e está tentando consolidar tal forma específica de Estado. No caso brasileiro, a Constituição em vigor define, de forma explícita, o Estado brasileiro como Estado Democrático de Direito e o fundamenta na cidadania, no pluralismo político e na dignidade da pessoa humana. (BRASIL, 1988, art. 1º). Além disso, reconhece também um conjunto bastante amplo de direitos (BRASIL, 1988, arts. 5º-17) e o princípio da soberania popular, o princípio da divisão dos poderes, o princípio do acesso à justiça, o princípio da igualdade perante a lei, só para citar os exemplos mais eloquentes. Para Bernardo Kliksberg (2001), dentro de tal contexto há que se superarem algumas falácias ou mais especificamente as dez falácias (falaremos de algumas) sobre os problemas sociais que afetam os países da América Latina, dentre eles o Brasil e os da tríplice fronteira – Uruguai, Paraguai e Argentina. Segundo o autor (2001), é preciso superar os seguintes problemas que afetam os países de fronteiras e seus migrantes/imigrantes: primeiro é necessário negar ou minimizar a pobreza, o que significa refletir sobre as causas da insatisfação – algumas são políticas, mas têm peso decisivo nas questões econômicas e sociais. Verifica-se, nesse contexto, que os problemas vinculados à pobreza têm piorado. Ressalta, ainda, que “a população se refere a carências de oportunidades de trabalho, de acesso à saúde e à educação de boa qualidade, à incerteza no

trabalho, a baixos salários, aumento da corrupção, à delinquência e ao tráfico de drogas” (KLIKSBURG, 2001, p. 15). Ele assevera também que:

A falácia de desconhecer ou relativizar a pobreza não é inócua. Tem fortes consequências em termos de políticas públicas: Se “há pobres em todos os cantos, e eles sempre existem, por que dar ao tema tão alta prioridade?”; “É preciso atenuar os impactos, mas não alarmar-se com eles; são suficientes políticas de contenção rotineiras. A política social não é a importante; é uma carga da qual não é possível se desvencilhar, mas como se trata de enfrentar um problema que sempre existirá e que todos os países têm, deve-se ter cuidado para não sobreestimá-lo”. Esse enfoque leva a políticas sociais de muito baixo escopo e a uma desierarquização de toda a área social. (KLIKSBURG, 2001, p. 15).

Tal abordagem possibilita a compreensão de que na América Latina, ou mesmo nos países foco do nosso artigo, Brasil e sua tríplice fronteira – Uruguai, Paraguai e Argentina –, há altos índices de pobreza e de exclusão, bem como políticas incapazes de enfrentar a realidade. Assim, segundo Kliksberg (2001, p. 15-6), “a falácia exposta traz em seu bojo um importante problema ético”. Não só não dá soluções aos pobres, o que leva à perpetuação e acentuação de situações de exclusão humana antiéticas, mas vai ainda mais longe, pois, por meio da minimização e da relativização, põe em questão a própria existência do pobre. Nessa seara se apresenta a segunda falácia, a da paciência, que se aplica frente aos problemas sociais por parte dos setores mais influentes e gira em torno da necessidade de certa “paciência histórica”. Trata-se de etapas que se devem suceder umas às outras. Para Kliksberg (2001, p. 17), “haverá uma etapa de ‘apertar o cinto’, e logo virá a reativação da economia e, posteriormente, a riqueza se ‘derramará’ sobre os desfavorecidos e os tirará da pobreza”. Salienta que:

O social deve esperar, e é preciso entender o processo, aguardando com paciência enquanto as etapas se sucedem. Independentemente do amplo questionamento que há atualmente sobre essa visão do processo de desenvolvimento, queremos enfatizar aqui um de seus elementos. A mensagem que se está enviando é de fato que a pobreza pode esperar. Realmente pode esperar? A realidade indica que

a mensagem tem uma falha de fundo, pois em muitíssimos casos os danos que pode causar a espera são simplesmente irreversíveis, não tendo depois conserto possível. (KLIKSBURG, 2001, p. 18).

Ainda há a falácia da desigualdade, que se choca claramente com os dados da realidade. A desigualdade nesses países e em todo o mundo se transformou; percebem-se déficits sociais tão agudos e intensos que operam ativamente. Para Kliksberg (2001, p. 18), há cinco tipos de desigualdade: a iniquidade da distribuição de renda, acesso a ativos produtivos, acesso ao crédito, ao sistema educacional, acesso à tecnologia (internet). Segundo o autor:

Uma delas é a iniquidade na distribuição de renda. Cinco por cento da população é dona de 25% da renda nacional. De outro lado, 30% da população têm apenas 7,5% da renda nacional. É a maior brecha do planeta. Medida pelo coeficiente de Gini de iniquidade da renda, a América Latina tem 0,57, quase três vezes o Gini dos países nórdicos. Em média, a metade da renda nacional de cada país da região vai para os 15% mais ricos da população. No Brasil, os 10% mais ricos detêm 46% da renda, enquanto os 50% mais pobres detêm apenas 14% dela. Na Argentina, enquanto em 1975 os 10% mais ricos recebiam oito vezes mais rendimentos que os 10% mais pobres, em 1997 a relação mais que duplicou, era de 22 vezes.

Outra desigualdade acentuada é a que aparece em termos de acesso a ativos produtivos. A extremamente iniquitativa distribuição de terra em alguns dos maiores países da região, como Brasil e México, é uma de suas expressões. Uma terceira desigualdade é a que rege o campo do acesso ao crédito, instrumento essencial para poder criar oportunidades reais de desenvolvimento das pequenas e médias empresas. Há na América Latina 60 milhões de PME que geram 150 milhões de empregos; essas têm acesso a apenas 5% do crédito. Uma quarta iniquidade é a que surge do sistema educacional. Os diferentes estratos socioeconômicos dos países alcançam distintos recordes em anos de escolaridade. O abandono e a repetição provocados pelas condições socioeconômicas do domicílio minam diariamente a possibilidade de que os setores pobres completem seus estudos.

Um quinto e novo indicador de desigualdade está surgindo das possibilidades totalmente diferenciadas de acesso ao mundo da informática e da Internet. A grande maioria da

população não tem os meios nem a educação para conectar-se à rede. Forma parte de uma nova categoria de analfabetismo, o "analfabetismo cibernético". Todas essas desigualdades geram múltiplos efeitos regressivos na economia, na vida pessoal e familiar e no desenvolvimento democrático. (KLIKSBERG, 2001, p. 18-19).

Outra importante questão é a desvalorização da política social no Brasil, que avançou em políticas de assistência, que, todavia, em relação aos imigrantes, ainda são muito poucas ou inexistentes. Há ainda supervalorização das políticas econômicas, tanto aqui na Terra Brasilis como no Uruguai, Paraguai e Argentina. Para Kliksberg (2001, p.19), "a política social assim é percebida como uma 'concessão' à política. Como a pobreza gera forte questionamento político, a política social teria o trabalho de 'acalmar os ânimos' e mostrar que se estão fazendo coisas nessa frente, mas o corolário consequente é: quanto menos concessões melhor. Os recursos destinados ao social deveriam ser muito demarcados e destinados a fins muito específicos". Há também muitas outras questões que nos preocupam. Uma delas é a maniquização do Estado, ou seja, a associação que se faz hoje do Estado à corrupção, à incapacidade de cumprir eficientemente as funções mais mínimas, com muita burocracia, com desperdício de recursos. Da mesma forma, é relevante discutir a contribuição por parte da sociedade civil e a sua participação. Aí incluem-se organizações não governamentais, movimentos sociais, terceiro setor, espaços de interesse público, que têm se organizado nos países da América Latina. Para o autor:

A falácia raciocina em termos de uma dualidade básica: Estado versus mercado. De fato, a situação é muito mais matizada. Existe um sem-número de organizações que não são nem um nem outro. Foram criadas com finalidades distintas, os atores sociais que se encontram por trás delas são outros e as metodologias que utilizam não são de Estado nem de mercado. Esse mundo compreende, dentre outros: as organizações não governamentais, em contínuo crescimento na América Latina, que têm sido denominadas com frequência "terceiro setor" e que realizam múltiplos aportes no campo social, nos espaços de interesse público, que são fórmulas especiais muito utilizadas nos países desenvolvidos, nos quais numerosas universidades e hospitais têm sido fundados por elas; trata-se de empreendimentos de longo prazo animados por

numerosos atores públicos e privados, modelos econômicos que não são de mercado típicos, como as cooperativas, que têm alta presença em diversos campos, e o amplíssimo movimento de luta contra a pobreza desenvolvido em toda a região pelas organizações religiosas, cristãs, protestantes e judaicas, que estão na primeira linha da ação social. A realidade não é somente Estado e mercado, como pretende a falácia. Inclusive, alguns modelos de organização e gestão social e geral mais efetivos de nosso tempo foram desenvolvidos nessa vasta área diferente de ambos. (2001, p. 19-20).

Todas essas questões e muitas outras necessitam da participação da comunidade de forma cada vez mais ativa na gestão dos assuntos públicos, surgindo em nosso tempo como exigência crescente das grandes maiorias das sociedades no Brasil, nos países da tríplice fronteira, em toda a América Latina e em outras regiões do globo. "Os avanços da democratização, produto de grandes lutas históricas dos povos, criaram condições de livre organização e expressão que dispararam uma 'sede' pela participação" (KLIKSBERG, 2001, p. 21). Por outro lado, existe hoje uma convalidação mundial crescente da superioridade em termos de efetividade da participação comunitária sobre as formas organizacionais tradicionais de corte vertical ou burocrático. No campo social, isso é muito visível. Todavia, nas relações de fronteira ainda há muitas dificuldades.

Percebe-se que a proteção das pessoas em regiões de fronteiras envolve uma série de discussões, ultrapassando conteúdos estritamente jurídicos ou políticos. A necessidade de se estabelecer um regramento, no contexto internacional, para atribuir obrigações à comunidade mundial quanto às populações de fronteira é apenas um dos elementos a serem observados no contexto da ampliação do apoio a esses grupos.

Outras questões referentes aos valores culturais, aos princípios morais e éticos orientadores dos relacionamentos entre cidadãos, entre grupos sociais, comunidades e países, precisam ser discutidas. A inserção no mercado de trabalho, transformando o migrante em concorrente qualificado ou não, também exige atenção especial. Portanto, a regulamentação dos direitos, embora seja passo necessário, será insuficiente se os países não se compro-

meterem a implantar mecanismos públicos responsáveis pela sua efetivação, com políticas sociais capazes de garantir o acesso aos direitos regulamentados.

Assim, o desenvolvimento de uma cultura que promova relações sociais de tolerância mútua, hospitalidade e solidariedade é, nesse sentido, imprescindível para os resultados de acordos internacionais não significarem tão somente uma exigência jurídica, mas também um compromisso social humanitário assumido entre um povo e outro, mesmo nos países como Brasil e sua tríplice fronteira. Esse compromisso necessita concretizar-se com a efetivação de políticas sociais que assegurem o indispensável para o atendimento das necessidades humanas básicas, com a sua aceitação cultural e, também, com a garantia do acesso igualitário aos recursos naturais. Mais ainda, cabe ao Direito Internacional propor compensar os recursos, quando houver comprovação da responsabilidade de um Estado na causa que tenha provocado o deslocamento, principalmente quando os afetados forem de países economicamente vulneráveis.

A “obrigação planetária” pressupõe compreender e assumir a responsabilidade com o outro desconhecido, fundada no princípio da “hospitalidade universal”, pela via do compromisso de um Estado com outro ou mesmo de uma comunidade com pessoas migrantes. Muitas situações decorrentes dos deslocamentos levarão indivíduos de nacionalidades, culturas e crenças diferentes a conviver nos mesmos ambientes. Isso exigirá, de ambas as partes, certo grau de tolerância e um grau muito maior de solidariedade, haja vista que, como ensina Bauman (1999), a tolerância, em alguns certos casos, pode significar “[...] a mera indiferença e a despreocupação que resultam da resignação” (BAUMAN, 1999, p. 248).

A aceitação da alteridade requer a compreensão de que, apesar dos limites geográficos que separam uma nação da outra, a humanidade coabita um único planeta, pelo qual todos são responsáveis. Essa é a mensagem transmitida pelo autor quando afirma que sua “[...] ligação com o estranho é revelada como responsabilidade, não apenas como neutralidade indiferente ou mesmo aceitação cognitiva da similaridade de condição [...]. É revelada, em outras palavras, como comunidade de destino, não mera semelhança de fato” (BAUMAN, 1999, p. 249).

Em outras palavras, o autor sugere não bastar que a convivência com o outro se dê por imposição ou com indiferença, mas por consciência do sentimento de humanidade, fazendo das pessoas cidadãs cosmopolitas, apesar do vínculo com um Estado específico. Benhabib, por sua vez, assevera que “No es la posesión en comun de la tierra, sino más bien este derecho de humanidad, y el derecho a la libertad que de él se deriva, que sirve como la justificación filosófica del derecho cosmopolita”⁵ (2004, p. 52). O vínculo, quando se restringe ao local onde uma pessoa tem seu registro de nascimento efetuado, não pode, na interpretação do autor, privar pessoas que não o tenham nesse mesmo local de ter garantida sua cidadania, pois a ligação de todos com o planeta é muito maior que qualquer registro formal. Tal apreciação coincide com o pensamento de Carens, ao afirmar: “La condición y los privilegios de la ciudadanía, que se basan simplemente en un derecho de nacimiento definido territorialmente, no son menos arbitrarios que el color de nuestra piel y otros rasgos genéticos”⁶ (apud BENHABIB, 2004, p. 76).

Dessa forma, dar-se-á a concretização do “direito universal de hospitalidade” e, além disso, atenuará o sentimento de perda daqueles que, por algum motivo, social, político ou ambiental, tiveram de abandonar, forçadamente, seus lares.

*[...] d'insérer de nouvelles exigences pour l'accueil des réfugiés. Ainsi, en plus des règles coutumières de non-refoulement et d'accueil temporaire, il serait ambitieux d'intégrer dans un traité international des obligations sur le traitement digne des réfugiés par le pays d'accueil, et ce, que le déplacement du réfugié soit interne ou international.*⁷ (COURNIL ; MAZZEGA, 2008, p. 17).

5 Conforme tradução das autoras, Benhabib assevera que “não é a possessão em comum da terra, mas este direito de humanidade e o direito à liberdade que dele deriva, que serve como justificação filosófica do direito cosmopolita” (2004, p. 52).

6 Conforme tradução das autoras: “A condição e os privilégios da cidadania, que se baseiam simplesmente em um direito de nascimento definido territorialmente, não são menos arbitrários que a cor de nossa pele e outras características genéticas” (apud BENHABIB, 2004, p. 76).

7 Conforme tradução das autoras: “[...] incorporar novos requisitos para o acolhimento de refugiados. Assim, para além das habituais regras de não repulsão e acolhimento temporário, seria desafiador integrar em um tratado internacional as obrigações de tratamento digno para os aos refugiados pelo país de acolhimento, seja o movimento dos refugiados interno ou internacional” (COURNIL; MAZZEGA, 2008, p.17).

Contudo, os próprios autores consideram tal proposta muito ambiciosa, e, possivelmente, no momento atual, ela não lograria êxito em função da falta de apoio dos países mais desenvolvidos para poder entrar em vigor, considerando que eles já utilizam medidas bastante restritivas para as migrações por razões econômicas e defendem o mesmo comportamento para aquelas motivadas por outras razões.

Portanto, grandes desafios circundam a problemática dos migrantes ou habitantes de fronteiras, e exigirão sensibilidade dos governantes e dos organismos internacionais para as respostas dadas não acabarem por tornar ainda mais complexa a questão. Os princípios jurídicos, nesse contexto, são importantes, pois podem oferecer embasamento sólido para a construção de alternativas duradouras que envolvam a participação das pessoas, dos Estados e dos órgãos de assistência humanitária. Somente um conjunto de obrigações comprometendo todos os polos envolvidos será suscetível de atingir todos os objetivos que envolvam a questão dos grupos que se movimentam por razões múltiplas.

O grande desafio da atualidade e de todos os países hoje está situado na área social. Ou seja, em como assegurar os direitos sociais das populações que migram ou residem em regiões de fronteira, isto é, de que forma os países receptores e emissores atenderão os direitos sociais da população com a urgência necessária e demandada, pois isso pressupõe o investimento em recursos econômicos, humanos e institucionais. Sabe-se que a exigência de desfrutar de determinadas discussões que garantam uma vida saudável e digna, sem dependência de outrem, tem certo consenso nas sociedades atuais. Para Silva e Prates (2009, p. 21):

Há o reconhecimento de que a pessoa, para viver dignamente, necessita de determinadas condições que possibilitem, além da sobrevivência biológica, o seu desenvolvimento como ser social, capaz de fazer escolhas e de ser protagonista da sua própria história. Portanto, há necessidades individuais e coletivas a serem satisfeitas para a pessoa se desenvolver de acordo com a sua natureza humana, sendo, por isso, consideradas universais.

Porém, é necessário transformar esse consenso em ações concretas. Segundo Schwartzman (2004), não é possível, em poucos anos, atender plenamente a esse desafio, mas é possível pelo menos começar a enfrentá-lo de maneira correta. O texto da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, ao estabelecer que os direitos sociais devem ser garantidos “pelo esforço nacional e pela cooperação internacional”, de acordo com a “organização e recursos de cada Estado”, aponta para três questões fundamentais: a relação deles com a economia, com os regimes políticos e com os Estados Nacionais, considerando que a efetividade desses direitos deve garantir o que se pode chamar de o mínimo existencial em todos os sentidos para esses indivíduos /cidadãos das fronteiras.

Segundo Jesus (2010), os atuais mecanismos de proteção às pessoas refugiadas são insuficientes para proteger os grupos que se deslocam, migram, habitam fronteiras, sendo necessário que se construam, dentro do Direito Internacional, novas ferramentas capazes de tal objetivo. As alternativas analisadas para a resolução dos problemas convergem para uma preocupação comum: é preciso que se aumente a proteção social, jurídica e política das pessoas que se deslocam internamente e fora dos territórios de seus próprios países. Desse modo, entende-se que, independentemente do instrumento jurídico que for utilizado para protegê-los, ele deverá prever mecanismos de amparo aos grupos conhecidos como “deslocados, migrantes, imigrantes, habitantes de fronteira”. Deve-se atribuir responsabilidades, quando for o caso, aos países que mais contribuíram para as causas que originaram as migrações, fundamentando-se tal imputação nos princípios da responsabilidade comum, mas diferenciada, e da solidariedade.

Os Estados, nessa senda, têm obrigações comuns de auxiliar aos povos, exigindo-se, daqueles que, por meio de suas ações, tiveram grau maior de participação na origem dos eventos que resultaram em deslocados, imputação diferenciada de atribuições que permitam, aos países atingidos, minimizar as consequências das alterações em seu ambiente, mitigar os efeitos econômicos e sociais à população, possibilitando a garantia de reassentamento seguro e eficiente nos casos em que não é possível o retorno, ou, se

retornarem, que tenham a seu serviço políticas sócias mínimas. Por fim, entende-se a necessidade de que os migrantes/deslocados/migrantes ambientais tenham assegurado o mínimo existencial, o qual não pode ser quantificado de forma única e definitiva, já que varia conforme lugar, tempo, padrão socioeconômico vigente, expectativas e necessidades. Também não pode se limitar a garantir simplesmente a sobrevivência física, uma vez que isso significaria uma vida sem alternativas, o que impediria a promoção da dignidade humana. Alguns indicativos de direitos sociais devem ser comuns e garantidos aos deslocados ambientais, como os de assistência e acesso à água e a ajuda alimentar; habitação; assistência médica; informação e participação; personalidade jurídica (direitos da pessoa); respeito da unidade familiar (de não serem separados dos membros da sua família); reconstituição da família dispersada pelo desastre ambiental; educação e formação; subsistência pelo trabalho; realojamento; nacionalidade; concessão do estatuto de deslocado ambiental; princípio de não discriminação. Tais direitos, dentre outros, garantirão o que se pode chamar de um mínimo ecológico de existência. Para Ayala, “este princípio significa a proteção de uma zona existencial que deve ser mantida e reproduzida; mínimo que não se encontra sujeito a iniciativas revisoras próprias do exercício das prerrogativas democráticas conferidas à função legislativa” (AYALA, 2010, p. 275).

Fronteiras: aspectos que devem ser superados para o efetivo Estado de Direito e de cidadania

Muitos aspectos devem e precisam ser superados para que alcancemos internamente um verdadeiro Estado de Direito, a começar, segundo Bedin (2010, p. 1), pela superação da denominada cultura patrimonialista, vinculada ao nosso legado que permitiu que os bens públicos fossem tratados pelos diversos grupos políticos dominantes como se fossem seus e, como tais, pudessem estar a serviço dos interesses particulares de grupos específicos. Assim, tornaram-se comuns o apadrinhamento político e a troca de favores no exercício dos cargos públicos nos diversos níveis de governo de muitos dos países da América do Sul. O segundo grande desafio do Estado de Direito é a necessidade de redução das desigualdades sociais. É que o fenômeno da desigualdade permeia a estrutura social de praticamente todos os países. Esse problema, fruto, em boa medida, da trajetória escravocrata desses países, tem permanecido como uma das causas de atraso da região, e sua redução tem sido muito lenta (BEDIN, 2010, p. 3). O terceiro desafio do Estado de Direito nos países da América do Sul, dentre eles Brasil, Uruguai, Paraguai e Argentina, é o estabelecimento da mesma cidadania para todos. É que a convergência no interior dos países de forte cultura patrimonialista e de níveis de desigualdade sociais elevados produziu, historicamente, a falta de efetividade de alguns dos mais importantes pressupostos jurídicos do Estado de Direito e, em consequência, gerou desvirtuamento profundo da ideia de cidadania moderna (BEDIN, 2010, p.3).

O quarto desafio do Estado de Direito é a incorporação da questão da sustentabilidade ambiental. A questão tem se tornado cada vez mais importante e começa a ser compreendida, por amplos setores da sociedade, como sendo tão imprescindível para o futuro da humanidade que deve ser acolhida como um dos pressupostos fundamentais do Estado de Direito. Dito isso, é possível perceber que os desafios do Estado de Direito nesses países são bem significativos, por isso é importante perguntar se devemos desanimar diante desse cenário, afastando a esperança de cons-

truir uma sociedade mais democrática nessas regiões. A única resposta possível é, obviamente, que não devemos desistir, pois, se é verdade que tais países têm extraordinários desafios a vencer nessa caminhada, também é verdade que já foram feitos muitos progressos nas últimas décadas, e novos avanços (econômicos, sociais e ambientais) tendem a ocorrer nas próximas décadas. Segundo Bedin (2010, p. 22):

É importante não esquecer, como afirma Celso Lafer (1994), lembrando de Alexis de Tocqueville, que todos os que querem um mundo melhor e regulado pela versão mais avançada do Estado de Direito devem velar (que tem o sentido de cuidar) e combater. Por isso, se os Estados latino-americanos e seus cidadãos quiserem construir uma sociedade melhor terão que afirmar ética e politicamente este projeto e lutar pela sua efetividade. Isso, contudo, exige a superação do patrimonialismo, a redução das desigualdades, o estabelecimento da igual cidadania para todos e, cada vez mais, a incorporação da sustentabilidade ambiental como elemento estratégico. A vitória nestas batalhas depende da consolidação da democracia, do respeito aos direitos humanos e do desenvolvimento dos países latino-americanos.

Observa-se, assim, que a garantia da dignidade do ser humano é o fundamento da existência dos direitos humanos e que falar de dignidade, nesse contexto, é falar do resultado que se obtém quando as condições mínimas de vida são garantidas às pessoas. Garantindo acesso à educação, ao trabalho, a moradia, a saúde, entre outros, faz-se com que o sujeito possa participar da vida em sociedade, com a sua dignidade assegurada. O respeito pela dignidade da pessoa humana deve existir sempre, em todos os lugares e de maneira igual para todos, independentemente de fronteiras.

Desafios e perspectivas para os países de fronteira no que se refere aos direitos humanos: aspectos conclusivos

O direito, nesse sentido, será fundamental:

- As saídas apontadas exigirão a formatação de um complexo sistema jurídico internacional.
- Ajustes no direito interno são necessárias.
- Acordos regionais ou globais que reconheçam essas pessoas como grupos vulneráveis.
- Atribuição de responsabilidades aos Estados no sentido de oferecer-lhes proteção.

É preciso pensar:

- Questões que envolvam os fundamentos da sociedade, os valores culturais, os princípios morais e éticos que orientam os relacionamentos entre cidadãos, entre grupos sociais, comunidades e países precisam ser discutidos, até mesmo porque as migrações por causas várias compreendem prováveis situações de integração muito diferentes daquelas vistas até os dias atuais.
- Não é de hoje que a sociedade convive com fluxos intensos de movimentos populacionais.
- Entretanto, esses estiveram, em grande parte, relacionados a migrações por questões econômicas, perseguições políticas e conflitos armados.
- Sentimentos como tolerância mútua, hospitalidade e solidariedade são, nesse sentido, imprescindíveis para que os resultados não signifiquem tão somente exigência jurídica; é indispensável compromisso social humanitário assumido entre um povo e outro.

Esse compromisso necessita:

- Concretização com a efetivação de políticas sociais que assegurem os mínimos necessários para o atendimento das necessidades humanas básicas;

- Aceitação cultural;
- Garantia do acesso igualitário aos recursos naturais;
- Responsabilidade dos países;
- De um direito interno, principalmente dos chamados países receptores, de políticas sociais que possibilitem o acesso desses migrantes aos chamados direitos sociais, trabalho, saúde, educação, moradia, etc.;
- De direitos básicos para que consigam viver com dignidade. Faz-se necessária a implementação de instrumentos que se dediquem a estabelecer ferramentas para proteção aos direitos humanos fundamentais e ao desenvolvimento econômico dos povos que forem, de alguma forma, atingidos, almejando-se uma sociedade que garanta mais dignidade a esta e às futuras gerações.

Por fim, percebe-se que os atuais mecanismos de proteção às pessoas são insuficientes para proteger os grupos que se deslocam em regiões fronteiriças, sendo necessário que se construam, dentro do direito interno e internacional, novas ferramentas capazes de tal objetivo. Assim, as alternativas analisadas para a resolução dos problemas nas fronteiras convergem para uma preocupação comum: é preciso que se aumente a proteção material, jurídica e política das pessoas que se deslocam internamente, dentro e fora dos territórios dos países de fronteira. Desse modo, entende-se que, independentemente do instrumento jurídico que for utilizado para proteger os cidadãos de fronteira, deverá prever mecanismos de amparo aos grupos conhecidos como "migrantes, imigrantes, deslocados". Além disso, devem-se atribuir responsabilidades aos países que mais contribuíram para as causas que originaram as migrações, fundamentando-se tal imputação nos princípios da responsabilidade comum, mas diferenciada, e da solidariedade. Em todos os contextos desses grupos, o direito internacional é de fundamental importância, pois o desenvolvimento de qualquer instrumento que se dedique a estabelecer ferramentas para sua proteção deve orientar-se por pressupostos jurídicos que garantam o equilíbrio social, cultural, ambiental, o respeito aos direitos humanos fundamentais e o desenvolvimento econômico e social dos povos que forem de al-

guma forma atingidos, almejando-se uma sociedade que garanta mais dignidade a esta e às futuras gerações.

Referências

- AYALA, Patrick de Araújo. O direito ambiental das mudanças climáticas: mínimo existencial ecológico, e proibição de retrocesso na ordem constitucional brasileira. In: BENJAMIN, Antonio Herman; IRIGARAY, Carlos Teodora (Orgs.). Florestas, mudanças climáticas e serviços ecológicos. Vol. II. São Paulo: Instituto por um planeta verde. 2010.
- BALLER, Leandro. Cultura, identidade e Fronteira: Transitoriedade Brasil/Paraguai (1980-2005). Dissertação de Mestrado (2008). Disponível em: www.ufgd.com.br/mestrado em história. Data do acesso: 15 de dezembro de 2011.
- BAUMANN, Zygmunt. Modernidade e Ambivalência. Tradução de Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999.
- BAUMAN, Zygmunt. Tempos líquidos. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. RJ: Zahar Editor, 2007.
- CANOTILHO, J. Joaquim Gomes. Do pluralismo jurídico à miscelânea social: o problema da falta de identidade da(s) esfera(s) de juridicidade na modernidade periférica e suas implicações na América Latina. In: Revista Direito em Debate, n. 5. Ijuí: Editora UNIJUÍ, 1995.
- _____. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. Lisboa: Almedina, 1999.
- BENHABIB, Seyla. Los derechos de los otros. Extranjeros, residentes y ciudadanos. Barcelona: Gedisa, 2004.
- BEDIN, Gilmar Antonio. Estado de Direito e seus Quatro Grandes Desafios na América Latina na Atualidade: uma leitura a partir da realidade brasileira. In: Revista Sequência, n. 61, p. 171-194, dez. 2010. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2010.
- BOFF, Leonardo. Do Iceberg à arca de Noé. O nascimento da ética planetária. Rio de Janeiro: Garamond, 2002.

BORGES FILHO, Oziris. A questão da fronteira na construção do espaço da obra literária. In: TRICEVERSA, Revista do Centro Ítalo-Luso-Brasileiro de Estudos Lingüísticos e Culturais, v.2, n.1, maio-out. Assis/SP, 2008.

CHEVALLIER, Jacques. O Estado pós-moderno. Tradução de Marçal Justen Filho. Belo Horizonte: Fórum, 2009. (Coleção Fórum Brasil-França de Direito Público)

COURNIL, Christel; MAZZEGA, Pierre. Réflexions prospectives sur une protection juridique des réfugiés écologiques. In: Revue Européenne des Migrations Internationales. n. 1, 2008.

INSTITUTO MIGRAÇÕES E DIREITOS HUMANOS, 2010. Disponível em: <www.refunet.brasil.org.br>. Acessado em: 19 abr. 2010.

JESUS, Tiago S. Um novo desafio ao direito: deslocados/migrantes ambientais. reconhecimento, proteção e solidariedade. Dissertação de Mestrado em Direito da Universidade de Caxias do Sul. Mimeo. 2010.

LUCAS, Douglas. Direitos humanos e interculturalidade: um diálogo entre a igualdade e a diferença. Ijuí: Unijuí, 2010.

MALTA, Fernando Ferraz. A situação dos refugiados ambientais na América Latina. In: Mundorama. Divulgação científica em relações internacionais. Disponível em: <www.mundorama.net>. Acessado em: 20 ago 2010.

MALTEZ, José Adelino. O estado acima do cidadão, o homem acima do Estado: Uma perspectiva da teoria política. Tópicos para uma audição na Comissão de Revisão Constitucional. 2011. Disponível em: <www.maltez.info>. Acessado em: 12 dez 2011.

OSORIO, Helen. Et alli (Orgs). "Espaço Platino: Fronteira Colonial no século XVIII" In: Práticas de Integração nas Fronteiras: temas para o Mercosul. Porto Alegre: EdUFRGS, Instituto Goethe/ICBA, 1995.

KLIKSBERG, Bernardo. Falácias e mitos do desenvolvimento social. Tradução de Sandra Trabucco Valenzuela. São Paulo: Cortez, 2001.

PESAVENTO, Sandra J. Além das fronteiras. In: MARTINS, Maria Helena (org.). Fronteiras culturais Brasil, Uruguai, Argentina. Porto Alegre: Ateliê Editorial, 2002.

PEREIRA, Mariana Cunha. Reconstruções identitárias em sociedades plurais: os povos de fronteira Brasil/Guiana. Revista reflexão e ação, 2010. V.18, n. 1. Santa Cruz Do Sul: Edunisc, 2010.

REIS, Rossana Rocha. Políticas de imigração na França e nos Estados Unidos. São Paulo : Hucitec, 2007.

SAID, Edward W. Orientalismo: o oriente como invenção do Ocidente. Tradução de Tomás Rosa Bueno. São Paulo: companhia das Letras, 2003.

SCHWARZ, R. G. Imigração: a fronteira dos direitos humanos no século XXI. In. Revista Jurídica Consulex, n. 312. Brasília: Editora Consulex, 2009.

SCHWARTZMAN, Simon. Os desafios das políticas sociais para a América Latina. Disponível em: <www.schwartzman.org.br/simon/polsoc.pdf>. Data do acesso: 25 de agosto de 2010.

SEN, Amartya. Desenvolvimento como liberdade. Tradução de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

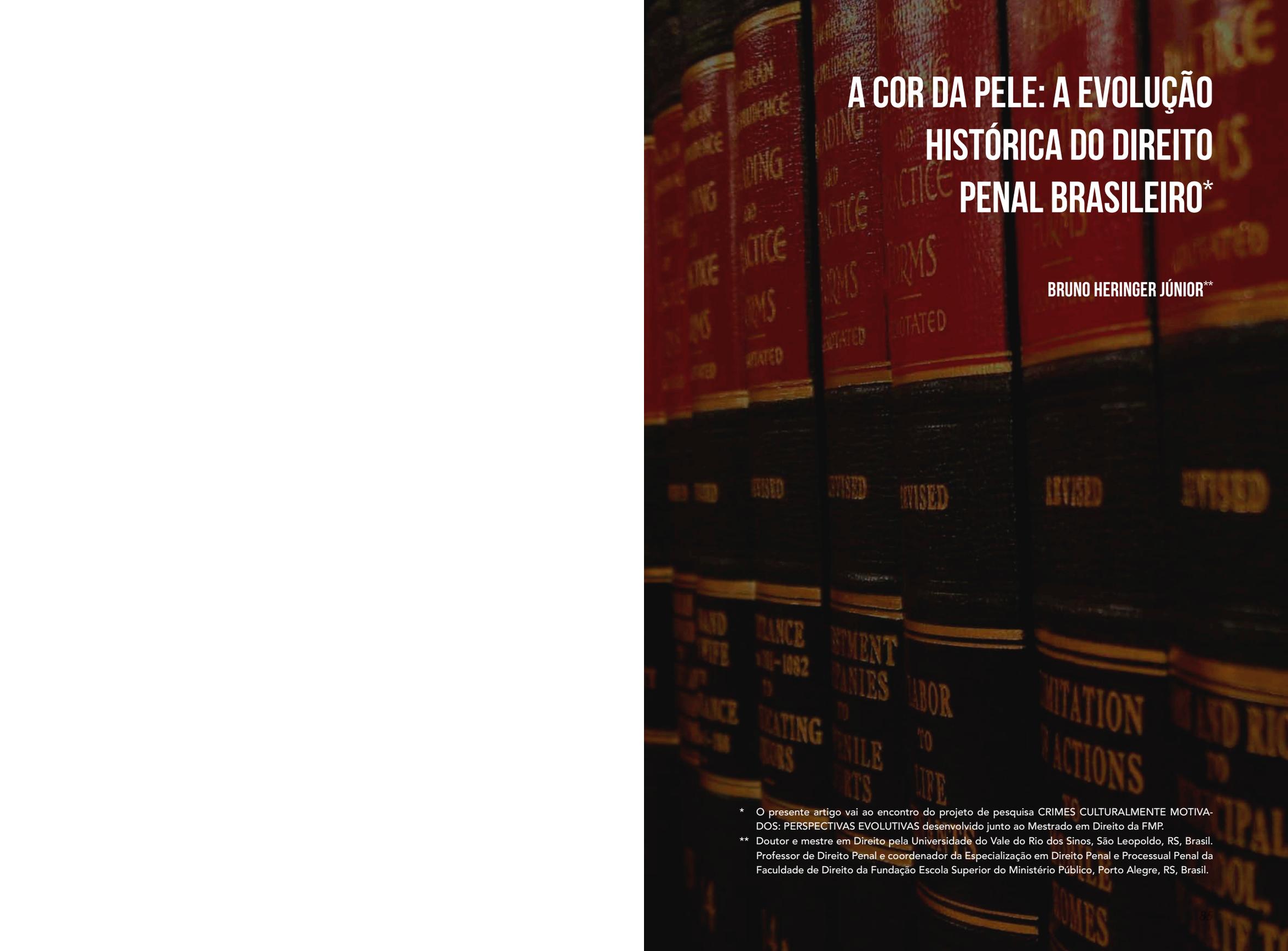
SÍRIOS JÁ REPRESENTAM 1/4 DOS REFUGIADOS NO BRASIL. Disponível em: <http://g1.globo.com/mundo/noticia/2016/04/sirios-ja-representam-14-dos-refugiados-no-brasil.html>. Acessado em: 20 jun 2016.

SILVA, Vini Rabassa da; PRATES, Jane Cruz. Migrações internacionais e a realidade brasileira: concepções e desafios. In. SILVA, Vini Rabassa da; MEDEIROS, Mara Rosange Acosta.(Org.). Migrações internacionais, políticas públicas e cidadania. Pelotas: Educat, 2009.

ZAOUAL, Hassan. Globalização e diversidade cultural. São Paulo: Cortez, 2003.

TOURAINÉ, Alain. Um novo paradigma: para compreender o mundo de hoje. Tradução de Gentil Avelino Tilton. Petrópolis, RJ: Vozes, 2006.

TOURAINÉ, Alain. Poderemos viver juntos? Iguais e diferentes. Tradução de Jaime A. Clasen e Ephairaim F. Alves. Petrópolis, RJ: Vozes, 1999.



A COR DA PELE: A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO PENAL BRASILEIRO*

BRUNO HERINGER JÚNIOR**

* O presente artigo vai ao encontro do projeto de pesquisa CRIMES CULTURALMENTE MOTIVADOS: PERSPECTIVAS EVOLUTIVAS desenvolvido junto ao Mestrado em Direito da FMP.

** Doutor e mestre em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, RS, Brasil. Professor de Direito Penal e coordenador da Especialização em Direito Penal e Processual Penal da Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público, Porto Alegre, RS, Brasil.

O Brasil é uma nação relativamente jovem, tendo sido “descoberto” pelos navegadores portugueses em 1500, alcançado independência em 1822 e se tornado república presidencialista em 1889.

Estruturado, no início, como uma colônia de exploração pela metrópole lusitana, nunca conseguiu integrar adequadamente toda a sua população, valendo-se intensivamente dos mecanismos punitivos como forma de controle social dos grupos marginalizados.

Historicamente, assim, gestou-se uma sociedade hierarquizada e profundamente desigual, que vem se perpetuando, mesmo com as mudanças políticas ocorridas.

No âmbito jurídico, apesar de a legislação formal buscar contemplar os avanços institucionais alcançados de tempos em tempos, os agentes públicos têm-se mostrado incapazes de vencer o funcionamento perverso do sistema penal, favorecendo a impunidade dos estratos sociais mais poderosos e promovendo a severa repressão dos grupos mais fragilizados, para os quais a cor da pele pode ter importância decisiva.

Nos tempos da realeza: o suplício de negros e índios

Por cerca de um século, logo após o descobrimento, vigoraram no Brasil as Ordenações Afonsinas¹ e Manuelinas² portuguesas. Tais atos normativos, porém, não tiveram aplicação prática na Colônia, devido à predominância de um poder punitivo doméstico, exercido sem qualquer controle por senhores contra seus escla-

vos e, em alguma medida, também contra índios, consequência da incipiente implantação das burocracias estatais e da forma de ocupação do território.³

As Ordenações Filipinas⁴, publicadas em 1603, constituíram a base da legislação penal da etapa colonial tardia⁵, vigorando até 1830, já na fase imperial. A matéria criminal concentrava-se no Livro V, que reproduzia a mesma estrutura básica das anteriores. Tal código renovava o combate à justiça privada, proibindo as expedições vingadoras dos particulares, os duelos e o direito de asilo dos coutos, em prol da consolidação do poder imperial. Os crimes que figuravam no ato normativo eram variados, mas se destacavam os delitos religiosos (heresia, apostasia, cisma, blasfêmia, benzimento, feitiçaria, entre outros), delitos de lesa-majestade (regicídio, traição, entre outros), delitos contra a honra do rei, delitos contra os costumes em sentido amplo (sodomia, homossexualismo, masturbação, bestialismo, relação sexual de cristão com infiel, incesto, estupro, bigamia, sedução, adultério, concubinato, entre outros) e uma série de contravenções penais (vadiar, fazer serenata, portar arma, praticar jogos proibidos, fazer mexerico, causar incêndio, entre outras). Apesar da previsão, em alguns casos, das penas de deserção e de multa, para a maioria dos delitos era cominada a pena de morte, que poderia assumir quatro formas: morte cruel (a vida era tirada lentamente, em meio a suplícios), morte atroz (à pena capital era acrescentada alguma circunstância agravante, como a queima ou o esquartejamento do cadáver, a proscricção da memória, entre outras), morte simples (supressão da vida apenas, via degolação ou enforcamento) e morte civil (eliminação da vida civil e dos direitos de cidadania). Havia, ainda, um elenco de penas vis, como o açoite, as galés, o corte de membros, o barão

1 Promulgadas em meados do século XV, em Portugal, durante o reinado de D. Afonso V, as Ordenações Afonsinas constituíram uma compilação de atos normativos anteriores, tendo sido influenciadas principalmente pelos direitos romano e canônico, pelas leis das *Siete Partidas* da Espanha, por leis editadas desde D. Afonso II, por capítulos das cortes, por concordatas celebradas com a Igreja e por algumas determinações com força legal (MAYRINK DA COSTA, Álvaro. *Direito Penal: Parte Geral*. V. 1. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 231/238).

2 Promulgadas em 1521, em Portugal, durante o reinado de D. Manuel I, as Ordenações Manuelinas foram uma atualização das anteriores, tendo tido por fonte as respostas às cortes e inúmeros assentos, determinações régias e regimentos (*Ibidem*, p. 239/240).

3 ZAFFARONI, E. Raúl e outros. *Direito Penal Brasileiro: Teoria Geral do Direito Penal*. V. 1. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 411/415.

4 Promulgadas em Portugal durante o reinado de D. Filipe II, à época da dominação espanhola, as Ordenações Filipinas atualizaram as anteriores, tendo sido as primeiras com vigência de fato no Brasil, devido ao objetivo da Corte lusitana de aumentar o poder estatal na Colônia com o envio de governadores-gerais (MAYRINK DA COSTA, Álvaro. *Op. cit.*, p. 240/242).

5 Sobre o direito vigente durante a ocupação holandesa de Pernambuco no século XVII, ver REBELLO PINHO, Ruy. *História do Direito Penal Brasileiro: Período Colonial*. São Paulo: Bushatsky/USP, 1973, p. 107/193.

e o pregão, das quais estavam imunes os integrantes das classes superiores.⁶

Contudo, o excessivo rigor da legislação penal, imerso em tradição de leniência em relação aos brancos, serviu apenas para instalar um regime de hipocrisia, favorecedor da arbitrariedade em sua aplicação⁷, já que voltada, quase exclusivamente, ao controle de africanos, indígenas, sodomitas, blasfemos, apóstatas, feiticeiros, mestiços, entre outros grupos marginalizados.⁸

Já no regime das capitânicas hereditárias⁹, o donatário era escolhido entre as pessoas de fortuna e posição da Metrópole, mas especialmente “práticos das coisas da guerra”, dado o objetivo de sujeição ou dizimação dos índios arredios, legitimado pela ideologia da “guerra justa”. Assim, relativamente aos nativos, inaptos à escravização ou ao aldeamento jesuítico, restou a progressiva interiorização no país.¹⁰

A utilização de africanos como escravos no Brasil iniciou-se, provavelmente, em 1525, fazendo com que os perigos da selvageria indígena fossem substituídos pelas ameaças de insurgência dos negros, principalmente na região açucareira nordestina.¹¹

Os símbolos específicos da punição dos negros – vítimas principais desse Direito Penal localista – eram o pelourinho e o tronco, além da marca de ferro, havendo para cada falta um tipo particular de castigo – algumas vezes sobrepujado pela criatividade do senhor –, que era aplicado pelo feitor ou por algum escravo por

ele designado. Como a instilação de medo deveria acompanhar a punição, houve casos de escravos enterrados vivos, castrados, deformados ou mortos em azeite fervente. As infrações mais comuns eram a insubordinação e a preguiça.¹²

Todo um saber, que conta também com aspectos jurídicos, acompanhou o tratamento dispensado a negros e índios no Brasil. O escravo africano encontrava-se em um limbo jurídico, pois não era estrangeiro nem cidadão; não gozava de direitos civis, mas era responsável penalmente; sua incorporação à nação dependia, exclusivamente, da vontade de seus donos. Após quase quatrocentos anos de escravidão, a abolição não foi suficiente para apagar a distinção entre negros e brancos estabelecida culturalmente, a qual conferia lugar subalterno para o recém-liberto. Além disso, o fim da escravatura não foi acompanhado de medidas governamentais voltadas à integração social dos negros, tanto que muitos vendiam seu trabalho a qualquer preço e muitos outros permaneciam na casa do patrão em troca apenas de comida e pouso. Ao contrário, estimulou-se a imigração de europeus para suprir a demanda de trabalhadores assalariados. Assim, praticamente se naturalizou um estado de inferioridade do negro, cujos traços até hoje perduram.¹³

Com os índios, a história é um pouco diferente. No início da colonização, ocorreram inevitáveis confrontos bélicos com os nativos, mas, tão logo superadas as resistências mais ferozes, instaurou-se o discurso assimilacionista, voltado à sua catequização. Os verdadeiros motivos eram, porém, políticos, não humanitários ou religiosos: promover o comércio de africanos, empreendimento realizado por companhias criadas por iniciativa do governo português; ampliar o número de súditos, estimulando a miscigenação; lutar contra os jesuítas. Mesmo assim, sua escravização foi constante, o que é revelado pela repetida edição de normas pela Coroa buscando coibir seu apresamento.¹⁴ Os índios, que não eram estrangeiros, deveriam ser incorporados à comunhão nacional, tornando-se “bons e laboriosos cidadãos”. Contudo, os nativos eram

6 THOMPSON, Augusto. F. G. *Escorço histórico do direito criminal luso-brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976, p. 80/98.

7 LOPES, José Reinaldo de Lima. *O Direito na História: Lições Introdutórias*. São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 286/287.

8 SOLAZZI, José Luís. *A ordem do castigo no Brasil*. São Paulo: Imaginário/Editora da Universidade Federal do Amazonas, 2007, p. 52.

9 Para promover a ocupação do Brasil, a metrópole portuguesa, a partir de 1534, dividiu o território colonial em quinze quinhões, os quais foram distribuídos a particulares (chamados donatários ou capitães-gerais) que se comprometiam a explorar a terra; para tanto, recebiam amplos poderes, inclusive o de aplicar a justiça e de distribuir sesmarias, prática que moldou o país, promovendo a concentração de terras e a formação de clãs familiares, muitos em constante conflito; apenas as capitânicas de Pernambuco e de São Vicente foram bem-sucedidas; diante do fracasso da experiência, Portugal optou, em 1549, por dotar a colônia de governadores-gerais, em cujos regimentos se indicavam os poderes de que dispunham, notadamente fiscal, militar, administrativo e judiciário, com o que paulatinamente se consolidou a colonização do Brasil (FAUSTO, Boris. *História do Brasil*. São Paulo: EDUSP/FDE, 2000, p. 43/48).

10 SOLAZZI, José Luiz. *Op. cit.*, p. 17/34.

11 *Ibidem*, p. 73/76.

12 COSTA, Yasmin Maria Rodrigues Madeira da. *O significado ideológico do sistema punitivo brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 2005, p. 64.

13 LOPES, José Reinaldo de Lima. “Desigualdades Jurídicas: povos indígenas, favelados e sem-terras”. In: *Boletim Científico do Ministério Público da União*. Brasília: MPU, 2002, n° 5, p. 78/79.

14 LOPES, José Reinaldo de Lima. *O Direito na História*, cit., p. 343/344.

vistos como sujeitos incapazes, necessitados da tutela do Estado, razão pela qual, em 1845, passaram a ser protegidos pelo regime de aldeias. De qualquer modo, como a ocupação efetiva do território nacional deu-se não com um exército nacional, mas com aventureiros, posseiros e fazendeiros privados, a violência contra os silvícolas foi incontornável. Essa mesma ideologia tutelar tem persistido durante o período republicano.¹⁵

A independência do Brasil e a instituição do Império foram acompanhadas pelo deslocamento do domínio econômico do Nordeste para o Sudeste, fenômeno já antecipado a partir da descoberta de ouro e diamantes na região central da Colônia e pela prevalência do café nas exportações. Entretanto, até meados do século XIX, ocorreram inúmeras sedições regionais, o que comprometeu, ainda no início, o projeto liberal da Constituição de 1824. O vigilantismo, assim, acabou prevalecendo.¹⁶

As contradições da ordem jurídica eram evidentes. Não bastasse a persistência da escravidão, incompatível com o regime de liberdades, também o princípio da reserva legal, a proscrição de açoites e penas cruéis e a proibição de responsabilidade penal por fato alheio, reconhecidos pelo artigo 179 da Constituição imperial, vieram a sofrer seguidas violações.¹⁷

O Código Criminal imperial¹⁸, sancionado por D. Pedro I em 1830¹⁹, apesar de inspirado no iluminismo penal do século XVIII, também continha inúmeras ambiguidades e continuava focado na escravidão: prescrevia a pena de açoite somente aos escravos; previa a pena de morte, apesar de expungida de seus aspectos cruéis e infamantes, a escravos e senhores, mas somente àqueles se proibia a comutação da sanção²⁰; um dos delitos considerados mais graves era o de insurreição (praticável somente por escravos); a

condição de escravo constituía agravante do crime²¹. Receosos da reprodução, aqui, em caso de instabilidade, da guerra civil promovida pelos escravos no Haiti, os grupos dominantes comungavam do entendimento de que era preciso manter sob controle a “cana-lha africana”, como chegou a ser dito.²²

Era tal a preocupação com os africanos que se aprovou, em 10 de junho de 1835, lei prevendo a execução quase sumária dos escravos que houvessem praticado crimes contra a segurança ou a vida de seus senhores ou familiares deles.²³

A República inconclusa: o controle penal das classes perigosas

À época da proclamação da República, no final do século XIX, a estrutura econômica do Brasil ainda era, fundamentalmente, exportadora de produtos agrícolas, sustentada pela grande propriedade rural. Mas também um capitalismo industrial ia, aos poucos, tomando corpo, principalmente nas áreas têxtil e alimentar, acompanhado do ingresso de subsidiárias de grandes empresas estrangeiras. Sobre essa base se estabeleceram as relações sociais de dominação, em que figuravam, no polo de cima, uma aliança entre grandes proprietários e líderes políticos, denominada coronelismo, e, no polo de baixo, os escravos libertos, os desclassificados urbanos, como prostitutas e capoeiras, e os contingentes de imigrantes recém-chegados.²⁴

No plano ideológico, o discurso do novo sistema penal desenrolou-se a partir do postulado da inferioridade biológica dos criminosos, demonstrado, cientificamente, pelo positivismo italiano e francês, o qual proporcionou a permanência do racismo no imaginário social.²⁵ Autores como Silvio Romero, Nina Rodrigues, Afrânio Peixoto e Oliveira Vianna, inspirados nessa

15 LOPES, José Reinaldo de Lima. “Desigualdades Jurídicas: povos indígenas, favelados e sem-terras”, cit., p. 76/78.

16 LOPES, José Reinaldo de Lima. *O Direito na História*, cit., p. 423/424.

17 *Ibidem*, p. 424/426.

18 Tendo como principal fonte o Código Penal francês e como inspiração a doutrina de Bentham, continha 313 artigos, divididos em quatro partes: dos crimes e das penas; dos crimes públicos; dos crimes particulares; dos crimes policiais (SIQUEIRA, Galdino. *Tratado de Direito Penal: Parte Geral*. T. 1. Rio de Janeiro: José Konfino Editor, 1947, p. 71/74).

19 Decreto da Assembleia sobre o Código Criminal do Império do Brasil, de 16 de dezembro de 1830.

20 WEHLING, Arno. “O escravo ante a lei civil e a lei penal no Império (1822-1871)”. In: *Fundamentos de História do Direito*. Org. Antonio Carlos Wolkmer. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 403.

21 COSTA, Yasmin Maria Rodrigues Madeira da. *Op. cit.*, p. 66.

22 LOPES, José Reinaldo de Lima. *O Direito na História*, cit., p. 313.

23 GARCIA, Basileu. *Instituições de Direito Penal*. V. 1; t. 1. São Paulo: Max Limonad, 1951, p. 124.

24 ZAFFARONI, E. Raúl e outros. *Op. cit.*, p. 440/442.

25 *Ibidem*, p. 442/443.

doutrina, colaboraram para a divulgação da “tese do branqueamento”, que foi dominante na elite brasileira na passagem para o século XX, segundo a qual se deveriam reprimir as reivindicações e as práticas sociais de mulatos e negros, bem como incentivar a imigração de europeus, para alcançar-se a “arianização” do povo brasileiro. Era necessário, segundo se entendia, controlar esses indivíduos indesejáveis, para o que novas técnicas de identificação policial foram adotadas, como a datiloscopia e a antropometria.²⁶ E, nesse “Estado médico-legal” emergente, o Rio de Janeiro, que já havia construído a primeira penitenciária da América Latina (a Casa de Correção, concluída em 1850)²⁷, iria edificar o primeiro manicômio (inaugurado em 1921).

O Código Penal republicano²⁸, promulgado em 1890²⁹, contudo, constituiu, devido à celeridade de sua elaboração³⁰, “um decalque alterado do diploma anterior”, o que conduziu a seu desprestígio, exatamente pela insuficiente criminalização dos novos alvos sociais da chamada República Velha: imigrantes indesejáveis, anarquistas, prostitutas, bêbados, trabalhadores ocasionais, entre outros.³¹ Por consequência, uma profusão de leis foi editada – o que culminou na Consolidação das Leis Penais de 1932³² –, na tentativa de corrigir essa deficiência: aumento das penas para o delito de greve³³, criminalização do furto de gado, repressão ao anarquismo, punição aos delitos de impren-

26 MIRANDA, Carlos Alberto Cunha. “A fatalidade biológica: a mediação dos corpos, de Lombroso aos biotipologistas”. In: *História das Prisões no Brasil*. V. II. Org. Clarissa Nunes Maia e outros. Rio de Janeiro: Rocco, 2009, p. 277-317.

27 AGUIRRE, Carlos. “Cárcere e sociedade na América Latina, 1800-1940”. In: *História das Prisões no Brasil*. V. I. Org. Clarissa Nunes Maia e outros. Rio de Janeiro: Rocco, 2009, p. 35-77.

28 Com inspiração na Escola Clássica, continha 412 artigos, divididos em quatro livros: dos crimes e das penas; crimes em espécie; contravenções em espécie; disposições gerais. Antes mesmo da aprovação do novo código, através do Decreto do Governo Provisório nº 774/1890, aboliram-se as galés, reduziu-se a 30 anos as penas perpétuas, determinou-se o cômputo do tempo de prisão preventiva na execução e previu-se a prescrição das penas (SIQUEIRA, Galdino. *Op. cit.*, p. 74/78).

29 Decreto do Governo Provisório nº 847/1890.

30 PIERANGELI, José Henrique. *Códigos Penais do Brasil: Evolução histórica*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 74.

31 SOUZA, Luís Antônio Francisco de. “Polícia, poder de polícia e criminalidade numa perspectiva histórica”. In: *História da justiça penal no Brasil: Pesquisas e Análises*. Org. Andrei Koerner. São Paulo: IBCCRIM, 2006, p. 59-82.

32 Elaborada pelo Des. Vicente Piragibe, foi aprovada pelo Decreto nº 22.213/32.

33 Sobre o tema, ver Christiano FRAGOSO. *Repressão Penal da Greve: Uma experiência antidemocrática*. São Paulo: IBCCRIM, 2009.

sa consistentes de divulgação de segredo de Estado, de ofensa ao Presidente da República ou à moral e aos bons costumes e da apologia de movimentos, entre outros.³⁴

A Revolução de 1930, liderada por Getúlio Vargas, consistiu em uma reação ao federalismo exacerbado da primeira fase republicana, representada pela política dos governadores e pelo mandonismo local. Resultou, portanto, em forte centralização do poder, reestruturação da administração pública e absorção de conflitos que antes eram resolvidos no âmbito privado, características próprias de um Estado intervencionista. O esgotamento do modelo agroexportador provocou um surto industrial, acompanhado de medidas protecionistas dirigidas à substituição de importações. O proletário passou a ser protegido por leis previdenciárias e trabalhistas e pela autorização à organização sindical. Tudo isso gerou o crescimento das cidades, favorecido pelo aumento de postos de trabalho nas fábricas.³⁵

No Estado Novo, assim, inúmeras leis penais foram criadas, voltadas principalmente à repressão política e à tutela da intervenção econômica. Em 1940, foi editado o Código Penal até hoje em vigor, inspirado no modelo fascista italiano (Código Rocco). Pelo *codex*, os menores de 18 anos de idade eram encaminhados a pedagogia corretiva da legislação especial, permanecendo fora do âmbito penal. Adotou-se o sistema do duplo binário³⁶, consistente na aplicação sucessiva de pena e medida de segurança, para os presumidamente perigosos: os condenados por crimes cometidos em estado de embriaguez habitual, os reincidentes em delitos dolosos e os filiados a quadrilha. Indicou-se que não havia crime nas hipóteses de estado de necessidade, legítima defesa, exercício regular de direito ou estrito cumprimento de dever legal. O agente era isento de pena nos casos de coação moral irresistível ou de obediência a superior hierárquico. A culpabilidade adotou as formas de dolo ou de culpa estrita. Não se diferenciava o erro de direito do erro

34 ZAFFARONI, E. Raúl e outros. *Op. cit.*, p. 445/456.

35 *Ibidem*, p. 459/461.

36 DOTTL, René Ariel. “História da legislação penal brasileira: períodos republicanos”. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: Revista dos Tribunais/IBCCRIM, 1995, nº 12, p. 233.

de direito extrapenal. Autores e cúmplices recebiam o mesmo tratamento jurídico. A tentativa do delito era punida com a pena do crime consumado reduzida de um a dois terços. O crime impossível praticado por agente perigoso permitia sua submissão a medida de segurança. A reincidência era especialmente considerada para agravar a situação jurídica do condenado. As penas previstas subdividiam-se em principais e acessórias: as primeiras abarcavam a privação de liberdade – reclusão e detenção – e a pecuniária – multa; as segundas abrangiam a perda da função pública, a interdição de direitos e a publicação da sentença. Criaram-se as medidas de segurança, aplicáveis a inimputáveis e semi-imputáveis. Como efeito da sentença penal condenatória, foi previsto o confisco dos instrumentos e dos produtos do delito. Admitia-se, excepcionalmente, a suspensão condicional da pena privativa de liberdade aplicada, desde que não superior a dois anos e que as circunstâncias fossem favoráveis ao agente. Também foi previsto o livramento condicional, após o preso cumprir metade da pena, se primário, ou três quartos, se reincidente. Quanto às modalidades delitivas, foram contemplados os seguintes títulos: crimes contra a pessoa; crimes contra o patrimônio; crimes contra a propriedade imaterial; crimes contra a organização do trabalho; crimes contra o sentimento religioso e contra o respeito aos mortos; crimes contra os costumes; crimes contra a família; crimes contra a incolumidade pública; crimes contra a paz pública; crimes contra a fé pública; crimes contra a administração pública.³⁷ Sem embargo, caracteriza a Parte Especial, ainda quase totalmente em vigor, a tipificação profusa de crimes contra o patrimônio material individual, bem como a sua elevada punição, comparativamente com outros delitos, como os contra a integridade corporal, a revelar a afiliação ideológica do legislador e a indicar o alvo preponderante da programação repressiva.

Ao mesmo tempo, fez-se aprovar a Lei das Contravenções Penais, direcionada à criminalização das classes populares, então havidas como desajustadas e despreparadas para as necessida-

37 MAYRINK DA COSTA, Álvaro. *Op. cit.*, p. 253/257.

des da modernidade.³⁸ Inspirado no conceito de culpabilidade de autor, de caráter ou pela conduta de vida, o Decreto-Lei nº 3.689/42 criminalizou “o modo-de-ser da escumalha”³⁹, tipificando, entre outras, as infrações de embriaguez, mendicância, vadiagem e jogos de azar.

Após a entrada em vigor do novo Código Penal, seguiram-se, também, várias leis penais voltadas a preencher algumas lacunas de punibilidade existentes, como a Lei nº 6.368/76, que alinhou o país às determinações internacionais relativamente ao combate aos entorpecentes.

No que respeita à repressão política, se, na década de 1950, houve abrandamento das penas, após o Golpe Militar de 1964, que incorporou a doutrina da segurança nacional pelo Decreto-Lei nº 314/67, inspirado pelo *National War College* dos Estados Unidos⁴⁰, o rigor e o autoritarismo iriam acompanhá-la por mais de uma década. Principalmente de 1968 a 1974, quando a oposição se lançou à luta armada, o subsistema penal DOPS/DOI-CODI, integrando repartições militares e civis, torturou e matou centenas de “subversivos”. Igualmente favorecidos por esse modelo repressivo foram os “esquadrões da morte”, que adotaram procedimentos ilegais de execução sumária de suspeitos, principalmente de ladrões ou mesmo mendigos.⁴¹

Em 1984⁴² promoveu-se a reforma da Parte Geral do Código Penal, a revelar a própria vitalidade do ato normativo de 1940, já que muito dele foi preservado⁴³, mesmo com as alterações pontuais anteriores à Lei nº 7.209/84⁴⁴, principalmente

38 ROLIM, Rivaíl Carvalho. “Culpabilização da pobreza no pensamento jurídico-penal brasileiro em meados do século XX”. In: *História da justiça penal no Brasil: Pesquisas e Análises*. Org. Andrei Koerner. São Paulo: IBCCRIM, 2006, p. 192.

39 STRECK, Lenio Luiz. “Da criminalização da pobreza à pobreza da criminalização”. In: *Revista Ibero-Americana de Ciências Penais*. Porto Alegre: FMP/CEIP, 2008, nº 16, p. 141-170.

40 DAL RI JR., Arno. *O Estado e seus inimigos: a repressão política na história do Direito Penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2006, p. 280.

41 ZAFFARONI, E. Raúl e outros. *Op. cit.*, p. 477/479.

42 Antes disso, em 1969, chegou a ser publicado um novo Código Penal (Decreto-Lei nº 1.004/69), o qual, porém, acabou revogado antes de entrar efetivamente em vigor.

43 ZAFFARONI, E. Raúl e outros. *Op. cit.*, p. 481/483.

44 DOTTI, René Ariel. “História da legislação brasileira II: A reforma do CP 1940 (de 1942 a 1984)”. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: Revista dos Tribunais/IBCCRIM, 1995, nº 13, p. 302/308.

a promovida pela Lei nº 6.416/77. A orientação do novel ato normativo, no plano teórico, foi o finalismo de Hans Welzel, com as consequências daí decorrentes para a dogmática jurídica do crime: dolo e culpa estrita como integrantes da conduta típica e distinção entre erro de tipo e erro de proibição. Nos casos de embriaguez voluntária, manteve-se a responsabilidade criminal do agente, com a acolhida da teoria da *actio libera in causa*, permitindo a isenção ou a redução da pena apenas nas hipóteses de embriaguez acidental. Regulamentaram-se os delitos omissivos. Tornou-se impunível a tentativa inidônea. Criaram-se critérios para individualizar o merecimento de pena de autores e partícipes, apesar de ainda adotada a teoria unitária. Cuidouse, expressamente, da agravação do crime pelo resultado, que somente poderia ser imputado ao agente se este o tivesse causado ao menos culposamente. Normatizou-se o cálculo judicial da pena em caso de condenação. As penas de reclusão e de detenção passaram a ser cumpridas em regimes fechado, semiaberto e aberto (executados, respectivamente, em penitenciárias, colônias penais agrícolas ou industriais e casas de albergado). Extinguiram-se as penas acessórias, algumas das quais foram transformadas em efeitos da sentença penal condenatória. Criaram-se as penas restritivas de direitos (prestação de serviço à comunidade, interdição de direitos e limitação de fim de semana), aplicáveis em substituição à pena privativa de liberdade, desde que não superior a um ano ou culposo o delito. Quanto à pena pecuniária, foi adotado o critério escandinavo do dia-multa. Para os semi-imputáveis, foi prevista a aplicação de pena ou medida de segurança, de modo alternativo (sistema vicariante), não mais sucessivamente, como ocorria no sistema anterior.⁴⁵

Nessa mesma década, porém, o país foi alcançado pelas transformações econômicas e sociais decorrentes da globalização, caracterizadas, basicamente, pela desaceleração do crescimento econômico, pela queda no rendimento dos trabalhadores, pela flexibilização do emprego, pela desenfreada acumulação financeira e pelo desmonte progressivo dos programas assistenciais públicos. Gerando gravíssimas consequências

45 MAYRINK DA COSTA, Álvaro. *Op. cit.*, p. 267/277.

sociais, o modelo neoliberal subjacente a essas mudanças gestou uma forma ainda mais regressiva de repressão penal, voltada principalmente ao controle de contingentes humanos marginalizados, agora tidos como “consumidores falhos”.⁴⁶

E, mais uma vez, o sistema criminal brasileiro passou a apresentar acentuada ambivalência. Ocorre que, a partir da Constituição de 1988, o ideal democrático que empolgou o país conduziu à edição de inúmeras leis voltadas à criminalização de condutas das elites socioeconômicas: Lei nº 8.078/90 (crimes contra as relações de consumo), Lei nº 8.137/90 (crimes contra a ordem tributária e econômica e contra as relações de consumo), Lei nº 8.176/90 (crimes contra a ordem econômica), Lei nº 8.666/93 (crimes em licitações e contratos do Poder Público), Lei nº 9.279/96 (crimes contra a propriedade industrial), Lei nº 9.605/98 (crimes contra o meio ambiente), Lei nº 9.613/98 (crimes de lavagem de dinheiro), Lei nº 11.101/2005 (crimes falimentares), entre outras. No entanto, essa novel legislação, aparentemente promotora do valor da igualdade jurídica, veio acompanhada de inúmeras medidas imunizadoras, que praticamente esvaziaram seu conteúdo repressivo, como a conciliação cível, a transação penal e a suspensão condicional do processo, instituídas pelas Leis nº 9.099/95 e nº 10.259/2001; a vedação da conversão da pena de multa não paga em privação de liberdade, sufragada pela Lei nº 9.268/96; e o alargamento das hipóteses de cabimento da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos ou multa, veiculado pela Lei nº 9.714/98. Com isso, praticamente se afastou a hipótese de aplicação de pena de encarceramento aos delitos ditos de colarinho branco, por mais graves que se apresentem, pois, diante do descabimento de algum benefício penal ou processual penal, outro inevitavelmente acaba encontrando incidência.

Esse abrandamento da repressão, destinado preponderantemente aos estratos socioeconômicos mais poderosos, foi seguido, contudo, de uma série de atos normativos voltados ao severo controle dos grupos marginalizados, representados, destacadamente, pela Lei nº 8.072/90, que definiu os crimes hediondos e instituiu regime diferenciado a seu tratamento (como a proibi-

46 ZAFFARONI, E. Raúl e outros. *Op. cit.*, p. 484/485.

ção de progressão de regime de cumprimento de pena privativa de liberdade). Mais recentemente, a Lei nº 10.792/2003 alterou a Lei de Execução Penal, ao prever o chamado regime disciplinar diferenciado, exacerbando a execução penal de integrantes de quadrilha ou bando e de presos de alto risco, entre outros. Também o tráfico de drogas foi objeto de recente ato normativo, que tornou mais rigorosa sua repressão (Lei nº 11.343/2006). Nessa mesma direção, encaminham-se ainda as alterações nos tipos dos crimes de furto, de roubo e de extorsão do Código Penal, agravando as penas a eles previstas (Lei nº 9.426/96).

É manifesta, assim, a convivência de duas vias bem distintas de programação criminalizante: uma branda, que oculta em sua feição universal o escopo de beneficiar os grupos sociais mais afluentes; outra severa, que se dirige a segregar definitivamente a população marginalizada. Esse perfil repressivo é evidenciado pelos dados estatísticos. Com efeito, a partir das últimas informações penitenciárias tabuladas pelo Ministério da Justiça brasileiro, relativas ao ano de 2015, pode-se constatar que, do total de presos, apenas 1% tinha o curso superior completo e 67% eram negros. Além disso, do total de condenações, aproximadamente 66,5% eram relativas a crimes patrimoniais e tráfico de drogas, delitos, em regra, praticados por pessoas desempregadas ou com ocupação precária (subemprego ou atividade informal).⁴⁷

Os índios, evidentemente, deixaram de ser alvo de incidência do Direito Penal. E isso porque, dos cerca de 3,25 milhões de indivíduos existentes em 1500⁴⁸, foram reduzidos a pouco mais de 302 mil no final do século XX⁴⁹, estando, ainda, confinados em reservas, o que os mantém "sob controle". Apesar disso, a demarcação das terras indígenas determinada pela Constituição de 1988 ainda pode vir a provocar conflitos com fazendeiros interessados nas áreas destacadas.

Atualmente, tramita no Congresso Nacional projeto de novo Código Penal⁵⁰ que visa, principalmente, a integrar em um

47 Disponível em: <<http://www.justica.gov.br>>. Acessado em: 09 jun 2016.

48 HEMMING, John. *Ouro vermelho*. São Paulo: EDUSP, 2007, p. 727.

49 Disponível em: <<http://brasil500anos.inge.gov.br>>. Acessado em: 09 jun 2016.

50 Projeto de Lei do Senado nº 236/2012.

único corpo normativo todas as leis penais existentes, o que tem o mérito de emprestar ordem e racionalidade à matéria, hoje em estado caótico, devido à profusão de normas em vigor. Mesmo diante de eventuais avanços, é de duvidar, porém, que a inovação normativa consiga promover mudanças radicais no funcionamento efetivo do sistema penal nacional.⁵¹

Considerações finais

O sistema penal brasileiro encontra-se imerso em ambiente sociocultural mais amplo, marcado pela hierarquização exacerbada, o que vem, historicamente, impedindo a efetividade de qualquer mudança na direção de padrões mais elevados de igualdade no país. Chauí, aliás, chama a atenção para a existência, no Brasil, de uma "cultura senhorial", que verticaliza a estrutura social em relações de mando-obediência, do que decorrem a confusão entre os espaços público e privado, a visão generalizada da lei como privilégio para os ricos e como opressão para os pobres, o fascínio por signos de distinção, o bloqueio dos conflitos por ideologias, entre outros.⁵²

A insuscetibilidade ao câmbio parece ser traço distintivo da estratificação social do país. No âmbito jurídico, segundo Carvalho, os cidadãos brasileiros encontram-se, persistentemente, divididos em classes. Os privilegiados, chamados de "doutores", estão acima da lei, geralmente fazendo valer seus interesses pelo poder do dinheiro e do prestígio social; são, invariavelmente, brancos, ricos, universitários; integram essa primeira classe os empresários, os banqueiros, os grandes proprietários, os políticos, os profissionais liberais e os altos funcionários. A seguir, existe uma massa de "cidadãos simples", integrantes da segunda classe, aos quais tanto os rigores quanto os benefícios da lei são

51 Ultimamente, tem-se assistido a certa reversão dessa tendência com a condenação e o encarceramento de importantes políticos e empresários devido a operações conduzidas pela Polícia Federal e pelo Ministério Público Federal, como a Lava Jato, mas ainda parece cedo para concluir acerca da ocorrência de uma mudança definitiva de orientação punitiva.

52 CHAUI, Marilena. *Brasil: Mito fundador e sociedade autoritária*. São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo, 2006, p. 89/92.

aplicados taxativamente; compõe esse grupo a dita classe média (trabalhadores assalariados e pequenos funcionários públicos). Por fim, aparece a terceira classe, integrada pelos “elementos” do jargão policial; são quase todos negros ou pardos, analfabetos ou semialfabetizados; representam esse grupo a população marginal das grandes cidades, os trabalhadores informais, os biscateiros, os camelôs, os mendigos, os posseiros, os menores abandonados⁵³, em relação aos quais a integração jurídica é realizada, quase exclusivamente, pela via do Direito Penal.

E, mesmo com todo o discurso de inclusão que se vem desenvolvendo nos últimos anos, principalmente após a redemocratização do país, a persistência do modelo discriminatório alerta para os entraves que existem a qualquer atividade político-jurídica transformadora.

Referências

- CARVALHO, José Murilo de. *Cidadania no Brasil: o longo caminho*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2001.
- CHAUÍ, Marilena. *Brasil: Mito fundador e sociedade autoritária*. São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo, 2006.
- COSTA, Yasmin Maria Rodrigues Madeira da. *O significado ideológico do sistema punitivo brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 2005.
- DAL RI JR., Arno. *O Estado e seus inimigos: a repressão política na história do Direito Penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2006.
- DOTTI, René Ariel. “História da legislação brasileira II: A reforma do CP 1940 (de 1942 a 1984)”. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: Revista dos Tribunais/IBCCRIM, 1995, nº 13, p. 301-317.

- DOTTI, René Ariel. “História da legislação penal brasileira: períodos republicanos”. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: Revista dos Tribunais/IBCCRIM, 1995, nº 12, p. 222-233.
- FAUSTO, Boris. *História do Brasil*. São Paulo: EDUSP/FDE, 2000.
- FRAGOSO, Christiano. *Repressão Penal da Greve: Uma experiência antidemocrática*. São Paulo: IBCCRIM, 2009.
- GARCIA, Basileu. *Instituições de Direito Penal*. V. 1; t. 1. São Paulo: Max Limonad, 1951.
- HEMMING, John. *Ouro vermelho*. São Paulo: EDUSP, 2007.
- KOERNER, Andrei (Org.). *História da justiça penal no Brasil: Pesquisas e Análises*. São Paulo: IBCCRIM, 2006.
- LOPES, José Reinaldo de Lima. “Desigualdades Jurídicas: povos indígenas, favelados e sem-terras”. In: *Boletim Científico do Ministério Público da União*. Brasília: MPU, 2002, nº 5, p. 69-88.
- LOPES, José Reinaldo de Lima. *O Direito na História: Lições Introdutórias*. São Paulo: Max Limonad, 2000.
- MAIA, Clarissa Nunes e outros (Orgs.). *História das Prisões no Brasil*. V. I e II. Rio de Janeiro: Rocco, 2009.
- MAYRINK DA COSTA, Álvaro. *Direito Penal: Parte Geral*. V. 1. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- PIERANGELI, José Henrique. *Códigos Penais do Brasil: Evolução histórica*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- REBELLO PINHO, Ruy. *História do Direito Penal Brasileiro: Período Colonial*. São Paulo: Bushatsky/USP, 1973.
- SIQUEIRA, Galdino. *Tratado de Direito Penal: Parte Geral*. T. 1. Rio de Janeiro: José Konfino Editor, 1947.
- SOLAZZI, José Luís. *A ordem do castigo no Brasil*. São Paulo: Imaginário/Editora da Universidade Federal do Amazonas, 2007.
- STRECK, Lenio Luiz. “Da criminalização da pobreza à pobreza da criminalização”. In: *Revista Ibero-Americana de Ciências Penais*. Porto Alegre: FMP/CEIP, 2008, nº 16, p. 141-170.

53 CARVALHO, José Murilo de. *Cidadania no Brasil: o longo caminho*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2001, p. 215/217.

THOMPSON, Augusto. F. G. *Escorço histórico do direito criminal luso-brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976.

WOLKMER, Antonio Carlos (Org.). *Fundamentos de História do Direito*. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

ZAFFARONI, E. Raúl e outros. *Direito Penal Brasileiro: Teoria Geral do Direito Penal*. V. 1. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

FUNDAMENTOS FILOSÓFICOS E POLÍTICOS DA RESPONSABILIDADE PENAL DAS PESSOAS JURÍDICAS POR ATOS DE CORRUPÇÃO*

ROGÉRIO GESTA LEAL **

* O presente artigo vai ao encontro do projeto de pesquisa TUTELAS À EFETIVAÇÃO DE DIREITOS PÚBLICOS INCONDICIONADOS desenvolvido junto ao Mestrado em Direito da FMP.

** Professor titular do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC), RS, e da FMP. Doutor em Direito do Estado pela Universidade Federal de Santa Catarina e doutor em Direitos Humanos pela Universidad de Buenos Aires. 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. Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. E-mail: gestaleal@gmail.com.

A atribuição de responsabilidade penal às pessoas jurídicas apresenta profundas controvérsias, desde a que envolve a dogmática jurídica do Direito Penal mais hegemônica nos dias atuais, que se vê obrigada a adaptar suas teorias tradicionais do delito e da pena aos fatos delituosos daquelas organizações, até mesmo às dificuldades de enquadramento dos atos criminosos levados a efeito por empresas e a responsabilidade no que se refere ao tema da culpabilidade.

Neste trabalho pretendo tratar de alguns fundamentos filosóficos e políticos que podem vir sustentar com argumentos racionais a necessidade de responsabilidade penal das pessoas jurídicas, em especial diante da explosiva quantidade incontrolável de corrupção que assola o mundo todo, pela via de engenhosos mecanismos corporativos complexos e de difícil apuração.

Quais os custos da corrupção?

A história da humanidade tem demonstrado que a corrupção é um fenômeno multifacetário e transnacional, sempre presente no evoluir das relações humanas e institucionais, não como elemento natural da espécie, mas como produto cultural constituído e constituinte. Na dicção de Marco Vitale:

*Non siamo sprovveduti: sappiamo che la corruzione, con i suoi effetti devastanti, fa parte della storia dell'uomo. Ma quando essa occupa spazi troppo vasti e profondi, quando si alimenta di conflitti di interesse endemici e poi, di ritorno, li fomenta, quando si salda con la malavita organizzata per penetrare sempre più incisivamente nel tessuto economico e sociale, allora è necessario lanciare un alto grido di allarme.*¹

¹ VITALE, Marco. Corruzione: malattia sociale che distrugge competitività, civiltà, Costituzione e carità. Bologna: Edizioni Studio Domenicano, 2012, p.10. Lembra ainda o autor que quando il male diventa così profundo, come da noi oggi, la reazione dev'essere comunitaria e deve coinvolgere tutti gli uomini di buona volontà e le principali funzioni ed attività economiche, professionali, sociali, religiose e culturali. È un tema troppo serio per lasciarlo solo alla politica; tanto più che la politica sembra, da noi, profondamente disinteressata, quando non addirittura voltata a cavalcare il problema per approfittarne.

São vários os tipos de custos da corrupção, alguns impossíveis de calcular em face dos bens jurídicos imateriais que alcançam – como a probidade administrativa, a moralidade pública, a fidúcia nas instituições democráticas e na própria representação política.

Muitas vezes o potencial lesivo dos atos corruptivos ganha fôlego com a formatação de relações de poder invisíveis (ou nebulosas e de pouca visibilidade e controle), reforçando o argumento já histórico e clássico de Norberto Bobbio no texto “La Democrazia e il Potere Invisibile”.² Nesse texto o filósofo italiano insistia na tese de que a formação de áreas de opacidade no exercício do poder público cria terreno fértil para o arbítrio, fomentando comportamentos corruptivos e de malversação do patrimônio público.

Para além disso, um sistema político de alta densidade corruptiva ataca as raízes dos vínculos de fidúcia que une a cidadania às instituições representativas da democracia contemporânea. Em outros termos, a corrupção não somente provoca fossos agudos nos orçamentos públicos, mas também produz déficits democráticos incomensuráveis. Basta ver os falseamentos que opera no processo eleitoral e no sufrágio, por exemplo, mecanismos procedimentais por excelência dos regimes democráticos, gerando vínculos de clientelismo e dívidas de favor entre mercado e sistema político que perduram no tempo, com estragos violentos em toda a seara administrativa e de políticas públicas.

Esses déficits democráticos produzidos pela corrupção implicam de igual sorte a violação de valores democráticos fundamentais, dentre os quais o da transparência na gestão da coisa pública, como também chamava atenção Norberto Bobbio,

² BOBBIO, Norberto. La Democrazia e il Potere Invisibile. In Democrazia e Segreto. Roma: Einaudi, 2000. Diz o autor que: Corruzione, concussione, malversazione, peculato sono alcune tra le forme che assume il potere che si rende invisibile. Sono attività illegali, che per definizione devono essere tenute nascoste, nei loro moventi e per quanto possibile anche nei loro contenuti. Ma questo va a intaccare uno dei principi fondamentali della democrazia, quello appunto di trasparenza, che implica visibilità, conoscibilità, accessibilità, e quindi controllabilità degli atti di chi detiene il potere pubblico. (p.15). Grifo meu.

identificando o poder corrupto como detentor de uma natureza opaca, retraindo-se nas sombras, confundindo e mistificando.³

Também o princípio republicano da igualdade vem atingido pelo fenômeno da corrupção, pelo fato de que é negado à cidadania o direito de aceder de forma adequada às políticas públicas geradas pelo Estado (quando as tem voltadas às demandas sociais dos mais excluídos), pois, nos espaços públicos tomados pela corrupção, o que se encontra é o reino do arbítrio (por vezes disfarçado de democrático) e da imprevisibilidade, isso porque:

per conquistare posizioni di privilegio e di rendita non occorrono i requisiti previsti dalle regole dello stato di diritto, ma la posizione che i corrotti e corruttori sono in grado di ritagliarsi nel reticolo di amicizie, legami trasversali, ambigui rapporti d'affari in cui si inseriscono, sia quello della P3 o della cosiddetta Cricca della protezione civile.⁴

Um dos problemas que se tem aqui é o de imaginar – equivocadamente ou em termos de opinião pública não especializada – que a corrupção se afigura como crime sem vítima aparente, exatamente porque, não raro, apresenta custos sociais mais difusos e coletivos do que individuais. E por que é equivocada essa percepção? Pelo fato de que as vítimas de atos corruptivos, em face até do aumento de consciência social e política da cidadania, não se calam mais, mas protestam – individual e coletivamente; a despeito de que, em regra, as situações de corrupção que envolvem pessoas físicas e jurídicas, públicas e privadas, têm exatamente mais sucesso quando não deixam traços e vestígios visíveis a olho nu.

É que a imprensa, apesar de cumprir papel fundamental no enfrentamento da corrupção (poderia fazer sempre mais, como a investigativa), não raro ainda opera com a lógica do espetáculo e da reação de mercado (interesse massificado e quantitativo da

3 Como diz CASARRUBEA Giuseppe. Portella della Ginestra. Microstoria di una strage di Stato. Milano: F. Angeli, 1997, p.22: La corruzione, sia chiaro, ha per sua natura un andamento carsico. Basandosi su scambi occulti è un fenomeno sotterraneo, che sfugge alle rilevazioni oggettive, sebbene riemerge ciclicamente in superficie, almeno per qualche tempo, in corrispondenza di qualche scandalo.

4 DE FELICE, Franco. Doppia lealtà e doppio Stato. In Studi storici, n. 3. Roma: Einaudi, 1989, pp.496.

notícia, e não da informação), deixando de se ocupar em longo prazo com o fenômeno corruptivo e suas consequências deletérias, contribuindo, pois, para a alienação social. Veja-se como tal fenômeno é global:

Una fonte ulteriore di informazioni sulla corruzione è costituita dai mezzi di comunicazione, che però – a parte i casi eccezionali, almeno in Italia, di giornalismo d'inchiesta – si limitano a "filtrare" notizie di procedimenti giudiziari in corso, rendendo così visibile anche al pubblico almeno un "pezzetto" di quell'iceberg che è la corruzione. Su questo versante le pochissime rilevazioni disponibili sembrano confermare un dato familiare a chiunque abbia prestato orecchio, negli ultimi anni, a quanto proviene dal sistema dei media. La "grande abbuffata" di mani pulite, quei pochi mesi nei quali televisioni e giornali hanno affondato generosamente il coltello nella malapianta della corruzione, è stata seguita a partire dalla metà degli anni novanta da una rapida "normalizzazione" dell'offerta di notizie. Tra il '92 e il '94 in media ogni anno la stampa – secondo le ricerche di Franco Cazzola – ha presentato al pubblico 220 episodi di corruzione; scesi a 88 nel biennio successivo, a 44 tra il '97 e il 2000. Negli ultimi due anni siamo a 29 casi appena, quasi un decimo appena di quelli di mani pulite, ma appena un terzo di quelli emersi tra il 1989 e il 1992.⁵

Há dados ainda que indicam que, nos casos de contratos públicos firmados na comunidade europeia, quando eivados de elementos corruptivos, estes impactam em cerca de 40% a 50% no valor do contrato, o que é sentido pelo próprio mercado, porque seus custos operacionais se avolumam em muito, trazendo consequências nefastas aos serviços públicos (em termos de qualidade e acessibilidade) e à cidadania.

Essa percepção difusa da corrupção causa ainda mais estragos não só na fidúcia por parte da sociedade em suas instituições representativas, mas também, fundamentalmente, nas regras de funcionamento da democracia, haja vista ainda os altos níveis de impunidade consecutórios nesse setor. Não é difícil à cidadania desenvolver pré-conceitos pejorativos em face da má-

5 Conforme MARINO, Carlo Giuseppe. La Repubblica della forza. Mario Scelba e le passioni del suo tempo. Milano: Franco Angeli, 2005, p.118.

quina pública e da sua gestão, formatando-se em tais cenários posturas muito distintas, passando pela indignação silenciosa até a violenta, da indiferença total à provocação de responsabilidades pessoais e institucionais, etc.⁶

É claro que parte da imprensa mundial tem cumprido papel inarredável de denúncia, apuração e responsabilização dos atos corruptivos, em especial com o jornalismo investigativo, a ponto de cumprir função exponencial nas ações políticas, administrativas e judiciais relacionadas ao tema, além de expor à opinião pública os protagonistas de atos suspeitos de corrupção, suscitando juízos públicos importantes para a tomada de consciência da população.

Tem-se visto, por outro lado, que são ineficazes políticas públicas de combate à corrupção dissociadas do reconhecimento da natureza fenomênica e multifacetária dessa patologia, que a todo tempo se transforma e encontra maneiras (lícitas e ilícitas) de se proteger e mesmo sobreviver aos golpes que as instituições democráticas lhe impingem. Ações públicas ou privadas que se resumem a determinados atos corruptivos – violação à licitação, por exemplo – não provocam mudanças estruturais no sistema e contexto em que eles ocorrem, isso porque:

*La lotta alla corruzione induce una sorta di processo di evoluzione naturale. Gli organi di controllo, la stessa magistratura, hanno svolto nel corso degli anni '90 una funzione analoga a quella dei predatori in natura, eliminando corrotti e corruttori "meno abili" e inducendo così un miglioramento progressivo della capacità adattiva e predatorie di corrotti e corruttori superstiti nel nuovo ecosistema politico-amministrativo.*⁷

O problema reside no fato de que os agentes da corrupção em regra estão associados a muitas outras pessoas, físicas e

jurídicas, públicas e privadas, e conseguem com isso adaptar-se às ações do poder público para seu enfrentamento, evidenciando, pois, capacidade de aprimoramento constante, utilizando inclusive técnicas e métodos altamente sofisticados para minimizar o controle estatal, como é o caso do chamado Conflito de Interesse, no qual a corrupção toma feições pouco visíveis, pois corruptor e corrompido coincidem na mesma pessoa, isso porque o suborno/propina aqui passa não de uma mão para outra, mas da mão esquerda à direita do servidor público, enquanto representante de dois interesses distintos (o da administração pública e o interesse privado).⁸

E isso ocorre porque "la 'nuova' corruzione presenta un elemento chiave di continuità rispetto a quella 'vecchia', svelata con grande scandalo all'inizio degli anni novanta. E' ancora una corruzione sistemica."⁹ Nessa modalidade de corrupção sistêmica, as escolhas e condutas públicas, a forma de movimentação dos agentes públicos e atores de mercado estão fundadas em papéis pré-determinados, com regras codificadas de procedimento comportamental e negocial, podendo-se dizer que há hoje verdadeiros códigos de postura corruptiva, isso porque as partes envolvidas não podem se fazer conhecer ou se expor indevidamente, além do que é preciso, desde logo, administrar o encobrimento ou desconectar eventual investigação/denúncia dos efetivos autores.

Ou seja, não se trata de um mercado desorganizado, ao contrário, conta com universo estrutural e de gestão próprios, facilitando a identificação de parceiros corruptos e/ou confiáveis, distinguindo claramente os papéis de corruptores e

8 Daí que decorrem movimentos internacionais de regulamentação do tema do conflito de interesse, o que se deu no Brasil também, por meio da edição da Lei nº 12.813, de 16 de maio de 2013.

9 ACQUAROLI, Roberto e FOFFANI, Lucca (a cura di). La corruzione tra privati. Milano: Giuffrè, 2003, p.87. Interessante neste ponto e excelente matéria publicada por CHIUSI, Fabio. Bobbio, Assange e la lotta al "potere invisibile". In <<http://ilnichilista.com/2011/05/07/bobbio-assange-e-la-lotta-al-%C2%ABpotere-invisibile%C2%BB/>>, veiculado em 07 mai 2011, e acessado em 19 mar 2014: La necessità della trasparenza di cui si sono fatti portavoce i movimenti per l'open government, dagli anni 90, e il leaking digitale, a partire da WikiLeaks, è dunque un'istanza caratteristica della nostra era. Che riformula una sfida antica: La vecchia domanda che percorre tutta la storia del pensiero politico: «Chi custodisce i custodi?» oggi si può ripetere con quest'altra formula: «Chi controlla i controllori?». Se non si riuscirà a trovare una risposta adeguata a questa domanda, la democrazia, come avvento del governo visibile, è perduta.

6 No caso italiano, por exemplo: Siamo diventati bravi a convivere con la corruzione, proprio come un ministro delle infrastrutture, pochi anni fa, invocava la necessita di "convivere con la mafia". Alla fin fine c'è una tolleranza sociale molto superiore rispetto agli altri paesi europei: pratichiamo la corruzione in media molto più degli altri, ma la riteniamo un problema pressoché alla pari rispetto agli altri paesi. DE LUTTI, Giuseppe. Storia dei servizi segreti in Italia. Roma: Editori Riuniti, 1995, p.71.

7 SANTINO, Umberto e LA FIURA, Giovanni. L'impresa mafiosa. Dall'Italia agli Stati Uniti. Milano: Franco Angeli, 2000, p.99.

corrompidos, marginalizando e castigando os honestos que não compactuam com os comportamentos corruptivos (tais castigos vão desde tratamento pessoal discriminatório até o exercício físico da violência).

É certo que, por outro lado, há toda uma cultura da corrupção que dificulta mudanças de comportamento por parte da sociedade como um todo. Basta ver recentes notícias sobre tentativas de fraude no mercado por parte de agentes criminosos e falsários a cada 14,8 segundos, de acordo com dados da Serasa Experian.¹⁰ No mês de julho de 2014, foram contabilizados, no Brasil, 180.919 roubos de identidade – operação em que dados pessoais são usados por criminosos para firmar negócios sob falsidade ideológica ou mesmo obter crédito com a intenção de não honrar os pagamentos, além de abrir empresas de fachada para o cometimento de ilícitos.¹¹

O ordenamento regulatório invisível da corrupção sistêmica contribui definitivamente para a violação de contratos, licenças, concessões, aceleração de procedimentos burocráticos da administração pública, informações reservadas ou privilegiadas, ausência de contestação de ilícitos, dentre outros, compondo cenários imensos de ajustes de como se repartem os frutos da corrupção, o que se pode dizer e o que se pode fazer. Assim, quem participa desse jogo de cartas marcadas sabe quais os interlocutores possíveis e permitidos, quais os códigos linguísticos a serem usados, os percentuais e parâmetros de divisão dos lucros e dividendos.

10 Ver a pesquisa informada no site <<http://estadao.br.msn.com/economia/m%C3%AAs-de-julho-registra-uma-tentativa-de-fraude-a-cada-148-segundos>>, acessado em: 27 ago 2014.

11 Entre as principais tentativas de golpe relatadas, estão (a) emissão de cartões de crédito: o golpista solicita um cartão de crédito usando uma identificação falsa ou roubada, deixando a “conta” para a vítima e o prejuízo para o emissor do cartão; (b) financiamento de eletrônicos (varejo): o golpista compra um bem eletrônico (TV, aparelho de som, celular etc.) usando uma identificação falsa ou roubada, deixando a conta para a vítima; (c) compra de celulares com documentos falsos ou roubados; (d) abertura de conta: golpista abre conta em um banco usando uma identificação falsa ou roubada, deixando a “conta” para a vítima. Nesse caso, toda a “cadeia” de produtos oferecidos (cartões, cheques, empréstimos pré-aprovados) potencializa possível prejuízo às vítimas, aos bancos e ao comércio; (e) compra de automóveis: golpista compra o automóvel usando uma identificação falsa ou roubada, deixando a “conta” para a vítima; (f) abertura de empresas: dados roubados também podem ser usados na abertura de empresas, que serviriam de “fachada” para a aplicação de golpes no mercado.

Por essas razões que a gigante norte-americana Apple durante muito tempo resistiu a fornecer informações sobre alguns de seus fornecedores e colaboradores em linhas de produção de seus produtos, eis que mantinha relações estreitas de negócios com países e pessoas potencialmente violadores de direitos fundamentais e garantias de trabalho digno, como os chineses, até o momento em que, inclusive por força de seu Código de Conduta de Fornecedores, teve de prestar informações de quem eram e como trabalhavam¹², conforme dados trazidos pela organização internacional Fair Labor Association (FLA)¹³, que, desde 1999, tem ajudado a melhorar as vidas de milhões de trabalhadores em todo o mundo, a partir do esforço de colaboração de empresas socialmente responsáveis, faculdades e universidades e organizações da sociedade civil, criando soluções duradouras para as práticas abusivas de trabalho, oferecendo ferramentas e recursos para as empresas, treinamento para os trabalhadores da fábrica e gestão, realização de avaliações independentes de condições de trabalho, e advogando para uma maior responsabilização e transparência de empresas, fabricantes, fábricas e outros envolvidos nas cadeias de abastecimento globais.

Como referem Davigo e Mannozi, a corrupção hoje encontra-se

*‘solidamente’ regolata, dove a seconda dei contesti il ruolo di garante del rispetto delle ‘regole del gioco’ è ricoperto da attori diversi, tramite l’impiego di risorse politiche, di reputazione, coercitive o economiche: l’alto dirigente ministeriale oppure il faccendiere ben introdotto, l’assessore, il ‘boss dell’ente pubblico’ o l’imprenditore dai contatti trasversali, il capofamiglia mafioso o il leader politico.*¹⁴

12 In <<http://www.fairlabor.org/sites/default/files/documents/reports/foxconn-investigation-report.pdf>>, acessado em 12 ago 2014. Diz a matéria que: For years, Apple refused to publicly name its Chinese manufacturers, arguing that the information constituted a trade secret, but, after negative publicity, Apple released the names of its suppliers including one supplier that had an alarming number of suicides among its workers.

13 In <<http://www.fairlabor.org/>>, acessado em: 12 ago 2014.

14 DAVIGO, Paolo e MANNOZZI, Giuliani. *La corruzione in Italia. Percezione sociale e controllo penale*. Bari: Laterza, 2007, p.21. Alerta ainda o autor que: Questo è precisamente il ruolo della mafia nella regolazione del mercato della corruzione. Come ha efficacemente sintetizzato il dipendente di una grande impresa del nord, scesa al sud a caccia di appalti: “Il sistema degli appalti funziona in Sicilia esattamente come funziona nel resto d’Italia. Solo che in Sicilia c’è più disciplina. Perché ogni tanto ci scappa il morto, e la disciplina ne è la conseguenza”.

Efeito disso, dentro outros, é o da constituição de uma espécie de Democracia Bloqueada¹⁵, com o exercício inclusive de soberania limitada pelas contingências exógenas e endógenas demarcadas pelo fenômeno da corrupção e dos interesses corporativos mais que públicos, aliás, como bem advertira Norberto Bobbio:

Che la democrazia fosse nata con la prospettiva di fuggire per sempre dalle società umane il potere invisibile per dar vita a un governo le cui azioni avrebbero dovuto essere compiute in pubblico [...] è ben noto. Modello della democrazia moderna fu la democrazia degli antichi, in modo particolare della piccola città di Atene, nei felici momenti in cui il popolo si riuniva nell'agorà e prendeva liberamente, alla luce del sole, le proprie decisioni dopo aver ascoltato gli oratori che illustravano i diversi punti di vista. [...] Una delle ragioni della superiorità della democrazia nei riguardi degli stati assoluti che avevano rivalutato gli arcana imperii, e difendevano con argomenti storici e politici la necessità che le grandi decisioni politiche fossero prese nei gabinetti segreti, lontani dagli sguardi indiscreti del pubblico, è fondata sulla convinzione che il governo democratico potesse finalmente dar vita alla trasparenza del potere, al 'potere senza maschera'.¹⁶

Esses elementos todos evidenciam a natureza complexa e multidisciplinar da corrupção e dos seus protagonistas, em especial as pessoas jurídicas envolvidas, razão pela qual se devem ponderar alguns pressupostos e fundamentos filosóficos e políticos sobre a conveniência de ampliar a responsabilidade dos envolvidos (notadamente as empresas que se encontram no mercado), e topicamente sob a perspectiva penal, já que, em âmbito administrativo e civil, muitos foram os avanços positivos de regulação.¹⁷

15 Feliz expressão de SANTINO Umberto. *La democrazia bloccata. La strage di Portella della Ginestra e l'emarginazione delle sinistre*. Rubbettino: Soveria Mannelli 1997.

16 BOBBIO, Norberto. *Il futuro della democrazia*. Roma: Einaudi, 2005, p. 42.

17 Veja-se a Lei Federal nº 12.846/2013, que trata da responsabilidade administrativa e civil das empresas por atos de corrupção.

Marcos normativos internacionais sobre a responsabilidade empresarial por atos corruptivos

A discussão sobre as possibilidades de enquadramento penal da responsabilidade empresarial no Ocidente é matéria de alta relevância e de pouca convergência doutrinária e jurisprudencial, a despeito de que, normativamente, há profusa legislação internacional – em termos de tratados e convenções tanto internacionais como domésticos em cada país.

Promulgar e fazer cumprir a legislação que trata da responsabilidade corporativa no âmbito de suas ações ilícitas persistem, para Estados-partes das convenções internacionais anticorrupção, como desafios à implementação de redes de prevenção e punição a esse mal. Por sua vez, os casos judiciais que têm surgido no cenário internacional envolvem novas e inéditas situações que indicam que as corporações (empresas do mercado), e suas subsidiárias internacionais, frequentemente atuam como veículos de suborno visando interesses comerciais.

O uso de elaboradas redes financeiras e técnicas de contabilidade para esconder transações ilegais tem se revelado comum também. Para além disso, estruturas corporativas complexas e altamente sofisticadas – sob o ponto de vista jurídico e empresarial –, somadas a negócios e operações globais e descentralizados, com múltiplos profissionais nelas atuando, tornam mais difícil atribuir responsabilidades pelos ilícitos cometidos a pessoas físicas particulares.

Veja-se que, nos termos do art. VIII (que envolve o tema dos subornos internacionais) da Convenção Interamericana contra a Corrupção, de 1997; do art. 2º (versando sobre a responsabilidade das pessoas jurídicas) da Convenção de Combate ao Suborno de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Negociais Internacionais, de 1999; e mesmo do art. 26 (tratando da responsabilidade das pessoas jurídicas) da Convenção contra a Corrupção das Nações Unidas, de 2003, já havia preocupações explícitas de tratamento dessa matéria.

O estabelecimento de efetivo regime de responsabilidade é fundamental na luta contra a corrupção, e a capacidade de se manter esta às empresas por tais atos – e não somente a individual – consigna clara mensagem de que a corrupção não é algo insito à atividade comercial/negocial de mercado.

Por conta disso é que, nos termos dos mecanismos internacionais referidos, de cada Estado-parte tem se requerido que tome medidas necessárias para estabelecer a responsabilidade das pessoas jurídicas por atos de suborno e corrupção, em nível administrativo, civil e penal, isso porque um quadro sólido de responsabilidade corporativa pode também habilitar os Estados a desenvolver instrumentos mais efetivos de enfrentamento das patologias corruptivas, inclusive com cooperação internacional e entre várias instituições de segurança nacionais.

A convenção Interamericana Contra a Corrupção, no art. VIII, reforça a necessidade de os Estados-partes proibir e punir quem quer que esteja envolvido em ações de oferta, direta ou indireta, de subornos (em moeda ou de outra forma, com qualquer tipo de benefício – favores, presentes ou vantagens) à administração pública, sejam nacionais ou estrangeiros, caracterizando a troca ilícita de interesses. Vai mais longe a Convenção ao exigir que os Estados que não tenham tipificado o suborno internacional em suas legislações domésticas devem providenciar assistência e cooperação na investigação e punição dos atos corruptivos ora relacionados.

Já o documento internacional sobre o combate ao suborno de funcionários públicos em transações comerciais internacionais, no art. 2, que trata sobre a responsabilidade das pessoas jurídicas, deixa claro que cada Estado-parte deve tomar todas as medidas necessárias, de acordo com sua legislação doméstica (regras e princípios jurídicos), para incorporá-la.

É curioso que, no anexo da Convenção que trata do guia de boas práticas para implementação dos seus artigos, há expressa referência ao disposto no art. 2º da Convenção Antissuborno da OECD, estabelecendo que a responsabilidade da pessoa jurídica não pode restringir a responsabilidade da pessoa física, eis que ambas podem estar configuradas no mesmo caso, eviden-

ciando a complexidade dessas questões na prática. Diz ainda o documento que é preciso ficar atento aos casos de subornos por intermediários (laranjas, pessoas jurídicas fictícias, etc.), prática muito usual nas relações comerciais ordinárias e de vulto.¹⁸

Em termos de América Latina, vários documentos domésticos foram criados a partir da edição desses marcos internacionais.

No Chile podem-se citar as disposições dos arts. 250 e 251 do Código Penal, revisado a partir exatamente dos documentos internacionais referidos, em especial regulando a responsabilidade penal empresarial por atos de corrupção. Essa legislação é bastante ampla pois determina que as pessoas jurídicas serão responsáveis por atos de corrupção definidos por sua legislação doméstica (em boa parte ratificadora dos tratados e convenções internacionais na espécie) quando direta e imediatamente forem cometidos em favor do interesse ou benefício de seus proprietários, sócios, controladores, diretores, executivos, representantes ou mesmo ao encontro dos interesses dos que conduzem atividades de administração e supervisão da empresa. Esses termos alcançam igualmente os indivíduos que estão sob a direção ou supervisão de quaisquer dos sujeitos mencionados anteriormente.

É claro que, se a empresa provar que adotou todos os mecanismos possíveis de prevenção de comportamentos corruptivos praticados por seus integrantes/representantes, antes do cometimento do ilícito, isso pode lhe dar condição melhor para defesa penal, dispondo tais normas ainda que as pessoas jurídicas não poderão ser responsabilizadas se os seus funcionários cometeram os ilícitos em proveito exclusivamente próprio ou de terceira pessoa.

18 Como diz o documento: Member countries should ensure that, in accordance with Article 1 of the OECD Anti-Bribery Convention, and the principle of functional equivalence in Commentary 2 to the OECD Anti-Bribery Convention, a legal person cannot avoid responsibility by using intermediaries, including related legal persons, to offer, promise or give a bribe to a foreign public official on its behalf. In Corporate Liability for Corruption Offences in Latin America. <http://www.oas.org/juridico/PDFs/enc_compilation.pdf>, acessado em: 10 mar 2015, p. 16. Ver também o site <<http://www.track.unodc.org/LegalLibrary>>.

Mas quais devem ser os requisitos mínimos dos modelos de prevenção à corrupção a serem adotados pelas pessoas jurídicas no caso chileno? Eles precisam identificar de forma clara (nomeação) a pessoa ou pessoas responsáveis pela gestão do modelo de prevenção, assim como as formas operacionais de funcionamento do modelo; identificar a autoridade administrativa máxima da pessoa jurídica, envolvendo sua diretoria, seus parceiros de trabalho, gerentes, os principais executivos com competências de decisão e administração, consoante as disposições formais expostas nos seus estatutos, tendo ainda a administração da empresa de indicar quais as pessoas que operarão como agentes oficiais da prevenção por parte dela.¹⁹

Essa legislação está a induzir os gestores das empresas que providenciem com seus diretores e executivos mecanismos suficientemente eficientes para garantir políticas de prevenção de atos corruptivos, dentre os quais se podem citar (i) meios e recursos necessários para conduzir suas funções específicas, levando em conta a capacidade econômica e de ação das pessoas envolvidas; (ii) formas de acesso direto ao comando da empresa para obter informação sobre eventuais irregularidades por meio de canais apropriados, a partir do que deve implementar meios e planos de cumprimento da missão preventiva, prestando contas regularmente desse processo.

A par disso, é preciso ainda que as empresas se ocupem (i) de identificar as atividades ou processos nos quais operam, habituais ou esporádicos, que podem gerar riscos corruptivos em potencial, gerando para tanto protocolos, regras e procedimentos que permitam às pessoas envolvidas prevenir suas ocorrências; (ii) de criar procedimentos à administração e auditoria dos recursos fiscais e orçamentários ordinária e excepcionalmente utilizados na sua gestão e em seus negócios; (iii) de criar sanções administrativas internas, bem como procedimentos de notificação e responsabilização pecuniária em relação às pessoas que cometeram atos corruptivos, violando os sistemas de prevenção.

Para além disso, é importante que essas obrigações corporativas anticorrupção, bem como as sanções correspondentes, sejam integradas em dispositivos regimentais próprios a serem adotados pelas empresas, vinculando a todos os colaboradores e funcionários, assim como incorporadas expressamente nos respectivos contratos de trabalhos e acordos de prestações de serviços terceirizados, alcançando até os fornecedores habituais e chegando aos mais altos executivos.

Associado a tais mecanismos, importa igualmente contar-se – e no Chile isto está muito presente – com sistema de supervisão e certificação dos comportamentos anticorrupção e corruptivos, com o estabelecimento de métodos para a efetiva aplicação de prevenções à corrupção, bem como para detectar e corrigir falhas no próprio sistema, de acordo com as circunstâncias e particularidades das pessoas jurídicas envolvidas. Em face disso, as empresas podem obter certificação de ter adotado e implementado modelos de prevenção anticorrupção adequados à situação de cada instituição (respeitando o tamanho, escopo de negócios, níveis de rendimentos e complexidade, etc.), o que as qualifica ainda mais no mercado e em negócios públicos, sendo que tais certificados são emitidos, em regra, por empresas de auditoria externa, empresas de classificação de riscos ou mesmo outras entidades credenciadas no órgão de Valores Mobiliários e Superintendência de Seguros chileno.²⁰

A legislação chilena prevê sanções duras às empresas que cometem atos corruptivos, dentre as quais (i) dissolução ou cancelamento de sua personalidade jurídica (penalidade que não deve ser aplicada às empresas que desempenham atividades de serviço público cuja interrupção pode causar consequências sociais e econômicas graves, ou sérios danos à comunidade); (ii) permanente ou temporária proibição de manter contratos com o Estado; (iii) parcial ou total perda de benefícios fiscais, ou proibição absoluta de recebê-los por determinado período

19 BACIGALUPO, Silvana. La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Barcelona: Bosch Casa Editorial, 2002.

20 Nos termos da Lei nº 20.392/2009 do Chile. Ver no site: <<http://www.leychile.cl/Consulta>>, acessado em: 06 abr 2015.

de tempo; (iv) multas que variam de acordo com a intensidade do ato corruptivo praticado e condição da empresa envolvida.²¹

É de se ter presente que a dissolução ou cancelamento da autorização para funcionar das empresas envolvidas em corrupção, enquanto sanção, em verdade afetam a própria personalidade jurídica, imagem, reputação e credibilidade negocial da corporação, com efeitos nefastos e para além da responsabilidade normativa.

A experiência da Colômbia também é interessante no particular, em especial a partir da edição das Leis n° 906/2004 e n° 1.474/2011. Esta última norma, no art. 34, prevê medidas contra empresas que buscam benefícios oriundos de comissões decorrentes de crimes praticados contra a administração pública por intermédio de seus funcionários e diretores.²²

Ainda nos termos do art. 86 do chamado Ato n° 222/1995, a Superintendência de Corporações da Colômbia pode impor multas pesadas às empresas que participam de alguma forma desses atos de corrupção, as quais variam entre 500 e 2.000 salários mínimos locais.

O art. 91 do Código de Processo Penal colombiano, por sua vez, prevê a possibilidade de suspensão e até cancelamento de autorização do funcionamento das empresas envolvidas em corrupção. Isso é tão grave que, a qualquer momento antes da denúncia e investigação judicial do ocorrido, pode o juiz da causa ordenar que as autoridades competentes cancelem ou determinem o fechamento temporário da empresa investigada, existindo fundados motivos no sentido de que ela esteja se valendo de atos corruptivos para continuar auferindo vantagens ou mesmo prejudicando a investigação.

Na República Dominicana, a Lei n° 448/06, que trata do suborno em transações comerciais e investimentos, no art. 4°, disciplina que qualquer pessoa, física ou jurídica, sob sua jurisdição, que intencionalmente oferecer, prometer ou garantir, direta

ou indiretamente, a funcionário da administração pública qualquer objeto ou valor financeiro, ou mesmo qualquer benefício (favor, promessa ou vantagem pessoal) para que esse funcionário realize ou deixe de realizar qualquer ato atinente às suas funções, de maneira que afete negócios ou investimentos internacionais, será condenado por prática de suborno.²³

Já o art. 6° do mesmo diploma legal estabelece que, se o suborno advém de pessoa jurídica, ela deve ser punida com o fechamento ou intervenção por dois a cinco anos, mais multa de duas vezes a recompensa ofertada, prometida ou garantida, sendo que em nenhum caso a multa poderá ser menor do que 75 salários mínimos. Para além disso se impõem as responsabilidades penais dos funcionários ou executivos que praticaram objetivamente os atos punidos.²⁴

No caso de El Salvador, o art. 38 do Código Penal diz que se configura a responsabilidade da empresa quando algum de seus diretores, gerentes ou funcionários tenham agido em nome dela ou de terceiro vinculado à empresa, devendo ainda haver a responsabilidade pessoal do protagonista da ação, pois, em qualquer situação, a pessoa jurídica será considerada responsável ao menos subsidiariamente. Independentemente disso, nos casos de extorsão, suborno e suborno internacional, todos serão conjuntamente responsáveis pelos prejuízos infligidos à administração pública.

Na Guatemala, igualmente as pessoas jurídicas podem ser processadas administrativa e judicialmente por crimes praticados por seus diretores, gerentes, funcionários, agentes, diretores, em qualquer modalidade de participação (direta ou indireta) em atos de corrupção (art. 38, Código Penal), tendo regulado ainda o tema da Corrupção Ativa Transnacional (suborno), dizendo que qualquer pessoa – física ou jurídica – que

23 Ver o Informe de la República Dominicana de seguimiento a la implementación de la Declaración de Guatemala por una Región Libre de Corrupción, no site: <http://www.summit-americas.org/cs/pubs/repdom_part_ciudadana_sp.pdf>, acessado em: 06 abr 2015.

24 Em caso de reincidência, a empresa poderá ser fechada ou sofrer intervenção por período de cinco a dez anos, recebendo multa de quatro vezes o valor da recompensa ofertada para o suborno, sendo que, em qualquer caso, a multa não poderá ser menor que cem vezes o salário mínimo local (§2° do art. 6° da Lei n° 448/06).

21 Nos termos da Lei n° 20.392/2009 do Chile. Ver no site: <<http://www.leychile.cl/Consulta>>, acessado em: 06 abr 2015.

22 Ver no site: <<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=43292>>, acessado em: 06 abr 2015.

ofereça algum tipo de presente, ou mesmo prometa ou alcance qualquer vantagem (financeira ou de outro tipo), direta ou indiretamente, para funcionários públicos de organizações internacionais para que ajam ou se omitam em face de suas funções e competências, para obter ou reter negócios jurídicos, dever ser responsabilizada penalmente entre quatro e dez anos de prisão e pagar multas pesadíssimas.²⁵

Na Jamaica, por sua vez, qualquer cidadão estrangeiro ou corporação que ofereça ou garanta, direta ou indiretamente, a qualquer funcionário público, qualquer artigo ou dinheiro, ou mesmo outro benefício (presente, favor, promessa ou vantagem), em face de negócio ou transação comercial, para os fins de praticar ou omitir ato funcional próprio, comete corrupção, que, para além de penas criminais, contará com sanções civis e administrativas.²⁶

No México, o art. 11 do Código Penal diz que quando um membro ou representante de pessoa jurídica, parceiros comerciais, corporações ou companhias de qualquer tipo, exceto instituições públicas, cometer crime usando os meios que as instituições utilizam para perseguir seus fins, caracterizando que o crime foi cometido em seu nome, ou sob a sua proteção em face de beneficiária-la, o Poder Judiciário tem a autoridade, nos casos especificados em lei, de ordenar a suspensão ou a dissolução daquelas empresas se considerar isso necessário para garantir a segurança pública.²⁷

25 Veja-se que na Guatemala qualquer indivíduo que de alguma maneira colabore ou encoraje, incite, instigue, promova ou conspire para tais atos de corrupção deve ser responsabilizado da mesma forma. Ver o texto de KLITGAARD, Robert. *Controlling Corruption*. Berkeley: University of California Press, 2008.

26 Ver o excelente texto de COLAZINGARI, Silvia & SUSAN, Rose-Ackerman. *Corruption in a Paternalistic Democracy: Lessons from Italy and Latin America*. In Hartford, CT, 12/1995.

27 Ver o texto de CAMÍN, Héctor Aguilar. *Sobre la Corrupción*. In <http://www.milenio.com/tribunamilenio/por_que_hay_tanta_corrupcion_en_mexico/corrupcion-corrupcion_en_Mexico-complicidad_en_la_corrupcion-Hector_Aguilar_Camin_13_364293570.html>, acessado em: 31 mar 2015. Diz o autor que "No todos los mexicanos son corruptos, desde luego, ni mucho menos, pero la corrupción está en todas partes, ha estado siempre entre nosotros. Tenemos una historia larga de tolerancia y complicidad con la corrupción. Durante la Colonia se vendían los puestos públicos y se compraban para enriquecerse. La historia de políticos mexicanos enriquecidos con sus puestos llenaría una pequeña enciclopedia de la picaresca y otra de la infamia".

Ainda, a sua lei federal anticorrupção em contratação pública, de 11/06/2012, no art. 2º, afirma que os objetivos da norma são, dentre outros (i) determinar a responsabilidade de pessoas e companhias, nacionais ou estrangeiras, que participam em contratos públicos, seja qual for a condição de contratante com o poder público; e (ii) apurar a responsabilidade de funcionários públicos que participam desses contratos e que se envolvam em atos corruptivos.

O curioso e interessante na legislação mexicana é o conceito de contratação pública enquanto processo que a norma adota para alcançar o maior número possível de situações potencialmente corruptivas, definindo-a como os atos prévios à contratação propriamente dita; os procedimentos contratuais de formalização dos atos; bem como qualquer outro ato relacionado com os procedimentos envolvendo celebração, execução e cumprimento dos contratos, inclusive pela via da licitação.

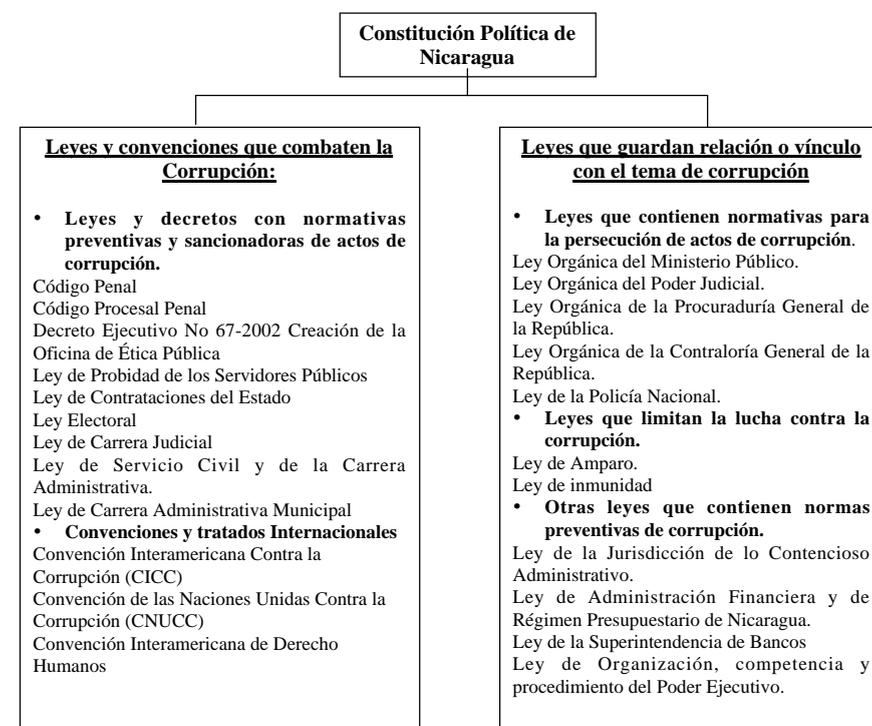
Ao mesmo tempo, no art. 8º, vão se encontrar as espécies de condutas que caracterizam a corrupção para fins de responsabilidade criminal – as quais são muito comuns à configuração das responsabilidades administrativa e civil –, a saber: (i) prometer, ofertar ou doar dinheiro ou qualquer outro presente a servidor público, ou a terceiro determinado por ele, com o propósito de que esse servidor faça ou deixe de fazer dever de ofício para os fins de obter ou manter benefício ou vantagem, independentemente da aceitação ou recepção do dinheiro ou presente ou do resultado pretendido; (ii) nas mesmas penas incorre aquele que faz a oferta da corrupção, por qualquer ato de intervenção nos procedimentos de licitação e contratação pública (e são vários os atos previstos pela norma); (iii) obrigar-se o funcionário público sem ter a competência/atribuição para tanto, para os fins de assinar, conceder, destruir ou entregar documentos ou outras coisas, com a intenção de obter para si mesmo ou para terceiro vantagem ou benefício; (iv) o tráfico ilícito de influência – mesmo que não surta efeitos sob a perspectiva dos interesses envolvidos; (v) alterar ou falsear documentos ou mesmo informações com o objetivo de alcançar benefício ou vantagem.

Ao lado disso há ainda no México as sanções administrativas (art. 27 da Lei Anticorrupção referida), as quais podem consistir, para as corporações em multas altíssimas aos infratores e desqualificação para participação em negócios públicos pelo período não inferior a três meses e não superior a dez anos, sendo que essa desqualificação será aplicada sucessivamente em caso de mais de uma condenação, o que agrava a situação da empresa atingida.²⁸ É claro que a imposição dessas sanções administrativas deverá observar, em termos de gradação, a severidade da infração perpetrada pela empresa, a situação econômica do infrator e os benefícios que pretendeu alcançar ou alcançou com isso²⁹, o grau de participação efetiva da empresa nos atos corruptivos, os meios de execução da corrupção, reincidência em atos de corrupção, dentre outros.

O problema é que o poder de sancionamento administrativo por atos dessa natureza, nos termos do art. 29 da norma mexicana sob comento, tem como prazo de prescrição o de dez anos contados do dia em que os atos foram cometidos, ou do momento em que foram cessados, se contínuos, o que impõe ao gestor público a diligência de estar permanentemente atento ao monitoramento e responsabilização de tais atos.³⁰

Na Nicarágua, por sua vez, o art. 113 do Código Penal disciplina que, quando atos criminosos forem cometidos com o escopo de beneficiar corporações, o Poder Judiciário, após a oitiva das partes envolvidas, poderá impor, existindo razões para tanto e sendo necessário para o caso, algumas sanções imediatas (ou mesmo durante o trâmite processual de investigação desses atos), dentre as quais (i) a intervenção na empresa

para resguardar os direitos dos trabalhadores ou credores tanto quanto necessário, até o máximo de cinco anos; (ii) o fechamento da empresa de forma temporária ou permanente, sendo que o temporário não poderá ultrapassar cinco anos; (iii) a dissolução da empresa, associação ou fundação; (iv) a suspensão das atividades da empresa por período de até cinco anos; (v) a proibição à realização de futuras atividades ou operações comerciais, ou negócios do mesmo tipo daqueles cometidos criminosamente, o que pode ser de forma permanente ou por até cinco anos. Pode-se visualizar um plano nacional mais organizado na Nicarágua para o tratamento da corrupção da seguinte forma:



In <https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a_20080521_76.pdf>, acessado em: 07 abr 2015.

Isso mostra a preocupação evolutiva do país de tratar de forma sistêmica o tema da corrupção, ampliando seguramente os níveis de efetividade no particular. Por outro lado, cumpre observar a advertência de que:

28 Diz a norma: "Cuando en términos de lo previsto por esta Ley, se impongan a una misma persona dos o más inhabilitaciones en diversas contrataciones públicas de carácter federal, dichas inhabilitaciones se aplicarán en forma sucesiva, de manera tal que una vez que se agote el plazo de la primera, comenzará la aplicación de la segunda inhabilitación y así sucesivamente".

29 Advertindo a norma que "Para efectos de lo previsto en esta fracción, se podrá considerar la información de los contratos que el infractor tenga celebrados y estén registrados en CompraNet, o bien, si no se contara con esa información, se podrá considerar el monto del contrato, permiso, concesión o transacción comercial que dé origen al procedimiento administrativo sancionador de que se trate".

30 Essa prescrição resta interrompida com a notificação do início do procedimento administrativo de apuração, ou com a impugnação do ofendido em face desse procedimento, o que acontecer primeiro.

El Estado nicaragüense incorporó en el año 2002, la Ley 419/2002: 'Ley de Reforma y Adición al Código Penal de la República de Nicaragua', esta Ley contiene los siguientes tipos penales: El fraude, el enriquecimiento ilícito, el encubrimiento y el tráfico de influencia; de esta manera, el Estado tutela el desarrollo y el actuar de sus funcionarios públicos y su propio actuar (arto. 131 Cn). Además de los tipos penales antes mencionados, el Pn tipifica en sus artos. 421, 427 y 405 como delitos soborno o cohecho, malversación de caudales públicos, peculado, todos estos contenidos en los instrumentos internacionales anticorrupción.³¹

No Panamá, o art. 51 do Código Penal estabelece que, quando a pessoa jurídica é utilizada ou criada para cometer um crime, ou quando os benefícios decorrentes desses atos, lhe aprover, ela será sancionada com algumas destas penalidades: (a) cancelamento ou suspensão da licença ou registro para atuar no mercado, por tempo não superior a cinco anos; (b) multa não inferior a 5.000,00 balboas, e não mais que duas vezes o valor dos danos provocados ou benefícios auferidos; (c) total ou parcial perda de benefícios públicos; (d) desqualificação para os fins de contratação com o Estado, direta ou indiretamente, por tempo não superior a cinco anos, cumulativamente aplicada com as demais sanções referidas; (e) dissolução da empresa.³²

No Peru, o art. 105 do Código Penal estabelece que os atos praticados por empresas para fins de corrupção poderão ser coitados judicialmente pelas seguintes medidas: (a) encerramento temporário ou permanente de suas instalações ou benefícios públicos, sendo que o primeiro não poderá ser superior a cinco anos; (b) dissolução ou liquidação da pessoa jurídica; (c) suspensão das atividades da empresa por período não maior que dois anos; (d) proibição da empresa de participar de futuras atividades do tipo em que os ilícitos foram praticados, que pode ser temporária, até cinco anos. Ainda estabelece a norma que o juiz da causa poderá determinar a intervenção na empresa com

31 FUNDACIÓN GRUPO CÍVICO ÉTICA Y TRANSPARENCIA (EyT) PROGRAMA TRANSPARENCIA / ANTICORRUPCIÓN. ESTUDIO ANTICORRUPCIÓN DE NICARAGUA. Nicaragua: Manágua, 2006, p. 12.

32 In <https://www.oas.org/juridico/mla/sp/pan/sp_pan-int-text-cp.pdf>, acessado em: 28 abr 2015.

o intento de salvaguardar os direitos dos empregados e credores, pelo período de dois anos.³³

Por certo que, em todos esses países e cenários, há pontos convergentes de resistência à responsabilização penal da empresa, pondo em relevo o questionamento sobre se o Direito Penal é o mais indicado para dar conta desses problemas, tema que passo a abordar.

Qual a função do Direito Penal no enfrentamento da corrupção empresarial?

Qual a função contemporânea do Direito Penal no enfrentamento da corrupção empresarial? Por certo que se afigura impossível esgotar as possibilidades de respostas a essa pergunta neste texto, razão pela qual pretendo tão somente explorar algumas hipóteses de enfrentamento do problema, notadamente com interlocutores que se aproximam de minha compreensão sobre o assunto.

Em termos internacionais, há alguns autores importantes que têm se ocupado desses temas, dentre os quais Claus Roxin, para quem a função do Direito Penal é proteger os bens jurídicos de forma subsidiária e segmentária, estando ligado, portanto, à política criminal. Assim, nem tudo o que é formalmente típico é materialmente típico (princípio da insignificância afeta materialmente a tipicidade).³⁴

33 In <https://www.oas.org/juridico/mla/sp/per/sp_per_cod_pen.pdf>, acessado em: 28 abr 2015.

34 Ver os textos: ROXIN, Claus. Estudos de Direito Penal. Rio de Janeiro: Renovar, 2009; ROXIN, Claus. Derecho Penal. Parte General. Traduzido por Diego-Manuel Peña; Miguel Diaz Conlledo; Javier de Vicente Remansal. Madrid: Civitas, 2008. Ver também o texto de FÖPPEL, Hireche Gamil. A Função da Pena na Visão de Claus Roxin. Rio de Janeiro: Forense, 2013; ROXIN, Claus. Reflexões sobre a problemática da imputação em Direito Penal In: Problemas fundamentais de direito penal. Lisboa: Vega, 1998. Em outro texto, ROXIN, Claus. A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 11, refere o autor que "A questão sobre qual a qualidade que deve ter um comportamento para que seja objeto da punição estatal será sempre um problema central não somente para o legislador, mas, também, para a Ciência do Direito Penal [...] a penalização de um comportamento necessita, em todo o caso, de uma legitimação diferente da simples discricionariedade do legislador".

E por que a função subsidiária do Direito Penal? Porque ele simplesmente proíbe as condutas que possam produzir riscos não permitidos a bens protegidos juridicamente, e, conseqüentemente, imputam ao seu autor a eventual concretização do risco não permitido no resultado típico. Por outro lado, é preciso ter claro que “o Direito Penal deve proteger somente bens jurídicos concretos, e não convicções políticas ou morais, doutrinas religiosas, concepções ideológicas do mundo ou simples sentimentos.”³⁵

Daí a assertiva do autor de que as fronteiras de intervenção do Direito Penal devem ter em conta a sua função social, no sentido de garantir à sociedade uma existência pacífica, livre e socialmente segura, se e somente se tais desideratos não forem alcançados por outras formas e políticas públicas adequadas que afetem em menor medida a liberdade das pessoas. Reside nessa compreensão do Direito Penal a premissa jurídico-racional e liberal da ilustração, no sentido de que “se deve encontrar um equilíbrio entre o poder de intervenção estatal e a liberdade civil, que então garanta a cada um tanto a proteção estatal necessária como também a liberdade individual possível.”³⁶

Roxin acrescentou um conteúdo ao funcionalismo: a reafirmação dos valores da ordem jurídica deve ser feita por razões de política criminal para a reafirmação de valores fundados na dignidade humana. Assim, o núcleo fundamental do sistema formulado por Roxin apresenta-se como a necessidade de que a política criminal possa penetrar na dogmática criminalista. Mas como isso se opera no campo da dogmática penal? (a) Cada categoria do delito – tipicidade, antijuridicidade, culpabilidade – deve ser observada, desenvolvida e sistematizada sob o ângulo de sua função político-criminal; (b) tripartem-se os elementos

35 ROXIN, Claus. A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal. *Op. cit.* p. 12. Mais adiante lembra o autor que: “os simples atentados contra a moral não são suficientes para a justificação de uma norma penal. Sempre que eles não diminuem a liberdade e a segurança de alguém, não lesionam um bem jurídico” (p. 21). E mais à frente: “as regulações de tabus tampouco são bens jurídicos, e por isso não devem ser protegidas através do Direito Penal. Trago à colação somente o exemplo provocador do incesto, que está sancionado com pena no Direito alemão e com frequência em nível internacional apesar de não ser tão claro quais são os danos que surgem quando, por exemplo, irmão e irmã, como adultos e de comum acordo, têm relações sexuais entre si” (p. 25).

36 *Ibidem*, p. 17.

do crime em tipo (Tatbestand), injusto (Unrecht) e responsabilidade (Verantwortlichkeit), cuja definição e conceituação têm por referencial uma finalidade político-criminal: se o tipo é a ação valorada do ponto de vista da necessidade abstrata de pena, o injusto é todo comportamento a que deve ser cominada uma pena por razões ligadas à proteção de bens jurídicos, enquanto a responsabilidade é a prevenção limitada pela culpabilidade.³⁷

Veja-se que a culpabilidade para Roxin é limite da pena, e não um elemento do crime, constituindo, pois, um princípio limitativo da responsabilidade penal. O conceito de culpabilidade como fundamento da pena não pode mais existir, devendo servir como mero limitador da repressão penal, que deve sempre ter por fundamento a prevenção.

O domínio do fato como critério de imputação objetiva, o Princípio da Intervenção Mínima como norteador do conceito de ação e a culpabilidade como limite da pena consolidam a ideia da subsidiariedade e da individualização da sanção penal – o que afasta o autor, pois, da aceitabilidade tranquila de responsabilidade penal da empresa.³⁸ O grau de ofensa ao bem jurídico determina até que ponto há legitimidade na intervenção punitiva, reafirmando o Direito Penal como última *ratio* de controle dos fatos sociais.

O problema é que é possível que as decisões político-criminais do legislador nem sempre respeitem as garantias fundamentais do Direito Penal no Estado Democrático de Direito, o que evidencia o fato de que a política criminal depende de cada modelo de Estado. Por isso as críticas comumente direcionadas a essa corrente, já que a ciência do Direito Penal não pode presumir que todas as decisões político-criminais são ade-

37 In ROXIN, Claus. Reflexões sobre a construção sistemática do direito penal. *Revista brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 82, a. 18, p. 24-47, jan./fev. 2010, p. 43.

38 Apesar de o autor referir expressamente que: “o Estado deve garantir, com os instrumentos jurídico-penais, não somente as condições necessárias para uma coexistência semelhante (isto é, a proteção da vida e do corpo, da liberdade de atuação voluntária, da propriedade, etc.), mas também as instituições estatais adequadas para este fim (uma administração de justiça eficiente, um sistema monetário e de impostos saudáveis, uma administração livre de corrupção, etc.), sempre e quando isto não se possa alcançar de outra forma melhor.” Grifo meu. ROXIN, Claus. A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal. *Op. cit.*, p. 19.

quadas e orientadas pelos direitos humanos e pelas liberdades invioláveis.

Por outro lado, é inexorável reconhecer, como quer Hassemer, que o Direito Penal contemporâneo está marcado pela transição entre um direito de princípios e valores, vinculado à ordem constitucional, para um Direito que tem natureza e estrato político destacado, em especial em determinados campos sociais sensíveis às mudanças transnacionais de alta complexidade, como é o econômico, financeiro, ambiental, da saúde pública e segurança do Estado.³⁹

Nessa perspectiva se avolumam as interconexões que os diversos e distintos âmbitos jurídicos realizam entre si, criando sinergias de maturação e transformação dos seus objetos e fins, o que se evidencia, por exemplo, nas estreitas relações que o Direito Penal Econômico e da Função Pública mantém com o Direito Administrativo Sancionador, autorizando a pensar-se outra via de enfrentamentos dos ilícitos (cíveis, administrativos e criminais) praticados no particular, como a do chamado Direito de Intervenção proposto por Hassemer.⁴⁰

Quero aprofundar um pouco essa reflexão do autor alemão.

É notório que algumas sanções impostas pelo Direito Administrativo no mundo ocidental têm incisividade e impacto igual ou maior que o do Direito Penal, basta avaliar o funcionamento de agências reguladoras de serviços públicos e ações de mercado, com poderes de regulamentação, fiscalização e punição altíssimos. Em verdade tal tendência encontra fundamento também na preocupação de protegerem-se cada vez mais e com mais eficácia bens jurídicos coletivos e difusos, além dos individuais, o que provoca, inexoravelmente, transformações endógenas no Direito Penal, demandando novas formulações de categorias tradicionais da teoria do delito, como as de autoria e participação, omissão, extensão das regras de imputação,

39 Ver o texto de HASSEMER, Winfried. *La insostenible situación del Derecho Penal*. Instituto de Ciencias Penales de Frankfurt. Universidad Pompeu Fabra. Granada: Comares, 2000.

40 Ver o excelente texto de OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de. *Hassemer e o Direito Penal Brasileiro: direito de intervenção, sanção penal e administrativa*. São Paulo: IBCCrim, 2013.

o que implica esgarçamento de alcance da responsabilidade de sujeitos puníveis.⁴¹

Daí porque alguns penalistas insistem com a ideia de que é função do Direito Penal estar compromissado com as gerações do presente e do futuro – Schünemann –, pois há determinados tipos de novas criminalidades que estão a atingir esses direitos, mas isso não significa expansionismo desse ramo do Direito, asseverando o autor que:

Há razões convincentes para não punir a pessoa jurídica. A punição viola o princípio da culpabilidade, porque ela acaba atingindo terceiros, especialmente os acionistas, que não praticaram delito algum. Ela também se mostra de todo ineficaz para prevenir delitos, porque ela não afeta aqueles que tomam as decisões de cometer delitos dentro de uma empresa, e sim a própria empresa (e os acionistas). Defendo, portanto, que a solução não é a pena, e sim uma medida de segurança, que chamei de 'curatela empresarial' (Unternehmenskuratel): a empresa cujos gerentes cometem delitos deve ser submetida a um curador público, ou seja, a uma figura similar ao síndico de falências, cuja atribuição será cuidar de que a empresa não possa continuar a servir de instrumento para violações da lei penal.⁴²

É claro que há condutas praticadas por pessoas jurídicas que têm alto potencial ofensivo a bens jurídicos transindividuais e que envolvem interesses públicos indisponíveis como a vida humana, a sustentabilidade ambiental, a ordem econômica, os interesses de consumidores, etc. E há que se avaliar quais os

41 Ou seja, o próprio Direito Administrativo Sancionador toma emprestadas formulações do Direito Penal para operar com seus conceitos e âmbitos de responsabilização. Ver o texto de SANCHÉZ, Jesús María Silva. *La expansión del Derecho Penal*. Buenos Aires: B. de F., 2008.

42 SCHÜNEMANN, Bernd. Entrevista do autor no site <http://www.ibccrim.org.br/revista_liberdades_artigo/50-ENTREVISTA>, acessado em: 08 jul 2014. Ver também o livro *Estudos de Direito Penal, Direito Processual Penal e Filosofia do Direito - Col. Dir. Penal & Criminologia*. Madrid: Marcial Pons, 2013. Na mesma entrevista o autor alemão sustenta que: "Os bens jurídicos coletivos merecem, definitivamente, ser protegidos pelo direito penal. O meio ambiente, pressuposto da existência de toda a vida na Terra, é dentre todos os bens jurídicos, a rigor, o mais fundamental, de modo que a sua destruição constitui nada menos do que o protótipo de crime. E mais adiante: Já a nova crise econômica que começa a delinear-se e que se manifesta especialmente na Grécia tem por objeto, sim, bens coletivos, a saber, a integridade da moeda. Essa crise é causada, principalmente, por especulações contra o Euro, cujo caráter criminoso é manifesto. Acabo de defender, num trabalho que está por ser publicado, que essas condutas especulativas que colocam em risco a própria União Européia podem ser subsumidas sob o tipo penal da sabotagem contrária à constituição (verfassungsfeindliche Sabotage, § 88 StGB)".

melhores e mais eficientes instrumentos de gestão para esses campos com juízos de valor que levem em consideração a importância de outros direitos fundamentais históricos atinentes a liberdade e igualdade constitucionalmente garantidos, que fez com que o Direito Penal se localize como última *ratio* dos sistemas normativos de organização social – e mais ainda, como quer Hassemer, funcionando aqueles direitos como obstáculo mesmo à eficiência do Direito Penal.⁴³

Já para Günter Jakobs, o Direito Penal tem como função essencial a reafirmação da norma, apresentando-se o delito como transgressão da norma que viola as expectativas funcionais.⁴⁴ Assim é que o Direito Penal foi e é um reafirmador do modelo penal adotado em cada período histórico (reafirmou os valores do nazismo porque esse era o modelo, a ordem jurídica imposta; serviu aos valores da Rússia comunista, etc.). E mais, teórica e praticamente foi e tem sido utilizado para reafirmar os valores da sociedade vigente. Agora, esses valores podem ser maus ou bons; positivos ou negativos; razão pela qual chama a atenção que não basta para um Estado verdadeiramente humanista e democrático se autointitular Estado Democrático de Direito.

Nesse norte, a conduta é provocação de resultado evitável, violadora do sistema, frustrando a expectativa normativa. O delito, na concepção de Jakobs, identifica-se pela quebra de expectativa normativa, atentando contra a segurança da sociedade; ele evidencia a falta de fidelidade com o Direito, colocando em risco a validade da norma e, por conseguinte, a confiança que transmite ao cidadão (confiança social). A pena, então, passaria a ter a função de reafirmar o sistema normativo violado. No particular, “do conjunto de relações causais que cabe constatar em qualquer contato que produza um dano, seleciona-se uma determinada face que se define como risco determinante, que compete a um ou a vários dos intervenientes, ou que a ví-

43 HASSEMER, Winfried. *Processo Penal de Direitos Fundamentais*. In *Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais*. Lisboa: Almedina, 2004.

44 Ver o texto JAKOBS, Günter. *A imputação objetiva do Direito Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. Ver também JAKOBS, Günter e MELIÁ, Manuel Cancio. *Derecho Penal del Enemigo*. Madrid: Thomson/Civitas, 2006.

tima deve suportar a título de fatalidade ou acidente.”⁴⁵ E isso porque:

No marco de toda imputação, incluindo a jurídico-penal, vincula-se um resultado que ocorre no mundo dos acontecimentos e um destinatário da imputação, de tal modo que o destinatário aparece como aquele a quem pertence o resultado (ou que lhe tenha dado causa); é ele quem o criou ou permitiu que tivesse lugar, tanto para o bem, no marco da imputação a título de algo meritório, como para o mal, na imputação a título de reprovação.⁴⁶

Está na base dessa reflexão de Jakobs a tese – que vai além do causalismo e finalismo – sobre o fato de que sempre o resultado de qualquer conduta ilícita também é causado por um círculo incalculável de pessoas, atos e fatos, incluindo a própria vítima, sendo quem o causou de modo adequado à configuração típica (no caso criminal) – por dolo ou culpa – são bem menos pessoas, mas que ainda podem superar o número de destinatários idôneos da imputação.

O que se poderia questionar a Jakobs é se a norma deve ser obedecida mesmo que esteja errada sob o ponto de vista de sua legitimidade democrática ou dos valores fundantes da própria sociedade (notadamente os constitucionalizados). Em outras palavras, o fim da pena não é que se faça justiça, nem que o ofendido seja vingado ou corrigido, mas é o restabelecimento da ordem social abalada? A teoria da prevenção geral positiva não poderia, nessa acepção, estar contribuindo para a justificação tanto de ordenamentos jurídicos que respeitam as garantias próprias do Estado de Direito como de regimes injustos ou autoritários?⁴⁷ Apenas registro essas questões porque elas compõem o cenário do debate desses temas, evidenciando inexistirem convergências fáceis em torno de tais teses – uma vez que não tenho espaço para desenvolver mais o debate nos limites deste texto.

45 JAKOBS, Günter. *A imputação objetiva do Direito Penal*. *Op. cit.* p. 17.

46 *Ibidem*, p. 18.

47 Ver o texto MELIÁ, Manuel Cancio; GONZÁLEZ, Carlos Suárez; RAMOS, Enrique Peñaranda. *Un nuevo sistema del Derecho Penal. Consideraciones sobre la Teoría de la Imputación de Günther Jakobs*. Buenos Aires: Editora Ad-Hoc, 1999.

De qualquer sorte, o Direito Penal, para o autor, obtém legitimação material da necessidade de garantir a vigência das expectativas essenciais (aquelas de que depende a própria configuração ou identidade da sociedade) frente àquelas condutas que expressam uma máxima de comportamento incompatível com a norma correspondente, e colocam nesta o parâmetro geral de orientação das relações sociais.

Ou seja, se a função da pena estatal é garantir expectativas sociais essenciais, isso significa produzir prevenção geral por meio do exercício do reconhecimento da norma. A pena serve para confirmar a confiança da sociedade na vigência das normas, apesar de sua ocasional infração (exercício de confiança da norma). Sob essa perspectiva, Jakobs releva cada vez mais o significado social da vigência das normas e seu rompimento em face da relação interna e finalística entre autor do delito e a norma. O injusto não pode consistir, aqui, em mero acontecimento íntimo entre autor e norma infringida, pois restaria divorciado do sentido que a vítima e a sociedade lhe dão (significado social). Ou seja, não se trata tanto a tarefa do Direito Penal de dirigir ou regular imediatamente condutas sociais, mas sim de estabelecer e estabilizar no tecido social redes de expectativas recíprocas de comportamento fundamentadas na norma vigente!⁴⁸ Nas suas palavras:

Formulando de modo mais geral: as garantias normativas que o Direito estabelece não têm como conteúdo que todos tentem evitar todos os danos possíveis – se assim fosse, produzir-se-ia uma paralisação imediata da vida social. Por isso é que se atribuem a determinadas pessoas – e não a todas as pessoas – que ocupam determinadas posições no contexto de interação, determinados encargos. É dizer, asseguram padrões pessoais, papéis que devem ser cumpridos. Deste modo, possibilitam uma orientação com base

48 Mas e se a norma vigente for injusta? Caduca ou deslegitimada materialmente? Ex.: Vadiagem como contravenção no caso brasileiro - Art. 59. Entregar-se alguém habitualmente à ociosidade, sendo válido para o trabalho, sem ter renda que lhe assegure meios bastantes de subsistência, ou prover à própria subsistência mediante ocupação ilícita: Pena – prisão simples, de quinze dias a três meses. (Decreto Lei nº 3.688, de 03/10/1941). Por outro lado, se, como pretende Jakobs, a função do Direito Penal fosse somente a confirmação da confiança nas normas, por que se faz necessária a imposição de uma pena, se esta não busca a intimidação, mas só evitar possíveis dúvidas acerca da vigência da norma infringida? Não há outros meios para isto?

em padrões gerais, sem necessidade de conhecer as características individuais da pessoa que atua.⁴⁹

Mas essa rede de expectativas recíprocas que o sistema jurídico cria – notadamente o penal em sua face individual – é garante absoluto de ausência de tensões e riscos sociais e individuais tendo em conta as inter-relações que as pessoas mantêm entre si no cotidiano de suas vidas? Não! Isso porque é ficcional a pretensão de afastar peremptoriamente o risco do conflito – sempre haverá riscos residuais, ora não alcançados pelo ordenamento jurídico, ora decorrentes de novas espécies de comportamentos dos sujeitos sociais. Daí a tese de Jakobs no sentido de que “a proibição de qualquer colocação em perigo, de qualquer índole que seja, tornaria impossível a realização de qualquer comportamento social, incluindo também os comportamentos de salvação.”⁵⁰ Assim, não se pode esperar que as pessoas evitem qualquer tipo de comportamento consequencial, mas se espera – pela via do médium do Direito –, isto sim, que evitem comportamentos que infrinjam determinados deveres de cuidado.

Daí que, por meio do estabelecimento normativo da proibição da colocação em perigo – até abstratamente –, determinados comportamentos ficam excluídos do âmbito do socialmente adequado e se definem como perturbações da vida social, e isso ocorre em face da simples realização de um com-

49 JAKOBS, Günter. A imputação objetiva do Direito Penal. *Op. cit.*, p. 19. Então qual é o alvo da imputação objetiva de Jakobs? “Imputam-se os desvios a respeito daquelas expectativas que se referem ao portador de um papel. Não são decisivas as capacidades de quem atua, mas as capacidades do portador de um papel, referindo-se à denominação papel a um sistema de posições definidas de modo normativo, ocupado por indivíduos intercambiáveis; trata-se, portanto, de uma instituição que se orienta com base em pessoas. *Ibidem*, p. 20. Grifos do autor. Em seguida assevera o autor que “os limites dos papéis funcionam, por seu turno, como limites da responsabilidade” (p. 24).

50 *Ibidem*, p. 25. Aprofunda essa tese o autor ao referir que: “Posto que uma sociedade sem riscos não é possível e que ninguém se propõe seriamente a renunciar à sociedade, uma garantia normativa que implique a total ausência de riscos não é factível; pelo contrário, o risco inerente à configuração social deve ser irremediavelmente tolerado como risco permitido.” *Ibidem*, p. 36. E mais – o que é importante para se ter claro os pressupostos filosóficos do autor –, O risco permitido não resolve uma colisão de bens, mas estabelece o que são hipóteses normais de interação, já que a sociedade – cujo estado normal é o que interessa aqui – não é um mecanismo para obter a proteção de bens, mas um contexto de interação. *Ibidem*, últimos grifos meus.

portamento assim configurado que cria um risco não permitido, sem ter em conta o resultado que produz.⁵¹

O que quero dizer é que, independentemente de ser ou não o Direito Penal o veículo mais importante e eficaz para o combate à corrupção – e tenho que efetivamente não o é –, resta incontroverso que o sistema jurídico, no mínimo ocidental, o elegera também como uma forma de enfrentamento dessa patologia, e o fez e faz com normas jurídicas de progressiva ampliação de alcance dos protagonistas que se envolvem nisso, haja vista os níveis de complexidade alcançados por redes e associações criminosas em tal direção. É dessa normatividade que fala Jakobs, e o faz bem, exigindo que se reforcem e ratifiquem prevenções gerais contra a concretização de riscos a bens jurídicos não desejados pela comunidade política e demarcados pela ordem jurídica.

De qualquer sorte, filiando-me à reflexão de José Luis Guzmán Dalbora, quero trazer um elemento à colação para o deslinde dessa questão envolvendo o papel do Direito Penal no enfrentamento da corrupção empresarial, a saber, o que envolve a natureza das pessoas jurídicas e coletivas em geral, com a concepção subjacente aos fins para os quais elas existem.⁵²

A pessoa jurídica – tal qual a pessoa física – é um sujeito de direito, ora entendido como “el ser que un Derecho historicamente dado considera como fin en sí mismo.”⁵³ Ou seja, as existências pré-jurídicas dos seres naturais e das corporações constituem fatos reconhecidos pelo sistema normativo como realidades antepostas ao Direito, e por este regulado no que interessa à vida social. Exemplos escancarados disso, contemporaneamente, são as sociedades empresariais de fato e as uniões afetivas de fato, ambas impondo ao Direito regulação *a posteriori*, sendo que muitas dimensões desses fatos ainda estão a descoberto por ele, dimensões essas que podem, inclu-

51 JAKOBS, Günter. A imputação objetiva do Direito Penal. p. 41.

52 DALBORA, José Luis Guzmán. Filosofía y política de la atribución de responsabilidad penal a las personas jurídicas. In MIR PUIG, Santiago, BIDASOLO, Mirentxu Corcoy e MARTÍN, Víctor Gómez. Responsabilidad de la Empresa y Compliance. Buenos Aires: IBDf, 2014, p. 20 e seguintes.

53 Conforme a definição de RADBRUCH, Gustav. Filosofía del Derecho. Madrid: Marcial Pons, 2000, p. 82.

sive, gerar efeitos jurídicos tais como as responsabilidades das empresas de fato em decorrência do cometimento de ilícitos corruptivos praticados (matéria regulada pela lei brasileira nº 12.846/2013, em especial no art. 1º, §único, dizendo que tal norma se aplica às sociedades empresárias e às sociedades simples, personificadas ou não, independentemente da forma de organização ou modelo societário adotado, bem como a quaisquer fundações, associações de entidades ou pessoas, ou sociedades estrangeiras, que tenham sede, filial ou representação no território brasileiro, constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente).

A suposição que há na formatação, pois, da pessoa jurídica, é a de que existe um fim supraindividual em torno do qual sujeitos de direito se associam com vistas a sua execução; ou seja, há nesse sujeito de direito coletivo uma unidade teleológica coincidente com o desejo e a intenção racional (volitiva e cognoscitiva) dos sujeitos de direito que perseguem o mesmo objeto e fim. Por isso, a supraindividualidade legal das pessoas jurídicas é uma ficção controlada normativamente, como quer a teoria liberal do Direito desde Savigny.⁵⁴

Considerações finais

Por todas as razões vistas até aqui, têm-se criado internacionalmente instrumentos normativos de combate a esse nível de corrupção e fundamentalmente daquela que alcança o mercado e a iniciativa privada, impondo-se novas perspectivas, por exemplo, e também, do tema que envolve as diversas modalidades de responsabilidade (civil, administrativa e criminal) da pessoa jurídica, e isso, na experiência inglesa, desde 1600 (o que não se aplica, é certo, ao resto da Europa no mesmo período).⁵⁵

54 DALBORA, José Luis Guzmán. Filosofía y política de la atribución de responsabilidad penal a las personas jurídicas. Op.cit., p.24.

55 KHANNA, V. S. Corporate Crime Legislation: A Political Economy Analysis. Michigan University Review, nº 03-012, 2003. In <<http://papers.ssm.com/sol3/papers.cfm?abstract=>>, acessado em 26 ago 2014.

Nesse sentido, a tradição norte-americana tem insistido com a tese de que a pessoa jurídica responde pelos atos de seus agentes, independentemente de que estes tenham agido contra os interesses da empresa, ou mesmo em parte desses. Pode-se dizer que a teoria que prestigia essa perspectiva opera com lógica simples e evidente, a saber, a empresa, sendo meramente uma pessoa jurídica, portanto, uma forma jurídica materializada pelo seu patrimônio e proprietários, só pode agir por intermédio de seus agentes, os quais por ela também são responsabilizados. Mas, por outro lado, a simples aplicação do princípio da responsabilidade indireta da empresa pode ter efeitos de longo alcance, daí o cuidado que a matéria demanda, notadamente em âmbito penal.⁵⁶

Várias cortes de justiça no Ocidente têm aplicado a responsabilidade penal da pessoa jurídica (empresa) para vários efeitos, desde envolvendo questões ambientais, passando por questões fiscais e tributárias, chegando mais recentemente às questões da corrupção. Nesse sentido, nos EUA há já forte tradição do Judiciário de reconhecer a responsabilidade indireta das empresas por atos praticados por seus agentes, inclusive quando estes atuam contrariamente aos interesses da empresa.⁵⁷ É verdade que muito dessa tradição norte-americana foi se desenvolvendo no âmbito das leis *anti-trusts*, generalizando-se para outros contextos igualmente sensíveis em termos econômicos e sociais.

Veja-se que a exigência de que à configuração da responsabilidade penal das empresas os atos dos seus agentes que deram causa ao ilícito apurado devam gerar benefícios a estas

foi igualmente flexibilizada ao longo do tempo, pela via da interpretação permissiva, no sentido de que “is not necessary that the employee be primarily concerned with benefiting the corporation, because courts recognize that many employees act primarily for their own personal gain.”⁵⁸ Nessa direção foi o julgamento de *Continental Baking Co. v. United States*, na Sexta Corte de Apelação dos EUA, impondo a responsabilidade penal à pessoa jurídica sob o argumento de que a “Corporation which employs an agent in a responsible position cannot say that the man was only ‘authorized’ to act legally and the corporation will not answer for his violations of law which inure to the corporation’s benefit.”⁵⁹

O seja, a responsabilidade aqui se dirige às empresas mesmo que estas não tenham de fato autorizado seus funcionários à prática de algum ato em desconformidade com a legislação vigente, notadamente naquelas situações em que os terceiros envolvidos – e prejudicados – agiram com base na confiança e acreditando que tais agentes representavam as pessoas jurídicas conseqüências.⁶⁰

Por outro lado, tem-se reconhecido também que, por conta dos graves e por vezes fatais efeitos de investigações de empresas por crimes praticados – gerando o que os americanos chamam de “devastating consequences for a corporation and risks the market imposing what is in effect a corporate death penalty or at the very least a significant drop in stock price”⁶¹ –, todas as investigações e acusações nesse âmbito precisam estar

58 Ver o texto de HANN, Hyewan & WAGNER, Nelson. Twentieth Survey of White-Collar Crime: Corporate Criminal Liability. In *Criminal Law Review*, vol.337, 342-43 (2007), citando ainda como exemplos as decisões: *Cox v. Adm’r U.S. Steel & Carnegie*, 17 F.3d 1386, 1404 (11th Cir. 1994); *United States v. Automated Med. Labs., Inc.*, 770 F.2d 399, 407 (4th Cir. 1985); e *United States v. Bainbridge Mgmt., L.P.*, Nos. 01 CR 469-1, 01 CR 469-6, 2002 WL 31006135 at 4 (N.D. Ill. Sept. 5, 2002).

59 In <<http://openjurist.org/281/f2d/137>>, acessado em: 26 ago 2014. No mesmo sentido ver a antiga decisão nº711 F.2d 570, 572 (4th Cir. 1983), sustentando que: a corporation may be held criminally responsible for antitrust violations committed by its employees if they were acting within the scope of their authority or apparent authority and for the benefit of the corporation, even if... such acts were against the corporate policy or express instructions. Ver também a interessante decisão no processo *United States v. Twentieth Century Fox Film Corp.*, 882 F.2d 656, 660 (2d Cir. 1989).

60 Ver o caso *Meyers v. Bennett Law Offices*, 238 F.3d 1068, 1073 (9th Cir. 2001), justamente sustentando existir responsabilidade penal da pessoa jurídica com fundamento da teoria da autoridade aparente sob os olhos do terceiro de boa-fé. Da mesma forma a decisão *United States v. Inv. Enters., Inc.*, 10 F.3d 263, 266 (5th Cir. 1993), oportunidade em que se decidiu que: [A] corporation is criminally liable for the unlawful acts of its agents, provided that the conduct is within the scope of the agent’s authority, whether actual or apparent.

61 THORNTON, John. *Criminal Liability of Organisations*. In <<http://isrlc.org/>>, acessado em: 09 jun 2014, p. 06.

56 In accordance with traditional agency law principles, the scope of employment is the agent’s apparent, not actual, authority within the corporation. In Joel M. Androphy et al., *General Corporate Criminal Liability*, 60 TEX. B.J. 121, 121-22 (1997).

57 Ver o caso *Hellenic, Inc.*, 252 F.3d 391, 395 (5th Cir. 2001), ao sustentar que: An agent’s knowledge is imputed to the corporation where the agent is acting within the scope of his authority and where the knowledge relates to matters within the scope of that authority. No mesmo sentido, ver *United States v. 7326 Highway 45 N.*, 965 F.2d 311, 316 (7th Cir. 1992), asseverando que: holding agent’s culpability and knowledge may only be imputed to the corporation where agent was acting as authorized and motivated at least in part by an “intent to benefit the corporation”. No mesmo sentido *United States v. Cincotta*, 689 F.2d 238, 241-42 (1st Cir. 1982), e *United States v. Basic Construction Co.*, 711 F.2d 570, 573 (4th Cir. 1983), dizendo que: corporation may be held criminally responsible for antitrust violations committed by its employees . . . even if, as in *Hilton Hotels and American Radiator*, such acts were against corporate policy or express instructions. Da mesma forma *United States v. Hilton Hotels Corp.*, 467 F.2d 1000, 1004-07 (9th Cir. 1972), e *United States v. Am. Radiator & Standard Sanitary Corp.*, 433 F.2d 174, 204-05 (3d Cir. 1970).

ancoradas em provas e elementos de substancial verossimilhança, caso contrário, o Estado poderá responder sujeitando-se a severas sanções pecuniárias indenizatórias e de ressarcimento de lucros cessantes e perdas e danos.

De qualquer sorte, por mais cálculos de vantagens e desvantagens que as empresas façam sobre se ajustarem às regras lícitas do mercado e mesmo contribuírem com investigações e processos administrativos e judiciais para apurar responsabilidades civis e penais das pessoas jurídicas que não atuam corretamente, a verdade é que o risco de exposição nacional e internacional (contando para tanto com as redes sociais e a comunicação virtual de modo geral) é muito grande, com todas as consequências econômicas e políticas daí decorrentes. Por tais razões é que se tem proposto novas formas de abordagens dessa responsabilidade, exigindo que ao menos haja elementos indiciários efetivos por parte das empresas, evidenciando o Estado que essas não comprovaram, em face de comportamentos ilícitos de seus agentes, contarem com programas de *compliance* eficientes para detectar e prevenir condutas ilícitas/criminosas em seus quadros.⁶²

É de se lembrar que companhias como a Enron e World-Com, em face dos escândalos em que se envolveram a partir de atos ilícitos praticados por seus gestores, não foram capazes de demonstrar às autoridades (principalmente norte-americanas) que tinham condições ou se esforçaram para aplicar medidas de *compliance* a fim de prevenir o ocorrido, o que gerou a incrementação da perspectiva da responsabilidade penal pelos resultados dos crimes praticados envolvendo os funcionários daquelas pessoas jurídicas.

Diferentemente ocorreu em relação aos casos do Citigroup e JPMorgan Chase, nos quais as denúncias e o processamento delas envolvendo atos ilícitos por parte de funcionários conta-

62 Tais motivos levam Mike Koehler a dizer que: The key to greater deterrence of illegal behavior is to increase incentives for investigating and decreasing a corporation's ability to claim a lack of knowledge of the illegal conduct. KOEHLER, Mike. Revisiting a Foreign Corrupt Practices Act Compliance Defense. In Wisconsin Law Review, vol. 609, Southern Illinois University School of Law, 10/01/2012. In <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1982656>, acessado em: 12 ago 2014, p.29.

ram com acordos de ajustamento de condutas que contribuíram na elucidação do ocorrido.

J.P. Morgan, Citigroup Reach Settlement in the Enron Case The Financial Institutions Agree To Pay \$305 Million Combined

Ending 19 months of intense regulatory scrutiny, Citigroup Inc. and J.P. Morgan Chase JPM & Co. agreed to pay a total of \$305 million to settle actions related to loans and trades made with Enron Corp. and Dynegy Inc., DYN and to overhaul the way they vet their most complex financial deals.

The Securities and Exchange Commission said both banks agreed to the payments and the changes in the way they do business after 'helping to commit a fraud' on Enron's shareholders, according to Stephen M. Cutler, the SEC's enforcement chief. Regulators said the settlement involves \$8.3 billion in loans improperly accounted for by Enron. Neither bank admitted any wrongdoing.

*Under related settlement agreements with the Manhattan district attorney's office, the Federal Reserve Bank of New York, the Office of the Comptroller of the Currency and the New York State Banking Department, Citigroup and J.P. Morgan agreed to overhaul risk-management procedures, particularly their handling of the most-complicated transactions that were at the heart of the banks' Enron dealings.*⁶³

Como diz Jennifer Arlen, as políticas de acordos extrajudiciais ou mesmo judiciais pela via da delação premiada têm contribuído efetivamente para a apuração dos crimes praticados por empresas e na investigação sobre as responsabilidades respectivas, refletindo a preocupação do Estado de alcançar de maneira mais eficiente aqueles que praticam corrupção, inclusive com multas e sanções de alta monta (US\$ 305 milhões acima indicados).⁶⁴

Importante ter presente que essas responsabilidades penais que o Estado tem imposto às pessoas jurídicas culpadas de atos descritos nas normas que tratam da matéria auxiliam em

63 The Wall Street Journal. J.P. Morgan, Citigroup Reach Settlement in the Enron Case. MITCHELL PACCILLE and LAURIE P. COHEN Staff Reporters of THE WALL STREET JOURNAL - Updated July 29, 2003 8:41 a.m. ET, In <<http://online.wsj.com/news/articles/SB105940992831608200>>, acessado em: 10 jun 2014.

64 ARLEN, Jennifer and CARNEY, William. Vicarious Liability for Fraud on Securities Markets: Theory and Evidence. In University of Illinois Law Review, vol. 691. Illinois, 1992, p. 45.

muito para aprofundar e equilibrar a aplicação concreta dos seus termos aos casos concretos – todos diferentes uns dos outros.

A experiência norte-americana com o caso Enron demonstrou as dificuldades que investigações dessa natureza e envolvendo pessoas jurídicas (e físicas) com altíssimo poder no mercado e nas relações políticas apresentam, por vezes inviabilizando a apuração do que efetivamente ocorreu, valendo a pena lembrar o que disse, no caso referido, Robert Morgenthau, procurador do distrito de Manhattan responsável pela acusação da Enron, sustentando que foi muito difícil provar os atos criminosos levados a efeito em face das complicações processuais e materiais para demonstrar que os banqueiros envolvidos no caso tinham a clara intenção de cometer fraudes, tendo muitas das negociações bancárias da empresa aparência legal.⁶⁵

Por outro lado, essa experiência de aquiescência corporativa à contribuição com a justiça para apurações de fraudes e ilícitos penais provocados por empresas no âmbito da corrupção tem fomentado – não só nos EUA – abundantes posturas de colaborações corporativas.

É certo que não se pode cercear a prática de imputação de atos e intenções dos empregados em face dos seus empregadores, porém, a historiografia do Direito Penal contemporâneo majoritário aponta para a tendência de que suas normas se destinem a comportamentos que representam alta reprovabilidade social a merecer sanções dessa natureza. Por tal razão é que se impõem juízos de valor e mesmo cognitivos sobre quais os bens jurídicos que se quer proteger na espécie, assim como verificar em que medida as políticas sancionatórias (administrativas, civis e criminais) têm dado resultados preventivos nesse âmbito, já que, para as pessoas físicas que eventualmente cometam crimes, a pena pode chegar até a segregação prisional, o que não se apresenta como opção às pessoas jurídicas.

Por outro lado, cumpre ter presente que a natureza e mesmo consequências dos atos ilícitos – de natureza criminal,

⁶⁵ Editorial do New York Times. Enron's Friends in Need. July 31, 2003, at A24. Ver também alguns textos que há no site <<http://www.corporatecrimereporter.com>>.

administrativa e cível – das corporações se distinguem em muito dos praticados por pessoas físicas, razão pela qual as medidas de enfrentamento têm de ser distintas, ou seja:

General deterrence is particularly apt with respect to corporate criminal conduct, which tends to be the antithesis of crimes of passion. Corporations – through boards, inside and outside counsel, and formal deliberative processes – generally pay particular attention to precedent in determining the risks and rewards of contemplated action.⁶⁶

Claro que há sempre a preocupação por parte da doutrina e mesmo jurisprudência de se poder delimitar melhor os níveis e intensidades de envolvimento efetivo das empresas em atos criminosos, a partir até da ideia da chamada consciência corporativa de escolhas racionais sobre fazer o certo ou o errado “corporate consciousness to determine if the employee’s conduct is consistent with the corporation’s rational choice to do right or wrong”⁶⁷, entretanto, afigura-se mais responsável e coerente do que tentar adivinhar a intenção corporativa de agir corretamente ou não – e disso depender sua responsabilidade – desde já estabelecer responsabilidades institucionais em relação aos atos dos seus mandatários, pois será sempre tarefa árdua delimitar quais as ações e condutas falam pela pessoa jurídica, principalmente quando se questiona se a empresa fez efetivamente tudo o que podia para evitar o crime praticado; é possível pensar-se em uma

⁶⁶ É certo que a crise da chamada bolha imobiliária norte-americana não experimentou essas novas posturas de responsabilidades institucionais, a despeito mesmo da edição da Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act, Pub. L. No. 111-203, 124 Stat. 1376 (2010), assinada pelo Presidente Barack Obama, com o fim de estabelecer novos parâmetros às políticas de financiamento ao consumo em diversas áreas e atribuições de controle governamental desses setores. Ver o texto de BAINBRIDGE, Stephen M. Dodd-Frank: Quack Federal Corporate Governance Round II. In *Minnesota Law Review*, 95, 1779, 1780 (2011). Diz ainda o autor que: “The recent meltdowns of the financial markets as well as other corporate scandals have caused the public to distrust corporations and consequently urge Congress to pass new legislation. Congress, in its zeal for “reform,” missed the opportunity that the 2008 crisis created to focus on creating legislation that eliminates the disincentives of compliance. However, corporate compliance programs may bring to light or even prevent illegal or unethical business practices”.

⁶⁷ HASNAS, John. The Centenary of a Mistake: One Hundred Years of Corporate Criminal Liability. In *American Criminal Law Review*, vol.46. New York: Benthlan, 2009, p. 1333. Lembra o autor que: “In others, companies specifically those operating in other countries-have agents, vendors, and suppliers that skirt local law in order to meet their obligations to the client company. In these cases, although the corporation may not order the illegal behavior, management knows or should know that its suppliers, agents, or vendors cannot meet their goals without violating the law”.

responsabilidade objetiva da empresa nesse sentido a partir do que a mera existência de danos decorrentes dos ilícitos efetivados já são suficientes para caracterizar a responsabilidade?

A verdade é que parte da legislação internacional tem optado por entender que a imposição da responsabilidade corporativa onde esta tem tomado todas as medidas razoáveis possíveis para evitar condutas criminosas de seus empregados ainda é necessária exatamente para caracterizar que há um dever solidário de prestação de contas no particular. Como lembra Wellner:

*Where, as in Enron or WorldCom, a corporation's senior management engages in crime that enables the company to generate artificial earnings to meet Wall Street expectations, or where an executive fudges the numbers in a quarter while management closes its eyes to what is occurring, the company has either actively encouraged crime or tolerated it since it redounded to the company's immediate economic benefit. In either situation, it is doubtful that the company had an effective compliance program, since the encouragement of criminality or willful blindness by senior management would be show-stoppers. In such cases, the company should be held responsible for the conduct of its employees because it has not taken the necessary steps to prevent and detect such crimes from occurring.*⁶⁸

Claro que há doutrinadores que criam argumentos contrários a esses, com os quais não concordo, no sentido de que a incriminação objetiva de empresas por atos ilícitos/criminais/corruptivos de seus funcionários, desbordando das orientações e diretivas desta, funcionam como desestímulo à colaboração e mesmo formatação de sistemas de compliance eficientes para auxiliar na redução de tais condutas, como sustenta:

Whether or not management knows of or encourages the behavior, firms are subject to significant financial penalties and criminal liability for their employees' actions, even if the employees disobey articulated and enforced

68 WELLNER, Philip A. Effective Compliance Programs and Corporate Criminal Prosecutions. In *Cardozo Law Review*, vol. 37, p. 504, 2005. In <<http://www.cardozolawreview.com/>>, acessado em: 11/08/2014. Diz o autor ainda, e está certo, que: "By its corporate policies, or lack thereof, the company demonstrates that it is willing to encourage or at least condone criminal conduct that redounds to the benefit of the corporation".

*standards or IF the company self-reports the conduct to the government. This leads to a system in which corporate management has little incentive to closely monitor their employees' behavior or invest significant sums in preventive compliance systems.*⁶⁹

Tenha-se presente que geralmente se encontra forte conexão entre os benefícios adquiridos por empregados e agentes de determinadas empresas com atos corruptivos que desenvolvem no mercado em face dos dividendos que eles trazem – direta ou indiretamente – às corporações que representam; ou seja, todo o setor privado envolvido ganha (ilicitamente).

É claro que, naquelas situações em que os comportamentos delituosos individuais de empregados desenvolvem ações altamente sofisticadas que superam as medidas de controle e prevenção corruptivas igualmente adequadas ao tipo de negócio que desenvolvem, pode restar configurada a fragilização da responsabilidade empresarial, pois talvez ali não tenha faltado o dever de zelo razoável que se espera ordinariamente das corporações.

Mas quais as sanções que se podem extrair das diversas modalidades de responsabilidade de empresas que pratiquem atos corruptivos os mais diversos? Tão somente aqueles definidos pelas normas cogentes consecutórias, dentre eles, exemplificativamente, (a) perdimento dos bens, direitos ou valores que representem vantagem ou proveito direta ou indiretamente obtidos da infração, ressalvado o direito do lesado ou de terceiro de boa-fé; (b) suspensão ou interdição parcial de suas atividades; (c) dissolução compulsória da pessoa jurídica; (d) proibição de receber incentivos, subsídios, subvenções, doações ou empréstimos de órgãos ou entidades públicas e de

69 WELLNER, Philip A. Effective Compliance Programs and Corporate Criminal Prosecutions. p. 505. Agrega o autor que: "This disparity discourages firms from making optimal investments in training, auditing, and monitoring programs. In order to encourage greater detection and documentation of activities the company may otherwise prefer to ignore, the government must provide corporations with incentives. To do so, the government must also devise more effective ways to distinguish programs that force greater investigation and disclosure from those that are merely cosmetic".

instituições financeiras públicas ou controladas pelo poder público, por prazo determinado – conforme disciplina o art. 19 da recente lei brasileira nº 12.846/2013.⁷⁰

Há muito ainda o que discutir.

Referências

ACQUAROLI, Roberto e FOFFANI, Lucca (a cura di). *La corruzione tra privati*. Milano: Giuffrè, 2003.

ARLEN, Jennifer and CARNEY, William. Vicarious Liability for Fraud on Securities Markets: Theory and Evidence. In *University of Illinois Law Review*, vol. 691. Illinois, 1992.

BACIGALUPO, Silvina. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Barcelona: Bosch Casa Editorial, 2002.

BOBBIO, Norberto. *Il futuro della democrazia*. Roma: Einaudi, 2005.

_____. *La Democrazia e il Potere Invisibile*. In *Democrazia e Segreto*. Roma: Einaudi, 2000.

CAMÍN, Héctor Aguilar. *Sobre la Corrupción*. In <http://www.milenio.com/tribunamilenio/por_que_hay_tanta_corrupcion_en_mexico/corrupcion-corrupcion_en_Mexico-complicidad_en_la_corrupcion-Hector_Aguilar_Camin_13_364293570.html>, acessado em: 31 mar 2015.

CASARRUBEA Giuseppe. *Portella della Ginestra. Microstoria di una strage di Stato*. Milano: F. Angeli, 1997.

COLAZINGARI, Silvia & SUSAN, Rose-Ackerman. *Corruption in a Paternalistic Democracy: Lessons from Italy and Latin America*. In Hartford, CT, 12/1995.

DALBORA, José Luis Guzmán. *Filosofía y política de la atribución de responsabilidad penal a las personas jurídicas*. In MIR PUIG, Santiago, BIDASOLO, Mirentxu Corcoy e MARTÍN, Víctor Gómez. *Responsabilidad de la Empresa y Compliance*. Buenos Aires: IBDf, 2014.

DAVIGO, Paolo e MANNOZZI, Giuliani. *La corruzione in Italia. Percezione sociale e controllo penale*. Bari: Laterza, 2007.

DE FELICE, Franco. *Doppia lealtà e doppio Stato*. In *Studi storici*, n. 3. Roma: Einaudi, 1989.

DE LUTII, Giuseppe. *Storia dei servizi segreti in Italia*. Roma: Editori Riuniti, 1995.

FÖPPEL, Hireche Gamil. *A Função da Pena na Visão de Claus Roxin*. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

FUNDACIÓN GRUPO CÍVICO ÉTICA Y TRANSPARENCIA (EyT) PROGRAMA TRANSPARENCIA / ANTICORRUPCIÓN. ESTUDIO ANTICORRUPCIÓN DE NICARAGUA. Nicaragua: Managua, 2006.

HASNAS, John. *The Centenary of a Mistake: One Hundred Years of Corporate Criminal Liability*. In *American Criminal Law Review*, vol.46. New York: Benthlan, 2009.

HASSEMER, Winfried. *La insostenible situación del Derecho Penal*. Instituto de Ciencias Penales de Frankfurt. Universidad Pompeu Fabra. Granada: Comares, 2000.

_____. *Processo Penal de Direitos Fundamentais*. In *Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais*. Lisboa: Almedina, 2004.

<<http://online.wsj.com/news/articles/SB105940992831608200>>, acessado em: 10 jun 2014.

<<http://openjurist.org/281/f2d/137>>, acessado em: 26 ago 2014.

<<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=43292>>, acessado em: 06 abr 2015.

⁷⁰ Vai neste sentido o texto de MAGLIE, Cristina De. Centennial Universal Congress of Lawyers Conference-Lawyers and Jurists in the 21st Century: Paper: Models of Corporate Criminal Liability in Comparative Law. 4 Wash. U. Global Stud. L. Rev. 547, 552 (2005): Prison of course is not an option for a corporation. Specific deterrence of a company could, however, take the form of causing the dissolution of the company (the equivalent of a corporate death penalty), barring the company either permanently or for a period of time from engaging in certain businesses, or subjecting the corporation, like an individual, to a probationary period during which its conduct is restricted and monitored by a court.

<<http://www.corporatecrimereporter.com>>, acessado em: 19 abr 2015.

<<http://www.fairlabor.org/>>, acessado em: 12 ago 2014.

<<http://www.fairlabor.org/sites/default/files/documents/reports/foxconn-investigation-report.pdf>>, acessado em: 12 ago 2014.

<<http://www.leychile.cl/Consulta>>, acessado em: 06 abr 2015.

<https://www.oas.org/juridico/mla/sp/pan/sp_pan-int-text-cp.pdf>, acessado em: 28 abr 2015.

<https://www.oas.org/juridico/mla/sp/per/sp_per_cod_pen.pdf>, acessado em: 28 abr 2015.

<http://www.oas.org/juridico/PDFs/enc_compilation.pdf>, acessado em: 10 mar 2015.

<http://www.summit-americas.org/cs/pubs/repdom_part_ciudadana_sp.pdf>, acessado em: 06 abr 2015. Informe de la República Dominicana de seguimiento a la implementación de la Declaración de Guatemala por una Región Libre de Corrupción.

<<http://www.track.unodc.org/LegalLibrary>>.

JACOBS, Günter. A imputação objetiva do Direito Penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

JAKOBS, Günter e MELIÁ, Manuel Cancio. Derecho Penal del Enemigo. Madrid: Thomson/Civitas, 2006.

KHANNA, V. S. Corporate Crime Legislation: A Political Economy Analysis. Michigan University Review, nº 03-012, 2003. In <<http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract>>, acessado em: 26 ago 2014.

KLITGAARD, Robert. Controlling Corruption. Berkeley: University of California Press, 2008.

KOEHLER, Mike. Revisiting a Foreign Corrupt Practices Act Compliance Defense. In Wisconsin Law Review, vol. 609, Southern Illinois University School of Law, 10/01/2012. In <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1982656>, acessado em: 12 ago 2014.

MAGLIE, Cristina De. Centennial Universal Congress of Lawyers Conference-Lawyers and Jurists in the 21st Century: Paper: Models of Corporate Criminal Liability in Comparative Law. 4 Wash. U. Global Stud. L. Rev. 547, 552 (2005).

MARINO, Carlo Giuseppe. La Repubblica della forza. Mario Scelba e le passioni del suo tempo. Milano: Franco Angeli, 2005.

MELIÁ, Manuel Cancio; GONZÁLEZ, Carlos Suárez; RAMOS, Enrique Peñaranda. Um nuevo sistema del Derecho Penal. Consideraciones sobre la Teoría de la Imputación de Günther Jakobs. Buenos Aires: Editora Ad-Hoc, 1999.

OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de. Hassemmer e o Direito Penal Brasileiro: direito de intervenção, sanção penal e administrativa. São Paulo: IBCCrim, 2013.

RADBRUCH, Gustav. Filosofía del Derecho. Madrid: Marcial Pons, 2000.

ROXIM, Claus. Reflexões sobre a construção sistemática do direito penal. Revista brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, n. 82, a.18, p. 24-47, jan./fev. 2010.

_____. A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

_____. Derecho Penal. Parte General. Traduzido por Diego-Manuel Peña; Miguel Diaz Conlledo; Javier de Vicente Remansal. Madrid: Civitas, 2008.

_____. Estudos de Direito Penal. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

_____. Reflexões sobre a problemática da imputação em Direito Penal In: Problemas fundamentais de direito penal. Lisboa: Vega, 1998.

SANCHÉZ, Jesús Maria Silva. La expansión del Derecho Penal. Buenos Aires: B. de F., 2008.

SANTINO Umberto. La democrazia bloccata. La strage di Portella della Ginestra e l'emarginazione delle sinistre. Rubbettino: Soveria Mannelli 1997.

SANTINO, Umberto e LA FIURA, Giovanni. L'impresa mafiosa. Dall'Italia agli Stati Uniti. Milano: Franco Angeli, 2000.

SCHÜNEMANN, Bernd. Entrevista do autor no site <http://www.ibccrim.org.br/revista_liberdades_artigo/50-ENTREVISTA>, acessado em: 08 jul 2014.

_____. Estudos de Direito Penal, Direito Processual Penal e Filosofia do Direito - Col. Dir. Penal & Criminologia. Madrid: Marcial Pons, 2013.

THORNTON, John. Criminal Liability of Organisations. In <<http://isrcl.org/>>, acessado em: 09 jun 2014.

VITALE, Marco. Corruzione: malattia sociale che distrugge competitività, civiltà, Costituzione e carità. Bologna: Edizioni Studio Domenicano, 2012.

WELLNER, Philip A. Effective Compliance Programs and Corporate Criminal Prosecutions. In Cardozo Law Review, vol.37, p.504, 2005. In <<http://www.cardozolawreview.com/>>, acessado em: 11 ago 2014.

APONTAMENTOS SOBRE O MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO*

JOSÉ TADEU XAVIER**
HANDEL MARTINS DIAS**

* O presente artigo vai ao encontro do projeto de pesquisa GARANTIAS PROCESSUAIS CIVIS DOS BENS TRANSINDIVIDUAIS desenvolvido junto ao Mestrado em Direito da FMP.

** Doutor e mestre em Direito pela UFRGS. Professor dos cursos de Bacharelado e Mestrado em Direito da FMP. Professor e coordenador do curso de Bacharelado em Direito e dos cursos de pós-graduação do IDC. Professor da Escola da FEMARGS. Advogado da União.

*** Doutor em Direito Processual pela USP. Mestre e especialista em Direito Processual Civil pela UFRGS. Professor dos cursos de Bacharelado e Mestrado em Direito da FMP. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual e da Associação Mundial de Justiça Constitucional. Advogado.

A institucionalização do mandado de segurança como instrumento para a tutela na esfera transindividual aconteceu com a Constituição Federal de 1988, ao insculpir-se, no capítulo *Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos* do título *Dos Direitos e Garantias Fundamentais*, que o mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por partido político com representação no Congresso Nacional, assim como por organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados (art. 5º, inc. LXX).¹ Tratando-se de norma de eficácia plena e aplicabilidade imediata, o mandado de segurança coletivo logo converteu-se, a par de outros mecanismos previstos no ordenamento jurídico, em importante instrumento de defesa de direitos metaindividuais no sistema processual brasileiro, próprio para proteger direito coletivo líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, que se encontre lesado ou ameaçado de lesão por força de ilegalidade ou abuso de poder praticado por autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público. Sem embargo, observada a prática forense nas instâncias ordinárias e nos tribunais superiores, constata-se que ainda está aquém do esperado de um *writ* consagrado na Constituição como garantia fundamental para a proteção transindividual. Dotado de feições peculiares que o

isolam como figura ímpar e sem precedentes na história jurídica pátria, o mandado de segurança coletivo ainda não alcançou pleno amadurecimento, produto de duas décadas de vácuo legislativo e da dificuldade dos operadores do direito no trato de formas processuais para a tutela coletiva mercê de uma tradição que sempre compreendeu somente a tutela jurisdicional individual.

A despeito das constantes e robustas celeumas na doutrina e na jurisprudência acerca do mandado de segurança coletivo frente a uma dicção constitucional que se limitou a dispor sobre a sua legitimação ativa, apenas em 2009 foi-lhe conferido algum contorno², notadamente por meio da Lei nº 12.016, que, revogando a legislação infraconstitucional anterior sobre o mandado de segurança, passou a discipliná-lo tanto na sua feição individual como na coletiva.³ Embora há muito se clamasse pela regulamentação normativa do mandado de segurança para a tutela de direitos coletivos, o legislador foi deveras tímido quando se atreveu a fazê-lo, sem compor as discordâncias existentes.⁴ E tendo em vista que não o contemplou, em 2015, entre os procedimentos especiais do novo Código de Processo Civil, permanecem em vigor as disposições da Lei nº 12.016 e, por consequência, todas as controvérsias em torno de si.⁵ Latente

1 No passado, como adverte Teori Zavascki, o perfil original do mandado de segurança já havia sido utilizado para a tutela de direitos coletivos, notadamente pela Ordem dos Advogados do Brasil e por sindicatos. Antes da promulgação da Constituição Federal vigente, a Lei nº 4.215, de 1963, ao instituir o precedente Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil, habilitava, no artigo 1º, parágrafo único, a Ordem dos Advogados do Brasil a representar, em juízo e fora dele, os interesses gerais da classe dos advogados e os individuais relacionados ao exercício da profissão. Na mesma linha, já estatua a Consolidação das Leis do Trabalho, de 1946, entre as prerrogativas dos sindicatos, a de representar, perante autoridades administrativas e judiciais, os interesses gerais da respectiva categoria ou profissão liberal ou, ainda, os interesses individuais dos associados relativos à atividade ou profissão exercida. Ao estabelecerem a distinção entre interesses gerais da classe, categoria e profissão liberal dos interesses individuais dos advogados e associados, os dois diplomas normativos consagraram a possibilidade de, judicialmente, tutelar-se direitos transindividuais, de natureza indivisível, pertencentes a um grupo indeterminado de pessoas. Em mais de uma oportunidade o Supremo Tribunal Federal admitiu a impetração do mandado de segurança – “individual” – para defender aqueles direitos gerais da classe, categoria e profissão liberal. Vejam-se, por exemplo, BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Mandado de segurança. MS 10.170/DF. Relator: Ministro Décio Miranda, j. 08 nov. 1978, DJ 30 mar. 1979, p. 2.410; e BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Mandado de segurança. MS 18.428/DF. Relator: Ministro Barros Monteiro, j. 10 dez. 1969, DJ 21 ago. 1977, p. 3.644. A propósito, veja-se ZAVASCKI, Teori Albino. Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 208-209.

2 Antes de 2009, a única disciplina infraconstitucional do mandado de segurança coletivo era o artigo 2º da Lei nº 8.437, de 1992, prescrevendo que a liminar no mandado de segurança coletivo só pode ser concedida depois da audiência do representante judicial da pessoa jurídica de direito público: disposição reprisada na Lei nº 12.016, de 2009.

3 A chamada nova Lei do Mandado de Segurança revogou a Lei nº 1.533, de 31 de dezembro de 1951; a Lei nº 4.166, de 4 de dezembro de 1962; a Lei nº 4.348, de 26 de junho de 1964; a Lei nº 5.021, de 9 de junho de 1966; o artigo 3º da Lei nº 6.014, de 27 de dezembro de 1973; o artigo 1º da Lei nº 6.071, de 3 de julho de 1974; o artigo 12 da Lei nº 6.978, de 19 de janeiro de 1982; e o artigo 2º da Lei nº 9.259, de 9 de janeiro de 1996.

4 José Miguel Garcia Medina e Fábio Caldas de Araújo assinalam que havia grande expectativa em torno da nova Lei do Mandado de Segurança quanto à regulamentação da impetração coletiva. Contudo, a nova lei não só deixou de aperfeiçoar o tratamento da matéria como representou retrocessos, como a exigência da desistência dos pedidos formulados em ações individuais para a extensão do benefício da coisa julgada coletiva (Lei nº 12.016, art. 22, § 1º). Veja-se MEDINA, José Miguel Garcia; ARAÚJO, Fábio Caldas de. Mandado de segurança individual e coletivo: comentários à lei 12.016/2009. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 193 et seq.

5 Instituído pela Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015, o novo Código de Processo Civil entrou em vigor em 18 de março deste ano, após um ano de *vacatio legis*. No Livro Complementar, contendo as disposições finais e transitórias, assegurou que permanecem em vigor as disposições especiais dos procedimentos regulados em outras leis que não tenham sido revogadas, aos quais se passa a aplicar supletivamente o novo Código (art. 1.046, § 2º). No § 4º do artigo 1.046, também se definiu que, quando há remissão ao Código de Processo Civil revogado na legislação processual extravagante – o que é o caso do art. 6º, § 5º, art. 7º, §§ 1º e 5º, e art. 24, da Lei nº 12.016 –, devem ser aplicadas as disposições do novo Código de Processo Civil que lhes são correspondentes.

desde a promulgação da Constituição Federal em 1988, um dos aspectos mais polêmicos reside na definição do objeto do mandado de segurança coletivo, uma vez que o *writ* se situa entre os limites de sua versão tradicional e os instrumentos de discussão judicial de direitos coletivos, mormente a ação civil pública. O presente ensaio propõe-se a estudar o objeto do mandado de segurança coletivo, pondo em questão, sobretudo, a opção restritiva do legislador ordinário de não incluir a tutela de interesses difusos. Antes, a título propedêutico, realiza-se breve análise da natureza jurídica do mandado de segurança coletivo. Precedendo a conclusão, examinam-se os legitimados para a sua impetração com o fito de sopesar se a ampliação do rol dos legitimados ativos do mandado de segurança coletivo implicaria alargamento de seu objeto.⁶

Natureza jurídica do mandado de segurança coletivo

A abordagem sobre o mandado de segurança coletivo impõe a identificação de sua essência, tema desenvolvido por meio de duas orientações bastante nítidas a partir de sua introdução no ordenamento jurídico pela Constituição Federal de 1988. De um lado posicionaram-se aqueles que consideravam o mandado de segurança coletivo uma mera versão do mandado de segurança individual, diferenciando-se dele tão somente pela legitimidade para a sua impetração.⁷ Filiado a esse entendimento, Inácio de Carvalho Neto afirma que o mandado de segurança coletivo sempre foi nada mais do que um simples mandado de segurança, proposto, entretanto, coletivamente pelas pessoas

legitimadas. A distinção entre o mandado de segurança individual e o coletivo estaria, nessa perspectiva, na natureza do direito protegido. Enquanto aquele cuidaria de direito líquido e certo de natureza individual, este tutelaria direito líquido e certo de natureza coletiva.⁸ Por outro lado, concentrando o foco de análise no aspecto relativo ao conteúdo do mandado de segurança coletivo, parte da doutrina passou a visualizá-lo como forma especial de tutela de direitos coletivos, com isso, desvinculado de sua modalidade tradicional, inclusive no tocante ao procedimento que deveria trilhar. Para essa corrente, o estreito rito que então era previsto para o mandado de segurança individual não se mostrava apropriado para a delimitação da sequência procedimental do mandado de segurança coletivo, instrumento que buscava servir como mecanismo eficiente de tutela coletiva.

A Lei nº 12.016, de 2009, encerrou a polêmica ao regulamentar o mandado de segurança em duas modalidades, individual e coletiva, que compartilham os requisitos e pressupostos necessários para a impetração, assim como a forma procedimental.⁹ Nestes termos, o mandado de segurança coletivo distingue-se da versão individual pelos elementos da causa, ou seja, pelo fato de o impetrante atuar como substituto processual de uma coletividade ou de um grupo de indivíduos e o bem jurídico tutelado corresponder a um direito coletivo, essencial ou acidentalmente considerado.¹⁰ Justamente pela distinção do pedido mediato do mandado de segurança coletivo que o legislador estabeleceu três parcas peculiaridades no seu procedimento, além de tentar precisar a sua legitimação ativa e objeto. Repetindo o disposto no artigo 2º da Lei nº 8.437, de 1992, prescreveu a Lei nº 12.016 que a tutela provisória no mandado de segurança coletivo somente pode ser concedida após a audiência do representante judicial da pessoa jurídica de direito público, a qual dispõe do prazo 72 horas para se

6 Formou-se, no curso da pesquisa, salutar divergência entre os próprios autores deste ensaio, tanto em relação ao objeto do mandado de segurança coletivo como aos seus legitimados ativos. Conquanto o dissenso tenha impedido, pontualmente, por se tratar de texto conjunto, a exposição de posicionamentos dos autores na conclusão, propiciou profícuo diálogo jurídico e instigou a continuidade da investigação, quiçá para alcançar, no futuro, um consenso.

7 Alguns doutrinadores chegaram a desacreditar o caráter de novidade do mandado de segurança coletivo, como José Joaquim Calmon de Passos. Veja-se PASSOS, José Joaquim Calmon de. Mandado de segurança coletivo, mandado de injunção e habeas data: constituição e processo. Rio de Janeiro: Forense, 1989. p. 24.

8 CARVALHO NETO, Inácio de. Manual de processo coletivo: ação civil pública, ação popular, mandado de segurança coletivo. 2.ed. Curitiba: Juruá, 2009. p. 168-173.

9 A respeito da identidade dos requisitos de direito material para a impetração do mandado de segurança individual e coletivo, veja-se BUENO, Cassio Scarpinella. A nova lei do mandado de segurança. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 121-122.

10 Cf. DONIZETTI, Elpídio; CERQUEIRA, Marcelo Malheiros. Curso de processo coletivo. São Paulo: Atlas, 2010. p. 402.

pronunciar sobre o pedido (art. 22, § 2º).¹¹ Também previu um regime especial de coisa julgada para a modalidade, insculpindo que a sentença proferida em sede de mandado de segurança coletivo faz coisa julgada aos membros do grupo ou categoria substituídos pelo impetrante (art. 22, *caput*). A Lei nº 12.016 ainda ressaltou, no § 1º de seu artigo 21, que o mandado de segurança coletivo não induz litispendência para as ações individuais. Mas a teor da parte final deste parágrafo, os efeitos da sentença proferida no mandado de segurança coletivo só beneficiariam os impetrantes a título individual que, no prazo de 30 a contar da ciência comprovada da impetração da segurança coletiva, requererem a desistência de seus respectivos mandados de segurança.¹²

Objeto do mandado de segurança coletivo

A partir da instituição do mandado de segurança coletivo na Constituição Federal de 1988, instaurou-se notório dissídio na doutrina e jurisprudência a respeito de sua abrangência ante a absoluta ausência de regulamentação.¹³ Com o tempo,

11 Sem embargo da controvérsia em torno do § 2º do artigo 22 da Lei nº 12.016, inclusive quanto à sua constitucionalidade, o fato é que esse dispositivo normativo não é absoluto, podendo ser relativizado em face das circunstâncias do caso concreto, máxime quando a urgência da medida não permitir o exercício prévio do contraditório. Veja-se FERNANDES, Bernardo Gonçalves. Remédios constitucionais. 2.ed. Salvador: Juspodivm, 2011. p. 76

12 Além de confundir efeitos da sentença com coisa julgada, o § 1º do artigo 22 da Lei nº 12.016 representa grave retrocesso no cotejo com o disposto no artigo 104 do Código de Defesa do Consumidor, na medida em que este exige do titular do direito individual apenas o requerimento de suspensão de sua ação para que se beneficie dos efeitos da sentença coletiva. Como sublinham José Miguel Garcia Medina e Fábio Caldas de Araújo, ao condicionar os jurisdicionados a desistirem de seus mandados de segurança individuais para lograrem os efeitos da sentença proferida no mandado de segurança coletivo, com risco posterior de decadência de seu direito, o § 1º do artigo 22 da Lei nº 12.016 não condiz com a magnitude constitucional do mandado de segurança. Nesse sentido, deve ser realizado diálogo de fontes e preterida essa norma em prol do disposto no artigo 104 do Código de Defesa do Consumidor. Veja-se MEDINA, José Miguel Garcia; ARAÚJO, Fábio Caldas de. Mandado de segurança individual e coletivo: comentários à lei 12.016/2009. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 207-210.

13 Próprio de uma cultura jurídica com considerável dificuldade de se libertar da visão clássica do processo civil, tido como âmbito essencialmente de discussão de interesses individuais, chegou a existir entendimento limitando o cabimento do mandado de segurança coletivo à defesa coletiva de direitos subjetivos individuais. Nesse sentido: PASSOS, José Joaquim Calmon de. Mandado de segurança coletivo, mandado de injunção e habeas data: constituição e processo. Rio de Janeiro: Forense, 1989. p. 12-15; e CARNEIRO, Athos Gusmão. Anotações sobre o mandado de segurança coletivo. Revista da Ajuris, Porto Alegre, Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul, v. 54, p. 53-74, 1992. Na jurisprudência: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Mandado de

prevaleceu o entendimento de que o mandado de segurança coletivo tem o condão de albergar tanto os direitos coletivos em sentido estrito como os direitos individuais homogêneos. O principal debate centrou-se na compreensão, ou não, da tutela de direitos difusos no seu objeto, ou seja, dos direitos transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato, nos termos do inciso I do parágrafo único do artigo 81 do Código de Defesa do Consumidor.¹⁴ A corrente mais restritiva firmou-se no sentido de que essa garantia constitucional não seria apta a protegê-los. Adepto dessa inteligência, Ovídio Baptista da Silva a justificava sob o argumento de que não seria possível se debaterem interesses difusos em mandado de segurança em virtude do caráter sumário e documental da ação. Para ele, o mandado de segurança tutela direitos, jamais interesses. Justamente por serem meros interesses, os interesses difusos não encontrariam proteção pela via do mandado de segurança, o qual exige direito subjetivo líquido e certo.¹⁵ Desconsiderando a índole do mandado de segurança pela equiparação entre direitos e interesses, formou-se entendimento mais brando, admitindo a proteção de direitos difusos por mandado de segurança coletivo quando é impetrado por partido político com representação no Congresso Nacional. Nessa linha de raciocínio, só não se aceita a mesma possibilidade em relação às organizações sindicais, entidades

segurança. MS 20.936/DF. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence, j. 08 nov. 1989, DJ 11 set. 1992, p. 14.714. De outra banda, em sentido completamente oposto, houve quem defendesse que o mandado de segurança coletivo só poderia tutelar direitos coletivos, assim entendidos os direitos coletivos *stricto sensu* e os direitos difusos. Veja-se, v.g., OLIVEIRA, Lourival Gonçalves de. Interesses processual e mandado de segurança coletivo. Revista de Processo, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 14, n. 56, p. 75-85, out. 1989. Na jurisprudência, veja-se BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Primeira Seção. Agravo regimental no mandado de segurança. AgRg no MS 266/DF. Relator: Ministro Carlos Velloso, j. 12 dez. 1989, DJ 19 fev. 1990, p. 1.028.

14 O Código de Defesa do Consumidor oferece a catalogação mais aceita acerca dos interesses e direitos coletivos, assim entendidos em sentido amplo. Classifica-os em interesses ou direitos difusos; interesses ou direitos coletivos; e interesses ou direitos individuais homogêneos, que, portanto, auferem status de transindividuais no sistema jurídico. Em conformidade com os incisos II e III do parágrafo único do artigo 81 do Código de Defesa do Consumidor, os interesses ou direitos coletivos *stricto sensu* constituem os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base, enquanto os interesses ou direitos individuais homogêneos são os decorrentes de origem comum.

15 SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. Mandado de segurança: meio idôneo para a defesa de interesses difusos? Revista de Processo, São Paulo, Revista dos Tribunais, v.15, n. 60, p. 131-145, out. 1990.

de classe e associações legalmente constituídas e em funcionamento há pelo menos um ano porque, para estes legitimados, a alínea b do inciso LXX do artigo 5º da Constituição Federal precisou que o mandado de segurança coletivo deve ser em defesa dos interesses de seus membros ou associados.¹⁶

No entanto, a maioria da doutrina passou a esposar a amplitude do objeto do mandado de segurança coletivo, de modo a compreender a tutela de qualquer interesse ou direito coletivo lato sensu, incluindo, destarte, os difusos. Sustentam os processualistas que a defesa dos interesses difusos está expressamente positivada no ordenamento jurídico, e, estando equiparados interesses e direitos difusos, a natureza do mandado de segurança não pode constituir impeditivo para salvaguardá-los. Ademais, a Constituição Federal não tolheu as organizações sindicais, entidades de classe e associações de impetrarem *mandamus* coletivo com o escopo de proteger direitos difusos. Segundo Ada Pellegrini Grinover, tanto a alínea a como a alínea b do inciso LXX do artigo 5º da Constituição Federal se voltam para a tutela de todas as categorias de interesses e direitos. A exemplo dos partidos políticos com representação no Congresso Nacional, as organizações sindicais, entidades de classe e associações podem impetrar mandado de segurança coletivo para agir na defesa de interesses difusos, transcendentem à categoria, assim como interesses coletivos comuns a todos os filiados, membros ou associados ou dos quais seja titular apenas parcela deles. Os legitimados ainda podem impetrar mandado de segurança coletivo para proteger direitos individuais, que poderiam ser defendidos pela via do mandado de segurança individual, mas que podem ter tratamento conjunto com vistas a sua homogeneidade, evitando-se, assim, a proliferação de seguranças com decisões contraditórias.¹⁷

16 Em 2006, no Mandado de Segurança nº 11.399/DF, a Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça alinhou-se a esse entendimento, julgando extinto, sem resolução do mérito, o mandado de segurança coletivo impetrado pelo Sindicato dos Policiais Rodoviários Federais de Minas Gerais por considerar que o impetrante não tinha legitimidade para defender interesses difusos de usuários das rodovias federais. Com base no disposto na parte final da alínea b do inciso LXX do artigo 5º da Constituição Federal, o aresto assentou que o impetrante tão só poderia defender os interesses específicos de seus associados. Veja-se BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Primeira Seção. Mandado de segurança. MS 11399/DF. Relator: Ministro João Otávio de Noronha, j. 13 dez. 2006, DJ 12 fev. 2007, p. 216.

17 GRINOVER, Ada Pellegrini. Mandado de segurança coletivo: legitimação e objeto. Revista de Direito Público, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 93, p. 18-22, jan. 1990.

Sem embargo, no disciplinamento do mandado de segurança coletivo, o legislador acolheu a posição restritiva que era sustentada por Ovídio Baptista da Silva, não incluindo os direitos difusos entre os que por ele podem ser tutelados. De acordo com o parágrafo único do artigo 21 da Lei nº 12.016, de 2009, são passíveis de proteção pelo mandado de segurança coletivo os direitos coletivos *stricto sensu*, isto é, os transindividuais, de natureza indivisível, de que seja titular grupo ou categoria de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica básica, e os direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum e da atividade ou situação específica da totalidade ou de parte dos associados ou membros do impetrante. Apesar da proposital omissão legislativa, com o evidente desígnio de afastar a categoria de direitos difusos do alcance da tutela do mandado de segurança coletivo¹⁸, o entendimento dominante entre os processualistas brasileiros é de que a lacuna na Lei nº 12.016 não impede o manuseio do *mandamus* para a defesa de direitos difusos. Conforme o magistério de Eurico Ferraresi, ao criar a forma coletiva do mandado de segurança, o constituinte não o excluiu da proteção de tais direitos. Logo, sendo o mandado de segurança um instrumento constitucional para a tutela dos direitos metaindividuais, deve abranger todas as categorias de direitos coletivos.¹⁹ Nessa linha, aduz Ada Pellegrini Grinover que somente serão consentâneos com a Constituição Federal as normas e as exegeses que consigam extrair do preceito constitucional a maior carga possível de eficácia e de efetividade. Qualquer lei e qualquer interpretação restritivas são inquestionavelmente inconstitucionais²⁰. Endossando esse posicionamento, Hermes Zaneti Júnior traz à baila

18 Não considerando proposital a omissão legislativa, veja-se a posição contrária de Teori Albino Zavascki em MAIA FILHO, Napoleão Nunes; CÂMARA, Alexandre Freitas; BENJAMIN, Antônio Carlos Herman de Vasconcellos e; PINHEIRO, Beatriz Fonteles Gomes; ROCHA, Cesar Asfor; GUTIÉRREZ, Daniel Mota; YARSHELL, Flávio (Coords.). Comentários à nova lei do mandado de segurança. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 287.

19 FERRARESI, Eurico. Ação popular, ação civil pública e mandado de segurança coletivo: instrumentos processuais coletivos. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 244.

20 GRINOVER, Ada Pellegrini. Mandado de segurança coletivo. In: WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALVIM, Teresa Celina Arruda (Orgs.). Processo civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, v. 9, p. 233.

os argumentos da interpretação conforme a Constituição e da vedação de retrocesso social na defesa dos direitos difusos.²¹

Alexandre Freitas Câmara sublinha que, integrando o rol de garantias fundamentais, o mandado de segurança deve ser interpretado segundo o princípio da máxima efetividade. E recorda o processualista carioca, ainda, a previsão normativa constante do artigo 83 do Código de Defesa do Consumidor, no sentido de que devem ser admitidas todas as espécies de ações capazes de propiciar a adequada e efetiva tutela para a defesa dos direitos e interesses protegidos pelo Código de Defesa do Consumidor, não podendo se excluir dessa diretriz o mandado de segurança coletivo.²² Já Eurico Ferraresi invoca o Estatuto da Criança e do Adolescente para reforçar o entendimento de que o mandado de segurança coletivo também presta à defesa judicial de direitos difusos.²³ Isso porque o § 2º do artigo 212 da Lei nº 8.069, de 1990, inserto no capítulo *Da Proteção Judicial dos Interesses Individuais, Difusos e Coletivos*, estatui que cabe ação mandamental, regida pelas normas da Lei do Mandado de Segurança, contra atos ilegais ou abusivos de autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do poder público que lesem direito líquido e certo previsto na referida lei. Logo, no âmbito do direito da infância e da juventude, havendo lesão a direito líquido e certo, seja difuso, seja coletivo, seja individual homogêneo, por ato ilegal ou abusivo de autoridade pública ou agente no exercício de função pública, pode ser impetrado o *mandamus* por qualquer dos legitimados.

21 ZANETI JÚNIOR, Hermes. O novo mandado de segurança coletivo. Salvador: Juspodivm, 2013. p. 100-106. Veja-se, no mesmo sentido, CÂMARA, Alexandre Freitas. Manual do mandado de segurança. São Paulo: Atlas, 2013, p. 360-361; e BARROSO, Darlan; ROSSATO, Luciano Alves. Mandado de segurança. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 89-90.

22 CÂMARA, Alexandre Freitas. Manual do mandado de segurança. São Paulo: Atlas, 2013. p. 360.

23 FERRARESI, Eurico. Ação popular, ação civil pública e mandado de segurança coletivo: instrumentos processuais coletivos. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 242-243

Legitimação ativa no mandado de segurança coletivo

A Constituição Federal consagrou a modalidade coletiva do mandado de segurança simplesmente ao prescrever que o *writ* pode ser impetrado por partido político, com representação no Congresso Nacional, ou por organização sindical, entidade de classe ou associação, desde que constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, atuando na defesa de seus membros ou associados. A mora no delineamento do mandado de segurança coletivo também fomentou variados questionamentos em torno de sua legitimação ativa, em especial a viabilidade de sua ampliação. Muitos autores pregaram que o rol insculpido no inciso LXX do artigo 5º da Constituição Federal não poderia ser interpretado restritivamente, de modo que outros legitimados poderiam ser deduzidos do próprio texto constitucional ou, ainda, dos princípios e leis infraconstitucionais referentes à tutela coletiva.²⁴ Não obstante, ao regulamentar o mandado de segurança coletivo, o legislador referenciou somente os mesmos legitimados previstos no inciso LXX do artigo 5º da Constituição Federal. No *caput* do artigo 21, a Lei nº 12.016, de 2009, cingiu-se a disciplinar com mais precisão e acuidade a legitimação ativa dos partidos políticos, organizações sindicais, entidades de classe e associações, estabelecendo que:

o mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por partido político com representação no Congresso Nacional, na defesa de seus interesses legítimos relativos a seus integrantes ou à finalidade partidária, ou por organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há, pelo menos, 1 (um) ano, em defesa de direitos líquidos e certos da totalidade, ou de parte, dos seus membros ou associados, na forma dos seus estatutos e desde que pertinentes às suas finalidades, dispensada, para tanto, autorização especial.

24 É defeso cogitar, entretanto, por meio de aplicação combinada com os incisos III e IV do artigo 5º da Lei nº 7.347, de 1985, incluídos pela Lei nº 11.448, de 2007, de legitimidade de pessoas jurídicas de direito público, visto que a tutela em juízo de seus direitos e interesses tem regime jurídico próprio. Nem mesmo a impetração de mandado de segurança coletivo por substituição processual, mediante associação de pessoas jurídicas de direito público, é possível. Veja-se BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Segunda Turma. Agravo regimental no recurso em mandado de segurança. AgRg no RMS 47.806/PI. Relator: Ministro Herman Benjamin, j. 26 mai. 2015, DJe 05 ago. 2015.

A legitimação especial outorgada pela Constituição Federal aos partidos políticos reside, na feliz síntese de Nelson Nery Júnior, na função política por eles exercida.²⁵ Os partidos políticos são essenciais para a conservação do Estado Democrático de Direito, pois se destinam a assegurar, no interesse do regime democrático, a autenticidade do sistema representativo e a defender os direitos fundamentais definidos na Constituição. Na atribuição de legitimidade especial aos partidos políticos para a impetração do mandado de segurança coletivo, o constituinte exigiu-lhes apenas a representação no Congresso Nacional. Basta, portanto, para atender ao pressuposto, que tenham ao menos um deputado federal ou um senador nos seus respectivos quadros.²⁶ E diante da ausência de qualquer indicação no texto constitucional sobre a abrangência de sua titularidade para a impetração do mandado de segurança coletivo, era objeto de celeuma se poderiam atuar de forma ampla, defendendo qualquer interesse coletivo.²⁷ Ao encontro da posição que vinha sendo adotada pelo Supremo Tribunal Federal²⁸, o legislador estatuiu o requisito da pertinência temática, restringindo a legi-

timidade dos partidos políticos no *mandamus* coletivo à defesa de seus integrantes ou à sua finalidade partidária. A despeito da instituição da pertinência temática do objeto do mandado de segurança como fator determinante da legitimidade *ad causam* dos partidos políticos, a Lei nº 12.016 não os circunscreveu à defesa de interesses legítimos de seus afiliados. No exercício de sua legitimação, os partidos políticos permanecem com a possibilidade de impetrar mandado de segurança coletivo visando à proteção de quaisquer direitos líquidos e certos relacionados com os seus fins institucionais quando violados por atos de autoridade ou agente no exercício de função pública.

Tal como aos partidos políticos, o constituinte de 1988 conferiu legitimidade para impetrar o mandado de segurança coletivo às organizações sindicais²⁹, entidades de classe e associações legalmente constituídas e em funcionamento há pelo menos um ano³⁰, em defesa de seus membros ou associados. Como atuam em regime de substituição processual, e não de representação dos interesses de seus associados, com *legitimitio* outorgada pelo próprio texto normativo, esses legitimados prescindem de autorização, individual ou assemblear, ou, tampouco, da relação nominal dos substituídos. Embora tenha sido positivado apenas com o advento da Lei nº 12.016, de 2009, precisamente na parte final do *caput* do artigo 21, o entendimento no sentido de que a atuação das associações para a utilização no mandado de segurança coletivo deve ser considerada como forma de legitimidade extraordinária já se encontrava pacifica-

25 NERY JÚNIOR, Nelson. Mandado de segurança coletivo: instituto que não alterou a natureza do mandado de segurança já constante das constituições anteriores - partidos políticos - legitimidade *ad causam*. Revista de Processo, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 15, n. 57, p. 150-158, jan. 1990, p. 151.

26 Houve debate jurídico no passado sobre a necessidade de o partido político manter essa representação no Congresso Nacional durante todo o curso da demanda coletiva. Embora sem enfrentamento direto sobre essa questão especificamente para o caso do mandado de segurança coletivo, o Supremo Tribunal Federal chegou a entender que a perda superveniente da representação parlamentar acarretava a extinção da ação direta de inconstitucionalidade, para a qual há a mesma exigência para a legitimação dos partidos políticos. No entanto, o Pretório Excelso revisou o entendimento, assumindo posicionamento de que tal requisito de legitimação deve ser verificado apenas no momento da propositura da ação. Vejam-se, respectivamente, BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Agravo regimental na ação direta de inconstitucionalidade. ADI 2.822 AgR/DF. Relator: Ministro Sydney Sanches, j. 23 abr. 2003, DJ 16 maio 2003, p. 91; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Agravo regimental na ação direta de inconstitucionalidade. ADI 3.153 AgR/DF. Relator: Ministro Celso de Mello, Relator para o acórdão: Ministro Sepúlveda Pertence, j. 12 ago. 2004, DJ 09 set. 2005, p. 34.

27 Face à ausência de limitação no texto constitucional, muitos autores perfilhavam entendimento no sentido da amplitude da legitimidade ativa dos partidos políticos. Nessa perspectiva, as agremiações políticas atuariam, na impetração do writ coletivo, como verdadeiros guardiões do direito objetivo em geral, sem restrições relativas ao tema versado na demanda coletiva. Nesse exato sentido, veja-se GRINOVER, Ada Pellegrini. Mandado de segurança coletivo: legitimação e objeto. Revista de Direito Público, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 93, p. 18-22, jan. 1990, p. 19.

28 Veja-se BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Recurso extraordinário. RE 196.184/AM. Relator: Ministra Ellen Gracie, j. 27 out. 2004, DJ 18 fev. 2005, p. 6.

29 A "expressão *organizações sindicais*" compreende os sindicatos, as federações e as confederações sindicais, tanto de empregadores como de empregados do setor privado ou público. A legitimidade atribuída a estas entidades para a impetração do mandado de segurança coletivo está em consonância, importa ressaltar, com o artigo 8º, III, da Constituição Federal, o qual prevê que cabe ao sindicato "a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais e administrativas".

30 Às organizações sindicais e entidades de classe não se aplica o requisito da prévia constituição e funcionamento de um ano, senão às associações, a fim de evitar constituição visando apenas a obter legitimação para a impetração do mandado de segurança coletivo. Existe na doutrina alguma divergência sobre a possibilidade de se relativizar o requisito, tal como ocorre em relação a outra importante demanda de tutela de direitos coletivos, a ação civil pública. Porém, prevalece, no cenário doutrinário, visão mais restritiva, que considera a norma impositiva e sem viabilidade de ser flexibilizada. No sentido da impossibilidade de dispensa do requisito para que a associação impetre mandado de segurança coletivo, veja-se CÂMARA, Alexandre Freitas. Manual do mandado de segurança. São Paulo: Atlas, 2013. p. 380.

do no Supremo Tribunal Federal, tendo sido sumulado que “a impetração de mandado de segurança coletivo por entidade de classe em favor dos associados independe da autorização destes” (STF, Súmula nº 629). Na regulamentação do mandado de segurança coletivo, o legislador também se amparou na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal quando estatuiu que o *writ* coletivo pode ser impetrado por organização sindical, entidade de classe ou associação para a defesa de direitos líquidos e certos de apenas parte de seus membros ou associados (Lei nº 12.016, art. 21, *caput*). De acordo com o enunciado sumular nº 630 do Pretório Excelso, “a entidade de classe tem legitimidade para o mandado de segurança ainda quando a pretensão veiculada interesse apenas a uma parte da respectiva categoria”.³¹ Vale lembrar que, para impetrar o mandado de segurança coletivo, os legitimados devem demonstrar a pertinência temática, ou seja, a correspondência entre o objeto do *writ* e os fins institucionais.³² Com origem na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal nas ações de controle concentrado de constitucionalidade em relação às entidades de classe, o requisito da pertinência temática foi construído sob o fundamento jurídico e a lógica constitucional de que deve existir homogeneidade no atendimento aos direitos dos beneficiários, bem como de que o legitimado deve representar interesses convergentes a validar as pretensões apresentadas na ação.³³

No que tange à existência de outros legitimados para o ajuizamento do mandado de segurança coletivo, a principal

controvérsia gira em torno do Ministério Público. Para os defensores de sua legitimidade, a falta no inciso LXX do artigo 5º da Constituição Federal e no *caput* do artigo 21 da Lei nº 12.016 não a tolhe. A legitimação do *Parquet* decorreria, sobretudo, dos termos da própria Constituição Federal, que, no inciso III do artigo 129, impõe ao Ministério Público a proteção dos direitos difusos e coletivos. Para além disso, o microssistema constitucional de tutela de interesses transindividuais, consubstanciado por um conjunto de leis que se integram e se subsidiam – Lei da Ação Civil Pública, Código de Defesa do Consumidor, Lei da Ação Popular, Lei de Improbidade Administrativa, Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei do Mandado de Segurança e Estatuto do Idoso –, confere irrefragável legitimidade ao Ministério Público para defender os interesses transindividuais, sejam difusos, sejam coletivos, sejam individuais homogêneos. Por conseguinte, estando o Ministério Público constitucional e legalmente vocacionado à defesa dos interesses metaindividuais, nada justificaria que se lhe negue a legitimidade para impetrar o mandado de segurança coletivo para tutelá-los. Para honrar a sua missão institucional insculpida na Constituição Federal, o Ministério Público deveria valer-se, como sustentam Eduardo Cambi e Adriane Haas, de todos os meios processuais adequados, não se justificando interpretação restritiva a excluir o mandado de segurança coletivo.³⁴

Pesquisando-se a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça em seus respectivos sites, não foram localizadas decisões julgando, especificamente, a legitimidade do Ministério Público em mandado de segurança coletivo. Contudo, há uma soma de acórdãos do Superior Tribunal de Justiça que, ao apreciar temas correlatos, reconhecem a legitimidade do Ministério Público para impetrar o *writ* coletivo. Com efeito, o Superior Tribunal de Justiça vem reiteradamente afirmando que a nova ordem constitucional erigiu autêntico concurso de ações entre os instrumentos de tutela dos interesses

31 Nessa hipótese, para a entidade ter legitimidade *ad causam*, não pode haver conflito de interesses entre os membros ou associados. Como adverte Alexandre Freitas Câmara, é absolutamente fundamental que o interesse que ela defende em juízo não seja contrário aos interesses dos demais integrantes da mesma categoria. É inadmissível que uma entidade, a pretexto de defender uma parte de seus filiados, pratique atos prejudiciais aos interesses de outros filiados seus. Veja-se CÂMARA, Alexandre Freitas. Manual do mandado de segurança. São Paulo: Atlas, 2013. p. 377. O Superior Tribunal de Justiça tem trilhado este entendimento, como se depreende do seguinte julgado: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Sexta Turma. Recurso ordinário em mandado de segurança. RMS 23.868/ES. Relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura, j. 17 ago. 2020, DJe 30 ago. 2010.

32 Em sentido diverso, mostrando visão mais flexível sobre a necessidade de haver a pertinência temática, veja-se GAJARDONI, Fernando da Fonseca; SILVA, Márcio Henrique Mendes da; FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves. Comentários à nova lei de mandado de segurança: lei 12.016, de 7 de agosto de 2009. São Paulo: Método, 2009. p. 100.

33 Veja-se BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Recurso extraordinário. RE 733.433/MG. Relator: Ministro Dias Toffoli, j. 04 nov. 2015, DJe 06 abr. 2016.

34 CAMBI, Eduardo Augusto Salomão; HAAS, Adriane. Legitimidade do Ministério Público para impetrar mandado de segurança coletivo. Revista de Processo, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 37, n. 203, p. 121-148, jan. 2012, p. 121.

transindividuais e, a *fortiori*, legitimou o Ministério Público para o seu manejo. E por força do artigo 129, III, da Constituição Federal, o Ministério Público estaria habilitado à promoção de qualquer espécie de ação que vise à defesa dos interesses difusos e coletivos, sob o ângulo material ou imaterial. Conclui o Superior Tribunal de Justiça assentando que, após a constatação da importância e dos inconvenientes da legitimação isolada do cidadão, não há mais lugar para o veto da *legitimatío ad causam* do Ministério Público para o mandado de segurança coletivo ou outras ações coletivas.³⁵

Também está em debate a viabilidade de a Defensoria Pública vir a assumir a titularidade para a impetração do mandado de segurança coletivo, seguindo-se linha argumentativa semelhante àquela desenvolvida em relação ao Ministério Público. Camilo Zufelato sustenta o reconhecimento da legitimidade de atuação ativa para a Defensoria Pública como decorrência da missão que constitucionalmente lhe é atribuída, reforçada, ainda, pela aplicação da teoria do diálogo das fontes.³⁶ Com efeito, o artigo 134 da Constituição Federal incumbe à Defensoria Pública a defesa judicial, em todos os graus, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados. E o artigo 4º da Lei Complementar nº 80, de 1994, reforça a tese, máxime no inciso VII, ao afirmar que constitui função institucional da Defensoria Pública promover todas as espécies de ações capazes de propiciar a adequada tutela dos direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos quando o resultado da demanda puder beneficiar grupo de pessoas hipossuficientes. Não obstante, o Superior Tribunal de Justiça rechaçou essa possibilidade recentemente sob o argumento de que a Defensoria Pública não se encontra no rol de legitimados previsto no inciso LXX do artigo 5º da Constituição Federal, assim como no

artigo 21 da Lei nº 12.016, de 2009.³⁷ Porém, analisando-se as recentes decisões do Supremo Tribunal Federal – mormente a que julgou improcedente a Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.943/DF, pela qual foi questionada a inconstitucionalidade do artigo 5º, II, da Lei nº 7.347, de 1985, e a que julgou o Recurso Extraordinário 733.433/MG, reconhecendo-se, em regime de repercussão geral, que a Defensoria Pública tem legitimidade para a propositura da ação civil pública a fim de promover a tutela judicial de direitos difusos e coletivos de que sejam titulares, em tese, pessoas necessitadas –, denota-se que a tendência é de os tribunais superiores consagrarem a legitimidade da Defensoria Pública para impetrar mandado de segurança coletivo.³⁸

Conclusão

Conforme apregoado nas linhas introdutórias, o presente ensaio motivou-se pelo escopo de analisar o ponto de maior relevância do mandado de segurança coletivo, concernente à identificação do conteúdo que lhe serve de objeto. Apesar da regulamentação trazida por meio da Lei nº 12.016, de 2009, a problemática da definição do conteúdo do mandado de segurança coletivo ainda continua rendendo alterações. É indiscutível o seu cabimento para a tutela dos direitos coletivos em sentido estrito e dos ditos direitos individuais homogêneos, mas ainda reverbera a discussão sobre a viabilidade de o *writ* vir a servir para a proteção dos direitos difusos. Não arrefeceu a doutrina o fato de a Lei nº 12.016, de 2009, ter referenciado, no parágrafo único do artigo 21, tão somente essas duas categorias de direitos coletivos, com o notório propósito de tolher a categoria de direitos difusos do alcance da tutela do mandado de segurança coletivo. Amparada na Constituição Federal e em leis

35 Cf. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Segunda Turma. Agravo regimental no agravo em recurso especial. AgRg no AREsp 746.846/RJ. Relator: Ministro Herman Benjamin, j. 15 dez. 2015, DJe 05 fev. 2016; e BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Primeira Turma. Recurso especial. REsp 700.206/MG. Relator: Ministro Luiz Fux, j. 09 mar. 2010, DJe 19 mar. 2010.

36 ZUFELATO, Camilo. Da legitimidade ativa ope legis da Defensoria Pública para o mandado de segurança coletivo: uma análise a partir do microssistema de direito processual coletivo brasileiro e o diálogo das fontes. Revista de Processo, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 37, n. 203, p. 321-343, jan. 2012, p. 321.

37 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Sexta Turma. Recurso ordinário em mandado de segurança. RMS 49.257/DF. Relator: Ministra Maria Thereza de Assis Moura, j. 03 nov. 2015, DJe 19 nov. 2015.

38 Vejam-se BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Ação direta de inconstitucionalidade. ADI 3.943/DF. Relatora: Ministra Cármen Lúcia, j. 07 maio 2015, DJe 05 ago. 2015; e BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Recurso extraordinário. RE 733.433/MG. Relator: Ministro Dias Toffoli, j. 04 nov. 2015, DJe 06 abr. 2016.

infraconstitucionais, a maioria dos doutrinadores entende que a lacuna não impede o manuseio do *mandamus* para a defesa de qualquer direito transindividual. À mingua de solução legislativa, enquanto não houver decisões consolidadas dos tribunais superiores sobre a questão, perdurará este dissídio no cenário jurídico nacional.

Também há dissenso no tocante à definição dos legitimados ativos do mandado de segurança coletivo. Conquanto constem do rol de legitimados do inciso LXX do artigo 5º da Constituição Federal e na Lei nº 12.016 apenas partidos políticos, organizações sindicais, entidades de classe e associações, prega-se que há outros legitimados por força do próprio texto constitucional e do microsistema de tutela de interesses transindividuais, merecendo relevo, nesta concepção extensiva, a Defensoria Pública e o Ministério Público, o qual já teve a legitimidade ativa reconhecida pelo Superior Tribunal de Justiça em arestos sobre matérias correlatas. Essa ampliação do rol de legitimados terá, caso se confirme, o condão de redefinir, por si, os limites do objeto do mandado de segurança coletivo, na medida em que constituem funções institucionais do Ministério Público e da Defensoria Pública a salvaguarda de interesses difusos. Não se revela qualquer norma que impeça o aproveitamento do mandado de segurança coletivo para que exerçam os seus respectivos misteres institucionais de proteção de direitos difusos, quer do texto constitucional, quer da legislação infraconstitucional. Em realidade, por força de lei, o Ministério Público e a Defensoria Pública têm o poder de promover todas as espécies de ações capazes de propiciar a adequada tutela dos direitos difusos, não havendo motivo para não se incluir, nesta diretiva, a garantia fundamental do mandado de segurança coletivo.

Referências

- ALVIM, Angélica Arruda; ALVIM, Eduardo Arruda. Aspectos do mandado de segurança coletivo no direito tributário. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie; MOUTA, José Henrique. Tutela jurisdicional coletiva. Salvador: Juspodivm, 2009.
- BARROSO, Darlan; ROSSATO, Luciano Alves. Mandado de segurança. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Primeira Turma. Recurso especial. REsp 700.206/MG. Relator: Ministro Luiz Fux, j. 09 mar. 2010, DJe 19 mar. 2010.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Primeira Seção. Agravo regimental no mandado de segurança. AgRg no MS 266/DF. Relator: Ministro Carlos Velloso, j. 12 dez. 1989, DJ 19 fev. 1990, p. 1.028.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Primeira Seção. Mandado de segurança. MS 11399/DF. Relator: Ministro João Otávio de Noronha, j. 13 dez. 2006, DJ 12 fev. 2007, p. 216.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Segunda Turma. Agravo regimental no agravo em recurso especial. AgRg no AREsp 746.846/RJ. Relator: Ministro Herman Benjamin, j. 15 dez. 2015, DJe 05 fev. 2016.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Segunda Turma. Agravo regimental no recurso em mandado de segurança. AgRg no RMS 47.806/PI. Relator: Ministro Herman Benjamin, j. 26 mai. 2015, DJe 05 ago. 2015.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Sexta Turma. Recurso ordinário em mandado de segurança. RMS 23.868/ES. Relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura, j. 17 ago. 2020, DJe 30 ago. 2010.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Sexta Turma. Recurso ordinário em mandado de segurança. RMS 49.257/DF. Relator: Ministra Maria Thereza de Assis Moura, j. 03 nov. 2015, DJe 19 nov. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Ação direta de inconstitucionalidade. ADI 3.943/DF. Relatora: Ministra Cármen Lúcia, j. 07 maio 2015, DJe 05 ago. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Agravo regimental na ação direta de inconstitucionalidade. ADI 2.822 AgR/DF. Relator: Ministro Sydney Sanches, j. 23 abr. 2003, DJ 16 maio 2003, p. 91.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Agravo regimental na ação direta de inconstitucionalidade. ADI 3.153 AgR/DF. Relator: Ministro Celso de Mello, Relator para o acórdão: Ministro Sepúlveda Pertence, j. 12 ago. 2004, DJ 09 set. 2005, p. 34.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Mandado de segurança. MS 10.170/DF. Relator: Ministro Décio Miranda, j. 08 nov. 1978, DJ 30 mar. 1979, p. 2.410.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Mandado de segurança. MS 18.428/DF. Relator: Ministro Barros Monteiro, j. 10 dez. 1969, DJ 21 ago. 1977, p. 3.644.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Mandado de segurança. MS 20.936/DF. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence, j. 08 nov. 1989, DJ 11 set. 1992, p. 14.714.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Recurso extraordinário. RE 196.184/AM. Relator: Ministra Ellen Gracie, j. 27 out. 2004, DJ 18 fev. 2005, p. 6.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Recurso extraordinário. RE 733.433/MG. Relator: Ministro Dias Toffoli, j. 04 nov. 2015, DJe 06 abr. 2016.

BUENO, Cassio Scarpinella. A legitimidade ativa no mandado de segurança coletivo: Constituição Federal de 1988, art. 5º, inc. LXX. Revista de Processo, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 88, p.185-207, out. 1997.

_____. A nova lei do mandado de segurança. São Paulo: Saraiva, 2009.

CÂMARA, Alexandre Freitas. Manual do mandado de segurança. São Paulo: Atlas, 2013.

CAMBI, Eduardo Augusto Salomão; HAAS, Adriane. Legitimidade do Ministério Público para impetrar mandado de segurança coletivo. Revista de Processo, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 37, n. 203, p. 121-148, jan. 2012.

CARNEIRO, Athos Gusmão. Anotações sobre o mandado de segurança coletivo. Revista da Ajuris, Porto Alegre, Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul, v. 54, p. 53-74, 1992.

CARNEIRO, Daniel Zanetti Marques. Mandado de segurança: considerações pontuais sobre a recém editada lei nº 12.016, de 7 de agosto de 2009. Revista Dialética de Direito Processual, São Paulo, Dialética, n. 80, p.16-32, nov. 2009.

CARVALHO NETO, Inácio de. Manual de processo coletivo: ação civil pública, ação popular, mandado de segurança coletivo. 2.ed. Curitiba: Juruá, 2009.

CRUZ, Luana Pedrosa de Figueiredo; CERQUEIRA, Luís Otávio Sequeira de; GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel; FAVRETO, Rogério; PALHARINI JÚNIOR, Sidney. Comentários à nova lei do mandado de segurança: lei 12.016, de 7 de agosto de 2009. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; ZANETTI JÚNIOR, Hermes. Curso de direito processual civil. Salvador: Juspodivm, 2007. v. 4: Processo coletivo.

DONIZETTI, Elpídio; CERQUEIRA, Marcelo Malheiros. Curso de processo coletivo. São Paulo: Atlas, 2010.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. Remédios constitucionais. 2.ed. Salvador: Juspodivm, 2011.

FERRARESI, Eurico. Ação popular, ação civil pública e mandado de segurança coletivo: instrumentos processuais coletivos. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca; SILVA, Márcio Henrique Mendes da; FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves. Comentários

à nova lei de mandado de segurança: lei 12.016, de 7 de agosto de 2009. São Paulo: Método, 2009.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Mandado de segurança coletivo. In: WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALVIM, Teresa Celina Arruda (Orgs.). Processo civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. v. 9: Processo coletivo e processo civil estrangeiro e comparado. Coleção Doutrinas Essenciais.

_____. Mandado de segurança coletivo: legitimação e objeto. Revista de Direito Público, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 93, p. 18-22, jan. 1990.

MAIA FILHO, Napoleão Nunes; CÂMARA, Alexandre Freitas; BENJAMIN, Antônio Carlos Herman de Vasconcellos e; PINHEIRO, Beatriz Fonteles Gomes; ROCHA, Cesar Asfor; GUTIÉRREZ, Daniel Mota; YARSHELL, Flávio (Coords.). Comentários à nova lei do mandado de segurança. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Interesses difusos: conceito e legitimação para agir. 7.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MEDINA, José Miguel Garcia; ARAÚJO, Fábio Caldas de. Mandado de segurança individual e coletivo: comentários à lei 12.016/2009. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MOMEZZO, Marta Casadei. Mandado de segurança coletivo: aspectos polêmicos. São Paulo: Ltr, 2000.

MORAIS, Jose Luis Bolzan de. Do direito social aos interesses transindividuais: o estado e o direito na ordem contemporânea. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996.

NERY JÚNIOR, Nelson. Mandado de segurança coletivo: instituto que não alterou a natureza do mandado de segurança já constante das constituições anteriores - partidos políticos - legitimidade *ad causam*. Revista de Processo, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 15, n. 57, p. 150-158, jan. 1990.

OLIVEIRA, Lourival Gonçalves de. Interesse processual e mandado de segurança coletivo. Revista de Processo, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 14, n. 56, p. 75-85, out. 1989.

OST, François. Entre droit et non-droit: l'intérêt: essai sur les fonctions qu'exerce la notion d'intérêt en droit privé. In: GÉRARD, Philippe; OST, François; KERCHOVE, Michel van de (Dirs). Droit et intérêt. Bruxelles: Facultés Universitaires Saint-Louis, 1990. v. 2.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. Mandado de segurança coletivo, mandado de injunção e habeas data: constituição e processo. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

REDONDO, Bruno Garcia; OLIVEIRA, Guilherme Peres de; CRAMER, Ronaldo. Mandado de segurança: comentários à lei 12.016/2009. São Paulo: Método, 2009.

ROQUE, André Vasconcelos; DUARTE, Francisco Carlos. Aspectos polêmicos do mandado de segurança coletivo: evolução ou retrocesso? Revista de Processo, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 37, n. 203, p. 39-72, jan. 2012.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. Mandado de segurança: meio idôneo para a defesa de interesses difusos? Revista de Processo, São Paulo, Revista dos Tribunais, v.15, n. 60, p. 131-145, out. 1990.

TAVARES, André Ramos. Manual do novo mandado de segurança: lei 12.016/2009. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

TESHEINER, José Maria Rosa. Ainda precisamos do mandado de segurança? Revista Brasileira de Direito Processual, Belo Horizonte, Fórum, v. 18, n. 69, p. 11-16, jan.-mar. 2010.

TUCCI, Rogério Lauria. Constituição de 1988 e processo: regramentos e garantias constitucionais do processo. São Paulo: Saraiva, 1989.

VIGLIAR, José Marcelo Menezes. Ação civil pública: lei n. 7.347/85 e legislação posterior: ação pública para a defesa da pessoa portadora de deficiência, da criança e do adolescente, do consumidor, do patrimônio público e combate à improbidade administrativa. 3.ed. São Paulo: Atlas. 1999.

VITTA, Heraldo Garcia. Mandado de segurança: de acordo com as novas súmulas do Supremo Tribunal Federal: doutrina, legislação e jurisprudência. 2.ed. São Paulo: Jurídica Brasileira, 2004.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; VASCONCELOS, Rita de Cássia Corrêa de. O mandado de segurança na disciplina da lei 12.016, de 07.08.2009. *Revista de Processo*, São Paulo, *Revista dos Tribunais*, v. 34, n.177, p. 185-208, nov. 2009.

XAVIER, José Tadeu Neves. Perfil atual do mandado de segurança coletivo: a delimitação do objeto e de sua legitimidade ativa. *Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 18, n. 71, p. 113-140, nov./dez. 2015.

ZANETI JÚNIOR, Hermes. O novo mandado de segurança coletivo. Salvador: Juspodivm, 2013.

ZAVASCKI, Teori Albino. O Ministério Público e a defesa de direitos individuais homogêneos. *Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, n. 29, p. 29-40, jan. 1993.

ZAVASCKI, Teori Albino. Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 2006.

ZUFELATO, Camilo. Da legitimidade ativa ope legis da Defensoria Pública para o mandado de segurança coletivo: uma análise a partir do microsistema de direito processual coletivo brasileiro e o diálogo das fontes. *Revista de Processo*, São Paulo, *Revista dos Tribunais*, v. 37, n. 203, p. 321-343, jan. 2012.

DIREITO AO CONTRADITÓRIO E OS ARGUMENTOS DE PRINCÍPIO: REFLEXÕES SOBRE A DECISÃO JUDICIAL NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015*

FRANCISCO JOSÉ BORGES MOTTA**

* O presente artigo vai ao encontro do projeto de pesquisa PROCESSO, DEMOCRACIA E DECISÃO JURÍDICA: A AUTONOMIA DO DIREITO E AS GARANTIAS PROCESSUAIS DOS BENS PÚBLICOS IN-DISPONÍVEIS EM DEMOCRACIAS CONSTITUCIONAIS desenvolvido junto ao Mestrado em Direito da FMP.

** Doutor e mestre Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). Professor da Faculdade Escola Superior do Ministério Público (FMP). Promotor de Justiça no Estado do Rio Grande do Sul.

Venho tentando contribuir, já há algum tempo¹, para o tema da *decisão jurídica democrática*, por meio de uma releitura da tese da única resposta correta, de Ronald Dworkin, a partir de uma aproximação com a *Crítica Hermenêutica do Direito*, de Lenio Streck. Para tanto, a certa altura, estabeleci um diálogo, por um lado, com o pensamento de Ovídio Baptista da Silva² e, por outro, com a chamada *Escola Mineira de Processo*.³

Sustentei, então, que uma compreensão constitucionalmente adequada do processo jurisdicional deveria harmonizar pelo menos duas noções: a primeira, de que o processo democrático deveria gerar, como resultado, respostas consistentes com a integridade do Direito; a segunda, de que, para tanto, deveria viabilizar *participação*, assegurando que as partes atuassem, *decisivamente*, para a construção do provimento jurisdicional.

Veja-se que endosseï, para tanto, a concepção de que o procedimento é a atividade de preparação de provimentos estatais, caracterizado por uma interconexão normativa entre os atos que o compõem, pela qual o cumprimento de uma norma de sequência é pressuposto da incidência de outra norma e da validade do ato nela previsto; e de que o processo é uma espécie de procedimen-

to, caracterizado pela participação, na atividade de preparação, dos interessados, juntamente com o autor do próprio provimento; e isso de uma forma bastante específica, ou seja, em contraditório (Cattoni de Oliveira, a partir da tese de Fazzalari, desenvolvida por Aroldo Plínio Gonçalves).

Claro que o contraditório, aqui, transcende a mera bilateralidade de audiência (ação e reação processuais). Trata-se, isso sim, da garantia de participação efetiva de todos os interessados no processo de formação do provimento jurisdicional. E isso implica assegurar – para seguir falando com Dworkin – os contraditores problematizem a causa por meio de *argumentos de princípio*, que deverão ser efetivamente enfrentados na decisão judicial, de modo que esta espelhe não só uma teoria compartilhada entre os atores processuais, mas também, substancialmente, *uma teoria principiológicamente coerente com a integridade do Direito*. Ou seja: tratava-se de concretizar o dever fundamental de fundamentar as decisões judiciais em argumentos de princípio.

Pretendo, agora, retomar o assunto, na esteira do advento do novo Código de Processo Civil de 2015 (Lei nº 13.105, de 16.03.2015). O CPC/2015 amplia, notavelmente, as exigências do dever de fundamentação das decisões judiciais (art. 489, §1º do CPC/2015), além de densificar normativamente o direito ao contraditório (vejam-se, por exemplo, os arts. 9º e 10 do CPC/2015) e de prestigiar, textualmente, os critérios de *coerência* e *integridade* como padrões a serem observados por juízes e tribunais na sua atividade jurisdicional (art. 926 do CPC/2015⁴). Meu objetivo, com o presente trabalho, é, a par de fornecer alguns subsídios com os quais, penso, devam ser lidas as inovações contempladas no CPC/2015, resgatar a contribuição crítica de Ovídio Baptista da Silva para o pensamento processual contemporâneo. É uma forma de homenagem, sim; mas, sobretudo, de aprendizado.

1 O presente texto consiste, para que se tenha uma ideia, da releitura de reflexões que agrupei ainda em 2010, por ocasião da participação em um evento em homenagem ao professor Ovídio Baptista da Silva. O resgate deste trabalho tem uma dupla função: uma, de reposicionar meus argumentos à luz do CPC/2015; outra, e principal, de demonstrar como o pensamento de Ovídio Baptista (que faleceu anos antes do advento do novo código) segue notavelmente atual.

2 Especialmente, como argumentarei ao longo deste ensaio, no que toca à responsabilidade política dos juízes e ao dever de fundamentação completa da decisão judicial.

3 Em síntese, venho defendendo que é possível harmonizar parte importante do *procedimentalismo* de corte habermasiano, na leitura que é feita pela Escola Mineira de Processo (da qual são integrantes Marcelo Cattoni, André Leal e Dierle Nunes, para citar apenas estes), com a postura *substancialista* que defendo, com base nas lições de Dworkin e Streck. Primeiro, porque há pontos de contato bastante evidentes: basta lembrar que ambas as teorias concebem a decisão judicial como um problema democrático, a ser resolvido, de alguma forma, mediante uma leitura forte dos princípios constitucionais. Segundo, porque é possível identificar uma relação bem mais de complementaridade, e não tanto de oposição, entre nossas principais propostas. Note-se, a propósito, que o construtivismo principiológico de Dworkin foi acolhido pelo próprio Habermas (HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: Entre Facticidade e Validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, v. I, p. 261-76), no sentido de concordar que as normas jurídicas contêm um conteúdo moral que, embora traduzido para o Direito, possibilita ao indivíduo atuar juridicamente por exigência moral, reconhecendo, no entanto, ao Direito e às normas jurídicas especificidades tais que impedem que o Direito seja considerado um caso especial de aplicação da moral; bem assim, Habermas acredita, com Dworkin, na natureza deontológica e não diretamente axiológica da validade jurídica (STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.).

4 Reconheça-se que a participação de Lenio Luiz Streck foi decisiva para a incorporação, pelo CPC/2015, desta criteriológica. A atuação de Lenio deu-se tanto na defesa doutrinária de que as decisões judiciais devam respeitar coerência e integridade (e.g.: STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014; STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013) quanto na sugestão específica de emenda à redação inicial do dispositivo no Anteprojeto.

Argumentando com princípios

A premissa deste estudo é a seguinte: a decisão judicial, nos quadros de um Estado constitucional, é, sobretudo, uma questão de democracia. Isso equivale a dizer que a decisão judicial deve ser justificada e construída democraticamente. Desenvolverei aqui essa proposição a partir de um ponto de vista substantivo, visando a demonstrar, a partir de uma aproximação com o pensamento de Ronald Dworkin, quais os padrões que devem ser adotados pelo Poder Judiciário na construção de soluções qualitativamente legítimas e garantidoras da autonomia do Direito.

Vejam. É célebre a distinção que Dworkin traça entre os argumentos de política e os argumentos de princípio. Nas suas palavras, “os argumentos de política justificam uma decisão política, mostrando que a decisão fomenta ou protege algum objetivo coletivo da comunidade como um todo”; já os “argumentos de princípio justificam uma decisão política, mostrando que a decisão respeita ou garante um direito de um indivíduo ou de um grupo”.⁵ Frise-se que se trata, ambos, de argumentos “políticos” em um sentido mais amplo. O que a distinção quer deixar mais sensível é que há argumentos de princípio político (que recorrem aos direitos políticos de cidadãos individuais) e argumentos de procedimento político (que exigem que alguma decisão particular promova alguma concepção do bem-estar geral ou do interesse público).⁶ Tenhamos presente que, para o autor norte-americano, um direito político é um objetivo político individuado.⁷

Assim, enquanto o princípio é um padrão que favorece um “direito”, a política é um padrão que estabelece uma “meta”. Dessa forma, os argumentos de princípio são argumentos em favor de um direito, e os argumentos de política são argumentos em favor de algum objetivo de cariz coletivo, geralmente relacionado ao bem comum. Dito de outro modo, “os argumentos de princípio são argumentos destinados a estabelecer um direito individual; os argumentos de política são argumentos destinados a estabelecer

um objetivo coletivo”; ou, de forma mais direta: “os princípios são proposições que prescrevem direitos; as políticas são proposições que descrevem objetivos”.⁸

Dworkin sustenta a tese de que as decisões judiciais devem ser geradas por princípios, e não por políticas. Quer dizer, se determinado arranjo constitucional aceita que o Poder Judiciário tome decisões políticas importantes (é o que acontece tanto no contexto norte-americano quanto no brasileiro, diga-se), deve-se refletir sobre quais motivos, em suas mãos, são bons motivos; e a visão de Dworkin é a de que o Poder Judiciário deve tomar decisões de princípio, decisões sobre quais direitos as pessoas têm sob determinado sistema constitucional (sempre tendo em conta o princípio básico de que o governo deve tratar as pessoas como iguais⁹), e não decisões sobre como se promove o bem-estar geral.¹⁰ Trata-se de atribuir ao Poder Judiciário a tarefa de zelar pelo caráter democrático de uma comunidade, notadamente, no que toca ao resguardo da igualdade de poder político. Perceba-se que um Estado assim constituído (tendo nos direitos seu centro gravitacional) encoraja cada indivíduo a supor que suas relações com outros cidadãos e com o próprio governo são questões de justiça; e é para isso que se aposta num fórum independente, no fórum do princípio (até mesmo porque, para o autor, a justiça, no fim das contas, é uma questão de direito individual, não, isoladamente, uma questão de bem público).¹¹

8 DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 141.

9 Acompanho Dworkin na premissa de que um Estado democrático somente encontrará justificativa moral e política se, por meio do Direito, vier a garantir igual consideração e respeito pelos seus cidadãos. E isso porque “democracia”, na linguagem do jusfilósofo norte-americano, implica a compreensão de que a maioria não deve ser sempre a juíza suprema de quando seu próprio poder deve ser limitado para protegerem-se os direitos individuais; em outras palavras, o fato de as decisões coletivas serem sempre, ou normalmente, as decisões que a maioria dos cidadãos tomaria se fossem plenamente informados ou racionais não é nem uma meta nem uma definição da democracia. Na realidade, o “objetivo da democracia tem de ser diferente: que as decisões coletivas sejam tomadas por instituições políticas cuja estrutura, composição e modo de operação dediquem a todos os membros da comunidade, enquanto indivíduos, a mesma consideração e o mesmo respeito”; mantém-se a necessidade de que as decisões políticas do dia a dia sejam tomadas por agentes políticos escolhidos nas eleições populares, mas esses procedimentos majoritários são requeridos “em virtude de uma preocupação com a igualdade dos cidadãos, e não por causa de um compromisso com as metas da soberania da maioria”. DWORKIN, Ronald. *O Direito da Liberdade: A Leitura Moral da Constituição Norte-Americana*. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 24-6.

10 DWORKIN, Ronald. *Uma Questão de Princípio*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 101.

11 *Ibidem*, p. 38-9.

5 DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 129.

6 DWORKIN, Ronald. *Uma Questão de Princípio*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 6.

7 DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 142.

Pois bem. Defendo que essa compreensão pode ser transposta para o âmbito do processo jurisdicional, de modo a delimitar a legitimidade da argumentação a ser desenvolvida pelos contraditores. As tarefas de Hércules, o metafórico juiz inventado por Dworkin para ilustração das bases da responsabilidade judicial¹², devem ser, assim, distribuídas entre todos os envolvidos na relação jurídica processual. Devemos cobrar não só do juiz, mas também de todos os sujeitos processuais (necessariamente interessados no resultado do processo, a quem se assegura, pois, a participação), que levem os direitos a sério, que formulem teorias coerentes sobre a natureza desses direitos. E que argumentem, pois, em favor desses direitos, articulando argumentos de princípio.

Tenha-se presente, assim, que a questão que orientará o debate é a de que há respostas corretas em Direito, compreendidas essas como aquelas que melhor resolvam, caso a caso, a dupla exigência de fazer com que a decisão se harmonize o melhor possível com a história institucional do Direito e, ao mesmo tempo, se atualize (justifique) conforme a moral política da comunidade.¹³ Uma proposição correta, nesse contexto, faz parte da melhor justificativa que se pode oferecer para o conjunto de proposições jurídicas tidas como estabelecidas.

Lembro que, para Dworkin, há duas dimensões ao longo das quais se deve julgar se uma teoria fornece a melhor justificação dos dados jurídicos disponíveis: a dimensão da adequação e a dimensão da moralidade política.¹⁴ A dimensão da adequação supõe que uma teoria política é uma justificativa tanto melhor do que outra na medida em que alguém que a sustentasse pudesse, a serviço dela, aplicar mais daquilo que está estabelecido do que alguém que justificasse a outra; já a segunda dimensão, a dimensão da

moralidade política, supõe que, se as duas justificativas oferecem uma adequação igualmente boa aos dados jurídicos (o que é raro), uma delas, não obstante, oferece uma justificativa melhor do que a outra se for superior enquanto teoria política ou moral, isto é: se apreende melhor os direitos que as pessoas realmente têm.¹⁵ Nesse contexto, o jusfilósofo norte-americano julga “extremamente improvável” que se demonstre que, num caso particular, em meio a um “sistema jurídico complexo e abrangente”, não houvesse nenhum argumento a favor de qualquer dos lados que pudesse ser considerado comparativamente mais forte, ou seja, que duas teses se ajustem igualmente bem ao “conteúdo jurídico relevante”.¹⁶

Seja como for, nessa perspectiva, o conteúdo do debate processual passa, com os princípios¹⁷, a problematizar questões de “direitos e deveres”¹⁸ (e não sobre o “bem comum”). Isso é uma forma de blindagem do caráter democrático da comunidade, uma questão de isonomia. E insisto: não há nenhuma boa razão para que se atribua apenas ao juiz, e não também aos demais sujeitos processuais, a responsabilidade pela construção da teoria que mais bem resolva o caso judicializado, nos termos acima anunciados. Todos têm – em especial, os destinatários do provimento jurisdicional –, no âmbito jurisdicional, de argumentar em favor de direitos e, portanto, principiologicamente.¹⁹

15 DWORKIN, Ronald. *Uma Questão de Princípio*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 213.

16 *Ibidem*, p. 215.

17 Importante dizer: quando falo na articulação de princípios na prática jurídica, o conceito de princípio que endosso é aquele nominado por Rafael Oliveira (com marco em Esser) de *pragmático-problemático*. Assim, o “significado base de nossa pergunta (pelo conceito de princípio) é aquele apresentado por último e que nomeamos – com Esser – *princípios pragmático-problemáticos*, que estão ligados ao momento de concretização do direito, na decisão judicial e na problematidade do caso concreto. Também as questões político-sociais apresentadas refletem uma preponderância das discussões jurídicas no âmbito das decisões judiciais. Assim, a pergunta pelo conceito de princípio já recebe uma espécie de resposta parcial: o significado privilegiado para o conceito de princípio no momento atual das teorias e filosofias do direito é o *pragmático-problemático*”. OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *Decisão Judicial e o Conceito de Princípio: a hermenêutica e a (in)determinação do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 86.

18 DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 76.

19 É claro que seria um caso de *superinterpretação* afirmar que o legislador do CPC/2015 endossou essa perspectiva. Mas é possível encontrar, sim, ao longo do Código, diversas proposições normativas que favorecem uma interpretação principiológica do processo civil. Basta, para ilustrar este ponto, atentar para o disposto no art. 1º do CPC/2015, em que se endossa, expressamente, a força normativa da Constituição.

12 Diz Dworkin, sobre a sua criação: “Eu suponho que Hércules seja juiz de alguma jurisdição norte-americana representativa. Considero que ele aceita as principais regras não controversas que constituem e regem o direito em sua jurisdição. Em outras palavras, ele aceita que as leis têm o poder geral de criar e extinguir direitos jurídicos, e que os juízes têm o dever geral de seguir as decisões anteriores de seu tribunal ou dos tribunais superiores cujo fundamento racional (*rationale*), como dizem os juristas, aplica-se ao caso em juízo”. DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 165.

13 ROCHA, Leonel Severo. *Epistemologia Jurídica e Democracia*. 2. ed. São Leopoldo: Unisinos, 2003, p. 99.

14 DWORKIN, Ronald. *Uma Questão de Princípio*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 213.

Nessa resumida linha de raciocínio é que passo a tratar, no ponto seguinte, da importância da cláusula do contraditório para a construção de um processo jurisdicional democrático.

O direito ao contraditório

Corriqueiramente, lê-se que o processo é “o instrumento pelo qual se exerce a jurisdição”, e que o “procedimento seria a forma pela qual os atos e as fases processuais se sucedem”; observa Marcelo Cattoni, contudo, que essas concepções seriam caudatárias de um critério teleológico (no caso do processo) e de uma compreensão do processo como relação jurídica (no caso do procedimento), ambas inadequadas para o marco constitucional, já que velariam uma compreensão “estatalista” da jurisdição.²⁰ Com razão. De fato, o pano de fundo da chamada “instrumentalidade do processo”, nas suas mais diversas facetas, é uma espécie de “legitimidade prévia da função ou poder jurisdicional”, já que a jurisdição não deixa de ser entendida como a “atividade do juiz, ora abordada como segmento de atividade estatal, ora como explicitação do poder do Estado”.²¹ Há ligação clara, portanto, entre uma compreensão institucionalmente fraca do processo e a falta de democracia processual. Conforme acentua Lenio Streck, o enfoque “instrumentalista” do processo admite a existência de escopos metajurídicos (social e político, por exemplo), permitindo ao juiz

realizar determinações jurídicas, mesmo que não contidas no direito legislado, com o que “o aperfeiçoamento do sistema jurídico dependerá da ‘boa escolha dos juízes’ e, conseqüentemente, de seu (‘sadio’) protagonismo”; ora, isso nada mais é do que a “prevalência do velho positivismo”.²²

Perceba-se: por um lado, o positivismo jurídico (que, pela doutrina da discricionariedade judicial, deixa fora de suas cogitações o acerto ou o erro da decisão judicial²³) convive bem com um modelo de processo centrado na figura do juiz (como em Bülow²⁴ e Dinamarco); por outro, assim como os princípios ingressam na prática do Direito como resposta à discricionariedade judicial (lembramos do debate Hart-Dworkin), o reforço técnico e institucional do processo, com o policentrismo próprio do constitucionalismo contemporâneo, aparece para a teoria processual como forma de enfrentamento das experiências próprias do Estado liberal (modelo liberal de processo) e social (modelo social de processo). Trata-se, aqui, da promoção de um ajuste teórico entre o estudo do direito processual e o marco do Estado Democrático de Direito (daí falar-se em modelo democrático de processo).

Com isso em mente, retomo a lição de Cattoni de Oliveira, para quem, como adiantei em minhas considerações iniciais, procedimento “é a atividade de preparação de provimentos estatais”, caracterizado por uma “interconexão normativa entre os atos que o compõem”, pela qual “o cumprimento de uma norma da sequência é pressuposto da incidência de outra norma e da validade do ato nela previsto”; já o processo “caracteriza-se como uma espécie de procedimento pela participação na atividade de preparação

20 OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. Processo e Jurisdição Constitucional. In: OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de (Coord.). *Jurisdição e Hermenêutica Constitucional no Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p. 447-8. Veja-se que, para Cândido Rangel Dinamarco (fundador da Escola da Instrumentalidade do Processo no país), a jurisdição é “uma das expressões do poder estatal”, sendo que a legitimidade do sistema processual estaria na sua “compatibilidade com a carga de valores amparados pela ordem sócio-político-constitucional do país”; assim, a legitimidade da jurisdição seria um “fenômeno sociológico”, que se manifestaria por meio de “aceitação geral do poder” DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 387-8. Averbo que os vínculos entre a Instrumentalidade do Processo e a doutrina estatalista – que edificou o Estado liberal do continente europeu do século XIX –, já foram bem evidenciados por Rafael Tomaz de Oliveira e Georges Abboud no seu *O Dito e o Não-dito sobre a instrumentalidade do processo: críticas e projeções a partir de uma exploração hermenêutica da teoria processual*, In: *Revista de Processo*, 166, ano 33. Dezembro de 2008, pp. 27-70.

21 LEAL, André Cordeiro. *Instrumentalidade do Processo em Crise*. Belo Horizonte: Mandamentos, Faculdade de Ciências Humanas, FUMEC, 2008, p. 138-9.

22 STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica, Constituição e Processo*, ou de “Como Discricionariedade não Combina com Democracia”: O Contraponto da Resposta Correta. In: OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; MACHADO, Felipe (Coord.). *Constituição e Processo: A Contribuição do Processo ao Constitucionalismo Democrático Brasileiro*. In: OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; MACHADO, Felipe (Coord.). *Constituição e Processo: A Contribuição do Processo ao Constitucionalismo Democrático Brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 10.

23 Como lembra Kaufmann, o positivismo jurídico, pautado na doutrina da discricionariedade, não se ocupa de tematizar (no nível da validade) o conteúdo *bom* ou *mau* de uma *decisão judicial*, já que “no quadro do campo da discricionariedade, a sua decisão está sempre certa”. KAUFMANN, Arthur. *A Problemática da Filosofia do Direito ao Longo da História*. In: KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried (Orgs.). *Introdução à Filosofia do Direito e à Teoria do Direito Contemporâneas*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 2002, p. 157.

24 Consultar: BÜLOW, Oskar Von. *La Teoría de las Excepciones Procesales y los presupuestos procesales*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1964.

do provimento dos interessados, juntamente com o autor do próprio provimento”; e, no caso específico do processo jurisdicional, “essa participação se dá de uma forma específica, dá-se em contraditório”.²⁵ Note-se que a “essência” desse contraditório está exatamente “na simétrica paridade de participação, nos atos que preparam o provimento, daqueles que nele são interessados porque, como seus destinatários, sofrerão seus efeitos”.²⁶

Essa “participação” de que falo tem de se concretizar na efetiva garantia de influência da argumentação das partes na formação do conteúdo dos provimentos; cuida-se de exigência a ser cumprida, inclusive, por um “dever de consulta” do juiz aos demais atores processuais, de modo a evitar que a resolução judicial possa, de alguma forma, caracterizar para estes uma “surpresa”; disso resultará, como percebe Theodoro Júnior, “um temperamento para o aumento dos poderes do juiz provocado pela função social e publicística do processo forjada ao longo do século XX”.²⁷

Em linhas gerais, endossa-se a leitura de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, quando propõe uma espécie de “conteúdo mínimo do princípio do contraditório”, nestes termos:

insta a que cada uma das partes conheça as razões e argumentações expendidas pela outra, assim como os motivos e fundamentos que conduziram o órgão judicial a tomar determinada decisão, possibilitando-se sua manifestação a respeito em tempo adequado (seja mediante requerimento, recursos, contraditas, etc.). Também se revela imprescindível abrir-se a cada uma das partes a possibilidade de participar do juízo de fato, tanto na indicação da prova quanto na sua

formação, fator este último importante mesmo naquela determinada de ofício pelo órgão judicial. O mesmo se diga no concernente à formação do juízo de direito, nada obstante decorra dos poderes de ofício do órgão judicial ou por imposição da regra *iura novit curia*, pois a parte não pode ser surpreendida por um novo enfoque jurídico de caráter essencial tomado como fundamento da decisão, sem ouvida dos contraditórios.²⁸

Note-se, a propósito, que o CPC/2015 encampou, em grande medida, essa compreensão dinâmica ou substantiva do direito ao contraditório. Não pode ser surpreendente, portanto, que o art. 9º do CPC/2015 diga que “não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida”; que o art. 10 do CPC/2015 disponha que o “juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício”; ou que, no art. 489, 1º, IV, do CPC/2015, se leia que não pode ser considerada fundamentada uma decisão que não enfrente “todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador”. Trata-se, tão somente, e já com algum atraso, de se levar a sério a garantia constitucional do contraditório.

Mas é importante ir ainda além. Lembro, nesta altura, que esse contraditório tem conteúdo. Equivale a dizer, a argumentação das partes, no âmbito jurisdicional, para que influencie de forma legítima na construção da decisão, deve ter matriz principiológica (essa é a fonte de sua autoridade). É tarefa de todos os atores processuais, portanto, a observância dos padrões de coerência e integridade do Direito (lembremos o art. 926 do CPC/2015), coisa que, insisto, encontra justificativa na preservação do caráter democrático da comunidade. Assim é que se reconstrói, validamente, a história institucional do direito.

25 OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. Processo e Jurisdição Constitucional. In: OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de (Coord.). *Jurisdição e Hermenêutica Constitucional no Estado Democrático de Direito*, Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p. 448.

26 OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. Processo e Jurisdição Constitucional. In: OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de (Coord.). *Jurisdição e Hermenêutica Constitucional no Estado Democrático de Direito*, Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p. 450.

27 THEODORO JÚNIOR, Humberto. Constituição e Processo: Desafios Constitucionais da Reforma do Processo Civil no Brasil. In: OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; MACHADO, Felipe (Coord.). *Constituição e Processo: A Contribuição do Processo ao Constitucionalismo Democrático Brasileiro*, op. cit., p. 252-3. Nesse texto, o autor chama a atenção para o fato de que o Supremo Tribunal Federal, ao explorar o direito comparado (em especial, precedentes da Corte Constitucional da Alemanha), já fez a referência de que o “contraditório” englobaria, num apertado resumo: (1) direito à informação; (2) direito de manifestação; e (3) direito de ver seus argumentos considerados (STF, Pleno, MS 24.268/MG, Rel. p/acórdão Min. Gilmar Mendes, ac. 05.02.2004, RTJ 191/922).

28 OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. A Garantia do Contraditório. In: *Revista da Ajuris*. Porto Alegre, n. 74, 1998, p. 114-5. Mas há uma ressalva importante: diferentemente de mim, Alvaro de Oliveira não dispensa o julgador de resolver o “conflito” entre a obediência a um “mínimo” de contraditório e o “direito fundamental à efetividade do processo” mediante a “técnica da ponderação dos valores e o equilíbrio dos interesses em jogo no caso concreto”. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. A Garantia do Contraditório. In: *Revista da Ajuris*. Porto Alegre, n. 74, 1998, p. 117-8.

Com isso assimilado, argumentarei, na sequência, que a renunciada garantia de influência (decorrência de uma leitura democrática do contraditório) encontra complemento no dever de fundamentação completa da decisão judicial, em termos de algum modo semelhantes aos preconizados por Ovídio Baptista da Silva.

Uma parada necessária: o pensamento de Ovídio Baptista da Silva sobre a problemática da decisão judicial

Posicionadas as premissas, é chegada a hora de fazer o destaque do pensamento de Ovídio Baptista sobre a problemática da decisão judicial. Por caminhos diversos, chegaremos a conclusão semelhante.

Com efeito, para o célebre processualista gaúcho (duro crítico de Dworkin, diga-se²⁹), as soluções do Direito não podem ser “certas” ou “erradas”, e isso porque a história também não pode ser compreendida como “certa” ou “errada”: elas serão apenas “razoáveis”; contudo, deverão ser “suficientemente razoáveis”, ou seja, alicerçadas em “fundamentos válidos”, em que não estejam ocultas as “verdadeiras razões de decidir”.³⁰ Desta sorte, partindo-se do princípio de que o texto legal comporta “duas ou mais compreensões”, não esgotará o juiz a sua atividade com a indicação de que tal ou qual norma legal incidiu sobre o julgado; ele não poderá escolher “livremente” o sentido que lhe pareceu adequado: o juiz, apoiado nas “circunstâncias do caso” (e, aqui, há

referência constante à norma do artigo 131 do CPC/1973), deve indicar as razões pelas quais optou por um (e não por outro) dos chamados “sentidos possíveis da norma”.³¹ Vale dizer, a exigência é a de que a motivação do ato jurisdicional seja “completa”, abrangendo tanto a versão aceita pelo julgador quanto as razões pelas quais ele recusara a versão oposta, e isso porque o “convencimento judicial” deve alcançar “o nível de racionalidade exigido pela lei”; a sentença deve conter, pois, argumentos convincentes sobre a “impropriedade ou a insuficiência das razões ou fundamentos de fato e de direito usados pelo sucumbente”, de modo que a fundamentação deve ser “ampla”, compreensiva de “todos os aspectos relevantes do conflito”, em especial, a “análise crítica dos fatos”.³²

Deste ponto em diante, para que meu argumento (de que é possível de algum modo harmonizar as propostas de Ovídio com aquilo que defendo, com inspiração em Dworkin) não se perca, é necessário um cuidado adicional: é preciso superar a chamada “cegueira ideológica” – a impossibilidade absoluta de que algumas pessoas que trabalhem em paradigmas diferentes se entendam e possam manter um diálogo produtivo.³³ Isso somente será possível se conseguirmos conquistar o horizonte das perguntas que Ovídio procurava responder. É que ele estava, certamente, menos preocupado com o ativismo judicial (ou com o protagonismo judicial, por mim criticado³⁴) do que com a apatia dos juizes racionalistas, ditos “irresponsáveis”, que se entendiam “proibidos” de interpretar.

Procurarei explicar isso melhor. Para Ovídio, o direito processual civil estaria inegavelmente comprometido com o chamado paradigma racionalista, que tentou fazer do Direito uma ciência sujeita aos princípios metodológicos utilizados pelas matemáticas, como se fosse possível trabalhá-lo como um “conjunto sistemático de conceitos, com pretensão à eternidade”, desvinculado

29 O último texto publicado pelo professor Ovídio, no qual se defende fortemente a discricionariedade judicial, pode ser lido como uma espécie de *libelo* contra Dworkin. Segundo Ovídio, Dworkin preocupa-se com o “direito”, e não com os “fatos”, aspecto que tornaria sua doutrina academicista e iluminista, com pretensões metafísicas. BAPTISTA DA SILVA, Ovídio. *Epistemologia das Ciências Culturais*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2009, *passim*. Escrevi, no meu *Levando o Direito a Sério*, que, na base dessas críticas, está o fato de que o processualista gaúcho jamais esteve disposto a ler Dworkin em sua “melhor luz”. Na verdade, defendi que há uma questão semântica não superada na leitura do professor Ovídio, deflagrada exatamente com relação ao conceito de discricionariedade judicial, que, apenas no seu sentido forte, é criticado por Dworkin (aspecto que, apesar de ser decisivo para que a discussão possa ser produtiva, parece ter sido negligenciado pelo professor Ovídio).

30 BAPTISTA DA SILVA, Ovídio. *Jurisdição, Direito Material e Processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 140-1.

31 BAPTISTA DA SILVA, Ovídio. *Jurisdição, Direito Material e Processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 148-9.

32 *Ibidem*, p. 150.

33 BAPTISTA DA SILVA, Ovídio. *Processo e Ideologia: O Paradigma Racionalista*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 101.

34 MOTTA, Francisco José Borges. *Levando o Direito a Sério: uma crítica hermenêutica ao protagonismo judicial*. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

da História.³⁵ A busca pela certeza do direito, como ideal do racionalismo, teria sido exacerbada pela desconfiança com que a Revolução Europeia encarava a magistratura e seus compromissos com o *Ancien Régime*, o que desaguarda na era das grandes codificações do direito europeu e na criação de um *sistema burocrático* da organização judiciária, isto é, a função judicial fora assimilada como a de um funcionário público comum, rigorosamente submetido às cortes judiciárias superiores e aos órgãos do governo.³⁶ Assim, o que voltou a emergir (num contexto de apego ao procedimento da *actio romana*, em detrimento da tutela interdital³⁷) foi o predomínio absoluto do valor *segurança* em detrimento do valor *justiça*, enquanto polaridades antagônicas na constituição da ideia de Direito; nessa linha, o espírito científico moderno teria tratado de submeter o pensamento jurídico aos métodos e princípios das ciências da natureza, ou das ciências lógicas, como a matemática.³⁸ Essa caminhada nos teria legado uma relação estreita entre o nosso conceito de *jurisdição* e as doutrinas que sustentavam a formação do Estado Absoluto. Exemplo disso seria a recorrente noção de “neutralidade” do juiz. Para Ovídio, essa (pretensa) neutralidade seria mais uma consequência, ou um reflexo, da neutralidade do

Estado, tido como um dispositivo “técnico” capaz de servir a todas as possíveis ideologias.³⁹ Afinal, estaríamos cumprindo o projeto de Thomas Hobbes: a lei (produto do arbítrio do soberano) seria a exclusiva medida da justiça,⁴⁰ de modo que a magistratura fica subordinada às leis (não lhe cabe encontrar outros critérios de justiça, para o caso concreto, que já não venham indicados no texto legal) e, em especial, ao poder do soberano.⁴¹

Erígida nessas bases políticas e filosóficas, a ciência do direito processual civil teria nascido assim comprometida com o ideal racionalista, que acabou transformando o Direito em uma ciência em busca da verdade, análoga à matemática (Leibniz), sem qualquer compromisso com a justiça concreta.⁴² Ainda hoje. Ovídio destaca que, apesar dos avanços que foram alcançados pela Filosofia do Direito durante todo o século XX, nossas instituições, tanto universitárias quanto legislativas, impõem que nos comportemos “dogmaticamente”, ou seja, que pensemos o direito processual civil como um “instrumento conceitual”, ao passo que o “sistema pressupõe que o Direito seja produzido pelo Poder Legislativo”, o que resulta em juízes “irresponsáveis, uma espécie de braço mecânico do Poder”.⁴³ E é para o enfrentamento dessa crise que o processualista sugere a reintrodução de juízos de valor na construção do raciocínio jurídico, o que implica a admissão de que o ato jurisdicional é um ato criador de direito e, nesse sentido, um ato de vontade; perceba-se: não se trata, propriamente, de conferir maiores poderes aos juízes, mas “apenas e simplesmente admitir que

35 BAPTISTA DA SILVA, Ovídio. *Processo e Ideologia: O Paradigma Racionalista*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 1.

36 BAPTISTA DA SILVA, Ovídio. *Jurisdição e Execução na Tradição Romano-Canônica*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 88.

37 Essa distinção entre o procedimento da *actio* (destinada às pugnas de caráter privado, e cujo apego nos teria legado a obrigacionalização do direito material e a decorrente universalização do procedimento ordinário) e a tutela interdital pautada boa parte da obra do professor Ovídio. Não é meu objetivo aqui destacá-la. Contudo, por ser tema recorrente em seus escritos, e apenas para que isso não fique em branco, transcrevo a seguinte (e elucidativa) passagem sobre o assunto: “Como é sabido, o pretor romano – assim como o farão hoje nossos magistrados, ao concederem antecipações de tutela, – podia prover, com base em *summaria cognitio*, emitindo uma ordem, atividade representada pelo célebre veto pretoriano; ou ainda, se não executando diretamente, ao menos permitindo atos executivos, como se dava na *missio in possessionem*, coisas que o *judex*, a quem se confiava o julgamento das *actiones*, não podia fazer, limitados como eram seus poderes a proferir sentenças condenatórias. Em resumo, tanto quando simplesmente ordenava, quanto nos casos em que provia executivamente, a decisão pretoriana resumia-se invariavelmente numa ordem, num veto ou numa permissão, no caso da tutela executiva, protegida por um interdito, que o pretor outorgava em favor daquele a quem concedia autorização para imitar-se na posse”. BAPTISTA DA SILVA, Ovídio. *Da Sentença Liminar à Nulidade da Sentença*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 183-4. Ponto que chama a atenção de Ovídio é que, no deferimento dos interditos, o pretor romano gozava de certa dose de “discricionariedade”, que lhe permitia “decidir” com base em juízos “provisórios”, ou de “probabilidade”.

38 BAPTISTA DA SILVA, Ovídio. *Jurisdição e Execução na Tradição Romano-Canônica*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 89.

39 BAPTISTA DA SILVA, Ovídio. *Jurisdição e Execução na Tradição Romano-Canônica*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 95.

40 *Ibidem*, p. 97. “A doutrina do Estado Absoluto, proposta por Hobbes, onde as leis são produtos, não da razão, mas da vontade do soberano, de modo que estes mandatos sejam os exclusivos critérios do justo e do injusto, foi a primeira condição para que a função judicial se conservasse limitada à pura declaração e aplicação de leis, sem que aos magistrados fosse reconhecido, sequer, o poder de interpretá-las, como depois ocorreu, no início do século XIX, na França.”

41 BAPTISTA DA SILVA, Ovídio. *Jurisdição e Execução na Tradição Romano-Canônica*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 100.

42 *Ibidem*, p. 114. Veja-se, a propósito, a correta observação do professor Ovídio: a questão “não deve dirigir-se à condenação do método cartesiano, cuja importância para o progresso da pesquisa científica moderna ninguém põe em dúvida, mas em tomar-se consciência de que o mal não está no método, e sim na indevida transferência do Direito para o domínio das ciências demonstrativas, ciências das verdades universais e perenes, por sua natureza alheias à História e às transformações sociais”. *Ibidem*, p. 184.

43 BAPTISTA DA SILVA, Ovídio. *Processo e Ideologia: O Paradigma Racionalista*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 2.

eles sempre os tiveram em maior ou menor extensão, segundo as características de cada época”, ou seja, trata-se de devolver ao juiz “os poderes que o Iluminismo lhe recusara”⁴⁴ – observados, porém, determinados critérios capazes de impedir que “a natural discricionariedade do ato jurisdicional se transforme em arbitrariedade”.⁴⁵

Bom. Veremos agora, conclusivamente, como se dá a recepção desse importante contributo para as reflexões que proponho a respeito da decisão judicial democrática.

Conclusão: do direito ao contraditório à decisão judicial gerada por princípios

Sem negligenciar as ameaças que uma leitura apressada do texto do professor Ovídio oferece para a proposta que apresento (afinal, o processualista defende textualmente a discricionariedade judicial, além de afirmar a jurisdição como um ato de vontade – coisa que poderia aproximá-lo do positivismo kelseniano, por exemplo), quero centrar o foco, aqui, em um ponto de convergência. Falo, especialmente, do resgate da responsabilidade político-interpretativa do juiz. Veja-se que, não sem alguma razão, Ovídio não dá por superada, na contemporaneidade, a fase liberal do processualismo, de corte cientificista. Para ele, um produto do paradigma racionalista. É nesse contexto que se encaixa a sua aposta nos juízos de valoração e na discricionariedade judicial: não tanto pela confiança na magistratura (como em Bülow), ou para a implementação de um suposto equilíbrio processual (como nas raízes do modelo social de processo), mas, principalmente, para chamar a atenção para o fato de que os textos legais dependem de interpretação, e de que o direito tem uma dimensão ética, política, pragmática, hermenêutica, que lhe é própria.

Lembro aqui que, por razões distintas, mas com objetivos semelhantes aos de Ovídio, Dworkin exige que os juízes argumentem

44 BAPTISTA DA SILVA, Ovídio. *Processo e Ideologia: O Paradigma Racionalista*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 197 e 201.

45 BAPTISTA DA SILVA, Ovídio. *Jurisdição, Direito Material e Processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 139.

em favor de direitos: trata-se do exercício de sua responsabilidade política – que se consagra no dever de fornecer motivação completa da decisão, para o processualista gaúcho, e no dever de fornecer respostas corretas, para o autor americano.

Sugiro, pois, nessa ordem de reflexões, que se leia a doutrina de Ovídio sobre a discricionariedade como se lê a “tese da resposta correta”, ou seja, como uma teoria sobre a responsabilidade dos juízes, antes do que sobre a sua liberdade decisória. O ponto é que, com o fechamento interpretativo propiciado pela exigência da motivação completa e estruturada das decisões (confirmam-se, novamente, os arts. 10 e 489 do CPC/2015), não tem mais qualquer cabimento a aposta de fichas em um juiz “solitário”, que centralize a dinâmica do processo em torno da sua capacidade individual de decidir. Do contrário. Assim, quando Ovídio reclama que o juiz fundamente suas decisões, está exigindo (muito) mais do que uma explicação dos motivos que o convenceram; está cobrando dele, na verdade, que explicita seu convencimento, por meio da análise crítica da prova, e que justifique a interpretação do direito que entendeu aplicável.⁴⁶ É que o processo se estrutura não como um monólogo, mas como um diálogo; e, nas palavras do próprio Ovídio, a natureza dialógica do processo determina que o juiz:

Assegure o contraditório efetivo a ambas as partes, compreendido nesse princípio o direito, reconhecido a ambos os litigantes, não apenas de alegar e provar suas alegações, mas, fundamentalmente, o direito, reconhecido tanto ao vencedor quanto ao vencido, de obter “respostas” para suas alegações e provas.⁴⁷

É fato: de nada valeria a Constituição assegurar o contraditório se ao julgador fosse possível limitar-se a dizer que o sucumbente participou do processo, fez alegações e produziu provas sobre cujo mérito (demérito), nada se pronuncia.⁴⁸

O que se segue disso tudo é que não há, ainda mais na vigência do CPC/2015, nenhuma razão para que se deixe de cobrar fundamentação (sincera, exaustiva) das decisões judiciais, de modo

46 BAPTISTA DA SILVA, Ovídio. *Jurisdição, Direito Material e Processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 151-2.

47 *Ibidem*, p. 152.

48 *Ibidem*, p. 154.

que os juízes deixem à mostra a “estrutura oculta de suas sentenças, deixando-as assim abertas ao estudo e à crítica”.⁴⁹ E o que se vê é que Ovídio não cobrava menos dos juízes. Ora, desde o momento em que a submissão formal do intérprete ao texto (impossível, porém pressuposta pelo sistema) é deixada para trás, devemos exigir do magistrado que deixe a hipocrisia de lado e assuma a responsabilidade de confessar as verdadeiras razões e fundamentos de suas decisões.⁵⁰ Mesmo porque não há nenhuma possibilidade – e tanto Dworkin como Ovídio sabem bem disso⁵¹ – de protagonizar uma “interpretação neutra” da Constituição ou da legislação que lhe deve obediência. Demandemos dos juízes que se assumam, pois, como intérpretes e agentes políticos. Afinal, “valer-se de uma teoria política não é uma corrupção da interpretação, mas parte do que significa interpretação”.⁵² Nesse ponto, aliás, a razão está com Lenio Streck: a assim denominada “fundamentação” não é mais do que o produto do modo-de-ser-no-mundo do intérprete que o levou a compreender (portanto, no caso do juiz, a decidir) daquele modo; e isso quer dizer que, no caso da decisão judicial, “fundamento” é condição de possibilidade da decisão tomada (isto é, o juiz só decide porque já encontrou o fundamento) – o que, evidentemente, não o desonerará de buscar explicitar esse já-compreendido, mediante o aprimoramento do sentido que lhe foi antecipado.⁵³

E esse aprimoramento do sentido depende, por tudo o que se viu, de um contraditório levado a sério, mediante o qual se assegure a contribuição crítica e efetiva de todos os interessados no processo de formação do provimento jurisdicional. É disso, creio, que tratou o legislador do CPC/2015 ao tornar mais exigente, em termos de garantias constitucionais, o ambiente processual. O contraditório, percebido em sentido material ou dinâmico, estimu-

la as partes a que se somem ao juiz na tarefa de reconstrução da história jurídico-institucional que guiará a solução da causa. Ainda mais especificamente, o contraditório deve, então, permitir que os contraditores problematizem a causa por meio de argumentos de princípio, que deverão ser efetivamente enfrentados na decisão judicial, de modo que esta espelhe não só uma teoria compartilhada entre os atores processuais, mas também, substancialmente, uma teoria principiologicamente coerente com a integridade do Direito (lembremos mais uma vez o disposto no art. 926 do CPC/2015).

Nessa ordem de ideias, torno a dizer que é possível harmonizar as noções que proponho com a contribuição da Escola Mineira de processo. Entenda-se: endosso, por exemplo, a visão do processualista Dierle Nunes quando este sugere uma “leitura do contraditório como garantia de influência no desenvolvimento e resultado do processo”, a permitir que as partes contribuam, de forma crítica, para a formação do julgado.⁵⁴ Aliás, concordo também com a sua observação de que “o comando constitucional que prevê o contraditório e garante um Estado Democrático de Direito já impõe a interpretação do contraditório como garantia de influência a permitir uma participação dos sujeitos processuais na formação das decisões”.⁵⁵ Em realidade, minha divergência com o procedimentalismo que informa a citada Escola Mineira é pontual (apesar de paradigmática): enquanto autores como Dierle defendem que uma concepção deontológica do contraditório como “garantia de influência” assegura uma correção normativa procedimental das decisões (o que vocacionaria o “fluxo discursivo” ao entendimento)⁵⁶, para mim, o fim do processo não é o entendimento, mas a produção de uma boa resposta, de uma resposta que assegure os direitos de quem efetivamente os tem. Essa visão guarda coerência com a concepção de que o Direito é um empreendimento encarregado de assegurar a legitimidade do uso da força coletiva (Dworkin). E essa legitimidade é preservada, em última análise, quando se levam a sério o dever de igualdade de

49 DWORKIN, Ronald *O Império do Direito*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 316.

50 BAPTISTA DA SILVA, Ovídio. *Processo e Ideologia: O Paradigma Racionalista*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 292.

51 Apesar de Ovídio não reconhecer essa característica na obra de Dworkin, como se vê ao longo do seu *Epistemologia das Ciências Culturais*.

52 DWORKIN, Ronald. *Uma Questão de Princípio*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 247.

53 STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica (Jurídica): Compreendemos Porque Interpretamos ou Interpretamos Porque Compreendemos? Uma Resposta a Partir do Ontological Turn*. In: *Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS*. São Leopoldo, 2003, p. 228.

54 NUNES, Dierle José Coelho. *Processo Jurisdicional Democrático: Uma Análise Crítica das Reformas Processuais*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 227.

55 *Ibidem*, p. 229.

56 *Ibidem*, p. 239.

tratamento (*equal concern and respect*) e os direitos individuais dos integrantes da comunidade política.

Defendo que se exija, pois, de todos os sujeitos processuais, que apresentem teorias fundadas em argumentos de princípio, por meio dos quais seja possível uma aferição substancial da conformidade do projeto que apresentam com a materialidade da Constituição e com a integridade do Direito.

À guisa de conclusão: a teoria adotada no provimento jurisdicional não deve espelhar entendimento compartilhado apenas entre os sujeitos processuais e o juiz; também, e substancialmente, esse compartilhamento deve ser empreendido, de forma principio-logicamente coerente, com os demais juízes do passado (história institucional do direito). Parece-me que, bem lido, o CPC/2015 não apenas permite, mas também estimula, essa interpretação.

Referências

ABBOUD, Georgis; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. O Dito e o Não-dito sobre a instrumentalidade do processo: críticas e projeções a partir de uma exploração hermenêutica da teoria processual. In: *Revista de Processo*, 166, ano 33. Dezembro de 2008, pp. 27-70.

BAPTISTA DA SILVA, Ovídio. *Da Sentença Liminar à Nulidade da Sentença*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

_____. *Jurisdição e Execução na Tradição Romano-Canônica*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

_____. *Epistemologia das Ciências Culturais*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2009.

_____. *Jurisdição, Direito Material e Processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

_____. *Processo e Ideologia: O Paradigma Racionalista*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

BÜLOW, Oskar Von. *La Teoría de las Excepciones Procesales y los presupuestos procesales*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-America, 1964.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. *O Direito da Liberdade: A Leitura Moral da Constituição Norte-Americana*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

_____. *O Império do Direito*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. *Uma Questão de Princípio*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: Entre Facticidade e Validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, v. I.

KAUFMANN, Arthur. A Problemática da Filosofia do Direito ao Longo da História. In: KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried (Orgs.). *Introdução à Filosofia do Direito e à Teoria do Direito Contemporâneas*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 2002.

LEAL, André Cordeiro. *Instrumentalidade do Processo em Crise*. Belo Horizonte: Mandamentos, Faculdade de Ciências Humanas, FUMEC, 2008.

NUNES, Dierle José Coelho. *Processo Jurisdicional Democrático: Uma Análise Crítica das Reformas Processuais*. Curitiba: Juruá, 2008.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. A Garantia do Contraditório. In: *Revista da Ajuris*. Porto Alegre, n. 74, 1998.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. Processo e Jurisdição Constitucional. In: OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de (Coord.). *Jurisdição e Hermenêutica Constitucional no Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *Decisão Judicial e o Conceito de Princípio: a hermenêutica e a (in)determinação do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

ROCHA, Leonel Severo. *Epistemologia Jurídica e Democracia*. 2. ed. São Leopoldo: Unisinos, 2003.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica (Jurídica): Compreendemos Porque Interpretamos ou Interpretamos Porque Compreendemos? Uma Resposta a Partir do Ontological Turn*. In: *Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS*. São Leopoldo, 2003.

_____. *Hermenêutica, Constituição e Processo, ou de "Como Discricionariedade não Combina com Democracia": O Contraponto da Resposta Correta*. In: OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; MACHADO, Felipe (Coord.). *Constituição e Processo: A Contribuição do Processo ao Constitucionalismo Democrático Brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

_____. *Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

_____. *Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Constituição e Processo: Desafios Constitucionais da Reforma do Processo Civil no Brasil*. In: OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; MACHADO, Felipe (Coord.). *Constituição e Processo: A Contribuição do Processo ao Constitucionalismo Democrático Brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

UMA REFLEXÃO FILOSÓFICA SOBRE O PROGRAMA DA DECISÃO JURÍDICA: POSTULADO ÉTICO PARA UMA TEORIA DO PRECEDENTE JUDICIAL*

MAURÍCIO MARTINS REIS**

* O presente artigo vai ao encontro do projeto de pesquisa REFLEXÕES FILOSÓFICAS ACERCA DO PROBLEMA NORMATIVO DA INTERPRETAÇÃO JURÍDICA desenvolvido junto ao Mestrado em Direito da FMP.

** Doutor em filosofia pela PUCRS, doutor e mestre em Direito pela UNISINOS, com graduação em Direito e licenciatura em Filosofia pela UNISINOS. Professor da FMP.

O estudo de John Rawls e de vários de seus artigos e conferências invariavelmente ocasiona uma impressão paradoxal – especialmente para o acadêmico de direito (ou para o acadêmico de filosofia que lida de algum modo com o universo jurídico) – de completude inacabada. Isso significa que o território conceitual desse autor se esgota conscientemente no ponto ou na fronteira onde inicia a problemática jurídica por excelência, a saber, a interpretação, tomada aqui no sentido de concretização ou aplicação das normas para a resolução justa e satisfatória de conflitos sociais concretos.¹ Tomando de empréstimo a classificação proposta por Jovino Pizzi, ao afirmar que a ética reivindica hoje um duplo papel, “por um lado, as teorias éticas – voltadas para a fundamentação das normas e princípios – e, por outro, a deliberação em casos concretos”², correspondente esta última ao âmbito das éticas aplicadas, poderíamos dizer que a filosofia de Rawls se inscreve predominantemente, senão exclusivamente, nos domínios de fundamentar os princípios da ação humana.

A justiça procedimental pura de Rawls garante tal predicado destituído de “impurezas”, característico dos inevitáveis ruídos e dissensos de um acordo ou pacto acometido de divergências derivadas da inadequada justaposição de desacordos morais implícitos ou flagrantes, exatamente porque o seu rigor metodológico prévio acerca dos princípios fundamentais resulta mínimo, quase diminuto, ao segregar para os demais degraus de seu sistema a especificidade casuística inerente aos problemas de interpretação.³ E

1 Nossa visão é, portanto, mais condescendente quanto ao pensamento rawlsiano do que supõem alguns estudiosos, os quais, por exemplo, criticam a própria incompletude ou insuficiência (“falhas”) do seu sistema de idéias, cuja plataforma resulta contraposta por uma série de motivos. É o caso das lacunas apresentadas por Herbert Hart, sendo a primeira lacuna derivada do déficit de explicação sobre as razões pelas quais as partes, na posição original, adotariam as liberdades fundamentais de modo a anuir com a sua prevalência e prioridade; a segunda lacuna consistiria na ausência de um critério satisfatório na especificação e ajuste das liberdades fundamentais, enquanto vetor de aplicação, quando do detalhamento das circunstâncias sociais à proporção das etapas constitucional, legislativa e judicial (CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. John Rawls e Teoria da Justiça como Equanimidade Revisada: A Reformulação do Primeiro Princípio de Justiça e a Prioridade das Liberdades Fundamentais no Marco do Liberalismo Político. In: Direito, Política e Filosofia: Contribuições para uma teoria discursiva da constituição democrática no marco do patriotismo constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 79).

2 Ética e éticas aplicadas: a reconfiguração do âmbito moral. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2006, p. 98.

3 Ronald Dworkin chega a dizer que o entendimento comum entre os indivíduos preconizado por Rawls, para efeito de propor o compartilhamento abstrato de determinadas e básicas concepções de justiça, “é extremamente frágil, quase vazio de conteúdo real” (Rawls e o direito. In: A justiça de toga. Traduzido por Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 348).

ao assim proceder, a pureza transforma-se em impureza, cogitando-se, destarte, de leis injustas, por exemplo, no desdobramento dialético descendente da espiral do modelo por ele empregado.⁴

Nas palavras do autor de *Justiça como Equidade*:

Tomar a estrutura básica como objeto primário nos permite ver a justiça distributiva como um caso de justiça procedimental pura de fundo: quando todos seguem as regras publicamente reconhecidas de cooperação, a distribuição específica que daí resulta é aceita como justa, seja qual for. Isso nos permite tomar distância das gigantescas complexidades das inumeráveis transações da vida diária e nos dispensa de ter de acompanhar as mudanças de posição relativa de indivíduos específicos. [...] Os princípios de justiça especificam a forma da justiça de fundo independentemente de condições históricas particulares.⁵

Tais princípios de justiça decorrem da razão pública, cuja competência caracterizaria o objeto de consenso, daquilo que pode contar com o assentimento das diversas doutrinas morais abrangentes, nos marcos de um paradigma compatível com a democracia, os direitos humanos e as teorias científicas incontroversas. Também a razão pública rawlsiana lastrearia a justificação das decisões judiciais, sendo especialmente importante no sentido de propiciar ao julgador “um dever prévio à ponderação, que é o de atribuir um conteúdo razoável [...] aos princípios a serem ponderados”⁶, diversamente do modelo coerencista proposto por

4 Thadeu Weber argumenta, referindo-se a Rawls, que “(S)e a Constituição, para o autor americano, é um ‘procedimento justo’ que visa um ‘resultado justo’, entendendo por procedimento ‘o processo político regido pela Constituição’ e o resultado como sendo a ‘legislação elaborada’, não há garantias de que leis injustas não possam ser estabelecidas” (Ética, Direitos Fundamentais e Obediência à Constituição. VERITAS Porto Alegre v. 51 n. 1. Março 2006 p. 100). Mais adiante, Weber refere: “Ao tratar da justiça política (a justiça da Constituição), Rawls define a Constituição como um ‘procedimento justo’ ou como ‘um caso de justiça procedimental imperfeita’ (T. J., p. 241). Por que imperfeita? Porque as leis estabelecidas a partir dela (da Constituição), como foi dito, podem ser injustas” (*Ibidem*, p. 102).

5 RAWLS, John. Justiça como equidade: uma reformulação. Traduzido por Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 77.

6 DE SOUZA NETO, Cláudio. Ponderação de Princípios e Racionalidade das Decisões Judiciais: Coerência, Razão Pública, Decomposição Analítica e Standards de Ponderação. In: Constitucionalismo Democrático e Governo das Razões. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 149. Citando Rawls, Neto assevera que “o fundamento das decisões judiciais deve se limitar aos que os magistrados ‘julgam fazer parte do entendimento mais razoável da concepção pública e de seus valores políticos de justiça e razão pública’” (*ibidem*). Não é gratuita, portanto, a afirmação de Rawls segundo a qual a Corte Suprema não teria a última palavra em termos de interpretação constitucional, na medida

Dworkin, no qual “somente quando não for possível levar a cabo a harmonização dos princípios, pode o intérprete licitamente atribuir a um deles um peso maior em um caso concreto”.⁷

A abordagem aqui realizada tomará como referência nuclear comentários recentes enunciados por outro importante filósofo contemporâneo norte-americano, Ronald Dworkin, cuja posição tenta desbaratar as premissas mais assentadas da empresa teórica rawlsiana, seja identificando ali alegadas contradições, seja proclamando uma suposta aproximação de seus princípios com o paradigma não positivista ou interpretativista do direito (a se realçar como mais importante).⁸ Tal paradigma aponta para uma dada especificidade decisória diante de uma lacuna jurídica: diferentemente da postura concorrente, a positivista, segundo a qual o magistrado deve agir de modo modesto e limitado, conjecturando como o legislador procederia no caso sob análise, o interpretativismo não vislumbra tal mecanismo moderador de substituição ao parlamento, senão almeja “identificar os princípios procedimentais e substanciais de justiça que melhor justificam o direito da comunidade como um todo e aplicar esses princípios ao novo caso”.⁹

Apesar dessa discrepância entre o programa de um e de outro (coerência e razão pública), o próprio Dworkin cogita, mesmo aduzindo não ter Rawls criado nenhum argumento explícito a favor de qualquer concepção do direito, seja ela positivista, seja interpretacionista, que o autor de *O Liberalismo Político* tenha corroborado de um modo evidente o princípio que sustenta o interpretacionismo com base no modelo coerencial, ao procurar evitar a arbitrariedade e a discriminação conferindo aos juízes um poder de coerência baseado em princípios inclusive nos casos di-

fíceis.¹⁰ O interpretacionismo em Rawls seria flagrante nos termos seguintes.

Agora, porém, suponhamos que os representantes da posição original façam, de fato, a escolha que Rawls pressupõe que fariam. Eles rejeitam o utilitarismo em favor dos dois princípios de justiça, um dos quais dá prioridade a certas liberdades fundamentais, e outro que procura melhorar a situação do grupo social menos privilegiado. Pareceria então natural que eles também escolhessem o interpretacionismo em detrimento do positivismo, uma vez que, a longo prazo, o interpretacionismo seria uma aposta melhor para se alcançar a justiça, tanto em pequena quanto em grande escala. [...] As pessoas que colocam a prioridade lexical na igualdade de liberdade, e depois também consideram prioritário o amparo à situação do grupo social menos privilegiado, serão particularmente sensíveis à possibilidade de ocorrer um pior desempenho nesse estágio legislativo. Elas se preocuparão com o fato de que um legislativo dependente de aprovação majoritária seja muito pressionado a promover os interesses de alguns grupos em detrimento de outros. Portanto, vão sentir-se atraídas pela idéia de um judiciário com poderes e responsabilidades independentes. Serão atraídas pela idéia do controle judicial de constitucionalidade [...]. Elas vão ter esse motivo forte para favorecer uma concepção interpretacionista do direito que considera que as pessoas têm o direito não apenas àquilo que as instituições legislativas determinaram especificamente, mas também à elaboração baseada em princípios de tais determinações. A coerência é a melhor proteção contra a discriminação.¹¹

Dworkin procura dedicar, nos casos difíceis, ou melhor, na forma de sua resolução segundo os parâmetros delineados por Rawls, o motivo para considerar a doutrina da razão pública “difícil de definir e de defender”.¹² Segundo ele, há inúmeras dificulda-

em que a hermenêutica jurídica, se tomada a partir dessas condicionantes, seria uma tarefa muito mais compatível com o trabalho do legislador, eleito democraticamente. Segundo Rawls, “(A) Constituição não é o que a Suprema Corte diz que é. Mais precisamente, ela é o que o povo, agindo constitucionalmente por meio dos outros poderes, por fim permitirá à Corte dizer o que é. Uma interpretação da Constituição pode impor-se à Corte por meio de emendas ou por uma maioria política ampla e duradoura” (*O liberalismo político*. Traduzido por Álvaro de Vita. São Paulo: Martins Fontes, 2011, p. 281).

7 DE SOUZA NETO, *op. cit.*, p. 147.

8 Rawls e o direito. In *A justiça de toga*. Traduzido por Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2010, pp. 341-370.

9 DWORKIN, Rawls e o direito. In *A justiça de toga*, p. 350.

10 Rawls e o direito. In *A justiça de toga*, pp. 353-354. Para demonstrar sua tese, Dworkin cita uma passagem do livro “Teoria da Justiça”, quando Rawls refere que a “exigência de coerência aplica-se, sem Dúvida, à interpretação de todas as normas e às justificações em todos os níveis”. Contudo, noutra obra, posterior, Rawls inclina-se a reivindicar, além do requisito de ajustamento (coerência), “que, para que as decisões do tribunal sejam propriamente decisões judiciais da lei, a interpretação deva estar inserida no âmbito da concepção política pública de justiça ou de uma variante reconhecível dela” (*O liberalismo político*, p. 280), pelo que a diferença entre um modelo e outro tenda a remanescer, apesar de o próprio Rawls suspeitar de uma divergência entre ele e Dworkin de caráter significativo.

11 Rawls e o direito. In *A justiça de toga*, pp. 352-353.

12 Rawls e o direito. In *A justiça de toga*, p. 356.

des para dissociarmos os valores políticos das convicções morais abrangentes.¹³ Ao eleger o exemplo do aborto, um tema jurídico controverso ou difícil sobre o qual Rawls já se manifestou em diversas oportunidades, Dworkin conclui, referindo-se à interpretação da Cláusula de Igual Proteção na Constituição norte-americana, que “a concepção de que um feto não tem interesses e direitos próprios provém de uma posição tão abrangente quanto aquela que afirma o contrário, e não podemos chegar a uma decisão sobre o aborto sem adotar uma dessas duas concepções”.¹⁴

Ao demonstrar a ausência de especificidade do modelo da razão pública, ou ao menos sua porosidade em vista de convicções inevitavelmente morais, Dworkin proclama o xeque-mate, ao sugerir a dependência dos argumentos rawlsianos em relação ao interpretacionismo.¹⁵ Para Dworkin, então, não existiria qualquer concepção de direito despida de uma convicção moral subjacente.¹⁶ Em termos análogos, Dworkin resistiria à defesa argumentativa de Rawls tendente a esclarecer que a sua concepção de justiça “não pode ser considerada um método para responder a questões jurídicas, mas apenas como um quadro que, se os juristas o considerarem convincente, podem, então, orientar suas reflexões, complementar seu conhecimento e ajudar seu julgamento”.¹⁷

13 Rawls e o direito. In *A justiça de toga.*, p. 357.

14 Rawls e o direito. In *A justiça de toga.*, pp. 358-359.

15 Rawls e o direito. In *A justiça de toga.*, p. 359. Para Dworkin, admitida a concepção interpretativista em Rawls, “não precisaremos de uma doutrina à parte, como aquela da razão pública” (*Idem, ibidem*).

16 Rawls e o direito. In *A justiça de toga.*, pp. 359-360. O mesmo debate ocorre diante do tema da desobediência civil: “Para Dworkin, os motivos que levam ou justificam a desobediência civil podem ser os da objeção de consciência ou ‘objeções morais’”. Rawls não admite tal justificação para a desobediência civil, definindo-a, portanto, em sentido mais restrito. A objeção de consciência, para ele, não tem as características da desobediência civil. Ela não apela ao “senso de justiça da maioria”, por não invocar as convicções de uma comunidade. Ela é uma desobediência ou uma “recusa” a uma ordem legal ou administrativa, por “razões de consciência”. Nesse sentido, não é praticada publicamente. Os que a praticam não têm muita esperança de mudar as leis ou políticas, como é o caso da desobediência civil. Via de regra, a objeção de consciência não se baseia em princípios políticos ou em uma concepção política de justiça. Podem ser motivos religiosos, ou pode haver outros fundamentos. A desobediência civil, por sua vez, compartilha de uma concepção pública de justiça, portanto, conhecida pela comunidade. É claro que a objeção de consciência também pode basear-se em motivos políticos” (WEBER, Thadeu. *Ética, Direitos Fundamentais e Obediência à Constituição*. VERITAS Porto Alegre v. 51 n. 1. Março 2006 p. 106).

17 CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *John Rawls e Teoria da Justiça como Equanimidade Revisada: A Reformulação do Primeiro Princípio de Justiça e a Prioridade das Liberdades Fundamentais no Marco do Liberalismo Político*. In *Direito, Política e Filosofia: Contribuições para uma teoria discursiva da constituição democrática no marco do patriotismo constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 93.

Em termos teóricos, talvez as nuances distintivas não sejam tão visíveis quanto no plano da interpretação jurídica concretamente posta: Rawls admite que a resposta da razão pública, que se aplica em especial ao Judiciário em suas decisões enquanto exemplar institucional¹⁸, “deve ser pelo menos razoável, quando não a mais razoável”¹⁹, eis que “a razão pública muitas vezes admite mais de uma resposta razoável a determinada questão”.²⁰ Dessa maneira, os assim denominados casos difíceis, tema tão debatido e particularmente caro a Dworkin, ou seriam deslocados do “altar” puro onde se encontram os princípios passíveis de consenso, ou mesmo relativizados diante de uma aceitável arena impura na qual se encontram²¹, a partir da qual interpretações e mesmo normas inadequadas são tidas por normais ou aceitáveis em uma espécie de “contingência de varejo”, passíveis, por conseguinte, de uma tolerância incompatível com o postulado dworkiniano favorável à resposta correta.

Segundo Rawls, a sua concepção política de justiça não oferece, nem deseja fornecer, também por absoluta impossibilidade, valores que possam resolver todos os impasses legislativos. Que se dirá das controvérsias interpretativas dignas da aplicação de uma lei injusta?²² A sua base consensual contempla, então, um acordo rudimentar apenas passível de ser idealizado no tocante aos elementos constitucionais essenciais e às questões de justiça básica. O filósofo desloca, pois, para as demais dimensões, legislativa e judiciária, na periferia do núcleo fundamental dos princípios e valores elementares de sua concepção política de justiça, a problemática inerente ao conflito entre diferentes concepções acerca de como se devem concretizar tais diretrizes.²³

18 *O liberalismo político*, p. 299.

19 *Ibidem*, p. 291.

20 *Ibidem*, p. 284.

21 Estamos nos referindo à arena correspondente aos estágios legislativo e judiciário.

22 E isso que nem se vai descer aos detalhes das denominadas decisões interpretativas na justiça constitucional, quando, a partir de uma lei legítima, infensa, portanto, à mácula de inconstitucionalidade, várias possibilidades de interpretação resultam aptas a conviver entre si. Há várias obras especializadas apenas nesse assunto: por todos, MEDEIROS, Rui. *A decisão de inconstitucionalidade. Os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 1999.

23 Segundo ele, para ilustrar esse ponto, “há muitas questões da alçada do legislativo que só podem ser resolvidas por votações propriamente influenciadas por valores não-políticos” (*Justiça como equidade: uma reformulação*. Traduzido por Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 58).

Evidentemente, como dito em preliminar, não nos parece que Rawls compartilhe do mesmo pressuposto casuístico de Dworkin, entendida a casuística como uma doutrina ocupada com a articulação da universalidade de uma norma em vista da particularidade de um agir, especialmente as situações mais complicadas e difíceis do mundo da vida.²⁴ Sua concepção é confessadamente política, de cunho universal e pluralista em termos de uma convivência razoável, com o notório desiderato de conformar, a partir de elementos divorciados da metafísica e de ideologias tributárias de doutrinas morais abrangentes, um discurso – por mais reduzido em suas diretrizes mais básicas – normativo de fundamentação elementar.²⁵

Em metáfora, dir-se-ia que, quanto aos problemas práticos do direito, na sua especificidade de controvérsia concreta, Rawls dista de binóculos, enquanto Dworkin rente se encontra, com lupa. Nada obstante, reina entre ambos, assim nos parece diante da interpretação jurídica no seu incindível mister aplicativo situacional, uma complementaridade possível de duas concepções diferentes, de maneira a preferirmos uma visão que os classifique como antípodas inconciliáveis. Se houvésemos de catalogar a casuística dworkiniana no bojo dos modelos atualmente dispensados pelas correntes da filosofia, seria ela diversa dos estritos modelos dedutivo, indutivo e procedimental, enquadrando-se mais eficazmente como uma ética aplicada como hermenêutica crítica.²⁶ Com seu ideal de coerência, Dworkin demonstra, por meio do expediente do equilíbrio reflexivo verificado em Rawls, a liga dialética responsável por unir o problema ao sistema, ou, noutros termos, o caso concreto com sua resposta adequada ao modelo cogente e vinculante das normas constitucionais.

24 PIZZI, *op. cit.* p. 100.

25 Conforme Dworkin, o próprio Rawls não se considerava um filósofo do direito, sendo que ele “de suas principais contribuições à teoria jurídica por meio de sua filosofia política, pois a teoria jurídica é um segmento da filosofia política e Rawls escreveu de modo abstrato sobre a disciplina como um todo” (Rawls e o direito. In *A justiça de toga.*, p. 342). Interessantemente, Dworkin cogita nesse artigo um debate com o seu colega em uma hipotética faceta deste como jurista, ou predominantemente como filósofo do direito.

26 Pizzi descreve todos os quatro modelos, denominando os dois primeiros, respectivamente, de casuística 1 e 2, o terceiro vinculado ao princípio procedimental da ética discursiva (*op. cit.*, pp. 104-107), sendo o último, com esteio em Adela Cortina, aquele mais complexo e menos linear, “pois reúne três vertentes das quais se retroalimenta: das exigências universalistas, que procedem das grandes tradições éticas; as articuladas através do princípio formal da ética discursiva; e, por fim, as pretensões específicas de cada um dos âmbitos de ação” (p. 107).

Dworkin argumenta pela existência de duas dimensões pelas quais se pode atribuir a melhor justificação ou resposta adequada (certa) aos casos concretos, inclusive os difíceis ou controversos: a dimensão da adequação e a da moralidade política.²⁷ Pela primeira, tomando-se como pressuposto da decisão os dados jurídicos disponíveis às partes e ao processo judicial, um critério ou argumento prevalece sobre os demais se é suscetível de ser aplicado com mais frequência e intensidade em benefício do sistema estabelecido, pelo que um fundamento será tanto mais adequado em virtude de sua coerência institucional. A segunda dimensão, por sua vez, enaltece a superioridade do critério, argumento ou resposta de acordo com a sua capacidade de apreender melhor os direitos que as pessoas realmente têm, isso, do ponto de vista de uma teoria política ou moral, no que essa sinonímia discrepa do modelo proposto por Rawls.

Interessantemente o próprio Rawls, por meio do seu critério de razão pública, endossa interpretações jurídicas que no Brasil são contestadas por autores que se reputam seguidores do paradigma da resposta correta de Dworkin.²⁸ O problema maior, todavia, nem seria esse, por conta dos múltiplos entendimentos acerca de um e de outro. O problema – melhor dizendo, o aspecto contraditório da questão – mostra-se em situações específicas, como é o caso da constitucionalidade das uniões homoafetivas, quando o rigor político do critério rawlsiano, conceitualmente mais conservador ou precavido diante de ativismos judiciais característicos de uma dada moralidade rejeitada pelo filósofo, acata e consente referido direito de minorias²⁹, em detrimento desses autores ditos de vanguarda

27 Uma questão de princípio. Traduzido por Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001, pp. 213-216.

28 É o caso de Lenio Luiz Streck, dentre outras obras, principalmente, Verdade e Consenso. São Paulo: Saraiva, 2011.

29 O argumento utilizado por Rawls solapa qualquer tentativa de desbaratamento dessa nossa conclusão por força das diferenças entre os sistemas constitucionais brasileiro e norte-americano. Ao eleger a família como instituição básica da sociedade política, adverte que “nenhuma forma particular de família (monogâmica, heterossexual ou outra) é exigida por uma concepção política de justiça desde que seu arranjo permita a realização efetiva dessas tarefas e não entre em conflito com outros valores políticos” (Justiça como equidade: uma reformulação, p. 231). As tarefas em questão relacionam-se com a manutenção de uma sociedade durável, basicamente providenciando de maneira razoável e eficaz “a criação e o cuidado dos filhos, garantindo seu desenvolvimento moral e sua educação para a cultura mais ampla” (*Ibidem*, pp. 230-231). Em nota de rodapé, o filósofo garante os direitos e deveres dos homossexuais, se estes “forem coerentes com a vida familiar ordenada e a educação das crianças” (*Ibidem*, p. 231).

que, nada obstante concordarem com o discurso de transformação social pelo Poder Judiciário, refugam dessa tese em benefício do argumento de espera pelo legislador.³⁰

Mostra-se indispensável dizer que o próprio Dworkin justifica serem indevidas as críticas endereçadas contra o seu modelo de resposta correta, muitas delas enraizadas em equivocada compreensão do conceito de objetividade subjacente àquele modelo. O jurista Eros Roberto Grau, outrora ministro de nosso Supremo Tribunal Federal, em exemplo privilegiado desse errôneo entendimento da empresa dworkiniana, nega de modo absoluto a existência de uma única resposta correta para o caso jurídico: o autor interpreta o qualificativo “correta” como “verdadeira”, como se o critério fosse descoberto (não à toa ele se utiliza do modal “único”, como se a resposta fosse revelada à luz de uma arqueologia científica), concluindo que tampouco “o juiz Hércules [Dworkin] estará em condições de encontrar para cada caso uma resposta verdadeira, pois aquela que seria a única resposta correta simplesmente não existe”.³¹

Dworkin censura dita hermenêutica que faça depender o seu modelo de objetividade – pela afirmação de que existem, sim, respostas certas para casos concretos (controversos ou não) – de um pressuposto metafísico a partir do qual, ao estilo de juízos exarados por realistas morais, uma proposição, para ser objetivamente verdadeira, deverá sê-lo tomando-se em conta fundamentos de realidade que extrapolem o cenário das razões substantivas.³² Para o filósofo, as razões substantivas são suficientes, alheias, pois, a uma conformidade metafísica na esteira da “verdade real”, a isso

30 O artigo objeto de nossa crítica é o seguinte: STRECK, Lenio Luiz; BARRETTO, Vicente; OLIVEIRA, Rafael de. Ulisses e o canto das sereias: sobre ativismos judiciais e os perigos da instauração de um “terceiro turno da constituinte”. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)* 1(2): julho-dezembro 2009, pp. 75-83. Os autores do artigo comungam da “causa homossexual”, tida enquanto ideia ou partido filosófico. Contudo, advertem que o reconhecimento jurídico no Brasil carece de uma regulamentação normativa pelo legislador, ou seja, que não se trata de um direito previsto em nossa Carta Magna de 1988 (avesso, portanto, ao reconhecimento via judicial), a despeito de capítulo consagrador de tutela às famílias (artigos 226 a 230): “A Constituição reconhece união estável entre homem e mulher. Isso não significa que, por não proibir que essa união estável possa ser feita entre pessoas do mesmo sexo, a própria Constituição possa ser ‘colmatada’ [por juízes e tribunais]” (p. 81).

31 Ensaio e discurso sobre a interpretação / aplicação do direito. São Paulo: Malheiros, 2009, p. XV.

32 Rawls e o direito. *In A justiça de toga.*, p. 368.

se resumindo o significado da afirmação de objetividade, isto é, a uma determinada proposição fundada em argumentos jurídicos portadores das melhores razões para resolver o impasse interpretativo sob julgamento. Certamente o autor de “Justiça de Toga” prefere ser criticado por tal anseio ou ideal de normatividade do que tachado, como ele próprio o fez em relação a Rawls, de juridicamente volúvel (duas ou mais posições concomitantes para o mesmo caso) ou inerte (delegação ao legislador dos casos considerados difíceis).³³

O núcleo de nossa inquietação está arraigado na incompatibilidade genérica (filosófica) do programa da contingência em relação aos sistemas jurídicos, cuja nota peculiar, a normatividade, reivindica um tratamento digno de singularidade a ponto de adaptar a coerência em outros moldes, tecnicamente mais adequados. Veja-se: à decisão jurídica, desde a mais fundamental por expressar o documento básico de um povo (constituição) até a mais ordinária diante da necessidade de fazer atuar a lei ao caso concreto (pronunciamentos judiciais), não basta expressar ter concretizado, mesmo fundamentadamente, uma opção dentre outras tantas possíveis. Aceitar isso implica desautorizar o discurso jurídico do ponto de vista seja de sua autoridade, seja, mais importante, de sua justiça.

A marca da escolha jurídica, especialmente quando legitimada em cânones democráticos, repousa na cristalização argumentativa dos seus fundamentos e no concomitante desbaratamento virtual (hipotético) das alternativas preteridas em favor do caminho trilhado. A decisão jurídica deve recordar as possibilidades que ela própria exclui para reforçar a escolha procedida. É certo que o direito não se autonomiza a tal ponto de quebrantar vínculos com as raízes de sua manifestação humana e cultural e, pois, de poder arrogar o desvencilhamento fenomênico do campo do subdeterminado; tal assunção seria impossível, pois, se a coerência é do mundo, também o é no direito, que daquele faz parte. Todavia, uma dada resposta jurídica que, ao decidir, admite ser outra de-

33 “O próprio Rawls insistiu que a Suprema Corte reconhecesse um direito limitado ao suicídio assistido; ele e vários outros filósofos e juristas assinaram uma petição exigindo essa decisão na qualidade de amicus curiae. Posteriormente, porém, ele afirmou que o argumento da cautela é o que ele chamou de “bom” argumento a favor da decisão que a Corte tomou contra seu conselho” (Rawls e o direito. *In A justiça de toga.*, p. 363).

cisão tão válida quanto aquela adotada, corrompe-se e implode o sistema jurídico, em contradição de caráter primário. O direito nem indeterminado é, ao ponto de chancelarmos a ideologia segundo a qual a sentença será o fruto das convicções pessoais do magistrado (arbitrariedade), tampouco resulta subdeterminado pelo predicado funcional da fungibilidade decisória (discricionariedade), em que legítima será toda e qualquer decisão pertencente à moldura de opções indistintas ou equivalentes entre si, daí brotando a perigosa frase “uma possibilidade, dentre outras possíveis”.

O direito, ademais, invariavelmente é chamado porque a lógica variável (deflacionária) de manifestações possíveis e diferentes por cada pessoa ou conjunto de pessoas, tão típica de uma sociedade liberal em que se preza a liberdade e a autonomia do indivíduo, chega a um limite incontornável: o conflito intersubjetivo, inaugurado por uma ameaça ou lesão a direito, ao demandar uma decisão imparcial vinculante, esgota o contingente, fazendo reinar ali um império da ordem. Todavia, não há escala direta e absolutamente proporcional entre a coerência e a ordem; noutros termos, inexistente antinomia entre o caos (a abertura de possibilidade) e o critério do coerente. O mesmo se passa no direito: é bem possível, talvez seja até provável, que as decisões jurídicas instaurem uma nova ordem para o contingente, direcionando ou lhe provendo outros sentidos.

O direito, pois, não seria capaz de inflacionar os conceitos e obstaculizar os comportamentos; entretanto, ele norteia os acontecimentos atravessados pelo sintoma do litígio (eficácia direta), ao mesmo tempo em que a sua repercussão simbólica e técnica canaliza diretivas para casos análogos (eficácia indireta). Decorre da competência jurídica o ato de dizer o direito por meio de uma polissemia prescritiva, tal é o cenário oriundo das lições históricas que culminaram com o advento da democracia constitucional, em que ao judiciário não basta mais ser a boca pronunciativa das palavras da lei. Isso quer dizer que o direito não apenas interdita ou cerceia condutas, mas também igualmente contempla amplitude na manifestação de comportamentos, em especial quando esses resultam do exercício de direitos fundamentais. Espera-se que vizinhos possam conviver, que, por exemplo, crianças possam brincar

durante o recreio ao lado de escritores que possam desenvolver o seu trabalho intelectual. Diante de uma animosidade registrada em juízo, contudo, em que antes várias possibilidades transitavam no mundo da vida, restará uma decisão precisa a resolver o impasse e, no horizonte argumentativo dos fundamentos determinantes do veredicto, nortear situações semelhantes.

Por isso não se mostra suficiente admitir que o campo de variações possíveis se revela mais restrito se considerarmos um subsistema específico. Como queremos demonstrar, o sistema jurídico lida com um campo (restrito) de possibilidades apenas na incidência abstrata de suas normas, quando múltiplos e distintos comportamentos sociais convivem entre si sem incorrerem na contradição com a ordem positiva das normas: nessa hipótese, as leis podem comportar vários significados. Contudo, o sistema jurídico coage os tribunais e juízes a decidirem quando confrontados diante de particular pretensão mobilizada por alguém; a necessidade de uma decisão para esse conflito elimina o campo de contingência outrora suposto, quando aqui a lei aplicada se concretiza em um, e apenas um, significado, eis que outras interpretações são descartadas pela eliminação argumentativa de serem menos propensas ao juízo de adequação e razoabilidade diante daquele específico fato em julgamento.

Segundo Luhmann, “quem se vê coagido à decisão e, adicionalmente, à fundamentação de decisões, deve reivindicar para tal fim uma liberdade imprescindível de construção do Direito”³⁴; essa fórmula deve ser explicada, pois a liberdade jurídica de construção, entendida como o espaço concreto e específico da decisão de um caso concreto, não pode ser a mesma liberdade ampla de um sistema no sentido de se mover em um campo de possibilidades³⁵. Trata-se, é certo, de uma liberdade antitética ao pressuposto de uma argumentação dedutiva confinada aos estreitos limites de métodos hermenêuticos tendentes à descoberta da vontade do legislador, porém não convidativa a um movimento dentre outros

34 LUHMANN, Niklas. A posição dos tribunais no sistema jurídico. Traduzido por Peter Naumann. Revista AJURIS. Porto Alegre, n. 49, ano XVII, Julho 1990, p. 163.

35 LUFT, Eduardo. Sobre a integridade. Em busca de uma ética objetiva. In Dialética, caos e complexidade. São Leopoldo: UNISINOS, 2004, p. 167.

possíveis para a resolução de um mesmo conflito do mundo da vida.

Sob certo aspecto, o risco de transportarmos para o sistema jurídico o espectro da subdeterminação, compreendendo a decisão como um evento “cuja ocorrência é apenas uma entre ‘n’ possibilidades em um campo limitado de possibilidades de ocorrência”³⁶, implica endossarmos, mesmo reflexamente, o paradigma funcional e sistêmico proposto por Niklas Luhmann. Ao nosso ver, tal posição cai em uma espécie de decisionismo, pois reduz a matéria à forma, isto é, a legitimidade de respostas adequadas (justas) ao mero atendimento de regras procedimentais: uma decisão insuscetível de impugnação seria aquela escrutinada por meio do devido processo legal, impondo-se definitiva mais pela autoridade do juízo que a concretizou (pois poderia ter adotado outra decisão, tão razoável quanto aquela) do que pela aferição material de seus fundamentos.

A respeito de Luhmann, pode-se dizer:

sendo a função da decisão absorver insegurança, para fundar uma decisão, basta que se contorne a incerteza de qual decisão (materialmente falando) ocorrerá pela certeza de que uma decisão (formalmente falando) ocorrerá; a legitimidade estaria, assim, para esse autor, baseada numa certa crença na legalidade, mas propor fundamentos para esta crença não teria, então, funcionalmente, nenhum sentido, pois um dos constituintes da legitimidade estaria justamente na ficção de que esta possibilidade exista, mas não seja realizada. Isto faria com que Luhmann concebesse a legitimidade das normas como uma ilusão funcionalmente necessária, que não pode ser posta a descoberto, sob pena de abalar-se a própria crença na legalidade.³⁷

No pedagógico exemplo de Luft, assim como o muro discrimina os limites de uma propriedade ou assim como os pais confinam “a bagunça” dos filhos no âmbito de dado espaço da casa (relatado em sala de aula), na subdeterminação delimita-se o campo de

36 LUFT, Eduardo. Ontologia deflacionária e ética objetiva. Em busca dos pressupostos ontológicos da teoria do reconhecimento. Porto Alegre: Veritas, v. 55, n. 1, 2010, p. 101.

37 FERRAZ JR., Tércio Sampaio. A legitimidade pragmática dos sistemas normativos. In *Direito & Legitimidade*. São Paulo: Landy, 2003, p. 293.

possibilidades sem determinar o que está contido dentro desses limites.³⁸ No entanto, os exemplos reforçam o contra-argumento da impossibilidade de aceitarmos regionalmente (tomado o direito na sua especificidade decisória) a tese da subdeterminação. Em primeiro lugar, porque ambos, já na sua intencionalidade pedagógica, sugerem simplicidade na descrição linear e isenta de controvérsia. Em segundo lugar, em virtude de os fatos eleitos pressuporem o exercício da liberdade responsável, ou seja, nos limites da prudência, quando mais de um comportamento é possível dentre tantos outros; em sendo assim, o próprio direito sempre admitiu o operador deôntico intermediário entre o proibido e o obrigatório, isto é, o reconhecido estatuto do “é permitido” ou do “não é vedado”.

E é rigorosamente aqui, na fronteira entre o permitido e o proibido, que os exemplos vaticinam antídoto contra a generalização irrefletida, especialmente quando ela alcança o sistema jurídico na sua precípua função de decidir (não à toa o próprio Luhmann reconhece serem os juízes e tribunais o centro desse subsistema social³⁹). A tolerância em deixar as crianças represadas naquela sala, por exemplo, não lhes confere liberdade irrestrita para agirem de qualquer modo, mesmo na circunscrição daquele espaço; o muro, a bem de delimitar a propriedade, não imuniza quaisquer condutas praticadas pelo proprietário dentro de sua área. A concretização do direito (como decisão que põe termo a um dissídio), uma vez chamada a pacificar os conflitos, não combina com a variabilidade decisória, mesmo que esta se constranja aos confins de dada moldura prévia.

O direito, na sua função abstrata de regulação de condutas, pode consentir com a polissemia de comportamentos, contingentemente limitados pelos enunciados legais. A liberdade de expressão, considerada um direito fundamental previsto constitucionalmente, potencializa comportamentos como regra geral, sendo várias manifestações tuteladas por essa garantia (polissemia). Entretanto, no instante concreto em que o exercício desse

38 LUFT, Eduardo. Ontologia deflacionária e ética objetiva. Em busca dos pressupostos ontológicos da teoria do reconhecimento. Porto Alegre: Veritas, v. 55, n. 1, 2010, p. 102.

39 LUHMANN, Niklas. A posição dos tribunais no sistema jurídico. Traduzido por Peter Naumann. Revista AJURIS. Porto Alegre, n. 49, ano XVII, Julho 1990, p. 160.

direito colide com outro, por igual assegurado na constituição, uma decisão judicial indicará se o regime de liberdade naquela situação sofrerá condicionante limitador. E, ao fazê-lo, insista-se nesse ponto, demandará fundamentação no sentido de que tal escolha foi a melhor, justificando indiretamente a recusa das alternativas, que não podem ser tidas como fungíveis ou possíveis conforme uma lógica de preferência.

Assim, quando aplicados os dispositivos legais aos casos concretos, ensejarão uma interpretação mais adequada do que as outras eventualmente cogitáveis: aqui repousa o paradigma da “one-right answer” de Ronald Dworkin, para quem todas as situações de conflito que desembocam no judiciário, mesmo as mais complexas e controversas, reivindicam uma resposta adequada. Poder-se-ia admitir que algumas interpretações, distintas daquela eleita, sejam razoáveis, porém não a ponto de se cancelar uma equiparação material, de maneira a justificar-se o parâmetro da decisão, ao fim e ao cabo, a partir de uma singela escolha arbitrária do sujeito. As leis nem podem oferecer um princípio de ordem determinado a adjudicar uma única interpretação como desenlace, tampouco se mostram subdeterminadas a ponto de alcançarem várias possibilidades significativas para igual situação mesmo em um campo limitado de ocorrências variáveis.

Para Dworkin, “o juiz continua tendo o dever, mesmo nos casos difíceis, de descobrir quais são os direitos das partes, e não de inventar novos direitos retroativamente”.⁴⁰ A tese por ele defendida vai de encontro à doutrina do positivismo jurídico quanto ao poder discricionário da justiça. Segundo os positivistas, “quando um juiz esgota as regras à sua disposição, ele possui o poder discricionário, no sentido de que ele não está obrigado por quaisquer padrões derivados da autoridade da lei”.⁴¹ Em outras palavras, “se um juiz não tem certeza quanto a decidir-se pelo demandante ou pelo réu, segue-se que ele deveria estar seguro de que tem o poder discricionário para decidir em favor de qualquer um deles”⁴²;

40 DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. Traduzido por Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 127.

41 *Ibidem*, p. 55.

42 *Ibidem*, p. 111.

Dworkin, em contrapartida, alia-se aos argumentos conducentes ao dever de se encontrar a única resposta certa para questões complexas de direito que se apresentam ao judiciário.

A concepção de uma resposta adequada não é ingênua, como apressadamente se pode supor. É sabido que a pergunta do jurista sobre o que sejam as melhores ou as mais adequadas razões na argumentação permanecerá aberta e incrustada em enigma indecifrável⁴³, se o anseio da resposta reivindicar o estatuto da verdade como correspondência a um absoluto. Normas, tanto quanto decisões, descendem de uma genealogia inegavelmente arbitrária oriunda de pioneiras escolhas dentre tantas viáveis, porque os mandamentos não mais são revelados por uma figura transcendente cuja autoridade é impossível pôr em dúvida; o próprio caráter arbitrário (melhor seria dizer, dogmático, no sentido de os sistemas carecerem de um ponto de partida) do discurso normativo é condição de possibilidade para se erigir o juízo de legitimidade a partir do qual certos atos jurídicos podem ser contestados ou impugnados.

Mesmo no contexto democrático de constituições liberais e sociais, é forçoso admitir, em que figuram princípios e valores afins ao regime das liberdades individuais e dos direitos coletivos, a legitimidade do correspondente sistema normativo não deixa de ocultar e dissimular as relações de concorrência⁴⁴. Isso quer dizer que há opções disponíveis – possíveis – deixadas na periferia desse sistema, ou abandonadas ante descompasso com os valores adotados, porém, insuscetíveis de total eliminação, tendo em vista que a legitimidade de um dado sistema jurídico deve pressupor a abertura e o confronto interpretativo, até mesmo para robustecer e perpetuar o critério eventualmente acolhido. Todavia, aceitar o expediente crítico de confronto de certa escolha dentre outras concorrentes, isso em homenagem à racionalidade, sob pena de se quedar em absolutismo irrefletido aspirante à tirania da verda-

43 LUHMANN, Niklas. A restituição do décimo segundo camelo: do sentido de uma análise sociológica do direito. In Niklas Luhmann: do sistema social à sociologia jurídica. Traduzido por Dalmir Lopes Junior. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 85.

44 FERRAZ JR., Tércio Sampaio. A legitimidade pragmática dos sistemas normativos. In Direito & Legitimidade. São Paulo: Landy, 2003, p. 296.

de⁴⁵ (típica dos discursos homológicos), ou seja, concluir que uma decisão não deixa de ser uma decisão (discurso heterológico), tampouco impele o sujeito ao outro extremo irracional. Consiste esse outro polo no relativismo de indiferença⁴⁶ (ou gratuidade), no sentido de se absolver qualquer decisão eventualmente adotada, desde que haurida do espectro evidenciado de possibilidades: a decisão, destarte, transforma-se em pluralidade, invertendo-se a ordem da potência para o ato; este, ao se concretizar, concretiza-se em potência, eis que poderia ter sido um outro que deixou de ser ali manifesto. Mas deixou de ser por qual motivo? Essa indagação manifesta-se bem mais irrespondível do que a pergunta sobre o que pode ser entendido por melhor argumento. Pior. Essa pergunta, no marco das decisões jurídicas, é a única que comporta a ideologia da razão cínica.

Dworkin igualmente não compartilha da ingenuidade de identificar a sua proposta da resposta correta ou adequada com o postulado da descoberta da verdade dos fatos e da justiça, mesmo porque a sua teoria desconsidera a viabilidade de qualquer procedimento ou método para alcançar mecanicamente tais resultados⁴⁷ e, por decorrência, nega a possibilidade de o processo decisório levar sempre à mesma escolha nas mãos de diferentes julgadores.⁴⁸ O que o filósofo postula, mesmo nos casos difíceis, é a razoabilidade de o processo judicial perseguir, descobrindo via argumentativa e mediante a ponderação dos valores, bens e direitos em contraste, a resposta adequada. Interessante constatar que se trata de reconhecer o direito da parte de ganhar a causa, isto é, reivindicando “a prerrogativa de sair vencedora e, em decorrência disso, de negar ao juiz o poder discricionário de decidir em favor da outra”.⁴⁹

Vale reprisar o que estamos a combater mediante essas sucessivas reflexões: o argumento segundo o qual o sistema jurídico, no campo específico da concretização decisória, em que o judiciário

45 FERRAZ JR., Tércio Sampaio. A legitimidade pragmática dos sistemas normativos. In *Direito & Legitimidade*. São Paulo: Landy, 2003, p. 291.

46 *Ibidem*, p. 297

47 DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. Traduzido por Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 127.

48 *Ibidem*, p. 430

49 *Ibidem*, p. 430.

rio julga os conflitos havidos entre pretensões divergentes acerca de quem tem razão à luz da legislatura vigente, coaduna-se com o postulado da ontologia deflacionária nos termos delineados por Luft no arranjo de uma ética objetiva. Pressupor tal pertencimento puro e simples, sem ajustes, implica no reconhecimento de um conjunto de respostas e de argumentos como igualmente bons para o processo de tomada de decisões jurídicas, ou seja, na irredutibilidade argumentativa de possibilidades decisórias rumo a uma resposta adequada (ou mais razoável dentre as que se apresentam como abstratamente possíveis). Em sendo assim, a escolha procedida demitir-se-á do encargo da razão e da justiça, cujo encaminhamento, ao poder ter sido outro, mais se explica conforme razões de conveniência.

Poderíamos dizer que o campo jurídico consiste em ambiente intensamente (ou apenas) argumentativo, em que ali a posição daquele que diz “não há resposta correta” ou “existe um excesso de respostas ou possibilidades para um mesmo caso concreto” equivale à posição do cético fragilizado pelo indeclinável mister lógico de pressupor o princípio da não contradição. Como a concretização do direito enquanto aplicação – núcleo especializado do presente trabalho – carece da iniciativa de alguém para mobilizar o processo, o que significa o ingresso voluntário em um sistema social argumentativo, dispensamo-nos do debate específico entre Eduardo Luft e Manfredo de Oliveira acerca da capacidade de o argumento transcendental propiciar uma justificação última, mesmo reflexiva e não dedutivamente.⁵⁰ Nesse sentido, a postura de quem defende a tese de que não há melhores escolhas (argumento teórico do positivismo jurídico) cai em contradição performativa, gerando-se impasse insolúvel e indefinido incompatível com o programa de indeclinabilidade das decisões pelo judiciário.

Suponhamos que dois árbitros estejam, de fato, em desacordo: um deles avalia [...] que o xadrez é um jogo de inteligência no sentido de que exclui a intimidação psicológica e que o outro árbitro não concorda. O argumento teórico afirma

50 Pelo sim, ARAÚJO DE OLIVEIRA, Manfredo. Dialética hoje. Lógica, metafísica e historicidade. São Paulo: Loyola, 2004, p. 375; pelo não, LUFT, Eduardo. Notas sobre o idealismo absoluto. Porto Alegre: Veritas, v. 42, n. 4, 1997, p. 901

que nenhuma opinião pode ser verdadeira; que não pode haver resposta à questão, mas apenas respostas, cada uma tão válida quanto as outras. É evidente, porém, que os dois árbitros não podem ver o próprio argumento dessa maneira, pois essa análise deixa ambos com uma teoria sobre coisa nenhuma. Cada um sabe que o outro diverge e não há um teste comum que possa decidir sua disputa de modo que acabe com o desacordo. Não obstante, cada um pensa que a sua resposta à questão que os divide é uma resposta superior: se não pensa assim, pensa o que então?⁵¹

O denominado juízo de empate, censurado por Dworkin, representa a contradição do jurista cético, para quem o terceiro juízo de equivalência (por isso, empate) entre respostas diferentes (primeiro e segundo juízos, nenhum dos quais pode ser considerado como mais adequado enquanto decisão para o caso controverso) não deixa de ser um manifesto com pretensão de ser a resposta correta.⁵² Assinale-se mais uma vez que a admissão da premissa de que nem a proposição do autor, nem a do réu, é verdadeira, seja no sentido da impossibilidade da busca da verdade “real” no processo (que é mediado argumentativamente; todo o fato apresentado equivale a uma pretensão aportada em razões), seja no sentido de que há bons argumentos para os dois lados, não nos autoriza per si a conclusão do empate, isto é, do juízo de fungibilidade entre duas (ou mais) possibilidades⁵³ e, pois, de uma decisão pautada em mera conveniência e arbítrio.

Nossa posição não deixa de ser regionalmente uma postura da contingência da necessidade.⁵⁴ O direito poderia não ser um código de expectativas normativas; a Constituição poderia não ser democrática; a decisão jurídica poderia não ser um processo intersubjetivamente argumentativo de busca pelas melhores razões de se decidir um conflito social. Ocorre que a contingência, lato senso, coimplica a necessidade na sua própria manifestação e concretude ontológica, sob pena de se recair, em se generalizando intensa-

51 DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. Traduzido por Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 433.

52 *Ibidem*, p. 438.

53 *Ibidem*, pp. 438-439.

54 GABRIEL, Markus; ŽIŽEK, Slavoj. Mitologia, loucura e riso. A subjetividade no idealismo alemão. Traduzido por Sílvia Pimenta Velloso Rocha. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012, pp. 131-151.

mente uma possibilidade de ser outro, no domínio absurdo da irracionalidade e do arbítrio.⁵⁵ Assim, “somos condicionados a continuar prosseguindo de um modo determinado enquanto somos reconhecidos como membros de uma comunidade particular”.⁵⁶ A contingência da necessidade não pode recusar a sua condição existencial de reflexividade; a reflexão poderia não ter ocorrido⁵⁷, pois contingente também o é. Ocorre que “o mundo aconteceu de se enredar na teia da razão”⁵⁸, só podendo ser sustentado doravante por ela. E o direito merece seguir o compasso.

A raiz hermenêutica dos precedentes obrigatórios radica pioneiramente no vínculo indissolúvel entre texto e norma consistente em uma interpretação. Perceba-se que o texto normativo não se identifica com a norma (esta última o produto da interpretação/aplicação do texto), tampouco há uma clivagem compartimentada entre ambos, seja para se homenagear o sentido literal alheio à norma (à revelia da concretização aplicadora diante do problema posto em juízo), seja para se tornar independente um significado arbitrário a prescindir do critério normativo mensurável a partir do preceito normativo linguístico. Em última análise, falar de precedentes judiciais implica, antes de mais, reconhecer que o campo de incidência e de aplicação das normas jurídicas carece de interpretação a ser concretizada, não cabendo mais se falar em um modelo direto de submissão ao direito legislado. Aplicar a lei, nesses termos, implica conferir-lhe determinado sentido, inelutavelmente decomposto com esteio na hermenêutica jurídica.

Em um segundo momento, reconhecido o invencível campo interpretativo em que se encontram tais e quais significados decisórios, impende registrar o tributo das melhores razões para o fito de se estabilizar dada interpretação como vinculante no modelo de precedentes obrigatórios. A previsibilidade, segurança jurídica e universalização certamente perseguidas pelo sistema do direito jurisprudencial valem à medida do perfil da resposta correta ou

55 GABRIEL, Markus; ŽIŽEK, Slavoj. Mitologia, loucura e riso. A subjetividade no idealismo alemão. Traduzido por Sílvia Pimenta Velloso Rocha. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012, p. 144.

56 *Ibidem*, p. 145.

57 E não “não poderia ter ocorrido”, como sugere a tradução, GABRIEL, 2012, p. 150.

58 *Ibidem*.

adequada conformada ao caso/precedente. Isso ocorre quer pela configuração do critério ora cancelado mediante os fundamentos apresentados como reitores, quer pelo alijamento justificador relativo às alternativas decisórias (absurdas, possíveis e até razoáveis) comparáveis, embora essas tenham sido desprestigiadas topicamente na hierarquia decisória realizada no caso/paradigma ou situação-piloto tendente ao horizonte prospectivo de generalização ante ocorrências análogas.

O propósito dessas linhas consistiu em refletir sobre a matriz filosófica do direito jurisprudencial, vale dizer, sobre a denominada cultura dos precedentes agora explicitamente em vigor no ordenamento jurídico pátrio. Em realidade, pela intencionalidade zetética e nem tanto dogmática com que se abordou o tema, trata-se antes (ou sempre) de perguntar acerca do problema do critério normativo adotado nos campos decisórios do Direito, principalmente em vista do seu respectivo conteúdo e das correspondentes expectativas de sentido reivindicáveis no horizonte de ulteriores conformações interpretativas mobilizadas pelo concerto jurídico de aplicação para situações do mundo da vida. A decisão judicial, nessa sua qualidade de critério normativo interpretado para o caso concreto, merece privilegiada análise dentre os demais campos decisórios pertencentes ao Direito, porque ela inexoravelmente – enquanto interpretação jurídica que é – transitará entre o abstrato prévio da legislação e a concreta fórmula de decisão destinada ao processo/origem, resultando dessa taxonomia híbrida a necessidade de se prescrever – assim conclui-se resumidamente a nossa hipótese de trabalho – para toda e qualquer decisão judicial a ambição ética de se revestir potencialmente em precedente de jurisprudência.

PUBLICIDADE DIRIGIDA À CRIANÇA E O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR: RESTRIÇÃO OU PROIBIÇÃO?

CRISTINA STRINGARI PASQUAL*

* Doutora em Direito pela UFRGS. Professora do Curso de Graduação e Pós-Graduação *Stricto Sensu* da Faculdade do Ministério Público. Advogada.

O debate sobre a publicidade tem assumido dimensão cada vez maior na sociedade contemporânea, principalmente com o avanço da tecnologia e os novos meios de comunicação, pois eles proporcionam um contato cada vez mais facilitado e uma comunicação extremamente célere entre os sujeitos.

Não há dúvida de que a publicidade ocupa na sociedade papel de grande destaque, funcionando como mola propulsora de vários segmentos sociais, mas principalmente da economia, pois serve como importante mecanismo de influência na decisão de seus destinatários, criando, no seu público, a vontade efetiva de contratar, estimulando assim ao máximo o consumo.

A publicidade, pode-se então afirmar, tem dois objetivos essenciais: informar sobre a existência de produtos e serviços, fazendo com que sejam conhecidos pelo público em geral; e fomentar o consumo.¹

Identificando o legislador brasileiro que a publicidade é importante para a sociedade, pois o consumo consciente é positivo e saudável, mas que, ao mesmo tempo, pode ela gerar efeitos nefastos, mediante a veiculação de mensagens falsas e lesivas à esfera patrimonial e extrapatrimonial dos consumidores, decidiu incluir, no denominado Código de Defesa do Consumidor, disciplina específica quanto à matéria, impondo assim, limites a serem respeitados.

Com o Código de Defesa do Consumidor, surgiram novos conceitos, novos entendimentos, nova regulamentação quanto à publicidade, passando ela a receber tratamento inovador em diversos aspectos. O Código de Defesa do Consumidor, Lei 8.078/90, procurou acompanhar as modificações no contexto da vida dos grupos, objetivando promover uma proteção capaz de alcançar o equilíbrio entre eles.

Ao regular a matéria relativa à publicidade, a Lei 8.078/90 considera que ela pode, em determinados casos, ser considerada ilícita e por isso submetida a sanções civis, administrativas e até de ordem penal. No artigo 6º, IV ela consagra, entre os

direitos básicos do consumidor, a proteção contra a publicidade enganosa e abusiva, e, no artigo 37, além de expressamente referir ser proibida a veiculação de publicidade enganosa e abusiva, apresenta definição legal do que se deve compreender por cada uma delas.

Ocorre que, como não poderia deixar de ser, o efeito econômico da publicidade acaba gerando muita discussão em torno da extensão do texto legal. Coibir-se ou mesmo limitar-se a publicidade traz reflexos econômicos evidentes, pois essa tão importante ferramenta do marketing proporciona que produtos e serviços cheguem aos consumidores com mais celeridade e, assim, que os fornecedores tenham êxito em suas atividades de produção e prestação de serviço mais rapidamente. Sendo assim, a imposição de limites cria maior responsabilidade para quem veicula a mensagem publicitária, e assim um dever de maior cuidado com seu conteúdo e com o público a que se destina.

E quando a análise gira em torno do público das mensagens publicitárias, o tema mostra-se ainda mais complexo.

É cediço que o Código de Defesa do Consumidor é um diploma legislativo voltado à proteção do sujeito considerado mais fraco na relação jurídica de consumo, para o vulnerável do vínculo, que é o denominado consumidor. Mas esse sujeito detentor da tutela especial trazida pela lei consumerista pode, em alguns casos, ser titular de uma especial debilidade, seja por sua idade, seja quem sabe em decorrência de seu grau de discernimento. São aqueles que vêm sendo denominados de hipervulneráveis.²

Entre tais sujeitos estão as crianças. Elas são vistas como hipervulneráveis pois não têm maturidade nem discernimento necessário para tomar decisões que exigem franca racionalidade.³ A emoção apresenta-se mais forte no público infantil, sendo

2 Segundo Cláudia Lima Marques, a hipervulnerabilidade é a "situação social, fática e objetiva de agravamento da vulnerabilidade pessoa física consumidor por circunstâncias pessoais aparentes ou conhecidas do fornecedor, como sua idade reduzida (assim o caso da comida para bebês, nomes e marcas de salgadinhos ou da publicidade para crianças) ou sua idade alentada". *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 7. ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2014, p. 360-361.

3 BERTONCELO, Karen Rick Danilevicz. Os efeitos da publicidade na "vulnerabilidade agravada": Como proteger as crianças consumidoras? *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 90. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 74.

1 Nesse sentido, Cláudia Lima Marques. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 7. ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2014, p. 877.

fácil criar nele o desejo por possuir tudo o que lhes for ofertado. O encanto das mensagens publicitárias criadas especialmente para eles tem um poder de sedução indiscutível.

De tal constatação, uma pergunta importante deve ser respondida: qual, afinal, a posição do Direito brasileiro frente à publicidade infantil? Eis a pergunta que pretendemos responder.

A publicidade infantil como publicidade abusiva e o Código de Defesa do Consumidor

Aos olhos de um profissional da área publicitária, a publicidade provavelmente é vista como a divulgação de determinado produto ou serviço oferecido ao público em geral com o objetivo de que esses o conheçam e, assim, possam optar ou não pela sua aquisição, mas pelo menos sejam atingidos pela divulgação pública de informações indispensáveis para o seu exercício de escolha e decisão. O olhar de um publicitário cinge-se a identificar os efeitos positivos da publicidade e preocupa-se com que a mensagem publicitária seja criativa, convincente, encantadora e assim bem recepcionada pelo mercado.

Já o Direito, exercendo sua função reguladora, deve proporcionar a tutela necessária aos sujeitos em sociedade, criando limites à atuação publicitária no intuito de evitar danos aos consumidores frente a erros ou abusos contidos nas mensagens veiculadas.

Nesse sentido, verifica-se que a Constituição Federal brasileira reconhece a função econômica e social da publicidade, tutela a criação, a manifestação de pensamento e a informação (art. 220 da CF), reconhece o direito fundamental à liberdade de expressão, assim como consagra a livre-iniciativa (art. 170, parágrafo único da CF) como fundamento da ordem econômica. Entretanto, há que se destacar que a liberdade de expressão está submetida a limites, pois, mesmo sendo identificada nas mensagens publicitárias uma atividade artística, não se pode negar que seu principal objetivo é econômico. O que predomina

na publicidade não é divulgar a criatividade do publicitário, mas sim atingir o mercado e proporcionar lucro aos fornecedores.

Frente a tal realidade, apesar da proteção constitucional à livre-iniciativa e à liberdade de expressão, a própria Constituição ressalva que a tutela não é ilimitada, pois ambas devem respeitar os limites constitucionais e legais.⁴

Tais limites podem ser identificados, no texto constitucional, nos parágrafos 3º e 4º do art. 220, que estabelecem restrições a publicidade de tabaco, bebidas alcoólicas, agrotóxicos, medicamentos e terapias, como também prescrevem a competência da lei federal para estabelecer novas restrições à publicidade de produtos ou serviços que possam ser nocivos à saúde e ao meio ambiente. Da mesma forma, ao prever o legislador constitucional a proteção do consumidor entre o rol dos direitos fundamentais (art. 5º, XXXII) e como limitador do exercício da iniciativa privada (art. 170, V), permite que se possa concluir que o Código de Defesa do Consumidor deve ser recepcionado como uma lei que restringe a atuação da publicidade.

Partindo do referido, é possível identificar que o Código de Defesa do Consumidor disciplina, no artigo 37, o que se denomina de publicidade ilícita, especificando que ela compreende a publicidade enganosa e a abusiva e proibindo a sua veiculação. Em tal dispositivo, o legislador, além de proibir, estabelece que, em sendo tais publicidades veiculadas, deverão ser aplicadas sanções de ordem civil, administrativa e penal, tais como a condenação por perdas e danos, a imposição de contrapublicidade, de detenção e pagamento de multa.

A publicidade é considerada abusiva quando seu conteúdo é capaz de atingir a esfera física e também a psíquica do consumidor, causando-lhe dano, seja por ser seu conteúdo discriminatório, gerador de medo ou violência, seja até mesmo por ser incentivador de condutas prejudiciais à saúde e segurança.

4 Ao tratar da liberdade de expressão, Bruno Miragem afirma que não se pode desconsiderar que a publicidade se diferencia das demais formas de expressão pois tem vinculação íntima com a atividade publicitária e um fim eminentemente econômico, por isso não se pode reconhecer a liberdade de expressão na atividade publicitária como garantia do regime democrático e do Estado de Direito. MIRAGEM, Bruno. Curso de direito do consumidor. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 250-251.

Nesse sentido, acaba sendo essencial, para a constatação de abusividade no caso concreto, a análise do conteúdo da mensagem publicitária, como também de seus destinatários.

O Código de Defesa do Consumidor, em um dos seus artigos introdutórios, especificamente o artigo art. 4º, inciso I, destaca que, para atingir-se o objetivo de atender as necessidades dos consumidores, é imprescindível reconhecer sua vulnerabilidade. Evidencia o dispositivo que o reconhecimento da vulnerabilidade é o ponto de partida para a aplicação da tutela advinda do diploma consumerista. Consequentemente, podemos concluir que a tutela relativa à veiculação de publicidade abusiva exigirá a identificação de que seu o destinatário é um sujeito vulnerável.

Sujeito vulnerável é aquele que, por suas características pessoais ou em virtude de uma relação jurídica da qual participa, se apresenta debilitado, mais fraco, em posição de desigualdade material indiscutível – que, em matéria de publicidade, pode decorrer de diversos fatores: pela ausência de discernimento pleno, por ingenuidade inerente à idade, desconhecimento de dados técnicos ou por ausência ou excesso de informação.

A identificação da vulnerabilidade deve ser “in concreto”, ou seja, se, na relação jurídica entabulada, um dos polos é sujeito vulnerável. Somente se o sujeito visto como consumidor do produto ou serviço for vulnerável é que ele será merecedor da tutela advinda do Código de Defesa do Consumidor.

A vulnerabilidade, entretanto, não tem padrão único. Ela pode ser graduada, quer dizer, pode ter intensidade distinta em razão de características pessoais do sujeito, em razão seja de falta de maturidade, seja de idade avançada, ou até mesmo de alguma deficiência especial decorrente de alguma patologia. Assim, além de considerado o sujeito como consumidor, pode, na linguagem majoritariamente adotada, ser um consumidor hipervulnerável, um vulnerável especial, pois titular de uma fragilidade acentuada, e, assim, não só merecedor da tutela advinda do Código de Defesa do Consumidor como norma especial que regulará suas relações com os fornecedores, trazendo uma linha interpretativa única, mas que também, seguindo a principiologia do sistema consumerista, exigirá uma leitura mais atenta da nor-

ma, uma aplicação da norma ao caso concreto em consonância com sua debilidade agravada.

Com o aprimoramento legislativo, identificou-se que a criança, em decorrência de sua idade, de sua menoridade, está incluída em tal categoria. Por isso, o debate envolvendo a publicidade infantil deve levar em consideração essa característica, ou seja, que a criança é hipervulnerável, pois sua menoridade lhe retira em muito a capacidade de discernimento, de compreensão quanto ao real objetivo de uma publicidade.⁵ Há uma fragilidade cognitiva indiscutível.

E mais, quando há uma publicidade dirigida à criança, mesmo que não seja ela quem tenha o efetivo poder de compra e, nesse sentido, a decisão final, não há dúvida de que ela é o destinatário final do produto ou serviço divulgado, e, é claro, é seu desejo que atrairá para seus pais a decisão de contratar. A publicidade atinge o infante e seus responsáveis. Cativa a criança, desperta nela o profundo desejo de consumo, e por isso cria nos pais a decisão de contratar por ela e para ela.

O artigo 29 da Lei 8.078/90 reforça essa posição da criança como consumidor, pois o simples fato de estar o sujeito exposto às práticas comerciais, e por isso também à publicidade, já o coloca na posição de consumidor, sendo que, mesmo que não contrate, ou contrate por intermédio de seu representante, ele é atingido pelos efeitos das práticas comerciais utilizadas pelos mais diversos fornecedores.

Da realidade social e familiar identificada hodiernamente, verifica-se claramente que as crianças têm um contato contínuo com a publicidade, pois esta é divulgada não só com conteúdo capaz de criar na criança a necessidade de ter, mas também em veículos e horários estratégicos, o que inclusive acaba criando para os pais grande dificuldade de controle. Não há como, em um horário no qual as crianças estão assistindo a seus desenhos favoritos, retirá-las sempre da frente da televisão no momento

⁵ Destaca Bruno Miragem que “Esta vulnerabilidade agravada da criança é reconhecida no âmbito da publicidade, sendo que o próprio CDC estabelece o caráter abusivo da publicidade que venha a aproveitar-se da deficiência de julgamento da criança (art. 31 §2º)”. Curso de Direito do Consumidor. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 126.

de intervalo, quando há a divulgação das publicidades, para que não sejam atingidas pelas mensagens veiculadas dirigidas a elas. E mais, em uma sociedade na qual tanto o homem como a mulher ocupam o mercado de trabalho, a realidade é que, durante o dia, momento em que as crianças são grandes telespectadoras de publicidades, se torna impossível efetivo controle dos pais.

E é notório que acaba sendo criado um círculo vicioso. As crianças, sem a maturidade suficiente para compreender as armadilhas da publicidade, passam a solicitar tudo o que veem a seus pais, e estes, muitas vezes como uma forma de suprir sua ausência, acabam cedendo aos desejos dos filhos. Conseqüentemente, a mensagem publicitária atinge seu objetivo econômico.⁶

Tal entendimento, entretanto, não é aceito por muitos, pois há posições no sentido de que devem os pais implantar no cotidiano dos filhos mecanismos de controle frente a essa realidade, pois a responsabilidade de educá-los é deles, e não do Estado, de forma que não podem pretender que o Direito intervenha na educação familiar, pois isso configuraria um posicionamento paternalista, significaria querer transferir ao Estado uma responsabilidade que não lhe pertence.

Inclusive há decisões judiciais que refletem tal posicionamento, como se pode exemplificativamente identificar em *Apelação Cível em Ação Civil Pública* julgada no Tribunal de Justiça de São Paulo⁷. Em tal processo, considerou o colegiado inexistente qualquer ilicitude na publicidade que incentivava a aquisição

de refrigerante, asseverando que não há sustento no argumento de que as crianças não têm poder de autodeterminação, pois elas atuam em sociedade, representadas pelos pais e, em alguns momentos, pelas entidades educacionais, não sendo admissível impor a proibição da publicidade quando não há vedação legal ou qualquer enganiosidade em seu texto. Destacou o relator que, como os pais e educadores são conhecedores do risco do consumo de refrigerantes, eles é que devem alertar os filhos e alunos sobre os perigos do excesso de peso provocado pela bebida.

Em decisão proferida em 2014 pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, o colegiado também se manifestou em sentido semelhante.⁸ Tratava-se de publicidade de suco na qual ofertava o fornecedor a entrega de um boneco, desde que fossem adquiridos cinco litros do suco. A decisão considerou como inexistente qualquer abusividade na mensagem, pois o tipo de produto dificilmente seria adquirido diretamente por uma criança – isso seria feito pelos pais ou responsáveis –, e o volume de cinco litros não deveria ser visto como uma exigência de quantidade excessiva, principalmente para uma família.⁹

Verifica-se, assim, que, apesar de a matéria não ser continuamente discutida em juízo, a linha de interpretação que tem sido adotada tem considerado que a responsabilidade do fornecedor pela veiculação de publicidade abusiva de produtos ou serviços que se destinem ao público infantil dificilmente será identificada, pois há que se comprovar que a) a criança é o destinatário final do produto ou serviço; b) e que, no caso concreto, os pais ou representantes da criança não tinham como evitar, mediante controle sobre a educação, que a publicidade gerasse dano.

Seguindo esse entendimento a conclusão a que se pode chegar é que o texto do artigo 37, § 2º, no que diz respeito

6 MIRAGEM, Bruno. Curso de Direito do Consumidor. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 126.

7 Consumidor e publicidade - Refrigerante Coca-Cola e riscos de obesidade pelo exagerado consumo - Não obstante possa incluir a ingestão de refrigerantes calóricos entre as causas que explicam o excesso de peso, já considerado em estudos como epidêmica em alguns países, não se justifica restringir o marketing do fabricante, impedindo que implemente campanhas publicitárias voltadas ao público infantil, pela impossibilidade de caracterizar a estratégia comercial como publicidade enganosa, sendo já sensato exigir que investimentos se façam na área da educação para o consumo racional, inclusive dos pais e educadores, ao invés de práticas interditais que, nesse contexto, se aproximam dos atos de censura de atividades licenciadas - Não provimento. Vistos, relatados e discutidos estes autos de APELAÇÃO N° 566.275.4/7, da Comarca de SÃO PAULO, sendo apelante MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO e apelada COCA COLA INDÚSTRIAS LTDA. ACORDAM, em Quarta Câmara de Direito Privado, do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, por votação unânime, negar provimento ao recurso. (Apelação Cível n° 5662754700, Quarta Câmara de Direito Privado, Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Relator: Enio Zuliani, Julgado em 03/09/2009).

8 APELAÇÃO EM AÇÃO ANULATÓRIA - empresa multada pela prática de propaganda abusiva- artigo 37, §2º do Código de Defesa do Consumidor- inaplicabilidade no presente caso- campanha publicitária que não ofendeu o consumidor hipossuficiente- princípio da livre concorrência- recurso desprovido. (Apelação Cível n° 0008196-14.2011.8.26.0053, Quinta Câmara de Direito Público, Tribunal de Justiça de SP, Relator: Marcelo Berthe, Julgado em: 10/02/2014).

9 Inclusive referiu, no voto, o desembargador relator: "Em que pese na sociedade atual ser considerável o poder de influência dos filhos nas decisões de compras nas famílias, é bem verdade que tal poder não é absoluto e pode ser facilmente contornável em núcleos bem estruturados que provém boa educação".

à publicidade infantil, acaba se tornando praticamente letra morta, pois é evidente que a contratação dos produtos ou serviços ofertados ao público infantil se dará por intermédio dos pais ou representantes. Da mesma forma, a realidade social e o conteúdo apelativo das mensagens publicitárias demonstram claramente que não prospera o argumento de que os pais ou os representantes dos menores devem exercer o controle necessário para que a abusividade da publicidade.¹⁰

Talvez seja possível, em certos casos, os pais criarem para a criança uma rotina capaz de afastá-la das mensagens publicitárias, estabelecendo, no convívio familiar, limites efetivos. Entretanto, não se pode olvidar que, na vida escolar, inicia-se o efetivo convívio da criança em sociedade e assim o contato com outras crianças. Nesse momento, mesmo que no cotidiano familiar, em casa, a criança fique afastada das mensagens publicitárias, não será possível aos pais impedi-la de ser atingida pelo efeito nefasto que a publicidade pode criar no público infantil: o desejo de tudo ter para poder ser aceito em seu meio social, pois é nesse meio que se passam a verificar as comparações, criando-se o desejo infantil de ter o que os amigos e colegas possuem.¹¹

A publicidade infantil acaba criando a cultura de que o ter o que foi veiculado na mensagem é imprescindível para não ser excluído do grupo social, para ser visto e considerado especial, o que inclusive poderá acabar influenciando em sua formação para a vida adulta. A criança não tem capacidade cognitiva para identificar a armadilha que poderá ser criada pela publicidade na formação de sua personalidade.

Percebe-se, assim, que o tema da publicidade infantil merece atenção muito especial por diversas áreas da ciência, e em

especial pelo Direito, para que seja proporcionada a efetiva tutela dessa categoria hipervulnerável.

É em razão de o destinatário ser a criança que o tema gera muita discussão. Há que se compreender que o destinatário da publicidade é o público infantil, que não tem o desenvolvimento intelectual completo, o grau de maturidade necessário para contratar e avaliar o conteúdo do que está sendo apresentado pela publicidade. O olhar do intérprete deve ser distinto. Quando a publicidade é direcionada a criança, cujo desenvolvimento da personalidade está em formação, não há como pretender que ela tenha capacidade de discernimento para tomar decisões racionais. Para integrar determinado grupo social ou se manter nesse grupo, vai a criança considerar que necessita ter o que há de mais novo, mais atual, o último lançamento. A cultura do ter projeta-se sobre o ser. Não consumindo o que a publicidade diz que ela necessita, a criança será segregada de seu grupo social. Seu “instinto de sobrevivência social” se impõe de tal forma que ela passa a necessitar de determinado bem para que esteja integrada naquele grupo, evidentemente não passando pelo critério de julgamento consciente, pois é incapaz juridicamente, e sobretudo incapaz psicologicamente; quer consumir para ter especial existência frente àquele grupo.

Todas essas situações não podem deixar de ser analisadas no plano jurídico. O Direito está na ponta de tudo isso, ele vai trazer a resposta quanto ao controle da prática publicitária dirigida ao infante, e por isso é importante identificar a extensão da disciplina atualmente estabelecida pelo Direito do Consumidor, se ela é suficiente para proteger as crianças frente a publicidades.

Não encontramos, no Código de Defesa do Consumidor ou em qualquer outra legislação especial, dispositivo que afirme ser proibida qualquer publicidade direcionada ao público infantil ou que delimite horários para a veiculação publicitária aos infantes, como há em outros países.¹²

10 Como destacado por Guilherme Magalhães Martins, a ideia de proteção à criança não configura paternalismo exacerbado, principalmente tendo em vista a realidade sociocultural do Brasil, não permitindo que se cobre de todos os pais a responsabilidade que em tese lhes caberia. MARTINS, Guilherme Magalhães. A regulamentação da publicidade infantil no Brasil. A proteção do consumidor e da infância. Revista de Direito do Consumidor, v. 102. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 310.

11 Zygmunt Bauman, ao comentar o pensamento de Daniel Thomas Cook, que, ao tratar da história do consumismo infantil no século XX, destaca que se operou uma mudança muito importante na sociedade de consumo, deixando a estratégia de marketing de voltar-se para a perspectiva dos pais e passando a dirigir-se ao ponto de vista das crianças, que se tornaram “sujeito soberano de desejos e escolhas”. BAUMAN, Zygmunt. Vida para Consumo. Rio de Janeiro: Zahar. 2008, p. 84.

12 Há países como Suécia, Áustria e Alemanha que proíbem a publicidade ao público infantil. Países como a França, Itália e Estados Unidos que estabelecem severas restrições. Sobre o tema, ver MARQUES, Claudia Lima; BERTENNELLO, Káren Rick Danilevicz. Publicidade e Infância: sugestões para a tutela legal das crianças consumidoras. In Publicidade e Proteção da Infância. Organizadores Adalberto Pasqualotto e Ana Maria Blando Montiel Alvarez. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 96 – 101.

Entretanto, há um rol de garantias constitucionais, princípios e normas que norteiam a matéria e que permitem interpretar e identificar qual a opção do Brasil perante a publicidade direcionada às crianças – se há liberdade, limitação ou proibição.

Como já referido, tem-se, em matéria constitucional, a consagração dos Direitos Fundamentais constantes do artigo 5º, XXXII, e artigo 170, inciso V, destacando-se assim a proteção do consumidor e a limitação imposta à iniciativa privada pela tutela do consumidor. Ainda, em especial quanto à proteção das crianças, tem-se o artigo 227 do mesmo diploma¹³, impondo ao Estado a tutela especial da criança e do adolescente e a prioridade absoluta da proteção da criança.

Agregam-se a tais disciplinas legislativas o disposto no artigo 37, §2º, e o artigo 39, inciso IV, ambos do Código de Defesa do Consumidor. Estabelece o primeiro que se considera abusiva a publicidade que se aproveite da deficiência de julgamento e experiência da criança, e o segundo que é abusivo prevalecer-se da fraqueza ou ignorância do consumidor, tendo em vista sua idade, saúde, conhecimento ou condição social, para impingir-lhe seus produtos ou serviços.

Verifica-se, assim, que o arcabouço legislativo brasileiro não admite a liberdade plena, a possibilidade ilimitada de composição dos textos de mensagens publicitárias. Da mesma forma, identifica-se que há severas limitações que devem ser respeitadas, ou seja, que a publicidade deve ser controlada e que, em matéria de publicidade infantil, há normas que buscam inibi-la. Entretanto, na prática, identifica-se uma generalidade de publicidades direcionadas ao público infantil sendo veiculadas e aceitas como se legítimas fossem.

13 Segundo Maria Regina Fay de Azambuja, o artigo 227 trouxe a consagração do princípio da proteção integral e que a denominada Doutrina da Proteção Integral está alicerçada em três pilares: a criança como sujeito de direito, o reconhecimento da infância como uma fase especial do processo de desenvolvimento e a prioridade absoluta desta parcela da população. A Publicidade e seus reflexos no desenvolvimento da criança: o papel da família e da educação. In Publicidade e Proteção da Infância. Organizadores Adalberto Pasqualotto e Ana Maria Blando Montiel Alvarez. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 73. Bruno Miragem, ao tratar do tema, comenta que o princípio da absoluta prioridade do interesse da criança advindo do artigo 227 da Constituição Federal é uma espécie de princípio de proteção do vulnerável e indica deveres de efetivação desse direito à família, à sociedade e ao Estado. Curso de Direito do Consumidor. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 126.

A questão que merece ser ainda analisada, portanto, é se há proibição de veiculação, se há tão somente restrições impostas à publicidade infantil ou se ela é vista como abusiva de pleno direito.

Recentemente foi proferida decisão no Superior Tribunal de Justiça que demonstrou novo olhar sobre a matéria e que ressaltou o dever do Estado de proteger a criança com prioridade.

No Recurso Especial de n. 1.558.086 – SP, foi objeto de análise decisão proferida em Ação Civil Pública promovida pelo Ministério Público de São Paulo em razão de publicidade voltada ao público infantil na qual, conforme mencionado pelo *parquet*, a fornecedora se utilizou de verbos imperativos inadequados na mensagem publicitária, aproveitando-se da ingenuidade das crianças e caracterizando-se, assim, a publicidade como abusiva.

No caso concreto, a fornecedora veiculou publicidade de biscoitos normalmente consumidos por crianças na qual informava que, com a entrega de cinco embalagens do biscoito por ela produzidos, mais R\$ 5,00, poderiam ser adquiridos relógios com a imagem de personagens de desenho infantil. Assim, além da indiscutível prática abusiva denominada “venda casada”, estava a publicidade estimulando as crianças que nem sequer sabem ver as horas a adquirirem mais de um relógio, pela sensação prazerosa de colecionar. Mais, a mensagem publicitária trazia o seguinte texto: “Consuma coisas inúteis que você possa ostentar”.

O processo foi julgado improcedente no primeiro grau, e no Tribunal de Justiça de São Paulo foi dado provimento ao Recurso de Apelação, inclusive destacando o desembargador relator que a abusividade da publicidade se mostrava evidente.¹⁴ Em face da reforma da sentença, foi interposto o Recurso

14 É de festejar o comentário feito no voto do desembargador relator quando asseverou: “Com certeza muitas crianças, senão todas, importunariam seus pais, avós, tios, ou qualquer pessoa com poder aquisitivo para tanto, a adquirirem os relógios e, consequentemente, os produtos. Tal conduta vai de encontro ao disposto na alínea ‘e’ do artigo 37 do Código supramencionado. Os responsáveis serviam verdadeiramente constrangidos pelas crianças e, ainda que se diga que eles têm discernimento para dizer não, sabe-se que uma criança contrariada pode nos colocar em situações vexatórias”. E continuou o relator: “Além disso, o fato de uma criança não ter os relógios pode colocá-la em situação de inferioridade perante outras tantas que possuem a coleção. A ingenuidade e a inexperiência das crianças as tornam, muitas vezes, insensíveis, até cruéis com aqueles que são diferentes”.

Especial em questão, que foi provido, mantendo-se a decisão de segundo grau.

O ministro relator do Recurso Especial, Humberto Martins, mencionou no voto que o marketing de alimentos dirigido direta ou indiretamente às crianças é abusivo, pois manipula o universo lúdico infantil.

Já o ministro Herman Benjamin, acompanhando o voto do relator, trouxe em destaque um aspecto fundamental, ao destacar que, no caso concreto, a publicidade era abusiva duas vezes: por se tratar de publicidade dirigida às crianças e por ser de produtos alimentícios. Destacou expressamente o ministro: “Não se trata de paternalismo sufocante nem moralismo demais, é o contrário: significa reconhecer que a autoridade para decidir sobre a dieta dos filhos é dos pais. E nenhuma empresa comercial e nem mesmo outras que não tenham interesse comercial direto, têm o direito constitucional ou legal assegurado de tolar a autoridade e bom senso dos pais. Este acórdão recoloca a autoridade nos pais”.¹⁵

A ministra Assusete Magalhães também trouxe comentário bastante relevante ao mencionar que “nessa hipótese fática, a situação é ainda mais grave, por ter, como público alvo, a criança, que, como bem colocado no memorial que me foi encaminhado pelo amicus curiae, tem seu discernimento incompleto, mas que, por outro lado, tem uma enorme capacidade de convencimento sobre os seus pais, responsáveis ou familiares, voltada à aquisição daqueles produtos que lhe interessam”.

Verifica-se que tal decisão revela posição inovadora em matéria de publicidade infantil, demonstrando que essa ferramenta de marketing não deve se dirigir a tal público, pois, apesar de a criança ser incapaz juridicamente, ela sofre pressão em seu meio social, o que a convence de que ela deve ter o que foi veiculado em mensagem publicitária, e tem inegável poder de convencimento sobre os pais.

Frente a toda a abordagem, faz-se necessário analisar o texto do artigo 37, §2º, do Código de Defesa do Consumidor, pois tal dispositivo, ao tratar da publicidade abusiva, a define como “a publicidade discriminatória de qualquer natureza, a que incite à violência, explore o medo ou a superstição, se aproveite da deficiência de julgamento e experiência da criança, desrespeita valores ambientais, ou que seja capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança”.

Verifica-se claramente que o legislador incluiu expressamente que será tida por abusiva a publicidade que se aproveite da deficiência de julgamento e experiência da criança. Pode-se concluir que há, sim, no sistema brasileiro, a proibição da publicidade infantil na medida em que se demonstre abusiva a divulgação de produtos ou serviços às crianças no mercado de consumo.¹⁶

Pelo simples fato de a publicidade dirigir-se à criança já há abusividade na publicidade.¹⁷ A análise dirige-se exclusiva-

¹⁶ Lúcia Ancona Lopes de Magalhães Dias, em entendimento distinto do aqui esposado, entende que, para que seja uma publicidade infantil considerada abusiva, a análise das características do seu conteúdo será fundamental, referindo que aplicação mais intensa da regra contida no artigo 37, §2º, do Código de Defesa do Consumidor exigirá a comprovação no caso concreto da nocividade da mensagem publicitária. Publicidade e Hipervulneráveis: Limitar, proibir ou regular? Revista de Direito do Consumidor, vol. 99. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 301. Refere a autora como hipóteses nas quais estariam configuradas abusividades a utilização de publicidade redacional para que não seja recepcionada pelas crianças como notícia e tomada como séria, também que exaltem que o produto contenha características peculiares quando existem outros similares no mercado, a utilização de modelos infantojuvenis como mecanismo de apelo, a publicidade de alimentos que não transmita a ideia de alimentação saudável e adequada. Publicidade e Direito. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. Também refere que para a constatação da abusividade da publicidade infantil deve ser analisada a situação em concreto, CARVALHO, Diogenes Faria de e OLIVEIRA, Thaynara de Souza. A proteção do consumidor-criança frente à publicidade no Brasil. Revista de Direito do Consumidor, v. 94. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 181 – 211. No mesmo sentido, Nelson Nery Jr. afirma que não há vedação à publicidade infantil em abstrato e aprioristicamente, mas apenas podem ser proibidas aquelas que in concreto sejam abusivas, ou seja, que comprovadamente se aproveitem das deficiências de julgamento e experiência da criança. NERY JR., Nelson. Limites para a Publicidade Infantil – Direito Fundamental à Comunicação e Liberdade de Expressão da Iniciativa Privada. Soluções Práticas de Direito, v. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 460.

¹⁷ Adalberto Pasqualotto e Mariana Menna Barreto Azambuja muito bem destacam que a deficiência de julgamento e de experiência é inerente à condição da criança, pois ela é sensível a estímulos do meio ambiente. Destacam que a criança não é capaz de perceber a reserva mental que esconde o intuito persuasivo da publicidade, concluindo que toda publicidade dirigida a criança se aproveita de sua deficiência de julgamento e experiência. A comédia da publicidade: Entre a sátira e o politicamente correto. Revista de Direito do Consumidor, v. 96. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 96-97.

¹⁵ Texto obtido pela gravação veiculada em <<http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI235576,101048Julgamento+historico+STJ+proibe+publicidade+dirigida+as+criancas>>.

mente ao sujeito a quem a mensagem se destina. É inegável que a criança deve ser considerada frágil frente a uma publicidade comercial, a qual é repleta de conteúdo criativo, capaz até mesmo de atingir a emoção de muitos adultos, restando evidente que os fornecedores ao veicularem suas mensagens publicitárias aproveitam-se da fraqueza, ignorância e deficiência de julgamento desse hipervulnerável. Portanto, inegável sua proibição pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Conclusão

Ao buscarmos responder à pergunta que apresentamos ao introduzir este trabalho, é importante retomarmos a ideia exposta de que a publicidade é uma ferramenta do marketing que compõe a sociedade de consumo e que não pode ser vista como um mal em si mesma. Entretanto, não pode, da mesma forma, ser vista como uma atividade que deve ser garantida ilimitadamente tendo em vista a garantia constitucional da liberdade de expressão.

A atividade publicitária é sem dúvida atividade voltada para o mercado e, como tal, busca os meios necessários para atingir sua dupla finalidade: fazer com que os consumidores conheçam os produtos e serviços a eles destinados e despertar neles o desejo de consumir cada vez mais. Para atingir seus objetivos, os publicitários utilizam-se de toda a criatividade para que a mensagem divulgada seja capaz de encantar, de seduzir, de criar desejo profundo de ter o que está divulgado.

Como a atividade publicitária, portanto, gera importantes efeitos na sociedade, o Direito não pode deixar de estabelecer limites necessários para que não haja abusos, que não surjam danos à coletividade de consumidores, pois é indispensável uma conduta ética no mercado – e cabe ao Direito impor medidas de controle. Nesse sentido, os dispositivos constitucionais e legais que estabelecem restrições à divulgação de mensagens publicitárias devem ser aplicados e respeitados.

O Código de Defesa do Consumidor surge como um dos diplomas legislativos que se propõem a controlar a publicidade

ilícita, impondo efeitos no âmbito civil, administrativo e penal, sendo que, ao tratar da denominada publicidade abusiva, inclui entre suas características que, sempre que a mensagem publicitária trazer elementos que caracterizam aproveitamento da deficiência de julgamento e experiência da criança, será caracterizada como abusiva.

Diante de tal menção no texto legal, é importante trazer à baila que, em sendo a criança sujeito incapaz civilmente, mas também psicologicamente, ou seja, sem a maturidade suficiente para discernir o verdadeiro objetivo da publicidade, não há como existir mensagem publicitária que não se aproveite da deficiência de julgamento e experiência da criança, pois ela é inexperiente e tem deficiência de julgamento por natureza. A criança tem vulnerabilidade agravada pela facilidade de ser influenciada, seduzida, e por isso podemos, perante o texto legal, afirmar que o Direito, e em especial o Direito do Consumidor, coíbe a publicidade infantil, de forma que, uma vez sendo identificada sua veiculação, ela deverá ser considerada publicidade abusiva.

Referências

- AZAMBUJA, Maria Regina Fay de. A Publicidade e seus reflexos no desenvolvimento da criança: o papel da família e da educação. *In* Publicidade e Proteção da Infância. Organizadores Adalberto Pasqualotto e Ana Maria Blando Montiel Alvarez. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 68-89.
- BAUMAN, Zygmunt. Vida para Consumo. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.
- BERTONCELO, Karen Rick Danilevicz. Os efeitos da publicidade na "vulnerabilidade agravada": Como proteger as crianças consumidoras? *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 90. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 69-90.
- CARVALHO, Diogenes Faria de e OLIVEIRA, Thaynara de Souza. A proteção do consumidor-criança frente à publicidade no Brasil.

Revista de Direito do Consumidor, vol 94. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 181-211.

DIAS. Lucia Ancona Lopez de Magalhães. Publicidade e Direito. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

_____. Publicidade e Hipervulneráveis: Limitar, proibir ou regular? Revista de Direito do Consumidor, vol. 99. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 285 – 305.

MARQUES, Claudia Lima. Contratos no Código de Defesa do Consumidor. 7. ed. São Paulo; Revistas dos Tribunais, 2014.

_____. Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais. 7. ed. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2014.

MARQUES, Claudia Lima; BERTENCELLO, Káren Rick Danilevicz. Publicidade e Infância: sugestões para a tutela legal das crianças consumidoras. In Publicidade e Proteção da Infância. Organizadores Adalberto Pasqualotto e Ana Maria Blando Montiel Alvarez. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2014, p. 93-111.

MARTINS. Guilherme Magalhães. A regulamentação da publicidade infantil no Brasil. A proteção do consumidor e da infância. Revista de Direito do Consumidor, vol. 102. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 297-320.

MIRAGEM, Bruno. Curso de direito do consumidor. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

NERY JR., Nelson. Limites para a Publicidade Infantil – Direito Fundamental à Comunicação e Liberdade de Expressão da Iniciativa Privada. Soluções Práticas de Direito, vol. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 427-465.

PASQUALOTTO. Adalberto e AZAMBUJA, Mariana Menna Barreto. A comédia da publicidade: Entre a sátira e o politicamente correto. Revista de Direito do Consumidor, vol. 96. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 89 – 105.

ADMINISTRAÇÃO FISCAL NA SOCIEDADE COMPLEXA: O CASO DA CONSTITUIÇÃO DOS CRÉDITOS NÃO TRIBUTÁRIOS NO MUNICÍPIO DE PORTO ALEGRE*

MAREN GUIMARÃES TABORDA

* O presente artigo vai ao encontro do projeto de pesquisa O PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE NA CONSTITUIÇÃO DEMOCRÁTICA: TRANSPARÊNCIA, DIREITO FUNDAMENTAL DE ACESSO E PARTICIPAÇÃO NA GESTÃO DA COISA PÚBLICA desenvolvido junto ao Mestrado em Direito da FMP.

No curso do século XX, sociólogos e juristas procuraram estratégias diferentes para explicar ou descrever as sociedades contemporâneas, buscando, muitas vezes, analogias com a organização dos seres vivos, como a teoria da *autopoiese* de Luhmann,¹ ou, fundando-se na linguagem, como a teoria da ação comunicativa, de Habermas.² Na tese de Luhmann,³ atualizada e ampliada por De Giorgi, o espaço da modernidade é o espaço da artificialidade e da contingência, e nele se redesenham os potenciais de liberdade do agir nos sistemas sociais: reduz-se o espaço do existencialismo porque se amplia o espaço da alternativa e do risco, já que “o saber da cognição torna visível o não saber como horizonte de escolha e portanto da ação”.⁴

Se, de acordo com Luhmann, o sistema jurídico diferencia-se dos demais sistemas sociais porque sua tarefa é a redução da complexidade social e porque fica “cego” em relação ao sistema

político e passa a ver apenas a partir de seu código interno (legal/ilegal), é o ele – o sistema – quem passa a determinar o que é direito. Nessa perspectiva, o direito é visto como uma estrutura que define os limites e interações da sociedade. E esta – a sociedade – surge precisamente das operações de sua estrutura, que são as comunicações sociais.

Pois bem, a comunicação social que se produz por meio do poder político é a comunicação de decisões coletivamente vinculantes, e daí o sistema da política especifica-se como sistema que torna disponível tal capacidade. Para absorver a sua função social, a política deve organizar-se, e a organização central do sistema da política – o “Estado” –, acaba por ser tornar o destinatário e o autor da comunicação política. Precisamente porque a administração é “um sistema social de comportamentos organizados”, o seu agir consiste no fato de produzir e comunicar decisões que vinculam os destinatários. A Administração Pública (administração do sistema político que dispõe da legitimidade para produzir decisões vinculantes em confronto a todos os destinatários) deixa-se descrever, então, como o “sistema social da distribuição de poder legítimo e formalizado”.

Na medida em que a Administração Pública produz, elabora e processualiza uma racionalidade autoconstruída, transforma irregularidades em regularidades, e, assim, pode elaborar politicamente os temas que a comunicação social, por meio da opinião pública,⁵ isolou como temas relevantes. Nos últimos anos (pelo menos desde a Constituição de 1988), dentre os temas que a opinião pública brasileira isolou como relevantes, está a questão da “participação direta” do cidadão na vida administrativa e da sua condição institucional: a publicidade entendida como direito

1 A utilização de metáforas biológicas esteve muito em voga na ciência do séc. XIX, e com elas foi possível pensar o Estado como uma pessoa jurídica que age por intermédio de seus órgãos. Para Hubert Rottleuthner, uma metáfora é uma transferência, particularmente de conceitos. Na história da ciência, a biologia, depois de Darwin, tornou-se a disciplina paradigma, ou dirigente, e seus conceitos, modelos e perspectivas tais como “desenvolvimento”, “luta”, “vida” e “organismo”, foram transferidos para outras disciplinas. A concepção de organismo, consistente na consideração da pessoa jurídica em sua estrutura interna e de sua relação com outros sujeitos de direito, teve como consequências práticas específicas a construção sistemática da ordem jurídica e dos conceitos jurídicos individuais bem como a decisão sobre questões individuais tais como a constituição, a participação e a fundação enquanto ato coletivo e não como um contrato, a incorporação/desincorporação, organização e órgão (representação), competências, procedimentos, capacidade legal e responsabilidade da pessoa jurídica. Mesmo que as comparações entre o Estado, a sociedade, a Igreja ou outras coletividades e os indivíduos – seus corpos, atributos físicos e psíquicos – seja “tão velha quanto o mundo” os termos “orgânico” / “inorgânico” como hoje são entendidos só foram estabelecidos no fim do séc. XVIII, e Otto Gierke foi o primeiro a utilizar a metáfora do “organismo” de um modo rigoroso. Foram as ideias fundamentais de Gerber (Estado-pessoa moral, Estado-poder público e o conceito de órgão) que influenciaram toda a geração que elaboraria, definitivamente, a teoria do Estado como pessoa jurídica. Ver, para essas considerações, ROTTLEUTHNER, Hubert In: Les métaphores biologiques dans la pensée juridique Archives du Philosophie du Droit. T. 31. Paris: Sirey, 1986, pp. 216 e 227 e LOS RIOS, Fernando. Prólogo à obra de JELLINECK, Georg. Teoría General del Estado. Buenos Aires: Albatros, 1970, p. X/XI.

2 HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. 4a. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. 2.; *Mudança Estrutural da Esfera Pública*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984; *Consciência Moral e Agir Comunicativo*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989; *O Discurso Filosófico da Modernidade*. Lisboa: Publicações Dom Quixote, 1990; *La lógica de las ciencias sociales*. Madrid: Editorial Tecnos, 1996.

3 LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento*. Brasília: UNB, 1980, *passim* e *Sistema Giuridico e Dogmatica Giuridica*. Bologna: Il Mulino, 1978, *passim*.

4 DE GIORGI, Raffaella. *Direito, Democracia e Risco*. Vinculos com o futuro. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1998, p. 24; *Direito, Tempo e Memória*. São Paulo: Quartier Latin, 2006; A Administração Pública na Sociedade Complexa. *Revista da Faculdade de Direito da FMP*, n. 08. Porto Alegre, 2013

5 Opinião pública é um conceito político porque é uma opinião sobre o estado da coisa pública – da *res publica* –, indicando não só o sujeito da opinião, mas também “a natureza e o domínio das opiniões em questão”. Para serem politicamente relevantes, as opiniões devem ser “expostas às informações sobre as coisas públicas”. Como “opinião”, expressa mais juízos de valor do que juízos de fato ou de verdade. Enquanto “pública”, pertence ao universo político: é uma *doxa* que forma e fortalece no debate, expressando uma atitude racional e crítica. Fenômeno da época moderna, a opinião pública surge para combater a guarda dos *arcana imperij* e a censura, de modo a obter a máxima publicidade dos atos do Governo”. Para essas considerações, ver SARTORI, Giovanni. *A Teoria da Democracia Revisitada 1: o debate contemporâneo*. São Paulo: Ática, 1994, p. 124-125 e OPINIÃO PÚBLICA. In: BOBBIO, N.; MATTEUCCI, N.; PASQUINO, G. *Dicionário de Política*. Brasília: UNB, 1986, p. 843.

de saber.⁶ No entanto, a transformação do poder de comunicação dos cidadãos em poder administrativo deve ser organizada pelo Direito, e, para isso, é essencial o processo administrativo: a abertura da sociedade ao modelo procedimental deve-se à capacidade daquele de gerar consensos.

A estreita conexão funcional entre publicidade, participação e processo administrativo pode ser entendida como o resultado de uma seleção que serve de premissa para decisões da Administração e que funciona como estrutura para os processos decisórios, absorvendo inseguranças e reduzindo complexidades. O problema é que o que se seleciona da realidade é apenas uma parte daquilo que é possível, e daí o que ocorre como evento poderia ter sido diferente de como é: como afirma De Giorgi, “para cada seleção da realidade produzem-se novas possibilidades sobre as quais antes não era possível pensar-se”.⁷ Cada decisão, por sua vez, ao reduzir a complexidade do ambiente, incrementa a complexidade do sistema, porque a elas podem ser imputadas consequências que outras decisões teriam evitado.

A experiência da Administração Fiscal de Porto Alegre, no que tange à imposição das multas (créditos não tributários), pode ser entendida e decomposta analiticamente a partir dos pressupostos da teoria dos sistemas, porque as decisões tomadas pela Administração para reduzir a complexidade do ambiente importaram consequências não previstas que acabaram por incrementar a complexidade do sistema, isto é, geraram dificuldades de concretização que exigem novas decisões.

6 Que o direito de acesso (direito à informação sobre a atividade dos poderes públicos) esteja estreitamente vinculado aos princípios constitucionais da soberania popular e da democracia é tão evidente que, na última metade do séc. XX, quando se começou a falar em participação, iniciou-se concomitantemente ampla reflexão a respeito da necessidade de “transparência” (publicidade) nos Estados ocidentais. Esse movimento, aliás, é considerado uma espécie de “revolução copernicana”, que pôs em primeiro plano os direitos do cidadão e passou a repensar e reorganizar a Administração como estando a seu serviço, no sentido de que esta opera para tornar efetivos os direitos reconhecidos nas Constituições e nas leis de modo geral. No particular, o princípio do “segredo de Estado” foi substituído por aquele que lhe é diametralmente oposto, qual seja o da mais ampla publicidade.

7 A Administração Pública na Sociedade Complexa. *Revista da Faculdade de Direito da FMP*, n. 08. Porto Alegre, 2013, p. 121.

Nessas condições, este estudo, sem pretensão de esgotar o assunto, procura analisar a experiência concreta de Porto Alegre em dois momentos: o primeiro trata das estratégias explicativas para o agir da Administração (I); o segundo inventaria o *iter* das decisões, as suas consequências e o estado atual da discussão – o estado da arte (II).

O sistema administrativo na sociedade complexa

Conquanto a tese de Habermas apresente pontos teóricos comuns com Luhmann e De Giorgi – fica patente a utilização de motivos de pensamento sistêmico –, as três constituem exemplos privilegiados e contrapostos de tentativas racionais com a intenção de enfrentar os problemas que preocupam a sociedade atual. A tese de Luhmann e de De Giorgi observa a diferenciação dos sistemas sociais sob uma perspectiva funcionalista, e a tese do agir comunicativo de Habermas, a partir de uma posição analítica e hermenêutica. Em síntese, segundo tais teses, a comunicação é o elemento fundamental de configuração de uma sociedade, e a comunicação e os meios de interação entre poder público e cidadãos, operada por meio da opinião pública, constitui o ponto de partida para uma troca ilimitada de argumentos e informações sobre a realidade que tende a reduzir complexidades existentes ao mesmo tempo em que cria novas.

Assim, nas sociedades contemporâneas, bastante complexas, o sistema administrativo, ao assumir cada vez mais tarefas de regulação, sobrecarrega o modo deliberativo de decisão, e, na perspectiva dos cidadãos, começa a ser percebida a diferença entre norma e realidade, de modo que o poder administrativo se torna um poder autônomo, sem relação alguma, mesmo indireta, com a vontade a que ele está submetido por meio da mediação da representação.

As possibilidades de democratização da Administração

No sistema de ação administrativa (ou aparelho de Estado), a esfera pública política e o complexo parlamentar formam o lado *input*, a partir do qual os interesses organizados fluem para o processo de legislação; no lado *output*, a Administração acaba por encontrar resistência de outros sistemas funcionais que se fazem valer, de modo que “essa emancipação do poder social em relação ao processo democrático favorece as tendências endógenas que levam à autonomia do poder administrativo”.⁸

De acordo com o modelo liberal de democracia, sendo o poder político e administrativo formas diferentes de manifestação do poder social, o poder administrativo acaba por ser empregado também para influenciar a formação da vontade parlamentar e o “jogo de forças que regula os interesses organizados”,⁹ de sorte que “o lugar dos cidadãos e de seus interesses individuais é ocupado por organizações e interesses organizados” e o processo democrático fica reduzido à escolha de dirigentes – uma seleção de condutores.

Formado um sistema administrativo relativamente independente da sociedade, surge o problema de saber como o Estado – dirigido não só pelos interesses sociais – pode ao menos ser sensível a esses interesses. Daí, se o sistema político deve assumir a articulação das necessidades públicas relevantes, o sistema administrativo acaba por operar em um espaço relativamente estreito: “Parece que ele age mais no nível reativo de uma política que tenta contornar crises do que uma política que planeja”.¹⁰ Assim descrito, o sistema político definido pelo Estado de Direito (um subsistema parcial), ao perseguir fins coletivos

especiais e ao regular determinados conflitos, gera problemas de integração social e fica limitado por outros sistemas, fechando-se a intervenções diretas. Ele esbarra na eficiência do poder administrativo (“inclusive na forma de organização do direito e dos meios fiscais”) e no fato de que muitas das condições que tornam o direito legítimo não se encontram à disposição da política, colocando em xeque a efetividade de suas realizações e a legitimidade de suas decisões.

Com o desenvolvimento do Estado Social, há uma mudança social do Direito e o esboço de uma nova compreensão instrumental do Direito. O Estado acaba por assumir novas tarefas, e se ampliam as funções da administração. Esse modelo acabou por se impor porque os “direitos subjetivos podem ser lesados, não somente através de intervenções ilegais, mas também através da omissão da Administração”¹¹. Com a mudança das tarefas do Estado, mais necessária é a legitimação pela gênese democrática do Direito, porque, nesse Estado sobrecarregado, a lei perde cada vez mais seu caráter impositivo¹² e se altera o sentido da divisão funcional dos poderes. A Administração, no Estado Social, está insuficientemente regulada do ponto de vista constitucional, porque ela, “ao preencher suas tarefas de regulação, nem sempre depende de intervenções no sentido técnico-jurídico”, afirma Habermas, e, em tais domínios, programa-se a si mesma e passa a proceder consoante a máxima da proporcionalidade e outras, que não admitem mais um tratamento normativamente neutro dos textos legais. Com isso, ressaltam, no Estado de Direito, o direito de elaboração legislativa politicamente autônoma, que se concretiza nos direitos políticos fundamentais que embasam pretensões igualitárias de participação no processo legislativo, e os direitos participativos, que fundamentam pretensões que se dirigem à satisfação dos

8 Cf. HABERMAS, *Direito...*, p. 58.

9 HABERMAS, *Direito...*, p. 59 e BOBBIO, Noberto. *O Futuro da Democracia: uma defesa das regras do jogo*. 2a. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986, p. 23, *verbis*: “[...] sujeitos politicamente relevantes tornaram-se sempre mais os grupos, as grandes organizações, associações de mais diversa natureza, sindicatos das mais diversas profissões, partidos das mais diversas ideologias, e sempre menos os indivíduos. Os grupos e não os indivíduos são os protagonistas da vida política numa sociedade democrática [...]. A sociedade real, sotoposta aos governos democráticos é pluralista”.

10 HABERMAS, *Direito...*, p. 61

11 HABERMAS, *Direito...*, p. 61

12 Conquanto a Administração no Estado Social assuma tarefas de estruturação e de regulação política, a lei, na sua forma clássica, torna-se insuficiente para programar sua prática. A Administração prestadora de serviços assume tarefas de provisão, de elaboração de infraestrutura, de planejamento e previsão de riscos, agindo para o futuro e cobertura de grandes espaços, de modo que as formas do Direito foram ampliadas para abranger leis experimentais de caráter temporário, cláusulas gerais, referências em branco e conceitos jurídicos indeterminados, desencadeando a discussão sobre a “indeterminação do direito”.

fins sociais da igualdade de gozo das liberdades privadas e dos direitos de organização política.

Precisamente porque as ordens redutivas, na sociedade complexa, não toleram nem um centro, nem uma periferia, especificam-se em funções que constituem soluções para os problemas sociais. Em uma sociedade em que não há mais lugar para uma representação da “inteira sociedade”, a sua estrutura só experimenta diferenças. A contemporaneidade dos eventos torna o mundo inobservável, justificando, assim, a construção de ordens redutivas e sua contínua revisão. Com relação ao futuro, tudo é possível, e, nessas condições, o vínculo com o futuro só é possível sob a forma do risco, cuja alternativa não é a segurança, mas outro risco, do qual nada se sabe. Daí a necessidade de se desenvolverem técnicas de “controle da contingência” em uma sociedade que, não podendo mais contar com estrutura hierárquica e centralizada que distribui as possibilidades de acesso à comunicação social, “opera baseada na inclusão de todos nos singulares sistemas sociais diferenciados”.¹³ Tais sistemas distribuem as possibilidades de comunicação e as formas de seu condicionamento, reduzindo a complexidade a um nível acessível à experiência. Como os sistemas não podem comunicar-se entre si nem com o ambiente, são as estruturas seletivas que tornam possível essa comunicação, ao elaborar as informações do ambiente e absorver inseguranças. Então, são as estruturas como a Administração Pública que processualizam decisões, pois essa é “uma organização dentro do Estado que é uma organização do sistema político”.¹⁴

Se as estruturas absorvem a insegurança, realizam uma racionalidade específica e, por isso, têm de contar com recursos externos de legitimação. A decisão administrativa reduz complexidade porque fixa determinações no âmbito de possibilidades infinitas e é tomada, via de regra, segundo pontos de vista pré-fixados, como normas, objetivos, valores, procedimentos que são usados como premissas de decisão e que constituem, por isso mesmo, os programas com base nos quais opera a Admi-

nistração. Ao buscar as suas informações no âmbito das suas possibilidades de comunicação e, concomitantemente, buscar as comunicações no âmbito de suas possibilidades de informação, a Administração Pública constrói os seus confins de modo autônomo e, assim, pode ocupar-se somente dos problemas que podem ser resolvidos na sua organização. Se é assim, afirma De Giorgi:

A democratização da política, para a qual a diferenciação da administração pública constitui pressuposto imprescindível, então, significa somente que as premissas decisórias com base nos quais se realiza a manutenção da capacidade de tomar decisões coletivamente vinculantes, são premissas decisórias elaboradas dentro do sistema e não mais fora dele.¹⁵

Na medida em que essa Administração se programa a si mesma, acaba tendo de abandonar a neutralidade no trato com as normas e assumir algumas das tarefas do legislador, devendo decidir, por conta própria, problemas de fundamentação e aplicação de normas.¹⁶ Tais questões já não podem mais ser decididas sob o ponto de vista da eficácia e exigem abordagem racional: na moderna administração de prestações, a solução dos problemas exige o “escalonamento dos bens coletivos, a escolha entre fins concorrentes e a avaliação normativa de casos particulares”,¹⁷ bem como discursos envolvendo a fundamentação e a aplicação de normas. Assim, nos casos em que a Administração decide guiada apenas por pontos de vista de eficiência, é necessário buscar a legitimação, desenvolvendo-se por meio de formas de comunicação e de procedimento. Com isso, torna-se importante saber se essa “democratização” da Administração, para além do simples dever de informação e do controle parlamentar e judicial a partir de dentro, implica apenas a participação nas decisões e processos análogos aos judiciais, ou se também não prescinde de outros arranjos, a fim de que as práticas de participação na Administração não sirvam só para

15 De GIORGI, A Administração..., cit., p. 125

16 HABERMAS, *Direito e Democracia...*, cit., p. 180

17 HABERMAS, *Direito e Democracia...*, cit., p. 184.

13 De GIORGI, A Administração..., cit., p. 121

14 De GIORGI, A Administração..., cit., p. 121

manter a proteção jurídica, “e sim como processos destinados à legitimação de decisões, eficazes *ex ante*, os quais, julgados de acordo com seu conteúdo normativo, substituem atos da legislação ou da jurisdição”.

O resultado é a que a Administração, ao se “comunicar” melhor com os cidadãos, renova as suas estruturas tradicionais (muitas vezes paralisada pela insuficiência de informações, fechada em si mesma, trabalhando em compartimentos separados e estanques, agarrada em rotinas) e se torna mais eficiente. Assim, a Administração prestadora encontra eficácia não só nos comandos autoritários, mas também, principalmente, no convencimento persuasivo dos cidadãos: é o caminho percorrido da eficácia – aptidão para produzir o resultado concreto da ação – à eficiência – apreciação valorativa desse resultado, ou inserção do “resultado como parte essencial da finalidade pública”. A eficiência é, por conseguinte, realização eficaz de fins pré-dados, modo de realização ótima dos fins (noção formal que se traduz em relação meios-fins) e exigência de celeridade.¹⁸ Acrescido a isso está o controle da efetividade, que se destina “a verificar se a ordem dos fatos reproduz, enfim, a contento, o disposto na ordem jurídica”, assevera Diogo Figueiredo Moreira Neto.¹⁹

A legitimidade da Administração democrática, por conseguinte, repousa também no fato de que, se o cidadão concorre para a realização do bem comum, a Administração deve aceitar a colaboração dos particulares ou de corpos intermediários e, por vezes, a sua ingerência, já que o cidadão, mesmo quando outorga mandato ao Executivo ou ao Legislativo, “não abdica de seu direito à proba e eficaz administração dos negócios públicos”.²⁰ Há aí também uma razão tecnológica: a Administração

Pública está em condição de administrar (cuidar do que é de todos) melhor, se receber os pontos de vista dos portadores de interesses coletivos, na medida em que esses, por conhecerem os dados concretos e os fatores humanos e técnicos que condicionam uma decisão, sempre podem trazer algum elemento que modifique o projeto inicial, justificando sua opinião e obrigando a Administração a explicar os motivos de sua ação, facilitando, assim, sua execução.²¹

Com isso, a tarefa de identificar o “interesse geral” é compartilhada com a população, diminuindo a discricionariedade e fazendo com que se atenua a unilateralidade na formação dos atos administrativos.²² Em síntese, a legitimidade da Administração como poder resulta da Constituição – ela dispõe da competência para cumprir as tarefas que lhe são atribuídas; a perseguição desses fins pressupõe complexos organizatórios e procedimentos, e não é indiferente o modo de atuação do poder. Assim, legalidade material já não assegura a legitimidade:

Esta exige a penetração dos cidadãos e dos grupos na organização e no procedimento. Daí e apenas com este sentido, poder-se-á falar de uma função legitimatória (no plano normativo) dos procedimentos, desde que estes estejam estruturados de forma devida ou justa.²³

18 Cf. GONÇALVES LOUREIRO, João Carlos. *O Procedimento Administrativo entre a eficiência e a garantia dos particulares*. Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra. Coimbra: Coimbra Editora, 1995, pp. 131/132.

19 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Juridicidade, Pluralidade Normativa, Democracia e Controle Social: reflexões sobre alguns rumos do direito público neste século*. In: ÁVILA, Humberto (Org.). *Fundamentos do Estado de Direito: Estudos em Homenagem ao Professor Almiro do Couto e Silva*. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 92-113.

20 MANCUSO, Rodolfo Camargo. *Ação Civil Pública: instrumento de participação na tutela do bem comum*. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo (Org.). *Participação e Processo*. São Paulo. Revista dos Tribunais, 1988, p. 194.

21 A noção de que o cidadão é um *colaborador* da Administração na realização do bem comum já se encontra no trabalho de Maurice Hauriou de 1926. Quando discorre sobre os princípios gerais de organização do poder público, Hauriou afirma que a tarefa da Administração é complexa demais para que ela a realize sozinha: a solidariedade que existe no interior da instituição administrativa entre Administração e administrados faz com que estes últimos possam, efetivamente, ajudar a Administração a realizar a ideia diretriz de que eles serão os beneficiários. Daí resulta um tipo de colaboração dos administrados e da Administração para o funcionamento dos serviços públicos que pode ter, segundo o caso, modalidades diferentes. Subjaz a essa consideração a teoria institucionalista do direito, segundo a qual a Administração é uma instituição, isto é, uma ideia de obra ou de empreendimento que se realiza e dura juridicamente no meio social; para a realização dessa ideia, um poder se organiza, e, de outra parte, entre os membros do grupo social interessados na realização da ideia, produzem-se manifestações de comunhão dirigidas aos órgãos do poder e às regras de procedimento. In: *Précis de droit Administratif et de droit public*. 12e Édition. Revue et mise à jour par André Haurion. Réédition présentée par Pierre Devolvé et Frank Moderne. Paris: Dalloz, 2002, p. VI

22 MEDAUAR, Odete. *O Direito Administrativo em evolução*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, p.214.

23 GONÇALVES LOUREIRO, cit., p. 119.

A centralidade do processo administrativo

A inserção da aspiração democrática na Administração é um diálogo que permite considerar, na decisão administrativa, o real e o ideal, e os interesses contrapostos são mediados pelo *processo administrativo*, que dá forma a esse diálogo.

“Processo” é administração em movimento, é a sua “forma”, ou a expressão dinâmica da função,²⁴ e a extensão das formas processuais à função administrativa marcou justamente a passagem de uma concepção subjetivística (“manifestação da vontade da Administração”) para outra mais objetiva, de modo que:

Pelo enfoque da função, entre a norma que atribui o poder e o ato administrativo, coloca-se a função e não a autoridade com sua vontade; o ato administrativo é visto, portanto, como produto da função e não como manifestação pré-constituída de um sujeito privilegiado.²⁵

Dado que a função administrativa também se exterioriza na “relação de administração”, quando esta se desenvolve segundo um esquema sequencial em que há contraditório, ela pode ser qualificada como “relação processual administrativa”. Se a relação jurídica é um “conceito-quadro” que permite explicar fenômenos que vão além do ato administrativo, como os de participação – dos particulares ou outras autoridades públicas – no procedimento, uma vez que este “constitui uma das modalidades de relação jurídica”, a noção do que seja “processo administrativo” é assimilada à de relação jurídica, na medida em que aquele é um instrumento de regulação dessas relações, “cujos intervenientes são chamados a actuar para a defesa de suas posições jurídicas substantivas”.²⁶

24 A expressão é de BENVENUTI, Feliciano. *Funzione amministrativa, procedimento, processo*. *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*. Milano: Giuffrè, 1952, pp. 188 e ss. Para o autor, entre o poder e o ato há um hiato que tem que ser preenchido pela noção dinâmica de função, cuja forma sensível é o procedimento: a função é um momento da concretização do poder em ato.

25 MEDAUAR, Odete. *A processualidade no Direito Administrativo*. São Paulo: RT, 1993, p. 60.

26 Cf. PEREIRA DA SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias. *Em Busca do Acto Administrativo Perdido*. Coimbra: Almedina, 1996, p. 161.

Ademais, os direitos subjetivos dos indivíduos e dos grupos têm uma dimensão procedimental cada vez mais importante na Administração moderna (conformadora de infraestruturas), pois têm faculdades de intervenção e oportunidades de influência no processo administrativo. Essa dimensão procedimental dos direitos subjetivos, que fez nascer um verdadeiro *status activus processualis*, acabou por constituir-se em “princípio estruturador da Administração jurídico-constitutiva”, adquirindo diferentes configurações segundo a legislação, a jurisprudência e a doutrina administrativa, conforme suas especificidades próprias.

Dada a progressiva aproximação entre a Administração e o cidadão, o procedimento deixa de “pertencer” à Administração, para tornar-se uma “espécie de condomínio”, no qual particulares e autoridades administrativas se tornam “cúmplices” da realização das tarefas administrativas.²⁷ Assim, o procedimento acabou por alterar o “tipo burocrático” de administração delineado por Weber, o qual surge hoje profundamente transformado pela participação, implicando em “verdadeira e própria repartição do poder (‘potestade’) administrativo entre o titular burocrático formal e a pluralidade dos intervenientes”.²⁸

Por procedimento se entende não somente uma sequência ordenada de atos em vista de uma medida, mas também, sobretudo, um modo e método de ordenar os múltiplos interesses e objetivos públicos que são relevantes para diferentes centros de poder. Com isso, o centro de gravidade do direito administrativo desloca-se do ato administrativo e sua concepção clássica de resultado conclusivo da atividade de preparação e de elaboração da decisão para o caminho – o *iter* – mesmo de formação da decisão.

A extensão das formas processuais à atuação da Administração aconteceu em um quadro teórico que procurou explicar seu novo funcionamento. Com efeito, a aproximação da fun-

27 PEREIRA DA SILVA, *cit.*, p. 304.

28 NIGRO, Mario. *Procedimento Amministrativo e Tutela Giurisdizionale contro la Pubblica Amministrazione: Il problema di una Legge Generale sul Procedimento Amministrativo*. *Rivista di Diritto Processuale*, Milano, n. 2, apr./giug. 1980, p. 274.

ção administrativa com a função jurisdicional enquanto funções executivas “lançou os fundamentos teóricos da idéia de alternatividade do procedimento administrativo relativamente ao processo judicial”.²⁹

O processo tende a ser instrumento para a realização da atividade administrativa, pois acaba definindo a própria forma desta, a teor do que ocorre com a função judicial por meio do processo ou com a função legislativa, por meio do processo legislativo. Daí decorrem duas consequências: a primeira, de o procedimento jurisdicizar a atuação administrativa, “submetendo-a a regra ou pautas formais”, e a segunda, de o procedimento permitir “aos cidadãos conhecer, anteriormente, o desenvolvimento da atuação administrativa, garantindo assim a defesa de seus direitos e interesses frente a ela”.³⁰

Ante essas considerações, pode-se relacionar a processualização da Administração com um movimento em direção a sua legitimação e moralização³¹ e, com isso, analisar a atuação da Administração Fiscal de Porto Alegre, que, nos últimos anos, tem feito esforço para racionalizar – processualizar – a constituição dos créditos não tributários.

A discussão sobre a constituição dos créditos não tributários em porto alegre

Por Administração Fiscal pode-se entender o sistema administrativo do Estado que define os órgãos com atribuições, competência e funções para definir e controlar as obrigações fiscais dos cidadãos, que podem ser tributárias e não tributárias,

²⁹ Cf. PEREIRA DA SILVA, *cit.*, p. 320.

³⁰ BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Teoria Geral dos Procedimentos de exercício da Cidadania perante a Administração Pública. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 207, jan./mar. 1997, p. 53.

³¹ Cf. GIACOMUZZI, José Guilherme. *A Moralidade Administrativa e a Boa-fé da Administração Pública*. São Paulo: Malheiros, 2002, pp. 250 e ss. No texto, o autor afirma que “toda a principiologia da LPA vai ao encontro do que se pode chamar de ‘moralização’ [...] da Administração”, e que vai na esteira do entendimento da doutrina italiana de que só uma lei geral sobre procedimento administrativo é capaz de moralizar a Administração e torná-la mais eficiente e imparcial.

isto é, que constituem sanções a ilícitos (tributários ou não). O processo administrativo para a constituição regular dos créditos tributários está, de modo geral, definido e limitado pelas leis tributárias brasileiras, mas o processo para a constituição das multas (créditos não tributários) não o está.

A necessidade de instituir processo regular de constituição de tais créditos surgiu em Porto Alegre em 2009, ocasião em que a opinião pública da cidade destacou como relevante o ressarcimento dos valores glosados por Comissão de Tomada de Contas Especial, ao apurar o desvio nos atos de execução das receitas públicas de Termo de Parceria firmado com organização do terceiro setor (OSCIP) para a prestação de serviços no âmbito do Programa de Saúde da Família (PSF). A partir daí e até o presente momento, várias decisões foram tomadas e firmou-se a convicção de que multas também devem ser constituídas por regular processo administrativo, à semelhança do processo de constituição dos créditos tributários. Tais decisões, na tentativa de estabilizar expectativas, acabaram gerando consequências não previstas, que foram objeto de novas decisões, e assim sucessivamente. Ao mesmo tempo, a seleção das premissas e argumentos para as decisões deixou mais clara, para a Administração, a necessidade de racionalizar o procedimento, em razão do princípio democrático.

A estruturação das decisões

A primeira seleção feita afirmou que a jurisprudência pátria é unânime no sentido de que é legítima a cobrança, por meio de execução fiscal, de créditos não tributários, conforme interpretação pacífica que se faz do art. 2º da Lei 6.830/80. Por outro lado, a Lei 4320/1964, art. 39, parágrafos primeiro e segundo, dispõe que os créditos da Fazenda Pública, de natureza não tributária, “serão escriturados como receita do exercício em que forem arrecadados, nas respectivas rubricas orçamentárias”, e serão inscritos na Dívida Ativa, “em registro próprio, após apurada sua liquidação e certeza, e respectiva receita

será escriturada a este título". Por Dívida Ativa não tributária compreendem-se os créditos provenientes de "indenizações, reposições. Restituições [...] de contratos em geral ou outras obrigações legais".

A segunda premissa selecionada envolveu o conceito de multa e a forma de sua cobrança, pois dúvidas não há no sentido de que as multas administrativas podem ser cobradas via execução fiscal, eis que constituem créditos de natureza não tributária. A multa é, tecnicamente, sanção, isto é, consequência atribuída a determinados atos que a ordem jurídica tem por relevantes, isto é, que são suporte fático – hipótese de incidência, fato gerador, *fattispecie* – de regra jurídica, segundo a terminologia kelseniana e de Pontes de Miranda. As sanções, via de regra, podem ser negativas ou positivas, isto é, inibem ou premiam comportamentos. Daí que a sanção negativa, com a finalidade de inibir certas condutas, implica a retirada ou limitação de bens que são valiosos para aquele que se conduz contrariamente ao preceito estabelecido no padrão de comportamento (comando da norma). A sanção negativa, mais propriamente denominada pena, impõe-se ao sujeito mesmo contra sua vontade, afetando sua propriedade e/ou sua liberdade. No caso das execuções forçadas (limitações ao direito de propriedade), temos as chamadas sanções negativas civis. Quando a restrição afeta a liberdade, temos a pena *stricto sensu*. Assim, em última instância e de modo geral, sanções são consequências dos atos ilícitos, criadas pelas regras jurídicas, para reprová-los, ou "[...] o dever preestabelecido por uma regra jurídica que o Estado utiliza como instrumento jurídico para impedir ou desestimular, diretamente, um ato ou fato que a ordem jurídica proíbe",³² porque, ao criar uma prestação jurídica, concomitantemente, o legislador cria uma providência ao não cumprimento do referido dever.³³ Daí que, sendo a relação jurídica sancionatória àquele vínculo entre o autor da conduta ilícita e o titular do direito violado, no caso de penalidades pecuniárias ou multas administrativas e fiscais,

o liame é obrigacional, uma vez que tem substrato econômico – daí, o pagamento da quantia estabelecida é promovido a título de sanção. Tratando-se de outro tipo de sanção, modifica-se apenas o objeto da prestação, que pode ser um fazer ou um não fazer. As hipóteses em discussão foram então selecionadas no sentido de afirmar-se que multas são sanções pecuniárias e ilícitos administrativos.

A terceira seleção diz respeito ao significado da cláusula do devido processo jurídico. O *due process of law* configura dupla proteção ao indivíduo, atuando tanto no âmbito material de proteção ao direito de liberdade e propriedade quanto no âmbito formal, ao assegurar-lhe paridade total de condições com o Estado persecutor e plenitude de defesa (direito à defesa técnica, publicidade do processo, à citação, à produção ampla de provas, de ser processado e julgado pelo juiz competente, aos recursos, à decisão imutável, à revisão criminal). No âmbito material, a cláusula do *due process of law* confunde-se com a regra da legalidade e determina que ninguém será atingido em sua liberdade (legalidade penal) e em sua propriedade (legalidade tributária e administrativa) sem que exista lei autorizadora. Assim, em que pese o legislador constituinte ter estabelecido espécie de "tautologia" (porque o preceito do *due process of law* tem, no âmbito do *common law*, o mesmo sentido e valor da regra da legalidade no âmbito do sistema de direito romano-germânico ou *civil law*), é preciso esclarecer no que consiste um e outro (ou ambos) no caso que se está a discutir.

Pois bem: o Princípio da Legalidade, entendido como "princípio" e como "regra", é um dos critérios orgânicos pelos quais se define o Estado de Direito moderno, de modo que se exige "lei" para interferências na esfera individual (princípio da legalidade da Administração), que a atividade total do Estado esteja compreendida, sem resíduo, na soma de competências rigorosamente circunscritas (divisão e distinção dos poderes) e que exista controle judicial da Administração por juízes independentes que decidam dentro de um procedimento de forma judicial (justiça administrativa). Segundo uma noção restritiva (mínima), o princípio da legalidade "é uma relação de não-con-

32 BECKER, Alfredo Augusto. *Teoria Geral do Direito Tributário*. São Paulo: Saraiva, 1963, p. 556.

33 Também cf. CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 342.

trariedade, de não-incompatibilidade, ou positivamente, de compatibilidade”, afirma Einsenmann,³⁴ e isso significa apenas que a Administração está submetida à lei, devendo proceder de forma compatível com o sistema de normas legislativas. Sendo assim, pela primazia da lei, as autoridades administrativas têm a tarefa de executar as leis.³⁵ De acordo com uma noção mais larga, a relação de legalidade é uma relação de conformidade que tem duas direções: a) formal, em que a emissão do ato se desenvolve em conformidade com o esquema processual fixado em lei; b) material ou substancial, em que o conteúdo do ato é modelado pela norma. O princípio de conformidade, então, “postula a existência da regulamentação-modêlo como condição necessária para cada ato”,³⁶ de modo que a ausência de regulamentação impede a prática do ato. O princípio da conformidade não permitirá que a Administração faça o que não lhe for permitido, de uma forma ou de outra, por essa mesma lei. Contrariedade é o desacordo com o disposto em uma norma – plano da emissão ou do conteúdo – e conformidade, a ideia de similitude ou reprodução – norma como modelo do ato administrativo. A conformidade lógica ou racional é o que importa para a definição da legalidade. Já pelo princípio da compatibilidade, a Administração pode fazer tudo o que não seja, de uma forma ou de outra, proibido pela lei. As relações de compatibilidade ou conformidade dizem respeito quanto ao modo de produção dos atos e não só quanto ao fundo, sendo, então, requisitos de competência e forma.

Se isso é assim, alguns atos da Administração são vinculados, e outros, discricionários. Vinculados são aqueles cujos elementos e requisitos necessários a sua formação (é a dimensão da legalidade-conformidade) são determinados pela lei. A Administração fica “presa” ao que a lei determina. Uma vez desrespeitado qualquer requisito, o ato é ilegal e nulo. A liberdade do administrador fica limitada ao enunciado da lei.

São vinculadas, sempre, a competência, a finalidade e a forma dos atos administrativos. Daí que, relativamente a tais atos, as imposições legais absorvem, quase por completo a liberdade do administrador, pois sua ação fica adstrita aos pressupostos estabelecidos pela norma legal para a validade da atividade administrativa. Nesse sentido, poder-se-ia dizer que a Administração, quando em uso de ato vinculado, atem-se tão somente ao que a lei estabelece, sem poder dela se afastar. Assim, a lei estabelece o procedimento e demais caracteres à Administração, para que execute o ato. No caso de imposição de pena pecuniária (multa) por infração administrativa, necessariamente se está diante da aplicação estrita da regra da legalidade (legalidade como conformidade – reserva de lei): ou a multa está prevista em lei, porque é sanção a ilícito administrativo que restringirá, necessariamente, o patrimônio do administrado, ou é nula. Dito de outro modo, multas não podem ser impostas com base em Decreto.

Os casos

O primeiro caso foi a necessidade de cobrar valores devidos pelo Instituto Sollus, como fixados no Relatório da Tomada de Contas Especial do Termo de Parceria nº 36.731. A Procuradoria-Geral do Município (PGM), na ocasião, instituiu rito processual para tornar possível a constituição regular de dívida não tributária. Feito o procedimento segundo tal rito, foi feita a inscrição do débito na Dívida Ativa. Na Certidão de Dívida Ativa (CDA) que aparelhou a execução, há referência de que o crédito foi constituído após o trâmite de processos administrativos e “atendendo aos princípios constitucionais do devido processo legal, ampla defesa e contraditório”. Proposta a Execução Fiscal e não havendo mais estabelecimento do executado em Porto Alegre, foram penhorados seus bens por meio de distribuição de precatória a Sorocaba, São Paulo, a fim de que fosse regularmente garantido o juízo. A execução da precatória foi acompanhada por um procurador de carreira, e restou constricto

34 EISENMANN, Charles. O Direito Administrativo e o Princípio da Legalidade. *Revista de Direito Administrativo*, Vol 56, pp. 47 e ss e p. 53.

35 Ver MAURER, Harmut. *Elementos de Direito Administrativo Alemão*. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 2000, p. 45.

36 EISENMANN, cit. p. 56.

imóvel de propriedade do executado localizado naquela cidade, bem como um automóvel. Em meados de 2013, foi distribuída ação incidental de Embargos de Terceiro à penhora feita, com pedido liminar de manutenção de posse, que pende de decisão.

Desse processo administrativo básico resultou o Decreto nº 17.544, de 9 de dezembro de 2011, traçando regramento específico para a constituição de dívida não tributária no âmbito do Município de Porto Alegre. Segundo tal regramento, o processo administrativo de constituição de tais dívidas deve iniciar por Auto de Infração ou por Interpelação Extrajudicial, e, em qualquer caso, a Comissão Judicante é presidida por funcionário de carreira da área jurídica (Procurador Municipal). O referido Decreto foi utilizado pela primeira vez em janeiro de 2012, para constituir a dívida não tributária do Instituto Roldinho Gaúcho (segundo caso). Enquanto tramitava o processo administrativo, o Instituto propôs Ação judicial de prestação de contas, ofertando em juízo o que entendia devido. O município contestou a ação (ainda em tramitação na fase instrutória) e arquivou o processo administrativo, considerando que o interessado, ao optar pela via judicial, estava abrindo mão de discutir a prestação de contas na via administrativa.

Ao mesmo tempo, em 2010, a Secretaria Municipal da Fazenda (SMF) encaminhou expediente solicitando parecer sobre o procedimento administrativo para inscrição em Dívida Ativa de multa não tributária oriunda de Auto de Infração da Secretaria Municipal do Meio Ambiente (SMAM) (terceiro caso). Desde 1995, a SMF vinha, sistematicamente, recusando-se a ajuizar ação fiscal para cobrança de multas administrativas impostas pela SMAM, sob o argumento geral de nulidade formal e material dos Autos de Infração que deram origem aos créditos. A PGM, na manifestação de anterior processo administrativo, de 22/12/95, opinara “pela decretação de nulidade da aplicação da penalidade pecuniária imposta”, por falta de base legal. Naquela ocasião, foi argumentado que, se a penalidade não estava prevista em lei formal, não podia ser imposta, em face de violação flagrante ao Princípio da Legalidade. Já em 07/01/98, em outro processo administrativo, foi agregado que os Autos de

Infração da SMAM eram nulos porque a penalidade pecuniária (multa administrativa) estava sendo aplicada com base em Decreto Municipal, e não em Lei.

Em julho de 2010, a PGM exarou o Parecer Coletivo nº 206/2011,³⁷ que apontou para a necessidade de estabelecer uma regra material de legalidade para a higidez dos Autos de Infração da SMAM; e regar o processo administrativo de constituição de dívida não tributária, em que se observe o princípio do “devido processo jurídico”. A discussão, portanto, girou em torno da consolidação, no Município, de garantia do *due process of law* nas suas dimensões material e formal (processual)

A PGM, primeiramente, teceu o argumento de que, na hipótese *in casu*, as multas foram impostas com fundamento no art. 26 do Decreto 8187/83 e Lei Complementar 65/81, com alterações do art. 1º do Decreto 13.536/01. A lei não tipifica as condutas que são passíveis de sanção, nem mesmo associa a cada conduta uma penalidade específica. O art. 7º é totalmente genérico: somente diz que aqueles que causarem poluição dos recursos ambientais no território do município ou infringirem qualquer dispositivo legal (a Lei Complementar 65/81, seus regulamentos e normas dela decorrentes) ficam sujeitos às penalidades de advertência (inciso I), multa e interdição, temporária ou definitiva, nos termos da legislação em vigor (inciso III). O art. 26 do Decreto 8187/83 (com a redação atual), por outro lado, prevê que atividades “cujos projetos de engenharia civil envolvam trabalhos de terraplanagem e/ou movimentos de terra, drenagens superficiais, conformação e contenção de taludes, implicando descaracterização das morfologia natural da área, deverão ser submetidas a exame da Secretaria Municipal do Meio Ambiente [...]”. Da leitura do Auto de Infração, depreende-se que a infração foi a “colocação de aterro sem autorização da SMAM, em área aproximada de 5.000 m²”, e o fundamento legal

37 AUTO DE INFRAÇÃO ADMINISTRATIVA – NULIDADE EM FACE DA INOBSERVÂNCIA DA REGRA DA LEGALIDADE – IMPOSSIBILIDADE DE IMPOSIÇÃO DE SANÇÃO PECUNIÁRIA A ILÍCITO ADMINISTRATIVO COM FUNDAMENTO GENÉRICO – DEVER DA ADMINISTRAÇÃO DE GARANTIR AMPLA DEFESA E CONTRADITÓRIO NA CONSTITUIÇÃO DE DÍVIDA NÃO-TRIBUTÁRIA – APLICAÇÃO SUBSIDIÁRIA DA LEI DE PROCESSO ADMINISTRATIVO FEDERAL (LEI 9874/99) E DA LEGISLAÇÃO FEDERAL SOBRE DANOS AO AMBIENTE (LEI 9605/98 E DECRETO 3.179/99).

para a imposição da penalidade, o art. 26 do Decreto 8187/83. Contudo, não fica claro se a penalidade foi imposta porque não houve autorização para a colocação do aterro ou porque houve dano aos vegetais do entorno do aterro, isto é, porque o aterro feito sem autorização poluiu o ambiente na medida em que descharacterizou a morfologia natural da área, ocasionando danos à flora. Daí decorre toda a dificuldade da questão posta, pois como se estabelecerá o contraditório e a ampla defesa se não resta clara a conduta que está sendo punida?

O segundo argumento foi no sentido de que eram nulas de pleno direito todas as autuações feitas. Dizer, a *contrario sensu*, que a Administração pode agir discricionariamente quando está obrigada a agir de forma vinculada significa desconhecer qual a função do Princípio da Legalidade Administrativa no Estado Democrático de Direito: todas as intervenções na esfera da liberdade e da propriedade dos cidadãos têm de ser veiculadas por lei formal, para garantia dos cidadãos. Abrir mão do Princípio da Legalidade significa abrir a porta para todo tipo de autoritarismo e arbitrariedade e uma volta ao Estado Monárquico. Essa posição é, aliás, unânime nos tribunais do país. Nos julgamentos do Recurso Especial nº 1.091.486 (RO) e do Recurso Especial nº 1.080.613 (PR), a ministra Denise Arruda (relatora de ambos) assevera que “a aplicação de sanções administrativas, decorrentes do poder de polícia, somente se torna legítima quando o ato praticado pelo administrado estiver previamente definido pela lei como infração administrativa”. Por conseguinte, a conclusão foi a de que deviam ser anulados todos os Autos de Infração lavrados pela SMAM, desde que tivessem por fundamento a Lei 65/81 (da forma como está redigida) e os Decretos 8187/83 e 13.536/01. Além disso, foi argumentado que, enquanto não existir lei municipal, a SMAM poderá autuar infratores com base na Lei Federal 9.605/98, Decreto 3.179/99 e Resoluções do Conama, uma vez que a Secretaria Municipal do Meio Ambiente integra o SISNAMA (Sistema Nacional do Meio Ambiente), por expressa disposição legal (art. 6º, inciso VI, da Lei Federal 6.938/81).

Admitindo-se, para argumentar, que houvesse lei autorizadora para a imposição das multas por infração administrativa, ou que o Auto de Infração tivesse sido lavrado com fundamento na legislação federal, ainda assim o Auto de Infração lavrado pela SMAM não poderia ser inscrito na Dívida Ativa do município, porque é formalmente nulo. Ora, o Auto de Infração constitui notificação da Administração ao particular, no sentido de que este, por ter cometido ilícito, está obrigado ao pagamento de multa pecuniária, a título de sanção. Se é intervenção no patrimônio do cidadão, necessariamente deve oferecer oportunidade de ampla defesa, em contraditório, para que seja válido o ato que materializa a infração administrativa. No particular, é preciso que o Auto de Infração seja resultado de um *due process of law* no âmbito administrativo. A cláusula do devido processo jurídico, repete-se, com o mesmo valor do Princípio da Legalidade, é uma garantia que visa excluir a vontade arbitrária da atuação do poder. Assim, por devido e adequado processo jurídico, entende-se aquele em que todas as formalidades são observadas, isto é, aquele no qual a autoridade competente ouve o réu e lhe permite a ampla defesa, incluindo-se o contraditório e a produção de todo tipo de prova, desde que obtida por meio lícito. Sem processo e sem sentença, ou prolatada por magistrado incompetente, ninguém será privado da liberdade ou de seus bens. A previsão contida nas normas municipais em vigor (Lei Complementar 65/81 e decretos regulamentares) é insuficiente, porque não informa qual a conduta a ser sancionada e a penalidade aplicável. Além disso, só faz referência ao prazo para defesa, silenciando no que toca ao procedimento administrativo que materializará a infração.

Considerados, ainda, os precedentes jurisprudenciais do Superior Tribunal de Justiça³⁸, para que se materialize a infração e se constitua a Dívida Ativa não tributária é preciso a realização de regular processo administrativo, com a necessária notificação do devedor, em atenção ao preceito do *due process of law*

38 Recurso Especial nº 330.703/RS; Recurso Especial nº 463.994/RS; Recurso Especial 527.143/PR e Recurso Especial nº 439.656/PR) e do TJRS (Apelação Cível nº 70014781363; Apelação Cível nº 70013496054; Apelação Cível nº 70013496054; Apelação Cível nº 70013665542 e Apelação Cível nº 70005629175.

inscrito na Constituição da República. Com a mesma orientação argui Araken de Assis,³⁹ no sentido de que a inscrição em Dívida Ativa de dívida não tributária deve atender às mesmas formalidades de inscrição da Dívida Tributária, isto é, é indispensável a existência de prévio processo administrativo, no qual o apontado devedor possa exercer amplamente os direitos à defesa e ao contraditório, em atenção ao devido processo jurídico.

Encaminhados os expedientes à SMAM, o órgão jurídico, a Assessoria Jurídica (ASSEJUR), os devolveu, em 21 de novembro de 2011, dando conta da “impertinência das conclusões da Procuradoria que referem a nulidade das autuações da SMAM”, e solicitando “retificação parcial” do Parecer Coletivo nº 206/2011, “face as conclusões dessa Assejur [...] no que tange a suposta nulidade das autuações da SMAM”. A ASSEJUR/SMAM não cumpriu as determinações do Parecer Coletivo no sentido de a) anular todos os Autos de Infração lavrados com base genérica; b) fazer o levantamento das situações não atingidas pela prescrição; c) verificar, caso a caso, se houve defesa administrativa; e d) lavrar novos autos, com garantia de ampla defesa e contraditório, usando-se, para tanto, o rito processual instituído no processo administrativo que constituiu a dívida contra o Instituto Sollus, porque na ocasião do Parecer ainda não estava em vigor o Decreto nº 17.544/11. A ASSEJUR/SMAM devolveu todos os processos, requerendo nova “avaliação”.

Na medida em que, ao ser homologado o Parecer Coletivo 206/2011, em 19 de abril de 2011, não cabia a ninguém, nem mesmo ao procurador-geral do município, tecer quaisquer outras considerações, não cabia mais qualquer “manifestação” sobre o conteúdo do documento, bem como qualquer juízo sobre a “pertinência” de suas conclusões. O máximo que os órgãos ativos (responsáveis por sua concretização) poderiam apontar seriam dificuldades de execução ou questões de interpretação, jamais questões de fundo – de mérito –, que demandariam a reabertura da discussão. Admitindo-se, para argumentar, que fosse o caso de edição de norma absolutamente confusa e de impossível execução, o caminho para a sua retificação seria a

produção de outro parecer, com razões contrárias, e este, necessariamente, teria de ser submetido novamente à deliberação do Conselho Superior. Nada disso foi feito, gerando tumulto processual.

A Procuradoria-Geral Adjunta para Assuntos Fiscais da PGM, durante o ano de 2012, procedeu a novo levantamento para verificar, caso a caso, se houve ou não defesa administrativa e qual a tipificação feita, o que acabou resultando na Informação nº 03/2013, que determinou fossem agora os Autos de Infração anulados também por razões de eficiência e moralidade. Ainda no ano de 2012, o município iniciou a implantação do projeto “Minha Calçada”, e, a partir daí, constituiu-se um Grupo de Trabalho para organizar o processo administrativo de constituição de dívida não tributária (multas). Esse trabalho esteve sob a coordenação da SMURB (Secretaria Municipal de Urbanismo). O primeiro resultado significativo da ação da Administração em todo esse processo foi o anteprojeto da Lei Complementar Municipal nº 790/2016, que regula o Processo Administrativo no âmbito da Administração Pública do município de Porto Alegre e que esteve sob a responsabilidade dos procuradores municipais.⁴⁰ A lei de processo administrativo municipal concretiza em grande medida a concepção de publicidade como *direito de saber* e como dever de motivação das decisões administrativas.⁴¹

40 Para a elaboração do Decreto 17.544/2011 e Parecer Coletivo 206/2011, colaboraram Cesar Emílio Sulzbach, Eduardo Gomes Tedesco, Gamaliel Valdovino Borges e Maren Guimarães Taborda, todos procuradores. Já a coordenação do Grupo de Trabalho para a redação da Lei Complementar 790/2016 ficou a cargo de Maren Guimarães Taborda e Gamaliel Valdovino Borges, procuradores. Demais integrantes foram Rosimeri da Silva Chaves, Assessora Legislativa; Roberto Rodrigues da Silva, Juarez José da Silva e Adamo Marisvaldo da Silva Soares, Agentes de Fiscalização.

41 Ver: BORGES, G.V.; TABORDA, M.G. Transparência, direito fundamental de acesso e participação na gestão da coisa pública: exposição de motivos ao Projeto de Lei de processo administrativo no Município de Porto Alegre. In: LEAL, Rogério Gesta; GAVIÃO FILHO, Anizio Pires. (Org.). Bens jurídicos indisponíveis e direitos transindividuais: percursos em encruzilhadas. 1. ed. Porto Alegre: FMP, 2015, v. 1, p. 247-268.

39 *Manual da Execução*. 9ª. Ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2004, p. 952.

Considerações finais

Na ocasião em que as decisões foram tomadas, não se tinha como prever consequências e desdobramentos que não teriam ocorrido se as decisões fossem outras. É possível, então, a título de considerações finais, inventariar e articular as consequências das opções feitas pela Administração nos casos relatados.

No primeiro caso, o risco – o que não se conhecia quando foi tomada a decisão de instituir um rito processual para constituir regularmente a dívida não tributária – foi a inexistência de sede na cidade de Porto Alegre, obrigando a Administração Fiscal a buscar em outro município bens para a garantia da execução (via Carta Precatória). Igualmente não prevista foi a ação incidental de Embargos de Terceiro, que acabou onerando a Execução Fiscal. Que outra decisão a Administração Fiscal poderia ter tomado? É difícil responder: se tivesse proposto a Execução Fiscal sem o procedimento prévio, subsistiria o crédito não constituído em regular processo administrativo? Seguramente, não.

O segundo caso é semelhante ao primeiro. O que não foi previsto (e só conhecido sob a forma de risco) foi o fato de o interessado ter optado pela discussão na via judicial estando em curso o processo administrativo. Quer dizer, parece que ele não acreditou no contencioso administrativo. Na terceira situação, as consequências foram mais graves, porque não se tinha como prever a atitude do órgão executivo, já que a presunção legal milita em contrário. Ao se ter insubordinado contra decisão do Parecer Coletivo 206/2011, o órgão ativo cometeu falta funcional e atrasou sobremodo o encaminhamento dos processos. Se a PGM tivesse determinado fosse primeiro feito o levantamento das situações – verificação da capitulação legal e do procedimento, caso a caso – para só então tomar a decisão, talvez ainda não se tivesse qualquer decisão.

Enfim, uma vez iniciado o processo de construção de uma regulação racional e segura para a constituição das multas – dívidas não tributárias – no município de Porto Alegre, a cada dia

surtem consequências não previstas, aspectos novos a considerar, e assim por diante. As decisões tomadas pela Administração Fiscal para reger a constituição de créditos não tributários – com o fim de reduzir a complexidade do ambiente – importaram consequências não previstas, e estas incrementaram a complexidade do sistema, isto é, geraram dificuldades de concretização que exigiram novas decisões.

A discussão pública posta na construção do Código de Convivência Urbana e de Procedimentos Administrativos, cujo resultado mais visível, por ora, é a Lei Complementar 790/2016, é a consequência complexa mais evidente que a experiência trouxe, porquanto o que está em disputa é uma determinada concepção de Estado e de Democracia. Em última instância, o município de Porto Alegre está discutindo as possibilidades concretas de controle social da Administração e de defesa dos direitos de cidadania.

Referências

- ASSIS, Araken. *Manual da Execução*. 9ª. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2004.
- BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Teoria Geral dos Procedimentos de exercício da Cidadania perante a Administração Pública. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 207, jan./mar. 1997.
- BECKER, Alfredo Augusto. *Teoria Geral do Direito Tributário*. São Paulo: Saraiva, 1963.
- BENVENUTI, Feliciano. Funzione amministrativa, procedimento, processo. *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*. Milano: Giuffrè, 1952.
- BOBBIO, N.; MATTEUCCI, N.; PASQUINO, G. *Dicionário de Política*. Brasília: UNB, 1986.
- BORGES, G.V.; TABORDA, M.G. Transparência, direito fundamental de acesso e participação na gestão da coisa

pública: exposição de motivos ao Projeto de Lei de processo administrativo no Município de Porto Alegre. In: LEAL, Rogério Gesta; GAVIÃO FILHO, Anizio Pires. (Org.). *Bens jurídicos indisponíveis e direitos transindividuais: percursos em encruzilhadas*. 1. ed. Porto Alegre: FMP, 2015, v. 1.

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

DE GIORGI, Raffaella. A Administração Pública na Sociedade Complexa. *Revista da Faculdade de Direito da FMP*, n. 08. Porto Alegre, 2013

DE GIORGI, Raffaella *Direito, Tempo e Memória*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

DE GIORGI, Raffaella. *Direito, Democracia e Risco*. Vínculos com o futuro. Porto Alegre: Sérgio Antnio Fabris, 1998.

EISENMANN, Charles. O Direito Administrativo e o Princípio da Legalidade. *Revista de Direito Administrativo*, Vol 56.

GIACOMUZZI, José Guilherme. *A Moralidade Administrativa e a Boa-fé da Administração Pública*. São Paulo: Malheiros, 2002

GONÇALVES LOUREIRO, João Carlos. *O Procedimento Administrativo entre a eficiência e a garantia dos particulares*. Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

HABERMAS, Jürgen *Mudança Estrutural da Esfera Pública*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984;

HABERMAS, Jürgen. *Consciência Moral e Agir Comunicativo*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989;

HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. 4a. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. 2.

HABERMAS, Jürgen. *La lógica de las ciencias sociales*. Madrid: Editorial Tecnos, 1996.

HABERMAS, Jürgen. *O Discurso Filosófico da Modernidade*. Lisboa: Publicações Dom Quixote, 1990;

HAURION, Maurice. *Précis de droit Administrati et de droit public*. 12e Édition. Revue et mise à jour par André Haurion. Réédition présentée par Pierre Devolvé et Frank Moderne. Paris: Dalloz, 2002, p. VI

LOS RIOS, Fernando. Prólogo à obra de JELLINECK, Georg. *Teoria General del Estado*. Buenos Aires: Albatros, 1970, p. X/XI.

LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento*. Brasília: UNB, 1980, *passim* e *Sistema Giuridico e Dogmatica Giuridica*. Bologna: Il Mulino, 1978, *passim*.

MANCUSO, Rodolfo Camargo. Ação Civil Pública: instrumento de participação na tutela do bem comum. In: GRINOVER, Ada Pelegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo (Org.). *Participação e Processo*. São Paulo. Revista dos Tribunais, 1988.

MAURER, Harmut. *Elementos de Direito Administrativo Alemão*. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 2000.

MEDAUAR, Odete. *O Direito Administrativo em evolução*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

MEDAUAR, Odete. *A processualidade no Direito Administrativo*. São Paulo: RT, 1993.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Juridicidade, Pluralidade Normativa, Democracia e Controle Social: reflexões sobre alguns rumos do direito público neste século. In: ÁVILA, Humberto (Org.). *Fundamentos do Estado de Direito: Estudos em Homenagem ao Professor Almiro do Couto e Silva*. São Paulo: Malheiros, 2005.

NIGRO, Mario. Procedimento Amministrativo e Tutela Giurisdizionale contro la Pubblica Amministrazione: Il probleme di una Legge Generale sul Procedimento Amministrativo. *Rivista di Diritto Processuale*, Milano, n. 2, apr./giug. 1980.

PEREIRA DA SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias. *Em Busca do Acto Administrativo Perdido*. Coimbra: Almedina, 1996.

ROTTLEUTHNER, Huber *In: Les métaphores biologiques dans la pensée juridique Archives du Philosophie du Droit*. T. 31. Paris: Sirey, 1986.

SARTORI, Giovanni. *A Teoria da Democracia Revisitada 1: o debate contemporâneo*. São Paulo: Ática, 1994.

O PAPEL DOS PLANOS DIRETORES NA TUTELA DO DIREITO À CIDADE*

BETÂNIA DE MORAES ALFONSIN**

* Este artigo é uma versão revisada de artigo originalmente publicado na REVISTA BRASILEIRA DE DIREITO URBANÍSTICO com a seguinte referência bibliográfica: ALFONSIN, Betânia de Moraes. Planejamento Urbano e Plano Diretor no contexto de gestão democrática pós-Estatuto da Cidade. *Revista Brasileira de Direito Urbanístico – RBDU*, Belo Horizonte, ano 1, n.1, p.33-49, jul./dez.2015.

** Betânia de Moraes Alfonsin tem graduação em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (1990), mestrado em Planejamento Urbano e Regional pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (2000) e doutorado em Planejamento Urbano e Regional pelo Instituto de Pesquisa e Planejamento Urbano (IPPUR) da UFRJ (2008). Atualmente é professora na graduação e no mestrado da Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público do RS. Atua como professora de educação a distância no Programa para América Latina e el Caribe do Lincoln Institute of Land Policy. Em outubro de 2015, foi reeleita para o cargo de vice-presidente do Instituto Brasileiro de Direito Urbanístico (IBDU) (Gestão 2015-2017).

O Brasil tem uma trajetória de pouco mais de um século de planejamento urbano, embora o sentido de tal técnica de intervenção estatal tenha se alterado significativamente ao longo do tempo. Na aurora do século XX, o país viveu um “boom” nessa área, com muitas cidades sendo objeto de elaboração de “planos de melhoramentos” claramente influenciados pelo urbanismo de além-mar, muito especialmente o urbanismo francês e a reforma urbana levada a cabo na cidade de Paris pelo Barão Haussmann, que visou modernizar a cidade, ainda dotada da malha viária acanhada herdada do período medieval. No Brasil a ideia de remodelação das cidades, inspirada pela reforma urbana parisiense, mesclou-se a um ideário higienista que aspirava também ao embelezamento e à modernização das cidades. O Rio de Janeiro viveu sua reforma urbana liderada por Pereira Passos (1902 a 1906), em uma intervenção que ficou conhecida como “bota abaixo” e que é bastante emblemática do sentido do planejamento urbano de então, que tomou tais características em cidades de todo o país.¹

Já em meados do século XX, muito especialmente a partir do governo de Juscelino Kubitschek e, com grande ênfase, no período da Ditadura Militar, os objetivos e o tom do planejamento urbano se alteram e instrumentos como os planos diretores passam a ter função estratégica para a própria concepção de desenvolvimento urbano dos governos centrais.² As cidades são percebidas como territórios fundamentais para a industrialização do país, locomotiva do desenvolvimento econômico perseguido pelo Estado, então. Obviamente que as cidades herdadas do período imperial não apresentam um desenho urbano, um traçado viário e uma distribuição de populações e das atividades econômicas condizentes com a pauta desenvolvimentista. É nesse momento que o Brasil assiste à ascensão de uma ideologia de planejamento urbano de caráter funcionalista, tecnicista, com forte influência do urbanismo modernista e claramente intervencionista. O zoneamento passa a

ser um instrumento central do planejamento urbano, aliado à ideia de “plano regulador”, no qual o regime urbanístico de cada porção do território é estabelecido em detalhe, desde temas como coeficientes de aproveitamento, até atividades permitidas, altura máxima das edificações, densidades e recuos de jardim. Soma-se a isso a definição, de forma centralizada, do traçado viário estruturador das cidades brasileiras.

A segregação socioespacial de populações de baixa renda, bem como o autoritarismo na elaboração dos planos diretores da época, são um traço importante, também, do planejamento urbano daquele momento. Uma piada corrente entre os urbanistas lotados nas secretarias de planejamento da década de 1970 ilustra bem o caráter centralizador do planejamento urbano do período do governo militar. Como a prática dos militares era a de planejar o urbano sobre mapas enviados a Brasília e reproduzir o mesmo texto genérico de um modelo de lei do plano diretor, conta-se que uma cidade do interior do Mato Grosso recebeu um “plano diretor” que continha um capítulo chamado “Da orla marítima”, mesmo sendo uma cidade situada a centenas de quilômetros do litoral.

Constituição Federal de 1988: um novo papel para os planos diretores

É com a redemocratização do país, após o processo constituinte, que essa visão autoritária do planejamento urbano sofrerá uma derrota ideológica, política e jurídica. O movimento pela reforma urbana, articulado por meio de um *Fórum Nacional de Reforma Urbana* durante o processo constituinte, era composto nesse momento histórico por representantes de sindicatos, organizações não governamentais, associações profissionais, associações comunitárias e acadêmicas, além de militantes de diversos outros movimentos sociais (movimentos por moradia digna, transporte de qualidade, universalização do saneamento, participação popular na gestão urbana, etc.). O que esses atores e sujeitos coletivos partilhavam, em um primeiro momento de “encontro de aspirações”,

¹ Para mais informações sobre as reformas urbanas promovidas por Haussmann e pelas cidades do Rio de Janeiro e de Porto Alegre, ver Sandra Jathay. *O imaginário da cidade – Visões literárias do urbano. PARIS-RIO DE JANEIRO-PORTO ALEGRE*. Porto Alegre: UFRGS, 1999.

² Ver, a propósito, SCHVARBERG Benny *Planejamento Urbano no Brasil pós-1988: panorama histórico e desafios contemporâneos*. In FÁRIA Rodrigo de; SCHVARBERG Benny (Orgs), *Políticas urbanas e regionais no Brasil*. Brasília: Universidade de Brasília, Faculdade de Arquitetura e Urbanismo, 2011.

era um sombrio diagnóstico a respeito das cidades brasileiras, do legado de anos de planejamento urbano tecnocrático e centralizado, bem como sobre o futuro das populações moradoras de áreas urbanas. Mas o grande mérito do *Fórum Nacional de Reforma Urbana* foi a capacidade de ir muito além do conhecimento sobre os principais problemas das cidades brasileiras e propor um programa de reforma urbana para o país, apresentando ao Congresso Constituinte uma “emenda popular pela reforma urbana” que, em 22 artigos, propunha a introdução de diretrizes para a política urbana e diversos instrumentos novos na política urbana brasileira.

A história é de domínio público, e a correlação de forças na Assembleia Constituinte não permitiu a aprovação de boa parte das propostas oriundas dos movimentos sociais e apresentadas via “emendas populares”. No caso da emenda da reforma urbana, após o embate com o “centrão”³ restaram apenas os artigos 182 e 183, que deram corpo ao capítulo “Da política urbana na Constituição Federal”. Em que pese a aparente derrota, o fato é que foi a primeira vez, na história das Constituições brasileiras, que a Constituição Federal incluiu um capítulo sobre a política urbana, e esses dois artigos foram importantíssimos para a história que se seguiria nos municípios brasileiros, bem como para inaugurar uma nova fase para o planejamento urbano brasileiro.⁴

O artigo 182 da Constituição Federal⁵, além de delegar a execução da política de desenvolvimento urbano aos entes municipais, mencionou, pela primeira vez na história do país, as “funções sociais da cidade” como objetivo da política urbana. A menção ao princípio da função social da propriedade consta da Constituição Federal desde a Constituição de 1934⁶, todavia, ao incluir a

expressão funções sociais da cidade, o constituinte, além de ter demandado um esforço doutrinário de definição do sentido e do alcance dessa expressão, obviamente deu um salto de escala do bem individual “lote” (cuja propriedade também deverá atender a sua função social) para o bem coletivo “cidade”, que, como totalidade, também deverá ser capaz de atender às suas funções sociais. A Constituição de 1988, portanto, rompe com uma visão de “urbanismo lote a lote”, de responsabilidade do proprietário, para passar a pensar a cidade como um todo, demonstrando a intenção de fazer com que o país começasse a tratar o urbanismo como uma função pública e a própria cidade passasse a ser tratada como um bem coletivo.⁷

De fato, desde a Constituição Federal de 1988, os planos diretores, tidos como tradicionais instrumentos de ordenamento territorial dos municípios brasileiros, alteraram significativamente seu papel. Isso porque o capítulo “Da Política Urbana” da Constituição Federal outorgou a execução de tal política aos municípios e estabeleceu que a função social da propriedade urbana é cumprida quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas pelo Plano Diretor. Embora a disposição, em princípio, possa parecer inócua, acarreta imensa responsabilidade aos municípios, que passam a ser os responsáveis pelo planejamento urbano da cidade e por determinar as regras para uso, parcelamento e ocupação de cada porção do território urbano, de tal forma a fazer com que a cidade como um todo atenda também às suas funções sociais.

Obviamente, um encargo novo e de tal monta exige dos municípios brasileiros um processo de diagnóstico das tendências estabelecidas no território, das vocações de distintas regiões da cidade, dos movimentos do mercado imobiliário no lançamento e consolidação de novos “endereço” e, muito especialmente, na identificação de conflitos socioespaciais instaurados no território,

3 “Centrão” foi a alcunha dada nos meios políticos e na imprensa nacional à aliança de partidos de centro-direita que impediu que as propostas mais progressistas fossem aprovadas durante a Assembleia Nacional Constituinte.

4 ALFONSIN, B. M. Direito à cidade sustentável na nova ordem jurídico-urbanística brasileira: emergência, internacionalização e efetividade em uma perspectiva multicultural. In: Antônio Carlos Wolkmer; José Rubens Morato Leite (Org.). Os novos direitos no Brasil: natureza e perspectivas, uma visão básica das novas conflituosidades jurídicas. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

5 Art. 182. A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes.

6 FERNANDES, Edésio; ALFONSIN, Betânia. A construção do Direito Urbanístico brasileiro: desafios, histórias, disputas e atores in FERNANDES, Edésio; ALFONSIN, Betânia (Orgs.) Coletânea de le-

gislação urbanística: normas internacionais, constitucionais e legislação ordinária. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 16.

7 FERNANDES, Edésio; ALFONSIN, Betânia. A construção do Direito Urbanístico brasileiro: desafios, histórias, disputas e atores in FERNANDES, Edésio; ALFONSIN, Betânia (Orgs.) Coletânea de legislação urbanística: normas internacionais, constitucionais e legislação ordinária. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 16.

envolvendo o mapeamento das necessidades de moradia da população de menor renda. Tais conflitos podem estar relacionados a ocupações em áreas ambientalmente frágeis, em áreas de uso comum do povo e, muitas vezes, em regiões da cidade ocupadas também por segmentos populacionais mais abastados, interessados em livrar-se da presença indesejável de uma vizinhança de outra classe social e que produz suas moradias com materiais precários, carência de infraestrutura e de ocupação desordenada do solo.

Em um cenário de urbanização como o vivido pelo Brasil no século XX, com afluxo populacional significativo no sentido campo-cidade, é claro que a marca das cidades brasileiras é de uma urbanização caracterizada pela segregação e pela exclusão socio-territorial de enorme parcela da população que não tem condições de acessar regularmente o solo urbanizado, em função do valor da mercadoria “terra” nas cidades. Tal mercadoria é juridicamente apropriada, no mercado imobiliário, por meio do instituto do “direito de propriedade”, que, na ordem jurídica civilista liberal do século passado, era exercido livremente pelo proprietário como um direito quase absoluto, sem maiores deveres com a coletividade. Na nova ordem jurídico-urbanístico-brasileira, consolidada pela promulgação da Constituição Federal de 1988 e, sobretudo, pela regulamentação do capítulo da política urbana pelo Estatuto da Cidade, de 2001, tal realidade pôde ser enfrentada de maneira bastante eficiente pelos municípios brasileiros, que, a partir da elaboração de planos diretores participativos, podem adotar instrumentos para monitorar a maneira como as propriedades urbanas estão sendo utilizadas, podendo, inclusive, notificar proprietários de terrenos não utilizados, subutilizados ou não edificadas para que promovam seu adequado aproveitamento. As regras de zoneamento, uso e ocupação do solo, bem como os instrumentos urbanísticos adotados pelos planos diretores, como norma básica da política de desenvolvimento e expansão urbana, são a peça-chave para promover o combate à retenção especulativa de imóveis urbanos, fazendo com que a cidade e as propriedades urbanas atendam à sua função social. É o Plano Diretor a lei capaz de alterar a forma como o direito de propriedade é exercido nas cidades,

de um modelo de gestão refém das iniciativas de proprietários individuais para um modelo de gestão urbana norteado pelo direito à cidade como um direito coletivo.

Na lei e na teoria, esse arranjo institucional é muito eficiente e capaz de romper com uma ordem urbanística excludente e segregadora, no entanto, é em cada um dos 5565 municípios brasileiros que a função social da propriedade será cumprida, ou não, conforme os processos jurídicos e políticos vividos por cada uma das cidades, especialmente consideradas as correlações de forças entre os “atores” sociais, econômicos e políticos de cada contexto municipal. As Secretarias de Planejamento Urbano municipais são as responsáveis pela condução de um câmbio paradigmático no papel do Plano Diretor, mas é claro que os desafios da gestão urbano-ambiental são imensos para cada uma das cidades brasileiras. Note-se que transitar de um modelo de plano diretor meramente “regulador” das iniciativas do mercado imobiliário para um papel proativo, no qual o município proponha a função social de cada uma das regiões da cidade, bem como instrumentos urbanísticos capazes de GARANTIR esse desiderato, é movimento que requer, além de vontade política, grande capacidade técnica dos entes municipais.

O planejamento urbano no Estatuto da Cidade

O desafio colocado para os municípios pela Constituição tornou-se ainda maior com a aprovação do Estatuto da Cidade, que ampliou o número de cidades obrigadas a elaborar o Plano Diretor, prevendo várias outras situações não previstas na Constituição Federal. Segundo o artigo 182, § 1º, da CF, “O plano diretor, aprovado pela Câmara Municipal, obrigatório para cidades com mais de vinte mil habitantes, é o instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana”. O Estatuto da Cidade, no entanto, no artigo 41, acrescentou novos casos de obrigatoriedade de elaboração do plano:

Art. 41. O plano diretor é obrigatório para cidades:

I – com mais de vinte mil habitantes;

II – integrantes de regiões metropolitanas e aglomerações urbanas;

III – onde o Poder Público municipal pretenda utilizar os instrumentos previstos no § 4º do art. 182 da Constituição Federal;

IV – integrantes de áreas de especial interesse turístico;

V – inseridas na área de influência de empreendimentos ou atividades com significativo impacto ambiental de âmbito regional ou nacional.

No ano de 2012, após um desastre urbano-ambiental decorrente de uma forte chuva seguida de deslizamento de terras na região serrana do Rio de Janeiro, no qual muitas pessoas que viviam em áreas de risco faleceram, o Congresso Nacional aprovou uma lei que alterou o Estatuto da Cidade e acrescentou ainda um sexto caso de município enquadrado na obrigação de elaborar, votar e adotar plano diretor para orientar o planejamento urbano do município:

VI – incluídas no cadastro nacional de Municípios com áreas suscetíveis à ocorrência de deslizamentos de grande impacto, inundações bruscas ou processos geológicos ou hidrológicos correlatos.

Todos os casos de obrigatoriedade de elaboração do Plano Diretor previstos pelo Estatuto da Cidade têm justificativas evidentes a demonstrar a importância do planejamento urbano para que as cidades se tornem mais justas, equilibradas e sustentáveis:

- O caso previsto na Constituição Federal, de cidades com mais de 20 mil habitantes, está relacionado ao desejável equilíbrio entre infraestrutura instalada e densidade demográfica máxima para cada região da cidade.
- As cidades inseridas em regiões metropolitanas estão desafiadas a planejar o desenvolvimento urbano de forma a dialogarem com os municípios vizinhos, a fim de enfrentar problemas que transcendem as fronteiras municipais, como dão exemplo a coleta de resíduos sólidos, o transporte intermunicipal de passageiros, o gerenciamento de

bacias hidrográficas e os programas habitacionais destinados à população de baixa renda.

- As cidades que pretendem aplicar instrumentos de combate à retenção especulativa de imóveis urbanos devem indicar, no Plano Diretor, as regiões da cidade em que notificarão os proprietários de terrenos ociosos para que atendam à função social da propriedade. Evidentemente, tais regiões que o município indica como de ocupação prioritária por meio desse gravame no Plano Diretor deverão ter infraestrutura instalada capaz de suportar o adensamento populacional derivado de tal intervenção pública no mercado imobiliário.
- As cidades inseridas em regiões de especial interesse turístico precisam planejar a ocupação do território para evitar a sobrecarga da infraestrutura nos momentos de afluxos populacionais extraordinários, como é o caso das cidades litorâneas, por exemplo, onde é frequente que a população seja inferior a 20 mil habitantes na maior parte do ano, embora no período do verão se multiplique.
- Também é preciso elaborar Plano Diretor quando a cidade recebe influência de obras de significativo impacto ambiental, pois, obviamente, a própria construção de um megaempreendimento (como uma hidrelétrica) atrai populações trabalhadoras, e, se a ocupação urbana não é planejada, a obra termina e há no entorno uma grande favela, com ocupação desordenada do solo e carência de infraestrutura.
- É quase dispensável comentar a necessidade de planejar a ocupação de cidades com áreas sujeitas a deslizamentos e inundações, visto que as tragédias urbano-ambientais, recorrentes no país, são o maior testemunho de que a ausência de planos diretores e a construção em áreas de risco geológico sem a intervenção preventiva do Poder Público têm sido responsáveis pela aniquilação de ambiências urbanas e pela perda de muitas vidas.

Todas essas novas situações enquadraram centenas de municípios na obrigação de elaborar seus planos diretores desde a

promulgação do Estatuto da Cidade, em 2001, sendo que muitos deles não tinham planos diretores anteriormente ou, em alguns casos, nem sequer as mais elementares normas urbanísticas. Da mesma forma, os municípios atingidos pelo novo encargo enfrentavam dois tipos de problemas administrativos para dar conta da tarefa: a carência pura e simples de técnicos concursados com expertise para trabalhar na elaboração dos planos diretores, ou ainda a cultura tecnicista herdada do período anterior à Constituição de 88, que ainda hegemonizava as mentes dos arquitetos urbanistas de muitos municípios, dificultando a elaboração de planos diretores alinhados às diretrizes da política urbana preconizadas pelo Estatuto da Cidade.

A participação popular nos novos planos diretores

Para além de elaborar um Plano Diretor com um perfil bastante distinto ao de um plano regulador tradicional, o Estatuto da Cidade ainda estabelecia uma nova metodologia para fins de elaboração dos planos diretores que também agregou dificuldades ao processo, já que a lei federal de desenvolvimento urbano exige a incorporação da participação popular no processo de elaboração do Plano Diretor de maneira bastante clara e inovadora, visando romper com o autoritarismo de outrora e permitir que os novos planos diretores sejam capazes de expressar pactos a respeito das regras do jogo de produção da cidade, obtidos durante os debates realizados e envolvendo o maior número possível de atores.

A questão da democratização da gestão da política urbana é consequência lógica do fato de que o Brasil é um Estado democrático de direito. Já no artigo 1º de sua Constituição Federal, menciona-se, em parágrafo único, que “Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”. É evidente que tal comando constitucional deve ter reflexos, como os de um prisma, sobre todas as políticas públicas. No caso da política urbana, o Es-

tatuto da Cidade foi claro já nas diretrizes estabelecidas no artigo 2º, que determina:

Art. 2º A política urbana tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana, mediante as seguintes diretrizes gerais:

I – [...]

II – gestão democrática por meio da participação da população e de associações representativas dos vários segmentos da comunidade na formulação, execução e acompanhamento de planos, programas e projetos de desenvolvimento urbano;

Não bastasse a clareza dessa diretriz da política urbana, há ainda uma disposição específica relacionada ao processo de elaboração do plano diretor no artigo 43, § 4º, do Estatuto da Cidade :

§ 4º No processo de elaboração do plano diretor e na fiscalização de sua implementação, os Poderes Legislativo e Executivo municipais garantirão:

I – a promoção de audiências públicas e debates com a participação da população e de associações representativas dos vários segmentos da comunidade;

II – a publicidade quanto aos documentos e informações produzidos;

III – o acesso de qualquer interessado aos documentos e informações produzidos.

A democratização da elaboração dos planos diretores deixou de ser faculdade e passou a ser obrigação do gestor público, tendo já, inclusive, consequências jurídicas importantes. No Rio Grande do Sul, o município de Capão da Canoa teve seu Plano Diretor anulado em virtude da ausência de participação popular durante o processo de elaboração do documento. A ementa do acórdão que julgou procedente a Ação Direta de Inconstitucionalidade assim foi redigida:

CONSTITUCIONAL. AÇÃO DIRETA. LEI MUNICIPAL. EDIFICAÇÕES E LOTEAMENTOS. FALTA DE PARTICIPAÇÃO DE ENTIDADES COMUNITÁRIAS. INCONSTITUCIONALIDADE.

1. É inconstitucional a Lei 1.365/99 do Município de Capão da Canoa, que estabeleceu normas acerca das edificações e dos loteamentos, alterando o plano diretor, porque não

ocorreu a obrigatória participação das entidades comunitárias legalmente constituídas na definição do plano diretor e das diretrizes gerais de ocupação do território, conforme exige o art. 177, § 5º, da CE/89.

2. AÇÃO DIRETA JULGADA PROCEDENTE.⁸

No caso do Rio Grande do Sul, outros municípios tiveram planos diretores anulados com o mesmo fundamento⁹, inclusive porque a Constituição do estado reforça a vinculação do gestor ao devido processo democrático, sendo importante reforço da diretriz de democratização da gestão da política urbana contida no Estatuto da Cidade.

Embora tal comando seja perfeitamente compreendido pelos municípios, muitas vezes não é por má-fé que a participação popular deixa de ocorrer, e sim porque há perplexidade dos técnicos sobre como organizar os processos de discussão de uma peça altamente técnica como são os planos diretores, incorporando de forma adequada a participação popular. Como organizar uma audiência pública que não seja meramente homologatória de decisões já tomadas, mas na qual um debate real aconteça, na qual a população possa participar com conhecimento de causa, bem como com poder decisório? Como garantir que a população interessada em participar de tais processos seja capacitada para tanto, por meio da realização de cursos, da elaboração de cartilhas e vídeos didáticos que partilhem o vocabulário técnico do planejamento urbano com a população em um verdadeiro processo de empoderamento cidadão? Sem entendimento do que está sendo debatido, não há interesse nas discussões, esvaziando o processo e a legitimidade do futuro plano diretor.

A necessidade de construir – entre os técnicos urbanistas responsáveis pelo Plano Diretor e a população interessada no sentido dos comandos da lei – um patamar mínimo comum de entendimento dos conceitos que estão em jogo, portanto, é uma necessidade incontornável, sob pena de traição da diretriz de gestão demo-

crática estabelecida pelo Estatuto da Cidade. Ademais, quando o processo de elaboração de um Plano é produzido de maneira falha no que diz respeito à participação popular, velhas dinâmicas de dominação são reproduzidas, sem que nada de novo seja produzido. Nesse caso, a chance de que a lei do Plano Diretor somente viabilize os interesses do mercado imobiliário é muito grande, impedindo a transformação das nossas cidades em territórios mais justos e incluídos para o conjunto da população.

Saliente-se ainda a necessidade de transparência durante o processo de elaboração dos planos diretores, sendo igualmente um imperativo jurídico a disponibilização dos documentos e propostas produzidas para que a população e entidades possam tomar conhecimento e, querendo, opinar e participar das decisões que vão sendo tomadas a respeito do território municipal. A Lei de Acesso à Informação, recentemente aprovada (Lei 12.527/11), reforça ainda mais essa obrigatoriedade de publicidade durante a elaboração da lei do Plano Diretor. Trata-se, a um só tempo, de garantia democrática e de pré-requisito para que a participação popular possa ocorrer, representando mais um desafio a ser enfrentado pelos municípios.

As diretrizes da política urbana

Neste ponto é importante ressaltar que o Estatuto da Cidade previu uma metodologia participativa, mas orientou o sentido da normativa urbanística que deverá estar contida no Plano Diretor. O Estatuto da Cidade adota diretrizes norteadoras da política urbana em direção a uma efetiva reforma urbana que garanta a função social da propriedade e o direito à cidade para todos os habitantes. Evidentemente que esse ideário se concretiza por meio da adoção e da aplicação de instrumentos urbanísticos, mas eles só terão legitimidade quando aplicados considerando as orientações contidas nas diretrizes da política urbana estabelecidas pelo artigo 2º do Estatuto da cidade.

Para além do atendimento da função social da cidade e da propriedade, da garantia do direito a cidades sustentáveis e da

⁸ Ação Direta de Inconstitucionalidade N° 70005449053. Tribunal Pleno. TJRS.

⁹ Ver, a propósito, uma recente análise da jurisprudência do TJRS sobre instrumentos e diretrizes do Estatuto da Cidade em: ALFONSIN, B. M.; ROCHA, A.; AMIN, L. A.; CORTESE, V. A. B.; PEREIRA, P. P.; BERTHOLD, S.; GOLDENFUM, F. A ordem jurídico-urbanística nas trincheiras do Poder Judiciário / The legal-urban order in the judicial trenches. Revista Direito e Práxis, v. 7, p. 421-453, 2016.

gestão democrática da política urbana, já comentados aqui, outra diretriz importante que norteará, de fato, vários instrumentos regulados pela lei que poderão ser incorporados aos planos diretores é a expressa no inciso XI desse artigo 2º, que prega a necessidade de recuperação dos investimentos públicos de que tenha resultado a valorização de imóveis urbanos. Esse é um princípio importante para reverter a tendência histórica – e territorialmente consagrada em nossas cidades – de privatização dos investimentos públicos por uns poucos proprietários e/ou empreendedores. Quem lucra com a produção da cidade deve dar uma contrapartida aos cofres públicos pela oneração dos equipamentos e da infraestrutura instalada pelo poder público. Trata-se de clara indicação da necessidade de intervenção estatal no domínio econômico, reafirmando, em boa medida, o princípio basilar da política urbana contido na exigência constitucional de se garantir a função social das propriedades urbanas. Essa diretriz se articula diretamente com a ideia contida na diretriz do inciso IX, que prevê a justa distribuição dos benefícios e ônus decorrentes do processo de urbanização.

Visando incrementar o poder municipal sobre o território urbano, a lei previu ainda, como diretriz da Política Urbana, a integração e complementaridade entre as atividades urbanas e rurais, tendo em vista o desenvolvimento socioeconômico do município e do território sob sua área de influência; essa diretriz tem reflexos evidentes na compreensão de Plano Diretor que o Estatuto da Cidade almeja, que deverá englobar a cidade como um todo, conforme expressa determinação do artigo 39.

Por fim, caberia destacar a valorização do direito à moradia e à segurança da posse nesse desenho de política urbana esboçado no artigo 2º, que também deverá ter reflexos nos planos diretores. A preocupação aparece tanto no que diz respeito à produção e oferta de novas moradias como na regularização fundiária dos assentamentos existentes. As diretrizes dos incisos XIV e XV são sensíveis às reais necessidades dos municípios brasileiros neste particular:

XIV – regularização fundiária e urbanização de áreas ocupadas por população de baixa renda mediante o estabelecimento de normas especiais de urbanização, uso e ocupação

do solo e edificação, consideradas a situação socioeconômica da população e as normas ambientais;
XV – simplificação da legislação de parcelamento, uso e ocupação do solo e das normas edilícias, com vistas a permitir a redução dos custos e o aumento da oferta dos lotes e unidades habitacionais;

No que diz respeito aos planos diretores, essas duas diretrizes são centrais, acarretando a necessidade de elaborar planos diretores que ampliem de fato as oportunidades de acesso ao solo urbano regularizado às famílias de baixa renda. Identificar as áreas tradicionalmente ocupadas por populações pobres na cidade, as favelas, os loteamentos clandestinos, é tarefa de planejamento urbano. Embora durante o período da ditadura militar os assentamentos autoproduzidos fossem invisibilizados nos planos diretores, na atual ordem jurídico-urbanística brasileira é dever romper com a visão de cidade idealizada e reconhecer a cidade real, dando visibilidade aos assentamentos autoproduzidos, adotando medidas como a regulamentação e a adoção do gravame de ZEIS (Zonas Especiais de Interesse Social), por exemplo, o que possibilitará a utilização de um regime urbanístico próprio, proposto a partir do projeto urbanístico. Note-se que a diretriz da política urbana, ao falar de regularização, permite o estabelecimento de normas especiais de urbanização, uso e ocupação do solo e edificação. De fato, seguir o regime urbanístico do entorno implicaria na necessidade de ignorar as moradias existentes e reconstruir o assentamento, fazendo terra arrasada dos esforços da população que autoconstruiu sua moradia. Assim, por meio de instrumentos como as Zonas Especiais de Interesse Social, é possível propor e produzir regularizações fundiárias que respeitem o existente sem perder de vista um critério de habitabilidade, sustentabilidade e qualidade de vida.

As Zonas Especiais de Interesse Social também podem ser utilizadas de maneira ainda mais inovadora: é possível gravar áreas na cidade para fins de produção de Habitação de Interesse Social (HIS). Para além de ser uma maneira importante de o município disputar com o mercado imobiliário áreas bem localizadas para a produção de moradias para a população de baixa renda, esse mecanismo também tem efeito sobre o preço da terra, tornando-a mais acessível e instaurando, portanto, *contratendências* em um

mercado estruturalmente excludente, no qual os pobres constroem suas casas nas terras que “sobram” (em geral áreas de risco ou protegidas pela legislação ambiental). O mecanismo, portanto, é exemplo significativo da forma como o planejamento urbano pode ter papel transformador nas cidades, desde que os instrumentos urbanísticos sejam revisitados e passem a ser utilizados em uma perspectiva de reforma urbana.

Além das ZEIS, para incentivar a produção de novas moradias em áreas bem localizadas da cidade, o Estatuto da Cidade inovou e traz comando para que a política habitacional simplifique a legislação local de parcelamento, uso e ocupação do solo, bem como das normas edilícias. Essa regulação, muitas vezes incluída como um “capítulo” do Plano Diretor, adota, normalmente, padrões bastante elitistas, inadequados para a população de baixa renda e, portanto, promotores de segregação socioespacial. Propor, contudo, novas regras para a produção de Habitação de Interesse Social também requer expertise que o corpo técnico de muitos municípios ainda não detém, aumentando as necessidades de assessoramento qualificado para fins de elaboração dos planos diretores nesse cenário pós-Estatuto da Cidade.

Os instrumentos da política urbana

Na forma como o Estatuto da Cidade foi estruturado, os municípios deverão elaborar seus planos diretores observando não apenas as diretrizes orientadoras da política urbana, mas também os novos instrumentos urbanísticos introduzidos pela lei. Dentre tais instrumentos, além das Zonas Especiais de Interesse Social citadas no artigo 4º, o Estatuto da Cidade regulamentou os instrumentos de combate à retenção especulativa de imóveis urbanos, trazendo regras mínimas para que os municípios possam aplicar a notificação para parcelamento, edificação ou utilização de imóveis não utilizados, subutilizados ou não edificadas (art. 5º da Lei 10.257/01). Tais instrumentos, essenciais para o monitoramento, pelos municípios, do cumprimento (ou não) da função social da propriedade, devem ser não apenas previstos no Plano Diretor,

mas também territorializados no mapa, devendo o Plano Diretor identificar as áreas da cidade em que serão aplicados. Se a notificação para aproveitamento adequado do imóvel não for atendida, o município poderá lançar o IPTU progressivo no tempo e, após cinco anos de incidência de alíquotas que podem dobrar em relação ao ano anterior, o município poderá ainda lançar mão da desapropriação, com pagamento em títulos da dívida pública. São instrumentos inovadores em termos de política urbana, mas note-se que não podem nem sequer existir no ordenamento jurídico se não estiverem previstos no Plano Diretor.

Os planos diretores preconizados pelo Estatuto da Cidade devem ainda indicar as áreas do município que aplicarão outros instrumentos urbanísticos importantes como o direito de preempção, a outorga onerosa do direito de construir, as áreas em que os proprietários poderão realizar a transferência do direito de construir e, ainda, as áreas que estarão sujeitas à realização de operações urbanas consorciadas.

Tais instrumentos trouxeram inovações importantíssimas para a execução da política urbana no Brasil, fazendo com que os municípios estivessem, enfim, capacitados para uma maior incidência no processo de produção da cidade, abandonando postura de mero espectador das iniciativas do mercado imobiliário. O direito de preempção traz novas possibilidades para que os municípios adquiram os imóveis necessários para fins urbanísticos, superando de forma vantajosa o instituto da desapropriação. A outorga onerosa do direito de construir recupera para a coletividade parte da valorização que terrenos privados experimentam em função do conteúdo da normativa urbanística. A transferência do direito de construir trouxe bem-vinda possibilidade de compensação financeira pela preservação de imóveis considerados de interesse arquitetônico, paisagístico, histórico ou ambiental, rompendo com as limitações de instrumentos como o tombamento.

As operações urbanas consorciadas merecem comentário mais robusto, pois de fato revolucionam o próprio modelo de planejamento urbano adotado pelo Brasil. Segundo Javier Garcia-Bellido, os planos diretores podem ser não vinculantes ou vinculantes, com vantagens e desvantagens em cada um dos casos:

Planos locais não vinculantes para os particulares; orientadores ou indicativos, que não criam direitos-deveres; flexíveis e versáteis em suas indicações indeterminadas, livremente negociáveis, discricionais em suas aplicações caso a caso, conforme acordem as partes; com uma flagrante incerteza e insegurança jurídico-econômica para os particulares antes de procederem à tomada de suas decisões urbanísticas [...]. Planos atos vinculantes para todos, conforme o nível; estatutários, atributivos ou criadores de um rígido dimensionamento dos direitos e deveres legais; inflexíveis, fixos e inamovíveis, em observância a suas determinações enquanto estão em vigor; não discricionários em cada caso (a discricionariedade está na deliberação de suas determinações); indutores ou garantidores de uma certeza e segurança jurídico-econômica, mas facilmente revisáveis ou modificáveis; de demorada elaboração interna e pública e com grande participação cidadã, porém mais rápidos na devida autorização reconhecimento (licença) do direito-faculdade exercível (simples atos declaratórios de direito) [...].¹⁰

No caso brasileiro, o modelo de Plano Diretor adotado pela Constituição Federal é rígido, ou seja, vinculante. As operações urbanas consorciadas, no entanto, introduzem flexibilidade no regime urbanístico da área atingida pela operação que permite um planejamento urbano por projeto, aproximando-se do modelo de plano diretor não vinculante, segundo a classificação proposta por Garcia Bellido. De fato, o instrumento aposta em uma concertação entre poder público, iniciativa privada e população atingida pelo projeto, já que todas as alterações introduzidas no regime urbanístico da área atingida pela operação urbana prevista no Plano Diretor deverão ser aprovadas por lei específica, e a forma de controle da operação será necessariamente compartilhada com a sociedade civil. Além disso, as operações urbanas consorciadas são importante instrumento de recuperação de mais-valias urbanas, devendo ser incorporadas aos planos diretores a fim de romper com a

10 GARCIA BELLIDO, Javier. Análise comparativa de diferentes modelos urbanísticos europeus e americanos. In: ABRAMO, Pedro (Org.). *Cidades em transformação: entre o plano e o mercado: experiências internacionais de gestão do solo urbano*. Rio de Janeiro: OIPSOLO/IPPUR, 2001, p. 16.

tradicional privatização da valorização imobiliária decorrente da ação do poder público.¹¹

O desafio da elaboração dos novos planos diretores

O grande problema para que a “nova ordem jurídico-urbanística”, consubstanciada pelo Estatuto da Cidade e pelo planejamento urbano transformador que ele preconiza, saia do papel e conquiste efetividade diz respeito à complexidade tanto da metodologia de elaboração de planos diretores participativos quanto dos novos instrumentos urbanísticos que ele introduziu em nosso ordenamento jurídico. A maior parte dos municípios tem equipes pequenas, dotadas de poucos técnicos arquiteto-urbanistas, e, da mesma forma, a esmagadora maioria tem formação ainda marcada pela hegemonia dos planos reguladores, de caráter funcionalista e herdados do período anterior à Constituição de 88. Embora a “caixa de ferramentas” trazida pelo Estatuto da Cidade represente potencial muito grande de atuação pelos municípios, pode ficar ociosa, dependente da compreensão do alcance de tais instrumentos, da construção de diagnósticos competentes e da vontade política de alterar as dinâmicas e tendências do mercado imobiliário. Decorre daí a necessidade de incrementar a capacidade técnica das prefeituras, aportando expertise nos processos de elaboração dos planos diretores, a fim de garantir que eles possam atingir os objetivos da política urbana e garantir o atendimento das funções sociais da cidade em cada município brasileiro.

O Ministério das Cidades apoiou a elaboração de planos diretores participativos, por meio da Secretaria Nacional de Programas Urbanos, como uma de suas primeiras ações enquanto ministério recém-criado, ainda no primeiro governo do presidente Lula, em 2003. A campanha nacional “Plano Diretor Participativo: Cidade

11 Ver, a respeito: ALFONSIN, B. M. Operações urbanas consorciadas como instrumento de captação de mais valias urbanas: um imperativo da nova ordem jurídico urbanística brasileira. In: Betânia de Moraes Alfonsin; Edésio Fernandes. (Org.). *Direito Urbanístico: estudos brasileiros e internacionais*. 1. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

de Todos” foi idealizada e realizada pelo Ministério das Cidades em conjunto com o Conselho das Cidades. Os resultados dessa campanha foram bastante significativos, e, conforme Santos Júnior e Montandon¹², que coordenaram uma pesquisa nacional sobre os planos diretores, o número de cidades que elaboraram seus planos diretores a partir dessa mobilização nacional capitaneada pelo Ministério das Cidades é bem expressivo: “A partir de 2005 o número de Planos Diretores aumentou consideravelmente, passando de 805 em 2005 para 2318 em 2009”. Cruzando dados do IBGE, os autores concluíram ainda que, dos municípios com mais de 20 mil habitantes (1.644 municípios, segundo o Instituto), “1433 declararam ter Plano Diretor, o que corresponde a 87% do total”.¹³ Como há ainda outros municípios – para além daqueles com mais de 20 mil habitantes – que estão obrigados a elaborar planos diretores, estima-se que hoje o número de municípios brasileiros dotados de planos diretores seja ainda mais expressivo.

Nesse processo de elaboração dos planos diretores a partir do Estatuto da Cidade, foi crucial a participação de entidades, organizações não governamentais e empresas especializadas e com experiência na área de planejamento urbano. No cenário urbano brasileiro, tais entidades, organizações e empresas cumprem função social importantíssima ao aportar conhecimento técnico, metodologias adequadas e equipes competentes na assessoria aos municípios na tarefa de planejar o desenvolvimento urbano orientado para a garantia do direito à cidade para todos. A própria política urbana preconizada pelo Estatuto prevê, em suas diretrizes, essa parceria público-privada, estabelecendo, no inciso III, a “cooperação entre os governos, a iniciativa privada e os demais setores da sociedade no processo de urbanização, em atendimento ao interesse social”. Ao participar da elaboração de planos diretores, tais associações, ONGs e empresas contribuem para o rompimento com uma visão centrada apenas na administração municipal das práticas de planejamento urbano, somando esforços na incorporação de novos atores, representativos de diferentes segmentos

sociais, além da própria população, o que contribuiu muito para a efetiva democratização da política urbana, condição indispensável para a construção de cidades para todos no Brasil do século XXI.

Referências

ALFONSIN, Betania de Moraes. Direito à cidade sustentável na nova ordem jurídico-urbanística brasileira: emergência, internacionalização e efetividade em uma perspectiva multicultural. In: Antônio Carlos Wolkmer; José Rubens Morato Leite (Org.). Os novos direitos no Brasil: natureza e perspectivas, uma visão básica das novas conflituosidades jurídicas. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

ALFONSIN, Betania de Moraes. Operações urbanas consorciadas como instrumento de captação de mais valias urbanas: um imperativo da nova ordem jurídico urbanística brasileira. In: Betania de Moraes Alfonsin; Edésio Fernandes (Org.). Direito Urbanístico: estudos brasileiros e internacionais. 1. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

ALFONSIN, Betania de Moraes; ROCHA, A.; AMIN, L. A.; CORTESE, V. A. B.; PEREIRA, P. P.; BERTHOLD, S.; GOLDENFUM, F. A ordem jurídico-urbanística nas trincheiras do Poder Judiciário / The legal-urban order in the judicial trenches. Revista Direito e Práxis, v. 7, p. 421-453, 2016.

FERNANDES, Edésio; ALFONSIN, Betania. A construção do Direito Urbanístico brasileiro: desafios, histórias, disputas e atores in FERNANDES, Edésio; ALFONSIN, Betania (Orgs.) Coletânea de legislação urbanística: normas internacionais, constitucionais e legislação ordinária. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

GARCIA BELLIDO, Javier. Análise comparativa de diferentes modelos urbanísticos europeus e americanos. In: ABRAMO, Pedro (Org.). Cidades em transformação - entre o plano e o mercado: experiências internacionais de gestão do solo urbano. Rio de Janeiro: OIPSOLO/ IPPUR, 2001.

12 SANTOS JUNIOR, Orlando Alves dos; MONTANDON, Daniel Todtmann (orgs.). Os planos diretores municipais pós-estatuto da cidade: balanço crítico e perspectivas – Rio de Janeiro: Letra Capital: Observatório das Cidades: IPPUR/UFRJ, 2011, p. 29.

13 *ibidem*.

PESAVENTO, Sandra Jathay. O imaginário da cidade - Visões literárias do urbano. PARIS-RIO DE JANEIRO - PORTO ALEGRE. Porto Alegre: UFRGS, 1999.

SANTOS JUNIOR, Orlando Alves dos; MONTANDON, Daniel Todtmann (orgs.). Os planos diretores municipais pós-estatuto da cidade: balanço crítico e perspectivas – Rio de Janeiro: Letra Capital: Observatório das Cidades: IPPUR/UFRJ, 2011.

SCHVARSBURG Benny Planejamento Urbano no Brasil pós-1988: panorama histórico e desafios contemporâneos. In FARIA Rodrigo de; SCHVARSBURG Benny (Orgs), Políticas urbanas e regionais no Brasil _ Brasília : Universidade de Brasília, Faculdade de Arquitetura e Urbanismo, 2011.

A ANÁLISE JUDICIAL DO AUTO DE PRISÃO EM FLAGRANTE SEGUNDO A LEI DE DROGAS: LINHAS PARA UMA NECESSÁRIA ADEQUAÇÃO CONSTITUCIONAL E CONVENCIONAL*

MAURO FONSECA ANDRADE**

RODRIGO DA SILVA BRANDALISE**

* O presente artigo vai ao encontro do projeto de pesquisa O PROCESSO DE FORMAÇÃO E DESENVOLVIMENTO DOS PRINCÍPIOS E GARANTIAS PROCESSUAIS PENAIS. TENSÕES ENTRE A HISTÓRIA DO DIREITO E AS POSIÇÕES DOUTRINÁRIA E JURISPRUDENCIAL CONTEMPORÂNEAS desenvolvido junto ao Mestrado em Direito da FMP.

** Professor Titular da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul (FMP). Professor Adjunto da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Doutor em Direito Processual Penal pela Universidade de Barcelona/Espanha. Promotor de Justiça/RS.

*** Professor da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul (FMP). Mestre em Direito pela Universidade de Lisboa/Portugal. Promotor de Justiça/RS.

No ritmo em que a sociedade de nossos dias está se desenvolvendo, o fato de determinada lei completar dez anos mostra-se altamente significativo. Quando essa lei se ocupa, penal e processualmente, de um dos temas mais controversos na esfera do direito criminal (leia-se, drogas ilícitas), o apelo para sua análise no contexto atual é ainda mais forte.

O questionamento a tudo o que envolve a comercialização e o uso das chamadas drogas ilícitas é perene, podendo-se encontrar literatura séria para ambas as correntes, polarizadas na descriminalização ou manutenção da atual forma de abordagem a tais práticas. Por sua vez, no que diz respeito aos temas de natureza processual, é possível ver, a partir de uma observação meramente objetiva em relação a essa década de existência, que a Lei nº 11.343, de 2006, deparou-se com diversas situações detentoras de grande potencial para produzir alterações nas rotinas das fases de investigação e do processo de conhecimento por ela formalmente reguladas.

Um primeiro exemplo dessa realidade pode ser notado com a Lei nº 11.719, de 2008, que entrou em vigor quando a Lei de Drogas nem sequer contava com dois anos de existência.

Em razão de nosso Código de Processo Penal sofrer profunda mudança no Livro II (Dos Procedimentos em Espécie), o resultado prático dessa reforma legislativa foi o questionamento quanto à manutenção, ou não, do procedimento que há pouco havia sido traçado pela Lei de Drogas. Em pronunciamentos que ainda hoje provocam muito desconforto, nosso Tribunal Constitucional vem mantendo o procedimento previsto para os crimes de maior apenamento, sob a justificativa de que, por se tratar de legislação especial, o rito por ela traçado prevalece sobre aquele previsto no Código de Processo Penal.

Por outro lado, dois outros exemplos, ainda não enfrentados pelos nossos Tribunais Superiores, vêm motivando certa controvérsia também no âmbito processual. Ambos estão relacionados ao procedimento a ser seguido no auto de prisão em flagrante, após sua lavratura e encaminhamento ao Poder Judiciário. Especificamente, a Lei de Drogas, no artigo 50, *caput*, determina que o juiz dê vista daquele auto ao Ministério Público,

no prazo de 24 horas, sem fazer qualquer menção à possibilidade de manifestação posterior por parte da defesa.¹

Temos, assim, duas situações que merecem uma melhor análise, frente a realidades já consolidadas, a saber: a) com a progressiva implantação da audiência de custódia no território nacional, haveria como se manter a aplicação prática daquele dispositivo, tendo em vista que a apresentação judicial da pessoa presa exige a presença não só do Ministério Público, mas também da própria defesa?; e b) nas localidades onde ainda não haja sido implantada a audiência de custódia, eventual requerimento do Ministério Público será analisado diretamente pelo juiz – tal como deixa entrever a Lei de Drogas – ou haverá a incidência das novas disposições constantes no Código de Processo Penal, particularmente aquelas que tratam da análise judicial das medidas cautelares pessoais a ele requeridas (artigo 282, § 3º)?

Tais situações serão o foco de atenção de nossas linhas, o que nos permitirá concluir pela necessidade, ou não, de atualização da Lei de Drogas no que diz respeito à discussão que tem sido o centro das atenções no direito processual penal nestes últimos anos: o *status libertatis* do sujeito passivo da persecução penal.

O impacto da reforma do Código de Processo Penal (Lei nº 12.403, de 2011) sobre a análise do auto de prisão em flagrante nos crimes da Lei de Drogas

Quando do advento da Lei nº 11.343, de 2006, ao ocorrer a prisão em flagrante, a autoridade de polícia judiciária fará, imediatamente, comunicação ao juiz competente, remetendo-lhe cópia do auto lavrado, do qual será dada vista ao órgão do

¹ Artigo 50, *caput*. Ocorrendo prisão em flagrante, a autoridade de polícia fará, imediatamente, comunicação ao juiz competente, remetendo-lhe cópia do auto lavrado, do qual será dada vista ao órgão do Ministério Público, em 24 (vinte e quatro) horas.

Ministério Público, em 24 horas (artigo 50). À época, essa previsão foi claramente ousada, se comparada com aquela similar contida no Código de Processo Penal – atualmente já revogada –, que previa a abertura de vista ao Ministério Público somente se presente alguma das hipóteses indicativas de exclusão da ilicitude.² Ou seja, vislumbrava-se um intento legislativo de que o juiz somente viesse a decretar alguma cautelar pessoal caso provocado pelo Ministério Público. Contudo, ainda que se interprete o artigo 50 da Lei de Drogas como um avanço na busca da inércia do juiz na fase de investigação, é imprescindível adequá-lo à realidade normativa surgida com a reforma do Código de Processo Penal, ocorrida em 2011.

Ao tratar das disposições gerais relacionadas ao Título IX – que trata da prisão, das medidas cautelares e da liberdade provisória –, passou a dizer o artigo 282, § 3º, que:

Ressalvados os casos de urgência ou de perigo de ineficácia da medida, o juiz, ao receber o pedido de medida cautelar, determinará a intimação da parte contrária, acompanhada de cópia do requerimento e das peças necessárias, permanecendo os autos em juízo.

Fica evidente, pois, a preocupação do legislador brasileira em preservar o contraditório e a ampla defesa, consagrados nos termos do inciso LV do artigo 5º da Constituição Federal. Entretanto, por sua importante relevância, também não descurou da efetividade e da eficiência das decisões judiciais, ao possibilitar que o contraditório seja dispensado em casos de urgência e/ou de perigo de ineficácia da medida.

Sobre o tema, a doutrina explica que não há impropriedade no respeito ao contraditório quando da aplicação das medidas cautelares. Isso porque ela modificou uma compreensão de longa data existente no processo penal brasileiro, qual seja, a de que as medidas cautelares deveriam ser aplicadas de forma inaudita altera parte. Assim, a defesa somente teria

² Artigo 310, *caput*. Quando o juiz verificar pelo auto de prisão em flagrante que o agente praticou o fato, nas condições do art. 19, I, II e III, do Código Penal, poderá, depois de ouvir o Ministério Público, conceder ao réu liberdade provisória, mediante termo de comparecimento a todos os atos do processo, sob pena de revogação.

o contraditório a seu favor em momento posterior, de maneira diferida, nem que fosse pela via do *habeas corpus*.³

Consagra-se, de tal maneira, a possibilidade de que a defesa venha a convencer o juízo⁴ de que a medida não se mostra exigível no caso concreto, ou de que ela deve ser aplicada de forma mais abrandada. Quer-se, além da ordem constitucional, o respeito a pactos internacionais ratificados pelo Brasil (Pacto de São José da Costa Rica, artigo 7º, § 5º; e Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos de Nova Iorque, artigo 9º, § 3º).⁵

Pacelli e Fischer indicam que haverá de ser analisada a medida cautelar a ser imposta e o risco que ela corre caso presente o contraditório, citando⁶, a título de exemplo, a prisão preventiva.⁷ Em tal hipótese, além da necessidade dos indícios de autoria e da materialidade, pode-se afetar a efetividade da investigação ou do processo. De tal sorte que o contraditório, em casos como esses, pode afetar a aplicação da medida. Ainda, medidas como a proibição de acesso a determinados lugares, o contato com determinadas pessoas e a suspensão de exercício de função pública ou de atividade de natureza econômico-financeira seriam afetadas pelo contraditório, já que necessário o risco de reiteração criminosa.⁸

Doutra banda, as demais hipóteses admitiriam a presença do contraditório, pois esse é um importante elemento para a verificação da necessidade da medida.⁹ Afinal, como sustentam os

³ LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de Processo Penal. 4. ed. Salvador: Jus Podium, 2016, p. 827.
⁴ Relevantíssimo sobre o tema o conteúdo do artigo 10º do novo Código de Processo Civil, ao prever que “O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício”.
⁵ LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de Processo Penal. Ob. cit., p. 827.
⁶ PACELLI, Eugênio; FISCHER, Douglas. Comentários ao Código de Processo Penal e sua Jurisprudência. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 576.
⁷ Citação que também é feita por Renato Brasileiro de Lima, notadamente quando se fala em risco de fuga do distrito da culpa que prejudicará a aplicação da lei penal (LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de Processo Penal. Ob. cit., p. 828).
⁸ PACELLI, Eugênio; FISCHER, Douglas. Comentários ao Código de Processo Penal e sua Jurisprudência. Ob. cit., p. 576.
⁹ PACELLI, Eugênio; FISCHER, Douglas. Comentários ao Código de Processo Penal e sua Jurisprudência. Ob. cit., p. 576.

autores citados, está-se diante da composição entre a proibição de excesso e a efetividade dos direitos fundamentais.¹⁰

Noutras palavras, pode-se dizer que o contraditório prévio seria aferido pela proporcionalidade entre a medida cautelar e o interesse a ser protegido (o próprio artigo 282, *caput*, incisos I e II, menciona a necessidade e adequação¹¹).

De bom tom mostra-se que o juízo, em tais hipóteses, fundamentalmente por qual motivo deixará de aplicar o contraditório no caso concreto quando de sua decisão, de maneira a justificar a urgência e o perigo de ineficácia.¹² Ilustrativamente, pode-se citar que há reconhecimento jurisprudencial de que a limitação do contraditório, pelas exceções acima apontadas, aplica-se claramente às hipóteses de prisão preventiva, por sua própria natureza.¹³

Vê-se que tal consideração se aplica, inclusive, em sede de contrarrazões recursais. Nosso Superior Tribunal de Justiça, por exemplo, entendeu pertinente afastar o contraditório na hipótese específica de um recurso em sentido estrito, pois, existentes ameaças de morte que poderiam obstruir a instrução criminal, é viável postergar o contraditório, desde que veicule pedido de imposição de medida acautelatória comprovadamente necessária.¹⁴ Por certo, ele não desconheceu a regra do artigo 588 do Código de Processo Penal, mas também cuidou da proteção de outros interesses e direitos que necessitam de proteção jurídica e judicial.

10 PACHELLI, Eugênio; FISCHER, Douglas. Comentários ao Código de Processo Penal e sua Jurisprudência. Ob. cit., p. 570.

11 Como doutrina Alexy, a proporcionalidade em amplo sentido inclui as noções de necessidade, de proporcionalidade em sentido estrito e de adequação, sendo consectário lógico da aceitação de um sistema de princípios (ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 119). De ser visto que Pacelli e Fischer também apontam pela necessidade de respeito à proporcionalidade, à adequação (gravidade e circunstâncias do fato, bem como condições pessoais do agente) e à necessidade (instrumentalidade para o processo ou garantias de ordem pública ou econômica) quando da aplicação das medidas cautelares pessoais (PACHELLI, Eugênio; FISCHER, Douglas. Comentários ao Código de Processo Penal e sua Jurisprudência. Ob. cit., p. 570).

12 LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de Processo Penal. Ob. cit., p. 828.

13 STJ, *Habeas Corpus* nº 272.769-MG, Relatora Ministra Laurita Vaz, j. em 12/11/2013. DJe de 25 de novembro de 2013.

14 STJ, *Habeas Corpus* nº 267.351-DF, Relator Ministro Og Fernandes, j. em 06/08/2013. DJe de 21 de maio de 2014.

Referido entendimento vem ratificado pelo Supremo Tribunal Federal, que também se pronunciou pela correção da não intimação indicada no parágrafo anterior, pelos mesmos fundamentos estampados no artigo 282, § 3º, do Código de Processo Penal.¹⁵ Mas não se diga que as considerações caminham sempre em tal sentido.

Em decisão recente de cunho monocrático, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a necessidade de proteção do contraditório ainda quando se trate de prisão.¹⁶

No caso versado, houve a aplicação de medidas cautelares diversas da prisão, primeiramente, quais sejam, o recolhimento domiciliar; a proibição de manter contato com determinadas pessoas; e o monitoramento eletrônico. Entretanto, por conta de comunicação de descumprimento da última medida, foi decretada a prisão do acusado, a partir de pedido do Ministério Público, sem que tivesse existido possibilidade de contraditório. Quando do julgamento monocrático, houve o entendimento de que o risco de ineficácia da medida ou a urgência dela não se mostra pela mera possibilidade de decretação da prisão preventiva. Ou seja, exige-se uma demonstração com mais concretude da exceção legal, pois a regra é o direito e a possibilidade de influenciar o resultado do processo.¹⁷

Essa decisão abre a possibilidade para que se faça um ponto de junção entre a disposição genérica do Código de Processo Penal e a previsão específica da Lei de Drogas aqui mencionada.

Consagrado que o contraditório pode ser afastado pelo risco ou pelo perigo indicado no artigo 282, § 3º, do Código de Processo Penal, por qual razão haveria de ser afastado o contraditório na hipótese do artigo 50 da Lei de Drogas?

Como visto, quando se tratar de prisão em flagrante, a autoridade de polícia judiciária fará, imediatamente, comunicação ao juiz competente, remetendo-lhe cópia do auto já lavrado,

15 STJ, *Habeas Corpus* nº 122.939-DF, Relator Ministro Cármen Lúcia, j. em 23/09/2014. DJe-194, de 06 de outubro de 2014.

16 STF, *Habeas Corpus* nº 133.894-DF, Relator Ministro Dias Toffoli, j. em 26/04/2016. DJe-094, de 11 de maio de 2016.

17 STF, *Habeas Corpus* nº 133.894-DF, Relator Ministro Dias Toffoli, j. em 26/04/2016. DJe-094, de 11 de maio de 2016.

do qual será dada vista ao órgão do Ministério Público, em 24 horas.

Ora, se o sujeito já está preso por força do flagrante, não está presente qualquer urgência ou perigo de execução da medida se a defesa, após a vista ao órgão do Ministério Público, também tiver chance de se manifestar em contraditório.¹⁸ Se o juiz ainda não concedeu a liberdade ao flagrado, a participação defensiva pode ser essencial para a formação do convencimento final, na linha já exposta pela doutrina e pela jurisprudência citadas, pois é a dialética formada que melhor possibilita a tese que será acolhida.

De tal sorte que há plena possibilidade de coexistência e de convivência entre os dois dispositivos. Aliás, a disposição posterior complementa, sem qualquer risco, o conteúdo da lei especial. Como indicado na última decisão do Supremo Tribunal Federal aqui referida, se for caso de urgência ou perigo de execução da medida devidamente justificados, decide-se sem contraditório; se tal não for, deve o contraditório ser respeitado, nos termos do Código de Processo Penal, que nada mais fez que regular, na esfera criminal, um princípio que tem assento na própria Constituição Federal.

Em síntese, verifica-se necessária adequação do artigo 50 da Lei de Drogas à nova realidade normativa presente no Código de Processo Penal. Isso deve ocorrer independentemente de aquele artigo se encontrar em lei considerada especial, se comparada ao Código de Processo Penal, identificado ou equiparado a lei ordinária. A adequação que aqui se prega decorre de comando advindo da própria Constituição Federal, que viu naquele código o ambiente lógico em que deveria ser corretamente regulado o princípio do contraditório para toda e qualquer oportunidade em que o magistrado venha a exercer seu poder jurisdicional.

¹⁸ Sobre a incidência do princípio do contraditório fora do processo de conhecimento de natureza condenatória, em especial no auto de prisão em flagrante, ver: ANDRADE, Mauro Fonseca. A Atuação do Ministério Público Frente às Medidas Cautelares Pessoais. Revista da SJRJ, Rio de Janeiro, v. 20, p. 209-225, 2013.

A audiência de custódia e sua aplicação ao procedimento da Lei de Drogas

Embora o Brasil houvesse ratificado o Pacto de San José da Costa Rica e o Pacto Internacional de Direitos Políticos e Civis no ano de 1992, quase duas décadas se passaram até que alguma iniciativa mais concreta se verificasse por parte do poder público, visando à efetiva implantação de um dos institutos mais polêmicos dentre os constantes naqueles textos internacionais: a chamada audiência de custódia.¹⁹ Em simples termos, ela nada mais é que a apresentação judicial, sem demora, de toda pessoa presa ou detida, a fim de que o Poder Judiciário possa realizar o controle sobre a prisão efetuada e averiguação da necessidade, ou não, da permanência de privação da liberdade da pessoa apresentada.

Apesar da existência de iniciativas isoladas²⁰, somente em 2011 é que o Poder Legislativo deu início a uma verdadeira discussão sobre aquele instituto, com a proposição do Projeto de Lei do Senado nº 554. A partir de então, a discussão sobre sua aplicação, ou não, à praxe processual penal brasileira tomou conta dos meios judiciais e acadêmicos, a ponto de se verificar verdadeiro racha em relação à prevalência ou superação das disposições do atual Código de Processo Penal sobre o procedimento a ser adotado quando da distribuição judicial do auto de prisão em flagrante.

O primeiro passo rumo a uma unificação de entendimentos foi dado pelo Conselho Nacional de Justiça, que, em convênio

¹⁹ Sobre o instituto da audiência de custódia, ver: ANDRADE, Mauro Fonseca; ALFLEN, Pablo Rodrigo. Audiência de Custódia no Processo Penal Brasileiro. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.

²⁰ Concretamente, referimo-nos aos intentos do Poder Judiciário do Rio Grande do Sul e do Ministério Público Federal da Seção Judiciária do Ceará. Em relação ao primeiro, a Corregedoria-Geral de Justiça do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, fazendo uso do Ofício-Circular nº 033/03-CGJ, de 2 de abril de 2003, dirigiu-se aos seus juízes para lembrá-los do teor do artigo 7, 5, 1ª parte, da CADH, que versa sobre a necessidade de apresentação judicial, sem demora, de toda pessoa presa ou detida. Em relação ao segundo, ajuizou ele, em 2010, ação civil pública, tendo a União Federal como ré, postulando, entre outros pedidos, que o Diretor-Geral da Polícia Federal tomasse as necessárias providências para que aquela apresentação viesse a se efetivar (Processo nº 0014512-10.2010.4.05.8100, 3ª Vara Federal de Fortaleza, Seção Judiciária do Ceará).

firmado com o Ministério da Justiça e o Tribunal de Justiça de São Paulo, criou o projeto-piloto audiência de custódia, iniciado nesse estado em fevereiro de 2015. Pouco a pouco, idêntico convênio foi sendo firmado com todos os Tribunais de Justiça do país, mas, ante o questionamento judicial feito perante o Supremo Tribunal Federal (ADPF 347), nossa Corte Constitucional deferiu a medida cautelar ali pleiteada, obrigando a implantação, por parte de todos os juízes e Tribunais do país e no prazo de 90 dias, da audiência de custódia em suas circunscrições territoriais. Em razão dessa medida cautelar, foi dado o segundo passo na busca de implantação em nível nacional da audiência de custódia, originando, então, a Resolução nº 213, de 15 de dezembro de 2015, do Conselho Nacional de Justiça.²¹

Mesmo havendo nada menos que uma resolução do Conselho Nacional de Justiça e decisão do Supremo Tribunal Federal que vinculam todos os magistrados do país, é possível afirmar, sem qualquer medo de cometer algum tipo de exagero, que os mais diversos argumentos vêm sendo utilizados para evitar sua aplicabilidade de modo integral ou, como mínimo, em certos pontos que fortemente desagradam aos juízes brasileiros.

Como justificativa para seu descumprimento integral, vemos a alegação de falta de estrutura para a realização da apresentação judicial da pessoa presa ou detida, algo que nunca foi obstáculo para que houvesse a apresentação de adolescente ao Ministério Público, quando apreendido em flagrante. Por outro lado, como justificativa para seu descumprimento parcial, vemos a colocação das pessoas presas ou detidas em presídios, antes mesmo do decreto de sua prisão preventiva (realidade do Rio Grande do Sul)²², ou negativa em comparecer aonde a pessoa presa ou detida está hospitalizada, sob o argumento de que a

21 Sobre o tema, ver: ANDRADE, Mauro Fonseca; ALFLEN, Pablo Rodrigo (organizadores). *Audiência de Custódia. Comentários à Resolução nº 213 do Conselho Nacional de Justiça*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.

22 ANDRADE, Mauro Fonseca. *A Audiência de custódia na Concepção da Justiça Gaúcha análise da Resolução nº 1.087/2015 e das práticas estabelecidas*. In: ANDRADE, Mauro Fonseca; ALFLEN, Pablo Rodrigo (organizadores). *Audiência de Custódia. Da Boa Intenção à Boa Técnica*. Porto Alegre: FMP, 2016, p. 228-233.

resolução emitida pelo Conselho Nacional de Justiça não poderia se sobrepor à legislação vigente.²³

Nessa linha, que busca desculpas para o não cumprimento das disposições dos textos internacionais referidos, bem como da Resolução nº 213, de 15 de dezembro de 2015, do Conselho Nacional de Justiça, é possível antever a invocação da literalidade do que dispõe o artigo 50 da Lei de Drogas, quando estabelece que o Ministério Público tenha vista do auto de prisão em flagrante no prazo de 24 horas. Ou seja, em razão do critério da especialidade, que motivou nossa Corte Constitucional a se posicionar pela manutenção do procedimento adotado pela Lei de Drogas, é possível vislumbrar que esse mesmo argumento seja utilizado para a não realização daquele ato que, em nosso país, convencionou-se chamar de audiência de custódia, sobretudo ante a forte resistência encontrada no Poder Judiciário e Ministério Público. No entanto, caso tal argumento venha a ser invocado, mais uma mostra de desconhecimento de nossa realidade normativa estará sendo dada pelos detratores daquela apresentação judicial.

Em conhecida discussão ocorrida no Supremo Tribunal Federal, a posição que prevaleceu foi no sentido de reconhecer que o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e o Pacto de San José da Costa Rica têm status de norma suprallegal e infraconstitucional.²⁴ Dito de outra forma, o Brasil teria internalizado um instituto – leia-se, a audiência de custódia – por meio de um texto que, de acordo com o entendimento majoritário de nosso Tribunal Constitucional, por ter status de norma suprale-

23 Poder Judiciário do Rio Grande do Sul. Comarca de Porto Alegre. Auto de Prisão em Flagrante. Expediente nº 001/2.16.011072-8. Juiz de Direito Luciano André Losekann, decisão proferida em gabinete em data de 9 de fevereiro de 2016.

24 Por ocasião do julgamento do RE 349703, decidiu-se que “Desde a adesão do Brasil, sem qualquer reserva, ao Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (art. 11) e à Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica (art. 7º, 7), ambos no ano de 1992, não há mais base legal para prisão civil do depositário infiel, pois o caráter especial desses diplomas internacionais sobre direitos humanos lhes reserva lugar específico no ordenamento jurídico, estando abaixo da Constituição, porém acima da legislação interna. O status normativo suprallegal dos tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil torna inaplicável a legislação infraconstitucional com ele conflitante, seja ela anterior ou posterior ao ato de adesão”. (STF, RE 349703/RS, Rel. Min. Carlos Britto, Tribunal Pleno, julgado em 03/12/2008).

gal, está em posição hierárquica inferior à Constituição Federal, mas superior às leis ordinárias.²⁵

Com isso, a aplicabilidade da audiência de custódia aos crimes previstos na Lei de Drogas é impositiva, bem como também é impositiva a observância ao procedimento previsto para tal ato, regulado que está pela Resolução nº 213, de 2015, do Conselho Nacional de Justiça. Consequentemente, a possibilidade de manifestação no auto de prisão em flagrante, no que diz respeito aos crimes previstos na Lei de Drogas, não deve se restringir somente ao Ministério Público, tal como expressamente preceitua o artigo 50.

Enfim, em razão de o ato conhecido como audiência de custódia dever estar permeado pelo princípio do contraditório²⁶, a única e isolada manifestação do Ministério Público, em caráter prévio à análise judicial do auto de prisão em flagrante, caracterizar-se-ia em verdadeiro monólogo, o que somente se admite diante das hipóteses já referidas de exclusão do contraditório, consistentes na urgência e/ou perigo de ineficácia da medida.

Conclusão

Nestes dez anos que marcam o tempo de existência da atual Lei de Drogas, nosso direito processual penal passou por nada menos que um turbilhão de reformas e intentos de alterações legislativas.

²⁵ Defendendo o status constitucional dos tratados ratificados pelo Brasil, encontramos: 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: RT, 2013, p. 36. MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de Direito Internacional Público*. 7. ed. São Paulo: RT, 2013, p. 764. MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Direitos Humanos, Constituição e os Tratados Internacionais: estudo analítico da situação e aplicação do tratado na ordem jurídica brasileira*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002, p. 233-252. Ainda, defendendo a constitucionalização da audiência de custódia, em virtude de sua inserção dentre os elementos integrantes do que se compreende como devido processo legal, temos: GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Pacto de San José da Costa Rica*. Ob. cit., p. 72.

²⁶ ANDRADE, Mauro Fonseca; ALFLEN, Pablo Rodrigo. *Audiência de Custódia no Processo Penal Brasileiro*. Ob. cit., p. 153-160. PAIVA, Caio. *Audiência de Custódia e Processo Penal Brasileiro*. Florianópolis: Empório do Direito, 2015, p. 31.

Somente em nosso Código de Processo Penal, mudanças profundas ocorreram em pontos cruciais, impactando fortemente em uma legislação que prevê crimes cuja característica, em grande medida, é de se tornarem objeto de processos criminais somente em razão da prisão em flagrante de pessoas supostamente envolvidas em tais práticas. Nesse sentido, vemos as alterações legislativas que atingiram os institutos da prisão, liberdade provisória e cautelares pessoais, neles inserindo o contraditório prévio à decisão que se pronunciar sobre esses temas. Além disso, também tivemos o início das discussões envolvendo o instituto da audiência de custódia e sua paulatina implantação em âmbito nacional.

Essa mudança de mentalidade proposta pela inserção do princípio do contraditório em temas envolvendo a análise de medidas cautelares pessoais e a própria audiência de custódia impactou fortemente no artigo 50 da Lei de Drogas, que prevê verdadeiro monólogo na relação juiz – Ministério Público, quando da análise do auto de prisão em flagrante relativo às condutas naquela lei tipificadas.

Mais que se pensar em uma mera interpretação adaptativa daquela norma às novas disposições do Código de Processo Penal e à inserção da audiência de custódia em nosso país, merece reflexão a necessidade de alteração legislativa pontual na referida lei.

Parece-nos que, só assim, terminantemente se impedirá a supremacia de interpretações desviantes dos valores presentes em nossa Constituição Federal e em textos internacionais protetivos dos direitos humanos. Do contrário, o discurso da *lex specialis* seguirá sendo usado como justificativa para a manutenção de tratamentos distintos conferidos a situações iguais, algo que já não tem mais cabimento em um país que pretende ser reconhecido como Estado Democrático de Direito.

Referências

- ANDRADE, Mauro Fonseca. A Atuação do Ministério Público Frente às Medidas Cautelares Pessoais. *Revista da SJRJ*, Rio de Janeiro, v. 20, p. 209-225, 2013.
- _____. A Audiência de custódia na Concepção da Justiça Gaúcha análise da Resolução nº 1.087/2015 e das práticas estabelecidas. In. ANDRADE, Mauro Fonseca; ALFLEN, Pablo Rodrigo (organizadores). *Audiência de Custódia. Da Boa Intenção à Boa Técnica*. Porto Alegre: FMP, 2016, p. 221-246.
- ANDRADE, Mauro Fonseca; ALFLEN, Pablo Rodrigo (organizadores). *Audiência de Custódia. Comentários à Resolução nº 213 do Conselho Nacional de Justiça*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.
- _____. *Audiência de Custódia no Processo Penal Brasileiro*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.
- 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: RT, 2013.
- LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal*. 4. ed. Salvador: Jus Podium, 2016.
- MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de Direito Internacional Público*. 7. ed. São Paulo: RT, 2013.
- _____. *Direitos Humanos, Constituição e os Tratados Internacionais: estudo analítico da situação e aplicação do tratado na ordem jurídica brasileira*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.
- PACELLI, Eugênio; FISCHER, Douglas. *Comentários ao Código de Processo Penal e sua Jurisprudência*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2014.
- PAIVA, Caio. *Audiência de Custódia e Processo Penal Brasileiro*. Florianópolis: Empório do Direito, 2015.

