ORGANIZADORES
ANIZIO PIRES GAVIÃO FILHO
BETÂNIA DE MORAES ALFONSIN
FRANCISCO JOSÉ BORGES MOTTA
RAQUEL FABIANA LOPES SPAREMBERGER

COLETÂNEA DO VII SEMINÁRIO NACIONAL TUTELAS À EFETIVAÇÃO DE DIREITOS INDISPONÍVEIS

DIALÉTICA
EDITORA

COLETÂNEA DO VII SEMINÁRIO NACIONAL TUTELAS À EFETIVAÇÃO DE DIREITOS INDISPONÍVEIS

CONSELHO EDITORIAL

DIALÉTICA
EDITORA

Alexandre G. M. F. de Moraes Bahia
André Luís Vieira Elói
Antonino Manuel de Almeida Pereira
António Miguel Simões Caceiro
Bruno Camilloto Arantes
Bruno de Almeida Oliveira
Bruno Valverde Chahaira
Catarina Raposo Dias Carneiro
Christiane Costa Assis
Cíntia Borges Ferreira Leal
Eduardo Siqueira Costa Neto
Elias Rocha Gonçalves
Evandro Marcelo dos Santos
Everaldo dos Santos Mendes
Fabiani Gai Frantz
Flávia Siqueira Cambraia
Frederico Menezes Breyner
Frederico Perini Muniz
Giuliano Carlo Rainatto
Helena Maria Ferreira
Izabel Rigo Portocarrero
Jamil Alexandre Ayach Anache
Jean George Farias do Nascimento
Jorge Douglas Price
José Carlos Trinca Zanetti
Jose Luiz Quadros de Magalhaes
Josiel de Alencar Guedes
Juvencio Borges Silva
Konradin Metze
Laura Dutra de Abreu
Leonardo Avelar Guimarães
Lidiane Mauricio dos Reis
Ligia Barroso Fabri
Lívia Malacarne Pinheiro Rosalem
Luciana Molina Queiroz
Luiz Carlos de Souza Auricchio
Marcelo Campos Galuppo
Marcos André Moura Dias
Marcos Antonio Tedeschi
Marcos Pereira dos Santos
Marcos Vinício Chein Feres
Maria Walkiria de Faro C Guedes Cabral
Marilene Gomes Durães
Mateus de Moura Ferreira
Milena de Cássia Rocha
Mortimer N. S. Sellers
Nígela Rodrigues Carvalho
Paula Ferreira Franco
Pilar Coutinho
Rafael Alem Mello Ferreira
Rafael Vieira Figueiredo Sapucaia
Rayane Araújo
Regilson Maciel Borges
Régis Willyan da Silva Andrade
Renata Furtado de Barros
Renildo Rossi Junior
Rita de Cássia Padula Alves Vieira
Robson Jorge de Araújo
Rogério Luiz Nery da Silva
Romeu Paulo Martins Silva
Ronaldo de Oliveira Batista
Vanessa Pelerigo
Vitor Amaral Medrado
Wagner de Jesus Pinto

ORGANIZADORES
ANIZIO PIRES GAVIÃO FILHO
BETÂNIA DE MORAES ALFONSIN
FRANCISCO JOSÉ BORGES MOTTA
RAQUEL FABIANA LOPES SPAREMBERGER

COLETÂNEA DO VII SEMINÁRIO NACIONAL TUTELAS À EFETIVAÇÃO DE DIREITOS INDISPONÍVEIS

DIALÉTICA
EDITORA

Copyright © 2021 by Editora Dialética Ltda.
Copyright © 2021 by Anizio Pires Gavião Filho, Betânia de Moraes Alfonsin, Francisco José Borges Motta, Raquel Fabiana Lopes Sparemberger (Organizadores)

Todos os direitos reservados. Nenhuma parte desta edição pode ser utilizada ou reproduzida – em qualquer meio ou forma, seja mecânico ou eletrônico, fotocópia, gravação etc. – nem apropriada ou estocada em sistema de banco de dados, sem a expressa autorização da editora.

Editoração: Giovana Acciarini
Revisão: Responsabilidade do autor

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

C694s Coletânea do VII Seminário Nacional Tutelas à Efetivação de Direitos Indisponíveis / organização Anizio Pires Gavião Filho, Betânia de Moraes Alfonsin, Francisco José Borges Motta, Raquel Fabiana Lopes Sparemberger. – São Paulo : Editora Dialética, 2021.
E-book: 1 MB. ; EPUB.

Inclui bibliografia.
ISBN 978-65-252-1093-3

1. Direitos Indisponíveis. 2. Pesquisa Jurídica. 3. Contribuições Magistrais. I. Organizadores. II. Título.

CDD 340

CDU 34

Ficha catalográfica elaborada por Mariana Brandão Silva CRB-1/3150

DIALÉTICA
EDITORA
/editoradialetica
@editoradialetica
www.editoradialetica.com

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO | 11

A CONSTITUIÇÃO (NA) ENCRUZILHADA OU A CONSTITUIÇÃO E O OVO DA SERPENTE | 19
- Vera Karam De Chueiri

A MINISTROCRACIA SUBVERTIDA: COMO O PRESIDENTE DO STF PASSOU A CONTROLAR OS DEMAIS MINISTROS | 29
- Rubens Glezer, Luiza Pavan Ferraro e Gabriel Toledo Machado

ESTATUTO DA CIDADE, 20 ANOS DEPOIS | 57
- Edésio Fernandes

COMPLIANCE PENAL | 69
- Venâncio Antônio e Castilhos de Freitas Terra

O PROTAGONISMO DO ADVOGADO E OS EFEITOS POSITIVOS DE UMA ARGUMENTAÇÃO RACIONAL SOBRE A TOMADA DE DECISÃO EM UMA CONCEPÇÃO REALISTA DO DIREITO | 89
- Ricardo Tonon Lourenço

LIBERDADE DE EXPRESSÃO VS DIREITOS DE PERSONALIDADE: UMA ANÁLISE DO CASO BARATA MONTEIRO DA COSTA NOGUEIRA E PATRÍCIO PEREIRA VS. PORTUGAL (QUEIXA 4035/08) A LUZ DO DIREITO BRASILEIRO | 107
- Carolina Schroeder Alexandrino e Rodrigo de Medeiros Silva

A PROPORCIONALIDADE NO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL ALEMÃO: ALGUMAS REFLEXÕES INTRODUTÓRIAS E TRÊS CASOS HISTÓRICOS | 125
- Émerson Nunes Madeira

CORRUPÇÃO EM TEMPOS DE PANDEMIA: FRAUDES LICITATÓRIAS NO ÂMBITO DO ENFRENTAMENTO DA COVID-19 | 141
- Giovanna Menelli de Oliveira

O DIREITO PENAL E A PROTEÇÃO DO MEIO AMBIENTE | 159
- Betina Scherrer da Silva

O IMPACTO PROFUNDO DAS TECNOLOGIAS DE INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL NA DOUTRINA DOS DIREITOS AUTORAIS: ANÁLISE DA PROBLEMÁTICA DA DEFINIÇÃO DA AUTORIA | 183
- Vicente Fidelis Faccenda

O TEMPO E O PROCESSO PENAL: DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO PENAL PARA PROTEÇÃO DE BENS JURÍDICOS EM SOCIEDADE DE RISCO | 199
- Vitor Fontana de Ávila

DA PRIVACIDADE À AUTODETERMINAÇÃO INFORMATIVA: CONSIDERAÇÕES SOBRE OS MARCOS CONSTITUCIONAL, LEGISLATIVO, JURISPRUDENCIAL E ADMINISTRATIVO PARA A PROTEÇÃO DE DADOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO | 219
- Ana Luiza Liz dos Santos

JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE E ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO | 237
- Diego de Ávilla Rodrigues

O ENFRENTAMENTO DA CORRUPÇÃO NO BRASIL: UMA ANÁLISE ACERCA DA RELATIVIZAÇÃO DOS DIREITOS

FUNDAMENTAIS À INTIMIDADE E À VIDA PRIVADA VERSUS O DIREITO DO ESTADO DE ACESSO À INFORMAÇÃO PARA O COMBATE DE ILÍCITOS E GARANTIA DO INTERESSE PÚBLICO | 261
- Leopoldo Ayres de Vasconcelos Neto e Julia Gonçalves Quintana

INEFICÁCIA DO SISTEMA PENITENCIÁRIO: SERIA O MÉTODO APAC UMA ALTERNATIVA MAIS EFICAZ? | 279
- Bárbara Barbieri Erig

GENOCÍDIOS DE ONTEM E MASSACRES DE HOJE: A INSUFICIÊNCIA DO CONCEITO DE GENOCÍDIO À LUZ DA TEORIA DOS MASSACRES DE EUGÊNIO RAÚL ZAFFARONI | 295
- Patrícia Martins Saraiva

SOCIEDADE DE RISCO E EXPANSÃO DO DIREITO PENAL FRENTE À CRIMINALIDADE TECNOLÓGICA | 315
- Edson Cesar Pereira Leirias

A CONSTRUÇÃO DO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL PELA ÓTICA DO CONSUMO SUSTENTÁVEL | 347
- Luiza Beskow Pelegrini

E QUANDO O JUIZ É ELEITO? O PAPEL DO JUDICIÁRIO NAS DEMOCRACIAS CONTEMPORÂNEAS | 369
- Ramiro Crochemore Castro

O DIREITO DO CONSUMIDOR COMO DIREITO FUNDAMENTAL CONSTITUCIONAL E O SUPERENDIVIDAMENTO NA PANDEMIA DE COVID-19 | 389
- Isadora Leitão Wild Santini Picarelli e Luiza Severnini Sima

JUDICIALIZAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS: AS AÇÕES COLETIVAS COMO MEIO APTO À CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS | 407
- Nathália Soares Corrêa

A POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DE MEDIDAS COERCITIVAS ATÍPICAS NA DE EXECUÇÃO DE ALIMENTOS: UMA ANÁLISE À LUZ DA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE N. 5.941/DF | 429

- Cíntia Burille e Helena Soares Souza Marques Dias

O CABIMENTO DE AÇÕES RESCISÓRIAS EM VIRTUDE DA INOBSERVÂNCIA DE PRONUNCIAMENTO JUDICIAL VINCULANTE | 449

- Lucas Moreschi Paulo

OS 20 ANOS DO ESTATUTO DA CIDADE: UMA ANÁLISE SOBRE O DIREITO À CIDADE E O MARCO LEGAL DA TERRA | 475

- Camila Rapach Xavier e Juliana Raffaela de Souza Gallicchio

APRESENTAÇÃO

É com grande alegria que o PPGD/FMP apresenta mais uma Coletânea de artigos científicos resultante dos eventos acadêmicos realizados no âmbito do Programa. A Coletânea do VII Seminário Nacional Tutelas à Efetivação de Direitos Indisponíveis é uma contribuição à pesquisa jurídica nacional realizada pelo Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu – Mestrado Acadêmico – da Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul. Esse evento científico insere-se na tradição dos seminários nacionais e internacionais que o PPGD/FMP tem realizado ao longo dos últimos anos, observando sua usual formatação, consistente na realização de dois painéis, sendo um destinado à Linha de Pesquisa Tutelas à Efetivação dos Direitos Públicos Incondicionados e o outro destinado à Linha de Pesquisa Tutelas à Efetivação dos Direitos Transindividuais, bem como na apresentação de trabalhos científicos que são submetidos à dupla revisão às cegas. As pesquisas aprovadas são apresentadas à discussão pública, juntamente com os artigos disponibilizados pelos painelistas convidados compõem um apanhado bastante significativo da produção científica de expoentes da comunidade jurídica nacional, de membros do corpo discente e de mestres egressos do PPGD/FMP.

O VII Seminário Nacional do PPGD/FMP, realizado no primeiro semestre de 2021 dedicou-se a pensar, centralmente, nos impasses enfrentados pela Democracia no Brasil no atual momento histórico e, para tal reflexão, contou com as notáveis contribuições do Prof. Edésio Fernandes, Profª. Eliana Cristina Pinto Moreira, Prof. Rubens Glezer e da Profª. Vera Karam de Chueiri. No primeiro painel, o Prof. Edésio Fernandes trouxe

importantes reflexões sobre os avanços e retrocessos da ordem jurídico--urbanística brasileira, propondo um balanço a respeito dos vinte anos do Estatuto da Cidade. No mesmo painel, a Profª. Eliana Cristina Pinto Moreira trouxe à discussão questões centrais atinentes aos conflitos socioambientais e aos direitos humanos, com ênfase nas pressões sofridas pelo território amazônico no período. Após o encerramento das respectivas exposições, desenvolveu-se profícuo debate entre os painelistas convidados e os pesquisadores do PPGD/FMP e outros convidados. No segundo painel, o Prof. Rubens Glezer teve oportunidade expor suas ideias a respeito da crise nas democracias constitucionais, chamando atenção para o problema das fragilidades das democracias jovens, especialmente as da América Latina. Por seu lado, no mesmo painel, tratando de temática próxima, a Profª. Vera Karam de Chueiri procurou responder à questão sobre o futuro das democracias constitucionais, ou mais precisamente, o que resta para as democracias constitucionais. Igualmente, na sequência das exposições, desenvolveu-se exitoso debate sobre os temas propostos.

Em contribuição a esta publicação, a Profª. Vera Karam de Chueiri apresentou uma instigante reflexão a respeito do constitucionalismo brasileiro, notadamente sobre os vinte e oito anos desse constitucionalismo, experimentado entre 1988 e 2016, que poderia ser designado como constitucionalismo forte. Mas, ao adicionar os dois anos seguintes, manifestou preocupação com que pode ser designado como o constitucionalismo fraco. Deixa a conclusão no sentido de que a democracia poderá em breve ser novamente celebrada.

O Prof. Rubens Glezer, em coautoria com os pesquisadores Luiza Pavan Ferraro e Gabriel Toledo Machado, apresentou detalhadas reflexões sobre a participação do Supremo Tribunal Federal nas crises vivenciadas no país, chamando atenção para a concentração de poderes da Presidência do tribunal, notadamente quanto à suspensão de decisões monocráticas prolatadas por outros Ministros.

Em contribuição a esta publicação, o Prof. Edésio Fernandes apresentou texto correspondente as suas reflexões dadas a conhecer no primeiro painel, no qual descreveu detalhadamente o seu diagnóstico sobre os vinte anos do Estatuto da Cidade, referindo-se ao ambiente de involução que transitou do otimismo para a desconfiança, da desconfiança para o descrédito e do descrédito, quem sabe, para o abandono. Ao final, ainda, alinhou reflexões sobre o futuro da ordem jurídica urbanística brasileira.

Ao lado dessas contribuições magistrais, esta publicação conta com os textos aprovados e apresentados no VII Seminário Nacional, di-

vididos em dois grupos, cada um com temas afetos a cada uma das linhas de pesquisa do PPGD/FMP, dando visibilidade à produção científica de nossos mestrandos. Nesses grupos, foram apresentadas, mediante comunicações orais, as pesquisas cujos artigos submetidos previamente obtiveram nota igual ou superior a 8,0 (oito) pontos na média aritmética atribuída por dois avaliadores no sistema *double blind peer review*, a fim de garantir a excelência dos trabalhos dados à publicação na presente coletânea.

Venâncio Antônio Castilhos de Freitas Terra propõe análise sobre o *criminal compliance* no direito penal econômico, notadamente em atenção à expansão do direito penal colocada como consequência da sociedade de riscos.

Ricardo Tonon Lourenço ocupa-se de discutir expressões do realismo jurídico, notadamente quanto ao papel da prática argumentativa dos advogados como agentes capazes de influenciar a tomada de decisões judiciais. A proposta é analisar igualmente o papel dos precedentes nas soluções dos problemas jurídicos.

Carolina Schroeder Alexandrino e Rodrigo de Medeiros Silva propõem estudo do um caso de colisão de direitos fundamentais de liberdade de expressão e direitos de personalidade, conhecido como Caso Barata Monteiro da Costa Nogueira e Patrício Pereira v. Portugal, julgado pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos, com o objetivo de justificar que a liberdade de expressão, especialmente em tempos de *fake news*, não é direito absoluto, mas passível de limites ou restrições, cuja justificação deve ser avaliada com base na aplicação do teste da proporcionalidade, notadamente do subteste da ponderação.

Emerson Nunes Madeira propõe análise do papel jogado pelo teste da proporcionalidade nas decisões do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, apresentando reflexões sobre as origens e fundamentos da aplicação dessa ferramenta metodológica. Com base no exame de três decisões do Tribunal Constitucional, o autor pretende dar as razões pelas quais o teste da proporcionalidade ganhou expressão e importância tanto na Alemanha como em outros Estados europeus. A conclusão apresentada é que a razão está na carga valorativa e principiológica das normas constitucionais.

Giovanna Menelli de Oliveira ocupa-se de investigar o fenômeno corruptivo em tempos de pandemia, notadamente os casos de fraudes licitatórias havidos nos procedimentos de aquisição de equipamentos e medicamentos necessários ao enfrentamento da crise sanitária. Após descrever a corrupção como um problema multifacetário, propõe um

conjunto de critérios e padrões de procedimento para o incremento do controle eficiente da gestão pública, especialmente em tempos de crise.

Betina Scherrer da Silva propõe discussão sobre o dever proteção do meio ambiente a partir do direito penal. Ao tomar como ponto de partida as repercussões da sociedade de risco, notadamente quanto à expansão do direito penal, a investigação busca relacionar a proteção do meio ambiente com objeto da tutela penal. A formulação é de que o direito penal não deve ter uma visão exclusivamente antropocêntrica, para incluir então a proteção da integridade ambiental, bem jurídico constitucionalmente protegido.

Vicente Fidelis Faccenda investiga o impacto das tecnologias de inteligência artificial nos direitos autorais. O seu ponto de partida é que algumas entidades de inteligência artificial foram desenvolvidas com o objetivo de produzir obras de potencial artístico e criativo. O problema é que os direitos autorais se justificam a partir do ato de criação de alguém, notadamente um ser humano. A questão investigada é saber quem é o autor, titular de direito autoral, de uma obra ou criação resultado da inteligência artificial. A investigação analisa as alternativas de respostas a essa questão.

Vitor Fontana de Ávila propõe discussão sobre o tempo e o processo penal, com recorte sobre a questão da duração razoável do processo para a proteção dos bens jurídicos na sociedade de risco. O argumento é o de que o tempo importa para o sistema social e para o direito como um todo. Por isso, então, deve ser analisada a relação entre o tempo e o processo penal num contexto de sociedade de risco, onde o garantismo e o eficientismo penais possuem tendência de serem afirmados em desequilíbrio de um em relação ao outro, mesmo ante a norma jurídica que determina que o processo penal decorra de uma duração razoável.

Ana Luiza Liz dos Santos propõe análise sobre a relação entre privacidade e audeterminação informativa. O seu ponto de partida é analisar o caminho percorrido para a tutela dos dados pessoais no Brasil, a partir do reconhecimento da necessidade de superação do conceito clássico de privacidade, até alcançar a ideia de autodeterminação informativa. Em vista do constante processo de desenvolvimento e evolução da sociedade da informação e também da evolução das relações sociais e do ambiente digital, coloca-se a necessidade de analisar os mecanismos para a efetivação dos direitos fundamentais relacionados à vida privada, em especial o direito à proteção de dados pessoais e o direito à autodeterminação informativa. Sobre esse fundo, a investigação propõe-se a analisar o reconhecimento da tutela dos dados pessoais como direito fundamental pelo Supremo Tri-

bunal Federal, bem como verificar o caminho percorrido pelo Brasil até a promulgação da Lei Geral de Proteção de Dados, e assim sua importância para a tutela deste direito e da autodeterminação informativa. A formulação proposta pela autora é a de que a clássica concepção de privacidade não é mais capaz de fornecer efetiva proteção aos direitos de proteção de dados pessoais e de autodeterminação informativa.

A contribuição de Diego de Ávilla Rodrigues tem por objeto o tema da judicialização, mas examinada sob o enfoque da análise econômica do direito. A partir do contexto da explosão de demandas judiciais que buscam prestações estatais consistentes no fornecimento de medicamentos e procedimentos médicos, das decisões judiciais que reconhecem dever estatal de fornecer essas prestações e da escassez de recursos públicos, a investigação proposta pelo autor busca compreender e examinar o fenômeno dessa judicialização com base na análise econômica do direito. O objeto central é examinar as consequências da judicialização da saúde na implementação das políticas públicas de saúde pelos entes estatais, notadamente os da administração. Uma resposta é apresentada sobre a eficiência da judicialização da saúde em relação à concretização das políticas públicas de saúde.

Leopoldo Ayres de Vasconcelos Neto e Julia Gonçalves Quintana propõem investigação sobre o enfrentamento da corrupção no Brasil, notadamente a partir de uma análise sobre a relativização dos direitos fundamentais à intimidade e à vida privada em favor do acesso à informação para o combate aos ilícitos penais.

Bárbara Barbieri Erig ocupa-se de discutir a ineficácia do sistema penitenciário brasileiro, buscando responder se o método da Associação de Proteção e Assistência aos Condenados seria uma alternativa adequada, entendido como uma como estrutura inovadora que visa o respeito às garantias e aos direitos dos presos, prometendo o efetivo cumprimento das finalidades da pena. O objetivo da investigação é tanto analisar os principais fatores responsáveis pela ineficácia do sistema carcerário brasileiro e pelos elevados índices de reincidência, como também apresentar o método como uma forma alternativa ao sistema penitenciário tradicional.

Patrícia Martins Saraiva ocupou-se investigar sobre os genocídios de ontem e os massacres de hoje, com a formulação no sentido da insuficiência do conceito de genocídio a partir da teoria dos massacres de Zaffaroni. Ao tomar como ponto de partida a insuficiência do conceito de genocídio e a ineficácia da proteção oferecida pela criminalização, a autora sustenta a necessidade de investigação, à luz da criminologia, das

causas, razões, métodos e elementos caracterizadores daqueles que promovem os massacres em massa.

Edson Cesar Pereira Leirias propõe discussão sobre a sociedade de risco e a expansão do direito penal em razão da criminalidade tecnológica. O argumento de fundo é que os progressos tecnológicos e científicos, a globalização, compreendidos na conjuntura capitalista, alteraram a concepção do direito penal. Como via mais célere para a repressão de ações que efetivamente causem lesões aos bens jurídicos tutelados, o direito penal torna-se um mecanismo estatal para atuar na prevenção de condutas, expandindo-se. É nesse contexto que se fala em direito penal de emergência, instigado pelas novas exigências de criminalização, mas distanciado de seus princípios subsidiário e fragmentário, tomando uma posição nitidamente punitiva, o que, não raras vezes, ignora os direitos e garantias fundamentais dos indivíduos. Essas as formulações que o autor busca justificar com sua investigação.

Luiza Beskow Pelegrini propõe análise sobre a construção do desenvolvimento sustentável com base no consumo sustentável. A ideia central é que o consumo sustentável leve ao desenvolvimento sustentável. O ponto de partida é demonstrar que os padrões de consumo dos últimos tempos possuíram – e ainda possuem – o condão de degradar a natureza. O argumento nuclear é que a concretização do desenvolvimento sustentável depende de um compromisso tripartite do Estado, do cidadão e das empresas para concretizar a legislação e difundir o consumo sustentável no âmbito nacional.

Ramiro Crochemore Castro examina o papel da jurisdição nas democracias, propondo discussão sobre a crítica do déficit democrático dos tribunais quando não são escolhidos os seus integrantes a partir de sufrágio universal dos seus jurisdicionados. A investigação propõe uma comparação entre os modelos de juízes eleitos e juízes escolhidos por meio de concurso público, discutindo tanto os aspectos da independência e autonomia dos juízes quanto a questão da legitimidade democrática.

Isadora Leitão Wild Santini e Luiza Severnini Sima tratam do direito do consumidor como direito fundamental e do superendividamento no contexto da pandemia da Covid-19. A formulação central da investigação é a de que a expansão do crédito, longe de representar benefícios para os mais vulneráveis, implica maior desigualdade social, devendo buscar, com apoio nas normas do direito do consumidor, alcançar maior proteção e igualdade nessas relações.

Nathália Soares Correa ocupa-se de investigar o papel das ações coletivas como garantia para proteção dos direitos fundamentais sociais.

O seu ponto de partida é a judicialização dos direitos fundamentais, com discussão sobre as disfuncionalidades da atuação dos órgãos estatais responsáveis pela implementação das políticas públicas. A contribuição é no sentido de que as ações coletivas alcançam legitimidade aos tribunais na concretização dos objetivos estatais sociais fixados constitucionalmente.

Cíntia Burille e Helena Soares Souza Marques Dias analisam a possibilidade de aplicação de medidas coercitivas atípicas na execução de alimentos, a partir do julgado na ação direta de inconstitucionalidade 5.941 do Supremo Tribunal Federal. O objetivo central da investigação é examinar se as chamadas medidas coercitivas atípicas em execução de alimentos, notadamente, a) a restrição ao direito de dirigir, (b) a apreensão de passaporte e c) o cancelamento de cartões de crédito do executado, possibilitadas a partir da redação nova do art. 139, IV, do Código de Processo Civil, encontram justificação constitucional. O argumento é que essas medidas superam a análise crítica de inconstitucionalidade, constituindo-se em importante instrumento para a concretização do direito fundamental à subsistência digna.

Lucas Moreschi Paulo examina a discussão a respeito do cabimento de ações rescisórias para os casos de não observância do pronunciamento judicial vinculante. O fundamento da reflexão crítica está na disposição do art. 926 do Código de Processo Civil, que ordena manter-se um sistema jurídico estável, íntegro e coerente. O argumento é que o sistema de precedentes desempenha um papel central na concretização da estabilidade, integridade e coerência do sistema jurídico. E a formulação central é no sentido de que a via da ação rescisória é o remédio adequado para atacar decisão judicial que se afasta de interpretação jurídica fixada em precedente vinculante.

Camila Rapach Xavier e Juliana Raffaela de Souza Gallichio propõem análise sobre o direito à cidade e o marco legal da terra, de modo a demonstrar as drásticas mudanças ocorridas em relação à regularização fundiária após a promulgação da referida lei. O objetivo da investigação é chamar atenção para o efetivo desmonte existencial em relação ao direito à terra. O ponto de partida da investigação é o de que houve uma ruptura paradigmática em relação à regularização fundiária instituída pelo Estatuto da Cidade, a qual representa um marco referencial e de significativa importância no âmbito do direito urbanístico brasileiro. A pesquisa reconhece o direito à cidade como um direito humano fundamental, sendo o Brasil um dos pioneiros em regulamentar a temática de forma preponderante.

Essas as contribuições do VII Seminário Nacional Tutelas à Efetivação de Direitos Indisponíveis do PPGD/FMP, dadas à publicação com o objetivo de fomentar a reflexão e a crítica.

Boa leitura.

Porto Alegre, Inverno, 2021.

Anizio Pires Gavião Filho
Betânia de Moraes Alfonsin
Francisco José Borges Motta
Raquel Fabiana Lopes Sparemberger,
Organizadores

A CONSTITUIÇÃO (NA) ENCRUZILHADA OU A CONSTITUIÇÃO E O OVO DA SERPENTE[1]

Vera Karam De Chueiri[2]

O correr da vida embrulha tudo, a vida é assim: esquenta e esfria, aperta e daí afrouxa, sossega e depois desinquieta. O que ela quer da gente é coragem.
Riobaldo (Rosa, Guimarães. *Grande Sertão: Veredas*)

1

Diante da dificuldade de começar (e eu a confesso), pois a narrativa desses vinte e oito anos mais dois provocou muitas reflexões (e com elas suscitou vários começos) que, parafraseando o narrador, em a *Hora da Estrela* de Clarice Lispector, *em mim atingiram zonas assustadoramente inesperadas*[3], escolhi então para esse ato inicial a memória de um filme,

1 Palestra feita no evento em homenagem ao professor Menelick de Carvalho Netto na Faculdade de Direito da UFMG, no ano em que a Constituição da República completou os seus trinta. Agradeço aos organizadores pelo convite, em especial aos queridos amigos, professores da UFMG, Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira, Thomas Bustamante e Maria Fernanda Salcedo Repolês. Também ao querido David F. L. Gomes que mais recentemente conheci. A minha gratidão maior, no entanto, é para o homenageado: pela generosidade em compartilhar suas reflexões acerca do direito constitucional, o que o levou a formar gerações de constitucionalistas (inquietos) no eixo UFMG-UNB, mas não só. Menelick é o fio dessa tessitura constitucional progressista, corajosa, que atravessa toda a federação brasileira e os nossos corações.

2 Professora titular dos programas de graduação e pós-graduação em direito da UFPR. Pesquisadora do Centro de Estudos da Constituição PPGD-UFPR. Pesquisadora do CNPq.

3 LISPECTOR, Clarice. **A hora da estrela**. Rio de Janeiro: Rocco, 1998, p. 09.

o *Ovo da Serpente,* direção e roteiro de Ingmar Bergman[4], no qual, diz o inspetor Bauer para Abel Rosenberg que nada funciona bem, exceto o medo. Alemanha, final dos anos vinte (século vinte), espaço e tempo onde tudo parece ser possível e permissível. De fato, tudo foi possível e permissível com a ascensão do nazismo. Ou mais do que tudo, o que transcendeu todas as categorias morais e explodiu todos os padrões de jurisdição, no dizer de Hannah Arendt. Brasil, final dos anos dez (século vinte e um), espaço e tempo onde tudo parece ser possível e permissível. Ou mais do que tudo. As categorias morais e os padrões de jurisdição estão por um fio. Nada parece funcionar bem, exceto o medo.

Em Julius Cesar[5], uma das peças Romanas de Shakespeare, Brutus, em um diálogo com Lucius, diz acerca de Cesar: pensemos ele como o ovo da serpente, o qual, chocado, em sua espécie, cresceria nocivo, daí mata-lo na casca.

Mas a narrativa dos últimos trinta anos não foi sempre esta. Com o evento da constituinte em 1987 e o advento da Constituição de 1988, o constitucionalismo autoritário cedeu lugar para o constitucionalismo democrático. Isso não significa que as antigas engrenagens se adequaram tranquila e mecanicamente à democracia, na medida em que tinham sido forjadas para um modelo de Estado e de governo de concentração de poder, de renda e de privilégios. Entretanto, o esforço coletivo de interpretar a constituição à sua melhor luz, fez com que as tensões na e da Constituição fossem produtivas, como nos ensina Menelick de Carvalho Netto.

Sujeitos que outrora não eram reconhecidos em suas diferenças e direitos que se limitavam à sua enunciação sem qualquer aplicação, passaram a ser conjugados na dinâmica constitucional-democrática produzindo decisões (legislativas, jurisdicionais e administrativas) como o estatuto da igualdade racial, a quebra das patentes dos medicamentos da aids, a união entre pessoas do mesmo sexo, as cotas nas universidades públicas (apenas para citar algumas) que tornaram a vida das pessoas melhores.

Isso não quer dizer que a Constituição elidiu os paradoxos próprios da relação entre constitucionalismo e democracia, ao contrário, apostou neles, na inevitabilidade do conflito, na medida em que decisões são contestáveis e o desacordo é o campo por excelência da política democrática e não a sua eliminação.

---

4 **O Ovo da Serpente foi lançando em 28 outubro de 1977 na Suécia.**

5 SHAKESPEARE, William. **Julius Caesar**. New York: Penguin Books, 1996, p. 71-72.

Entretanto, um certo triunfalismo do constitucionalismo da primeira década de vigência da Constituição, com constitucionalismo da efetividade e a crença de que todos os problemas da refundação da democracia constitucional no Brasil seriam respondidos por meio da sua aplicação pelo poder judiciário, sugeriu uma eliminação da tensão entre constitucionalismo e democracia. O protagonismo das Cortes, o crescente incentivo à judicialização de questões políticas, a mobilização de grupos sociais em torno da judicialização deram a sensação de que o constitucionalismo da redemocratização havia conquistado um lugar seguro (eis o ovo da serpente).

O constitucionalismo da efetividade considerou que bastava a concretização dos direitos fundamentais por meio de um judiciário ativista, mas desconsiderou a permanência da estrutura conservadora desse mesmo judiciário, em especial dos seus órgãos colegiados, como por exemplo, o Supremo Tribunal Federal, mas não só. Ao produzir uma dogmática celebratória de si, o constitucionalismo da efetividade se colocou como marco zero da história constitucional brasileira, quando em realidade, sem o exercício de memória e sem a narrativa do passado, o risco do uso da Constituição contra ela mesma é eminente. Eis porque os dois últimos anos não somam. Eis o ponto crítico, a encruzilhada. Há muito tempo o professor Menelick nos dizia que porque a Constituição fixa as fundações, mas também mostra as suas precariedades. Em seu livro escrito em conjunto com Guilherme Scotti, Menelick afirma *que as normas gerais e abstratas não são capazes de regular as suas próprias condições de aplicação, e que, portanto, a aplicação de um princípio, requer que, na unicidade específica e determinada do caso concreto, diante das várias versões dos fatos que se apresentem, se tenha o tempo todo também em mente a norma geral ou princípio contrário, a configurar uma tensão normativa rica e complexa que opere como crivo para discernir, no caso, as pretensões abusivas das legítimas.*[6]

2

O que me interessa nesta narrativa, ao mesmo tempo homenageia um dos mais instigantes constitucionalistas progressistas brasileiros e celebra a sua reflexão crítica, é apropriação que faço das suas ideias para pensar esses ***vinte e oito anos de constitucionalismo e democracia mais dois*** (gri-

6 NETTO, Menelick de Carvalho; SCOTTI, Guilherme. **Os Direitos Fundamentais e a (In)Certeza do Direito. A produtividade das Tensões Principiológicas e a Superação do Sistema de Regras**. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 38.

fei). Para tanto, gostaria de relacionar dois campos de saber e de ação que estão presentes nas reflexões de Menelick, mas nem sempre estiveram juntos, ou seja, já houve um tempo em que a teoria constitucional tinha pouco ou nenhum diálogo com a filosofia e a teoria do direito, por fechamento de ambos os campos ou, ainda, pela dificuldade de se lidar com conhecimentos e experiências que se produzem nas fronteiras dos respectivos campos. É como se do lado da teoria constitucional, a teoria do direito se incluísse ao se excluir ou o inverso, a teoria constitucional se incluía no campo da teoria do direito, na medida da sua exclusão. Fato é que a teoria constitucional era quase que exclusivamente matéria de direito constitucional, não obstante a Constituição fosse objeto de reflexões centrais para a filosofia e teoria do direito e, também, para a teoria política.

Com Menelick a teoria constitucional deixou de ser um campo de conhecimento de reflexão exclusiva dos constitucionalistas e mais, renovou a filosofia e a teoria do direito e, em certa medida, a teoria política, precisamente quando esta se reencontrou com o direito constitucional. Ainda que cada um destes campos de saber tenha suas próprias peculiaridades, no que eles são fronteiriços, nos seus pontos de contato e até mesmo nos seus entrelaçamentos é o que ressalta nas reflexões de Menelick e que me interessa com vistas à teoria constitucional e à experiência constitucional brasileira dos vinte oito anos mais dois.

Neste sentido, (re)pensar a Constituição implica em partirmos destas zonas fronteiriças, sem porém, que elas nos acomodem. Não basta o reconhecimento de que a teoria constitucional e a filosofia e teoria do direito e da política se tocam ou se entrelaçam , isto não nos traz a tranquilidade de um posto avançado conquistado, muito pelo contrário, é preciso que se explore à exaustão tais vínculos.

A teoria constitucional tem oferecido desafiadoras reflexões acerca do direito e das suas práticas. Arrisco dizer que no limiar dos séculos, a teoria constitucional redefiniu o sentido de ambos (do direito e de suas práticas) atraindo a atenção de filósofos estrangeiros e nacionais de diferentes tradições, como Ronald Dworkin, Jacques Derrida, Carlos Santiago Nino, Juergen Habermas, Agnes Heller, Roberto Mangabeira Unger, Giorgio Agamben, Antonio Negri, Chantal Mouffe e Rainer Forst,[7] só para citar alguns dos estrangeiros. *Império do Direito,* de Ronald Dworkin; a fala de Derrida na Cardozo Law School, posteriormente publicada como *Force de Loi: Le Fondement Mystique de L'Autorité; The Constitution of the Delibera-*

7 A lista é só exemplificativa e não exaustiva, tanto dos autores quantos das respectivas obras.

tive Democracy, de Carlos Santiago Nino; *Faticidade e Validade: contribuições a uma teoria discursiva do direito e da democracia*, de Jürgen Habermas*; Além da justiça,* de Agnes Heller; *The Critical Legal Studies Movement* de Mangabeira Unger; *Homo Sacer: o poder soberano e vida nua,* de Giorgio Agamben; *Poder constituinte,* de Antonio Negri; *Sobre o Político,* de Chantal Mouffe; *Esferas da Justiça* de Rainer Forst, entre outros, são exemplos de uma profícua interlocução em torno de temas como a justiça, a democracia, o poder constituinte, a Constituição, a interpretação constitucional e a própria jurisdição constitucional.[8] Poderia citar vários outros, entretanto, o que quero sublinhar é esta transferência entre o que se produz em cada campo teórico e empírico, isto é, não somente entre diferentes narrativas e experiências, mas também no interior de cada uma delas. Esse movimento transferencial é provocador e muito mais interessante, pois descobre articulações escondidas no interior de cada uma, as quais abrem a possibilidade de articularmos novas leituras e buscarmos novas narrativas para pensar a Constituição. É como se a teoria constitucional 'descoberta' revelasse articulações escondidas no seu interior, através das quais novas narrativas para o direito e para a política se descortinam.

O entrelaçamento entre a teoria do direito e a teoria constitucional torna ainda mais visível o esgotamento – ou pelo menos a necessidade de superação de alguns dos pressupostos das correntes mais tradicionais e/ou conservadoras de identificação do direito. O positivismo jurídico que foi muito vigoroso durante o século vinte, suportado por uma teoria e um sistema baseados na tese das fontes sociais do direito, como também na tese da separação entre direito e moral, não mais responde satisfatoriamente, quando se depara com os questionamentos produzidos pela teoria constitucional contemporânea. Essa é uma afirmação que faço e uma discussão que provoco, mas que não vou explorá-la aqui neste texto, pois diante dos últimos dois anos do nosso (des)arranjo democrático-constitucional, outros esgotamentos parecem mais urgentes de se falar neste momento.

Pois bem, venho afirmando a implicação recíproca entre a teoria do direito e a teoria constitucional e o quanto a renovação da teoria do direito foi provocada pela teoria constitucional. Mas do que trata a teoria constitucional? Ora, da Constituição, ou seja, nas palavras de Menelick,

8 CHUEIRI, Vera Karam de; KOZICKI, Katya. Vinte oito anos de constitucionalismo mais dois de excepcionalidades: diálogos entre teoria constitucional e teoria do direito. In: Leite, Glauco Salomão; Santos, Gustavo Ferreira; Teixeira, João Paulo Allain e Araújo, Marcelo Labanca C. de (Org.) **Trinta anos da Constituição Brasileira.** Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2018, p. 94-95.

do que somos como *comunidade de pessoas que se reconhecem reciprocamente como livres e iguais na concretude de nossas vivências cotidianas.*[9] Eu relaciono tal à uma compreensão radical e reflexiva da Constituição que retém o impulso constituinte na determinação de quem somos.[10] Portanto, não é de qualquer teoria constitucional que estou falando, mas de teorias constitucionais progressistas que se forjaram no limiar da passagem do século passado. Constituir é mais do que elaborar as normas de uma dada comunidade, é criar a forma política de vida da comunidade.

3

A Constituição tomada a partir da dinâmica entre o constituinte e o constituído, tenciona o arranjo constitucional-democrático, como sublinha Menelick, de forma altamente produtiva, por exemplo, ao fazer o trabalho de memória das lutas por direitos e dos compromissos assumidos em nome destes, bem como, da sua permanente crítica e reinvenção. Desta forma, o constitucionalismo não se refere tão somente ao passado, mas ele se realiza no presente e não como mera repetição daquele, mas como condição para o futuro; isto é, como condição para a ação política por meio da qual os direitos se exercem e se reinventam.

Assim podemos dizer que a ordem constituída no Brasil em 1988 só faz sentido e, desta maneira se aplica, se comprometida com a potência a que a constituiu. É como se a Constituição de 88 reatualizasse a força constituinte cada vez que afirma que o poder não pode ser exercido com abuso, que todos nós devemos ser tratados com igual respeito e consideração e que grupos sociais vulneráveis devem, em suas diferenças, ter seus direitos assegurados (mesmo contra o direito da maioria). Aplicar a Constituição não prescinde da ação política, ao contrário, a reivindica.

Diante da abertura da Constituição (no tempo e no espaço) e dos desacordos interpretativos que ela suscita, recupero a pergunta de Robert Post e Reva Siegel: Como, então, pode a Constituição continuar a inspirar lealdade e comprometimento a despeito de um permanente desacordo

9 NETTO, Menelick de Carvalho; SCOTTI, Guilherme. **Os Direitos Fundamentais e a (In)Certeza do Direito. A produtividade das Tensões Principiológicas e a Superação do Sistema de Regras**, p. 14.

10 CHUEIRI, Vera Karam de. Constituição Radical: uma ideia e uma prática. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, Curitiba, n. 58, p. 34, 2013.

em relação ao seu conteúdo?[11] Esses autores usam a expressão constitucionalismo democrático para (...) expressar o paradoxo que a autoridade constitucional depende igualmente da sua responsividade democrática e da sua legitimidade enquanto direito.[12]

Daí a encruzilhada em que nos metemos nesses últimos tempos. Isto, pois, o *golpe* de 2016[13] rompeu a ordem constitucional dando abertura para esses últimos dois anos de excepcionalidades colocando a própria legitimidade da Constituição em xeque (ao ponto de muitos afirmarem que não existe mais Constituição em vigor) e abrindo espaço para um abissal retrocesso na esfera da implementação dos direitos e das políticas públicas a estes relacionadas, no funcionamento das instituições, no diálogo entre estas, etc. Essa ruptura leva também à necessidade de uma releitura da teoria do direito e da teoria constitucional, mais adequada ao enfrentamento desses *tempos sombrios*.

Os últimos dois anos da experiência constitucional e democrática brasileira, a que me refiro como de excepcionalidades (na falta de uma melhor designação) poderiam, de outra maneira, ser referidos como de um constitucionalismo fraco e de uma democracia fracassada, sob a vigência de uma Constituição, cujos sentidos deixaram de estar em uma salutar disputa, pois passaram a ser qualquer coisa: *uma constituição para se chamar de sua.* Exemplo disso é o uso e os sentidos atribuídos pelas cortes e juízos na aplicação da Constituição.

No Brasil pós *golpe* de 2016, a pretexto de se combater condutas moral e juridicamente condenáveis, as instituições do sistema de justiça o fazem com condutas abusivas e igualmente condenáveis. O que se re-

---

11 POST, Robert C.; SIEGEL, Reva B. Democratic Constitutionalism. In: BALKIN, Jack M; SIEGEL, Reva B. **The Constitution in 2020**. Oxford: Oxford University Press, 2009, p. 27. Tradução livre.

12 POST e SIEGEL, **The Constitution in 2020**, p. 27.

13 Defendo a ideia de que houve um golpe parlamentar em 2016 no Brasil, sob a vigência da Constituição de 1988, que seguiu sendo aplicada, inclusive contra ela mesma. Outra maneira de compreender o que houve é chamar de impeachment, que foi o procedimento por meio do qual se afastou a presidente democraticamente eleita. Em síntese, entendo que não houve situação típica que configurasse crime de responsabilidade para sacar a presidenta eleita de seu cargo. As evidências que configuraram o crime de responsabilidade foram frágeis, tanto quanto as circunstâncias da política, articuladas pelo então presidente da câmara dos deputados, à época, por razões, digamos assim, da baixa política e externas às regras do jogo democrático-constitucional.

vela como abuso na condução de operações levadas a cabo pelas polícias, ministério público e poder judiciário, desde a fase investigatória até o seu deslinde processual-judicial não é novidade, entretanto, a novidade é que tal "lógica" violadora do devido processo legal tornou-se a regra nos últimos dois anos do constitucionalismo brasileiro.

Sim, estamos num estado de excepcionalidades, as quais ficam explícitas ao se fazer da condução coercitiva sem prévia intimação da pessoa a ser ouvida, a regra; exceção que fica explícita quando interceptações telefônicas obtidas ilegalmente são veiculadas com naturalidade; exceção, quando a polícia atua para garantir um resultado previamente desejado pelo sistema de justiça (prende-se preventivamente para se obter a colaboração premiada).

É lamentável o que se tem feito com as quase três décadas de constitucionalismo democrático no Brasil e com a própria a Constituição. Não basta apenas dizer que a Constituição não comporta um fechamento do seu sentido, o qual se revela por meio das práticas sociais, políticas e jurídicas. Essa premissa do constitucionalismo progressista foi virada do avesso possibilitando o uso da Constituição contra ela mesma.

Dizer que a Constituição é, ao mesmo tempo, constituinte e constituída não pode significar qualquer coisa. Por essa razão que não é redundante perguntar, como o faz Menelick de Carvalho Netto e Guilherme Scotti[14], o que uma Constituição constitui? Ela nos constitui como comunidade política, na diversidade das nossas vivências, identidades e na radicalidade do nosso compromisso com a democracia. Isso envolve a nossa temporalidade histórica e a Constituição em seu movimento (presente) – sempre um *work in progress* – de comprometer (passado) e prometer (futuro).

4

O Brasil vinha há vinte e oito anos (1988-2016) vivendo o período mais longevo de constitucionalismo democrático da sua história política e isso trouxe avanços tanto para a teoria constitucional quanto para a teoria do direito e, ainda, para as suas práticas. No entanto, os últimos dois anos têm sido de recuos significativos.

14 NETTO, Menelick de Carvalho; SCOTTI, Guilherme. **Os Direitos Fundamentais e a (In)Certeza do Direito. A produtividade das Tensões Principiológicas e a Superação do Sistema de Regras**, p. 157.

Não custa lembrar o que aconteceu com a, e sob a vigência da, Constituição Brasileira de 1946. Um golpe de Estado civil-militar e atos institucional interromperam um ciclo de constitucionalismo democrático com as consequências que o autoritarismo gera para as estruturas de poder, para nós, sujeitos de carne e osso, para a pedagogia e cultura de direitos, para o direito e a política, de uma maneira geral. *Retomar a (des)organização jurídica existente na ditadura não é importante por um apreço arquivista no sentido de olhar o passado "como foi". Ao contrário, é somente através da compreensão que o campo jurídico foi fundamental para a organização ditatorial (tanto quanto os mecanismos de repressão que utilizavam a violência) que podemos mapear na atualidade as práticas jurídicas autoritárias.*[15]

Não estou completamente cética ou cínica, pois ainda creio na Constituição como um meio para a ação política democrática. Para tanto é preciso que a retomemos em nossas próprias mãos, com ela lutemos, pois a democracia só se realiza se determinas condições jurídicas estiverem presentes, as quais são dadas pela Constituição. Ao mesmo tempo, a Constituição só adquire um sentido radical se comprometida com a democracia.

Em um texto chamado *direito, politica e eleições*[16], Menelick diz que *a crise jurídico-política pode tanto se revelar uma oportunidade ímpar de reconquista da confiabilidade institucional, do sentimento de Constituição e de afirmação do patriotismo constitucional, quanto, na segunda hipótese, conduzir ao aprofundamento do sentimento de anomia, de desestima constitucional, ao descrédito institucional enfim.* Menelick. A razão me faz crer na primeira hipótese e o sentimento a combater a segunda. Em breve teremos essa chance e, quem sabe, possamos, de fato celebrar a nossa democracia constitucional. Sim, ela, no feminino, afinal, ela, a democracia, sim, ele não!

BIBLIOGRAFIA

CHUEIRI, Vera Karam de. Constituição Radical: uma ideia e uma prática. **Revista da Faculdade de Direito UFPR,** Curitiba, n. 58, 2013.

15 CHUEIRI, Vera Karam de e CAMARA, Helosia Fernandes. (Des)ordem constitucional: engrenagens da máquina ditatorial no Brasil pós-64. **Lua Nova**. São Paulo, 95: 259-288, 2015, p. 284.

16 Texto não publicado.

CHUEIRI, Vera Karam de e CAMARA, Helosia Fernandes. (Des)ordem Constitucional: engrenagens da máquina ditatorial no Brasil pós-64. **Lua Nova**. São Paulo, 95: 259-288, 2015.

CHUEIRI, Vera Karam de; KOZICKI, Katya. Vinte oito anos de constitucionalismo mais dois de excepcionalidades: diálogos entre teoria constitucional e teoria do direito. In: LEITE, Glauco Salomão; SANTOS, Gustavo Ferreira; TEIXEIRA, João Paulo Allain e ARAÚJO, Marcelo Labanca C. de (Org.) **Trinta anos da Constituição Brasileira**. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2018

LISPECTOR, Clarice. **A hora da estrela**. Rio de Janeiro: Rocco, 1998.

NETTO, Menelick de Carvalho; SCOTTI, Guilherme. **Os Direitos Fundamentais e a (In)Certeza do Direito. A produtividade das Tensões Principiológicas e a Superação do Sistema de Regras.** Belo Horizonte: Fórum, 2011.

POST, Robert C.; SIEGEL, Reva B. Democratic Constitutionalism. In: BALKIN, Jack M; SIEGEL, Reva B. **The Constitution in 2020**. Oxford: Oxford University Press, 2009.

SHAKESPEARE, William. **Julius Caesar**. New York: Penguin Books, 1996

A MINISTROCRACIA SUBVERTIDA: COMO O PRESIDENTE DO STF PASSOU A CONTROLAR OS DEMAIS MINISTROS

SUBVERTED MINISTROCRACY: HOW CHIEF JUSTICE OF BRAZILIAN SUPREME COURT (STF) BEGAN TO CONTROL THE OTHER JUSTICES

Rubens Glezer[1]
Luiza Pavan Ferraro[2]
Gabriel Toledo Machado[3]

Resumo: Nos últimos anos, com a participação do Supremo Tribunal Federal nas principais crises do país, têm sido cada vez mais evidenciado os poderes da Presidência do tribunal. Desde competências ordinárias, como a construção da pauta de julgamentos da Corte, até extraordinárias, como a participação ao longo do processo de impeachment, o exercício da Presidência tem se mostrado cada vez mais relevante e polêmico. Este artigo se debruça sobre o exercício inédito que passou a ser exercido pela Presidência do STF: suspender decisões monocráticas de outros ministros do próprio tribunal. Não havendo previsão legal para tal atuação, desde 2018 os Presidentes da Corte têm reivindicado para si esse poder,

1 Professor da FGV Direito SP, Coordenador do Supremo em Pauta, Doutor em Teoria do Direito pela USP, Mestre em Direito e Desenvolvimento pela FGV Direito SP, Pesquisador Visitante na NYU (New York University) e Bacharel pela PUC-SP.

2 Pesquisadora do Supremo em Pauta. Professora da Doutoranda e mestra em Direito e Desenvolvimento pela FGV Direito SP, Bacharel pela USP.

3 Bacharel em Direito pela FGV Direito SP.

sob a justificativa da excepcionalidade da medida e da gravidade da decisão suspensa.
Palavras-chave: Supremo Tribunal Federal; Presidente do Supremo Tribunal Federal; poderes individuais; controle decisório; colegialidade; institucionalidade.

Abstract: In light of the Brazilian Supreme Court role before the country's main crisis, few have noticed that the powers of Chief Justice have been increasingly highlighted. From ordinary competency, such as the docket control, to extraordinary competency, such as the role before the Impeachment process, Chief Justice's performance has become increasingly relevant and controversial. This article is focused on the unprecedented new role performed by Chief Justice: the withholding of other Justices' individual decisions. Without legal grounds for this kind of performance, since 2018 STF's Chief Justices have claimed this power for themselves, under the basis of the exceptional nature of the measure and the severity of the withheld individual decision.
Keywords: Brazilian Supreme Court; Chief Justice (President) of Brazilian Supreme Court; individual powers; judicial decision control; deliberation; institutional control.

1. INTRODUÇÃO

A relevância da Presidência do Supremo Tribunal Federal (STF) é cada vez mais evidente. Até meados de 2016 era corrente a percepção (equivocada) de que se tratava de uma função majoritariamente burocrática. No entanto, a profunda crise política instalada no país deu oportunidade para que a extensão desses poderes fosse exposta. Foram tomadas ações polêmicas no julgamento do *impeachment* da Presidente Dilma Rousseff,[4] houve conflitos com os demais ministros na construção da

4 O ministro Ricardo Lewandowski, enquanto Presidente do Supremo Tribunal Federal, assumiu a Presidência do Senado Federal durante o processo de impeachment da ex-Presidente Dilma Rousseff em 2016, conforme previsão do artigo 52, parágrafo único, da CRFB 1988. Segundo esse artigo, a condenação será de "perda do cargo, com inabilitação, por oito anos, para o exercício de função pública, sem prejuízo das demais sanções judiciais cabíveis". O ministro Ricardo Lewandowski, contudo, deferiu o pedido de fatiamento das sanções, dividindo a votação em relação à perda do mandato e à suspensão dos direitos políticos, sendo a ex-Presidente condenada na primeira e absolvida na segunda. A decisão do ministro foi questionada pela falta de amparo legal e constitucional.

pauta de julgamento[5] e na condução das sessões do Plenário, envolvendo até a declaração de votos e do resultado[6]. Alguns poderes foram utilizados de maneira inédita. Na tentativa de controlar ataques coordenados à reputação do Supremo, foi instaurado um amplo inquérito, por iniciativa do Presidente do STF, que indicou outro ministro como seu relator.[7] Em especial, este artigo se dedicará ao fato de que o Presidente do Supremo Tribunal Federal passou a exercer o poder inédito de suspender decisões monocráticas de outros ministros do próprio tribunal.

A legislação brasileira possui diversas previsões sobre esse poder de presidentes de tribunais para controlar decisões de magistrados de instâncias inferiores. Esse atalho de controle judicial fora do sistema recursal ordinário possui condições bem restritas de aplicação. No geral, é um controle destinado a impedir "grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas". Essa é a linguagem presente do artigo 4º da

5 A Presidência da ministra Cármen Lúcia foi marcada pela polêmica envolvendo o julgamento das ações sobre a possibilidade de prisão antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Enquanto Presidente do tribunal, é responsável pela escolha da pauta de julgamentos, portanto, de quais ações serão e quando serão julgadas pelo Plenário. As Ações Declaratórias de Constitucionalidade nº 43 e 44 já tinham sido liberadas pelo relator, ministro Marco Aurélio, mas não foram pautadas pela ministra Cármen Lúcia, que resolveu colocar para julgamento um caso subjetivo, o *habeas corpus* nº 152.752, cujo paciente era o ex-Presidente Lula. A crítica, assim, centrou-se não apenas na demora da colocação em pauta de um tema dessa relevância, mas também pela escolha de julgar um caso específico antes da consolidação do entendimento do tribunal sobre o assunto por meio das ações de controle concentrado, influenciando no resultado do julgamento.

6 Um dos casos que exemplifica as amplas discussões no momento de proferir o resultado do julgamento pela Presidência do STF é o da ADI 5526. Esta ação discutia a necessidade de que a aplicação de medidas cautelares diversas à prisão a membros do Poder Legislativo fosse submetida em 24 horas à respectiva Casa Legislativa. O caso ganhou notoriedade porque a Primeira Turma do STF havia afastado do cargo o Senador Aécio Neves e determinado seu recolhimento noturno, pois era acusado de corrupção passiva e obstrução da justiça. O Plenário decidiu, então, por maioria, "que o Poder Judiciário dispõe de competência para impor, por autoridade própria, as medidas cautelares a que se refere o art. 319 do Código de Processo Penal" e "que se encaminhará à Casa Legislativa a que pertencer o parlamentar, para os fins a que se refere o art. 53, § 2º, da Constituição, a decisão pela qual se aplique medida cautelar, sempre que a execução desta impossibilitar, direta ou indiretamente, o exercício regular de mandato parlamentar".

7 Em 14 de março de 2019, o então Presidente do STF, ministro Dias Toffoli, anunciou a abertura de um inquérito para investigar a disseminação de notícias falsas ("fake news"), além de ameaças contra integrantes da Corte. Baseando-se no artigo 43 do Regimento Interno do STF, nomeou como relator o ministro Alexandre de Moraes.

Lei nº 8.437/1992 (que dispõe sobre a concessão de medidas cautelares contra atos do Poder Público),[8] repetida no artigo 12, §1º, da Lei da Ação Civil Pública (Lei nº 7.347/1985), no artigo 15, da Lei do Mandado de Segurança (Lei nº 12.016/2009), e também no artigo 1º da Lei nº 9.494/1997 (que disciplina aplicação de tutela antecipada contra a Fazenda Pública).[9] O procedimento perante o Supremo Tribunal Federal é regulado pelo artigo 25 da Lei nº 8.038/1990 (que institui normas procedimentais perante os tribunais superiores)[10] e pelo artigo 297 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, cuja redação segue transcrita abaixo:

> Pode o Presidente, a requerimento do Procurador-Geral, ou da pessoa jurídica de direito público interessada, e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia pública, suspender, em despacho fundamentado, a execução de liminar, ou da decisão concessiva de mandado de segurança, proferida em única ou última instância, pelos tribunais locais ou federais.

Portanto, a possibilidade de suspensão de liminares está condicionada, pela legislação, a um critério material, de ameaça de grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas, e a dois critérios formais: requerimento de pessoa de direito público interessada ou do Mi-

8 "Artigo 4º. Compete ao presidente do tribunal, ao qual couber o conhecimento do respectivo recurso, suspender, em despacho fundamentado, a execução da liminar nas ações movidas contra o Poder Público ou seus agentes, a requerimento do Ministério Público ou da pessoa jurídica de direito público interessada, em caso de manifesto interesse público ou de flagrante ilegitimidade, e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas."

9 Especificamente com relação ao instituto da suspensão de tutela antecipada, a previsão do art. 1º da Lei 9.494/1997 faz referência expressa ao art. 4º da Lei nº 8.437/1992, razão pela qual o fundamento de sua aplicação é o mesmo da suspensão de liminar.

10 "Artigo 25. Salvo quando a causa tiver por fundamento matéria constitucional, compete ao Presidente do Superior Tribunal de Justiça, a requerimento do Procurador-Geral da República ou da pessoa jurídica de direito público interessada, e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia pública, suspender, em despacho fundamentado, a execução de liminar ou de decisão concessiva de mandado de segurança, proferida, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos Tribunais dos Estados e do Distrito Federal. § 1º - O Presidente pode ouvir o impetrante, em cinco dias, e o Procurador-Geral quando não for o requerente, em igual prazo. § 2º - Do despacho que conceder a suspensão caberá agravo regimental. § 3º - A suspensão de segurança vigorará enquanto pender o recurso, ficando sem efeito, se a decisão concessiva for mantida pelo Superior Tribunal de Justiça ou transitar em julgado."

nistério Público; e em caso de decisões proferidas "pelos tribunais locais ou federais". Esse poder de suspensão pode ser exercido pelo Presidente do STF por meio de quatro classes processuais distintas: suspensão de liminar, suspensão de tutela antecipada, suspensão de tutela provisória e suspensão de segurança.[11]

Com base na leitura da legislação aplicável, o Presidente do Supremo não poderia utilizar desses instrumentos para suspender decisões monocráticas de outros ministros. A pesquisa empírica que realizamos indica que esse era o entendimento vigente no próprio STF até 2018.[12] Desde então o Presidente suspendeu cinco decisões monocráticas de outros ministros do tribunal e o plenário chancelou uma delas, com algumas ressalvas de preocupação com essa inovação.

O presente artigo é dedicado a descrever e analisar esse uso inédito de poder de controle do Presidente do Supremo Tribunal Federal sobre as decisões monocráticas dos demais ministros. Para tanto, serão apresentados os dados que confirmam a inexistência dessa possibilidade até 2018, para em seguida apresentar detalhadamente como ele passou a ser exercido. Essa exposição de dados empíricos permite que realizemos uma avaliação da inconsistência das decisões de controle. Ao final argumentamos como essa estratégia de concentração de poderes na Presidência, ao invés de fortalecer o ambiente colegiado, tem potencial para promover mais conflitos dentro do Tribunal.

---

11 Exceção feita à suspensão de segurança, aplicável exclusivamente ao mandado de segurança, os outros três institutos (suspensão de liminar, de tutela provisória e de tutela antecipada), quando aplicados pela Presidência do Tribunal, fundamentam-se precipuamente no art. 4º da Lei 8.437/1992 e, quando o caso, subsidiariamente, no § 1º do art. 12 da Lei de Ação Civil Pública. Tutela provisória ou antecipada são conceitos do processo civil que resultam de uma decisão não definitiva, ainda que não liminar, sujeitando-se à possibilidade de suspensão dos efeitos.

12 Essa pesquisa contemplou todas as suspensões – de liminar, de segurança, de tutela provisória e de tutela antecipada – propostas entre 01/01/1988 até 06/12/2020. Neste período, foram 5.140 pedidos de suspensão de segurança, 1.264 de suspensão de liminar, 694 de suspensão de tutela provisória e 802 de suspensão de tutela antecipada. Foram retiradas do número total as buscas por entradas que resultaram inexistentes no site do Supremo Tribunal Federal e as suspensões que foram reautuadas. Para fins de registro, foram 59 suspensões de segurança, 141 suspensões de liminares e 11 suspensões de tutela antecipada. Portanto, a partir desse universo de ações, 16 suspensões de segurança, 17 suspensões de liminares e 2 suspensões de tutela provisória entre 1988 e 2020 questionavam decisões monocráticas de ministros do Supremo Tribunal Federal. Em relação às suspensões de tutela antecipada, foram 802 protocoladas desde 1988, porém nenhuma delas questionou decisões dos ministros do STF.

2. UM ENTRE OS PARES: A IMPOSSIBILIDADE DE CONTROLE ATÉ 2018

Desde a promulgação da Constituição de 1988 até o final de 2020, foram protocolados 7.900 (sete mil e novecentos) pedidos de suspensão no Supremo Tribunal Federal, seja suspensão de segurança, de liminar, de tutela provisória ou de tutela antecipada. Desse universo, apenas 35 (trinta e cinco) questionavam decisões dos próprios ministros do STF, conforme tabela abaixo.

Quadro 1. Ações de suspensão que questionam decisões de ministros do STF (1988-2020)[13]

Ação	Data de protocolo	Tema da ação principal	Ministro que proferiu a decisão questionada	Data da decisão de suspensão	Resultado	Presidente ou Vice-Presidente que proferiu a decisão
SS 313	08/02/1991	Processo antigo	Ilmar Galvão	08/02/1991	Não conhecido	Sydney Sanches
SS 463	16/12/1991	Processo antigo	Sydney Sanches	16/12/1991	Indeferido	Sydney Sanches
SS 492	22/04/1992	Processo antigo	Néri da Silveira	23/04/1992	Não conhecido	Sydney Sanches
SS 2839	25/11/2005	Processo antigo	2ª Turma	06/12/2005	Negado seguimento	Nelson Jobim
SS 2900	20/03/2006	CPI	Cezar Peluso	20/03/2006	Negado seguimento	Nelson Jobim

(continua)

13 Em relação às Suspensões de Segurança nº 313, 463, 492, 2.839 e 2.900 não foi possível realizar uma análise detalhada dos pedidos e da própria decisão do Ministro Presidente, pois não foram encontradas as peças processuais e a decisão. Como a informação não foi identificada, não podemos fazer juízo profundo sobre os casos, nem com relação aos temas nem com relação às decisões, mas podemos afirmar o desfecho presente na aba dos andamentos de cada uma delas no site do STF. Assim, sabe-se com certeza que nenhuma foi julgada procedente.

SL 271	03/11/2008	Bloqueio de contas municipais para pagamento de precatório	Cármen Lúcia	11/11/2008	Negado seguimento	Gilmar Mendes
SL 381	19/01/2010	Suspensão de nomeação de Conselheiros de TCE	Ricardo Lewandowski	22/01/2010	Negado seguimento	Gilmar Mendes
SS 4928	10/07/2014	Fidelidade partidária	Marco Aurélio	15/01/2015	Negado seguimento	Ricardo Lewandowski
SS 4828	29/08/2013	Duodécimos	Ricardo Lewandowski	27/08/2015	Negado seguimento	Ricardo Lewandowski
SL 1015	20/07/2016	Suspensão de nomeação de Conselheiros de TCE	Ricardo Lewandowski	21/07/2016	Prejudicado	Ricardo Lewandowski
SS 5148	27/07/2016	TCU - Contas municipais irregulares	Roberto Barroso	01/08/2016	Negado seguimento	Ricardo Lewandowski
SL 1117	28/09/2017	Servidor público (remuneração)	Ricardo Lewandowski	29/09/2017	Negado seguimento	Cármen Lúcia
SL 1118	28/09/2017	Servidor público (remuneração)	Ricardo Lewandowski	29/09/2017	Negado seguimento	Cármen Lúcia
SS 5227	04/04/2018	Reintegração de posse	Ricardo Lewandowski	09/04/2018	Negado seguimento	Cármen Lúcia
SL 1178	28/09/2018	Entrevista Lula	Ricardo Lewandowski	28/09/2018	Liminar deferida	Luiz Fux

(continua)

SL 1179	08/10/2018	Execução da prisão do senador Acir Marcos Gurgacz	Alexandre de Moraes (1ª Turma)	10/10/2018	Negado seguimento	Dias Toffoli
SL 1188	19/12/2018	Prisão em segunda instância	Marco Aurélio	19/12/2018	Concedida a suspensão	Dias Toffoli
SL 1185	06/12/2018	Cassação de mandatos	Gilmar Mendes	28/12/2018	Homologada a desistência	Dias Toffoli
SL 1189	19/12/2018	Prisão em segunda instância	Marco Aurélio	28/12/2018	Extinto	Dias Toffoli
SL 1180	16/10/2018	Inelegibilidade	Ricardo Lewandowski	03/01/2019	Homologada a desistência	Dias Toffoli
SS 5272	09/01/2019	Votação aberta Senado	Marco Aurélio	09/01/2019	Liminar deferida	Dias Toffoli
SS 5269	02/01/2019	Votação aberta Senado	Marco Aurélio	10/01/2019	Prejudicado	Dias Toffoli
STP 106	11/01/2019	Cessão de direitos de exploração de petróleo	Marco Aurélio	12/01/2019	Liminar deferida	Dias Toffoli
SL 1181	16/10/2018	Inelegibilidade	Ricardo Lewandowski	31/01/2019	Negado seguimento	Dias Toffoli
SS 5264	30/11/2018	Duodécimos	Marco Aurélio	14/03/2019	Prejudicado	Dias Toffoli
SL 1233	27/06/2019	Nepotismo	Marco Aurélio	08/08/2019	Não conhecido	Dias Toffoli
SS 5251	25/09/2018	Duodécimos	Marco Aurélio	18/09/2019	Extinto	Dias Toffoli

(continua)

SS 5330	01/10/2019	CNJ e criação de cargos de desembargador	Rosa Weber	17/10/2019	Negado seguimento	Luiz Fux
SL 1291	23/01/2020	Pisos salariais de categorias profissionais	Alexandre de Moraes	29/01/2020	Inadmitida	Luiz Fux
SS 5264	03/12/2018	Suspensão de reintegração de posse	Dias Toffoli	11/03/2020	Negado seguimento	Dias Toffoli
SS 5307	26/07/2019	Abertura de linha de crédito especial	Marco Aurélio	19/08/2020	Negado seguimento	Dias Toffoli
SL 1252	24/09/2019	Busca e apreensão no gabinete do senador Fernando Bezerra	Roberto Barroso	24/08/2020	Indeferido	Dias Toffoli
STP 480	17/07/2020	Operações policiais no Rio de Janeiro	Edson Fachin	03/09/2020	Prejudicado	Dias Toffoli
SL 1294	31/01/2020	Audiência de custódia e prisão preventiva	Luiz Fux	10/09/2020	Indeferido	Dias Toffoli
SL 1395	10/10/2020	Revogação da prisão preventiva de André do Rap	Marco Aurélio	10/10/2020	Concedida a suspensão	Luiz Fux

Fonte: Elaboração própria.

Como se verifica no quadro, até a gestão do Ministro Dias Toffoli na Presidência do STF (iniciada em setembro de 2018), haviam sido propostas e julgadas apenas 14 (quatorze) suspensões em face de decisões de ministros do tribunal. Em todos os casos até então, o Presidente se negou

a exercer o controle sobre seus pares. As ações não eram conhecidas ou foram indeferidas. Após alguns questionamentos esparsos no início da década de 1990 e na metade da década de 2000, o STF firmou entendimento explícito sobre a impossibilidade de suspensão de decisão monocrática de seus próprios ministros entre 2008 e 2018.

Diferentes casos julgados pelos Ministros Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski e Cármen Lúcia traçaram parâmetros mais claros a respeito do instituto da suspensão de liminares, de seguranças, tutelas antecipadas e provisórias. Foram casos envolvendo bloqueio de conta de municípios para pagamento de precatórios,[14] suspensão de nomeação de conselheiro de tribunal de contas estadual[15] e de posse de deputado estadual,[16] controle orçamentários do Executivo sobre o Judiciário[17] e suspensão de efeitos condenatórios.[18] Entre o julgamento da SL 271 e da SS 5527 firmaram explicitamente a tese de que o Presidente não pode suspender decisões monocráticas de outros ministros do STF, tanto pela inexistência de hierarquia entre o Presidente e os demais ministros, quanto por violar os limites estabelecidos no artigo 25 da Lei nº 8.038/90.

Além disso, essas decisões fixaram outras orientações. Determinaram que somente pessoas jurídicas de direito público, com o devido interesse, ou Ministério Público possuem legitimidade ativa para ajuizá-las. Estabeleceram também que as suspensões não podem ser utilizadas como substitutivas do recurso aplicável a decisões monocráticas, ou seja, do agravo de instrumento. São julgados que reforçaram os termos literais das normas que disciplinam as suspensões no STF. Contudo, todas essas diretrizes passaram sob intensa revisão a partir de 2018.

3. A EXPANSÃO DOS PODERES DE CONTROLE: DE LULA A ANDRÉ DO RAP

A mudança no paradigma a respeito do poder da Presidência de controlar as decisões monocráticas é inaugurada em setembro de 2018 logo no início do mandato do Ministro Dias Toffoli e continua a ser apli-

14 STF, SL 271, rel. min. Presidente, Monocrática, julg. 11/11/2008.

15 STF, SL 381, rel. min. Presidente, Monocrática, julg. 21/01/2010.

16 STF, SS 4.928, rel. min. Presidente, Monocrática, julg. 15/01/2015.

17 STF, SS 4.828, rel. min. Presidente, Monocrática, julg. 26/08/2015.

18 STF, SS 5.148, rel. min. Presidente, Monocrática, julg. 02/08/2016.

cada durante o mandato subsequente do Ministro Luiz Fux em 2020. Ao longo desse período, são propostas 21 (vinte e uma) ações de suspensão de decisões monocráticas de ministros do STF. Isso significa que dentre as ações dessa natureza ajuizadas desde promulgação da Constituição de 1988, 60% (sessenta por cento) foram propostas entre setembro de 2018 e dezembro de 2020.

Imagem 1. Propositura de suspensões que questionam decisões monocráticas (1988-2020)

Fonte: Elaboração própria.

Dentro desse universo de 21 (vinte e um) casos, a Presidência aceitou controlar a decisão de outros ministros em 5 (cinco) deles. No primeiro e mais polêmico de todos, a Presidência suspendeu a decisão monocrática do Ministro Ricardo Lewandowski que garantia o direito ao ex-Presidente Lula de ser entrevistado na prisão às vésperas do segundo turno das eleições de 2018.[19] Outras três suspensões realizadas se referem às decisões do Ministro Marco Aurélio, oriundas de ações diferentes, pro-

19 STF, SL-MC 1.178, rel. min. Presidente, Monocrática, julg. 28/09/2018.

feridas em 19 dezembro de 2018, no último dia anterior ao recesso judicial. Em uma delas o Ministro Marco Aurélio revogou monocraticamente a chamada "prisão em segunda instância",[20] em outra estabeleceu regras para a eleição da Mesa do Senado Federal em janeiro de 2019,[21] enquanto na última declarou a inconstitucionalidade de decreto do Governo Temer que tratava da cessão de direitos de exploração de produtos pela Petrobrás.[22] A última dessas decisões foi realizada durante a Presidência do Ministro Luiz Fux também sobre a decisão do Ministro Marco Aurélio, que havia revogado a prisão preventiva de "André do Rap", indicado como uma das principais lideranças da facção criminosa PCC.[23]

Cada um desses casos teve sua peculiaridade. Apesar de todas partilharem um certo cenário político no qual o Supremo foi pressionado pela opinião pública, juridicamente são muito distintas entre si. Na verdade, essas decisões geraram precedentes que são inconsistentes e incoerentes entre si. Na sub-seção abaixo apresentamos os detalhes de cada uma dessas ações para apresentar as tensões entre elas na seção seguinte.

3.1. OS CINCO CASOS DE CONTROLE DE MINISTROS PELA PRESIDÊNCIA

A virada da Jurisprudência foi estabelecida na Suspensão de Liminar nº 1.178, envolvendo a possibilidade de entrevista do ex-Presidente Lula ao jornal Folha de São Paulo. A 12ª Vara Federal de Curitiba negou ao jornal o direito de entrevistar Lula, que na ocasião estava encarcerado em razão de condenação penal confirmada em segunda instância em casos da Lava Jato.[24] O jornal ajuizou reclamação no Supremo Tribunal Federal, sob o argumento que a decisão da 12ª Vara de Curitiba violava o que foi estabelecido pelo Supremo no julgamento da inconstitucionalidade da Lei de Imprensa.[25] A Reclamação foi distribuída ao Ministro Ricardo Lewandowski, que determinou a realização da entrevista, em decisão

20 STF, SL 1.188, rel. min. Presidente, Monocrática, julg. 19/12/2018.

21 STF, SS 5.272-MC, rel. min. Presidente, Monocrática, julg. 09/01/2019.

22 STF, STP 106-MC, rel. min. Presidente, Monocrática, julg. 12/01/2019.

23 STF, SL 1.395, re. min. Presidente, Monocrática, julg. 10/10/2020.

24 Cf. COLLETA, Ricardo Della; JIMÉNEZ, Carla. Censura a entrevista de Lula mostra parcialidade do STF no processo eleitoral, apontam juristas, *El país*, 03/10/2018. Disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2018/10/02/politica/1538501729_621607.html. Acesso em: 15/06/2021.

25 STF, ADPF 130, rel. min. Ayres Britto, Tribunal Pleno, julg. 30/04/2009.

de mérito. Essa decisão foi questionada perante o Ministro Presidente Dias Toffoli por meio de suspensão de liminar, que veio a ser deferida pelo Ministro Vice-Presidente Luiz Fux.

Esta suspensão foi ajuizada pelo Partido Novo, sob o argumento de que a realização de entrevista com o ex-Presidente às vésperas do segundo turno das eleições presidenciais de 2018 geraria danos à ordem pública e jurídica, em razão do "inegável capital político a ser explorado", prejudicando a "autonomia da vontade na manifestação da liberdade do voto".

O Ministro Luiz Fux determinou que a "regulação da livre expressão de ideias é particularmente importante no período que antecede o pleito eleitoral, porquanto o resguardo do eleitor em face de informações falsas ou imprecisas protege o bom funcionamento da democracia", devendo-se relativizar a liberdade de imprensa, excepcionalmente. Para o ministro, haveria risco de divulgação de desinformação com a entrevista, sendo que na ação que cancelou o registro de candidatura do ex-Presidente foi expressamente proibida a realização de campanha, além de terem sido suspensas as propagandas eleitorais por ele realizadas. O Vice-Presidente ainda acrescentou que "a pretendida entrevista encerraria confusão no eleitorado, sugerindo que o requerido estivesse se apresentando como candidato ou praticando atos que lhe foram interditados".

Sendo assim, esse precedente modificou a Jurisprudência das suspensões ao aceitar (i) que o Presidente realize o controle sobre decisão de outros ministros do STF, (ii) ainda que se trate de decisão monocrática de mérito, (iii) que substitua recurso próprio, (iv) que tenha pano de fundo em discussão pelo tribunal e (v) mesmo que ajuizada por pessoa jurídica de direito privado (como são os partidos políticos).

As demais suspensões concedidas também seguiram, de modo geral, esse novo precedente. Meses depois, três decisões proferidas pelo ministro Marco Aurélio no dia 19 de dezembro de 2018, véspera do recesso forense, foram alvo de pedidos de suspensão para a Presidência. A primeira delas na Suspensão de Liminar nº 1.188, sobre a impossibilidade de execução da pena antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória. A questão estava colocada em uma Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) em que se discutia a compatibilidade do artigo 283, do Código de Processo Penal, com a Constituição Federal. O relator da ADC, ministro Marco Aurélio, concedeu liminar para destacar a inconstitucionalidade do dispositivo e, consequentemente, determinar a soltura de todos aqueles presos nessa condição.

O pedido de suspensão foi elaborado pela Procuradoria-Geral da República, sob a alegação de que tal decisão afrontaria a ordem e a segurança públicas, além da jurisprudência do tribunal acerca do tema, que tem entendido pela constitucionalidade da prisão após condenação em segunda instância.

O Presidente Dias Toffoli, ressaltando os dispositivos que regulam as suspensões, a controvérsia constitucional da questão a partir do princípio constitucional da presunção de inocência (artigo 5º, inciso LVII, da CRFB 1988) e o risco de lesão à ordem e à segurança públicas, admitiu a suspensão para apreciá-la. No mérito, se debruçou sobre a jurisprudência criada até aquele momento, entendendo "que as excepcionalíssimas particularidades do caso comportam um provimento liminar", sem especificá-las claramente. A monocrática, segundo o Presidente, teria afrontado decisão colegiada nas ADCs nº 43 e 44, que mesmo pendentes de decisão definitiva, deveriam ser protegidas pela Presidência. No mais, concordou com o risco alegado pela Procuradoria-Geral da República, da soltura de milhares de presos cuja privação de liberdade foi determinada antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Além da possibilidade de controle da Presidência sobre as decisões de ministros, destaca-se neste caso outra alteração na jurisprudência do STF sobre o tema, ao permitir a suspensão em ação de controle concentrado de constitucionalidade.

A segunda decisão foi questionada na Suspensão de Segurança nº 5.272, desta vez tratando-se da votação aberta para eleição da Presidência do Senado. Houve impetração de mandado de segurança por parte do Senador Lasier Martins, buscando garantir a publicidade da votação, o que foi acolhido pelo ministro Marco Aurélio.

O pedido de suspensão foi feito pela Mesa do Senado Federal, que defendeu, primeiro, sua legitimidade "extraordinária" em pedir a suspensão enquanto "pessoa jurídica de direito público interessada", conforme prevê a lei, diante da necessidade de que este conceito seja "interpretado conforme à Constituição da República, para que se assegure a máxima de que toda e qualquer lesão ou ameaça de lesão à ordem jurídica enseja competente e efetiva tutela jurisdicional". Ressaltou que o voto secreto estaria previsto no Regimento Interno da Casa,[26] conforme sua competência privativa e independência entre os Poderes assegurados pela Constituição Federal. O cabimento estaria justificado pela impossi-

26 Mais especificamente os artigos 60 e 291, inciso II, do Regimento Interno do Senado Federal, aprovado pela Resolução nº 93/1970.

bilidade de ingresso com reclamação ou mandado de segurança contra decisões monocráticas de ministros, além da urgência pela proximidade das eleições, tornando inoportuna a deliberação futura pelo colegiado. No mais, alegou que o tribunal já teria afirmado a constitucionalidade das eleições secretas para Mesa da Casa[27] e que a decisão causaria uma desordem na organização de forças políticas, com risco de forte pressão exercida pelo Poder Executivo sobre o Legislativo.

Em sua decisão, o Presidente Dias Toffoli ressaltou a excepcionalidade da suspensão "ante o risco de comprometimento à ordem pública". Destacou que o tribunal tem entendido pela publicidade das deliberações, mas em casos que não envolveriam questões internas, de "mera condução administrativa". A eleição para a Presidência da Mesa do Senado, assim como do próprio Supremo Tribunal Federal e de outros tribunais, seria feita de maneira secreta porque, embora a Constituição nada tenha dito sobre o caráter da votação para Mesa, o Regimento Interno assim delimitou expressamente. O Presidente acolheu a justificativa sobre a necessidade do voto secreto para proteção de eventual influência do Poder Executivo, preservando a independência do Poder Legislativo.

A terceira decisão foi questionada na Suspensão de Tutela Provisória nº 106, relativa a "regras de governança, transparência e boas práticas de mercado" da Petrobrás. O Decreto nº 9.355/2018, que tratava desta matéria, foi questionado em Ação Direta de Inconstitucionalidade, pois, segundo o Partido dos Trabalhadores (PT), teria criado um "verdadeiro microssistema licitatório ordinariamente veiculado por lei", ofendendo o princípio da legalidade. O ministro Marco Aurélio acolheu liminarmente o pedido feito pelo partido, suspendendo o Decreto e assentando pela extrapolação dos limites legais pelo Presidente da República.

A União, proponente da suspensão, defendeu a possibilidade "atípica" desse controle, como um "remédio plausível para contemporizar desdobramentos fáticos críticos gerados em decisões cautelares em ações diretas de inconstitucionalidade". A ineficácia do Decreto desestabilizaria o funcionamento da indústria de óleo e gás no Brasil, ao romper com o "conceito central de transferência de direitos de exploração de petróleo e derivados entre os operadores do mercado" e acabar com o "estímulo produtivo e regulatório das parcerias de exploração formadas com a presença da estatal brasileira, retirando a credibilidade da participação da Petrobrás, com graves consequências para o interesse público".

27 STF, ADPF 378, rel. min. Roberto Barroso, Tribunal Pleno, julg. 17/12/2015.

O Presidente Dias Toffoli entendeu que essa seria mais uma hipótese excepcional para a concessão da suspensão, em virtude do "risco de gravíssimo comprometimento das atividades do setor de petróleo no país". Diante disso, suspendeu a decisão em 12 de janeiro de 2019 até que a matéria fosse apreciada pelo colegiado, o que estava previsto para o dia 27 de fevereiro de 2019, conforme calendário de julgamento divulgado em 19 de dezembro de 2018.

Por fim, o último caso que marcou a jurisprudência sobre a possibilidade de concessão de suspensão de decisão de ministro pelo Presidente do tribunal foi a Suspensão de Liminar nº 1.395, relativo à soltura de André Oliveira Macedo, conhecido como "André do Rap", condenado em segunda instância por tráfico internacional de drogas. Sua defesa impetrou *habeas corpus* tendo como fundamentação a violação ao artigo 316, parágrafo único, do Código de Processo Penal, por não ter sido realizada a verificação sobre a necessidade de manutenção da prisão nos últimos 90 dias. O ministro Marco Aurélio, a quem o *habeas corpus* foi distribuído, concedeu a liminar, para determinar a cassação de prisão preventiva e consequente soltura do paciente.

O pedido de suspensão de liminar foi ajuizado pela Procuradoria-Geral da República, sob o fundamento de que o prazo nonagesimal do referido artigo deveria ser interpretado sob perspectiva da necessidade de alteração "do quadro processual de modo favorável ao preso", já que "da manutenção das coisas como se encontravam quando da decretação decorre a presunção de legitimidade da custódia, não podendo do simples transcurso do prazo se deduzir a perda da validade da decisão judicial".

A decisão foi questionada já durante a Presidência do ministro Luiz Fux, que ressaltou que a suspensão de decisão de ministro da Corte é "medida excepcionalíssima, admissível quando demonstrado grave comprometimento à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas". Para o Presidente, a apreciação do prazo nonagesimal deveria ser feita pelas instâncias antecedentes, antes de ulterior análise do STF, e interpretado à luz da razoabilidade, já que pressuporia "marcha processual em condições de alterar a realidade sobre a qual decretada a prisão", o que também não teria ocorrido. Por violação à ordem pública, então, suspendeu a decisão do ministro Marco Aurélio.

Algumas questões podem ser extraídas desses cinco casos em que houve a suspensão da decisão monocrática por parte da Presidência. Como já mencionado, com a Suspensão de Liminar nº 1.178 a jurisprudência do tribunal foi alterada em muitos aspectos. A começar pela possibilidade de

controle do Presidente sobre as decisões de outros ministros da Corte, que até 2018 estava expressamente proibido, pela ausência de previsão legal e regimental e de hierarquia entre eles.[28] Além disso, a figuração da suspensão como sucedâneo recursal também não foi óbice à apreciação do pedido nestes casos.[29] Em nenhuma das situações houve fundamentação que justificasse a superação do entendimento consolidado.

A justificativa de que a ação principal já estava sendo ou seria em breve julgada pelo tribunal, não sendo possível a usurpação de competência do relator ou do órgão colegiado, utilizada em alguns casos em que não houve a concessão, também não impediu a decisão da Presidência.[30] No caso da Suspensão de Liminar nº 1.178, ainda, nem o fato da decisão impugnada ser de mérito, e não uma cautelar,[31] nem do pedido ter sido

28 Após o julgamento da Suspensão de Liminar nº 1.178, alguma justificativa expressa a respeito da possibilidade de controle pela Presidência de decisão de ministros do tribunal ocorreu apenas na Suspensão de Segurança nº 5.265, em que o Presidente Dias Toffoli disse não verificar "impedimento à atuação desta Presidência, na análise do presente pedido" por ser a decisão atacada proferida pelo então Presidente Ricardo Lewandowski.

29 Destaca-se que o pedido de suspensão no lugar de recurso próprio foi um dos principais argumentos utilizados pela Presidência para refutar seu cabimento, sendo mencionado em 12 das 16 decisões que afastaram o pedido de suspensão, mas em nenhuma das cinco em que o pedido foi deferido.

30 Nesse sentido, importante ressaltar que, mesmo após a decisão na Suspensão de Liminar nº 1.178, outras decisões tomadas pelos ministros Dias Toffoli e Luiz Fux, na Presidência Tribunal, destacaram a impossibilidade de controle de decisões que seriam ou que foram decididas pelo próprio tribunal. Na Suspensão de Liminar nº 1.179, entendeu o Presidente Dias Toffoli que a suspensão requerida dizia respeito à proferido pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, que determinou o cumprimento da pena privativa de liberdade, não sendo "juridicamente possível subverter a competência do eminente Ministro Edson Fachin para, de maneira per saltum, analisar a mesma questão, ainda que sob outra perspectiva". Na Suspensão de Liminar nº 1.291, em que o questionamento se dava em relação à cautelar proferida na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.244, o ministro Dias Toffoli entendeu que a "referida medida cautelar, como é próprio da natureza desse tipo de medida, está sujeita ao referendo do Plenário desta Corte, quando, então, o Colegiado maior do STF se debruçará sobre os termos dessa liminar", impossibilitando a contracautela. Por sua vez, o ministro Luiz Fux, na Suspensão de Liminar nº 1.252, entendeu não ser "juridicamente possível subverter a competência do Colegiado ou do eminente Ministro Roberto Barroso, em eventual juízo de retratação (RISTF, art. 317, § 2º), para, de maneira per saltum, analisar a mesma questão, ainda que sob outra perspectiva".

31 Quatro pedidos de suspensão envolviam decisões não cautelares: duas questionando decisão em uma suspensão de segurança, uma em reclamação e uma em ação

ajuizado por pessoa jurídica de direito privado, impediram a atuação da Presidência como instância revisora.[32]

A maior parte dessas excepcionalidades presentes na Suspensão de Liminar nº 1.178 também marcou as decisões que se seguiram – controle pela Presidência das decisões de outros ministros, suspensão no lugar de recurso próprio, usurpação de competência do relator e legitimidade dos proponentes. A Suspensão de Liminar nº 1.188 foi ainda responsável por uma inovação específica ao permitir o controle da Presidência em decisão proferida em ação de controle concentrado, o que também ocorreu na Suspensão de Tutela Provisória nº 106.[33]

A seguir apresentamos como o Plenário se comportou em relação a novo poder auto-concedido pela Presidência.

3.2. A VALIDAÇÃO DO NOVO PARADIGMA PELO PLENÁRIO

No geral, o Plenário do STF não teve oportunidade para se manifestar sobre as decisões da Presidência que suspenderam as decisões de

---

penal. Nesta, última a ser julgada dentre elas, a decisão não era monocrática, mas proferida pela Primeira Turma do STF, e o Presidente Dias Toffoli expressamente pontuou que "a custódia em questão, a rigor, não se reveste de natureza cautelar, mas sim das características de prisão-pena, vale dizer, sanção imposta pelo Estado pela violação de um bem jurídico penalmente tutelado, a qual exige a formulação de um juízo de culpabilidade em um título judicial condenatório".

32 Em relação à legitimidade, destaca-se que duas suspensões propostas por pessoas físicas (Suspensão de Segurança n° 5.148 e Suspensão de Liminar nº 1.233) e uma por espólio (Suspensão de Segurança n° 5.227) foram consideradas ilegítimas. Também foram consideradas ilegítimas, por serem pessoas jurídicas de direito privado, carecendo, portanto, interesse público que legitimasse a suspensão, a Ordem dos Advogados do Brasil - Seção da Bahia e o Sindicato Rural de Belmonte (Suspensões de Segurança nº 5.330 e 5.265).

33 A discussão sobre a possibilidade de que haja um pedido de suspensão nas ações de controle concentrado apareceu expressamente apenas na Suspensão de Liminar nº 1.291. Neste caso, a primeira decisão foi proferida pelo Vice-Presidente, ministro Luiz Fux, em 29/01/2020, em que afirmou que a suspensão é excepcional e "está adstrito aos interesses subjetivos veiculados em ações movidas contra o Poder Público ou seus agentes, não sendo cabível, portanto, nos processos de controle abstrato de constitucionalidade". Entretanto, em 01/04/2020 foi proferida uma nova decisão nesta ação pelo Presidente Dias Toffoli, em que afirmou que "a moderna jurisprudência do STF aponta em sentido diverso", entendendo sim pelo cabimento de suspensão em ação de controle concentrado, citando como precedente a decisão da ministra Cármen Lúcia na Suspensão de Liminar nº 1.042, que envolvia ação direta de inconstitucionalidade estadual.

outros ministros da Corte. As quatro primeiras suspensões não contaram com qualquer deliberação pelo colegiado. No Caso Lula e no Caso da Mesa do Senado (SL nº 1.178 e SS nº 5.272) as liminares foram concedidas "ad referendum do Plenário", mas foram extintas pelo trânsito em julgado das ações principais, sem nem mesmo entrarem no calendário de julgamento do tribunal. De modo semelhante, as decisões no Caso da 2ª Instância e no Caso Petrobrás (SL nº 1.188 e STP nº 106) transitaram em julgado após decisão do plenário a respeito da ação principal. Apenas no Caso André do Rap (SL nº 1.395) o Plenário teve a oportunidade de deliberar sobre esse novo uso para as ações de suspensão. O Ministro Presidente Luiz Fux apresentou o processo em mesa para julgamento três dias após suspender a decisão do Ministro Marco Aurélio. O julgamento teve início no dia seguinte.[34]

A novidade da discussão a respeito da possibilidade de suspensão de medida liminar proferida por ministro do tribunal pelo Presidente foi destacada pelos ministros, que puderam expressar seus entendimentos sobre este instrumento. De um lado, uma parte dos ministros apoiou a decisão proferida pelo Presidente Luiz Fux. Este, em seu voto, defendeu se tratar a suspensão de medida "excepcionalíssima", que só poderia ser deferida respeitando dois requisitos: a desconsideração dos pronunciamentos do tribunal por parte da decisão atacada e a "potencialidade de gravíssima insegurança jurídica". Além disso, retomou preocupações por ele levantadas no seu discurso de posse na Presidência do STF, de prezar pela colegialidade e pela institucionalidade, o que o levou a trazer a decisão para apreciação do Plenário dias depois de proferida, mas também atribuindo à Presidência o papel de velar pela "intangibilidade" e "integridade" dos julgados, não podendo se eximir de seu papel quando provocado.

Foi seguido do ministro Alexandre de Moraes que, embora tenha alertado pela ausência de previsão expressa atribuindo este poder à Presidência, ele seria possível "excepcionalmente", como no caso em discussão, em que foram respeitados os requisitos de legitimidade, matéria constitucional e risco à ordem e à segurança públicas. Também o ministro Edson Fachin alertou pela inexistência de hierarquia entre os ministros, mas apoiou sua aplicação excepcional "quando há orientação majoritária do colegiado em sentido diverso". O ministro Roberto Barroso ressaltou que

34 As sessões plenárias do STF podem ser assistidas pelo canal do STF no YouTube, nos seguintes links: https://www.youtube.com/watch?v=qiX0mUWOs7c (sessão 14/10/2020 - parte I), https://www.youtube.com/watch?v=vBIE62-SANk (sessão 14/10/2020 - parte II) e https://www.youtube.com/watch?v=FmjTG-hq-Sw (sessão 15/10/2020).

a suspensão seria uma "situação excepcionalíssima e que jamais pode se transformar na regra", sendo "atípico e como regra geral indesejável que um colega possa sobrepor sua decisão à de outro colega". Porém, destacou a necessidade de "reinstitucionalizar o tribunal".

A ministra Rosa Weber destacou em seu voto que não haveria disposição legal ou regimental que permitisse o controle exercido pelo Presidente, que poderia apenas ser realizado pelo colegiado, pelo menos em matéria penal. Contudo, considerando seu papel de Vice-Presidente, ressaltou que não haveria inovação da decisão, sendo caracterizada a "excepcionalidade", marcada pela desconsideração de decisão da Corte e pelo risco gerado. O ministro Dias Toffoli, responsável pelas suspensões anteriores, destacou que tinha tomado decisões durante o recesso, diante da "excepcionalidade" do momento, ressaltando as responsabilidades da Presidência. Por fim, na linha da maioria dos colegas, a ministra Cármen Lúcia considerou que a medida seria cabível para a preservação da jurisprudência do tribunal. Tendo suas decisões citadas quando do exercício da Presidência do STF – especialmente a Suspensão de Liminar nº 1.117 – destacou as peculiaridades do caso e a necessidade de que o Supremo definisse uma orientação a respeito do tema.

De outro lado, o Ministro Ricardo Lewandowski, em voto enfático contra esse tipo de controle, ponderou que a permissão para esse tipo de ação poderia acabar levando à cassação de decisões "com base em meras idiossincrasias pessoais ou quiçá movidos por algum viés político". Segundo o ministro, cabe ao órgão colegiado adequado a cassação da decisão de ministro, por meio das vias processuais cabíveis. Caso contrário, também se estaria sobrecarregando a pauta de julgamentos do Plenário da Corte. Além de ser contrário à jurisprudência do tribunal, tal controle converteria o Presidente e o Vice-Presidente em "superministros".

Em sentido semelhante, por entender que se estabeleceria uma assimetria entre os ministros, dando à Presidência um poder de revisão sem respaldo legal, também o ministro Gilmar Mendes negou a possibilidade desse controle. Além de críticas em relação à distribuição do habeas corpus em questão, destacou que o objetivo da Lei nº 8.437/1992 era de prever um regime de contracautela além do mandado de segurança, sendo que a nova atuação da Presidência a colocaria como "censora da ordem pública", criando assimetria e hierarquia entre os ministros. Segundo Gilmar Mendes, os erros dos processos devem ser impugnados por recursos próprios. O ministro Marco Aurélio, por fim, criticou a tomada de decisão excepcional a depender do cidadão, sendo para ele o Presidente "um coordenador de iguais" e um "algodão entre cristais".

O ministro Marco Aurélio direcionou críticas pesadas, que geraram resposta do Presidente Luiz Fux, que disse que não poderia ser chamado de "totalitário" e que "representaria autofagia não defender a imagem da Corte", a partir do momento em que foi provocado. No fechamento da sessão, com a pronúncia do resultado, o Presidente voltou a destacar a excepcionalidade do caso, a necessidade de ação diante da provocação e o fato de ter sido o único Presidente a levar a questão para o colegiado.

Ao final, o Plenário referendou a decisão cautelar do Presidente Luiz Fux, fixando o entendimento de que "o incidente de suspensão de liminar é meio autônomo de impugnação de decisões judiciais, de competência do Presidente do Tribunal ao qual couber o conhecimento do respectivo recurso. O deferimento da medida demanda demonstração de que o ato impugnado pode vir a causar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia pública (art. 4º, caput, da Lei 8.437/1992 c/c art. 15 da Lei 12.016/2009 e art. 297 do RISTF)". Este enunciado aprovado não contemplou, contudo, toda a fundamentação e preocupação expressa por diversos ministros, que reconheceram a legitimidade da intervenção da Presidência apenas para o combate de decisões monocráticas extravagantes em relação à Jurisprudência do STF. Como se a suspensão de decisões monocráticas fosse uma resposta a excessos individualistas em decisões monocráticas.[35]

Conforme se indicará na seção seguinte, ao longo de dois anos, a Presidência apresentou problemas de inconsistência no exercício desse poder de controle sobre os demais ministros.

4. EM NOME DA ESTABILIDADE?

A partir do novo paradigma em 2018 com o Caso Lula, foram propostos mais de vinte pedidos de suspensão de decisões de ministros do Supremo Tribunal Federal, dentre os quais apenas quatro foram concedidos. Em algumas dessas ações, o Presidente faz considerações mais longas a respeito das condições para a concessão de suspensão em

35 Se manifestaram oralmente pelo referendo da medida os Ministros Luiz Fux, Alexandre de Moraes, Edson Fachin, Luís Roberto Barroso, Dias Toffoli e Cármen Lúcia, enquanto se manifestaram contra a possibilidade de suspensão de liminar da Presidência em face de seus pares os Ministros Rosa Weber, Ricardo Lewandoski, Glimar Mendes e Marco Aurélio. Porém, no momento final de contabilização dos votos, diversos ministros realizaram ajustes e retificações, sendo vencido apenas o Ministro Marco Aurélio.

face a ministro do próprio tribunal. No geral são considerações sobre reforçar a institucionalidade por proteger a jurisprudência consolidada do tribunal, ou sobre o caráter excepcional do controle diante da ameaça à ordem pública. Contudo, há casos que demonstram inconsistência na aplicação desses critérios.

Em algumas das decisões que concederam as suspensões, o papel de reforço à jurisprudência do STF foi destacado. No Caso da 2ª Instância (SL nº 1.188), o ministro Dias Toffoli considera que "velar pela intangibilidade dos julgados do Tribunal Pleno" e garantir que "a decisão já tomada pela maioria dos membros da Corte deve ser prestigiada" é parte crucial desse exercício de controle. Essa atividade de proteção da "decisão soberana" da maioria justificaria a intervenção da Presidência sobre seu par. No Caso André do Rap (SL nº 1.395), o fato da decisão monocrática colidir com a Jurisprudência do STF também foi evocado como elemento habilitador do controle pela Presidência. Esse critério chegou a ser utilizado para não conceder a suspensão. No SL nº 1.233, a Presidência considerou que a existência de decisões controversas de determinado tema estabelecia uma barreira para o controle pela Presidência.[36]

Contudo, a maioria das decisões suspensas estava amparada pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. O próprio Caso Lula (SL nº 1.178), no qual se estabeleceu o novo paradigma, é exemplar desse fenômeno. A decisão monocrática do ministro Ricardo Lewandowski estava lastreada no julgamento da ADPF nº 130 e mesmo assim foi substituída por considerações da Presidência sobre sua inadequação; para o ministro Luiz Fux, a decisão monocrática deveria ser controlada porque "expande a liberdade de imprensa a um patamar absoluto incompatível com a multiplicidade de vetores fundamentais estabelecidos na Constituição". No Caso Petrobrás (STP nº 106) a Presidência interferiu mesmo ao reconhecer que a matéria ainda dependia de deliberação do Plenário. Sendo assim, houve suspensão da decisão monocrática, mesmo sem ofensa à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Já no Caso da Mesa do Senado (SS nº 5.272), o ministro Dias Toffoli reconheceu que a decisão monocrática estava alinhada com a jurisprudência do Supremo de impor critérios de publicidade aos procedimentos envolvendo deliberação pú-

36 Nele se discutia decisão monocrática que afastou secretária municipal do cargo em caso de nepotismo. Além da impossibilidade de concessão por um problema de legitimidade ativa, o Ministro Dias Toffoli considerou que o fato de "a existência de decisões desta Corte em sentidos diversos no bojo de reclamações constitucionais acerca do alcance da Súmula Vinculante nº 13, revelam o uso do pedido de contracautela como inadmissível sucedâneo de recurso".

blica, mas realizou um aprofundamento sobre o caso, realizando juízos sobre a natureza *interna corporis* do procedimento de eleição, analisando o regimento interno.

Em todos esses casos nos quais a Presidência suspendeu a decisão monocrática de outro ministro do tribunal mesmo sem ofensa à jurisprudência, a medida estaria amparada em alegações a evitar instabilidade e insegurança jurídica. No Caso Lula, se evocou que "a pretendida entrevista encerraria confusão no eleitorado", enquanto no Caso Petrobrás, foi apontado o "risco de gravíssimo comprometimento das atividades do setor de petróleo no país" decorrente da ausência "da empresa estatal na 6ª Rodada de Licitação para Partilha de Produção de Blocos Exploratórios do pré-sal". Já no Caso da Mesa do Senado nem houve um apelo desse tipo; a situação excepcional repousava na proteção ao "princípio constitucional da separação dos Poderes".

Contudo, nem toda decisão monocrática em descompasso com a Jurisprudência do STF e criadora de instabilidade foi objeto de suspensão pela Presidência. É o caso da SL nº 1.294, na qual a Defensoria Pública da União (DPU) requereu a suspensão parcial de decisão monocrática do ministro Luiz Fux, envolvendo a chamada "Lei Anticrime" (Lei nº 13.964/2019), nas ADIs 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305. São decisões monocráticas que suspenderam a implantação do instituto do "juiz de garantias" bem como a "liberalização da prisão pela não realização da audiência de custódia". Para a DPU, as rápidas mudanças no tema, como as duas decisões tomadas em apenas uma semana, poderiam gerar instabilidade no sistema prisional brasileiro e teriam como "consequência o aumento do encarceramento no já precário e desestruturado sistema prisional brasileiro". Além disso, a DPU indicou como essa liminar estaria em tensão com as decisões do Plenário, na ADI 5.240 e na ADPF 347, que trataram da constitucionalidade e relevância das audiências de custódia. No entanto, a suspensão foi indeferida em setembro de 2020, muito após a virada do entendimento jurisprudencial, sob o argumento que "sempre que haja disponível, como se verifica na espécie, perante o próprio tribunal prolator da decisão, instrumento apto a assegurar a pretensão ali deduzida, não se inaugura a via excepcional, sob pena de converter as medidas de suspensão em sucedâneo recursal ou de permitir a usurpação da competência do juiz natural".

Sendo assim, a Presidência ampliou seu poder de controle sobre os demais ministros do Supremo Tribunal Federal desde o Caso Lula e tem mantido o seu exercício. No geral, o exercício desse poder foi acompanha-

do de uma retórica de que se tratava de medida de preservar os entendimentos colegiados do tribunal e evitar insegurança jurídica. Essa narrativa foi chancelada pelo Plenário na oportunidade em que pôde discutir essa competência da Presidência. Contudo, os dados desta seção indicam que nem sempre essa lógica guiou a atuação da Presidência, tanto na concessão quanto no indeferimento das ações de suspensão. Essa inconsistência explica a preocupação exteriorizada por diversos ministros com a ausência de limites objetivos nesse novo poder da Presidência. De todo modo, a dinâmica de poder entre os ministros do Supremo Tribunal Federal parece ter sido profundamente modificada em razão desses novos poderes da Presidência. Essa nova dinâmica será explorada na seção seguinte.

5. A MINISTROCRACIA SUBVERTIDA OU DOMESTICADA?

O controle de decisões monocráticas de ministros do Supremo Tribunal Federal pela Presidência introduz uma mudança profunda na dinâmica decisória do tribunal e modifica a estrutura daquilo que Diego Werneck Arguelhes e Leandro Molhano Ribeiro chamaram de "ministrocracia". Nesse artigo argumentam que cada ministro do STF dispõe de ampla concentração de poderes para manter ou modificar sozinho o *status quo* daquilo que se questiona perante o tribunal. Essa dispersão de poderes, exercidos com individualismo decisório radical aumentaria o incentivo dos atores políticos para tentar capturar a Corte (ARGUELHES; RIBEIRO, 2018). Enquanto Vilhena indica que a utilização excessiva desses poderes individuais o torna mais vulnerável a retaliações (*backlash*) de outros Poderes em um contexto de crise política (VIEIRA, 2018, cap. 4), Glezer acrescenta que a utilização recorrente de decisões monocráticas em uma espécie de burla ao Plenário faz parte de uma série de atitudes que tem corroído o capital reputacional do STF criando condições para um tipo específico de crise constitucional (GLEZER, 2020, cap. 4). Nesse sentido, é preciso verificar se essa modificação na dinâmica decisória do tribunal mitiga ou aprofunda as tensões diagnosticadas como "ministrocracia", traduzidas por Pagliarini e Fernandes (2019) como "a sensação de que cada julgador consegue controlar a atuação do STF".

À primeira vista, a iniciativa poderia ser considerada como uma forma de mitigação da ministrocracia, na medida em que introduz uma medida de concentração decisória em um cenário de amplos poderes individuais. Nesse sentido, os novos poderes da Presidência estabeleceriam

algum tipo de controle às decisões monocráticas extravagantes que passaram a ser recorrentes ao longo dos últimos anos. Seria um passo na direção de "reinstitucionalizar o tribunal", para utilizar os termos do ministro Roberto Barroso durante a sessão Plenária do Caso André do Rap.[37]

Contudo, no breve período de existência dessa ferramenta de controle foi possível verificar sua propensão ao casuísmo. O Presidente nem sempre controlou as decisões de colegas que ofendiam decisões colegiadas ou que tiveram alto impacto no cenário político nacional. Como foi apresentado na seção anterior, o controle incidiu sobre algumas decisões controversas ou mesmo que seguiam a Jurisprudência do tribunal. Da mesma maneira, durante o período analisado foi possível verificar que a existência de pelo menos uma decisão monocrática apta a sofrer controle que, no entanto, manteve-se íntegra.

Nesse sentido, a ministrocracia não parece ter sido combatida, mas apenas deslocada. Se introduziu mais um fator de instabilidade no processo decisório. A cada dois anos, um novo Presidente - e por vezes o Vice-Presidente - terá condições de exercer esse poder nas condições que entender apropriadas e for capaz de mantê-las. Na medida em que há poucos limites argumentativos e mesmo processuais a esse novo poder de veto – como indica o Caso Lula - a Presidência do STF estará mais sujeita a tentativas de captura (ARGUELHES; RIBEIRO, 2018) e retaliação por outros poderes (VIEIRA, 2018, cap. 4). Além disso, se esse poder continuar a ser exercido de forma inconsistente, dará ensejo à percepção de que a intervenção da Presidência é motivada por interesses pessoais e de ocasião, potencialmente agravando o conflito do STF com outros Poderes ou entre os próprios ministros (GLEZER, 2020, cap. 4).

A alternativa para o controle da ministrocracia está, dentre outros elementos, no reforço dos mecanismos de controle coletivo sobre os excessos individuais. Há propostas de emenda regimental oferecidas pelos próprios ministros com essa finalidade. Por exemplo, os ministros Roberto Barroso e Dias Toffoli apresentaram proposta de emenda regimental condicionando a eficácia de monocráticas cautelares até que fosse dada possibilidade de controle pela turma e plenário.[38] Essa proposta

37 STF, SL 1.395, rel. min. Presidente, Tribunal Pleno, julg. 15/10/2020.

38 Proposta de emenda Regimental III. "Art. 21. (...) V – determinar, em caso de urgência, as medidas do inciso anterior, submetendo-as imediatamente ao Plenário ou à respectiva Turma para referendo, preferencialmente em ambiente virtual. (...) § 5º A decisão proferida nos termos do inciso V somente produzirá efeitos após a liberação do referendo para julgamento pelo colegiado competente, sendo o processo

foi discutida na sessão administrativa de dezenove de agosto de 2020, na qual diversos ministros se manifestaram pela aprovação da redação oferecida pelo ministro Alexandre de Moraes, para quem a eficácia da decisão seria imediata mas mantendo a possibilidade de controle imediato pelo colegiado.[39] No entanto, a deliberação foi interrompida por pedido de vista do ministro Luiz Fux. Não houve devolução do pedido de vista até a conclusão da redação da presente pesquisa em abril de 2021.

É evidente que não é possível depositar uma esperança ingênua na modificação do regimento interno do STF. A mera modificação do regimento não implicaria em plena conformidade dos ministros ao novo dispositivo. Contudo, se trata de um caminho de controle e constrangimento relevante, caso contrário não haveria porquê ministros oferecerem propostas de emenda regimental ou mesmo oferecerem resistência a essas modificações.

A presente discussão de resultados indica que esse novo paradigma de aplicação das ações de suspensão a decisões monocráticas de ministros do próprio Supremo Tribunal Federal não possui elementos de combate à ministrocracia. Ao contrário, a seletividade na utilização desse novo poder da Presidência indica que o novo mecanismo traz mais riscos de agravamento dos problemas acarretados pela situação de ministrocracia. As tentativas de combater a individualização decisória radical no tribunal por meio do reforço da colegialidade permanecem paralisadas e quiçá mais fragilizadas.

6. CONCLUSÃO

O presente artigo identificou uma mudança no paradigma da relação decisória entre os ministros do Supremo Tribunal Federal a partir de setembro de 2018 em diante. Foi a partir do Caso Lula que a Presidência se concedeu o poder de controlar decisões monocráticas de outros ministros do próprio STF. Nossa pesquisa empírica revelou que essa

automaticamente inserido na pauta da sessão imediatamente posterior."

39 Conforme consta da ata da sessão administrativa a sugestão seria para que a "nova redação do § 5º preveja que 'A medida cautelar concedida nos termos do inciso V produzirá efeitos imediatos e será automaticamente inserida na pauta da sessão virtual subsequente, para julgamento do referendo pelo colegiado competente.' Na proposta apresentada pelo Senhor Ministro Alexandre de Moraes houve o acréscimo de um § 6º nos seguintes termos: 'Na hipótese do parágrafo anterior, o Ministro Relator poderá optar por apresentar o feito em mesa na primeira sessão presencial subsequente à concessão da decisão, sem prejuízo de sua manutenção na sessão virtual, se não for analisado.'"

medida nunca tinha sido tomada desde outubro de 1988, apesar de esse tipo de medida ter sido demandada a diferentes Presidentes do Supremo.

Além disso, a pesquisa mapeou todas as ações dali em diante nas quais foi pedida a suspensão de decisão monocrática de outros ministros do tribunal. Com esse dado foi possível explorar em detalhes as características dos processos nos quais a Presidência concedeu a suspensão e contrastá-las com aquelas nas quais a concessão foi indeferida. Esse exame comparativo indicou que a Presidência utilizou esse poder de forma inconsistente e nem sempre em defesa do colegiado e da previsibilidade; ao contrário do que se sustentou na sessão plenária que referendou a suspensão no Caso André do Rap.

Diante disso, argumentamos que esse novo poder da Presidência parece ter sido desenvolvido em resposta àquilo que a Arguelhes e Ribeiro denominaram de ministrocracia. No entanto, argumentamos que a inconsistência na utilização desse novo poder da Presidência tem mais potencial para amplificar os problemas ministrocráticos ao invés de resolvê-los. Ao transferir o radicalismo individual a uma Presidência rotativa ao invés de fortalecer os mecanismos de controle pelo colegiado, o novo paradigma abre potencial para problemas de captura do tribunal, conflitos entre poderes e crise constitucional.

REFERÊNCIAS

ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano. MINISTROCRACIA: O Supremo Tribunal individual e o processo democrático brasileiro. **Novos Estudos CEBRAP**, São Paulo, V37, n01, 13-32, JAN.–ABR. 2018.

ESTEVES, Luiz Fernando Gomes, Onze ilhas ou uma ilha e dez ilhéus? A presidência do STF e sua influência na atuação do tribunal, **REI - Revista Estudos Institucionais**, v. 6, n. 1, p. 129–154, 2020.

GLEZER, Rubens. **Catimba constitucional: o STF, do antijogo à crise constitucional**. Belo Horizonte: Editora Arraes, 2020.

GOMES NETO, José Mário Wanderley; LIMA, Flávia Danielle Santiago; OLIVEIRA, Tassiana Moura. Entre Decisões Individuais e Deliberações Colegiadas: decidindo como decidir, influenciando o resultado, **Sequência (Florianópolis)**, n. 81, p. 10–31, 2019.

HARTMANN, Ivar Alberto Martins; SILVA, Lívia Ferreira, Ao relator, tudo: o impacto do aumento do poder do ministro relator no Supremo, **Revista Opinião Jurídica (Fortaleza)**, v. 13, n. 17, p. 268–283, 2015.

MACHADO, Gabriel de Carvalho Borges Toledo. **O Instituto da Suspensão de Liminar e o STF: uma análise das ações ajuizadas contra decisões monocráticas proferidas por Ministros do Tribunal.** 2019. Trabalho de Conclusão de Curso. Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas de São Paulo.

NETO, José Mário Wanderley Gomes; LIMA, Flávia Danielle Santiago, Das 11 ilhas ao centro do arquipélago: os superpoderes do presidente do STF durante o recesso judicial e férias, **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, v. 8, n. 2, p. 740–756, 2018

PAGLIARINI, Alexandre Coutinho; FERNANDES, Hellen Caroline Pereira. Três Razões que Explicam a Instabilidade a Suprema Corte Brasileira, seus Problemas e Efeitos. **R. Themis**, Fortaleza, v. 17, n. 2, p.17-46, jul./dez. 2019.

SIQUEIRA JUNIOR, Flávio, **As decisões liminares em controle concentrado de constitucionalidade concedidas durante o período de recesso do STF**, Dissertação (Mestrado em Direito) - UFABC, São Bernardo do Campo/SP, 2017.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **A Batalha dos Poderes: Da transição democrática ao mal-estar constitucional**. 1ª Ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

ESTATUTO DA CIDADE, 20 ANOS DEPOIS[1]

Edésio Fernandes[2]

1. INTRODUCAO: A CONSTRUÇÃO TARDIA DO DIREITO URBANÍSTICO

Antes de se discutir o Estatuto da Cidade, é importante destacar rapidamente que a construção do Direito Urbanístico no Brasil se deu muito tardiamente em relação ao fenômeno da urbanização no país. O processo sistemático de urbanização começou na década de 1930 e ganhou um enorme vigor a partir dos anos 1950: o Brasil passou a ser um país majoritariamente urbanizado a partir de meados dessa década. A urbanização brasileira chegou no seu pico no final dos anos 1970 e desde então as taxas são decrescentes, ainda que significativas, com a urbanização acontecendo em novas bases em relação ao período anterior: maior metropolização, maior crescimento de cidades de porte médio e de cidades pequenas, esvaziamento de áreas centrais, crescimento de áreas peri-urbanas, periferização da pobreza e aumento do crescimento informal, etc.

Contudo, esse processo de urbanização rápida e de enorme impacto, que mudou o país de ponta-cabeça – provocando mudanças estruturais em termos territoriais, sociais, econômicos, ambientais e culturais - se deu sem uma base jurídica minimamente adequada. O princípio central do Direito Urbanístico – que é a ideia da função social da propriedade – certamente existe nas Constituições desde a Constituição Federal de 1934, porém sem que tenha havido uma definição minimamente clara do seu conteúdo ao longo das décadas de urbanização intensiva, tendo assim sempre sido muito elusivo.

---

1 Texto apresentado em 18 de maio de 2021 no VII Seminário Nacional Tutelas à Efetivação de Direitos Indisponíveis promovido pelo Curso de Direito da FMP – Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul

2 Jurista e Urbanista, Mestre e Doutor em Direito, Membro da DPU Associates e do Lincoln Institute of Land Policy; Fellow of the RSA - Royal Society of Arts, Manufactures and Commerce

A principal lei que vigorou ao longo desse processo de crescimento urbano até o final dos anos 1970 foi o Decreto-Lei 58, de 1937, que que visava a regular aspectos do processo de loteamento do solo urbano, mas que, em que pese sua importância - especialmente quando a urbanização no país se dava principalmente de maneira horizontal, pela agregação de novas áreas de expansão urbana e rurais - era totalmente inadequado da perspectiva de uma política urbana. Nesse período, foram pouquíssimas as leis e decisões judiciais aplicáveis no campo do urbanismo, dado o pleno domínio do civilismo, isso é, das noções sobre o direito de propriedade que advinham do ideário do Código Civil de 1916. A intervenção estatal no domínio da propriedade era admitida tão-somente na forma do que um dia chamei de binômio usucapião–desapropriação.

As leis municipais também eram muito limitadas, restringindo-se sobretudo à demarcação de Perímetros duvidosos e a Códigos de Obras e Códigos de Posturas tradicionais e obsoletos – fora os casos de algumas poucas grandes cidades e de algumas experiências mal-sucedidas de formulação de Planos Diretores Municipais nos anos 1970. Mesmo assim, com todos os seus limites, por ação ou omissão é inegável que essas leis cumpriram papeis importantes na determinação do padrão segregador da urbanização brasileira.

O chamamos mais propriamente de Direito Urbanístico hoje em dia começou a se formar no Brasil a partir de meados da década de 1970, inicialmente com uma série de leis municipais de zoneamento e de uso/ocupação do solo – a de Belo Horizonte em 1976 sendo uma referência paradigmática -, e posteriormente através de uma lei federal muito importante, que é a Lei Federal no. 6.766/1979 que dispõe sobre o parcelamento do solo urbano – e que efetivamente se prestava ainda que tardiamente como instrumento de política urbana. Na esteira dessa lei, as primeiras experiências de regularização fundiária de favelas em Belo Horizonte e no Recife em 1983 indicaram novos caminhos para o Direito Urbanístico do país. Nesse período, foram feitas algumas tentativas de formulação e de aprovação de uma lei federal de desenvolvimento urbano (o Anteprojeto de Lei no. 755/1983 merecendo destaque), mas nada disso efetivamente aconteceu - diferentemente da ordem jurídico-ambiental, que, essa sim, se consolidou nos anos 1980.

Nesse primeiro momento, a ideia dominante que se tinha do objeto do Direito Urbanístico era enquanto uma forma de promoção discricionária pelo estado de alguma medida de ordenamento territorial e controle jurídico dos processos de uso e ocupação, parcelamento, construção

e preservação do solo urbano. A natureza do Planejamento Urbano, nesse contexto, seria meramente regulatória. Dessa perspectiva, o Direito Urbanístico era inicialmente muito associado a uma espécie de apêndice do Direito Administrativo – mais uma forma de Direito Estatal do que exatamente um verdadeiro Direito Público, mais ligado à ideia de imposição de "limites administrativos" ou de "restrições administrativas" externos à propriedade do que à ideia de se qualificar o princípio da função social da propriedade por dentro desse direito, além de ser totalmente dissociado dos mecanismos e processos existentes de gestão urbana e financiamento do desenvolvimento urbano.

2. A CONSTITUICAO FEDERAL DE 1988 E O ESTATUTO DA CIDADE

Foi com a Constituição Federal de 1988, quando se aprovou tardiamente um breve capítulo de Política Urbana na ordem jurídica nacional – resultado de um processo de mobilização social que gerou uma Emenda Popular sobre Política Urbana -, que se reconheceu a autonomia do Direito Urbanístico no Brasil: um ramo do Direito Público com objeto próprio, princípios próprios, leis próprias e instrumentos próprios.

Na década de 1990, houve um avanço enorme do Direito Urbanístico sobretudo através da aprovação de diversas leis e Planos Diretores Municipais, que também geraram um movimento significativo de produção de doutrina e jurisprudência. Porém, a verdade é que o Direito Urbanístico ainda é muito pouco conhecido, muito pouco reconhecido e muito pouco ensinado nas Faculdades de Direito do Brasil.

A lei-marco do Direito Urbanístico é exatamente o Estatuto da Cidade, a Lei Federal no. 10.257 de 2001, que depois de cerca de 12 anos de discussões no Congresso Nacional foi aprovada para regulamentar o capítulo constitucional sobre Política Urbana. Também essa lei foi resultado de um processo dinâmico de mobilização social em prol da promoção de uma ampla Reforma Urbana no país. Mas, o Estatuto da Cidade o fez de uma outra forma fundamentalmente distinta em relação à visão anterior que se tinha do Direito Urbanístico. Ao regulamentar a Constituição Federal e reconhecendo os muitos direitos sociais e coletivos nela contidos, a lei federal propôs as bases de uma nova ordem jurídico-urbanística, conciliando no seu bojo um novo enfoque sobre propriedade imobiliária e um novo enfoque sobre gestão urbana, assim como abrindo um campo pioneiro de discussão sobre o financiamento

do desenvolvimento urbano no país: quem paga e como pelo crescimento urbano, como se dá a distribuição dos ônus e benefícios da urbanização. A ideia dominante então passou a ser não mais tão-somente a promoção de ordenamento territorial e de controle do uso do solo, mas também a de materialização na ordem urbanística de uma visão socioambiental e o reconhecimento de uma série de direitos sociais e coletivos: o bem-estar dos cidadãos passa a ser princípio fundamental da política urbana.

Em outras palavras, o Estatuto da Cidade trouxe no seu bojo toda uma nova visão de planejamento territorial urbano, visão essa que determina não apenas "o que pode ser feito, onde, quando, como e por quem", determinando assim "quem vive onde e como" – elementos típicos do planejamento regulatório tradicional -, mas também a obrigação de fazer: a ideia de que a função social da propriedade está também na possibilidade de obrigar proprietários de imóveis a certas condutas. Outro elemento dessa nova ordem jurídica é a ideia da participação popular como condição de validade jurídica de planos, leis e projetos – e não apenas como um critério de verificação de sua legitimidade sociopolítica: estamos falando aqui então de um verdadeiro Direito Público, não apenas Estatal, não apenas Administrativo.

O Estatuto da Cidade confirma a visão da cidade como uma criação coletiva – não apenas resultado das ações de indivíduos e nem somente das ações do estado -, e assim a ideia da recuperação para a comunidade da valorização imobiliária gerada por todos também foi imposta pela lei federal como princípio central dessa nova ordem jurídica. Além disso, o Estatuto da Cidade foi a primeira lei no cenário internacional que reconheceu a ideia do Direito à Cidade, conciliando a plataforma da Reforma Urbana com a perspectiva de promoções de transformações mais profundas na ordem urbanística.

3. REFLETINDO SOBRE A TRAJETÓRIA DO ESTATUTO DA CIDADE AO LONGO DOS 20 ANOS DE SUA VIGENCIA

Feitas essas considerações preliminares, agora refletindo mais especificamente sobre a trajetória do Estatuto da Cidade ao longo dos 20 anos identifiquei uma série de deslocamentos que têm acontecido no campo do Direito Urbanístico e da Política Urbana:

• Do ideário da *função social da propriedade* para o ideário da *liberdade econômica*;
• Da agenda da *reforma urbana* e do *direito à cidade* para o movimento de *financeirização da cidade*;
• Da busca de *regularização sustentável* de assentamentos informais consolidados para a mera *legalização formal* dos lotes;
• Da proposta de reconhecimento dos *direitos coletivos* e da *posse* ao domínio dos *direitos individuais*;
• Da busca de *gestão pública democrática* às estratégias de *privatização*;
• Do fortalecimento do *Direito Público* ao reforço do *Direito Privado*; e
• Do regime das *ZEIS* – as Zonas Especiais de Interesse Social, que para muitos é a maior invenção do urbanismo brasileiro – ao *Pós-ZEIS,* com a abolição dos gravames.

Acho que esses deslocamentos que têm acontecido no campo do Direito Urbanístico estão na base de três momentos que podemos identificar de maneira esquemática na evolução da lei federal nos últimos 20 anos - e quem sabe pode-se também dizer que já estamos chegando em um quarto momento, quais sejam: *otimismo; desconfiança; descrédito*; e um certo *abandono* da lei federal:

1. Otimismo: um primeiro momento começou quando o Estatuto da Cidade foi aprovado, saudado, celebrado e premiado como uma lei-marco chamada por muitos de "caixa de ferramentas" dada a maneira como os princípios e diretrizes de política urbana foram acompanhados por dezenas de instrumentos, assim como apoiados por diversos mecanismos, processos e recursos de gestão urbana. O Brasil ganhou prêmios internacionais e entrou para o Rol de Honra da ONU por ter aprovado essa lei, que era e ainda é objeto de inveja e cobiça de Ministros e Primeiros-Ministros em diversos países, bem como fonte de inspiração internacional. Isso gerou um grande esforço nacional no Brasil de elaboração de uma nova geração de Planos Diretores Municipais (PDMs), inclusive pela ação do Ministério das Cidades na sua primeira versão;
2. Desconfiança: um segundo momento começou alguns anos mais tarde, quando começou a aparecer uma certa desconfiança na lei, decorrente sobretudo de críticas crescentes dos movimentos sociais preocupados com o processo de mercantilização alarmante das cidades, especialmente face ao avanço de operações urbanas e vendas de créditos, direitos e Cepacs promovidas no contexto jurídico da aplicação de PDMs, porém fora

de um contexto claro de governança da terra que afirmasse os princípios de política urbana do Estatuto da Cidade;
3. Descrédito: cerca de 10 anos mais tarde talvez, começou um momento de descrédito da lei federal, com diversas avaliações negativas dos novos PDMs e uma visão generalizada de inefetividade dos instrumentos para materializar os princípios de política urbana – apontando assim um descompasso entre os princípios e instrumentos da lei e sua aplicação, e isso em um contexto maior de agravamento da crise urbana no país;
4. Abandono?: parece que hoje em dia nós estamos caminhando na direção até mesmo de um certo abandono da Lei Federal. Mesmo antes da pandemia, tenho percebido resistências municipais crescentes à atualização dos PDMs, enquanto novas Leis, Medidas Provisórias e Decretos Federais têm sido sistematicamente aprovados, propondo as bases de outra cultura jurídico-político-urbanística que não aquela do Estatuto da Cidade, processo esse confirmado e agravado por diversas decisões judiciais que também estão promovendo retrocessos.

É verdade que ao longo de todo esse período de 20 anos certamente tem havido muita falta de informação, e muita desinformação, acerca da lei federal no meio jurídico e na sociedade mais ampla. *O* fato é que a maioria dos juristas e juízes – e também dos cidadãos – ainda não conhece o Estatuto da Cidade, a maioria das sentenças judiciais não incorpora os princípios da lei federal, e a maioria das Faculdades de Direito também não ensina Direito Urbanístico.

Agora, é verdade também que tem havido disputas crescentes de interpretação e apropriação da lei federal entre juristas, urbanistas e atores diversos, com uma *apropriação crescente e seletiva* de certos instrumentos da lei pelas forças de mercado - proprietários, promotores imobiliários e investidores. Ironicamente, a tal ponto que hoje em dia é mais fácil falar da noção de mais-valias urbanísticas do que justificar um simples aumento do IPTU. Provando o que sempre afirmei: o Direito Urbanístico não é um mero instrumento como muitos urbanistas imaginam, mas sim uma arena de conflitos.

4. MAS AFINAL, HÁ RAZÕES PARA TANTO OTIMISMO, DESCONFIANÇA OU DESCRENÇA?

É inegável que o Estatuto da Cidade tem seus muitos limites e problemas. Alguns são estruturais, o principal deles para mim sendo de base constitucional, que é o fato de a Constituição Federal de 1988 ter

abraçado uma visão de autonomia municipal que me parece exacerbada e algo artificial, com pouco lugar para a União e para os Estados na formulação da política urbana - especialmente quanto àquela marca central da urbanização brasileira que é a metropolização: a questão metropolitana não é tratada de maneira minimamente adequada pela ordem constitucional. A ordem jurídico-urbanístico-territorial municipal tampouco se articula com facilidade com a ordem ambiental estadual, especialmente quanto ao tratamento das bacias hidrográficas e das áreas de mineração. Parece que estamos trabalhando numa esfera territorial errada e com instituições inadequadas, confundindo o local com o municipal.

Há outros limites da lei que são conjunturais, por exemplo, a ideia equivocada que ainda vigora em muitos contextos de que o Estatuto da Cidade se limitaria às zonas urbanas da cidade - e com isso muitas zonas rurais têm ficado abandonadas pelos PDMs. Mas, esses são problemas menores que aos poucos têm sido resolvidos.

Eu diria que o otimismo inicial em torno da lei era compreensível dada a natureza do processo de sua elaboração e aprovação, mas era também exagerado, pois vinha em boa parte da ideia generalizada – expectativa - da aprovação da lei como *solução mágica* para os problemas urbanos do país. É interessante notar que esse movimento de euforia vinha de antes mesmo da aprovação do Estatuto da Cidade. Quando foi aprovada a Constituição Federal de 1988 – afirmando a ideia original de que o direito de propriedade é reconhecido desde que cumprida uma função social que é aquela determinada pelos PDMs –, o Brasil virou um verdadeiro laboratório de experiências gestão e planejamento. Em um certo momento, diversos voos charter levaram para o Brasil urbanistas estrangeiros que queriam conhecer novidades promissoras como o Orçamento Participativo, as Operações Interligadas, as ZEIS, os Programas de Regularização de Assentamentos, dentre outros – *avanços incontestes* do movimento da Reforma Urbana e do movimento pelo Direito à Cidade, e um compromisso claro com a inclusão na ordem urbanística dos pobres e daqueles que tradicionalmente haviam sido excluídos pela urbanização.

Mas, essa primeira leva dos PDMs ainda na década de 1990 também sofreu críticas de diversos setores socioeconômicos, para os quais esses planos davam pouca consideração às demandas dos mercados imobiliários e outros atores do setor privado. Essas resistências levaram a uma série de questionamentos jurídicos da lei – por exemplo, se lei municipal podia tratar de temas de propriedade, e se lei municipal podia ser aprovada sem uma regulamentação federal do capítulo constitucio-

nal. Muitos dos avanços que estavam sendo consolidados nos municípios foram minados por essas resistências, e por isso o Fórum Nacional da Reforma Urbana, dentre outros atores, defendeu a regulamentação do capítulo constitucional por lei federal – o que aconteceu há vinte anos atrás com o Estatuto da Cidade - e a criação de um aparato institucional federal, o que se deu em 2003 com o Ministério das Cidades.

Porém, antes de fazer qualquer crítica à lei e explorar a relação atual do Direito com o Planejamento Urbano, acho fundamental reconhecer diversos avanços *inegáveis:*

• dos aproximadamente 1.700 municípios brasileiros que tinham a obrigação legal de elaborar seus PDMs, cerca de 1.450 o fizeram – o que é em si um feito histórico, já que até então a maioria dos municípios não tinha quase nada de significativo em termos jurídicos e urbanísticos;
• da mesma forma, houve uma série de avanços inegáveis em termos da participação popular nos PDMs, inclusive com a anulação judicial de alguns por falta de participação adequada;
• houve uma produção recorde de informações, dados, mapas e fotografias sobre as realidades municipais;
• áreas importantes como proteção do patrimônio e meio ambiente foram mais consolidadas nos novos PDMs;
• milhares de ZEIS foram demarcadas pelo país afora.

Agora, a desconfiança que se formou ao longo da primeira década de aplicação da lei decorreu e, boa parte do fato de que os PDMs não mudaram automaticamente as realidades urbanas e sociais... Pelo contrário, a maneira como alguns dos instrumentos foram utilizados certamente agravou problemas antigos de segregação, especulação e gentrificação das cidades, especialmente como resultado do deslocamento recorde de bens e recursos do setor público para o setor privado – terras, créditos de construção, subsídios, anistias, benefícios, etc. – principalmente através de programas de renovação urbana, revitalização, requalificação, etc. promovidos pelos municípios em processos opacos e em nome de um suposto interesse público.

A primeira avaliação dos novos PDMs também indicou um descrédito crescente da parte de diversos atores sociais porque muitos desses planos não estariam considerando as realidades urbanas e sociais do país, que seriam em muitos casos cópias artificiais de modelos formais, e que seriam excessivamente complicados e burocráticos, sem definição clara das

prioridades e sem considerar a pouca capacidade de gestão dos municípios. Muitas leis municipais foram mudadas sem participação popular adequada e revisões parciais posteriores dos planos descaracterizaram muitos deles.

Mas, para mim a questão central a ser discutida é que os urbanistas e gestores urbanos brasileiros, assim como os juristas em geral, não entenderam que a proposta do Estatuto da Cidade era mudar *a* natureza do planejamento territorial urbano, e como resultado *a*inda prevalece no Brasil uma visão tradicional de planejamento regulatório que não se dispõe a interferir diretamente na estrutura da propriedade imobiliária.

A enorme maioria dos PDMs ainda se limita a dizer "o que pode ser feito onde, como, quando e por quem", mas não impõe obrigações aos proprietários e não enfrenta diretamente a estrutura fundiária brasileira que envolve um estoque gigantesco e perverso de imóveis e terrenos vazios – há quase seis milhões de imóveis e construções vazias e subutilizadas no país, convivendo com um déficit habitacional em torno de seis milhões de unidades, e isso sem falar do enorme estoque de lotes com serviços que são mantidos vazios pelos proprietários. Pela mesma razão, não separando direito de construção do direito de propriedade, há pouquíssima recuperação da valorização urbanística na enorme maioria dos PDMs. Pior, quando há alguma recuperação dessa valorização imobiliária, ela tem se dado de forma que não promove a redistribuição socioespacial dos recursos gerados, e tudo isso em um contexto de crise generalizada de moradia, periferização da pobreza, informalidade, despejos e remoções.

Ao mesmo tempo, esse descompasso entre os princípios da política urbana – a agenda da Reforma Urbana - e a aplicação seletiva de instrumentos do Estatuto da Cidade tem se dado em contexto de esvaziamento, repressão e mesmo criminalização crescentes da mobilização social. Não houve uma mudança da cultura urbanística do país: para mim, o maior problema da lei não é a lei em si, em que pesem seus limites, mas as condições de sua leitura, interpretação e aplicação. O Estatuto da Cidade foi abraçado pela metade, em especial pelos urbanistas, gestores, juízes, promotores e pela sociedade civil. O discurso de direitos nele contido não foi materializado, mesmo porque a sociedade brasileira tem demandado pouco esses direitos nominalmente reconhecidos pelo Estatuto da Cidade. A heroica ação da Defensoria Pública tem sido a grande revelação nesse contexto, já que a ação do Ministério Público se tornou ambivalente: no começo era bem mais promissora e posteriormente se mostrou mais sólida na área ambiental do que na área urbanística, especialmente quanto às questões de moradia social.

Acho que muito desse descrédito que hoje existe em diversos setores em torno da lei decorre da falta de compreensão da centralidade sociopolítica e socioeconômica da questão urbana e sobretudo da questão fundiária: é fundamental fazer essa articulação entre política urbana e política fundiária. O Ministério das Cidades foi o primeiro Ministério a ser rifado pelo governo em busca de "governabilidade", e desde então o que temos visto é a penetração cada vez mais agressiva de uma agenda neoliberal tosca no país. O governo Temer começou um desmonte sistemático da ordem jurídico-urbanístico-ambiental incipiente, e o governo Bolsonaro tem "arrombado as porteiras" para deixar "passar a boiada" – ambiental e urbanística. O ataque à própria noção da função social da propriedade está se dando através de uma PEC que está sendo discutida no momento, e a resistência aos PDMs tem mostrado o quanto o neoliberalismo também foi abraçado por municípios - enquanto a agenda da Reforma Urbana tem sido esvaziada no contexto mais amplo de desmobilização social.

5. PERSPECTIVAS

Quais são as perspectivas do Estatuto da Cidade nesse contexto de disputas, crise e desmonte?

É fundamental lembrar que a aprovação do Estatuto da Cidade levou cerca de 12 anos – isso sem considerar as décadas de discussão do anteprojeto de lei de desenvolvimento urbano -, e nesse tempo a urbanização brasileira certamente mudou de natureza. Hoje o Brasil é um país pós-industrial, metropolizado, com o crescimento de cidades médias e pequenas, e cada vez mais afetado pelo processo global de financeirização da terra, da propriedade, da moradia e da cidade que envolve novos atores como fundos de investimento e fundos de pensão que ainda são amplamente desconhecidos. As formas de exclusão e segregação têm se renovado.

O desafio que nos é colocado hoje é repensar profundamente formas, modelos e sobretudo processos de planejamento territorial urbano e de gestão de cidades à luz dessas realidades, ampliando o espaço da participação popular sempre, mas sobretudo reconhecendo novos espaços de ação comunitária direta na gestão do território e das políticas públicas e assim afirmando uma ordem pública maior do que ordem estatal.

Com todos os seus limites, ainda que possa e deva ser aprimorado, ainda que possa e deva ser articulado com outras leis especialmente urbanísticas e ambientais, o Estatuto da Cidade ainda é um marco funda-

mental que permite mudanças paradigmáticas e que merece ser louvado: nós é que temos que fazer por merecer o Estatuto da Cidade. Para tanto, temos que lutar pela sua plena implementação, para o que é fundamental interpretá-lo à luz de seus próprios princípios, para aplicar plenamente seus processos, mecanismos, instrumentos e recursos.

Os tempos requerem urgentemente que aprendamos as lições trágicas da pandemia para as cidades e para a sociedade urbana – de forma a prevenir futuras pandemias e pelo menos minimizar os impactos das mudanças climáticas em curso, bem como os efeitos dos desastres cada vez mais intensos. O Estatuto da Cidade permite isso: afirmar a centralidade da questão fundiária; repensar o modelo de cidade; romper com a cultura do urbanismo tradicional; enfatizar valores de uso, a esfera do comum e os direitos coletivos; destacar mais o valor social da terra e moradia e menos a defesa da propriedade individual; articular política urbana e política ambiental; e buscar outras formas de ordenamento territorial que atendam às necessidades contemporâneas.

Uma última palavra: para mim, na origem dessa desconfiança e descrédito em relação ao Estatuto da Cidade há uma certa visão *do* Direito que urbanistas e juristas têm com muita frequência, isso é, a ideia de que o Direito seria um mero instrumento – que seria politicamente neutro, objetivo, natural, a-histórico –, quando na verdade, o Direito é essencialmente uma arena sociopolítica de explicitação, confrontação e alguma resolução de conflitos.

Quando a Constituição Federal de 1988 disse que cabe ao Plano Diretor Municipal determinar o que é a função social da propriedade – o que por sua vez é o que permite reconhecer o direito de propriedade –, a Constituição colocou o urbanismo no coração do processo sociopolítico do país. É a qualidade desse processo político que vai dizer quando e como se dá a função social. Muita gente fala que a lei "pega" ou "não pega", e que o Estatuto não teria "pegado". Eu diria o seguinte: *a lei* "pega" quando ela tem "pega" no processo sociopolítico. Más leis podem dificultar avanços sociais, mas boas leis por si só não mudam realidades. Então criar esses novos processos e estruturas de governança da terra urbana é o enorme desafio colocado para todos nós urbanistas, juristas, gestores urbanos e cidadãos do Brasil, nesse contexto tão dramático em que o país se encontra tomado pela combinação trágica das crises sanitária, social, urbana, habitacional, energética e ambiental.

Fazer jus ao potencial de transformação das cidades intrínseco ao Estatuto da Cidade deveria ser o objetivo do esforço comum de aproximação plena entre urbanistas e juristas.

COMPLIANCE PENAL
CUMPLIMIENTO PENAL

Venâncio Antônio Castilhos de Freitas Terra[1]

Resumo: O presente ensaio busca realizar um estudo doutrinário, legalista e reflexivo sobre como se apresenta o criminal *compliance* no Direito Penal Econômico, tendo como parâmetro a sua incidência a partir da expansão do Direito Penal que, por sua vez, é consequência direta da Sociedade de Riscos. Outrossim, abordar-se-ão aspectos conceituais, éticos, práticos e teóricos (criminologia) do universo que gravita no entorno do criminal *compliance* buscando conferir de quem seria a responsabilização penal no caso de prática delitiva. Ainda, será trabalhada a hipótese de existir um dever de evitar o crime por parte do criminal *compliance*, aferindo como essa responsabilização penal se apresenta.
Palavras-chave: Direito Penal. Direito Penal Econômico. Criminal Compliance. Responsabilidade Penal.

Resumen: Este ensayo busca realizar un estudio doctrinal, legalista y reflexivo sobre cómo se presenta el cumplimiento penal en el Derecho Penal Económico, teniendo como parámetro su incidencia a partir de la expansión del Derecho Penal, que, a su vez, es consecuencia directa de la Sociedad del Riesgo. Además, se abordarán aspectos conceptuales, éticos, prácticos y teóricos (criminología) del universo que gravita en torno al cumplimiento penal, buscando verificar de quién sería la responsabilidad penal en el caso de la práctica penal. Además, se abordará la hipótesis de que existe el deber de prevenir el delito mediante el cumplimiento penal, evaluando cómo se presenta esta responsabilidad penal.
Palabras-clave: Derecho Penal. Derecho Penal Económico. Cumplimiento Penal. Responsabilidad Penal.

---

1 Advogado. Pós-Graduado em Ciências Penais pela Universidade Anhanguera-Uniderp. Acadêmico do curso de Pós-Graduação em Direito de Famílias e Sucessões e do Mestrado Acadêmico em Direito na Fundação Escola Superior do Ministério Público. E-mail: venancioterra@hotmail.com.

1. INTRODUÇÃO

Essa investigação consistirá em uma pesquisa versando sobre a temática do criminal *compliance* no Direito Penal Econômico, explanando, sobretudo, como ocorreu a sua incidência a partir da expansão do Direito Penal que, por sua vez, é consequência direta da Sociedade de Riscos.

Ainda, abordar-se-ão aspectos conceituais, éticos, práticos e teóricos do universo que gravita no entorno do programa de criminal *compliance* no âmbito do Direito Penal Econômico, trabalhando temas inerentes à criminologia, código de condutas, ética para a eficácia do programa.

Por fim, a justificativa do problema afigura-se em um determinar a responsabilização penal em decorrência da prática delitiva por parte de uma empresa possuidora de um programa de criminal *compliance*. Igualmente, será trabalhada a hipótese em que exista um dever de evitar a prática do crime por parte do criminal *compliance*, aferindo como essa responsabilização penal se apresenta.

O método empregado no objeto em estudo é o hipotético-dedutivo, a partir de análise bibliográfica, doutrina e legislação existente sobre o tema.

2. COMPLIANCE E A SOCIEDADE DE RISCOS

Vivemos em uma de sociedade de riscos, os quais derivam da própria expansão social. Nesse sentido, segundo o sociólogo alemão Ulrich Beck (2006, p. 329-345), a sociedade moderna é a principal responsável por criar seus próprios riscos, consequentemente, vive ocupada debatendo, gerenciando e prevenindo-os.

Já para Anthony Giddens (1991, p. 13), a sociedade de risco "[...] compreenderia um período em que as consequências da modernidade tornam-se mais universalizadas e radicalizadas, tendo como ponto de partida um modelo de produção que determina um novo papel ao risco". Desta forma, o risco acaba como figurando como *condicio sine qua non* para o desenvolvimento e manutenção do modelo produtivo atual (ROMA, 2017, p. 60).

Com efeito, "[...] *en una sociedad en la que se carece de consenso sobre valores positivos, parece que al Derecho penal le corresponde «malgré lui» la misión fundamental de generar consenso y reforzar a la comunidade*" (SILVA-SANCHÉZ, 2001, p. 41-42).

Destarte, no dizer de Mirentxu Corcoy Bidasolo [...] "la legitimidad del controle de riesgos por medio de la comunicación através de consecuencias penales" (BIDASOLO, [199], p. 25), em particular, "[...] de penas privativas de liberdade, es el punto de partida de la dicotomía que surge en la discusión penal atual" (BIDASOLO, [199], p. 25).

No entendimento de Rogério Gesta Leal, "a Sociedade de Riscos em que vivemos hoje está a complexificar as atribuições de sentidos possíveis que possamos dar às circunstancias de sigilo necessário à elucidação de fatos ou exigido pelo interesse da Sociedade" (LEAL, 2020, p. 201), na medida em que "o universo de possibilidades da expansão de inéditas tipologias criminais é muito grande e real, desafiando o Estado a cada momento para criar políticas de contenção e responsabilização por tais atos" (LEAL, 2020, p. 201).

De acordo com Pierpaolo Bottini, seria possível "[...] caracterizar o risco como a qualidade de uma situação que antecede ao perigo" (BOTTINI, 2007, p. 30). De tal modo, o risco refere-se à tomada de consciência de um perigo futuro de acordo com as opções que o ser humano adota ou têm diante de si para a tomada de decisão, enquanto que o perigo seria o destino da tomada de decisão.

Considerando o cenário supramencionado, primeiramente, é de grande valia realizar uma abordagem conceitual para aferir a importância do *compliance* na gestão do controle e da prevenção dos riscos, principalmente, no tocante ao Direito Penal Econômico, voltado para o aspecto preventivo do *compliance*.

Assim, trata-se de um termo que deriva "do verbo em inglês "*to comply*", possuindo o significado de "cumprir", "estar de acordo". É uma prática empresarial que impõe padrões internos para o cumprimento de normas, observância de leis e diretrizes nacionais e internacionais" (LIMA, GULARTE, 2017, p. 119-145).

No *compliance* ocorre um "sistema de autorregulação adotado por organizações empresariais, normalmente, é composto por um programa de *compliance* para detectar operações suspeitas e encaminhá-las à supervisão da instituição financeira" (LIMA, GULARTE, 2017, p. 119-145).

Além disso, a normativa que orienta a matéria da ética negocial nem sempre foi clara e precisa, uma vez que "as práticas de *compliance* são frequentemente reduzidas a mera formalidade para atender a exigências de autoridades públicas reguladoras ou fiscalizadoras" (SAAD-DINIZ, 2019, p. 125). Deste modo, as primeiras técnicas empregadas, "senão meramente profiláticas, não passavam, no mais das vezes, de re-

ações protocolares e contingentes a escândalos corporativos. Até hoje, é comum encontrar referências genéricas e críticas superficiais à autorregulamentação" (SAAD-DINIZ, 2019, p. 125), responsáveis diretas por esse desenvolvimento histórico incipiente do compliance.

O surgimento do *compliance* decorre do fato de que a "sociedade do século XXI impõe a existência de Empresas confiáveis: fidelização do cliente, serviços de qualidade, investidores, de modo que é necessária a implantação de códigos de ética, de conduta, padrões de integridade" (LIMA, GULARTE, 2017, p. 119-145). Nessa vertente, "ser ético é agir voluntariamente com padrões morais. Já o *compliance* é a observância de regras e condutas para agir em conformidade com a lei" (LIMA, GULARTE, 2017, p. 119-145).

As origens do *compliance* jazem no cenário norte-americano, por intermédio da FCPA (*Foreign corrupt pratic* Act – 1977), em decorrência do combate à corrupção:

> Os EUA foram o primeiro país a se comprometer com o combate à corrupção. A FCPA é fruto do escândalo do pagamento de propina pela Empresa de Aeronaves *Lockheed Aircraft Corporation* a funcionários públicos de vários países na época da Guerra Fria. A FCPA é aplicável às Empresas americanas e Empresas que queiram se relacionar com os EUA.
> LEI *SARBANES – OXLEY* (*Sarbanes – Oxley Act – SOX ou SARBOX*) – 2002: Lei americana que define práticas de boa governança corporativa e transparência na condução dos negócios (LIMA, GULARTE, 2017, p. 119-145).

No cenário pátrio, em caráter informativo, o fenômeno do *compliance* é relativamente recente, tendo ocorrido na última década, a partir de políticas corporativas eminentemente preventivas, voltadas para a detecção, apuração e reação às infrações econômicas (SAAD-DINIZ, 2019, p. 131).

> Imagine-se que estamos numa sociedade que quer ser saudável e manter-se saudável. As defesas do nosso organismo, da nossa sociedade, são, justamente, os agentes da *compliance*. Eles protegem o sistema financeiro, todos os sistemas orgânicos da nossa sociedade, de invasões de vírus – que são as práticas delituosas, especialmente, da criminalidade organizada e que acabam viciando o sistema. O objetivo do crime organizado é a infiltração, e são as barreiras orgânicas, isto é, o sistema de prevenção à lavagem de dinheiro, que a impedem (ARAS, 2011, p. 376).

De acordo com Eugene Soltes (2018, p. 966-978), nos últimos vinte e cinco anos ocorreu uma grande expansão dos programas de *compliance* em diversos setores do cenário corporativo através da introdução de novos processos e padrões operacionais, divisões financeiras, planos de marketing e de contabilidade. Essa expansão coincide com o grande aumento de investimentos no programa, ensejando na indústria do *compliance*, responsável, atualmente, por movimentar cifras multimilionárias. Para o autor, conceituam-se os programas de *compliance* a partir de três objetivos fundamentais: a prevenção de infração econômica, a detecção dessa infração e, por fim, o alinhamento à normativa regulatória.

Todavia, o conceito de Soltes "é um pouco mais dinâmico do que o convencional, recomenda a articulação de procedimentos que possam, por assim dizer, dar movimento ao programa, sobretudo conferindo-lhe maior capacidade de reação a situações suspeitas" (SAAD-DINIZ, 2019, p. 126), através da utilização de protocolos de conduta.

Já para Marc Engelhardt (2018, p. 2), os parâmetros regulatórios utilizados no conceito tradicional de *compliance* podem ostentar ou não uma natureza normativa, alcançando uma amplitude maior em convenções sociais ou diretrizes éticas de comportamento. Porém, segundo Saad-Diniz, Engelhardt "prefere diferenciar *compliance* (adesão ao parâmetro regulatório) e programa de *compliance*, que seria o método empregado para a implementação desta adesão" (SAAD-DINIZ, 2019, p. 131).

De modo mais técnico, o *compliance* se refere às estruturas utilizadas na organização empresarial para que ocorra a detecção, apuração e reação, visando o incremento da prevenção e da redução das infrações econômicas na atividade empresarial (SAAD-DINIZ, 2019, p. 125).

Entretanto, para que seja possível determinar um conceito de *compliance* é cogente observar a perspectiva do momento em que ocorre, pois pode ser negativo, positivo ou de governança, risco e *compliance* (GRC). Nesse primeiro momento, o conceito é puramente negativo, uma vez que o parâmetro utilizado é voltado de acordo com a infração econômica que havia ocorrido e as possibilidades de resposta a ela diante do comportamento desviante, é o criminal *compliance*, atuante na defesa e na contenção das investigações por parte de reguladores e fiscalizadores (SAAD-DINIZ, 2019, p. 131-132). Posteriormente, já no momento positivo, foram introduzidas preocupações com a valoração de integridade, somando ao conceito de *compliance* noções referentes ao comportamento pró-social e à cultura empresarial.

Apesar disso, recentemente ocorreram os primeiros modelos internacionais que integram as funções de governança, risco e compliance

(GRC), de modo que, a partir delas, projetam-se estratégias de aperfeiçoamento aos negócios e buscam-se oportunidades através de comportamentos éticos (SAAD-DINIZ, 2019, p. 131-132).

De tal forma, a governança corporativa ganha espaço, principalmente através da prestação de contas, uma vez que "é a partir dela que se pode realizar uma autoavaliação consistente da métrica de efetividade dos programas de *compliance*" (SAAD-DINIZ, 2019, p. 137). Ou seja, com a autoavaliação, as empresas podem utilizar-se das ferramentas de "*compliance* para exercer liderança no mercado e dar o exemplo de que é possível confiar na autoavaliação privada, conferindo-lhe às organizações empresariais a capacidade de interlocução crítica com autoridades públicas reguladoras e fiscalizadoras" (SAAD-DINIZ, 2019, p. 137).

Ainda, destaca-se a utilização do a*ccountability*, mecanismo onde se operam informações referentes às preferências e aos valores que circulam na "organização empresarial e é, em últimas circunstâncias, a pedra de toque do controle social do fluxo de informações nos negócios, em torno da qual se estrutura normativamente a tolerância a certos níveis de liberdade de ação empresarial" (SAAD-DINIZ, 2019, p. 137).

Em que pese, "potencialmente, oferecer um novo modelo de mercado, as teses de governança corporativa têm demonstrado rendimento cada vez mais insatisfatório" (SAAD-DINIZ, 2019, p. 141-142). Outrossim, os cursos que versam sobre a GRC, embora cada vez mais recorrentes, deixam a desejar, pois, geralmente, apresentam conceitos básicos, expositivos e aleatórios, de modo desarticulado, abordando questões "sobre equidade, lealdade na concorrência, transparência, publicidade, prestação de contas e responsabilidade social corporativa" (SAAD-DINIZ, 2019, p. 142).

O grande problema da governança corporativa habita na abordagem vaga, "distante da experimentação sobre as reais possibilidades de sua implementação no mundo corporativo" (SAAD-DINIZ, 2019, p. 142). Todavia, ela, interessa tão somente "na medida de sua demonstrável interação funcional com o risco e *compliance*, discriminando cientificamente como seus instrumentos repercutem ou não nos resultados de efetividade do programa de *compliance*" (SAAD-DINIZ, 2019, p. 142). Em resumo, mesmo com todos os problemas supramencionados, a governança corporativa possui notável importância para os programas de *compliance*, já que o risco está intrinsicamente ligado ao sucesso do programa.

Sobre o risco, destaca-se que o mesmo advém da relação existente entre o dano, o perigo e a exposição a este perigo, conforme já fora aduzido no início deste ensaio. Porém, o risco atuarial ou cálculo de probabilidade,

por sua vez, derivam de modulações estatísticas dependentes de variáveis comportamentais. Ademais, a própria "avaliação do risco tem sido utilizada para identificar os riscos de responsabilidade imputada à empresa e na empresa, variando de acordo com a jurisdição, o setor da indústria, e a ampla diversidade de instrumentos regulatórios" (SAAD-DINIZ, 2019, p. 143) de acordo com a atividade empresarial desempenhada.

Portanto, a avaliação de risco consiste no elemento central da consultoria em *compliance*, porque é "a partir da análise de risco que se pode tomar conhecimento sobre as reais dimensões da organização, suas interações e as demandas concretas de aperfeiçoamento na gestão" (SAAD-DINIZ, 2019, p. 145).

Em outras palavras, "sem a avaliação de risco, o programa equivale à prescrição médica sem diagnóstico. É a avaliação de risco que confere ao programa a especificidade necessária para realizar os seus valores e atingir os seus objetivos" (SAAD-DINIZ, 2019, p. 145). De modo abreviado, sem que ocorra uma avaliação adequada dos riscos, não é possível realizar um programa de *compliance* de modo sério e eficaz, pois este adentrará em terreno desconhecido, ficando adstrito a meros conceitos vagos.

3. CRIMINOLOGIA ECONÔMICA

Segundo Eugenio Raúl Zaffaroni, "o agora *criminal compliance* é uma espécie do *Compliance Program* que pretende que as pessoas jurídicas previnam a prática de crimes por parte de seus sócios, agentes e representantes, evitando sanções que possam prejudicá-las" (ZAFFARONI, SANTOS, 2020, p. 79).

No entanto, "o Direito Penal vinculado a percepções de *criminal compliance* não pode, de forma alguma, ser confundido simplesmente com uma percepção de Direito Penal individual. As premissas são diferentes e o seu desenrolar é diverso" (SILVEIRA, 2017, p. 31-52).

Desta forma, nota-se que a matéria encontra-se situada no campo da criminologia economia, sendo necessário mencionar que o controle desta está diretamente ligado ao conhecimento dos programas de *compliance*. Ou seja, é a partir da criminologia econômica "que se adquire a solidez na individualização dos agentes, dimensões do dano, processos de vitimização, bem como em que medida se pode falar em efeito intimidatórios (*deterrence*) ou preventivo" (SAAD-DINIZ, 2019, p. 110), avaliando as diretrizes de enfrentamento, políticas regulatórias e iniciativas

corporativas. Ademais, por intermédio da criminologia é que são reconhecidas as justificações morais e a orientação do comportamento ético a serem trabalhados na educação executiva (SAAD-DINIZ, 2019, p. 110).

Aprofundando o ensaio, percebe-se através da lição de Alessandro Baratta que "*el fenómeno de la expansión del momento penal em cuanto soporte integrador del derecho y de la actividad administrativa del Estado, el fenómeno así llamado de la "administrativización" del derecho penal*" (BARATTA, 2004, p. 11).

Essa administrativização do Direito Penal "*corresponde a una real y auténtica transformación del sistema y de la función del derecho penal*" (BARATTA, 2004, p. 11). No entendimento do autor italiano, a disciplina penal constitui, na maioria das vezes, um dos elementos que integram cada vez mais os numerosos setores da disciplina jurídica, reguladores da intervenção estatal na atividade privada em campos como a saúde, a construção civil e a economia em geral. A referida administrativização do Direito Penal conduziu para que fossem considerados totalmente inadequados conceitos tradicionais que caracterizam os sistemas penais, "*conceptos como los de bien jurídico y del carácter subsidiario del derecho penal, que anteriormente bien podían constituir los criterios para una contención funcional y cuantitativa de la reacción punitiva*" (BARATTA, 2004, p. 11).

Na visão de Jesús-María Silva Sánchez, na medida em que o Direito Penal "*incorpora mecanismos de aseguramiento cognitivo, encaminados a neutralizar fácticamente (y no comunicativamente) el fenómeno delictivo, se «administrativiza»*"(SILVA-SANCHÉZ, 2001, p. 142). Ocorrendo, de fato, uma "*tercera dimensión de la administrativización del Derecho penal: el redescubrimiento de la inocuización*" (SILVA-SANCHÉZ, 2001, p. 142), remetendo à teoria punitiva do alemão Franz Von Liszt aplicada aos delinquentes incorrigíveis.

Para Von Liszt, uma das três finalidades da "«pena funcional» en términos preventivo-especiales *(Zweckstrafe): la intimidación individual se dirigía al delincuente ocasional; la resocialización, al delincuente reiterado corregible; y la inocuización, al delincuente de estado incorregible*" (LISZT apud SILVA-SANCHÉZ, 2001, p. 142).

Não obstante, através do estudo da criminologia economia é possível verificar os fatores e motivações determinantes para este tipo de criminalidade, podendo ser decisiva no desenvolvimento de métodos para a detecção e diminuição das infrações econômicas (SAAD-DINIZ, 2019, p. 112).

A criminalidade empresarial apresenta um modelo diverso da criminalidade tradicional, em outras palavras, o comportamento des-

viante convencional é diverso do ocupacional, na medida em que "a criminalidade ocupacional não desrespeita o ordenamento jurídico e as regras de convivência social, muito pelo contrário. É "bom pai de família", respeita as regras de trânsito, comumente não se envolve em conflitos de violência doméstica, não sai armado a saquear nas ruas, não obstante, quando se encontra em estrutura organizacional, converte-se em sonegador de impostos, evasor de divisas, lavador de dinheiro. [...] o "criminoso respeitável" (*respectable criminal*) é a elite do crime, são indivíduos de maior reputação na sociedade. Posteriormente, comprovou-se que a criminalidade provocada pelos indivíduos respeitáveis era superior a todos os demais crimes juntos" (SAAD-DINIZ, 2019, p. 113).

Igualmente, "o crime de colarinho branco deriva de interação com valores antissociais e padrões de comportamento criminoso aprendidos nas organizações empresariais" (SAAD-DINIZ, 2019, p. 113). A ideia de ausência de indignação moral existente na criminalidade corporativa (macrocriminalidade) representa um verdadeiro paradoxo à indignação causada no tocante à criminalidade das ruas, do criminoso tradicional, do assaltante, do homicida, etc. De tal modo, "essa diferença repercute, sensivelmente, na alocação de recursos e priorização político-criminal por parte do sistema de justiça criminal e nas assimetrias entre investimentos públicos e provados de *compliance*" (SAAD-DINIZ, 2019, p. 116).

A combinação de esforços entre a criminologia econômica e a ética negocial pode resultar em poderosas estratégias no combate à criminalidade econômica, uma vez que com a convergência de empresas e indivíduos, devidamente alinhados no aperfeiçoamento da cultura organizacional com a introdução de padrões internacionais e de melhores práticas gestacionais, pode-se, ao menos, vislumbrar, a diminuição ou, até mesmo, a prevenção da delinquência econômica (SAAD-DINIZ, 2019, p. 117).

Gradualmente, o estudo da criminalidade na empresa (crimes do colarinho branco) migrou para a investigação da criminalidade da empresa. Esse movimento deve-se, em grande parte, à extraterritorialidade da FCPA norte-americana, o que fez com que ocorresse uma dinamização no mercado brasileiro, sobretudo, nas consultorias de *compliance*, já que os dirigentes das empresas nacionais não estavam mais confortáveis com os riscos das suas atividades (SAAD-DINIZ, 2019, p. 120-121).

James W. Coleman (1985, 180-188) alude que nos crimes de colarinho branco ocorre um privilégio na própria configuração da justiça criminal, principalmente na insuficiência de aplicação dos parâmetros necessários para o enfrentamento, a exemplo: da baixa alocação de recur-

sos para o sistema de justiça criminal (o crime não é violento); da política legislativa favorável à elite criminal; da escassez de recursos; do privilégio econômico na contratação da defesa; do tratamento favorecido que as empresas possuem em relação aos indivíduos; das técnicas de obstrução da justiça, tornando os casos complexos, de difícil elucidação; e, por fim, da corrupção das autoridades públicas.

Ainda, vale destacar a figura de John Braithwaite (1989, p. 333-358), por ter sido o pioneiro no estudo específico da criminologia corporativa, tendo realizado ensaios com base nas teorias da tensão, do etiquetamento e das subculturas de resistência.

Em suma, "uma criminologia econômica eminentemente brasileira deve atuar no enfrentamento da relação incestuosa entre empresa e autoritarismo, entre marginalização da criminalidade de ruas, indiferença com a criminalidade corporativa e o fanatismo moral" (SAAD-DINIZ, 2019, p. 125) de campanhas, fundamentalmente, calcadas em limpezas éticas.

Portanto, deve ocorrer uma autorregulamentação através do criminal *compliance*, pugnando, sobretudo, a integridade e a ética dos negócios através do das ferramentas proporcionadas pelo *compliance*, evitando-se, assim, que ocorram delitos no âmbito da empresarial.

4. ÉTICA E RESPONSABILIZAÇÃO PENAL

Assunto de notável relevância, a ética apresenta-se como ponto nevrálgico para o êxito dos programas de *compliance* no âmbito do Direito Penal Econômico. Apesar disso, ela deve vir acompanhada de um código de condutas, o qual potencializará a gestão comportamental na atividade empresarial.

Os códigos de condutas são instrumentos "*a través de los cuales se plasman normas de comportamiento para el buen funcionamento de instituciones privadas o públicas. Por lo general, los códigos son adoptados de manera voluntaria por empresas privadas*" (NAVAS MONDACA, 2013, p. 112-113).

Nada obstante, na maioria das vezes, tratam-se de códigos que constituem mecanismos para incorporar direitos laborais, humanos e do meio ambiente ao modelo de negócio praticado. Porém, na verdade, os códigos de condutas deveriam conter, imprescindivelmente, elementos versando sobre conteúdos referentes a soluções para conflitos de interesses; corrupção; competência; observância dos Direitos Humanos; ética e proteção contra a discriminação; confidencialidade e proteção de dados;

contabilidade; abuso de informação privilegiada; segurança no tratamento da informação; *compliance* do Direito ao meio ambiente e das normas de proteção à saúde; normas de funcionamento do governo corporativo; a função da junta diretiva; e, por fim, as responsabilidades dos empresários e os direitos dos clientes (NAVAS MONDACA, 2013, p. 119-120).

Os códigos de condutas estão diretamente relacionados ao Direito Penal Econômico, em concreto, com a responsabilidade penal das pessoas jurídicas. A existência de programas de prevenção de delitos ou programas de cumprimento (*compliance*), que atenuam ou eximem a responsabilidade penal das pessoas jurídicas pelos delitos cometidos em seu proveito por intermédio de pessoas físicas, contém ou deveriam conter um código de conduta como elemento principal do sistema de prevenção, o qual deveria ser a pedra fundamental na construção dos programas de *compliance*, os quais refletiriam as normas e os valores que dão lugar a uma cultura de *compliance* por parte da empresa (NAVAS MONDACA, 2013, p. 122).

Destarte, "*en cualquier caso los códigos de conducta se presentan como instrumentos perfectamente idóneos para integrar un sistema de prevención o cumplimiento*" (NAVAS MONDACA, 2013, p. 122), justamente porque "*constiuyen herramientas adecuadas para el estabelecimiento de una cultura empresarial ética de la empresa, que busque consecuencias legales como la responsabilidad en los distintos ámbitos del Derecho*" (NAVAS MONDACA, 2013, p. 125) através das diretrizes de uma boa governança corporativa.

Em síntese, com a existência de programas de *compliance* para a prevenção de condutas ilícitas, espécie de "torre de vigia" (ARAS, 2011, p. 376), e com um código de conduta bem elaborado, é possível evitar ou atenuar tanto a responsabilidade penal da pessoa jurídica, como diminuir o dano que um processo penal causaria à imagem da empresa, atenuando, até mesmo, a opinião pública acerca do fato (NAVAS MONDACA, 2013, p. 126).

Ademais, em regra, "*tanto el deber como la capacidad de actuar del compliance officer están orientados a informar sobre el delito, pero no a tomar medidas em contra de este o a evitarlo (aunque ello sea físicamente posible)*" (PRITTWITZ, 2013, p. 216).

No destacado modelo espanhol de responsabilização penal das pessoas jurídicas, o qual se encontra fundamentado em ideias bem conectadas entre si, leva-se em consideração a atuação dos órgãos de vigilância da empresa e o defeito no controle ocorrido, uma vez que: "*si la persona jurídica ha desarrollado unas tareas de vigilancia, supervisión y control sobre las personas a su servicio para prevenir que persigan la consecución de objetivos sociales mediante la comisión de delitos*" (GÓMEZ-ALLER, 2018, p.

145), consequentemente, "*estas conductas criminales quedará exenta de responsabilidad, aunque alguien a su servicio hubiese podido eludir sus controles y cometer un delito en beneficio de la entidad*" (GÓMEZ-ALLER, 2018, p. 145), pois ocorreu uma conduta preventiva por parte da pessoa jurídica que foi diligente ao buscar a prevenção de delitos.

Ponto importante acerca da responsabilização penal da pessoa jurídica habita na eventual posição de garantidor desempenhada por intermédio de seus órgãos de direção. Sobre o tema, é mister mencionar que o cumprimento deste dever de "*garante se produce mediante la adopción de mecanismos de vigilancia sobre los cursos o procesos propios de la actividad empresarial que pueden entrañar peligros para terceros, incluyendo los provocados por subordinados*" (PLANAS, 2013, p. 323). Por conseguinte, esse dever incumbe primeiramente à direção da empresa (órgão de administração) que, ao assumir a direção e o controle da mesma, assume, também, o dever de evitar os perigos que dela decorram. Num segundo momento, em caso de delegação de funções, "*el delegado podrá incurrir en responsabilidad penal si el daño Ilega a explicarse como una desviación puramente personal del potencial delictivo que le ofrece la empresa*" (PLANAS, 2013, p. 322-323).

Entretanto, para Vladmir Aras (2011, p. 378), se o modelo de *compliance* implementado não funcionar ou falhar e, em decorrência disso, ocorrer, por exemplo, um crime de lavagem de dinheiro. Segundo o autor, nessa hipótese, os agentes de *compliance* poderiam ser diretamente responsabilizados pela prática do delito, na modalidade omissão imprópria prevista no artigo 13, §2º do Código Penal de 1940 (BRASIL). O autor justifica a situação, pois estaríamos diante de um descumprimento do dever de evitar o crime por parte do *compliance* que assume a posição de garantidor de que o sistema vai funcionar, respondendo, desta forma, os agentes de *compliance* tanto na condição de coautores, como na de partícipes do crime de lavagem.

> Observe-se, a propósito, a norma do art. 13, § 2º, do Código Penal que trata da responsabilidade penal por omissão. Esta é penalmente relevante quando o agente tem por lei o dever de impedir o resultado. É a questão dos crimes omissivos impróprios. Se o agente, aqui na qualidade de garantidor, que tem, por lei, a obrigação de conhecer, registrar e reportar a operação suspeita e calar em relação ao cliente, assim não o faz, poderá ser responsabilizado por omissão na *compliance*. O dolo dessa conduta pode ser extraído a partir do texto das Convenções de Mérida e de Palermo, que per-

> mitem identificar uma série de circunstâncias factuais objetivas e, daí, inferir o dolo, ao menos na linha do nosso dolo eventual. Um critério importante é o das bandeiras vermelhas (*red flags*), que são condutas concretas que apontam o risco de *compliance*, além de paradigmas de suspeição.
> O descumprimento do dever de *cumplimiento* pode redundar na deflagração de uma ação penal contra os agentes, como pessoas físicas, bem como repercutir na responsabilização civil dos bancos ou das pessoas jurídicas em geral que se encaixam nesse modelo de sujeitos obrigados. Essa responsabilidade civil dos sujeitos obrigados, por violação do dever de *compliance*, não é novidade alguma, porque se encontra em conformidade com a teoria de responsabilidade civil. Nos EUA, não é incomum ver bancos firmarem termos de ajustamento de conduta, com reparações pecuniárias, após a identificação de falhas de *compliance* (2011, p. 378).

Na mesma vertente, cabe assinalar que "a posição de garante do responsável pelo gerenciamento pelo programa de *compliance* se fundamenta na delegação de uma parte das funções de vigilância e controle (que se refere à obtenção de informação) próprias do órgão executivo" (CARVALHO; ANDRADE, 2016, p. 184-211). Desta forma, "embora haja a carência das faculdades de decisão e execução a respeito, o descumprimento daquelas atribuições acabará por repercutir na impossibilidade de atuação escorreita de quem possua o poder decisório corporativo" (CARVALHO; ANDRADE, 2016, p. 184-211).

> "[...] o fundamento material da posição de garante do *compliance officer* no desempenho de uma função voltada para a prevenção de resultados. Além desse substrato, a imputação de um delito comissivo por omissão dependerá da constatação de outros elementos, a saber, de uma omissão e de um resultado – vinculados por um nexo de evitação -, além de um dever e da possibilidade de agir no caso concreto" (CARVALHO; ANDRADE, 2016, p. 184-211).

Segundo Zaffaroni, "esses programas de cuidado penal têm altos custos de implementação, o que na prática impede que pequenas e médias empresas – principalmente de capital local – os desenvolvam, tornando-se um privilégio de grandes corporações" (ZAFFARONI, SANTOS, 2020, p. 79), a exemplo das corporações transnacionais/multinacionais.

Ainda, sobre a responsabilização por omissão imprópria, de acordo com a doutrina do Professor Raúl Cervini, deve ser verificada, cuida-

dosamente, a situação em que o paciente cumpre "*con los requisitos para ingresar a una posición de garante: integrando el círculo en que se produce el dominio del hecho, encontrándose dotado de completo conocimiento del mismo y dotado de las potestades para impedirlo*" (CERVINI, 2016, p. 646-655).

> *"Para la punibilidad de los delitos impropios de omisión, esto significa que ella sólo puede tener lugar cuando el omitente no contiene a aquellas fuerzas causales de la lesión de un bien jurídico que con su promesa de evitar el resultado provocó, esto es, cuando renuncia a su voluntad de enfrentar el peligro*" (RUDOLPHI, 1966, p. 17).

Com efeito, existem muitas razões para afirmar que o *compliance officer* pode cumprir muito melhor suas tarefas, em especial, suas tarefas preventivas, supostamente prioritárias, "*si queda ampliamente exonerado de riesgos de punibilidad tanto en lo referente a los empleados de la empresa cuyo comportamiento conforme a las reglas ha de garantizar, como también y sobre todo en lo referente a su propria*" (PRITTWITZ, 2013, p. 217) pessoa.

Talvez, com o emprego da Inteligência Artificial (IA), o chamado *compliance* inteligente, as ações de controle preventivo gozem de maior eficácia, já que através das ferramentas da IE e do *machine learning* na ocorreria uma otimização do *compliance* na análise meritória de informações:

> Técnicas como o *machine learning* e o *analytics* em *big data* são conceitos que podem ser utilizados para a otimização do exercício do controle externo e dos mecanismos de *compliance*. São técnicas extremamente avançadas, que usam sistemas de IA. Tais ferramentas já estão sendo utilizadas por diversos governos e empresas ao redor do mundo, com o intuito de otimizar as atividades públicas e privadas. O governo dos Estados Unidos, por exemplo, utilizou a técnica de análise de dados (*analytics*) para o combate a fraudes fiscais (ISHIKAWA; ALENCAR, 2020, p. 83-98).

No dizer de Zaffaroni, a existência "do criminal *compliance* na corporação adquire relevância criminal direta no caso de cometimento de algum crime empresarial, pois influencia os critérios de imputação, uma vez que é considerado um indício de máximo cuidado preventivo" (ZAFFARONI, SANTOS, 2020, p. 79). Consequentemente, "as corporações têm a seu favor um elemento processual que reduz sua vulnerabilidade à criminalização, que, devido ao seu custo, não pode ser acessado

por empresas menores" (ZAFFARONI, SANTOS, 2020, p. 79), causando um paradoxo a depender do tamanho da empresa.

Portanto, "na verdade, o criminal *compliance* não deixa de ser um assessoramento para as corporações deslizarem pelas bordas dos tipos penais, sem cair nelas" (ZAFFARONI, SANTOS, 2020, p. 79).

Em outras palavras, um *modus operandi* que trabalha no limite do *jus puniendi* enxergando o *fumus comissi delicti*, todavia, com o odor do *fumus boni juris*.

5. CONCLUSÃO

Fundamentalmente, com a realização deste ensaio, não há como negar-se que a nossa sociedade contemporânea apresenta-se como uma sociedade de riscos, caracterizada por uma forte insegurança decorrente de seu rápido desenvolvimento socioeconômico. Inegavelmente, estamos lidando com riscos, outrora, desconhecidos.

Deste modo, a gestão dos riscos tornou-se uma árdua tarefa para o manejo da atividade empresarial, já que com a expansão do Direito Penal (Direito Penal Econômico) a criminalidade dos poderosos, dos sujeitos de colarinho em branco restou em evidência, ou seja, o Direito Penal ampliou a sua margem de atuação, ultrapassando a barreira do criminoso individual, passando a incidir na criminalidade econômica, empresarial, na macrocriminalidade.

Pensando nisso, as empresas, sobretudo, as grandes corporações, passaram a utilizar programas de *compliance* para realizar a gestão dos riscos de suas atividades, na tentativa de evitar incidirem em práticas delitivas.

Entretanto, para que o programa de *compliance* venha a obter êxito, é necessário que ocorra uma avaliação adequada dos riscos desempenhados pela atividade empresarial, impedindo que esta ultrapasse os limites traçados, atuando, em estrita legalidade.

Ademais, apenas a figura do programa de *compliance* não é suficiente para evitar à ocorrência de delitos no âmbito do Direito Penal Econômico, uma vez que este deve estar acompanhado de um código de condutas que deve funcionar como alicerce fundamental do referido programa, à medida que este espelha as normas e os valores onde o *compliance* vai atuar no âmbito interno da empresa.

Observa-se que a atuação do *compliance* empresarial deve ocorrer de modo oportuno e preventivo, pugnando detectar, apurar e reagir às potenciais/eventuais práticas delitivas.

Portanto, ao adotar o *compliance* com a introdução de mecanismos de vigilância buscando evitar a ocorrência de delitos, por dedução, ocorre uma diminuição dos riscos, já que a empresa estará, em tese, mais protegida (a depender da eficácia do programa de *compliance* introduzido). Porém, em regra, essa obrigação de evitar a ocorrência de crimes não provém do programa de *compliance*, mas, sim, da posição de garantidor que a direção da empresa ou o funcionário delegado ostentará, variando de acordo com o caso concreto.

Apesar disso, se, em decorrência de uma falha ou ineficácia do programa de compliance a empresa vir a incorrer na prática de crimes, a exemplo do aludido crime de lavagem de dinheiro, os agentes do compliance responderão pelo delito a título de omissão imprópria, nos termos do artigo 13, §2º do Código Penal de 1940, na medida em que estes assumiram a posição de garantidor da eficácia do programa, respondendo, assim, na condição de coautores e/ou participes.

Logo, existindo um dever de evitar a ocorrência do crime, a responsabilidade do compliance *officer* vai depender do caso concreto. Dito de outro modo, se, porventura, mesmo com o sistema de compliance funcionando adequadamente a empresa venha a cometer algum delito que esteja aquém do alcance do *compliance officer*, este não poderá ser responsabilizado.

No entanto, a situação mudaria completamente, se o crime tivesse ocorrido em decorrência de uma falha ou ineficácia exclusiva do programa de *compliance*, a exemplo da não detecção de uma movimentação financeira suspeita. Nesse caso, o *compliance* assume a posição de garantidor, podendo os agentes responsáveis pelo programa responder pelo delito na modalidade omissão imprópria, conforme previsão expressa no artigo 13, §2º do Código Penal de 1940, já que assumiram a posição de garantidor da eficácia do programa assegurando a empresa.

Feitas estas considerações, nos limites estreitos deste ensaio, é possível cotejar que a presença do criminal *compliance* repercute, diretamente, quando do cometimento de algum crime empresarial, já que poderia influir nos critérios de imputação, sobretudo, por considerar que a empresa adotou os cuidados preventivos adequados para evitar a prática delitiva.

Por fim, com a figura do criminal *compliance* a empresa trabalha por intermédio de um *modus operandi* que caminha na fronteira do *jus puniendi* avistando o *fumus comissi delicti*, contudo, com o aroma do *fumus boni juris*.

REFERÊNCIAS

ARAS, Vladmir. As controvérsias da Lei n. 9.613/1998 (Lavagem de Dinheiro). *In*: **Inovações no direito penal econômico: contribuições criminológicas, político-criminais e dogmáticas**. SOUZA, Artur de Brito Gueiros (Organizador), Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União, 2011.

BARATTA, Alessandro. ***Criminología y Sistema Penal:*** *Compilación in memoriam*. Buenos Aires, Argentina: Euros Editores S.R.L., 2004.

BECK, Ulrich. ***Living in the world risk society. Economy and Society***, Londres, UK, v. 35, n. 3, 2006.

BIDASOLO, Mirentxu Corcoy. *Limites objetivos y subjetivos a la intervención penal en el control de riesgos*. *In*: MARTÍN, Victor Gomez; BIDASOLO, Mirentxu Corcoy; PUIG, Santiago Mir (org.). ***La política criminal en Europa***. Barcelona, Espanha: Atelier Penal, [199-].

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes de perigo abstrato e princípio da precaução da sociedade de risco**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

BRAITHWAITE, John. *Criminological theory and organizational crime*. *In*: ***Criminological Theory***, 6/1989.

BRASIL. **LEI Nº 2.848, DE 07 DE DEZEMBRO DE 1940** (Código Penal). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acessado em: 26/04/2021.

CARVALHO, Érika Mendes de; ANDRADE, Andressa Paula de. Compliance e Direito Penal do Ambiente: reflexões e propostas. *In*: **Controvérsias Criminais**: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia, Vol. 2. (Estudos em homenagem ao Professor Doutor Edmundo S. Hendler). Jaraguá do Sul: Editora Mundo Acadêmico, 2016.

CERVINI, Raúl. *La imputación por omisión impropria en el art. 4 de Ley 7492/86*. *In*: **Controvérsias Criminais**: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia, Vol. 2. (Estudos em homenagem ao Professor Doutor Edmundo S. Hendler). Jaraguá do Sul: Editora Mundo Acadêmico, 2016.

COLEMAN, James W. ***The criminal elite: the sociology white collar crime***. Nova York, EUA: St. Martin's, 1985.

ENGELHARDT, Marc. ***The nature and basic problems of compliance regimes – Beiträge zum Sicherheitsrecht***. Freiburg, Alemanha: Max Planck, 2018.

GIDDENS, Anthony. **As consequências da modernidade**. São Paulo: Unesp, 1991.

GÓMEZ-ALLER, Jacobo Dopico. Responsabilidade Penal de las personas jurídicas. *In*: BARRANCO, Norberto J. de la Mata; GÓMEZ-ALLER, Jacobo Dopico; SÁNCHEZ, Juan Antonio Lascuraín; MARTÍN, Adán Nieto. **Derecho Penal Económico y de La Empresa**. Madrid, Espanha: Dykinson, 2018.

ISHIKAWA, Lauro; ALENCAR, Alisson Carvalho de. *Compliance* inteligente: o uso da inteligência artificial na integridade das contratações públicas. **Revista de Informação Legislativa**: RIL, Brasília, DF, v. 57, n. 225, p. 83-98, jan./mar. 2020. Disponível em: http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/57/225/ril_v57_n225_p83. Acesso em: 24/04/2021.

LEAL, Rogério Gesta. **O Direito Penal e Processual Penal na Sociedade de Riscos: aspectos teóricos e pragmáticos (estudos de casos)**. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020.

LIMA, Vinicius de Melo Lima; GULARTE, Caroline de Melo Lima. Compliance e prevenção ao crime de lavagem de dinheiro. *In*: **Revista do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul**. Porto Alegre, nº 82, 2017 (jan. – abr.), p. 119-145. Disponível em: http://www.amprs.com.br/revista-do-mp/edicao/77. Acessado em: 16/04/2021.

LISZT, Franz Von apud SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. ***La expansión del Derecho Penal: Aspectos de la política criminal em las sociedades postindustriales***. Madrid, Espanha: Civitas Ediciones, S.L., 2001.

NAVAS MONDACA, Iván. *Los Códigos de conducta y el Derecho penal económico. In:* ***Criminalidad de empresa y compliance***. SÁNCHEZ, Jesús María Silva (Director), Barcelona, Espanha: Atelier, 2013.

PLANAS, Ricardo Robles. El responsable de cumplimiento (compliance officer) ante el derecho penal. *In*: ***Criminalidad de empresa y compliance***. SÁNCHEZ, Jesús María Silva (Director), Barcelona, Espanha: Atelier, 2013.

PRITTWITZ, Cornelius. *La posición jurídica (em especial, posición de garante) de los compliance officers*. *In*: ***Compliance y teoria del derecho penal***. KUHLEN, Lothar; MONTIEL, Juán Pablo; GIMENO, Iñigo de Ortiz Urbina (Directores). Barcelona, Espanha: Marcial Pons, 2013.

ROMA, Rodrigo da Silva. **Sociedade de risco e bens jurídico-penais transindividuais**: argumentos favoráveis à legitimação no contexto social complexo. Rio de Janeiro: Gramma, 2017.

RUDOLPHI, Hans Joachim. ***Die Gleichstellungsproblematik der unechten Unterlassungskelikte und der Gedanke der Ingerenz*** *(La problemática de la equiparación en los delitos impropios de omisión y el concepto de ingerencia)*, Göttingen, Alemanha: Otto Schwartz & Co., 1966.

SAAD-DINIZ, Eduardo. *Ética negocial e compliance:* **entre a educação executiva e a interpretação judicial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. ***La expansión del Derecho Penal****: aspectos de la política criminal em las sociedades postindustriales*. Madrid, Espanha: Civitas Ediciones, 2001.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. ***Compliance*** **e direito penal na era pós-lava jato**. Revista dos Tribunais | vol. 979/2017 | p. 31 - 52 | Maio / 2017, DTR\2017\1045.

SOLTES, Eugene. *Evaluating the effectiveness of corporate compliance programs: establishing a model for prosecutors, courts, and firms. NYU Journal of Law & Business*, 14/2018.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; SANTOS, Ílison Dias dos. **A nova crítica criminológica: criminologia em tempos de totalitarismo financeiro**. Tradução: Rodrigo Murad do Prado. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020.

O PROTAGONISMO DO ADVOGADO E OS EFEITOS POSITIVOS DE UMA ARGUMENTAÇÃO RACIONAL SOBRE A TOMADA DE DECISÃO EM UMA CONCEPÇÃO REALISTA DO DIREITO

Ricardo Tonon Lourenço[1]

Resumo: O presente estudo irá propor uma breve reflexão histórico-conceitual do realismo jurídico e seus efeitos, a fim de estabelecer a importância argumentativa dos advogados, enquanto agentes controladores de uma racionalidade possível de influenciar positivamente a tomada de decisão judicial. Serão analisadas as questões que delimitam os precedentes no contexto do processo civil atual, para uma melhor compreensão de suas consequências para solução das lides. Por fim, será proposta uma abordagem sobre o protagonismo do advogado, a fim de traçar os delineamentos racionais capazes de influir no acerto decisório, diante de uma visão crítica de uma pretensão utópica quanto à possibilidade de o juiz despir-se de sua subjetividade ao julgar.
Palavras-chave: Realismo. Argumentação. Fundamentação. Advogado. Subjetividade.

Abstract: The present study will propose a brief historical-conceptual reflection of legal realism and its effects, in order to establish the argumentative importance of lawyers, as controlling agents of a rationality possible to positively influence judicial decision-making. The issues that set precedents in the context of the current civil process will be analyzed,

1 Mestrando da Fundação Escola Superior do Ministério Público. E-mail: lourenco.0302@hotmail.com

in order to better understand the consequences of precedents for resolving disputes. Finally, an approach on the role of the lawyer, in order to outline the rational designs capable of influencing the decision making, in view of a critical view of a utopian claim as to the possibility of the judge to undress his subjectivity when judging.
Key words: Realism. Argumentation. Rationale. Lawyer. Subjectivity.

METODOLOGIA

O artigo baseia-se em uma pesquisa qualitativa em sua abordagem, desenvolvida em pesquisa bibliográfica, tendo por base material já elaborado, constituído em especial de livros, artigos científicos e leis.

O método adotado será analítico, diante da necessidade de levantamento de referências já analisadas e publicadas, com enfoque descritivo e valorativo, tendo por premissa os fatos que determinam ou que contribuem para a ocorrência dos fenômenos.

1. INTRODUÇÃO

A prestação jurisdicional tem sido alvo de relevantes críticas, considerando uma suposta ausência de fundamentos legais nas decisões judiciais. É tarefa dos juízes resolver os conflitos, inexistindo a possibilidade de não darem solução jurídica aos casos concretos. A análise da tomada de decisão, diante de inegável complexidade dentro de um padrão adotado pelas cortes jurisdicionais, requer o cotejo das suposições e dilemas apresentados pelos críticos na atuação dos juízes, em especial na suposta utilização de justificações quando deveria haver fundamentações nas decisões. Um percurso entre o fato, a metodologia e a solução aplicada ao caso requer entendimento inicial sobre o realismo, sobre o papel dos advogados, sobre os efeitos dos precedentes jurisprudenciais e, em especial, o reconhecimento de que os juízes não são dotados da capacidade de se despirem de sua subjetividade ao julgar.

2. UMA BREVE REFLEXÃO HISTÓRICO-CONCEITUAL DO REALISMO JURÍDICO E OS EFEITOS DE UMA RACIONALIDADE POSSÍVEL DE INFLUENCIAR POSITIVAMENTE A TOMADA DE DECISÃO JUDICIAL

A participação do Poder Judiciário, de forma a interferir no processo democrático, enquanto instituição responsável por garantir os direitos fundamentais e, também, exercer o controle dos atos do poder público, tem sofrido substanciais transformações. O judiciário atua na resolução de conflitos entre pessoas, mas também exerce o controle das realizações normativas entre Estado e pessoas, a fim de que o Estado respeite as regras constitucionais, em observância aos limites impostos pelo respeito à dignidade da pessoa humana (ZAFFARONI, 1995).

O judiciário, na visão de Montesquieu (2000), remetia a um poder limitado à aplicação da lei aos casos concretos, sendo apenas instrumento do que determinava a norma estabelecida pelo legislador. A teoria de Montesquieu tinha por fundamento o princípio da supremacia da lei (CARVALHO, 2014).

O judiciário contemporâneo se apresenta muito além do que previa Montesquieu, pois expandiu em muito seu controle normativo. O judiciário inclusive passou a ser alvo de críticas sobre sua atuação. Para alguns[2], as decisões teriam implícitas a vontade de domínio, a irracionalidade e o arbítrio cerceador da autonomia dos indivíduos e da soberania popular, sob supostas ideias de garantia judicial de liberdades, com base na principiologia da interpretação constitucional (MAUS, 1989). Por outro lado, o poder executivo e o poder judiciário não estão apenas instituídos e não são apenas controlados conforme o Estado de Direito, estão também comprometidos com a democracia. O povo ativo elege seus representantes e destes resultam os textos das normas, estas são implementadas nas diferentes funções do aparelho do Estado (MULLER, 2003).

A forma de interpretar o Direito foi sofrendo transformações, sobretudo quanto à legitimação dos direitos fundamentais, tendo na his-

2 Sobre a matéria, ver a obra de Ingeborg Maus, que à luz do conceito psicanalítico de imago paterna, que se projeta na função de moralidade pública exercida pelo modelo judicial de decisão, examina a tradição da jurisprudência constitucional alemã, a fim de demonstrar que por trás de generosas ideias de garantia judicial de liberdades e da principiologia da interpretação constitucional podem esconder-se a vontade de domínio, a irracionalidade e o arbítrio cerceador da autonomia dos indivíduos e da soberania popular, constituindo-se como obstáculo a uma política constitucional libertadora.

tória recente da filosofia do Direito surgido um pensamento "realista", onde o realismo jurídico tem sido considerado como uma terceira teoria do Direito, junto como o jusnaturalismo e o positivismo jurídico (BELTRÁN; RATTI, 2011). Pode-se dizer, de forma sucinta, que o realismo jurídico é um movimento jusfilosófico que se desenvolveu inicialmente nos Estados Unidos, na primeira metade do Século XX. O realismo surge sob uma concepção de que o Direito é aquele constituído pelas normas efetivamente aplicadas pelos tribunais. O Direito seria assim uma permanente criação do juiz no momento em que decide uma controvérsia.

A teoria foi concebida a partir de duas correntes, norte-americana[3] e escandinava[4]. O realismo jurídico norte-americano, crítico do formalismo, do positivismo e do jusnaturalismo, tinha em sua mais imponente tese o fato de refutar o formalismo jurídico e a aplicação mecânica de leis e jurisprudências, que eram os principais componentes na resolução das lides judiciais na época (MALLMANN; ZAMBAM, 2020). Os adeptos da escola realista escandinava entendiam que as decisões jurídicas eram essencialmente arbitrárias, isto é, produto da vontade e não produto da razão (ATIENZA, 2006). O movimento realista, sob esta ótica, apresenta por objetivo alterar a forma como as sentenças judiciais são prolatadas, reformulando o modo como os magistrados da época conduziam e articulavam suas decisões. Em suma, para os realistas o julgador primeiro decide; depois vai a procura no sistema do fundamento textual de sua decisão (ADEODATO, 2009).

O realismo jurídico orientava que os julgamentos deveriam ser realizados de acordo com os fatos sociais, ou seja, a partir do caso concreto, e não somente baseado na aplicação dos textos legais. Para Brian Leiter (2002), existe um núcleo duro do realismo (*core claim*) que é compartilhado entre todos os realistas. Este núcleo seria a indeterminação do Direito e da racionalidade jurídica, o que significa que o Direito não é o único fator levado em consideração para uma decisão judicial, mas também, não há descrença total em relação ao Direito, tal como uma visão extremada poderia fazer crer.

O realismo jurídico se caracteriza por desconsiderar possível uma definição real de direito, e por uma oposição a qualquer tentativa

3 O realismo jurídico norte-americano tem na figura de Oliver Wendell Holmes Jr, Juiz da Suprema Corte dos Estados Unidos, o símbolo do pragmatismo em suas atuações perante os Tribunais.

4 O realismo jurídico escandinavo foi desenvolvido na chamada Escola de Uppsala e tem o filósofo dinamarquês Alf Ross como fundador e maior destaque.

de considerar a definição de direito como algo prévio à investigação do jurista e a qualquer tentativa de medir a correção metodológica de uma investigação no campo jurídico mediante a referência a uma definição formalista de direito (TARELLO, 2017). Nessa corrente evolucionista das teorias do direito, importante a contribuição sobre os modelos de tomada de decisão, a partir dos ensinamentos de Giovanni Tarello, que surgiu em Gênova por filósofos do Direito, que passou a ser conhecia como Escola Genovesa[5]. Para estes, o realismo estaria na contraposição habitual entre os modelos de tomada de decisão. É preciso um modelo que assegure a justiça no caso concreto, para tanto deve ocorrer uma integração entre os modelos, entre os modelos continentais e anglossaxões (BELTRÁN, 2011). Todas as teorias do Direito contemporâneo estão buscando uma justificação racional da interpretação. Para os realistas da escola genovesa, o Direito é o produto dos juízes mediante a interpretação das leis produzidas pelo parlamento (2011).

O realismo se apresenta como uma corrente de renovação da teoria do conhecimento jurídico, decorrente da influência das transformações sociais, culturais e econômicas, diante da necessidade de evolução do modelo tradicional do direito (ATIENZA, 2001). Os realistas estão de acordo que a lei e as razões jurídicas são racionalmente indeterminadas, razão pela qual os juízes decidem sobre os fatos além da lei (LEITER, 2012; LIEWELLYN, 2008).

Com efeito, o Direito Positivo não é capaz de conceder uma solução verídica ao caso concreto, não podendo adaptar-se plenamente às circunstâncias específicas e únicas que cada caso suscita. Implicitamente, a indeterminação da linguagem do Direito dá ao juiz a possibilidade de escolher entre diferentes ou até infinitas interpretações possíveis ao decidir

5 Sobre o realismo Genovês ver a obra de BELTRÁN (2011), conforme a sinopse: *A partir de la obra de Giovanni Tarello, y bajo su maestría, se ha conformado en Génova un grupo de investigadores que contó enseguida con el empuje de Silvana Castignone y Riccardo Guastini, y en el que se formaron filósofos del derecho como Mauro Barberis, Paolo Comanducci y Pierluigi Chiassoni, entre otros. En el ámbito de la teoría del derecho, ese grupo, conocido por muchos como Esculea genovesa, se ha caracterizado por la defensa de tesis propias del realismo jurídico y ha tenido una gran influencia en el debate iusfilosófico italiano, francés e iberoamericano de los últimos veinte años. El realismo jurídico à la génoise hunde sus raíces en las dos grandes tradiciones iusrealistas, americana y escandinava. Sin embargo, ha desarrollado progresivamente sus propias tesis y refinado con la metodología analítica algunas de las asunciones básicas del realismo jurídico clásico, en especial del americano. En este libro el lector encontrará la presentación de esas tesis por parte de sus más destacados defensores y su discusión a cargo de algunos de los más importantes iusfilósofos iberoamericanos actuales.*

sobre o caso concreto. A interpretação jurídica desempenha um papel essencial, permitindo ao juiz determinar em suas decisões o que é certo e o que não deve ser considerado certo (LEITER, 2012). Ao tratar do fenômeno jurídico, diante dos casos concretos, os operadores jurídicos não devem ficar adstritos a uma ideia de norma usual (SOLAR CAYÓN, 2005).

A partir do realismo jurídico, desenvolveu-se uma nova forma de os tribunais proferirem as decisões, deixando de seguir um formalismo e um arraigado sistema lógico engessado. Além das alterações na forma de proferir as decisões judiciais, também foi responsável por motivar uma profunda alteração na forma de ver e pensar o Direito por parte dos seus operadores. Com efeito, o realismo apontou sobre o pensar em uma nova forma de edificar e aplicar o Direito aos casos concretos (CAMPILONGO, 2017).

Por fim, em relação ao judiciário brasileiro, importante considerar as ponderações de Lênio Streck (2014), no sentido de que os tribunais do Brasil apresentam traços do realismo jurídico norte-americano. O Direito alternativo tinha raízes realistas e as práticas judiciárias demonstram uma série de manifestações realistas. Segundo o jurista, no Judiciário brasileiro ocorre uma espécie de realismo jurídico inconsciente na motivação dos juízes nos processos judiciais, pois os juízes são descrentes quanto à capacidade justificadora do sistema jurídico. O direito passa ser aquilo que os juízes dizem que é (STRECK, 2014).

Após um breve percurso sobre a evolução do realismo, pode-se pensar em que medida importa o raciocínio jurídico na maioria dos argumentos que efetuam os advogados e com que frequência estes argumentos marcam uma diferença nas sentenças. Esta questão, na visão de Schauer (2013), seria a formatação em uma perspectiva escéptica conhecida como realismo jurídico. A resposta da decisão judicial não está nas fontes formais da autoridade jurídica e nem no interno dos juízes. Decorre de estudos sistemáticos, empíricos e externos sobre o que marca a diferença na solução dos casos, sendo esta marca os atributos pessoais do juiz no contexto do caso concreto. Assim, a solução pela jurisprudência deveria ser posta à prova, ao invés de ser aceita como uma questão de fé. Para os realistas os juízes normalmente tomam decisões sobre algo distinto com base na jurisprudência existente (SCHAUER, 2013).

E sobre a jurisprudência, importante considerar os efeitos do ônus argumentativo em decorrência do sistema normativo de precedentes judiciais. Sobre os precedentes judiciais e o sentido de vinculação, as ponderações de Lênio Streck (2018) versam sobre a relação da proposta legislativa com uma posição realista. O jurista questiona se os preceden-

tes passariam assim a ocupar o mesmo patamar das leis no ordenamento jurídico e se os juízes, detentores da última palavra, estariam a interpretar os precedentes de uma forma mais valiosa do que a própria lei.

Nota-se a importância dos precedentes em um novo contexto, considerando que para os realistas existem casos, leis, princípios, fontes ou enunciados disponíveis para justificar as decisões a favor das partes na maioria dos litígios. Diante de casos difíceis existem justificações jurídicas respeitáveis e defendidas por um amplo espectro de soluções possíveis. E as regras formais do Direito dispõem pouco sobre as soluções e pouco limitam as soluções em relação a outras considerações. Com isso, os precedentes seriam uma fonte importante, mas não limitadora para a tomada de decisão (SCHAUER, 2013).

3. OS EFEITOS DOS PRECEDENTES DIANTE DE UM DÉFICIT ARGUMENTATIVO E SUAS CONSEQUÊNCIAS NA FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS

A presente reflexão não tem por escopo aprofundar sobre os precedentes no atual contexto processual pátrio, mas na medida em que a tomada de decisão pode decorrer simplesmente da aplicação de um precedente ao caso, surge a necessidade de entender seus efeitos para uma melhor compreensão da participação do advogado e sua influência na tomada de decisão por parte dos juízes.

Importante considerar que a legitimidade democrática do Poder Judiciário, no uso de suas atribuições constitucionais, está assentada na motivação de seus pronunciamentos. Desta forma, a interpretação é um processo que outorga vivacidade aos ditames legais, sendo um estatuto indireto de garantia fundamental. O direito à jurisdição transcende o acesso à justiça, pois conectado ao dever dialógico da concretização do caso submetido ao exame judicial (REIS, 2003).

Para que o julgador possa fazer a dita justiça, depende do Direito. Assim, apenas quando admitido um direito preexistente à lei e à arte da política, pode-se introduzir a justiça na lei e na política. É preciso ainda considerar que a justiça está também no Direito natural, porque sem ele restaria apenas o Direito posto, dado pelas leis determinadas pelos homens. O Direito posto seria a medida decorrente da vontade humana, seja pela lei, seja pelo costume, seja pelo contrato. Mas, uma decisão limitada ao Di-

reito Positivo leva à injustiça, pois faz parte do Direito ou da jurisprudência a aplicação das leis de acordo com a realidade social. As leis devem se destinar ao bem comum, devem obedecer àquilo que é de interesse geral para a sociedade, devendo ser interpretadas e aplicadas mais em seu espírito do que conforme sua letra. O intérprete da lei não olha apenas a lei, fixa também seu olhar na realidade social e nas circunstâncias do caso específico e aplica razoavelmente a lei ao caso (HERVADA, 2006).

Com efeito, os precedentes no Código de Processo Civil de 2015 de certa forma rompem com uma visão única de Direito com base na *civil law*, pois a *common law* estaria presente nas decisões, decorrente de imposição cogente dos precedentes em determinadas decisões judiciais no caso concreto. Não é de hoje que tanto a lei como os precedentes são considerados fonte de direito (DIDIER JR; SOUZA, 2015).

A atividade jurisdicional se apresenta notadamente direcionada à efetivação de critérios de eficiência quantitativa, com a máxima produtividade possível, a fim de atender um sistema judicial em colapso diante de uma realidade de massificação das demandas judiciais. Inegável a convergência dos modelos jurídicos, com agregação ao sistema dos precedentes. Os sistemas clássicos do *civil law* e *common law* apresentam uma convergência, no sentido de incorporar os institutos jurídicos mediante o intercâmbio de informações, com a compatibilização dos sistemas (MACEDO, 2017).

Na tradição *civil law*, havia adequação dos fatos à norma e aplicação de suas categorias e conceitos, a fim de obter uma conclusão esperada pelo sistema, em que o juiz atuaria aplicando estritamente a vontade da lei, dando a certeza jurídica e o cidadão teria segurança e previsibilidade, no sentido de que a lei seria suficiente para garantir a igualdade entre os cidadãos (MACEDO, 2017; MARINONI, 2016). A *common law*, por sua vez, tem fundamento nas regras não escritas, criadas por julgadores e desenvolvidas ao longo do tempo. Sua origem tem base no Direito costumeiro e modernamente nas próprias decisões judiciais, sendo um sistema evolutivo contínuo com certa constância de entendimentos (VENOSA, 2003). Pode-se pensar em precedente assim, como sendo a decisão judicial a partir de um caso concreto, sendo o seu núcleo essencial elemento formador de julgamentos posteriores de casos análogos (DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, 2011). Na doutrina do *stare decisis*[6] o respeito

6 Ver sobre a doutrina do *stare decisis*, originária do direto inglês, que decorre da expressão latina *stare decisis et non quieta movere* (respeitar as coisas decididas e não mexer no que está estabelecido) e sobre esta no direito americano, com fundamento no princípio do Estado de Direito (Rule of Law), em que é assegurado que o direito

aos precedentes judiciais era obrigatório, o magistrado do caso posterior deveria adotar, no julgamento do caso *sub judice*, a mesma resolução postulada anteriormente em casos análogos (TUCCI, 2004).

Sob este sistema de precedentes obrigatórios, em que a decisão passa a ser estável e com efeito vinculante, é preciso sobretudo entender o que determina ser a decisão vinculante. Para isso, é preciso compreender a *ratio decidendi* e *obter dictum*, pois são elementos essenciais para a distinção entre a obrigatoriedade ou não da adoção de um precedente. Caso não haja a identificação do respectivo elemento que confere autoridade no precedente judicial, o *stare decisis* se torna inviável (MACEDO, 2014). Com efeito, pode-se considerar a *ratio decidendi* como núcleo do precedente, proposições jurídicas que devem necessariamente ser seguidas (WAMBIER, 2009). Ainda, pode-se pensar que *ratio decidendi* consiste na opção hermenêutica adotada na sentença, sem a qual a decisão não teria sido proferida (DIDIER Jr, 2010). Por outro lado, o o*bter dictum* corresponde às questões secundárias utilizadas na resolução do caso concreto, ou seja, tudo aquilo que não é relevante, nem fundamental, para a conclusão da tese jurídica (WAMBIER, 2012).

Apresentados os elementos de formação e composição do precedente, é preciso entender que em sua dinâmica, um precedente que não esteja condizendo com a realidade, que tenha em seu núcleo condições de fato e de direito ultrapassadas, decorrerá em inevitável injustiça se submetido ao judiciário para solução por esta via. Uma imposição de precedente se mostra ofensiva à hermenêutica constitucional em face do constitucionalismo contemporâneo. Esta prática obrigatória se mostra falaciosa, pois *esquece de erigir uma diferença capital para a interpretação jurídica: o dissenso possível entre juízos levando-se em conta uma disputa argumentativa sobre dado critério normativo ou sobre matéria de prova* (REIS, 2012). Em face desta condição, o Código de Processo Civil atual acolhe a concepção de que os casos se identificam ou se diferenciam com base nos seus fatos relevantes, na questão jurídica e nos fundamentos adequados para solução da lide. Desta forma, um precedente só deve ser aplicado quando o caso subsequente versar sobre a mesma questão de direito tratada anteriormente e desde que os fundamentos utilizados sejam aplicáveis à nova demanda. Caso contrário, deve o julgador proceder à distinção entre os casos.

---

não se modifique de forma inesperada, havendo a presunção de que os princípios fundamentais estarão conforme o direito em TUCCI, 2004; MARINONI; ARENHART, 2010; CHAMBERLAIN, 1885; MacCORMICK, 1987; PLUCKNETT, 1987.

Para tanto, o julgador se vale do *distinguishing* quando houver distinção entre o caso concreto e o paradigma. Esta condição pode decorrer de ausência de coincidência entre os fatos fundamentais discutidos no processo e os fatos que serviram de base à *ratio decidendi,* constante no precedente. Pode ocorrer ainda que, *a despeito de existir uma aproximação entre os fatos, algumas peculiaridades no caso em julgamento afastam a aplicação do precedente* (DIDIER JR., 2015, p. 43). Logo, o *distinguishing* consiste no afastamento do precedente, pois o caso *sub judice não se identifica com as premissas fáticas que serviram de base à ratio decidendi* constante do precedente. Além disso, pode ocorrer que um precedente apresente tese jurídica ultrapassada ou equivocada, sendo assim é preciso ser substituída por um novo entendimento, mediante a prática de *overruling,* que consiste na reavaliação dos fundamentos que levaram à formação do precedente (MACEDO, 2017).

As ponderações demonstram que a utilização de precedentes não comporta uma atuação mecânica e automática do juiz, tampouco prescinde de uma sofisticada atuação interpretativa. Diante do caso em concreto, o precedente deve ser analisado, a fim de ser compreendida sua *ratio decidendi* e também para que possa haver o devido confronto com eventual caso distinto, em que poderá, ou não, ser decidida a questão em face da *ratio*. (PERRONE; BARROSO, 2015).

Mas, não somente aos juízes e cortes superiores se vale a legislação para atribuir o esforço de melhorias do judiciário, a fim de tornar a prestação jurisdicional mais efetiva, isonômica, rápida e segura. Dentre os propósitos processuais, a participação do advogado se mostra de vital importância, a fim de configurar o sistema de precedentes vinculantes no sistema jurídico atual.

4. A IMPORTÂNCIA DA ARGUMENTAÇÃO NA ATUAÇÃO DO ADVOGADO, A FIM DE INFLUENCIAR A TOMADA RACIONAL DE DECISÃO JUDICIAL

A formação dos precedentes, no âmbito das decisões judiciais, deve ser entendida dentro de um Estado Democrático de Direito, em especial, também como decorrência da efetiva participação argumentativa dos advogados, enquanto representantes legais dos interesses das partes em juízo. Segundo SCHAUER (2013), seria importante que os advogados pudessem predizer as decisões judiciais e, diante dos tribunais, pudes-

sem persuadir a maioria de seus ministros, a fim de obter uma solução favorável a seu cliente. Para tanto, o advogado deve apresentar os detalhes fáticos ao juiz, ainda que juridicamente irrelevantes, mas de forma que o juiz possa ter a informação para formar sua conclusão com uma resolução favorável ao cliente de forma justa. Os advogados, influenciados pelos realistas, devem oferecer jurisprudência ao juiz, apresentando o elemento essencial para a tomada de decisão. Pelo prisma realista, os fatores extrajurídicos conduzem de fato à tomada de decisão judicial e à argumentação jurídica.

A obrigação de observação dos precedentes vinculantes, enquanto elemento essencial da fundamentação judicial, não pode ser tomada pela comunidade jurídica como modo de aprisionamento dos fatos, simplificações ou atalho hermenêutico consagrador do hábito dogmático. O ônus argumentativo, em que as partes representadas por seus advogados adquirem destaque na formação da resposta mais adequada ao caso, passou a ter com o atual sistema processual um novo olhar (MOTTA, 2016).

A nova sistemática normativa impõe a necessidade de superação do modelo processual balizado no protagonismo dos julgadores. A concepção atual constitucional de processo vai além do procedimento do contraditório. A Constituição Federal ofereceu uma base principiológica sobre a qual deve ser também observada a imparcialidade do julgador e a fundamentação das decisões (COUTINHO, 2020).

Além disso, o princípio da cooperação de todos os sujeitos do processo sinaliza a efetivação argumentativa ampla, com a participação de todos sujeitos no processo para a melhor solução ao caso concreto. Assim, a concepção de advocacia adversarial abre espaço para uma participação argumentativa jurídica dialógica.

Logo, observa-se na norma o que a doutrina denomina de princípio da inércia argumentativa, em que é estabelecida a necessidade de uma carga argumentativa qualificada ao advogado que pretende eventual superação ou distinção do precedente, diante do caso que ensejou sua formação, utilizado como parâmetro de sustentação da tese jurídica (DIDIER JR, 2016). A atuação do advogado enquanto agente construtivo do Direito passou a ter papel de maior relevo na função argumentativa, na medida em que a tomada de decisão é influenciada também pela racionalidade (LOPES FILHO, 2016; PEIXOTO, 2018).

A atuação do advogado, sob a premissa argumentativa em face da racionalidade, requer uma reflexão além de um sistema jurídico composto de regras válidas em função de uma autoridade formal. Os precedentes

se mostram como instrumento de controle racional da decisão judicial, cabendo aos advogados apresentar os argumentos morais a serem internalizados pelos julgadores para a prática jurídica de acordo com a análise fática do caso. Não há mais como postular direito em face de uma visão inspirada no positivismo exegético, com base em precedentes que apresentem uma roupagem normativista (BUSTAMANTE, 2016).

A atuação do advogado, a partir das condições sociais que emergem à norma jurídica, deve ser capaz de gerar efeitos evolutivos na norma, a fim de desvendar sua razão subjacente, onde o desenvolvimento do conhecimento está intimamente relacionado à atividade crítica, que permite reflexionar o pensamento. A argumentação do advogado deve ser capaz de evitar a utilização do precedente como norma legislada, em que o julgador, sob as premissas de um positivismo exegético, tem por prática a justificação, com base em simples consultas a ementas e verbetes tidos por universais. A prática irreflexiva da advocacia resulta em arbitrariedade judicial, em que se admite o uso dos precedentes, a fim de realizar a elevação do julgado ao *status* de lei geral. Pode também decorrer de adaptação de precedentes contraditórios, de modo a encobertar a subjetividade do intérprete (RAMIRES, 2010).

Nesse sentido surgem críticas que apontam o Direito como sendo ditado pela conveniência das cortes, isto é, a coerência e integridade decorrem do talante dos tribunais, diante de uma domesticação dos advogados (STRECK, 2013). Para evitar esta condição, é preciso uma boa argumentação, que depende da capacidade do advogado de desvendar, sugerir ou indicar uma nova possibilidade interpretativa no caso concreto, diante dos precedentes aplicáveis à hipótese fática. O caráter determinante na formação dos sentidos será o ponto fundamental para influenciar positivamente o julgador (ROSA, 2017). O advogado deve ser o protagonista, a fim de traçar os delineamentos racionais capazes de influir no acerto decisório, por intermédio de uma argumentação jurídica coerente, íntegra e coesa (NEVES, 2018).

Estas reflexões demonstram o que Calamandrei (2013) já tinha dito em sua obra: *Eles, os juízes, vistos por nós, os advogados*, que tem evidente influência no pensamento realista, que expõe sua visão crítica ao analisar a difícil convivência entre advogados e juízes. De forma sucinta, Calamandrei afirma que o juiz deve ficar estático e o advogado é quem vai dar o devido encaminhamento da pretensão. Cabe ao advogado ter mais energia e mais talento que o juiz, na medida em que deve apresentar os argumentos para que o juiz apenas escolha dentre duas ou mais hipóteses para dar solução ao caso.

De sua obra algumas considerações são plenamente ajustáveis ao atual cenário jurídico, na medida em que já afirmava que os defeitos dos advogados provocam uma reação por parte dos juízes e reciprocamente. Dizia ele que o advogado que se queixa de não ser compreendido pelo juiz não se queixa do juiz, mas de si mesmo. Assim, é preciso que o advogado tenha presente que o juiz não tem o dever de compreender, pois é o advogado quem tem a obrigação de se fazer compreender. São os advogados que fornecem ao juiz as substâncias elementares que, combinadas, dão lugar, após certo movimento, à decisão imparcial, síntese química de duas parcialidades opostas. E, por fim, destaca Calamandrei que a fundamentação da sentença é garantia de justiça, quando consegue reproduzir exatamente o itinerário lógico percorrido para chegar à conclusão, pois se esta é equivoca, pode-se encontrar, através dos fundamentos, em que altura do caminho o magistrado se desorientou.

Por fim, a ideia de que os juízes ao decidir possam desconsiderar toda a carga que vem com sua subjetividade é utópica. A subjetividade pode ser entendida como o conjunto de particularidades de um sujeito, o que o torna uma pessoa singular na forma como se constitui e como se posiciona frente ao mundo a seu redor. Está baseada em traços da personalidade, valores e princípios que determinam o modo como um sujeito percebe a si mesmo e ao seu ambiente, como constitui sua identidade, como cria estratégias adaptativas e defensivas ao longo da vida, como forma e mantém relações interpessoais. Embora se forme desde o nascimento e se constitua fortemente até o início da idade adulta, é atravessada pelo contexto social e histórico de cada sujeito e por suas diferentes fases de vida, sofrendo variações ao longo do tempo. Não se trata de algo racional que o juiz possa simplesmente desconectar para decidir. Portanto, o advogado que entende que a subjetividade é inerente ao homem, ao juiz que vai decidir a causa, e que dela ele não vai poder se despir para decidir, deve atuar de forma que esta cultura interna não seja fator determinante para decisão. A participação do advogado deve ser um fator externo relevante e influente no caso. O advogado que entrega muito pouco, mas espera muito do juiz, demonstra estar sujeito e conforme as consequências do realismo.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Foi realizado um breve percurso na construção teórica e sobre a evolução do Realismo Jurídico, para um melhor entendimento da teoria sobre a tomada de decisões judiciais. Feita uma abordagem sobre os pre-

cedentes e seus efeitos vinculantes no sistema jurídico, a fim de permitir uma melhor compreensão do fenômeno argumentativo do advogado, enquanto agente transformador do Direito, no sentido de influenciar positivamente e racionalmente a tomada de decisão judicial. Foi realizada uma reflexão sobre os efeitos de uma prática irreflexiva da advocacia, que pode resultar na arbitrariedade judicial, com justificativas que se apoiam demasiadamente na ideia de subjetividade do intérprete, desconsiderando a inevitável subjetividade dos demais envolvidos no processo jurídico e com a premissa ingênua de que se pode despir-se de seus valores internos. Proposta uma análise crítica sobre a utópica condição de que o juiz possa se despir de sua subjetividade para decidir, apontando que a participação do advogado deve ser um fator externo relevante e influente na solução racional do caso.

REFERÊNCIAS

ADEODATO, João Maurício. **A retórica constitucional** (sobre a tolerância, direitos humanos e outros fundamentos éticos do direito positivo). São Paulo: Saraiva, 2009.

ATIENZA, Manuel. **As razões do direito**. São Paulo: Landy, 2006.

_____, Manuel. **El sentido del derecho**. Barcelona,, Ariel Derecho 2001.

BENTRÁN, Jordi Ferrer. **El realismo Juridico Genoves.** Marcial Pons, Madrid, 2011.

_____, Jordi Ferrer. RATTI, Giovanni B. **El Realismo Jurídico Genovés**. Buenos Aires. Marcial Pons, 2011.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **A dificuldade de se criar uma cultura argumentativa do precedente judicial e o desafio do novo CPC**. In: DIDIER Jr, Fredie et al. (Coords.). Precedentes. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2016, 275-300, p. 276. 278 LOPES FILHO, Juraci Mourão. Os precedentes judiciais no constitucionalismo brasileiro contemporâneo. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

CALAMANDREI, Piero **Eles, os juízes, vistos por nós, os advogados** / Piero Calamandrei ; tradução Ivo de Paula. -- São Paulo: Editora Pillares, 2013. Título original: Elogio dei giudici scritto da um avvocato.

CAMPILONGO, Celso Fernandes; GONZAGA, Álvaro de Azevedo; FREIRE, André Luiz (org.). Enciclopédia Jurídica da PUC-SP. **Tomo de Teoria Geral e Filosofia do Direito**. Editado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo São Paulo, abril de 2017. Disponível em: https://enciclopediajuridica.pucsp.br/pdfs/decisaojudicial_58e5af9739138.pdf. Acesso em: 25-11-2020.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Entre o guardião de promessa e o superego da sociedade**. Limites e possibilidades da jurisdição constitucional no Brasil. Revista de Informação Legislativa. [S.I.], n 202. P. 159-179, 2014.

CHAMBERLAIN, Daniel Henry. **The doctrine of stare decisis:** its reasons and its extent. New York: Baker, Voorhis & CO Publishers, 1885

COUTINHO, Carlos Marden Cabral. **Processo (constitucional): reconstrução do conceito à luz do paradigma do Estado democrático de direito**. R. Opin. Jur., Fortaleza, ano 10, n. 14, p. 24-41, jan./dez. 2012, p. 30. DOI: http://dx.doi.org/10.12662/2447-6641oj.v10i14.p24-41.2012. Disponível em: https://periodicos.unichristus.edu.br/opiniaojuridica/article/view/804. Acesso em: 28 nov. 2020.

DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paulo Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil**. V.2. 5ª ed. Salvador: Juspodivm, 2010.

_____, Fredie; SOUZA, Marcus Seixas. **O respeito aos precedentes como diretriz histórica do direito brasileiro**. Revista de Processo Comparado. vol. 2. ano 1. p. 99-120. São Paulo: Ed. RT, jul-dez, 2015.

_____, Fredie. **Sistema brasileiro de precedentes judiciais obrigatórios e os deveres institucionais dos tribunais: uniformidade, estabilidade, integridade e coerência da jurisprudência**. In: DIDIER JR., Fredie et al. (coord.). Precedentes. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

HERVADA, Javier. **O que é o direito? A Moderna resposta do Realismo Jurídico**. WMF Martins Fontes; São Paulo, 2006.

LEITER, Brian. ***American legal realism***. *U of Texas Law, Public Law Research Paper*, n. 042, 2002. Disponível em https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=339562. Acesso em 24-11-2020.

_____, Brian. **Naturalismo y Teoría del derecho**. Madrid, Marcial Pons. 2012
LOPES FILHO, Juraci Mourão. **Os precedentes judiciais no constitucionalismo brasileiro contemporâneo**. Salvador: JusPodivm, 2016

MACEDO, Lucas Buril de. **Precedentes judiciais e o direito processual civil**. 2ª. ed. Ed Juspodivm, 2017.

MacCORMICK, Neil. **Why cases have rationes and what these are**. In Precedent in Law. Edited by Laurence Goldstein. Oxford: Clarendon Press, 1987

MALLMANN, Liana Zerbielli Trentin; ZAMBAM, Neuro. **Realismo jurídico norte-americano, fatos sociais e decisões judiciais**: repercussões no judiciário brasileiro. Prisma Jurídico, São Paulo, v. 19, n. 1, p. 153-173, jan/jun. 2020.

LLEWELLYN, Karl. **Jurisprudence; realism in theory and practice**. New Brunswick: Transaction Publishers, 2008.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

_____, Luiz Guilherme. **Ética dos Precedentes. Justificativa no novo CPC**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

_____, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Curso de Direito Processual Civil:** Processo de Conhecimento. V. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 94.

MAUS, Ingeborg. **Judiciário como superego da sociedade**. Novos Estudos CEBRAO, [S.I.], v. 59, p. 183-202, 1989.

MONTESQUIEU. **O espírito das leis.** Tradução de Cristiana Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

MOTTA, Francisco José Borges; RAMIRES, Maurício. **O novo código de processo civil e a decisão jurídica democrática: como e por que aplicar precedentes com coerência e integridade**. In: STRECK, Lenio Luiz; ALVIM, Eduardo Arruda; LEITE, George Salomão (coord.). Hermenêutica e jurisprudência no novo Código de Processo Civil: coerência e integridade. São Paulo: Saraiva, 2016.

MULLER, Friedrich. **Quem é o povo?** A questão fundamental da democracia. Tradução Peter Naumann. Max Limonad. São Paulo, 2003.

NEVES, José Roberto de Castro. **Como os advogados salvaram o mundo**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2018.

PEIXOTO, Ravi. **Superação do precedente e segurança jurídica**. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2018.

PERRONE, Patrícia Campos Mello; BARROSO, Luís Roberto. **Trabalhando com uma nova lógica: a ascensão dos precedentes no Direito Brasileiro**. A evolução do papel da jurisprudência no Brasil. *[S. l.]*, p. 1–47, 2015.

PLUCKNETT, Theodore. **A concise history of the common law**. 5 ed. New Jersey: The Lawbook Exchange, 2001.

RAMIRES, Maurício. **Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

REIS, M. Mauricio. **A interpretação conforme à Constituição como garantia inerente ao princípio da inafastabilidade jurisdicional**. Jus Navigandi, Teresina, a. 8, n. 160, 13 dez. 2003., v. 160, p. 1-10, 2003. Disponível em https://jus.com.br/artigos/4533/a-interpretacao-conforme-a-constituicao-como-garantia-inerente-ao-principio-da-inafastabilidade-jurisdicional. Acesso em 29 nov. 2020.

____, M. Mauricio. **Discricionariedade e Interpretação Jurídica**. Revista Brasileira de Direito IMED , v. 8, p. 197-206, 2012. Disponível em https://seer.imed.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/294/244 Acesso em 29 nov. 2020.

ROSA, Alexandre Morais da. **Entender como funciona o jogo processual será decisivo**. Revista Consultor Jurídico, São Paulo, 31 mar. 2017. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2017-mar31/limite-penal-entendercomo-funciona--jogo-processual-decisivo#_ftnref5. Acesso em: 12 mar. 2019.

SCHAUER, Frederick. **Pensar como um abogado**. Uma nueva introducción al razonamiento jurídico. Traducción al castellano de Tobias J. Schleider. Marcial Pons. Madrid, 2013.

SOLAR CAYÓN, José Ignacio. **El realismo jurídico de Jerome Frank**: Normas, hechos, y discrecionalidad en el proceso judicial. Colección 49. Universidad Carlos III de Madrid, Boletín Oficial del Estado (2005) pp. 85-147. Disponível em https://www.uc3m.es/ss/Satellite?c=Page&cid=1371206582947&pagename=UC3MInstitucional%2FPage%2FResultadosBuscadorGeneral&q=SOLAR%20CAY%C3%93N%2C%20Jos%C3%A9%20Ignacio.%20El%20realismo%20jur%C3%ADdico%20de%20Jerome%20Frank.

STRECK, Lenio Luiz**. O realismo ou quanto tudo pode ser inconstitucional. Senso Incomum**. Conjur, 2014. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2014-jan-02/sensoincomum- realismo-ou-quando-tudo-inconstitucional#top. Acesso em: 25-11-2020.

_____, Lênio Luiz. **Precedentes Judiciais e Hermenêutica. O sentido da vinculação no CPC/2015**. Jus PODIVM, 2018. Disponível em https://www.editorajuspodivm.com.br/cdn/arquivos/d80cb544726b1902ebef7a5f89723634.pdf.

_____, Lenio Luiz. **Novo CPC decreta a morte da lei. Viva o common law**! Revista Consultor Jurídico, São Paulo, 12 set. 2013b. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2013-set-12/sensoincomum-cpc-decreta-morte-lei-viva--common-law. Acesso em: 28 nov. 2020.

TARELLO, Giovanni. **El realismo jurídico americano.** Lima, Palestra Editores, 2017.

TUCCI, José Rogério Cruz e. **Precedente Judicial como fonte do direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: parte geral**. 3ª ed. Editora Atlas, 2003.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Poder judiciário: crise, acertos e desacertos**. Tradução de Juarez Tavares. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

LIBERDADE DE EXPRESSÃO VS DIREITOS DE PERSONALIDADE: UMA ANÁLISE DO CASO BARATA MONTEIRO DA COSTA NOGUEIRA E PATRÍCIO PEREIRA VS. PORTUGAL (QUEIXA 4035/08) A LUZ DO DIREITO BRASILEIRO

Carolina Schroeder Alexandrino[1]
Rodrigo de Medeiros Silva[2]

Resumo: O artigo debate sobre os limites e possibilidades da liberdade de expressão, principalmente, frente aos Direitos de Personalidade, a partir de um caso concreto, qual seja, "Barata Monteiro da Costa Nogueira e Patrício Pereira vs. Portugal", que tramitou no Tribunal Europeu dos

1 É Bacharel em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos- UNISINOS (2014), reconhecida como aluna destaque entre os formandos pela Escola Superior da Advocacia (ESA), classificada como primeiro lugar no Curso de Direito da Unisinos pela Fundação Escola Superior do Ministério Público (FMP) e pela Fundação Escola Superior da Defensoria Pública do Rio Grande do Sul (FESDEP). Pós-Graduada em Direito Civil e Processo Civil pelo Instituto de Desenvolvimento Cultural -IDC. Possui curso de extensão certificado pelo escritório especializado em Consultoria Empresarial Scalzilli.fmv: Gestão de Crise, Falências e Recuperação Judicial. Mestre pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUC/RS) 2017/2019, na área de concentração Teoria Geral da Jurisdição e Processo. CV: http://lattes.cnpq.br/0629747688649716. E-mail: carolina@advogadosla.com.br

2 Doutorando em Direito e Sociedade na Universidade La Salle, na condição de bolsista CAPES/ PROSUC; Mestre em Direitos Humanos pela UniRitter, Porto Alegre/RS (2019), na condição de bolsista CAPES; é especialista em Direito Civil e Processual Civil, pelo Instituto de Desenvolvimento Cultural - IDC, em Porto Alegre-RS (2016); e graduou-se em Direito pela Universidade de Fortaleza-UNIFOR, Fortaleza/CE (2003). CV: http://lattes.cnpq.br/9041793148411356. E-mail: viacampesina@hotmail.com

Direitos Humanos (Queixa n.º 4035/08). O contexto político de ataque a avanços democráticos, utilização das redes sociais e das chamadas *fake news* demonstram a importância deste debate na atualidade, sendo este aspecto abordado no trabalho. O juízo de ponderação é uma técnica apresentada para se analisar este tipo de lide e ainda se faz uma articulação deste caso, com o que está acontecendo no Brasil e o que é previsto em seu ordenamento jurídico.
Palavras-chave: Liberdade de Expressão; Direitos de Personalidade; Barata Monteiro da Costa Nogueira e Patrício Pereira vs. Portugal; Juízo de Ponderação; Democracia.

Abstract: The article discusses the limits and possibilities of freedom of expression, mainly in relation to Personality Rights, based on a concrete case, namely, "Barata Monteiro da Costa Nogueira and Patrício Pereira vs. Portugal", which was processed at the European Court of Human Rights (Complaint No. 4035/08). The political context of attacking democratic advances, the use of social networks and so-called fake news demonstrate the importance of this debate today, and this aspect is addressed in the work. The weighting judgment is a technique presented to analyze this type of dispute and this case is also articulated with what is happening in Brazil and what is provided for in its legal system.
Keywords: Freedom of Expression; Personality Rights; Barata Monteiro da Costa Nogueira and Patrício Pereira vs. Portugal; Judgment of Weighting; Democracy.

1. INTRODUÇÃO

A liberdade de expressão é assunto palpitante desde sempre, mas no atual contexto recebe contornos desta época, na qual ocorre há uma crescente, em diversos países, de um conservadorismo que critica avanços democráticos (ESTEFANIA, 2009, s/p). Há o uso por conveniência do discurso em defesa da liberdade de expressão, de forma contraditória, para questionar direitos humanos e instituições democráticas. E em contrapartida, a crítica a violações aos avanços constitucionais conquistados no pós-guerra (CARBONELL, 2009, p. 9), com ampliação de direitos, busca de uma isonomia real e de uma maior equânime participação social e política, são perseguidas em campanhas que se espalham por diversas mídias (RICHETER, 2016, s/p).

Um outro elemento da contemporaneidade são as notícias falsas e o impacto do uso das redes sociais. Isto, aliada a disputa de segmentos conservadores contrários aos ganhos democráticos, às sociedades plurais, retomando um nacionalismo estreito e estremado perfaz a conjuntura político-social no sistema mundo, devendo ser analisada pela importância que se mostra para o futuro de diversos povos e nações (MORAIS, 2020, s/p).

O caso aqui analisado, a Queixa n.º 4035/08 do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, se deu um pouco antes deste cenário, mas se reveste de importância pois trata-se de um precedente de como se comportam as instituições internacionais de garantia e proteção de direitos humanos. A liberdade expressão não pode ferir outros direitos, mas sim se sopesar no sentido de conviver com os demais. As chamadas *fake news*, as operações policias e delações que expõem acusados sem a devida ampla defesa, contraditório, sem haver sentença irrecorrível seriam limites, muitas vezes não observados no jogo político.

Assim, apresentar-se-á o caso, as circunstâncias em que ocorreu, para depois realizar uma análise dobre a decisão tomada pelo Tribunal em referência. Se fará a discussão sobre os limites da liberdade de expressão e sua importância para a democracia, como a sua convivência com outros direitos fundamentais, que precisam ser sopesados, a partir do contexto que se der o fato a ser julgado. O juízo de ponderação será posto como instrumento a ser utilizado para solução de aparentes conflitos.

2. O QUE ACONTECEU EM PORTUGAL? OS FATOS QUE GERARAM O CASO BARATA MONTEIRO DA COSTA NOGUEIRA E PATRÍCIO PEREIRA

A decisão ora analisada trata-se uma queixa (n.º 4035/08) dirigida contra a República Portuguesa apresentada por dois cidadãos Portugueses são eles: Paula Cristina Barata Monteiro da Costa Nogueira e Bruno Patrício Moreira, denominados no percorrer do processo e deste trabalho como "requerentes". A queixa foi apresentada em 14.01.2008 e fundamentada no art. 34 da Convenção para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais.[3] O objetivo da queixa apresenta-

3 **Art. 34.** O Tribunal pode receber petições de qualquer pessoa singular, organização não governamental ou grupo de particulares que se considere vítima de violação por qualquer Alta Parte Contratante dos direitos reconhecidos na Convenção ou nos seus protocolos. As Altas Partes Contratantes comprometem – se a não criar

da pelos referidos requerentes se perfaz na ilegalidade de sua condenação pelo crime de difamação, condenação esta que ofendeu o direito à liberdade de expressão dos mesmos.

A sinopse fática explicita que, na época do ocorrido, os Requerentes eram filiados a um partido de Esquerda (chamado de Bloco de Esquerda), sendo a Requerente Paula Cristina Barata Monteiro da Costa Nogueira militante do partido e o Requerente Bruno Patrício Moreira advogado do partido. Em janeiro de 2003 o partido realizou uma conferência, oportunidade que formularam diversas acusações criminais contra o rival político Dr. F.J., médico e presidente do comité local do Partido Social Democrata de Castelo Branco. Na oportunidade da conferência os ora Requerentes tornaram público que haviam denunciado o rival político, apresentando uma queixa-crime contra este, vez que suspeitavam que ele seria culpado por crime de participação econômica em negócio, alegando que o referido rival político, que também era médico, havia usado a sua influência no hospital público da cidade natal dos Requerentes, prejudicando o serviço de oftalmologia do estabelecimento com o objetivo de "desviar" doentes, bem como material clínico, para uma clínica privada de que seria um dos sócios. Ainda no mérito da queixa-crime os ora Requerentes alegaram que médicos do serviço de oftalmologia do hospital público local, que seriam sócios do rival político, teriam deixado de praticar cirurgias durante vários meses, para beneficiar sua clínica particular.

Ainda que as referidas denúncias tenham sido extremamente graves e mesmo que os referidos Requerentes tenham levantados certos indícios, a queixa-crime contra o médico Dr. F.J. fora arquivada pelo Ministério Público. Após a referida conferência, e tendo em vista o arquivamento da queixa-crime em comento, o rival político dos Requerentes ingressou com queixa-crime por difamação contra Paula Cristina Barata Monteiro da Costa Nogueira e Bruno Patrício Moreira, constituindo-se como assistente de acusação. Em 17.06.2004 o Ministério Público apresentou denúncia contra os ora Requerentes.

Frente a denúncia, os requerentes opuseram defesa (*exceptio veritatis*). Em 22.02.2006 o Tribunal local (Tribunal de Castelo-Branco) absolveu os ora Requerentes, sob o argumento de que haviam provas testemunhais que indicavam possível responsabilidade das acusações feitas elo casal de Esquerda ao seu opositor, descaracterizando, com

---

qualquer entrave ao exercício efectivo desse direito. **Convenção para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais.**

isso, o crime de difamação. Tanto o queixoso como o Ministério Público interpuseram recurso contra a referida decisão para o Tribunal da Relação de Coimbra.

Em 18.07.2007, fora prolatado acórdão pelo Tribunal da Relação de Coimbra, ocasião que este deu provimento aos recursos do queixoso e do Ministério Público, anulando a sentença impugnada e julgando os ora Requerentes culpados do crime de difamação, nos termos dos artigos 180º e 183º n.º 2 do Código Penal (Português). O Tribunal de Coimbra alterou a decisão do Tribunal de Castelo Branco, pois, segundo o Tribunal de Coimbra, inexistam provas suficientes para que o referido Tribunal pudesse ter absolvido o casal Paula e Bruno. Ademais, o Tribunal da Relação de Coimbra ainda afirmou que as provas dos autos não demostravam que o Dr. F.J havia cometido os crimes que lhe foram imputados, de modo que os ora Requerentes tinham consciência do caráter ilícito dos seus atos, motivo pelo qual a decisão fora alterada e houve a condenação das partes a pagar 180 dias de multa, correspondente a € 1.800,00 euros para cada.

Frente a referida condenação, os Requerentes se queixaram para o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, alegando, sucintamente: a) Violação do art. 6º da Convenção, sob o argumento de que houve má apreciação dos fatos pelos tribunais internos, motivo pelo qual pedem para que a causa seja analisada equitativamente e b) Violação do art. 10º da convenção, vez que a condenação ofendeu o direito à liberdade de expressão das partes:

> Art. 6º. Qualquer pessoa tem direito a que a sua causa seja examinada, equitativa e publicamente, num prazo razoável por um tribunal independente e imparcial, estabelecido pela lei, o qual decidirá, quer sobre a determinação dos seus direitos e obrigações de carácter civil, quer sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal dirigida contra ela. O julgamento deve ser público, mas o acesso à sala de audiências pode ser proibido à imprensa ou ao público durante a totalidade ou parte do processo, quando a bem da moralidade, da ordem pública ou da segurança nacional numa sociedade democrática, quando os interesses de menores ou a protecção da vida privada das partes no processo o exigirem, ou, na medida julgada estritamente necessária pelo tribunal, quando, em circunstâncias especiais, a publicidade pudesse ser prejudicial para os interesses da justiça. Convenção para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais.
> [...]

> Art. 10º Qualquer pessoa tem direito à liberdade de expressão. Este direito compreende a liberdade de opinião e a liberdade de receber ou de transmitir informações ou ideias sem que possa haver ingerência de quaisquer autoridades públicas e sem considerações de fronteiras. O presente artigo não impede que os Estados submetam as empresas de radiodifusão, de cinematografia ou de televisão a um regime de autorização prévia. 2. O exercício desta liberdades, porquanto implica deveres e responsabilidades, pode ser submetido a certas formalidades, condições, restrições ou sanções, previstas pela lei, que constituam providências necessárias, numa sociedade democrática, para a segurança nacional, a integridade territorial ou a segurança pública, a defesa da ordem e a prevenção do crime, a protecção da saúde ou da moral, a protecção da honra ou dos direitos de outrem, para impedir a divulgação de informações confidenciais, ou para garantir a autoridade e a imparcialidade do poder judicial. Convenção para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais.

Face a queixa apresentada o Tribunal entendeu que o caso estava bem fundamentado e preenchia os requisitos do art. 35 da Convenção,[4] qual seja, esgotar todas as vias de recursos internos no país motivo pelo qual deu conhecimento a demanda. O fim não foi favorável aos requerentes, mas se teve uma decisão que compatibilizou a liberdade de expressão com direitos de personalidade, os quais possuem o direito fundamental de reparação (LUTZKY, 2012, p. 61).

3. DOS LIMITES DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO TÃO NECESSÁRIA À DEMOCRACIA

A maioria dos juízes entenderam que, de fato, os requerentes sofreram certa "ingerência" da parte de uma autoridade pública no seu direito à liberdade de expressão, no entanto, fora necessário sopesar e averiguar o quão necessário era tal ingerência no âmbito democrático. Para tanto, os julgadores entendem que a liberdade de expressão dispostas o

4 O Tribunal só pode ser solicitado a conhecer de um assunto depois de esgotadas todas as vias de recurso internas, em conformidade com os princípios de direito internacional geralmente reconhecidos e num prazo de seis meses a contar da data da decisão interna definitiva. **Convenção para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais.**

art. 10 da convenção não pode ser lida sem nenhuma restrição, vez que o item 2 do referido artigo refere que o exercício desta liberdade comporta "deveres e responsabilidades" que precisam ser levados em consideração quando possa vir a ofender a honra de particulares, pondo em perigo direitos de outrem.

Assim, os julgadores se utilizaram de alguns precedentes e do juízo de ponderação para análise do presente caso. Foram invocados os procedentes *Klaas c Alemanha*, *Petersen e Baadsgaars c Dinamarca, Sgarbi c. Itália, Vitreko c. Ucrânia, Diego Nafria c. Espanha e Fleury c. France;* para fins de demostrar que na colisão do direitos fundamentais da liberdade de expressão e direitos da personalidade, principalmente em casos que se imputa crime a outrem sem que a pessoa tenha uma sentença penal condenatória transitado em julgado, ou seja, quando a pessoa ainda está amparada pela presunção de inocência, se faz necessária fundada certeza (base factual convincente), desprendimento de tão somente juízos de valores e dever que se utilize da boa-fé.

Frente a tais precedentes e juízos de ponderação adotados, a maioria dos julgadores compreenderam que no caso dos autos em momento algum o casal conseguiu fazer prova dos graves crimes que imputaram contra seu adversário político, de modo que tal imputação se mostrou eivada de má-fé e com fins puramente políticos, motivo pelo qual liberdade de expressão não pode ser avaliada como irrestrita, tendo em vista, no caso em analise, a ingerência em tal direito se mostrar necessária para proteção da honra e dos direitos de outrem no âmbito de uma sociedade democrática, teor do art. 10, nº 2 da Convenção. Desta forma, por 04 vozes contra três, o Tribunal entendeu que não houve violação do art. 10 da Convenção.

Mesmo assim, da composição do órgão julgador, três juízes divergiram com a maioria, pois adotaram um posicionamento que, ao não interpretar a violação ao direito de liberdade de expressão, estaria o tribunal enfraquecendo a própria filosofia da liberdade de expressão, uma vez que vai de encontro com a sólida jurisprudência daquela Corte. Corroborando com o referido argumento citaram os seguintes precedentes: *Dalban c Roménia*, *Jerusalém c Áustria*, *Romanenko c. Rússia*). Com base em tais precedentes, os juízes divergentes afirmaram que no caso em tela deveria existir uma maior flexibilização, eis que se trata de um debate político que versa sobre pessoas públicas, motivo pelo qual a proteção a honra implica numa menor proteção.

Outrossim, também levaram em consideração que é dúbio e subjetivo o argumento de que os fatos delituosos imputados contra Dr. F.J

não restaram provados, vez que a análise em primeira instancia absolveu os ora Requentes letreadas na possível culpa do referido médico. Superado isto, ainda que a queixa-crime apresentada pelos Requerentes tenha sido arquivada, segundo os juízes que votaram contrariamente a maioria, afirmam que tal fato não afasta a boa-fé do casal para que estes tenham seu direito de liberdade de expressão privados.

Por fim, mas não menos importante, para sustentar seus fundamentos os juízes que tiveram votos divergentes argumentaram que há alguns anos os órgãos políticos do Conselho da Europa convidaram os Estados a descriminalizar a difamação e a pôr fim às penas de prisão nesta matéria, a teor da Resolução 1577 (2007) da Assembleia Parlamentar do Conselho da Europa. Por tais motivos, três juízes compreenderam que no presente caso a liberdade de expressão deve prevalecer, sem que isto seja uma defesa ou privilégio, mas sim como elemento chave da democracia.

A temática tratada no presente comentário a jurisprudência é comumente polemica não apenas no Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, mas também no cenário brasileiro, tendo em vista diversos posicionamentos do Supremo Tribunal Federal (doravante STF) sobre o tema, bem como previsão constitucional da tutela de tal direito. No entanto, a problemática não se dá no tocante a sua definição ou positivação – ainda que a tônica liberdade de expressão e liberdade de informação tenham certas implicações que ultrapassem mera semântica –, mas sim quando o referido direito entra em colisão com direto de mesma hierarquia, fazendo com que o os tribunais tenham que ponderar, bem como analisar as características do caso concreto quando de sua decisão.

É nesta perspectiva, e sob a ótica da decisão analisada, que resolver a colisão de direitos fundamentais como o direito à liberdade de expressão e o direito de personalidade – como a honra, intimidade, imagem e vida privada – se perfaz necessária para concretude da dignidade da pessoa humana, princípio sustentáculo do Estado Democrático de Direito (STREK; MORAIS; 2014, p. 100):

> As constituições têm por objeto estabelecer a estrutura do Estado, a organização de seus órgãos, o modo de aquisição do poder e a forma de seu exercício, limites de sua atuação, assegurar os direitos e garantias dos indivíduos, fixar o regime político e disciplinar os fins socioeconômicos do Estado, bem como os fundamentos dos direitos econômicos, sociais e culturais (SILVA, 2016, p. 45).

É sabido que ao nos depararmos com o amplo objeto da Constituição Federativa do Brasil de 1988 e sua busca para construção de um Estado Social alicerçado no modelo do Estado Democrático de Direito, é possível concluir que há uma contradição daquilo que prega a referida Constituição e do que o Brasil enfrenta em sua realidade, tendo em vista a expressiva desigualdade existente no país, deixando-o "[...] atrás de muitos países periféricos, em vários indicadores sociais [...] tudo porque estes Estados se empenharam na redução das desigualdades." (STREK; MORAIS; 2014, p. 184). Desta forma, não é crível que o Estado, mantenha-se indiferente ao desejo da sociedade e sua necessidade de tutela de direitos fundamentais, como os mencionados alhures.

Para melhor compreensão, passa-se a explicitar o conceito de Liberdade de expressão, a problemática deste direito fundamental quando colide com outro direito fundamental, qual seja, direitos de personalidade, tendo em vista este ser o tema da decisão ora analisada, e, por fim, a necessidade de se utilizar da ponderação para resolução de tal conflito.

Antes de ingressarmos na definição do direito à liberdade de expressão, importante destacar que há diferenciação doutrinária do que se compreende por liberdades de informação e liberdades de expressão, sendo aquela um direito individual de comunicar fatos de forma livre, bem como direito difuso de ser dos fatos informado; já esta corresponde ao direito de "[...] externar ideias, opiniões, juízos de valor, em suma, qualquer manifestação do pensamento humano"(BARROSO, 2014, p. 18). Nesse sentido disciplina Machado:

> Surge assim uma liberdade de expressão em sentido amplo, por alguns também designada por liberdade de comunicação, que abrange a liberdade de expressão em sentido estrito, por vezes designada liberdade de opinião, a liberdade de informação, a liberdade de imprensa, os direitos dos jornalistas e a liberdade de radiodifusão, reconduzíveis ao conceito genérico de liberdade de comunicação social, juntamente com os subscritos em que as mesmas analisam. Igualmente protegida é a liberdade de produção cinematográfica, que reconduz à liberdade de expressão e de criação artística. Todos estes direitos fundamentais devem ser acolhidos e protegidos na plenitude das suas implicações individuais e sistêmicas e culturalmente criadoras (*culture-creating*), susceptíveis de procederem à redefinição de identidades, narrativas e padrões dominantes no seio de uma qualquer comunidade (MACHADO, 2002, p. 371).

Todavia, e ainda que exista a referida diferenciação, o presente trabalho utilizará do termo de forma ampla/geral. Ainda sobre a dicotomia liberdade de expressão e liberdade de informação, e a importância destes para efetivação da democracia, vale destacar o entendimento de Azpizarte que traz sua visão com base no Tribunal Constitucional Espanhol, conforme segue:

> A compreensão das liberdades de expressão que o TC mantém são definidas, portanto, a partir de sua finalidade política: a criação de uma realidade sociopolítica, a oposição pública, sem a qual a democracia não é possível. Em uma concepção clássica e ideal da teoria democrática, o TC assume que a existência de uma opinião pública livre é o elemento central que permite aos cidadãos "formar livremente suas opiniões e participar responsavelmente nos assuntos públicos" (AZPIZARTE, 2007, p. 255). (Tradução livre)

Seja de forma ampliada ou mais específica, a posição doutrinária demostra que o Direito a Liberdade de Expressão no Brasil vem sofrendo um processo evolutivo quanto a sua classificação, vez que tradicionalmente este se caracterizava como direito negativo, pois seu objetivo era a abstenção do Estado quanto a coibição da livre expressão e manifestação e de quaisquer que fossem as opiniões ou ideologias. No entanto, esta clássica concepção vem sendo alterada, eis que, conforme esclarece Sarmento, ela não está errada, mas está incompleta, pois ainda que a dimensão da liberdade de expressão seja originalmente negativa, a atual sociedade, plural e desigual, necessita de um Estado ativo, ou seja, de ações positivas do Estado para fins de possibilitar que todos tenham real exercício de tal direito e possam contribuir com o debate público (SARMENTO, 2007, p. 1 e 2). Nesse sentido destaca o referido Autor:

> [...] O Estado tem obrigações positivas mesmo em relação a direitos individuais clássicos, que não podem mais ser concebidos como simples direitos de defesa em face dos poderes públicos. Assim, é dever do Estado não só se abster de violar estes direitos, como também agir positivamente, seja para protege-los diante de ameaças representadas pela ação de terceiros, seja para assegurar as condições materiais mínimas necessárias à viabilização do seu exercício pelos mais pobres (SARMENTO, 2007, p. 30).

Desta forma, e inobstante o conceito relatado por Azpizarte, e que da mesma fora contribui para a dimensão mais ativa do Estado está a con-

cepção de Liberdade de expressão relatada por Sarlet e Robl Filho, vez que estes utilizam do termo de uma forma ampla e compatível com o modelo de Estado Democrático de Direito expresso em nosso texto constitucional. Para os referidos Autores liberdade de expressão se delimita como:

> A liberdade de expressão consiste, mais precisamente, na liberdade de exprimir opiniões, ou seja, juízos de valor a respeito de fatos, ideias, opiniões de terceiros, etc. Assim, é a liberdade de opinião que se encontra na base de todas as modalidades da liberdade de expressão compreendendo o conceito de opinião (o qual, na linguagem da CF, acabou sendo equiparado ao de pensamento) e adotado em sentido amplo e inclusivo, abarcando também, apenas para deixar claro, manifestações a respeito de fatos e não apenas juízos de valor (2016, p. 199 e 120).

Com base na doutrina ora mencionada que, vale destacar, não esgota o tema abordado, percebe-se que a importância do direito à liberdade de expressão que na Constituição Federal do Brasil de 1988 (doravante CF/88) fora devidamente positivado no rol dos direitos e garantias fundamentais, nos termos do art. 5º, IV, IX, XIV, bem como art. 220 caput, §1º e §2º também do texto constitucional. Sarlet e Robl Filho em consonância com a doutrina dominante e pacífica jurisprudência do STF, trazem uma noção ampla do termo, pois abrange tanto a livre manifestação de pensamento como outras dimensões da liberdade de expressão (2016, p. 119 e 120).

Desta forma, o referido direito, que garante a possibilidade de manifestação, de expressão, de comunicação e faz com que o indivíduo possa gerir a informação e exprimir sua opinião, de forma que o garanta autonomia, mas também o insira no meio social, caracterizando esta como direito político com dimensões nitidamente transindividuais. No entanto, ainda que tal direito tenha insigne relevância e, tanto para doutrina brasileira como na Norte Americana, é visto em uma posição preferencial (*preferred position*) quando entra em colisão com outros direitos fundamentais e princípios constitucionais; sua utilização não é indiscriminada e irrestrita, ou seja, a utilização da liberdade de expressão guarda certas ressalvas eis que não se busca "atribuir à liberdade de expressão (em qualquer uma de suas manifestações particulares) a condição de direito absolutamente imune a qualquer limite e restrição, nem de estabelecer uma hierarquia previa entre as normas constitucionais."(FILHO, SARLET, 2016, p. 119 e 120).

Por tal motivo, e para fins de que seja compatível como a decisão em comento, analisa-se o que a doutrina e a Jurisprudência Brasileira compreendem quando há colisão de direitos fundamentais que, conforme já mencionado, possuem a mesma hierarquia, haja vista a unicidade da CF/88; bem como se tal entendimento vai ao encontro do posicionamento adotado pela maioria dos julgadores do caso em análise.

4. DA COLISÃO DE LIBERDADE DE EXPRESSÃO COM DIREITOS DA PERSONALIDADE E A NECESSIDADE DE UM JUÍZO PONDERAÇÃO

O conflito entre direitos fundamentais é temática muito discutida pelo interprete e aplicador do Direito, vez que a resolução de tal problema não se dá de forma estanque, pois envolve análise do caso concreto, bem como critério pré-estabelecidos (ou não) para que seja possível a ponderação. Assim, tal dificuldade se encontra por motivos já brevemente comentados no presente trabalho, qual seja, a falta de hierarquia dos direitos fundamentais que colidem, bem como a unicidade da Constituição, que faz com que o interprete não possa menosprezar um direito fundamental em detrimento de outro (BARROSO, 2004, p. 09).

Neste cenário não mais se admite que tais conflitos sejam resolvidos por uma simples subsunção, que desvela um tradicional método em que o interprete assume um papel estritamente técnico de revelação do sentido de um Direito integralmente contido na norma legislada (leia-se subsunção dos fatos à norma e pronunciamento de uma conclusão) (BARROSO, 2004, p. 02 e 03). O que se busca, a partir de uma nova interpretação constitucional, é que frente aos casos difíceis e de alta complexidade, como é o caso de colisão de direitos fundamentais, a ponderação – e não apenas o tecnicismo da subsunção – se mostra de suma importância. Para melhor esclarecer o que se entende por ponderação, vale destacar:

> A ponderação consiste, portanto, em uma técnica de decisão jurídica aplicável a casos difíceis, em relação aos que a subsunção se mostrou insuficiente, sobretudo quando uma situação concreta dá ensejo à aplicação de normas da mesma hierarquia que indicam soluções diferenciadas. A estrutura do raciocínio ponderativo ainda não é bem conhecida, embora esteja sempre associada às noções difusas de balanceamento e sopesamento de interesses, bens, valores ou normas. A importância que o tema ganhou no cotidia-

> no da atividade jurisdicional, entretanto, tem levado a doutrina a estudá-lo mais cuidadosamente (BARROSO, 2004, p. 02 e 03).

Para Barroso a ponderação pode ser compreendida em três etapas, são elas: **a)** identificação das normas e eventuais conflitos entre elas; **b)** análise dos fatos, peculiaridades do caso concreto e interação com os elementos normativos para norma ser aplicada e **c)** aplicação, ocasião em que haverá a singularização da ponderação. Para o referido doutrinador todo referido processo intelectual tem como ´"[...] fio condutor o princípio instrumental da proporcionalidade ou razoabilidade" (BARROSO, 2004, p. 10 e 11).

Destarte, é frente as etapas mencionadas pelo jurista que o interprete passa a resolver casos difíceis, como o ocorrido no caso em análise, vez que a literalidade ou mero tecnicismo não se mostram congruentes com a complexidade do caso.

Trazendo a aplicação dos referidos ensinamentos doutrinários para o acórdão analisado, independentemente da decisão que fora tomada, verifica-se que se tratando de um caso difícil, qual seja, colisão de direitos fundamentais, a ponderação e análise do caso concreto é medida que se impõe, vez que matérias tão imbricadas como a tratada na decisão em questão se não resolvida por meio de bons parâmetros para sua solução podem vir a ferir o ideal do Estado Democrático de Direito.

Não deixa de viger a liberdade de expressão, mas o respeito a mesma não significa que passe por cima de direitos de personalidade de outra pessoa, ou da presunção de inocência. A imagem, a reputação, a honra não podem ser atingidas, sem a conclusão de um devido um devido processo legal. Isto pode causar danos de diversas ordens, com repercussões subjetivas, sociais e políticas, como no caso em questão.

O juízo de ponderação resguardou, então, que o Sr. Dr. F.J., não fosse publicamente questionado em sua retidão, se haver antes findado um processo equitativo, no qual fosse apurada a acusação que sofria, garantindo, assim, a presunção de inocência, causando-lhe danos de difícil reparação pela difusão inconsequente para a opinião pública:

> ARTIGO 6º
> Direito a um processo equitativo
> 1. Qualquer pessoa tem direito a que a sua causa seja examinada, equitativa e publicamente, num prazo razoável por um tribunal independente e imparcial, estabelecido pela lei, o qual decidirá, quer sobre a determinação dos seus direitos e obrigações de carácter civil, quer sobre o fundamento de qualquer acusação em

> matéria penal dirigida contra ela. O julgamento deve ser público, mas o acesso à sala de audiências pode ser proibido à imprensa ou ao público durante a totalidade ou parte do processo, quando a bem da moralidade, da ordem pública ou da segurança nacional numa sociedade democrática, quando os interesses de menores ou a protecção da vida privada das partes no processo o exigirem, ou, na medida julgada estritamente necessária pelo tribunal, quando, em circunstâncias especiais, a publicidade pudesse ser prejudicial para os interesses da justiça.
> 2. Qualquer pessoa acusada de uma infracção presume-se inocente enquanto a sua culpabilidade não tiver sido legalmente provada.
> 3. O acusado tem, como mínimo, os seguintes direitos:
> a) Ser informado no mais curto prazo, em língua que entenda e de forma minuciosa, da natureza e da causa da acusação contra ele formulada;
> b) Dispor do tempo e dos meios necessários para a preparação da sua defesa;
> c) Defender-se a si próprio ou ter a assistência de um defensor da sua escolha e, se não tiver meios para remunerar um defensor, poder ser assistido gratuitamente por um defensor oficioso, quando os interesses da justiça o exigirem;
> d) Interrogar ou fazer interrogar as testemunhas de acusação e obter a convocação e o interrogatório das testemunhas de defesa nas mesmas condições que as testemunhas de acusação;
> e) Fazer-se assistir gratuitamente por intérprete, se não compreender ou não falar a língua usada no processo.

Além do direito a honra, a reputação, pode-se falar aqui em dano existencial e dano ao projeto de vida. O descrédito criado pela notícia afeta não só a ordem pessoal, mas também a social, afetando a qualidade de vida, causando abalo em uma atividade ou num conjunto de atividades da pessoa (SOARES, 2009, p. 44). Por conseguinte, o projeto de vida, como a liberdade se conduzir conforme se planejou (SESSAREGO, 2015, p.34), também estaria prejudicado pela repercussão de um acontecimento, que em seguida não foi confirmado pelos tribunais. Importante hoje perceber que há distinção entre os diversos danos imateriais (SOARES, 2009, p. 98), para que a reparação possa visualizar, especificamente o que atingido e ser mais eficaz.

A reparação de danos imateriais, então, aqui é considerada um direito fundamental (LUTZKY, 2012, p. 65). Lembrando que a Convenção Europeia em comento protege os direitos de personalidade, que se violados, causam os danos em questão. Se fosse aceito o debate abstrato sobre

a liberdade de expressão, se contextualiza e compatibilizar com os demais direitos, seria prejudicial, apegando-se a um dogmatismo, a um pseudo tecnicismo que não estaria a serviço da vida (FACHIN, 2003, p. 18).

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao analisar o caso Barata Monteiro da Costa Nogueira e Patrício Pereira C. Portugal (Queixa 4035/08), fica clara a colisão de direitos fundamentais e a complexidade do caso, motivo pelo qual fora possível a discussão na Corte Europeia de Direitos Humanos. O caso se mostra difícil não apenas por se tratar do choque de dois direitos basilares para efetivação da dignidade da pessoa humana e que compõe o que buscamos no Estado Democrático de Direito, mas também devido ao fato de que os parâmetros utilizados para a escolha de um direito em detrimento ao outro não estão catalogados em um texto positivados e, tampouco podem ser arbitrários, retirados da livre consciência do julgador.

Assim, acredita-se que acertadamente a Corte Europeia utilizou de parâmetros como a ponderação e precedentes para analisar o *hard case* exposto. Todavia, e lastreando-se em parâmetros da doutrina e jurisprudência brasileira sobre o tema, acredita-se a fundamentação dos votos vencidos, ou seja, daqueles que compreendiam pela não condenação dos Requerentes, a mais correta. Tal conclusão se dá não apenas pela incongruência do tribunal de primeira instancia com o tribunal de segunda instancia no tocante a análise do material probatório, mas principalmente devido a posição das partes no caso em tela.

Ora, sabe-se que a liberdade de expressão possui um viés de preponderância, vez que sua efetivação está muito relacionada com a possibilidade do sujeito se expressar individualmente e no meio social; nela a ação do Estado é negativa e positiva, e sua efetivação, ou seja, participação do sujeito, está intimamente ligada com a formação da vontade do Estado. Frente a estas características, acredita-se que no caso em tela, qual seja, um debate político envolvendo pessoas públicas, a livre manifestação, ainda que venha a ter o condão de imputação de crime, deve se sobrepor ao direito individual daquele que fora imputado. Tal espessamento se dá, pois se tratando de pessoas públicas, como políticos, por exemplo, o direito individual ora "atingido" é pormenorizado tendo em vista sua ocupação, em contrapartida, a liberdade de expressão e a necessidade de informação não sofre o mesmo balizamento.

Desta forma, seguindo as decisões que ocorrem no Brasil em casos semelhantes, teria havido um equívoco da Corte Europeia de Direitos Humanos, em sua maioria, ao manter a decisão que condenou a Requerente Paula Cristina Barata Monteiro da Costa Nogueira militante do partido e o Requerente Bruno Patrício Moreira advogado do partido. No seu juízo de ponderação não teria levado em consideração a situação em concreto (comício político), tampouco a característica daquele que, a *prima facie*, teve seu direito individual maculado (político – pessoa pública), não mitigando, portanto, a proteção do direito individual. O entendimento dos juízes vencidos prevaleceria, e na queixa analisada a liberdade de expressão se sobreporia.

Entretanto, observando a escalada de denúncias exposições midiáticas, além do descontrole da difusão por meio das redes sociais, há de se ponderar que, mesmo se tratando de figuras públicas, alguns cuidados devem ser tomados. Há diferenças entre informar que há denúncias, que há fatos a serem apurados, que está ocorrendo processo judicial sobre determinado ocorrido e a afirmação peremptória que ocorreu crime. O contraditório, a ampla defesa, a presunção de inocência são valores caros ao Estado democrático de direito e precisam também serem considerados.

REFERÊNCIAS

BARROSO. Luís Roberto. Colisão entre Liberdades de Expressão e Direitos da Personalidade. Critérios de Ponderação, Interpretação Constitucionalmente adequada ao código Civil e da Lei de Impressa. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n.235, p.02-34, Jan/Mar. 2004.

CARBONELL, Miguel. **Neoconstitucionalismo (s).** Madrid; Trotta, 2009.

ESTEFANIA, Joaquim. **Mas quem é essa nova direita que ganha espaço pelo mundo?.** Disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2019/03/22/opinion/1553264899_947348.html. Acesso em: 26 ago 2020. Publicado em: 23 mar 2019.

FACHIN, Luiz Edson. **Teoria Crítica do Direito Civil.** Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

FILHO. Ilton Robl. SARLET. Ingo Wolfang. Estado Democrático de Direito e os limites da liberdade de expressão na Constituição Federal de 1988, com destaque para o problema da sua colisão com outros Direitos Fundamentais, em especial

com os direitos de personalidade. Constituição Economia e Desenvolvimento: **Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional.** Curitiba. Vol.08, nº 14, p.111-143. Jan-Jun, 2016.

LUTZKY, Daniela Courtes. **A reparação de danos imateriais como direito fundamental.** Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

MACHADO. Jónatas Eduardo Mendes. **Liberdade de Expressão**: Dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social. Coimbra: Editora Coimbra, 2002.

MORAIS, Esmael. **Mentor dos Bolsonaro e de Trump, Steve Bannon é preso nos EUA**. Disponível em: https://www.esmaelmorais.com.br/2020/08/estrategista-de-trump-e-bolsonaro-steve-bannon-e-preso-nos-eua/. Acesso em: 26 ago 2020. Publicado em: 20 ago 2020.

RICHETER, André. Juiz **Sérgio Moro diz que advogados da Lava Jato abusam do direito de defesa.** Disponível em: https://agenciabrasil.ebc.com.br/politica/noticia/2016-02/juiz-sergio-moro-diz-que-advogados-da-lava-jato-abusam-do--direito-de-defesa. Acesso em: 26 ago 2020. Publicado em: 01 fev 2016.

SARLET, Ingo Wolfgang (Org) in **Direitos Fundamentais, informática e comunicação: algumas aproximações**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SARLET. Ingo Wolfang. Neoconstitucionalismo e influência dos direitos fundamentais no direito privado: algumas notas sobre a evolução brasileira. **Civilistica.com**. Rio de Janeiro, a.1, n.1, jul-set.,2012.

SARMENTO. Daniel. Liberdade de expressão, pluralismo e o papel promocional do Estado. **Revista Diálogo Jurídico**, salvador, nº16, maio-ago, 2007.

SESSAREGO, Carlos Fernández. **Derecho y persona**. 5 ed. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Astrea, 2015.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 39. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

SOARES, Flaviana Rampazzo. **Responsabilidade civil por dano existencial.** Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência política e teoria do Estado**. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

A PROPORCIONALIDADE NO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL ALEMÃO: ALGUMAS REFLEXÕES INTRODUTÓRIAS E TRÊS CASOS HISTÓRICOS

PROPORTIONALITY AT THE GERMAN FEDERAL CONSTITUTIONAL COURT: SOME INTRODUCTORY REFLECTIONS AND THREE HISTORICAL CASES

Émerson Nunes Madeira[1]

Resumo: O presente artigo de pesquisa se ocupa em perscrutar a proporcionalidade no Tribunal Constitucional Federal Alemão, levando em consideração principalmente algumas reflexões introdutórias sobre as suas origens, seu desenvolvimento pelos teóricos, aliado a um breve estudo de três casos destacados na jurisprudência, postos essencialmente através de excertos dissertativos importantes extraídos da doutrina que debate o tema. O problema que se corporifica reside na questão de saber o motivo pelo qual o aludido princípio foi tão ventilado ao longo dos anos, e por quais desígnios alcançou tal instituto a envergadura que atualmente se conhece. Para tanto, nada melhor a explicar isso, do que

1 Mestrando em Direito na Fundação Escola Superior do Ministério Público. Especialista em Direito Público pela Escola Superior da Magistratura Federal – ESMAFE/RS (2011). Aluno Pesquisador do Grupo de Pesquisa Tutelas à efetivação dos direitos indisponíveis, Linha Tutelas à efetivação de Direitos Transindividuais junto ao Mestrado da Fundação Escola Superior do Ministério Público sob orientação da Professora Doutora Maren Guimarães Taborda. Procurador do Município de Guaíba/RS. Advogado. Endereço eletrônico: g8.madeira@gmail.com.

um compêndio dos fundamentos elucidativos de quem se debruçou a esclarecer fundamentalmente a questão, a doutrina conhecedora paterna e outras que pelo mundo se preocuparam vivamente com o tema. O ritmo do trabalho será tangenciado para uma conclusão que permitirá identificar em que medida a proporcionalidade foi resolutiva e organizadora de embates jurídicos difíceis, num momento onde a sociedade clamava por regras de Estado carregadas de alguma carga valorativa e principiológica.
Palavras-chave: Tribunal Constitucional Federal Alemão; proporcionalidade; jurisprudência; princípios; teoria dos direitos fundamentais.

Abstract: This research article is concerned with investigating proportionality in the German Federal Constitutional Court, taking into account mainly some introductory reflections on its origins, its development by theorists, combined with a brief study of three cases highlighted in the jurisprudence, essentially put through important essay excerpts extracted from the doctrine that debates the theme. The problem that is embodied lies in the question of why the aforementioned principle has been so ventilated over the years, and for what purposes such an institute reached the scale that is currently known. For that, nothing better to explain this, than a compendium of the elucidative foundations of those who set out to fundamentally clarify the issue, the paternal knowledgeable doctrine and others that around the world were very concerned with the subject. The pace of work will be tangent to a conclusion that will allow identifying the extent to which proportionality was resolving and organizing difficult legal disputes, at a time when society was clamoring for state rules loaded with some value and principiological burden.
Keywords: Federal Constitutional Court of Germany; proportionality; jurisprudence; principles; fundamental rights theory.

1. INTRODUÇÃO

Para que algo criado ou desenvolvido se afigure como um instituto sério de qualquer ciência, inclusive a do direito, não basta que num determinado momento da história algum indivíduo ou instituição comandada pelo homem se apodere de técnicas novas, as publique e colha os frutos da boa invenção. Antes da ascensão no meio social, pelos desígnios da utilidade, será posto sempre o uso sob teste, debate, aplicabilidade e propósito.

A proporcionalidade no sentido em que é aplicada pelos teóricos e hermeneutas jurídicos atuais, surgiu na Alemanha, tombada sob o termo *Verhältnismässigkeit,* que é formado pelo substantivo *Verhältnis,* que significa proporção e relação (HAEBERLIN, 2018, p. 169).

É exatamente sob o supracitado desígnio da utilidade que a proporcionalidade tem se mostrado então requisitadíssima no debate e enfrentamento de soluções que são exigidas do Estado e dos tribunais, pelo que estes então precisam cada vez mais deste mecanismo capaz de permitir o exercício das liberdades individuais, sem se descurar dos anseios das comunidades de nações, erguidas pela necessidade de apaziguamento coletivo e ao mesmo tempo interessada na tutela dos direitos e garantias fundamentais. Tudo a manter a menor gravosidade possível.

> A aplicação do critério da proporcionalidade como limite dos limites não se confunde com uma ponderação de bens, interesses ou valores jurídicos, mas representa a busca "do" meio necessário de intervenção, assim entendido o meio adequado de intervenção (adequado ao propósito da intervenção) que seja, em face da liberdade atingida, o menos gravoso. Aplicar o critério da proporcionalidade significa, portanto, interpretar e analisar o propósito perseguido pelo Estado e o meio de intervenção em si, no que tange às suas admissibilidades e à relação entre os dois (SCHWABE, 2005, p. 89).

E numa comunidade que hodiernamente cada vez mais é sedenta a melhoramentos de todo gênero em matéria de realizações, pelas suas garantias constitucionais, segundo Gaspar, Barreiros e Sampaio (2011, p. 120) "só há razão e possibilidade de falar em direito quando se está diante de uma sociedade" e não há dúvidas de que o instrumento de resolução de conflitos sociais, impõe a utilização de mecanismos que mantenham contemporâneo os anseios das pessoas, estas que, sendo mutáveis, transformam-se constantemente em razão de fatores econômicos, políticos e tecnológicos (GASPAR; BARREIROS; SAMPAIO, 2011, p. 125).

Aduz Jürgen Schwabe (2005, p. 281) que a proporcionalidade está então nessa exata medida, a do distanciamento estanque da norma, para a busca de uma "compensação proporcional", do "equilíbrio", principalmente para resolver as hipóteses onde há ambiguidade da linguagem, desacordo moral e colisões de normas constitucionais, numa categoria geral que tem sido referida como casos difíceis, os *hard cases* (BARROSO, 2017, p. 25).

A interpretação então aparece, como uma operação mental, a ser feita a partir de todas as normas jurídicas, quais devam ser aplicadas, por órgão, pessoa física e a ciência jurídica (KELSEN, 1998, p. 387-388).

E o princípio entendido como norma jurídica então, a especializar aqui o da proporcionalidade, faz parte desta mentalização interpretativa jurídica, que uma vez utilizado como critério determinante na teoria dos direitos fundamentais, se coloca como princípio geral do direito, mesmo nem estando descrito formalmente no texto constitucional (BERNAL PULIDO, 2014, p. 647).

> Esta propriedade de atribuição do princípio da proporcionalidade ao estado conceitual de princípio geral do direito constitui uma estratégia tendente a trazer uma ideia de pertencimento ao ordenamento jurídico, mesmo não aparecendo tipificado tal expressamente na Constituição. Dito de outro modo, a elevação da proporcionalidade como um princípio geral do direito constitui uma via relativamente oportuna para afirmar o caráter jurídico deste princípio, apesar de não estar consagrado no texto constitucional. [...] este princípio guarda una relação imprescindível com a interpretação jurídica (BERNAL PULIDO, 2014, p. 646).

Segundo ainda Bernal Pulido (2014, p. 672-673) "a função do princípio da proporcionalidade enquanto instrumento metodológico consiste em fundamentar a determinação dos conteúdos normativos ou vinculantes, derivados essencialmente dos enunciados de direitos fundamentais. Daí então o motivo de se trazer o estudo da proporcionalidade dentro do Tribunal Constitucional Alemão, posto que é nesse ambiente (como noutros tribunais pelo mundo) onde as argumentações jurídicas são erguidas sob o pêndulo da compatibilidade das leis com as constituições.

> O princípio da proporcionalidade não aparece consagrado em nenhuma disposição dos direitos fundamentais, mas faz parte dos argumentos do Tribunal Constitucional, que em cada caso procura demonstrar a compatibilidade ou incompatibilidade da lei com a Constituição (BERNAL PULIDO, 2014, p. 641).

Fato é que a medida que os casos complexos aparecem, os supracitados *hard cases* por Luís Roberto Barroso (BARROSO, 2020, p. 25) a evolução jurídica alemã se posicionava em direito constitucional, certa de que precisava construir o seu caminho e mostrar o seu papel no período pós-guerra. O Tribunal Constitucional Federal Alemão foi revelador à

época então de justificativas substantivas, pautado num caminho jurisprudencial novo, apto a descrever o período que se inseria, depois do obscurantismo da Segunda Guerra Mundial.

> Quando o Tribunal Constitucional Federal Alemão assumiu as suas funções, "encontrou diante de si uma Constituição muito semelhante ao tipo ideal clássico de um estado de direito liberal. Foi apenas através da jurisprudência do Tribunal que a Lei Básica foi transformada deste quadro liberal clássico para uma ordem de valor substantiva (BOMHOFF, 2013. p. 102).

Com os teóricos alemães tal evolução não foi diferentemente, e uma visão da Constituição como um sistema de valores substantivos comandou o apoio geral dos constitucionalistas alemães, apesar de intensa controvérsia, dentro e fora dos bancos acadêmicos, sobre a aplicação da teoria da "legitimação substantiva" a situações específicas. Repetidas vezes, o *Bundesverfassungsgericht* – Tribunal Constitucional Federal Alemão – confirmou a natureza baseada em valor da Lei Básica, enquanto comentaristas acadêmicos enfatizaram incessantemente a dependência do arcabouço constitucional alemão dessa espécie de legitimação (BOMHOFF, 2013, p. 93).

Questões importantes como liberdade de expressão e conflitos entre direitos fundamentais são alguns dos percalços que esse Tribunal passou, sempre amparando as cortes inferiores no desembaraço de soluções de casos difíceis e sem aniquilar direitos e fundamentos do estado democrático de direito. Tudo isso, amparado nos princípios como mandamentos de otimização e na "máxima da proporcionalidade que decorre da própria essência dos direitos fundamentais" (ALEXY, 2008. p. 117).

2. PROPORCIONALIDADE NO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL ALEMÃO

O princípio da proporcionalidade, como o conceito de uma ordem objetiva de valor, é crucial para qualquer entendimento no direito constitucional alemão. A Lei Básica Alemã, de diagnosticar, não contém uma referência explícita à proporcionalidade, mas o Tribunal Constitucional a considera como um elemento indispensável estatal, baseado no Estado de Direito (KOMMERS; MILLER, 2012, p. 46).

O Tribunal invoca consistentemente o princípio da proporcionalidade para determinar se a legislação e outros atos governamentais estão em conformidade com os valores e princípios da Lei Básica, como prova final para determinar se um determinado direito foi sobrecarregado à luz de um determinado conjunto de fatos (KOMMERS; MILLER, 2012, p. 46).

> Na sua versão alemã, o raciocínio de proporcionalidade é um processo de três etapas: (1) sempre que o parlamento promulgar uma lei que implique um direito básico, os meios utilizados devem ser apropriados (Eignung) para a consecução de um fim legítimo, porque os direitos da Lei Básica são circunscritos por deveres e muitas vezes limitados por objetivos e valores especificados no texto constitucional, e o Tribunal Constitucional recebe orientação considerável na determinação da legitimidade de um objetivo estatal; (2) segundo, os meios utilizados para atingir um objetivo válido devem ter o efeito menos restritivo (Erforderlichkeit) sobre um valor constitucional. Este teste é aplicado de forma flexível e deve redefinir o padrão de racionalidade; (3) finalmente, os meios utilizados devem ser proporcionados até o fim. O ônus da direita não deve ser excessivo em relação aos benefícios garantidos pelo objetivo do Estado (Zumut-barkeit). Esse teste de proporcionalidade em três frentes parece totalmente compatível com, se não exigido pelo, princípio da concordância prática (KOMMERS; MILLER, 2012, p. 46).

Na análise dos seus mais de 50 anos de existência, denota-se que o Tribunal Constitucional Federal Alemão se dedicou sobremaneira à concretização dos direitos fundamentais, tornando tal tarefa a sua primordial, principalmente em face da traumática experiência histórica de guerra, supracitada, que antecedeu à sua fundação em setembro de 1951, pelo que assim a sua jurisprudência exerce um papel histórico e político, a ser preservada, estudada e evoluída dentro do possível fático e jurídico (DIMOULIS; MARTINS, 2014, p. 257).

Concretização dos direitos fundamentais foi a tônica dos anos seguintes então, com irradiação de efeitos por todo arcabouço jurídico, usando-se da Constituição como sistema de valor inicial.

> Uma maneira pela qual essa noção da Constituição como sistema de valores foi usada para promover a cobertura constitucional completa foi através da elevação de certos valores a um status primordial do qual eles poderiam "irradiar" por toda essa ordem,

> preenchendo quaisquer lacunas potenciais que pudessem existir entre disposições específicas (BOMHOFF, 2013. p. 106).

Traduzindo uma passagem de Iddo Porat (2014, p. 414), na obra "Proportionality and The Rule Of Law. Rights, Justification, Reasoning", extrai-se que "o Tribunal Constitucional Federal da Alemanha chegou ao ponto de afirmar que a proporcionalidade emerge basicamente da natureza dos próprios direitos constitucionais".

Tudo, numa autentica representação do povo pelo Tribunal Constitucional Federal Alemão, na exata dicção de que suas decisões são afastadas de subjetivismos intencionais, como na visão esclarecida de Leonardo Simchen Trevisan, assim:

> A representação do povo pelo tribunal constitucional tem, em comparação com a representação do parlamento, um caráter mais próximo do ideal; no parlamento, maiorias podem impor-se autoritariamente e o processo de decisão pode ser conduzido por pura emoção, por dinheiro e por relações de poder preestabelecidas. Ao dirigir-se contra isso o tribunal constitucional não o faz contra o povo, e sim, em nome do povo, contra seus representantes políticos; depende-se para isso, da aceitação dos argumentos lançados pelo tribunal (TREVISAN, 2017, p. 249).

3. A PROPORCIONALIDADE NOS HISTÓRICOS CASOS "LÜTH", "FARMÁCIAS" E "BLINKFÜER"

Como o presente trabalho possui um delimitador marcado no próprio título, que é tecer algumas breves reflexões introdutórias sobre a proporcionalidade no Tribunal Constitucional Federal Alemão, aquelas aliás que a envergadura do texto comporta, a construção que se fará nesse tópico será a de apontar alguns fragmentos importantes sobre esses três casos históricos naquilo que toca a proporcionalidade, mais na tentativa de extrair excertos elucidativos teóricos do que na tentativa de os explicá-los no tempo e espaço, algo que demandaria um texto próprio.

Nessa toada, no caso Lüth-Urteil o Tribunal Constitucional Federal Alemão, lançou as bases, não somente da dogmática do direito fundamental da liberdade de expressão e seus limites, como também de uma dogmática geral, da parte geral dos direitos fundamentais. Assentada fi-

cou a ideia (pela primeira vez) de que os direitos fundamentais foram apresentados, ao mesmo tempo, como direitos públicos subjetivos de resistência, direcionados contra o Estado e como ordem ou ordenamento axiológico objetivo (SCHWABE, 2005, p. 381).

A propósito, também foram lançadas as bases dogmáticas das figuras da "*Drittwirkung* e *Ausstrahlungswirkung* (eficácia horizontal) dos direitos fundamentais, do efeito limitador dos direitos fundamentais em face de seus limites (Wechselwirkung) e da exigência de ponderação", como explica Jürgen Schwabe (2005, p. 381). Que também o juiz cível deve ponderar o significado do direito fundamental em face do valor do bem jurídico protegido pela lei geral e que uma decisão só pode brotar de uma visão completa do caso concreto, observando-se todos os fatores substanciais (DIMOULIS; MARTINS, 2014, p. 270).

Aduzem os autores Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins (2014, p. 270) em seu livro Teoria Geral dos Direitos Fundamentais que "uma ponderação incorreta pode violar o direito fundamental e assim fundamentar a Reclamação Constitucional junto ao Tribunal Constitucional Federal".

> […] no momento de discutir a justificação constitucional da intervenção, traçando o limite ao poder do Estado de limitar (critério da proporcionalidade), a análise do comportamento do titular pode ser feita excepcionalmente e no momento apropriado, qual seja, ao cabo do exame de proporcionalidade, tendo em vista que, eventualmente, possa ser afirmado um dever estatal de tutela em face do direito fundamental colidente (DIMOULIS; MARTINS, 2014, p. 274).

Da prática jurisprudencial é aferível que o princípio da proporcionalidade tem sido o critério apresentado para resolver os casos de colisões de direitos fundamentais, e como visto acima, realmente os mais diversos casos de colisão de direitos fundamentais são solucionados com referência ao princípio da proporcionalidade ou ponderação (GAVIÃO FILHO, 2010, p. 11-12).

É uma das teses centrais da teoria dos direitos fundamentais esse momento de justificação do Tribunal Alemão, qual implica trazer a reboque a já citada máxima da proporcionalidade com suas três máximas parciais, a da adequação, a da necessidade e a da proporcionalidade em sentido estrito, decorrente do caráter principiológico fundamental de direitos (ALEXY, 2008, p. 588).

Caso "Farmácias"; nesse, ficou assentada a ideia de que a liberdade do exercício profissional pode ser limitada com base no argumento racional em prol do bem comum, posto que se for feita sob o império deste

argumento, será tida por "adequada"; "A proteção do direito fundamental limita-se à resistência contra exigências demasiado pesadas e, por isso, inexigíveis e em si inconstitucionais" (DIMOULIS, 2014. p. 275).

Segundo Robert Alexy (2008, p. 141) "trata-se, portanto, de um caso que não corresponde à primazia do nível das regras – definidas por meio do teor literal da Constituição – diante do nível dos princípios".

> De acordo com o texto do art. 12, § 1 º, 1, da Constituição alemã, a liberdade de escolha profissional, ao contrário do que ocorre com a liberdade do exercício profissional, não está sujeita a nenhum tipo de reserva. O argumento do Tribunal segundo o qual a tentativa de rejeitar qualquer possibilidade de intervenção do legislador na liberdade de escolha profissional (...) não corresponderia à realidade social e, por conseguinte, não conduziria a resultados jurídicos plausíveis pode ser entendido de forma a que um desvio do teor literal do texto constitucional seja justificado caso se esteja diante de condições sob as quais os princípios colidentes tenham um peso muito maior que o peso da liberdade de escolha profissional. A relação de primazia entre os dois níveis não é, portanto, uma primazia estrita. Na verdade, aplica-se a regra de precedência, segundo a qual o nível das regras tem primazia em face do nível dos princípios, a não ser que as razões para outras determinações que não aquelas definidas no nível das regras sejam tão fortes que também o princípio da vinculação ao teor literal da Constituição possa ser afastado. A questão da força dessas razões é objeto da argumentação constitucional (ALEXY, 2008, p. 140-141).

Uma das coisas que o Tribunal Constitucional Federal Alemão examinou *in casu*, foi se a *mens legislatoris* observou os limites de sua competência regulamentar e se foi obrigatória uma intervenção para a proteção de um bem jurídico coletivo relevante, uma vez analisada a livre (escolha) profissional limitada pelos pressupostos objetivos de admissibilidade (DIMOULIS; MARTINS, 2014, p. 276).

Ao Tribunal Alemão foi atribuída essa "proteção dos direitos fundamentais em face do legislador", inclusive de fiscalização através da observância e substitutividade e, ainda, "ele não pode subtrair-se a esta tarefa se não quiser, na prática, desvalorizar em grande parte os direitos fundamentais e acabar com a sua função atribuída pela *Grundgesetz*" (SCHWABE, 2005, p. 612).

Em artigo no qual tenta demonstrar que a proporcionalidade empregada pelo Tribunal Constitucional Federal Alemão não recepciona

uma modalidade operativa entre princípios e regras, proposta por Robert Alexy, a respeito da aplicação do padrão de adjudicação, eis aquilo que Ignacio Covarrubias Cuevas (2018, p. 489), colaciona sobre o caso "farmácia", nos termos: "na Lei das Farmácias, a ponderação foi dada entre as demandas do bem comum e um direito fundamental (liberdade de exercício da profissão *in casu*)".

"A ponderação defendida por Alexy não corresponde a um modelo de decisão, mas a um modelo de fundamentação. Não se trata, na ponderação, de arbitrariedade e decisionismo, mas de racionalidade e fundamentação" (TREVISAN, 2017, p. 228).

Fato é que a proporcionalidade no caso fora decidida aduzindo que tanto o ato administrativo quanto o dispositivo legal no qual ele se baseara, violaram o art. 12, I, da Lei Fundamental da República Federal da Alemanha por não terem respeitado o critério da proporcionalidade, ou seja, a intervenção estatal na área de proteção do supracitado artigo não restou justificada constitucionalmente (DIMOULIS; MARTINS, 2014, p. 295).

Ao cabo, o caso "Blinkfüer", o Tribunal Constitucional Federal Alemão "julgou a Reclamação Constitucional procedente, realizando uma interessante ponderação entre os exercícios das liberdades de imprensa em colisão, o que o Tribunal Federal (BGH) não havia realizado" (SCHWABE, 2005, p. 401). BGH é o órgão jurisdicional ordinário alemão de última instância.

Na ementa da decisão do Tribunal ficou assentada a ideia de que o chamado a um boicote perpetrado por imprensa escrita (que era o tema de pano de fundo do caso) por motivos políticos e que fosse imposto principalmente com meios do poder econômico, não seria protegido pelo direito fundamental da liberdade de expressão e violava o direito fundamental da imprensa (DIMOULIS, 2014. p. 297).

Reconstruindo dogmaticamente essa decisão do boicote através da análise da proporcionalidade, Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins (2014, p. 309-315) explicam que para entender a solução definitiva dada, tem-se que aplicar o princípio da proporcionalidade junto à avaliação da intervenção em pauta e observar a *fixação da relação meio-fim*. A intervenção em pauta seria inconstitucional se fosse desproporcional, ou seja, se não fosse adequada e necessária enquanto meio utilizado para o alcance do propósito de se assegurar a garantia do direito cotejado e, via de consequência, a liberdade de imprensa.

E mais:

> *Adequação.* Adequado será um meio de intervenção quando ele se encontrar em uma relação de causalidade com o propósito (ou fim) de sua utilização, de tal forma que a utilização do meio possa levar ao fim perseguido independentemente da intensidade dessa causalidade, ou seja, do grau de aptidão do meio escolhido. Existem, em regra, vários meios adequados para o alcance de um propósito lícito. […] *Necessidade e complementar análise da simetria da situação de conflito*. Necessário será o meio (a intervenção) quando não houver outro meio igualmente adequado, mas que, ao mesmo tempo, onere a liberdade atingida de maneira menos intensa, restringindo o menos possível a área de proteção *in concreto* da garantia. Necessário e constitucional será sempre o meio que mais poupar a liberdade atingida. Todos os outros são desnecessários, por isso, desproporcionais e, por consequência, inconstitucionais. (DIMOULIS; MARTINS, 2014, p. 314).

4. A LINGUAGEM JURÍDICA ALEMÃ DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

Bernal Pulido (2014, p. 31) explica que essas três decisões do Tribunal Constitucional Federal Alemão denotam um princípio da proporcionalidade utilizado como "critério jurídico" de controle dos direitos fundamentais, qual, *a posteriore,* se estendera para o resto do mundo, inclusive migrando para demasiadas outras áreas do direito (BERNAL PULIDO, 2014. p. 59).

E, diga-se de passagem, com o aparelhamento ainda de algumas outras robustezes angariadas ao longo do seu crescimento enquanto dogma, a exemplo da distinção criada entre regra e princípio, qual na sinalização de Ignacio Covarrubias Cuevas não estava disposta em nenhuma decisão do Tribunal Alemão:

> Por fim, deve-se observar que não temos conhecimento de nenhuma frase do Tribunal Constitucional alemão que aceite expressamente a distinção entre princípios e regras. Por outro lado, o próprio Alexy amenizou o forte alcance dessa distinção, ao apontar que há um sentido amplo de direitos fundamentais, em que são formulados como princípios e outro estrito, em que são observa-

> dos "em regra", de modo que para o autor, não seria mais possível afirmar de forma tão categórica que as normas que contêm direitos fundamentais são sempre princípios.(COVARRUBIAS CUEVA, 2018, p. 488).

Essa proporcionalidade desenvolvida com a teoria dos princípios e dos direitos fundamentais, encarada como forma metodológica de aplicação do direito é aquilo que se estuda hodiernamente como a linguagem jurídica alemã do princípio da proporcionalidade. Não se deve confundir tal estudo com outra matriz histórica, a da doutrina do devido processo legal substantivo do direito norte-americano, onde a matéria foi também tratada, e que no direito brasileiro se incorpora, não raras as vezes, sem as distinções devidas, inclusive no Supremo Tribunal Federal (BARROSO, 2009, p. 255).

Antes, em que pese as deferências justificativas de proporcionalidade sobre os problemas de lei e justiça, até então ela era vista como um mero elemento retórico e de dialética:

> Na história da Jurisprudência, podemos dizer que a apreciação desse dado fundamental já surge entre os filósofos gregos e especialmente por obra de Aristóteles, ao tratar, na sua obra intitulada Ética a Nicômaco, do problema da Justiça. Aristóteles foi o primeiro a vislumbrar, no fenômeno jurídico, o elemento da *proporcionalidade*. Depois dele encontramos a obra de Santo Agostinho e, Finalmente, a de Tomás de Aquino que, escrevendo sobre Teologia, deixaram páginas admiráveis sobre o problema da Lei e da Justiça (REALE, 2001, p. 52).

Explica Miguel Reale (2001, p. 111) que embora "a interferência do poder como fator deveras decisivo no processo de positivação objetiva de uma regra de direito é, em primeiro lugar, uma decorrência da desigualdade natural dos homens e do imperativo de realizar o direito como proporcionalidade" e, sendo assim, estudar o instituto como mero elemento dentro do fenômeno jurídico já não era bastante.

Daí a necessidade de especialização teórica como foi demonstrada durante esse estudo. "Foi na jurisprudência alemã que se dividiu o conteúdo do princípio da proporcionalidade em três subprincípios: o da adequação, o da necessidade e o da proporcionalidade em sentido estrito" (BARROSO, 2009. p. 257).

Aliás, não se encerra o presente estudo sem antes reiterar o já exposto na introdução, de que tudo isso está amparado nos princípios como

mandamentos de otimização e na máxima da proporcionalidade que decorre da própria essência dos direitos fundamentais (ALEXY, 2008, p. 117). Parafraseando Leonardo Simchen Trevisan, pode-se afirmar que é de sagaz importância a teoria dos princípios de Robert Alexy, qual reserva estreita ligação com o princípio da proporcionalidade, e quais – mutuamente – estabelecem uma relação simbiótica a partir dos supracitados subprincípios (TREVISAN, 2015, p. 154).

Eis a elucidação para o acima exposto, num trecho do pensamento de Robert Alexy, em seu livro Teoria dos Direitos Fundamentais, na tradução de Virgílio Afonso da Silva:

> Princípios são mandamentos de otimização em face das possibilidades jurídicas e fáticas. A máxima da proporcionalidade em sentido estrito, ou seja, exigência de sopesamento, decorre da relativização em face das possibilidades jurídicas. Quando uma norma de direito fundamental com caráter de princípio colide com um princípio antagônico, a possibilidade jurídica para a realização dessa norma depende do princípio antagônico. Para se chegar a uma decisão é necessário um sopesamento nos termos da lei de coli são. Visto que a aplicação de princípios válidos – caso sejam aplicáveis – é obrigatória, e visto que para essa aplicação, nos casos de colisão, é necessário um sopesamento, o caráter principiológico das normas de direito fundamental implica a necessidade de um sopesamento quando elas colidem com princípios antagônicos. Isso significa, por sua vez, que a máxima da proporcionalidade em sentido estrito é deduzível do caráter principiológico das normas de direitos fundamentais. A máxima da proporcionalidade em sentido estrito decorre do fato de princípios serem mandamentos de otimização em face das possibilidades jurídicas. Já as máximas da necessidade e da adequação decorrem da natureza dos princípios corno mandamentos de otimização em face das possibilidades fáticas (ALEXY, 2008, p. 118).

No mais, impende ainda informar que a proporcionalidade tal como fora concebida na *civil-law* tinha um apelo conhecido no sistema da família jurídica romano-germânica e no seio do Estado de Direito, que era encontrar "na noção do *proporcional* equivalente instrumental axiológico para promover a contenção da arbitrariedade no exercício dos poderes (BANDEIRA DE MELLO, 2014. p. 114).

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A resposta a ser lançada em termos conclusivos, e aqui denota-se que essa conclusão é tão só para fins de apego metodológico no presente estudo, posto que a proporcionalidade quiçá seja infindável diante da evolução constante do debate e discussão dentro de uma sociedade tão mutável, é no sentido de que o aludido princípio, tão cotejado no Tribunal Constitucional Federal Alemão e entre os teóricos que se envolveram no estudo do tema, a par de trazer justeza dentro do problema da lei e da justiça como fizeram anteriormente Aristóteles e Tomás de Aquino, citados nesse texto, na Alemanha, aquilo que se vislumbrou foi uma guinada para a técnica jurídica principalmente.

Dentro dessa supracitada técnica ou critério jurídico como consignado ficou, entendida aquela dicção de que os princípios são mandamentos de otimização, na lição de Robert Alexy, a máxima da proporcionalidade então despontou com decorrência da própria ideia dos direitos fundamentais. Afinal, a Lei Fundamental Alemã já era à época arraigada de valores substantivos inarredáveis e esses precisavam ser depurados, ou nos termos jurídicos utilizados pelos estudiosos, sopesados, diante do conjunto fático e das possibilidades jurídicas.

Sem embargo de opinião diversa, aquilo que o Tribunal Constitucional Federal Alemão conseguiu fazer e se pode extrair no presente estudo, a exemplificar os casos "Lüth", "Farmácias" e "Blinkfüer", é demonstrar que há representatividade do povo numa decisão, que mesmo não tendo sido posta por legisladores, eleitos por este povo, fora trazida como meio de fiscalização daquilo que muitas vezes é elaborado de forma a inobservar as particularidades dos direitos e garantias fundamentais, pois a *mens legis* é coletiva na franca maioria das vezes, quando da confecção do aparato legislativo.

E se o pensar do legislador e do administrador aplicador não foi coletivo, então o cotejo é o inverso, em prol do bem comum, e a intervenção proporcional será aquela que dará guarida a proteção desse bem jurídico. A irradiação dos efeitos dos direitos fundamentais é aquilo que ao fim se destaca, e ela se prestará tanto a proteger individualmente em alguns casos, como a destacar a coletividade noutras, posto que nesse conjunto a sociedade também é protegida pelos enunciados garantidores.

O embrião colocado em prova no Tribunal Constitucional Alemão à época, atualmente já muito evoluiu, pelo que hoje a dinâmica dos tribunais hodiernos não é diferente desta que vimos, mas mais muscu-

losa em termos de judicialização e constitucionalização. Mas o estudo é sempre para um fim, e neste caso é para que, embora evoluindo, não se converta a proporcionalidade em um lamentável pretexto para o casuísmo fugaz e totalmente alheio às mínimas exigências de racionalidade argumentativa dentro de uma decisão judicial; é para se utilizar o instituto dentro da regra proposta e de acordo com o direito.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio, **Curso de Direito Administrativo**. 32ª edição, São Paulo: Malheiros, 2014.

BARROSO, Luís Roberto. **Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo**. Luís Roberto Barroso: Jurisdição Constitucional e Debates Públicos, 2020. Disponível em: <https://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2017/09constituicao_democracia_e_supremacia_judicial.pdf>. Acesso em: 02 de abr. de 2020.

BARROSO, Luís Roberto. **Direito constitucional contemporâneo. Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo.** 4ª edição, São Paulo: Saraiva, 2009.

BERNAL PULIDO, Carlos Libardo. **El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales.** El principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el Legislador. 4ª Ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2014.

BOMHOFF, Jacco. **Balancing Constitutional Rights.** ***The Origins and Meanings of Postwar Legal Discourse.*** United Kingdom: University Printing House, Cambridge, 2013.

COVARRUBIAS CUEVAS, Ignacio. **El Principio de Proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán: más allá de Alexy. Ius et Praxis** [online]. 2018, vol.24, n.3, pp.477-524.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2014.

GASPAR, Danilo G.; BARREIROS, Lorena; SAMPAIO, Marcos. **A Metodologia da Pesquisa e Thomas Kunh**. In. In. PAMPLONA FILHO, Rodolfo; CERQUEIRA, Nelson. Metodologia da Pesquisa em Direito e a Filosofia. São Paulo: Saraiva, 2011.

GAVIÃO FILHO, Anízio Pires. **Colisão de direitos fundamentais, argumentação e ponderação.** 2010. Tese (Doutorado em Direito), Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2010.

HAEBERLIN, Mártin. **Revisitando a proporcionalidade: da análise dos seus possíveis usos à crítica de seu abuso no Direito Brasileiro.** Revista da Ajuris – Porto Alegre, v. 45, n. 145, dezembro, 2018.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito.** Tradução João Batista Machado. Editora Martins Fontes, 1998, São Paulo.

KOMMERS, Donald P.; MILLER, Russel A. Miller. **The Constitutional Jurisprudence of Federal Republic of Germany.** 3. ed. Londres: Duke University Press, 2012.

PORAT, Iddo. **Mapping the American Debate over Balancing**. In: HUSCROFT, Grant; MILLER, Brandley W.; WEBER, Grégoire. Proportionality And the Rule of Law. Rights, Justification, Reasoning. Cambridge University Press, 2014.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 25ª edição, São Paulo: Saraiva, 2001.

SCHWABE, Jürgen. **Cinquenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão.** Traduzido por Beatriz Hennig. et al. Montevideu: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2005.

TREVISAN, Leonardo Simchen. **Os Direitos Fundamentais Sociais na Teoria de Robert Alexy.** Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGDir./UFRGS, Porto Alegre, v. 10, n. 1, ago. 2015. ISSN 2317-8558. Disponível em: <https://seer.ufrgs.br/ppgdir/article/view/54583>. Acesso em: 08 jul. 2020.

CORRUPÇÃO EM TEMPOS DE PANDEMIA: FRAUDES LICITATÓRIAS NO ÂMBITO DO ENFRENTAMENTO DA COVID-19

Giovanna Menelli de Oliveira[1]

Resumo: O artigo discute o a corrupção ocorrida por meio de fraudes em licitações públicas para o enfrentamento da pandemia da *Covid*-19. Primeiro é feita uma breve descrição do fenômeno multifacetário da corrupção, para demonstrar que se trata de uma cultura a ser combatida. Na sequência, há uma explanação sobre a importância da transparência e controle social nas licitações, de modo a coibir a prática de fraude. E, por fim, faz-se uma avaliação crítica de alguns desvios corruptivos de negócios da Administração Pública para o combate à pandemia do novo coronavírus.
Palavras-chave: Corrupção. Licitação. Transparência. Pandemia.

Abstract: The article discusses the corruption that occurred through fraud in public tenders to face the *Covid-19* pandemic. First, a brief description of the multifaceted phenomenon of corruption is made, to demonstrate that it is a culture to be fought. Next, there is an explanation of the importance of transparency and social control in biddings, in order to restrain the practice of fraud. Finally, there is a critical assessment of some corruptive business deviations of the Public Administration to fight the new coronavirus pandemic.
Keywords: Corruption. Bidding. Transparency. Pandemic.

1 Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Especialista em Direito Público pela Universidade de Caxias do Sul. Mestranda em Direito pela Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul. E-mail: gmenelli@gmail.com.

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo busca estudar o do fenômeno corruptivo, tendo como foco o combate à corrupção em licitações realizadas pelo Poder Público. O problema de pesquisa procura investigar como reduzir a ocorrência de corrupção em processos licitatórios e suas implicações para a sociedade.

Para tentar responder a essa questão, foram realizadas diversas pesquisas bibliográficas em livros, periódicos, revistas, sites de notícias e jurisprudência da matéria em questão, além de análises reflexivas de teóricos e estudiosos do tema do fenômeno corruptivo e suas relações com a sociedade.

O artigo inicia-se com uma breve exposição sobre como a corrupção sendo um fenômeno multifacetário é um problema cultural, político e econômico, que afeta a confiança das pessoas nas instituições. Em seguida, e feita uma explanação sobre o a natureza das licitações, como estas são usadas para o cometimento de fraudes, e a importância de haver transparência em todas as suas etapas para um maior controle da gestão pública por parte da população. Por fim, são apresentadas avaliações críticas de alguns desvios corruptivos em licitações realizadas para o combate à pandemia causada pelo vírus da *Covid-19* em nosso País.

2. O FENÔMENO DA CORRUPÇÃO

A corrupção no Brasil não é um fenômeno atual. Existem diversas causas para a sua ocorrência, sendo uma delas o patrimonialismo, decorrente do período de colonização, quando não havia real separação entre as terras do rei e do reino. Outra causa é a onipresença do Estado, que torna a sociedade dependente do mesmo, fazendo com que exigências como a troca de favores para a concretização de projetos pessoais, sociais ou empresariais, seja algo comum. Uma terceira causa é a cultura da desigualdade, pois a escravidão formou uma sociedade dividida naqueles que se consideram acima da lei, e os que estão sujeitos a ela. (BARROSO, 2020)

Conforme Castro (2007, p. 3),

> [...] a origem da corrupção está ligada à artificial criação de poder de mercado. Abusando de sua discricionariedade, um agente público pode aumentar o poder de mercado de uma empresa num evento de aquisição (*public procurement*). Assim procedendo, ele

> oferece a oportunidade de ocorrência de lucros extraordinários para tal empresa e pode dividir com esta a renda criada.

A partir disso, entende-se que a decisão de um agente público pode sofrer influências de agentes externos, de forma a corromper os princípios da boa administração pública. A oportunidade de auferir altas quantias de valores pode fazer com que o agente público abuse de sua discricionariedade, desvirtuando a finalidade da aquisição.

Nesse sentido, Nucci (2015, p. 3) ensina que a corrupção: "[...] caracteriza-se, nitidamente, pela negociata, pelo pacto escuso, pelo acordo ilícito, pela depravação moral de uma pessoa, gerando, muitas vezes, imensos estragos ao Estado". É uma cultura que distorce valores, beneficia poucos e prejudica toda a sociedade.

Leal (2013, p. 18) complementa:

> Há uma dimensão simbólica do que significa a corrupção em termos de valores democráticos que independe dos seus efeitos práticos e quantitativo-financeiros [...] pois estão em jogo as bases normativo-principiológicas fundantes das relações sociais e da confiança nas instituições representativas – públicas e privadas.

É possível perceber que a corrupção é um fenômeno intrínseco na sociedade. É uma verdadeira cultura, tida como regra nas relações políticas do país, que prejudica o desenvolvimento de políticas públicas e afeta a confiança da população nas instituições.

O Código Penal brasileiro (BRASIL, 1940) contempla dois tipos penais para a corrupção. A corrupção passiva está no artigo 317, que tipifica como crime a conduta do sujeito que, em razão da sua função, solicita ou recebe vantagem indevida, ou aceita promessa de tal vantagem. Já, o sujeito que, oferece ou promete vantagem indevida a funcionário público, com a finalidade deste praticar ato ou se omitir de praticar ato que está obrigado em razão da função que exerce, comete o crime de corrupção ativa, tipificada no artigo 333.

Rocha (2012, p. 13) ensina:

> A corrupção representa um fenômeno social, multidimensional e com múltiplas concepções, o que torna seu tratamento jurídico uma tarefa altamente intricada. Objeto de constantes mudanças legislativas, a criminalidade de natureza corruptiva encontra, ainda, sérios entraves acerca do seu devido enquadramento normati-

> vo, revelando, muitas vezes, a natureza hipossuficiente das normas penais que tratam da matéria.

A tipificação da corrupção constante na legislação brasileira pode não ser suficiente para enquadrar a totalidade da dimensão deste tipo de crime. Por ser um fenômeno multifacetário, o tratamento jurídico da matéria é de difícil enquadramento,

A corrupção, para Fernandes (2020), é um crime oculto, pois não costuma gerar evidências para serem utilizadas para provar a sua existência. Geralmente existe uma relação de confiança entre os sujeitos, e o fato de existir um tipo penal para o corruptor e outro para o corrupto, faz com que quebrar essa confiança seja extremamente difícil, uma vez que os sujeitos sabem que, se cooperarem, sofrerão prejuízos. Somando-se a isso, existe uma grade confiança de que o sistema judicial brasileiro não funciona, já que há um número relevante de casos em que ocorrem nulidades, prescrições e falta de provas suficientes.

É, portanto, muito difícil encontrar provas de esquemas de corrupção, pois a confiança mútua dos agentes faz com que as combinações sejam feitas de formas escusas. Somando-se à essa confiança mútua, existe a crença de que o sistema judicial é ineficiente, e também o medo de sofrerem sanções caso decidam cooperar.

A corrupção se desenvolve a partir de incentivos e oportunidades, como no caso de abuso de autoridade quando há grande margem de discricionariedade política. Um sistema onde há falta de transparência com o uso do dinheiro público, tende a contribuir para o crescimento da corrupção. (DABLA-NORRIS, 2003).

A grande margem de discricionariedade do agente público, somada à falta de transparência dos atos administrativos, dificulta a fiscalização do emprego dos recursos públicos. Essas duas circunstâncias, se forem somadas à oportunidade e o incentivo para o cometimento de desvios corruptivos, abrem margem à ocorrência de corrupção.

O fenômeno da corrupção é algo generalizado, sistêmico e plural. A corrupção se tornou o principal modo de fazer política e de como os negócios são feitos no Brasil. É fruto de ajuste entre grande parte da classe política com o empresariado. (BARROSO, 2020).

A prática de atos de corrupção tem como uma das consequências a má distribuição de riquezas e poder, prejudicando a execução de políticas públicas, como nas áreas da saúde e educação, que são imperativas para a construção de uma sociedade mais justa e igualitária. (OLIVEIRA

JUNIOR, 2020). É possível vislumbrar, também consequências mais imediatas em diversos segmentos da sociedade, principalmente nos setores produtivos, o que fomenta atitudes irregulares e gera o crescimento de uma economia informal. (LEAL, 2013).

A corrupção corrompe a confiança da população nas instituições, pois atinge todos os setores da sociedade. E, uma das formas utilizadas para a sua prática é através dos certames licitatórios realizados pelo Poder Público, pois durante o processo os agentes públicos responsáveis possuem certo grau de discricionariedade que possibilita a prática de atos fraudulentos. Justamente por isso é que o próximo item tratará sobre licitações.

3. LICITAÇÕES PÚBLICAS NO BRASIL: O PAPEL DA MORALIDADE E DA TRANSPARÊNCIA ADMINISTRATIVAS

A Constituição Federal (BRASIL, 1988) prevê no *caput* do artigo 37 a necessidade de obediência dos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência pela administração pública direta e indireta de todos os poderes (União, Estados, Distrito Federal e Municípios). Este artigo, no inciso XXI, institui a obrigatoriedade da realização de licitação para a contratação de obras, serviços, compras e alienações:

> Art. 37, XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações **serão contratados mediante processo de licitação pública** que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações. (grifo nosso).

Justen Filho (2019) ensina que na redação original do artigo 37 da Constituição Federal, estava previsto um regime único de licitação, aplicado a todas as entidades da Administração Pública. Neste contexto, a Lei 8.666/93 (BRASIL, 1993) foi editada, trazendo normas gerais para o regime único. Porém, a Emenda Constitucional nº 19/98 (BRASIL, 1998) modificou a previsão constitucional, prevendo um regime licitatório diferente para empresas estatais, o qual deveria ser regulamentado através de lei.

Em abril de 2021, entrou em vigor a Lei 14.133/21 (BRASIL, 2021), que ficou conhecida como a nova Lei de Licitações. A nova legislação pretendeu substituir a Lei 8.666/93, e unificar dispositivos das Lei 10.520/02 (BRASIL, 2002), que prevê a modalidade de licitação denominada Pregão, e a Lei 12.462/11 (BRASIL, 2011), que dispõe sobre o Regime Diferenciado de Contratações Públicas. O artigo 1º da nova lei dispõe que as normas gerais de licitação e contratação são obrigatórias para a administração direta, autárquica e fundacional da União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

O Tribunal de Contas da União (2010), define licitação como: "procedimento administrativo formal em que a Administração Pública convoca, por meio de condições estabelecidas em ato próprio (edital ou convite), empresas interessadas na apresentação de propostas para o oferecimento de bens e serviços." Sendo os objetivos buscados com o processo licitatório, segundo o artigo 11 da Lei 14.133/21, assegurar a obtenção da proposta mais vantajosa para a Administração Pública, o respeito ao princípio da isonomia entre os licitantes, evitar contratações com preços incompatíveis ou superfaturados, e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável.

Segundo Justen Filho (2019, p. 87):

> Pode-se afirmar que a licitação é um instrumento jurídico destinado a reduzir a irracionalidade na produção das decisões administrativas sobre contratações administrativas. O Direito reconhece os limites do conhecimento humano e o risco de decisões incorretas na gestão dos recursos públicos. A licitação é uma solução jurídica para impedir decisões apressadas, mal planejadas e impulsivas – defeitos que são inerentes ao processo decisório. O agente administrativo é um ser humano, sujeito a falhas em suas escolhas. A licitação reduz a autonomia do agente administrativo precisamente para limitar a amplitude dos riscos de equívocos.

Desta forma, é possível compreender a licitação como um processo que tem como algumas das finalidades a redução os riscos de fraudes, erros e prejuízos para a Administração Pública. O processo licitatório pretende que o gestor público tome decisões mais racionais na utilização do orçamento público.

Santos e Souza (2020) explicam que uma das funções do Estado é a promoção do bem comum, e para que isso seja possível, é necessário buscar bens e serviços no mercado. Uma compra pública geralmente é

precedida de três fases, começando pelo planejamento da contratação, seguida pela seleção do fornecedor, e finalizada com a gestão do contrato. (TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO, 2014).

O Estado necessita adquirir bens e contratar serviços do mercado para conseguir praticar as políticas públicas, fornecer material para o funcionamento da máquina estatal, entre outros. Para que isso ocorra em conformidade com os princípios constitucionais, a legislação ordinária estabelece etapas a serem cumpridas para as contratações públicas.

Segundo o entendimento do Tribunal de Contas da União (2010) é vedada a criação de condições que prejudiquem o caráter competitivo de contratações públicas. Nesse sentido:

> REPRESENTAÇÃO. CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS ADVOCATÍCIOS. EXIGÊNCIAS DE CARÁTER RESTRITIVO. SUSPENSÃO CAUTELAR DO CONTRATO. OITIVA DAS PARTES. RAZÕES INSUFICIENTES. BAIXA MATERIALIDADE. RELEVÂNCIA DO CONTRATO PARA A ADMINISTRAÇÃO CONTRATANTE. MANUTENÇÃO DO CONTRATO, EM CARÁTER EXCEPCIONAL, ATÉ O FINAL DA VIGÊNCIA SEM POSSIBILIDADE DE PRORROGAÇÕES. REVOGAÇÃO DA CAUTELAR. DETERMINAÇÕES. 1. É ilegal o estabelecimento de critério de habilitação em certame licitatório que imponha como requisito para participação em licitação ou como requisito de pontuação de proposta técnica, a exigência de experiência anterior do contratado, para prestação de serviços advocatícios, exclusivamente atribuída em função da prestação de serviços anteriores a outros conselhos de fiscalização de profissional. **2. É vedado aos agentes públicos incluir nos atos de convocação condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o caráter competitivo e estabeleçam preferências ou distinções impertinentes em relação aos interessados.** 3. Excepcionalmente, pode o Tribunal, em razão do interesse público envolvido na manutenção do contrato, da baixa materialidade envolvida e demais circunstâncias presentes no caso concreto, consentir na manutenção do contrato celebrado até seu término, vedando-se prorrogações, de modo a impedir a descontinuidade do serviço prestado. (grifo nosso)

Portanto, o gestor público está proibido de agir de qualquer forma que restrinja ou frustre o caráter competitivo do certame, em respeito aos princípios da impessoalidade e moralidade administrativas. Nesse sentido, Justen Filho (2019) explica ser vedada a colocação de um inte-

resse individual acima do interesse coletivo. Para tanto, o administrador deve respeitar o princípio da moralidade administrativa, o qual o impede de obter vantagens pessoais.

A corrupção em licitações tem conexão com o seu caráter competitivo, uma vez que a frustração deste é considerada fraude em licitação. Sobre isso, Santos e Souza (2020, p. 28-29) classificam a fraude como sendo a: "[...] vontade consciente do agente em provocar o dano. Resulta do planejamento, da organização e da execução de ato ilícito, reprovado pelas leis, pela moral e pela ética. Está acompanhada do objetivo de obter vantagem ilegítima ou ilegal."

Logo, a fraude em licitações está relacionada à concorrência deste tipo de processo de contratação pública. Quando o agente público deliberadamente frustra o caráter competitivo do certame, ele comete um ato ilícito.

Para Messa (2019), a Administração Pública tem o dever de promover a participação da sociedade nos mecanismos de controle da gestão pública, pois a fiscalização dos atos dos administradores públicos é um fator que contribui para evitar a prática de fraudes ou uso inadequado de dinheiro e bens públicos. A transparência é fundamental para combater a corrupção, pois facilita ao cidadão o acompanhamento da gestão administrativa.

Ao promover a transparência dos atos de gestão pública, haverá maior possibilidade de controle pela população. O controle da sociedade contribui para coibir o meu uso de verbas públicas, pois os administradores saberão que seus atos estarão sendo observados.

Conforme Lindstedt e Naurin (2005, p. 8):

> A transparent organisation, political system, juridical process or market is one where it is easy for anyone, outside or inside, to acquire the information he or she needs to take decisions or to form opinions about issues which he or she is interested in. The information is there for those who are willing and able to seek it.[2]

Desta forma, uma organização é transparente quando possibilita a obtenção das informações buscadas pelas pessoas interessadas. A informação, quando a instituição é transparente, está disponível a quem quiser verificá-la.

2 Uma organização transparente, seja um sistema político, um processo jurídico ou o mercado são lugares fáceis para qualquer um, de fora ou de dentro, adquirir a informação que ele ou ela precisa para tomar decisões ou formar opiniões sobre questões que ele ou ela se interessa. A informação está lá para quem quiser e está disposto a consegui-la. (tradução livre).

Nesse sentido, Viecili (2020) ensina que a transparência é uma grande forma de combater a corrupção, pois contribui de forma categórica para que haja um melhor controle social de investigações e processos envolvendo atos de corrupção, contribuindo para a efetividade e celeridade jurisdicional. Portanto, a publicidade dos atos licitatórios, como mecanismo de transparência, é uma forma para coibir a ocorrência de fraudes em licitações.

A transparência no emprego de verbas públicas envolvendo licitações é de especial relevância quando as verbas estão destinadas ao sistema de saúde pública. A ocorrência de corrupção nessa área, que é essencial à vida de toda a população, tem o condão de gerar o caos no atendimento básico de saúde. E, em tempos de pandemia, fraudes em licitações realizadas para o combate à doença resultam em falta de pessoal e insumos necessários em um momento crítico. Por isso, o item seguinte falará sobre a corrupção em licitações públicas para o combate ao coronavírus.

4. CORRUPCÃO EM LICITAÇÕES PARA COMBATER O CORONAVÍRUS

Segundo o Ministério da Saúde (2021): "A *Covid-19* é uma infecção respiratória aguda causada pelo coronavírus *SARS-CoV-2*, potencialmente grave, de elevada transmissibilidade e de distribuição global." O vírus acomete as pessoas de forma variada, não sendo possível prever se quem a contrai será assintomático, se apresentará quadro leve, moderado, grave ou crítico da doença. E, conforme o Ministério da Saúde, os indivíduos que desenvolvem uma forma grave ou crítica da doença necessitam de hospitalização para aumentar a sua chance de cura.

A Organização Mundial da Saúde (OMS), em 30 de janeiro de 2020, declarou o vírus, denominado *Covid-19*, como surto de emergência de saúde pública de preocupação internacional. E, em 11 de março de 2020, a OMS caracterizou a situação como pandemia. (WORLD HEALTH ORGANIZATION, 2020).

Porém, antes da OMS declarar a situação como pandemia, a apreensão com a disseminação da doença já havia se tornado uma preocupação internacional. Nesse contexto, foi editada a Portaria 188 (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2020), na qual foi declarada a emergência em saúde pública de importância nacional, que estabeleceu um Centro de Operações de Emergência em Saúde Pública para uma gestão coordenada que desse respostas uniformes à doença.

Logo após a edição da Portaria do Ministério da Saúde, entrou em vigor a Lei 13.979/20 (BRASIL, 2020), que dispôs sobre medidas para o enfrentamento à *Covid-19*. E, segundo Carvalho e Maffini (2020), a nova legislação surgiu com a intenção de dar celeridade às contratações públicas, permitindo a sua realização com menor burocracia.

A nova lei possibilitou que a Administração Pública adquirisse insumos e contratasse pessoal de forma célere. A rapidez é fundamental em um cenário de emergência de saúde pública em casos doenças virais transmitidas pelo ar, tais como a causada pelo novo coronavírus, uma vez que o sistema de saúde fica rapidamente esgotado com a quantidade de doentes graves.

Visando a urgência nas contratações, o artigo 4º da referida legislação previu a possibilidade de dispensa de licitação:

> Art. 4º É dispensável a licitação para aquisição ou contratação de bens, serviços, inclusive de engenharia, e insumos destinados ao enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional de que trata esta Lei.

Conforme aponta Justen Filho (2020), o artigo deixa explícita a necessidade de estar a contratação associada à emergência de saúde pública. Isso significa que não estão abarcadas as hipóteses que não estejam, ainda que indiretamente, relacionadas ao combate à pandemia.

Nessa linha, Carvalho e Maffini (2020) explicam que essa norma é uma exceção ao dever de licitar. Por isso, deve ser interpretada de maneira restritiva, tendo em vista que a licitação é uma forma de política pública, devendo ser respeitado o rol taxativo de possibilidades para contratação direta.

Ocorre que a facilitação de contratações para o combate à doença, acabou por facilitar a ocorrência de fraudes. Muitas matérias jornalísticas noticiaram diversas operações policiais e investigações de Tribunais de Contas em casos que compreendem o superfaturamento de insumos, materiais e serviços, dentre outros esquemas de corrupção que ocasionaram desvios de verbas públicas.

Em um dos casos noticiados, a Polícia Federal, para apurar fraudes em licitação na compra de testes de *Covid-19*, realizou a Operação Reagente, na qual investigou agentes públicos e empresários que utilizaram documentos falsos na dispensa de licitação para a compra de testes de *Covid-19*, realizada pela Prefeitura de Picos, no Piauí. Segundo as investigações, os contratos haviam sido direcionados para que a empresa integrante do grupo criminoso fosse a escolhida, e vendesse os exames

com preços superfaturados em pelo menos 40% do valor de mercado, o que gerou prejuízo de recursos federais que haviam sido conferidos para o Município. (DEPARTAMENTO DE POLÍCIA FEDERAL, 2020).

Em outro caso, ocorrido no Distrito Federal, foi noticiada uma operação para investigar a possível corrupção envolvendo a contratação de empresas para o fornecimento de 200 leitos para o hospital de campanha construído no Estádio Nacional Mané Garrincha. E, ainda no Distrito Federal, outra operação investiga possível fraude na contratação de empresa para gerenciar Unidades de Tratamento Intensivo do hospital da Polícia Militar do Distrito Federal. (MELO, 2020).

Diante do cenário devastador causado pela pandemia de *Covid-19*, a ocorrência de desvios nas verbas públicas destinadas à saúde ocasiona a falta de leitos, medicamentos e insumos hospitalares necessários à manutenção da vida de doentes graves da doença. Nesse sentido, Leite (2020, p. 58-59) faz uma reflexão sobre a corrupção na saúde:

> A corrupção na saúde pública mata e eleva sobremaneira, a cada dia, o número imoral de vítimas sequeladas e fatais da Mistanásia. [...] Diante do volume gigantesco de bilhões e bilhões de reais que são desviados a cada ano no nosso país, só no segmento da saúde, vemos que o caos nos hospitais públicos, a deficitária assistência básica e secundária na saúde pública é fruto não só desses bilionários desvios como também da má gestão, da inaceitável impunidade quase que total e da continuidade desses desvios ao longo de décadas.

A ocorrência de corrupção na saúde pública traz consequências imensuráveis para toda a população. O desvio de verbas públicas destinadas à assistência na área da saúde afeta principalmente as pessoas mais pobres, que não têm acesso à planos de saúde. Porém, em um período de pandemia, a falta de leitos hospitalares, medicamentos e materiais afeta toda a população brasileira, independentemente do status econômico.

5. CONCLUSÃO

A corrupção é um fenômeno que se apresenta em diversas dimensões. A dificuldade em combater a corrupção ocorre pelas circunstâncias deste tipo de crime, pois os agentes agem através de um pacto de confiança, dificultando a obtenção de provas suficientes para a condenação.

Uma das formas usadas pelos agentes para praticar esse tipo penal é através de procedimentos licitatórios. Em licitações, por haver um certo grau de discricionariedade para determinados atos, são feitos arranjos para que o ganhador do certame seja a pessoa pactuada com o agente público.

A transparência na gestão pública, desenvolvida através da publicidade dos atos administrativos é uma forma de coibir atos fraudulentos. Em certames licitatórios, a transparência é uma forma controlar onde estão sendo empregadas as verbas pelo gestor público.

Muitas fraudes estão sendo investigadas em licitações feitas para o enfrentamento à pandemia. Os certames licitatórios ocorridos nesse período foram especialmente propícios para a ocorrência da corrupção, uma vez que a lei editada para esse momento, com a intenção de tornar mais célere a contratação de insumos, equipamentos e pessoal, acabou por facilitar que casos de fraude acontecessem.

A corrupção corrói a confiança da população nas instituições, pois há grande descrença na punibilidade deste tipo de crime, uma vez que, geralmente, envolve pessoas que são consideradas pela opinião pública como poderosas. São os integrantes da classe política ou grandes empresários, que possuem capacidade econômica elevada e ampla articulação com agentes políticos importantes. Em relação a eles, parece haver uma dificuldade maior de serem condenados, uma vez que muitos dos processos que envolvem essas pessoas em casos de corrupção acabam por serem anulados, prescritos ou, então, os agentes são inocentados por falta de provas suficientes para condená-los.

Essa dificuldade em punir os agentes corruptos é um dos fatores que eleva a confiança desses agentes, que tendem a continuar cometendo esses crimes, juntamente por acreditarem que nunca serão condenados. E, como a corrupção é um crime que não deixa muitas provas contra os agentes, já que existe uma relação de confiança entre eles, a crença de que não serão punidos dificulta uma possível delação de algum dos participantes.

Para que seja possível reduzir a prática de corrupção em licitações, é necessário reconstruir a confiança da sociedade no sistema jurídico e político. Para isso, uma das alternativas é aumentar a transparência da gestão pública, deixando-a mais eficiente em relação ao emprego de dinheiro público. A publicidade dos atos dos administradores públicos possibilita um maior controle pela população, o que induz o administrador a empregar com maior critério o dinheiro público.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição Federal, de 5 de outubro de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 24 mar. 2021.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 12 abr. 2021.

BRASIL. Departamento de Polícia Federal. **PF deflagra Operação Reagente para investigar fraudes em licitação na compra de testes de Covid-19**. Brasília: DPF, 2020. Disponível em: http://www.pf.gov.br/imprensa/noticias/2020/07-noticias-de-julho-de-2020/pf-deflagra-operacao-reagente-para-investigar-fraudes-em-licitacao-na-compra-de-testes-de-covid-19. Acesso em: 14 abr. 2021

BRASIL. **Emenda Constitucional nº 19, de 04 de junho de 1998**. Modifica o regime e dispõe sobre princípios e normas da Administração Pública, servidores e agentes políticos, controle de despesas e finanças públicas e custeio de atividades a cargo do Distrito Federal, e dá outras previdências. Disponível em: http://www.planalto. gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc19.htm. Acesso em: 5 abr. 2021.

BRASIL. **Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993**. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e da outras providências. Disponível em: http://www.planalto. gov.br/ccivil_ 03/leis/l8666cons.htm. Acesso em: 24 mar. 2021.

BRASIL. **Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002**. Lei do Pregão. Disponível em: http://www. planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10520.htm. Acesso em 18 abr. 2021.

BRASIL. **Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011**. Lei do Regime Diferenciado de Contratações Públicas. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12462.htm. Acesso em 18 abr. 2021.

BRASIL. **Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020**. Dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019. Disponível em: http://www. planalto. gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/l13979.htm. Acesso em 14 abr. 2021.

BRASIL. **Lei nº 14.133, de 1 de abril de 2021**. Lei de licitações e Contratos Administrativos. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022 /2021/lei/L14133.htm. Acesso em 14 abr. 2021

BRASIL. Ministério da Saúde. **O que é Covid-19**. Brasília: Ministério da Saúde, 2021. Disponível em: https://www.gov.br/saude/pt-br/coronavirus/o-que-e-o--coronavirus. Acesso em: 14 abr. 2021.

BRASIL. Ministério da Saúde. **Sintomas**. Brasília: Ministério da Saúde, 2021. Disponível em: https://www.gov.br/saude/pt-br/coronavirus/sintomas. Acesso em: 14 abr. 2021.

BRASIL. Ministério da Saúde. **Portaria nº 188, de 3 de fevereiro de 2020**. Declara Emergência em Saúde Pública de importância Nacional (ESPIN) em decorrência da Infecção Humana pelo novo Coronavírus (2019-nCov). Brasília: Ministério da Saúde, 2020. Disponível em: https://www.in.gov.br/web/dou/-/portaria-n-188-de-3-de-fevereiro-de-2020-241408388. Acesso em: 14 abr. 2021.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. (Tribunal Pleno). **Acórdão TCU 1321/2014**. Relator: Min. Ana Arraes, 21 de maio de 2014. Disponível em: https://contas.tcu.gov.br/sagas/SvlVisualizarRelVotoAcRtf?codFiltro=SAGAS-SESSAO-ENCERRADA &seOcultaPagina=S&item0=499132. Acesso em: 15 abr. 2021.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. (Tribunal Pleno). **Acórdão TCU 2579/2009**. Relator: Min. Augusto Sherman Cavalcanti, 04 de novembro de 2010. Disponível em: https://contas.tcu.gov.br/sisdoc/ObterDocumentoSisdoc?codVersao=editavel&codArqCatalogado=1237855. Acesso em: 15 abr. 2021.

BARROSO, Luís Roberto. Empurrando a história: combate à corrupção, mudança de paradigmas e refundação do Brasil. In: SALGADO, Daniel de Resende; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de; ARAS, Vladimir (coord.). **Corrupção**: aspectos sociológicos, criminológicos e jurídicos. 1. ed. Salvador: JusPodivm, 2020.

CARVALHO, Guilherme; MAFFINI, Rafael. Da contratação pública. In: CARVALHO, Guilherme; MAFFINI, Rafael; AGI, Samer. **Lei do coronavírus**: Lei 13.979/2020. Brasília: CP Iuris, 2020.

CASTRO, Luciano Irineu de. **Combate à corrupção em licitações públicas**. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid, n. 07-03, serie de economía 02, abr.

2007. Disponível em: https://core.ac.uk/download/pdf/29427573.pdf. Acesso em: 30 mar. 2021.

DABLA-NORRIS, Era. A game theoretic analysis of corruption in bureaucracies. In: ABED, George T.; GUPTA, Sanjeev (eds.). **Governance, corruption and economic performance**. Washington DC: International Monetary Fund, 2003. Disponível em: ht tps://www.elibrary.imf.org/doc/IMF071/02861-9781589061163/02861-978158906116 3/Other_formats/Source_PDF/02861-9781455230532.pdf?redirect=true. Acesso em: 12 abr. 2021.

FERNANDES, Sérgio Bruno Cabral. O jogo da corrupção sistêmica no Brasil. In: SALGADO, Daniel de Resende; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de; ARAS, Vladimir (coord.). **Corrupção**: aspectos sociológicos, criminológicos e jurídicos. 1. ed. Salvador: JusPodivm, 2020.

GENEBRA. World Health Organization. **Coronavirus disease 2019 (COVID-19) Situation Report – 51**. Genebra: WHO, 2020. Disponível em: https://www.who.int/ docs/default-source/coronaviruse/situation-reports/20200311-sitrep-51-covid-19.pdf? sfvrsn=1ba62e57_10. Acesso em: 14 abr. 2021.

GENEBRA. World Health Organization. **Novel Coronavirus (2019-nCoV) Situation Report – 11**. Genebra: WHO, 2020. Disponível em: https://www.who.int/docs/default-source/coronaviruse/situation-reports/20200131-sitrep-11-ncov.pdf?sfvrsn=de7c0f7_ 4. Acesso em: 14 abr. 2021.

LEAL, Rogério Gesta. **Patologias corruptivas nas relações entre Estado, administração pública e sociedade**: causas, consequências e tratamentos. 1. ed. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2013.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**: Lei 8.666/1993. 18. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Covid-19 e o direito brasileiro**. Curitiba: Justen, Pereira, Oliveira & Talamini, *E-book*, 2020.

LINDSTEDT, Catharina; NAURIN, Daniel. **Transparency and Corruption**: the conditional significance of a free press. Gothenburg: QOG, 2005. Disponível em: https://core.ac.uk/download/pdf/43559119.pdf. Acesso em: 14 abr. 2021.

MELO, Karine. Pandemia: operação investiga corrupção em contrato sem licitação no DF. **Agência Brasil**, 2020. Disponível em: https://agenciabrasil.ebc.com.br/just ica/noticia/2020-05/pandemia-operacao-investiga-corrupcao-em-contrato-sem-licitac ao-no-df. Acesso em: 5 abr. 2021.

MESSA, Flávia Ana. **Transparência**: Instrumento essencial para o combate da corrupção no âmbito da Administração Pública Brasileira. In: DOMINGUES, Paulo de Tarso; MESSA, Ana Flávia (coods.). Governação Corporativa e Corrupção. Braga: Húmus, 2019. Disponível em: https://repositorio-aberto.up.pt/bitstream/10216/120621/ 2/336868.pdf. Acesso em: 14 abr. 2021.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Corrupção e anticorrupção**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

OLIVEIRA JUNIOR, Fernando Antonio de Alencar Alves de. A relação entre corrupção e concorrência: quando cartéis de licitação e agentes públicos desonestos se encontram. In: SALGADO, Daniel de Resende; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de; ARAS, Vladimir (coord.). **Corrupção**: aspectos sociológicos, criminológicos e jurídicos. 1. ed. Salvador: JusPodivm, 2020.

ROCHA, Rebecca Cerqueira. Reflexões sobre o tratamento jurídico-penal do fenômeno da corrupção no Brasil. **Revista de Direito UNIFACS**, Salvador, n. 146, ago. 2012. Disponível em: https://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/2238/ 1648. Acesso em: 20 mar. 2021.

SALGADO, Daniel de Resende; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de; ARAS, Vladimir (coord.). **Corrupção**: aspectos sociológicos, criminológicos e jurídicos. 1. ed. Salvador: JusPodivm, 2020.

SANTOS, Franklin Brasil; SOUZA, Kleberson Roberto de. **Como combater a corrupção em licitações**: detecção e prevenção de fraudes. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. **Licitações e contratos: orientações e jurisprudência do TCU**. 4. ed. Brasília: TCU, Secretaria-Geral da Presidência: Senado Federal, Secretaria Especial de Editoração e Publicações, 2010. Disponível em: https://portal.tcu.gov.br/lumis/portal/file/fileDownload.jsp?fileId=8A8182A24D6E8 6A4014D72AC81CA540A&inline=1. Acesso em: 5 abr. 2021.

VIECILI, Jerusa Burmann. A transparência como fator de efetividade do combate à corrupção. In: SALGADO, Daniel de Resende; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de; ARAS, Vladimir (coord.). **Corrupção**: aspectos sociológicos, criminológicos e jurídicos. 1. ed. Salvador: JusPodivm, 2020.

O DIREITO PENAL E A PROTEÇÃO DO MEIO AMBIENTE

Betina Scherrer da Silva[1]

Resumo: O presente artigo tem como objetivo explicitar o contexto da sociedade de risco e os seus reflexos na expansão do direito penal, analisando os impactos dessa nova realidade na proteção do meio ambiente. Em relação à metodologia, o principal método utilizado foi o hipotético-dedutivo, no qual o pesquisador, a partir de premissas gerais, pretende chegar a argumentos particulares. Além disso, foi empregada uma análise interdisciplinar do tema, por meio de pesquisa que abrange a relação entre os conceitos do direito penal e ambiental, assim como dos estudos filosóficos. No primeiro capítulo de desenvolvimento busca-se explicitar o contexto da sociedade de risco, a partir da definição formulada por Ulrich Beck, bem como as repercussões dessa realidade no processo de expansão do direito penal. Ainda, são analisadas as contradições existentes entre a expansão do direito penal e o modelo clássico de direito penal desenvolvido com o iluminismo. No segundo capítulo de desenvolvimento o trabalho visa apresentar a ligação entre o direito penal e o direito ambiental, com base nos princípios da prevenção e da precaução, que regem a matéria ambiental e que são de fundamental importância para a consolidação do direito penal ambiental. Outrossim, é demonstrado de que forma o direito penal assegura a proteção do meio ambiente, partindo-se do preceito de que o meio ambiente é um bem jurídico penal.
Palavras-chave: Sociedade de risco. Direito penal ambiental. Tutela do meio ambiente.

Abstract: The present article aims to explain the context of the risk society and its reflexes in the expansion of criminal law, analyzing the im-

1 Especialista em Direito Público pela Fundação Escola Superior do Ministério Público (FMP). Graduada em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). Advogada no escritório Ritter & Linhares Advocacia Criminal. Email: betina@ritterlinhares.com.br.

pacts of this new reality in the protection of the environment. Regarding the methodology, the main method used was the hypothetical-deductive, in which the researcher, based on general premises, intends to reach to particular arguments. Besides that, an interdisciplinary analysis of the subject was applied, since the developed studies cover the relation between the concepts of criminal law and environmental law, as well as philosophical studies. In the first chapter of the development it's sought to understand the context of the risk society, as from the definition formulated by Ulrich Beck, as well as the repercussions of this reality in the process of expansion of criminal law. Furthermore, the contradictions between the expansion of criminal law and the classic model of criminal law developed with the Age of Enlightenment are analyzed. In the second chapter of the development, the paper aims to present the link between criminal law and environmental law, based on the principles of prevention and precaution, which guide the environmental matters and which are of fundamental importance for the consolidation of environmental criminal law. Likewise, it is demonstrated how criminal law ensures the protection of the environment, based on the precept that the environment is a criminal legal good.
Keywords: Risk society. Environmental criminal law. Protection of the environment.

1. INTRODUÇÃO

A *sociedade de risco*, assim denominada pelo filósofo alemão Beck (2010), acarretou uma profunda transformação nas estruturas da sociedade, deslocando a comunidade de uma era industrial para uma fase pós-industrial. Essa transição, à medida que impulsionou o progresso científico e tecnológico, também gerou inúmeras consequências para a vida humana, principalmente para o meio ambiente. Assim, em decorrência da ilusória abundância dos bens ambientais, o homem apropriou-se dos recursos ecológicos e impactou a natureza de forma irreversível.

Nesse cenário da sociedade de risco emergiram ameaças que, até então, não eram conhecidas pelos seres humanos. Sendo assim, com o intuito de regular os perigos advindos da sociedade pós-moderna, o direito penal, como ferramenta de controle social, foi chamado a intervir em áreas que, anteriormente, não se encontravam no seu âmbito de proteção. Dentre essas áreas, o meio ambiente desponta como um dos principais

objetos da tutela penal, visto que a sua degradação impacta de forma imediata a qualidade de vida humana.

Logo, a partir desse contexto, surge a principal questão: por que a sociedade de risco passa a interessar tanto ao direito penal e qual a relação existente entre essa nova realidade e a proteção do meio ambiente?

Essa reflexão decorre da inegável ligação existente entre a conjuntura da sociedade de risco e o processo de expansão do direito penal. Assim, diante dos avanços tecnológicos e econômicos da sociedade, evidenciou-se a urgência de uma remodelação do direito penal, não mais pautado no viés antropocentrista e na tutela de bens jurídicos individuais, mas sim na proteção dos bens jurídicos plurindividuais, tais como o meio ambiente.

Justifica-se, assim, a necessidade da proteção penal desse bem jurídico, especialmente porque o direito penal apresenta um viés coercitivo que não é característico de outras áreas do direito. Essa proteção, inclusive, está prevista constitucionalmente, no art. 225 da Constituição Federal (BRASIL, 1998), que assegura o direito de todos ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Ainda, o parágrafo 3º do referido dispositivo legal prevê que os infratores estarão sujeitos à responsabilidade penal pelos danos causados ao meio ambiente.

Sendo assim, o objetivo geral do presente trabalho é explicitar o contexto da sociedade de risco e os seus reflexos na expansão do direito penal, analisando os impactos dessa nova realidade na proteção do meio ambiente.

Já os objetivos específicos do trabalho consistem em introduzir o contexto da sociedade de risco e a emergência das novas ameaças decorrentes da era pós-moderna; analisar os reflexos desse cenário no processo de expansão do direito penal e as contradições existentes entre o direito penal expansionista e o reducionismo garantista; e abordar a relação entre o direito penal e o direito ambiental, a partir da análise da tutela constitucional e penal do meio ambiente, bem como dos princípios que estruturam o direito penal ambiental.

No presente trabalho, o método utilizado será o hipotético-dedutivo, segundo o qual "O pesquisador elege o conjunto de proposições hipotéticas que acredita serem viáveis como estratégia de abordagem para se aproximar de seu objeto" (MEZZAROBA; MONTEIRO, 2009, p. 68). Como técnicas de pesquisa, serão utilizadas documentações indiretas e bibliográficas, partindo-se da pesquisa doutrinária. Além disso, os métodos de procedimento empregados serão o histórico e o comparativo, apresentando relações entre as posições doutrinárias, as correntes filosóficas e a letra da lei.

A pesquisa será desenvolvida em dois capítulos. Inicialmente, será elucidado o contexto da sociedade de risco, a partir da definição formulada por Beck, bem como as repercussões dessa realidade no processo de expansão do direito penal. Ainda, serão analisadas as contradições existentes entre a expansão do direito penal e o modelo clássico de direito penal desenvolvido com o iluminismo.

No segundo capítulo será verificada a ligação entre o direito penal e o direito ambiental, com base nos princípios que regem a matéria ambiental e que são de fundamental importância para a consolidação do direito penal ambiental. Ato contínuo, será demonstrado de que forma o direito penal assegura a proteção do meio ambiente, partindo-se do preceito de que o meio ambiente é um bem jurídico penal.

2. O CONTEXTO DA SOCIEDADE DE RISCO

A expressão *sociedade de risco* foi criada pelo filósofo alemão Beck (2010) para descrever a nova realidade enfrentada pela sociedade moderna, na qual os diferentes riscos que permeiam as áreas políticas, sociais, econômicas e ecológicas representam verdadeiras ameaças aos órgãos de controle (PISA, 2009). Desse modo, a sociedade de risco "Apresenta riscos transtemporais (efeitos ilimitados temporalmente), de alcance global, invisibilidade aos sentidos humanos e potencialidade catastrófica" (CARVALHO, D., 2013, p. 25).

Ost (2001) descreve que, diferentemente das concepções de risco como acidente ou como um fator calculável, que eram utilizadas, respectivamente, na sociedade liberal e no Estado social, nós adentramos em uma terceira fase do risco, caracterizada por eventos imprevisíveis e de grande magnitude. Dessa forma, os riscos atuais "Ponen en peligro a la vida en esta Tierra, y en verdad en todas sus formas de manifestación" (BECK, 1998, p. 28).

Beck (1998, p. 120) conceitua as sociedades de risco como "Aquellas sociedades que, al principio de manera encubierta y luego cada vez más evidente, están enfrentadas a los desafíos de la posibilidad de autodestrucción real de todas las formas de vida de este planeta". Sendo assim, essa definição evidencia que as ameaças presentes na sociedade pós-moderna já não podem mais ser controladas pelos instrumentos típicos da sociedade industrial (LEITE, 2012).

Isso porque "[...] o risco mudou de natureza e de escala" (OST, 2001, p. 342). Já não nos encontramos mais diante de uma realidade previsível

e despida de ameaças. A sociedade atual, pelo contrário, é dominada pelo medo e pela insegurança, visto que não é possível controlar as indeterminações do futuro (BAUMAN, 2007). Assim, para Leite e Ayala (2004, p. 14),

> O conceito de risco é a expressão característica de sociedades que se organizam sob a ênfase da inovação, da mudança e da ousadia. Reproduz essencialmente a pretensão moderna de tornar previsíveis e controláveis as conseqüências imprevisíveis das decisões, tentando submeter ao controle o que é incontrolável, propondo prever o imprevisível, e, principalmente, sujeitando os efeitos colaterais dessas decisões a arranjos institucionais adequados, compreendendo um conjunto de ações, programas e políticas institucionais compatíveis com o objetivo de gerar segurança em contextos de imprevisibilidade.

Conforme Dias, J. (2012), estamos diante de uma nova forma de sociedade, que foi fortemente influenciada pelo processo da globalização e que se caracteriza pela presença de riscos globais. Essas novas ameaças "[...] frustram as nossas capacidades de prevenção e de domínio, trazendo desta vez a incerteza ao coração dos nossos saberes e dos nossos poderes" (OST, 2001, p. 345). Desse modo, o controle que era característico da sociedade moderna desapareceu, abrindo espaço para a insegurança e para o enfretamento de questões que não podem ser respondidas com base na racionalidade técnico-científica (MACHADO, T., 2008).

Nesse sentido, Milaré (2009) explica que a racionalidade técnica não é mais considerada uma ferramenta equânime para a proteção dos seres humanos, visto que ela pode se transformar, por exemplo, em um instrumento de dominação do homem sobre a natureza. É por esse motivo que Beck (2010, p. 34) afirma que "[...] nas definições de risco, quebra-se o monopólio de racionalidade das ciências".

Malheiro (2018), por outro lado, destaca que a noção de risco está necessariamente atrelada ao processo de modernização da sociedade, bem como ao progresso tecnológico. Segundo o autor, essa evolução foi impulsionada pelo capitalismo e pelas novas formas de produção e organização do mercado. No entanto, apesar dos avanços propiciados pelo desenvolvimento, percebe-se que existe uma gama de efeitos negativos advindos da sociedade do risco (CALLEGARI; ANDRADE, R., 2011).

Neste rumo, Machado, M. (2005, p. 36) enfatiza que "A própria modernização trouxe consequências que estão hoje arriscando as condições básicas de vida alcançadas por via desse mesmo processo". Trata-se,

portanto, do chamado "efeito bumerangue" (BECK, 2010, p. 44), no qual o próprio causador do dano é atingido pelos efeitos advindos de sua conduta.

Desse modo, Beck (2010, p. 28) preleciona que a sociedade de risco "[...] é uma sociedade catastrófica" e que os riscos da modernidade são "[...] um barril de necessidades sem fundo". Isso ocorre porque um dos grandes traços da sociedade moderna é o desaparecimento das certezas, o que acarreta uma preocupação com o futuro e a criação de mecanismos que permitam um controle das inseguranças do presente (CARVALHO, D., 2013).

Percebe-se que, ao mesmo tempo em que a sociedade moderna é capaz de dominar as incertezas do futuro, ela também é o principal centro de produção dessas ameaças. Essa contradição entre controle e geração de riscos destaca a importância dos sistemas de proteção e de segurança (DE GIORGI, 1998). Restam demonstrados, assim, os traços antagônicos da sociedade contemporânea, na qual "[...] reforçam-se simultaneamente segurança e insegurança, determinação e indeterminação, estabilidade e instabilidade" (DE GIORGI, 1998, p. 192).

Assim, fica constatado que, a despeito de a sociedade moderna identificar os riscos e seus prováveis efeitos, ela não apresenta soluções adequadas para enfrentar essa realidade (LEITE; AYALA, 2004). Vivemos, portanto, em um cenário antagônico, visto que o risco, apesar de ser imprescindível para a sustentação da estrutura social, também constitui um fator de instabilidade para a sociedade (BOTTINI, 2006).

2.1. A EXPANSÃO DO DIREITO PENAL COMO CONSEQUÊNCIA DESTE NOVO CONTEXTO

Verifica-se que a sociedade de risco acarreta "[...] problemas novos e incontornáveis" (DIAS, J., 2001) ao direito penal, uma vez que ela marca o fim da sociedade industrial, em que os riscos eram previsíveis e controláveis, e anuncia o surgimento dos riscos globais, os quais produzem consequências incalculáveis à vida e aos seres humanos (DIAS, J., 2007). Portanto, essa complexidade presente na sociedade pós-industrial demanda um direito que esteja em harmonia com a nova realidade (CARVALHO, D., 2013).

Cabe destacar, nesse ponto, que o contexto da sociedade de risco ocasionou uma aproximação inevitável entre as ciências sociais e as ciências penais, visto que despontou na modernidade uma posição preventiva, com o intuito de assegurar a proteção contra as ameaças advindas do progresso científico e tecnológico (JAMAR, 2008). A partir da percepção

de que o risco desempenha um papel central na organização da sociedade, foi possível compreender a nova função do direito penal dentro desse contexto (BOTTINI, 2006).

Assim, é justamente a consciência da substituição dos riscos naturais pelos riscos artificiais que justifica a urgência de adaptação do direito penal ao novo contexto da sociedade de risco (FERREIRA, P.; ANDRADE, A.; CARVALHO, E., 2011). Esse direito penal vinculado às novas ameaças da sociedade pós-industrial pode ser chamado de direito penal do risco (CALLEGARI; ANDRADE, 2011). De acordo com Prittwitz (2004), o direito penal do risco "Descreve uma mudança no modo de entender o direito penal e de agir dentro dele, mudança esta resultado de uma época, estrutural e irreversível; uma mudança cujo ponto de partida já é fato dado e que tanto encerra oportunidades como riscos".

Nesse cenário, o direito penal ainda busca uma maneira de controlar as situações sociais de perigo, de modo a garantir a proteção aos danos e às ameaças de danos aos bens jurídicos coletivos (BUGALHO, 2007). Desse modo, um dos principais motivos da expansão do direito penal, materializada na elaboração de novas leis penais, é a proteção dos bens jurídicos comunitários, os quais tiveram sua importância reconhecida na era moderna, diante das consequências irreparáveis que sua violação pode causar à sociedade (BOZZA, 2015).

Consequentemente, de acordo com Machado, F. (2012), "O eixo do bem jurídico desloca-se ao supraindividual, e com isto todo um aparato dogmático é construído para proporcionar a proteção a estes bens jurídicos". Esse aspecto evidencia que o direito penal é calcado pelos fatores sociais, de modo que as leis penais não estão desvinculadas da interferência ativa dessa sociedade de risco (BATISTA, 2013).

Dessa maneira, Silva Sánchez (2013, p. 28) elenca como características da expansão do direito penal a "Criação de novos "bens jurídico-penais", ampliação dos espaços de riscos jurídico-penalmente relevantes, flexibilização das regras de imputação e relativização dos princípios político-criminais de garantia". Esses eventos não ocorrem por acaso, pelo contrário, eles estão intrinsecamente ligados às mudanças da sociedade contemporânea e à necessidade de adequação do aparato penal frente às novas ameaças (BOTTINI, 2010).

Observa-se que, juntamente com a evolução da sociedade, as estruturas do direito penal também foram adaptadas à sociedade de risco (PRITTWITZ, 2004). Resta demonstrado, portanto, que "A ciência penal não é um campo imutável e opaco, ao passo que as exigências sociais se

transformam, o Direito Penal deverá fazer uma reflexão sobre sua forma de atuação, se ajustando ou não ao novo panorama" (ANDRADE, A.; FERREIRA, P., 2014). Depreende-se que o movimento expansionista decorre do principal estímulo ao direito nesta era: "[...] observar e tomar decisões em um presente que, mesmo incerto e complexo, exige o controle dos riscos e a construção do futuro" (CARVALHO, D., 2013, p. 23).

Portanto, a partir do contexto da sociedade de risco e de sua influência na expansão do direito penal, conclui-se que "A sociologia do risco é firmada e definida pela emergência dos perigos ecológicos, caracteristicamente novos e problemáticos" (LOPES JÚNIOR, 2004, p. 141). Sendo assim, é imprescindível a análise dos mecanismos utilizados pelo direito penal para lidar com as questões ambientais, tendo em vista que a proteção desse bem é essencial para a sobrevivência dos seres humanos e para a garantia de vida das gerações futuras.

2.2. EXPANSIONISMO X REDUCIONISMO GARANTISTA

Segundo Diniz Neto (2010), a modernização do direito penal trouxe à tona o necessário debate entre a preservação das garantias individuais e as novas características da sociedade de risco. Isso porque "A transposição da prevenção dos novos riscos ao sistema penal trouxe um conflito para o âmbito de funcionamento das estruturas e instituições, que foram moldadas a partir da ideia de Direito Penal clássico, de cunho individualista" (BOZOLA, 2015, p. 2). Essa divergência ocorre, portanto, porque o direito penal moderno não se coaduna com o modelo tradicional de punição, que é centrado na intervenção subsidiária e na visão garantista (MALHEIRO, 2018).

Alguns autores, ao criticarem o expansionismo, argumentam que a ampliação do campo de incidência do direito penal é meramente simbólica, visto que ela mascara a ineficiência do Estado em lidar com certas questões sociais (CALLEGARI; WERMUTH, 2010). Ademais, os críticos vão além ao afirmarem que o modelo expansionista é algo alarmante, pois desvirtua o direito penal iluminista, sendo utilizado como ferramenta de controle social (BOZZA, 2015).

Essas considerações estão baseadas no modelo tradicional do direito penal, em que prevalece o princípio da intervenção mínima e a aplicação do direito penal como ultima ratio. Segundo essa concepção, o direito penal somente deve intervir quando outros ramos do direito não forem capazes de solucionar os conflitos sociais ou quando o bem jurídi-

co lesado for extremamente relevante (CARVALHO, S., 2004).

Daí surge o conflito entre o direito penal clássico e o expansionismo, uma vez que a teoria do delito construída com base no modelo causal não é capaz de atender às particularidades da nova criminalidade (CALLEGARI; DA MOTTA, 2007). Roxin (2001), por exemplo, questiona em que medida o direito penal tradicional tem condições de enfrentar os novos riscos da sociedade. Essa indagação encontra amparo no âmbito da proteção penal do meio ambiente, visto que os propósitos almejados pela doutrina penalista de outrora não levavam em consideração a ótica ambientalista (COSTA NETO, 2001).

Sendo assim, os repreensores da expansão do direito penal argumentam que a sociedade de risco acarretou uma "Inflação punitiva" (DINIZ NETO, 2010, p. 210) e que foram agredidos os princípios tradicionais do direito penal, tais como a fragmentariedade, a subsidiariedade, a legalidade, a culpabilidade, a ofensividade e a tutela principal de bens individuais (GOMES, 2003). Assim, Machado, F. (2012) leciona que "As ideias expansionistas do Direito Penal marcam a noção de punitivismo, representado pela ampliação dos tipos penais e uso desproporcionado das sanções".

No entanto, o próprio autor defende que tanto a política criminal contemporânea como a criminalidade tradicional encontram-se presentes no dia-a-dia, caracterizando um "Direito Penal diferenciado" (MACHADO, F., 2012). Desse modo, a dicotomia verificada entre a expansão do direito penal e a visão garantista não impede que os dois institutos possam conviver de modo supletivo. É por esse motivo que Sanchez (2011) afirma, com categoria, que "O descobrimento de certas características dos sistemas sociais, como sociedade do risco, obriga a uma nova política criminal que complemente a criminalização clássica".

Logo, desponta nesse embate um desafio para o direito penal, qual seja, o desenvolvimento de uma política criminal que respeite os fundamentos penais e processuais penais do Estado Democrático de Direito e, ao mesmo tempo, garanta a proteção da sociedade contra os novos riscos (JAMAR, 2008). Desse modo, a fim de compreender a ligação intrínseca entre o direito penal e o direito ambiental, é fundamental o estudo do direito penal ambiental, no qual o meio ambiente é reconhecido como bem jurídico penal.

3. DIREITO PENAL AMBIENTAL

Como exposto no capítulo anterior, a sociedade de risco, à medida que trouxe inovações tecnológicas, industriais e econômicas, acarretou diversas consequências negativas à sociedade, principalmente ao meio ambiente. Observou-se, progressivamente, a contradição existente entre o progresso desenfreado e a gradativa ameaça aos níveis mínimos de qualidade de vida, de modo que o direito penal foi chamado a intervir em áreas que, anteriormente, não eram consideradas merecedoras da tutela penal. Assim, desenvolveu-se, a partir da segunda metade século XX, a "Tomada de consciência da crise ambiental" (LEITE; AYALA, 2004, p. 23).

Esse processo consistiu na percepção da utilização indiscriminada dos recursos ambientais em favor do progresso econômico, culminando com um movimento global de proteção do meio ambiente, que se caracterizou pela realização de conferências, assinatura de tratados e, de forma geral, pela consciência da importância e da finitude dos recursos naturais (DIAS, R., 2017).

Cabe destacar, nesse contexto, que o direito se encontra diante de uma nova natureza, caracterizada por reflexos globais. Sendo assim, a intervenção penal, que outrora era voltada para os delitos de dano ao bem jurídico, hoje se concentra nas figuras de perigo de dano a este bem jurídico, mais precisamente na hipótese de perigo abstrato. Ou seja, preocupa-se, substancialmente, com a ameaça de dano ao meio ambiente (AYALA, 2002). Percebe-se, assim, que o modelo tradicional dos delitos de dano não se ajusta à complexidade dos crimes ambientais, os quais demandam técnicas de tutela distintas.

Portanto, atualmente, a tutela jurídica do meio ambiente constitui uma imposição a ser observada pelo mundo inteiro (PRADO, 2016). Esse esforço coletivo para a conservação do ambiente natural justifica-se porque "Temos a obrigação moral e ética de passar para as futuras gerações, no mínimo, o meio ambiente que temos hoje" (GOMES, 1991). Dessa forma, observa-se que o avanço normativo em matéria ambiental fundamenta-se no dever de preservar o meio ambiente para as presentes e futuras gerações. Nesse sentido:

> A tutela penal ambiental surge como uma das atuações prioritárias do Estado organizadas em torno dos interesses difusos da sociedade, objeto da atenção maior do legislador para o aperfeiçoamento do sistema legal, preventivo ou repressivo, que no Direito

> penal moderno procura atender aos anseios de criminalização ou descriminalização de certas condutas, de acordo com a sua relevância ou atualidade (FERREIRA, I., 1995, p. 69).

Observa-se que passamos por uma ruptura em relação ao direito penal clássico, na medida em que a norma penal passa a incidir não mais como último recurso da sociedade, mas antes mesmo da ocorrência do dano. Isso reflete a influência dos princípios da prevenção e da precaução em matéria ambiental, que se materializam, na seara penal, através dos crimes de perigo abstrato e das normas penais em branco (BERTOLDI; FREITAS, 2015).

Assim, tendo em vista as características da sociedade de risco e as consequências catastróficas que podem advir dos danos causados ao meio ambiente, o campo do direito penal moderno "[...] precisa poder reagir ao perigo, ao risco, precisa ser sensível diante da mínima mudança que pode se desenvolver e transformar-se em grandes problemas" (HASSEMER, 1993, p. 95-96). Desse modo, no que tange à proteção do meio ambiente, o legislador se viu diante da necessidade de atuar preventivamente, principalmente em decorrência da constatação de que, muitas vezes, é inviável a reparação do dano ambiental (SANTIAGO, 2015).

Segundo Costa, H. (2010), o estudo sobre a intervenção penal no meio ambiente demanda uma reflexão profunda, tendo em vista que os problemas advindos desse tema não são facilmente solucionáveis. Apesar de concordar com a incontestável necessidade de proteção penal do meio ambiente, a autora afirma que o aparato penal não é estruturado para lidar com as questões relativas aos recursos naturais, tendo em vista que existem problemas de legitimidade e efetividade no que se refere à tutela penal ambiental (COSTA, H., 2010).

No entanto, em contraposição aos argumentos apresentados pela autora, questiona-se se a legislação penal ambiental está sendo empregada de maneira apropriada, tendo em vista que os operadores do direito continuam a utilizar os conceitos e princípios do direito penal clássico, olvidando-se da inegável ligação entre o direito penal e o direito ambiental (SANTIAGO, 2015).

Desse modo, para que haja a conciliação entre o progresso tecnológico e a conservação do meio ambiente, é necessário que seja desenvolvida uma política ambiental voltada para o aproveitamento consciente dos recursos naturais, dentro dos limites impostos pela norma penal, a fim de evitar que eventos catastróficos comprometam a continuidade da vida humana (SOUZA, 2006). Sendo assim, "Negar a necessidade da uti-

lização das normas penais no controle da criminalidade ambiental é uma postura inócua, reacionária e que só interessa aos infratores contumazes" (CALHAU, 2004, p. 1890).

Conclui-se que o sistema jurídico deve preocupar-se com a tutela dos recursos naturais, sobretudo por meio do direito penal, que é o instrumento de reprimenda utilizado para a proteção dos bens essenciais à vida humana (SANTIAGO, 2015). Assim, a fim de compreender a proteção penal do meio ambiente, é essencial fazer uma análise acerca dos princípios que guiam os estudos ambientais e que se aplicam em matéria penal, quais sejam os princípios da prevenção e da precaução.

3.1. PRINCÍPIOS DA PREVENÇÃO E DA PRECAUÇÃO

A partir do estudo da tutela penal do meio ambiente, constata-se o necessário compromisso de prevenir o dano ambiental, nos casos em que for possível identificar de antemão as ameaças à natureza (MACHADO, P., 2003). Sendo assim, a construção de um Estado de Direito Ambiental, no qual haja uma justiça efetiva para o meio ambiente, baseia-se em certos princípios que visam a resguardar os recursos naturais, através da participação ativa do homem como defensor da natureza. Esses princípios decorrem da percepção da crise ambiental e da necessidade de atentar-se para a proteção do meio ambiente enquanto bem essencial para a vida humana (LEITE, 2007).

Ao definir o conceito de princípios, Cretella Júnior (1989, p. 129) refere que são "As proposições básicas, fundamentais, típicas, que condicionam todas as estruturas subsequentes". Logo, diante de sua condição de alicerce do sistema jurídico, é fundamental a conciliação dos princípios de direito ambiental à política criminal, especialmente no que se refere aos princípios da prevenção e da precaução (FREITAS, V.; FREITAS, G., 2012).

Embora alguns juristas empreguem as expressões prevenção e precaução com o mesmo significado, Bottini (2006) explica que "O princípio da prevenção será a diretriz para a restrição de uma atividade diante da evidência de perigo ou dano possível, quando houver um risco já diagnosticado". Isso porque os danos ambientais, em sua maioria, são insuscetíveis de reparação, ou tal medida é muito dispendiosa, de modo que a única alternativa viável é a antecipação ao dano (MARCHESAN, 2010).

No entanto, diferentemente do que ocorre no princípio da prevenção, em que o perigo é previsível, o princípio da precaução caracteriza-se por incertezas científicas e pela presunção no que tange à possibili-

dade de dano ao meio ambiente (MILARÉ, 2014). Logo, pode-se afirmar que a precaução situa-se em um estágio anterior à prevenção, tendo em vista que está relacionada ao risco hipotético (RODRIGUES, 2008).

Desse modo, o princípio da precaução constitui uma "Dupla fonte de incerteza" (AMORIM, 2017), visto que, além da dúvida científica, pairam indefinições acerca do perigo a ser enfrentado. Essas indeterminações, porém, não podem constituir um empecilho diante da necessidade de proteção dos bens ambientais, devendo ser adotada, diante das incertezas, uma atuação jurídica *in dubio pro ambiente* (LEITE, 2015).

Sendo assim, tendo em vista que os riscos da modernidade acarretam impactos globais, o princípio da precaução constitui uma ferramenta benéfica para a consolidação das políticas de sustentabilidade em níveis transfronteiriços (BRODT; FERREIRA, P., 2015). Conclui-se, portanto, que "O Direito Penal Ambiental desliza por entre os princípios do Direito Ambiental e deles se alimenta" (MARCHESAN; STEIGLEDER; CAPPELLI, 2010, p. 222).

3.2. A TUTELA PENAL DO MEIO AMBIENTE

O debate sobre o meio ambiente e suas diversas formas de preservação constitui um tema atual na doutrina e que, dado o caráter interdisciplinar da matéria, envolve o campo jurídico e as demais áreas do saber (DUARTE; GENTILE, 2009). Tendo em vista a conjuntura da sociedade de risco, bem como a estrutura vulnerável do direito ambiental, essa matéria "Necessita de um voltar de olhos ainda mais cauteloso no que tange a sua tutela mediante o direito penal" (COSTA, L., 2011). Assim, quanto à proteção desse bem jurídico, o Direito Penal assume um papel fundamental, tanto na prevenção como na resposta aos danos causados ao meio ambiente.

Nesse contexto, Cruz (2003) afirma que "Os bens jurídicos não são escolhidos aleatoriamente. São definidos na medida de sua importância para a vida do homem em sociedade, tendo como parâmetro o conceito de dignidade da pessoa humana". Assim, a partir da análise dos princípios estabelecidos na Constituição Federal, é possível compreender a importância da aplicação do Direito Penal ao Direito Ambiental, principalmente porque é assegurado a todos, como condição à existência humana, o direito ao meio ambiente equilibrado (DE BRITO; MASTRODI NETO, 2016).

Da Silva (2002) esclarece que o direito ao meio ambiente equilibrado é um direito fundamental de terceira geração, tendo como titular toda a espécie humana, e não apenas um indivíduo ou grupo de pessoas. Nesse sentido, o artigo 225 da Magna Carta (BRASIL, 1988) dispõe que:

> Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

Já o parágrafo 3º do referido artigo prescreve que os infratores deverão ser responsabilizados pelas condutas consideradas lesivas ao meio ambiente, sendo que essa responsabilidade poderá ocorrer no âmbito administrativo, penal ou cível (BRASIL, 1988). Portanto, de acordo com Reale Júnior (2005), "Há na Constituição um mandamento de se estatuir a responsabilização penal dos autores de condutas ou atividades lesivas ao meio ambiente".

Verifica-se que a atual Constituição Federal reconheceu o Estado Socioambiental de Direito, outorgando o "Status jurídico-constitucional de direito-dever fundamental ao direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado" (SARLET; MACHADO, P.; FENSTERSEIFER, 2015). Esse mandamento constitucional visa também a ampliar o campo de atuação do direito penal, de modo a transformá-lo em um mecanismo de defesa dos direitos supraindividuais, os quais demandam uma proteção legítima para que se cumpram os preceitos do direito material (LUISI, 1991).

Consoante os ensinamentos de Prado (2008), a compreensão do meio ambiente como bem jurídico penal deve partir da premissa de que "A noção de bem jurídico implica a realização de um juízo positivo de valor acerca de determinado objeto ou situação social e de sua relevância para o desenvolvimento do ser humano". Assim, é evidente a importância do meio ambiente para a sociedade, segundo consagrado na Constituição Federal (BRASIL, 1988), como condição de existência da vida humana.

Logo, a mudança de paradigmas ocorrida na sociedade, fruto das evoluções tecnológicas e econômicas, acarretou reflexos no direito penal, visto que novos fatos sociais foram erigidos ao patamar de bens jurídicos passíveis de proteção. Assim, a perspectiva unilateral da pena foi alterada para abranger os bens plurindividuais (MALHEIRO, 2018).

Desse modo, apesar de existirem críticas ao emprego do direito penal em matéria ambiental, por meio do argumento de que os princípios e garantias desse ramo jurídico não se prestam a tutelar o meio ambiente, percebe-se que o direito penal ambiental está se tornando cada vez mais independente do direito penal clássico. Isso porque foram desenvolvidas premissas próprias do direito penal ambiental, que o diferenciam de outros ramos do direito criminal (COSTA NETO; BELLO FILHO; COSTA, F., 2001). Dentre essas premissas destacam-se a adoção dos princípios da

prevenção e da precaução na política criminal (FERREIRA, P.; ANDRADE; CARVALHO, E., 2011), a responsabilização penal da pessoa jurídica (BELLO FILHO, 2015), as figuras de perigo, as normas penais em branco e, principalmente, a preocupação com as gerações futuras (DIAS, 2003).

4. CONCLUSÃO

O meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem jurídico indispensável à vida humana, sofreu um processo gradativo de destruição, diante do ilusório domínio do ser humano sobre os recursos naturais. No entanto, esse cenário se modificou quando novas ameaças, até então desconhecidas pelo homem, trouxeram um período de medo e de incerteza, que foi denominado de sociedade de risco. Assim, com base na tomada de consciência da crise ambiental e dos efeitos da utilização desmedida dos recursos naturais, surgiu uma nova mentalidade em relação ao meio ambiente, pautada no desenvolvimento sustentável e na preocupação com as gerações futuras.

O presente trabalho desenvolveu-se a partir da reflexão acerca do motivo pelo qual a sociedade de risco passou a interessar tanto ao direito penal, bem como sobre a relação existente entre essa nova realidade e a proteção do meio ambiente. Sendo assim, no primeiro capítulo, foi realizada uma breve explicação a respeito do contexto da sociedade de risco e da transição de uma sociedade industrial para uma era pós-industrial. Ademais, foram demonstrados os impactos da sociedade de risco no processo de expansão do direito penal, evidenciando-se as controvérsias existentes entre o modelo clássico do direito penal e a nova realidade marcada por ameaças catastróficas. Foi verificado, ainda, que o meio ambiente ganhou destaque nesse contexto com um bem passível de proteção penal.

Constatou-se, portanto, que o direito penal tradicional, pautado nos princípios do direito penal mínimo e da intervenção subsidiária, não se coaduna com as características da sociedade de risco, visto que os novos riscos apresentam vítimas difusas, efeitos globais e potencialidade lesiva que se estende no tempo.

Ato contínuo, no segundo capítulo, foi abordado de forma mais específica o estudo do meio ambiente como bem jurídico penal, através do desenvolvimento do direito penal ambiental, cuja estrutura consolidou-se a partir dos princípios da prevenção e da precaução. Sendo assim,

foi demonstrado que a tutela dos bens supraindividuais, tais como o meio ambiente, demanda uma postura diferenciada por parte do direito penal.

Desse modo, apesar de terem sido verificadas inovações no que tange à adaptação do direito penal à realidade da sociedade de risco, apurou-se que ainda há um longo caminho a ser percorrido para a consolidação do direito penal ambiental como esfera autônoma da tutela ambiental. Assim, de acordo com a pesquisa desenvolvida no segundo capítulo, o ideal seria desvincular esse ramo da visão garantista do direito penal clássico e estruturá-lo com base nos princípios que guiam os estudos ambientais, tais como o princípio da prevenção e da precaução. Esses princípios são de extrema importância para a proteção do meio ambiente e das gerações futuras, visto que, mesmo diante das incertezas científicas, eles demandam uma posição ativa no campo jurídico.

O objetivo geral da pesquisa era explicitar o contexto da sociedade de risco e os seus reflexos na expansão do direito penal, analisando os impactos dessa nova realidade na proteção do meio ambiente. Sendo assim, conclui-se que o contexto da sociedade de risco alterou drasticamente a forma de perceber e de tratar o meio ambiente, tanto para as presentes como para as futuras gerações. Nesse sentido, a cultura do consumo excessivo e da abundância dos recursos naturais foi substituída por uma conscientização global no que se refere à finitude dos bens ecológicos e de sua indispensabilidade para a vida humana.

Assim, percebe-se que a matéria ainda demanda muito estudo, restando questões a serem desenvolvidas futuramente. O presente trabalho, portanto, não representa apenas um ponto de chegada, mas também um ponto de partida para novas reflexões atinentes à proteção penal do meio ambiente e das gerações futuras.

REFERÊNCIAS

AMORIM, Camila Silva de. Os princípios do direito ambiental da precaução e da prevenção num paralelo com os conceitos de previsibilidade e previsão. **Revista de Direito Ambiental**, São Paulo, v. 86, p. 49-65, abr./jun. 2017.

ANDRADE, Andressa Paula de; FERREIRA, Pedro Paulo da Cunha. Modernização do direito penal: diálogos interdisciplinares. **Revista dos Tribunais Sul**, São Paulo, v. 4, p. 305-332, mar./abr. 2014.

AYALA, Patryck de Araújo. **Direito e incerteza**: a proteção jurídica das futuras gerações no estado de direito ambiental. 2002. 372 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Programa de pós-graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC), Florianópolis, 2002.

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 12. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Revan, 2013.

BAUMAN, Zygmunt. **Tempos líquidos**. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2007.

BECK, Ulrich. **La sociedad del riesco – hacia una nueva modernidad**. Tradução de Jorge Navarro, Daniel Jiménez e Maria Rosa Borrás. Barcelona: Paidós, 1998.

BECK, Ulrich. **Sociedade de risco**: rumo a uma outra modernidade. Tradução de Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34, 2010.

BELLO FILHO, Ney de Barros. Responsabilidade criminal da pessoa jurídica por crimes contra o ambiente: um balanço após 27 anos de constituição. **Revista de Direito Ambiental**, São Paulo, v. 80, p. 233-256, nov./dez. 2015.

BERTOLDI, Márcia Rodrigues; FREITAS, Ana Carla Pinheiros. O princípio da proporcionalidade e a solução de conflitos envolvendo o direito penal ambiental simbólico e do risco. **Veredas do Direito**, Belo Horizonte, v. 12, n. 24, p. 319-341, jul./dez. 2015.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes de perigo abstrato**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Princípio da precaução, direito penal e sociedade de risco. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 61, p. 44-121, jul./ago. 2006.

BOZOLA, Túlio Arantes. **Os crimes de perigo abstrato no Direito Penal contemporâneo**. Belo Horizonte: Del Rey, 2015.

BOZZA, Fábio da Silva. **Bem jurídico e proibição de excesso como limites à expansão penal**. São Paulo: Almedina, 2015. Disponível em: < https://books.google.com.br/books?id=lphkCwAAQBAJ&printsec=frontcover&dq=f%C3%A1bio+da+silva+bozza&hl=ptBR&sa=X&ved=0ahUKEwj2ytOAjazdAhU-

CS5AKHWU2ANYQ6AEIKDAA#v=onepage&q=f%C3%A1bio%20da%20silva%20bozza&f=false>. Acesso em: 1 abr. 2021.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 15 mar. 2021.

BRODT, Luís Augusto Sanzo; FERREIRA, Pedro Paulo da Cunha. O princípio da precaução e o direito penal. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 956, p. 119-167, jun. 2015.

BUGALHO, Nelson Roberto. Sociedade de risco e intervenção do direito penal na proteção do ambiente. **Revista de Ciências Penais**, São Paulo, v. 6, p. 286-323, jan./jun. 2007.

CALHAU, Lélio Braga. Efetividade da tutela penal do ambiente: a busca do ponto de equilíbrio em Direito Penal Ambiental. **Fórum de Direito Urbano e Ambiental – FDUA**, Belo Horizonte, ano 3, n. 17, p. 1889-1894, set./out. 2004.

CALLEGARI, André Luís; ANDRADE, Roberta Lofrano. Sociedade do risco e direito penal. In: CALLEGARI, André Luís (Org.). **Direito penal e globalização**: sociedade de risco, imigração irregular e justiça restaurativa. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 11-44.

CALLEGARI, André Luís; DA MOTTA, Cristina Reindolff. Estado e política criminal: a expansão do direito penal como forma simbólica de controle social. In: CALLEGARI, André Luís (Org.). **Política criminal, estado e democracia**: homenagem aos 40 anos do curso de direito e aos 10 anos do curso de pós-graduação em direito da Unisinos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 1-22.

CALLEGARI, André Luis; WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. **Sistema penal e política criminal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

CARVALHO, Délton Winter de. **Dano ambiental futuro**: a responsabilização civil pelo risco ambiental. 2. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

CARVALHO, Salo de. A ferida narcísica do direito penal (primeiras observações sobre as (dis)funções do controle penal na sociedade contemporânea). In:

GAUER, Ruth M. Chittó (Org.). **A qualidade do tempo**: para além das aparências históricas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 179-211.

COSTA NETO, Nicolao Dino de Castro e; BELLO FILHO, Ney de Barros; COSTA, Flávio Dino de Castro e. **Crimes e infrações administrativas ambientais**: comentários à Lei nº 9.605/98. 2. ed. rev. e atual. Brasília: Brasília Jurídica, 2001.

COSTA, Helena Regina Lobo da. **Proteção penal ambiental**: viabilidade – efetividade – tutela por outros ramos do direito. São Paulo: Saraiva, 2010.

COSTA, Lauren Loranda Silva. **Os crimes de acumulação no direito penal ambiental**. Porto Alegre: Editora Universitária da PUCRS, 2011. E-book (não paginado).

CRETTELA JÚNIOR, José. **Comentários à Constituição brasileira de 1988**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1989. v. 1.

CRUZ, Ana Paula Fernandes Nogueira da. A importância da tutela penal do meio ambiente. **Revista de Direito Ambiental**, São Paulo, v. 31, p. 58-99, jul/set. 2003.

DA SILVA, José Afonso. Fundamentos constitucionais da proteção do meio ambiente. **Revista de Direito Ambiental**, São Paulo, v. 27, p. 51-57, jul./set. 2002.

DE BRITO, Beatriz Duarte Correa; MASTRODI NETO, Josué. As esferas de responsabilidade pelo dano ambiental: aplicação ao caso Samarco. **Desenvolvimento e Meio Ambiente**, Curitiba, v. 39, p. 43-57, dez. 2016.

DE GIORGI, Raffaele. **Direito, democracia e risco**: vínculos com o futuro. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito Penal**: parte geral: tomo I: questões fundamentais: a doutrina geral do crime. São Paulo: Revista dos Tribunais; Portugal: Coimbra, 2007.

DIAS, Jorge de Figueiredo. O Direito Penal entre a "Sociedade Industrial" e a "Sociedade do Risco". **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 33, p. 39-65, jan./mar. 2001.

DIAS, Jorge de Figueiredo. O papel do direito penal na protecção das gerações futuras. **Boletim da Faculdade de Direito**, Coimbra, v. comemorativo 75, p. 1123-1138, 2003.

DIAS, Jorge de Figueiredo. O problema do direito penal no dealbar do terceiro milênio. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 99, p. 35-50, nov./dez. 2012.

DIAS, Reinaldo. **Gestão ambiental**: responsabilidade social e sustentabilidade. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2017. Livro eletrônico, não paginado.

DINIZ NETO, Eduardo. Sociedade de risco, direito penal e política criminal. **Revista de Direito Público**, Londrina, v. 5, n. 2, p. 202-220, ago. 2010.

DUARTE, Marise Costa de Souza; GENTILE, Larissa Dantas. Algumas observações sobre a tutela jurídica do meio ambiente a partir do estatuto ambiental constitucional e a questão da aplicação do princípio da insignificância nos crimes ambientais. **Revista de Direito Ambiental**, São Paulo, v. 53, p. 165-186, jan./mar. 2009.

FERREIRA, Ivete Senise. **Tutela Penal do Patrimônio Cultural**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

FERREIRA, Pedro Paulo da Cunha; ANDRADE, Andressa Paula de; CARVALHO, Érika Mendes de. A recepção político-criminal da precaução e os rumos do direito penal contemporâneo. **Revista de Ciências Penais**, São Paulo, v. 15, p. 395-418, jul./dez. 2011.

FREITAS, Vladimir Passos de; FREITAS, Gilberto Passos de. **Crimes contra a natureza**. 9. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

GOMES, Luiz Flávio. Direito penal tradicional versus "moderno e atual" direito penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 42, p. 236-241, jan./mar. 2003.

GOMES, Luiz Flávio. Proteção penal do meio ambiente. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 673, p. 390-393, nov. 1991.

HASSEMER, Winfried. **Três temas de direito penal**. Porto Alegre: Escola Superior do Ministério Público, 1993.

JAMAR, Izabela Lopes. Socialização e criminalização dos riscos: conflitos entre a teoria da racionalidade moderna e a teoria penal liberal clássica. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 70, p. 133-156, jan./fev. 2008.

LEITE, José Rubens Morato. **Dano ambiental na sociedade de risco**. São Paulo: Saraiva, 2012. Livro eletrônico, não paginado.

LEITE, José Rubens Morato. **Manual de direito ambiental**. São Paulo: Saraiva, 2015. Livro eletrônico.

LEITE, José Rubens Morato. Sociedade de risco e estado. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (Org.). **Direito constitucional ambiental brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 131-204.

LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patrick de Araújo. Transdisciplinariedade e a proteção jurídico-ambiental em sociedades de risco: direito, ciência e participação. In: LEITE, José Rubens Morato; BELLO FILHO, Ney de Barros (Org.). **Direito Ambiental Contemporâneo**. São Paulo: Manole, 2004. p. 99-125. Disponível em: https://books.google.com.br/books?hl=pt=-BR&lr=&id=2xvi9uy5kAUC&oi=fnd&pg=P17R&dq-direito+penal+ambiental&ots=D7UE44jy0H&sig=GQapWk2MBbATBx9yyrAv1R-QBwhY#v=onepage&q=176&f=false>. Acesso em: 04 abr. 2021.

LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patryck de Araújo. **Direito ambiental na sociedade de risco**. 2. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

LOPES JÚNIOR, Aury. (Des) velando o risco e o tempo no processo penal. In: GAUER, Ruth M. Chittó. **A qualidade do tempo**: para além das aparências históricas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 139-177.

LUISI, Luiz. **Os princípios constitucionais penais**. Porto Alegre: Fabris, 1991.

MACHADO, Fábio Guedes de Paula. Reflexos da pós-modernidade no direito penal. **Revista de Ciências Penais**, São Paulo, v. 16, p. 49-74, jan./jun. 2012.

MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. **Sociedade do risco e direito penal**: uma avaliação de novas tendências político-criminais. São Paulo: Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, 2005.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito ambiental brasileiro**. 11. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2003.

MACHADO, Tomás Grings. **Ofensa de cuidado-de-perigo e legitimação dos crimes ambientais**: princípio da ofensividade como limite à criminalização de

condutas. 2008. 192 f. Dissertação (Mestrado em Ciências Criminais) – Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS), Porto Alegre, 2008.

MALHEIRO, Emerson Penha. A segurança e o direito criminal ambiental em face da tutela jurídica do meio ambiente artificial. **Revista de Direito Ambiental**, São Paulo, v. 89, p. 35-56, jan./mar. 2018.

MARCHESAN, Ana Maria Moreira; STEIGLEDER, Annelise Monteiro; CAPPELLI, Sílvia. **Direito ambiental**. 6. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2010.

MEZZAROBA, Orides; MONTEIRO, Cláudia Servilha. **Manual de metodologia da pesquisa no direito**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MILARÉ, Édis. Amplitude, limites e prospectivas do direito do ambiente. In: MARQUES, José Roberto (Org.). **Sustentabilidade e temas fundamentais de direito ambiental**. Campinas: Millennium, 2009. p. 121-143.

MILARÉ, Édis. **Direito do Ambiente.** 9. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

OST, François. **A natureza à margem da lei**: a ecologia à prova do Direito. Tradução de Joana Chaves. Lisboa: Instituto Piaget, 1995.

OST, François. **O tempo do direito**. Lisboa: Instituto Piaget, 2001.

PISA, Adriana. Direito penal ambiental x sociedade de risco de Ulrich Beck: uma abordagem crítica. **Revista de Direito Ambiental**, São Paulo, v. 54, p. 9-64, abr./jun. 2009.

PRADO, Luiz Regis. Apontamentos sobre o ambiente como bem jurídico-penal. **Revista de Direito Ambiental**, São Paulo, v. 13, n. 50, p. 133-158, abr./jun. 2008.

PRADO, Luiz Regis. **Direito penal do ambiente**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

PRITTWITZ, Cornelius. O direito penal entre direito penal do risco e direito penal do inimigo: tendências atuais em direito penal e política criminal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 47, p. 31- 45, mar./abr. 2004.

REALE JÚNIOR, Miguel. Meio ambiente e direito penal brasileiro. **Revista de Ciências Penais**, São Paulo, v. 2, p. 67-83, jan./jun. 2005.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. O direito ambiental no século 21. **Revista de Direito Ambiental**, São Paulo, v. 52, p. 125-137, out./dez. 2008.

ROXIN, Claus. **Derecho Penal**: parte general. Madrid: Civitas, 2001.

SANCHEZ, Bernardo Feijoo. Sobre a "administrativização" do direito penal na "sociedade do risco". Notas sobre a política criminal no início do século XXI. **Revista Liberdades**, São Paulo, n. 7, p. 23-62, maio/ago. 2011.

SANTIAGO, Alex Fernandes. **Fundamentos de direito penal ambiental**. Belo Horizonte: Del Rey, 2015. E-book.

SARLET, Ingo Wolfgang; MACHADO, Paulo Affonso Leme; Fensterseifer, Tiago. **Constituição e legislação ambiental comentadas**. São Paulo: Saraiva, 2015. E-book (não paginado).

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. **A expansão do direito penal**: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. Tradução de Luiz Otávio de Oliveira Rocha. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

SILVA, Pablo Alflen da. O risco da técnica de remissão das leis penais em branco no direito penal da sociedade do risco. **Revista electrónica semestral de políticas públicas en materias penales**, Chile, n. 3, p. 1-21, jul. 2007.

SOUZA, Paulo Vinícius Sporleder de. O meio ambiente (natural) como sujeito passivo dos crimes ambientais. In: D´Avila, Fabio Roberto; SOUZA, Paulo Vinícius Sporleder de (Coord.). **Direito penal secundário**: estudos sobre crimes econômicos, ambientais, informáticos e outras questões. São Paulo: Revista dos Tribunais; Coimbra: Coimbra, 2006. p. 245-280.

O IMPACTO PROFUNDO DAS TECNOLOGIAS DE INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL NA DOUTRINA DOS DIREITOS AUTORAIS: ANÁLISE DA PROBLEMÁTICA DA DEFINIÇÃO DA AUTORIA [1]

THE DEEP IMPACT OF THE ARTIFFICIAL INTELLIGENCE TECHNOLOGIES IN THE COPYRIGHT LAW DOCTRINE: THE PROBLEM OF THE AUTHORSHIP DEFINITION

Vicente Fidelis Faccenda[2]

Resumo: A inteligência artificial atingiu um patamar de desenvolvimento e integração na sociedade da informação que traz a necessidade iminente de que o direito acompanhe tal ritmo intenso de mudanças. Algumas entidades de inteligência artificial foram criadas e desenvolvidas com o objetivo específico de produzir obras de potencial artístico e cria-

1 Ensaio desenvolvido sob a orientação do prof. José Tadeu Neves Xavier, elaborado a partir de debates realizados no Grupo de Pesquisa Relações tensionais entre Mercado, Estado e Sociedade: interesses públicos versus interesses privados, na Faculdade Fundação Escola Superior do Ministério Público (FMP).

2 Mestrando em Direito na Fundação Escola Superior do Ministério Público (FMP), na linha de pesquisa Tutelas à Efetivação de Direitos Públicos Incondicionados. Integrante do Grupo de Pesquisa Relações Tensionais entre Mercado, Estado e Sociedade e Interesses Públicos *versus* Interesses Privados, coordenado pelo Prof. Dr. José Tadeu Neves Xavier. Advogado, LLM em Direito Global e Tecnologia pela Suffolk University Law School. Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul.

tivo. A atribuição de direitos autorais depende do requisito da autoria, onde o resultado final é fruto da mente de um autor; autor esse que, até o advento da inteligência artificial e sua consequente utilização para a produção de obras artísticas, sempre foi um humano. No momento que se programa uma inteligência artificial para produção de obras criativas, surge a necessidade de se apontar aquele a quem será atribuída a autoria da criação da obra.
Palavras-chave: Direito do Autor; Inteligência Artificial; Autoria.

Abstract: Artificial intelligence has reached a level of development and integration in the information society that brings the imminent need for the law to accompany such an intense pace of change. Some artificial intelligence entities were created and developed with the specific objective of producing works of artistic and creative potential. The attribution of copyrights depends on the requirement of authorship, where the final result is the result of the mind of an author; an author who, until the advent of artificial intelligence and its consequent use for the production of artistic works, has always shown himself to be human. The moment an artificial intelligence is programmed for the production of creative works, the need arises to point out the one to whom the creation of the work will be attributed.
Keywords: Copyright law; artificial intelligence; authorship.

1. INTRODUÇÃO AO TEMA

A inteligência artificial já percorreu importantes trajetos de desenvolvimento tecnológico, chegando a patamares nunca antes explorados. Nesse sentido, o direito precisa estar atento aos novos paradigmas que a sociedade irá, de forma inevitável, se deparar nos próximos anos. Há já um entendimento consolidado no sentido de que a capacidade das máquinas de Inteligência Artificial (doravante I.A.) abrange o processamento de grandes quantidades de dados, nascendo assim, do uso da matemática e a lógica com a ajuda das tecnologias da ciência da computação, funcionalidades complexas que variam desde carros autônomos até robôs que jogam xadrez e, conforme será demonstrado, duetos de piano entre uma inteligência artificial e um usuário humano, criando uma melodia inteiramente nova e inédita. A utilização da inteligência artificial para a produção de obras artísticas que potencialmente seriam protegidas por direitos autorais está cada vez mais popular e recorrente.

A dinâmica da sociedade de informação, aliada ao desenvolvimento das entidades de inteligência artificial, traz para a doutrina dos direitos autorais um desafio bastante complexo: a definição da autoria em obras que são produzidas com o auxílio de técnicas de inteligência artificial. Há quem defenda a ideia de um domínio público ampliado para receber essas obras da I.A.; outros afirmam que a autoria deveria ser atribuída ao criador da inteligência artificial; não obstante, a atribuição a um eventual usuário ou consumidor também existe, além da atribuição da autoria a própria entidade de I.A, que, nota-se, não possui personalidade jurídica.

A metodologia de abordagem utilizada para a investigação da temática é o método dedutivo, pelo qual a doutrina, em conjunto com definições conceituais especificas, são analisadas com o intuito de se chegar à conclusão mais pertinente; não se propõe e nem se faz possível no atual momento de desenvolvimento tecnológico alcançar uma resposta concreta e definida. O resultado da pesquisa é voltado para o entendimento de que ainda não é possível definir uma solução única, principalmente em decorrência da novidade latente do tema, uma vez que a comunidade jurídica ainda precisa se pronunciar a respeito de matérias extremamente sensíveis como a natureza jurídica da entidade de inteligência artificial e, também, até que ponto a doutrina dos direitos autorais precisaria se adaptar (ou não) à utilização da inteligência artificial, o que, a princípio, dependerá de uma atuação ativa do legislador e da comunidade internacional por meio de eventuais tratados e acordos.

2. O AVANÇO DAS TECNOLOGIAS DA INFORMAÇÃO E O PARADIGMA DA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL

Primeiramente, cumpre esclarecer algumas noções técnicas a respeito do advento das entidades de inteligência artificial e em que contexto social tais avanços se consagraram. Tal esclarecimento é de suma importância, uma vez que o operador do direito acaba por, muitas vezes, não estar em pleno contato com os aspectos intrínsecos das capacidades das máquinas de inteligência artificial. A compreensão da realidade fática é necessária para que o jurista não se perca no oceano de possibilidades que se apresentam com o advento de novas tecnologias, sendo que este oceano é incrivelmente aberto, conflituoso e parcialmente indeterminado, onde nada está decidido a priori, como afirma Pierre Levy (LÉVY, p. 9, 2010). A dogmática jurídica não pode se fossilizar e ficar alheia à rea-

lidade, onde a tecnologia da informação se demonstra predominante ao redor do globo e a inteligência artificial é cada vez mais aprimorada em um estado da técnica com incríveis potencialidades.

Manuel Castells destaca que, historicamente, é preciso dar a devida importância às tecnologias da informação que se originaram a partir de uma dinâmica autônoma de intensas descobertas e de difusão tecnológica com origem nos Estados Unidos. nos anos 70, acarretando efeitos sinérgicos entre diversas tecnologias (CASTELLS, p. 97, 2013). Basicamente, uma tecnologia levava a outra nesse ambiente: o microprocessador possibilitou o microcomputador, as telecomunicações permitiram o funcionamento dos microcomputadores em rede, novos softwares foram sendo produzidos a partir do mercado de microcomputadores, que por sua vez cresceu muito com tecnologias de fácil uso, culminando com uma rede que funciona como uma teia mundial voltada principalmente para o usuário (CASTELLS, p.98, 2013). A consolidação e popularização da World Wide Web permanece como um espaço desafiador a tutela jurídica: *"Cyberspace is an entirely new law space without a transnational sovereign, international treaty, specialized court system, or virtual dispute resolution system."(RUSTAD, KOENIG, p. 2, 2016)*[3]. Sem a Internet, a computação em nuvem não poderia existir, os negócios e as empresas perderiam informações importantes e softwares, além de aspectos críticos de infraestrutura tanto no meio privado como nos governos ao redor do globo (RUSTAD, KOENIG, p. 3-4, 2016). Segundo Manuel Castells, a internet é *"...uma arquitetura de rede que, como queriam seus inventores, não pode ser controlada a partir de nenhum centro e é composta por milhares de redes de computadores autônomos com inúmeras maneiras de conexão, contornando barreiras eletrônicas."* (CASTELLS, p. 44, 2013).

Com a massificação e a gradual popularização da Internet, onde grande parte da população tem acesso aos meios virtuais, os desenvolvimentos tecnológicos começaram a se proceder utilizando a internet como parte importante das funções inovadoras das máquinas. Observou-se o advento da IoT – Internet of things (internet das coisas), fenômeno que muito se liga a inteligência artificial; Michael L. Rustad e Thomas H. Koening trazem a definição de forma correta: *"The internet of things (IoT) refers to all everyday consumer products and services that receive and transmit data on the Internet"* (RUSTAD, KOENIG, p. 43, 2018)[4]. Manuel

3 Tradução livre: *"O ciberespaço é um espaço jurídico totalmente novo, sem soberania transnacional, tratado internacional, sistema judicial especializado ou sistema virtual de resolução de disputas."*.

4 Tradução livre: *"A internet das coisas refere a todos produtos e serviços do consumidor do dia a dia que recebem e transmitem informações na Internet"*.

Castells cita alguns aspectos que compõe a base material do paradigma da sociedade da informação: o primeiro é que as tecnologias agem sobre a informação, sendo a informação sua matéria-prima; a segunda é que os processos de nossa existência individual e coletiva são moldados pelo meio tecnológico, uma vez que existe a penetrabilidade dos efeitos decorrentes da informação; o terceiro diz respeito às redes, podendo ser implementado em variados tipos de processo graças às tecnologias da informação; o quarto se baseia na flexibilidade, onde os processos são reversíveis e as organizações e instituições podem ser facilmente modificadas reorganizando seus componentes; o quinto fala sobre a convergência de tecnologias que convergem para um sistema integrado (CASTELLS, p. 108-109, 2013). É este ambiente que propulsiona, de forma intensa, o desenvolvimento da inteligência artificial.

A inteligência artificial (I.A.) versa sobre a possibilidade de as máquinas executarem tarefas que demandam aspectos da inteligência humana, como planejamento, compreensão de línguas, reconhecimento de objetos e sons, aprendizado e raciocínio (REIS, p. 134, 2020). Para tanto, a I.A. se beneficia dos chamados algoritmos, compostos por operações lógico-matemáticas finitas que determinam passos discretos, solucionando problemas ou questões pontuais (REIS, p. 107, 2020). O grande salto tecnológico aconteceu quando Charles Babbage (1792-1871) teve a ideia de colocar os procedimentos algorítmicos em uma máquina, embora na época não existisse a tecnologia para de fato realizar a genial ideia; Ada Lovelace (1815–1852) teve papel importante em auxiliar na construção da ideia de Babbage, porém a ideia só se concretizou de fato depois de muitos anos, com a famosa máquina de Alan Turing (1912-1954) e o advento da ciência da computação, que deram o impulso para o desenvolvimento da atual era digital (REIS, p. 113-115, 2020).

As entidades de inteligência artificial, utilizando algoritmos cada vez mais complexos, possuem a capacidade de processar quantidades gigantescas de informações, encontrando padrões nesses grupos de dados. Um dos avanços mais significativos da I.A. foi o advento do chamado "machine learning" (aprendizado de máquina). No aprendizado de máquina o algoritmo é treinado para que ele possa aprender por conta própria, conseguindo até mesmo resultados que os desenvolvedores sequer imaginavam (REIS, p. 136, 2020). Nesse ponto, a própria máquina consegue detectar novos padrões, não se limitando aos padrões que foram programados inicialmente pelo desenvolvedor da I.A.

A noção de aprendizado é algo que sempre se manteve preso a noção das capacidades do ser humano. Quando se pensa em comportamen-

tos inteligentes, surgem ideias como as de memorizar, observar e explorar situações para aprender fatos, melhorar habilidades motoras ou cognitivas por meio de práticas e organizar conhecimentos novos (FACELI, p. 2, 2019). No aprendizado de máquina, a experiência passada é crucial:

> Para tal, empregam um princípio de inferência chamado indução, no qual se obtêm conclusões genéricas a partir de um conjunto particular de exemplos. Assim, algoritmos de AM aprendem a induzir uma função ou hipótese capaz de resolver um problema a partir de dados que representam instâncias do problema a ser resolvido. (FACELI, p. 3, 2019)

Além do aprendizado de máquina, destaca-se o chamado "deep learning" (aprendizado profundo), que é caracterizado pela existência de camadas de unidades computacionais não lineares, que modelam relações complexas entre as informações (ZHAVORONKOV, MAMOSHINA, VANHAELEN, SCHEIBYE-KNUDSEN, MOSKALEV, ALIPER, p. 50, 2019), e da mesma forma é inegável a importância das RNA (redes neurais artificiais), sistemas computacionais distribuídos compostos de unidades de processamento simples e interconectadas conhecidas como neurônios artificiais que computam funções matemáticas (FACELI, p. 109, 2019). Ambas tecnologias se inspiram na complexa arquitetura do cérebro humano para que o processamento de informações aconteça de forma mais sofisticada, gerando resultados cada vez mais imprevisíveis. Sobre as possibilidades futuras da I.A., os pesquisadores geralmente dividem-se entre uma separação de uma I.A. forte e uma I.A fraca; a forte se baseia na ideia de que as máquinas realmente podem chegar a ser capazes de pensar como um humano, chegando ao seu nível de consciência, enquanto que a fraca tem raiz na ideia de que as máquinas vão poder simular alguns comportamentos do ser humano, mas sem chegar ao mesmo nível de consciência (ARTERO, p.16, 2009).

A partir dessas tecnologias citadas, a inteligência artificial começou a ser idealizada tendo como um de seus objetivos o desenvolvimento artístico e a criação de obras novas. Tais capacidades, tais como imaginação e criação, sempre foram consideradas como da essência do ser humano. Nesse prisma, a inteligência artificial, seguindo a linha de buscar replicar aspectos do cérebro humano, vem obtendo resultados cada vez mais impressionantes. A capacidade do ser humano de ser artista envolve processos cognitivos complexos, e as maquinas de inteligência artificial estão, aos poucos, sendo criadas com o objetivo de poderem também produzir arte, de forma autônoma ou não.

Em outubro de 2018, a obra de arte gerada por I.A., *"Portrait of Edmond Belamy*[5]*"*, foi vendida em um leilão por quatrocentos e trinta e dois mil e quinhentos dólares, marcando a primeira obra de inteligência artificial oficialmente vendida em um leilão; o grupo responsável pela I.A., o *"Obvious"*, colocou dados em um algoritmo de GAN (Generative Adversarial Networks) referentes a quinze mil retratos de épocas distintas[6]. O mesmo grupo, em 2020, participou de um projeto comissionado chamado *"A Bright Future"*, utilizando novamente algoritmos de GAN para criar uma obra de arte de meteorologia usando cinco mil imagens de satélite.

No campo da composição musical, ganhou destaque na mídia a notícia de que uma artista pop chamada Taryn Southern utilizou de inteligência artificial para co-produzir seu primeiro álbum: utilizando I.A, a cantora trabalhou em cima dos resultados do programa, colocando as decisões artísticas dela e organizando as ideias provenientes do algoritmo, como a geração de melodias, acordes e percussão[7].

A inteligência artificial utilizada no chamado *"A.I Duet"*, programado por Yotam Mann, é bastante interessante: utilizando um teclado digital acoplado em um computador ou mesmo o próprio teclado do computador, o usuário toca qualquer combinação de notas, e instantaneamente a I.A. do programa responde, compondo uma resposta totalmente original e musical, contemplando assim um dueto entre o usuário e o programa[8]. Segundo Yotam, o algoritmo utiliza aprendizado de máquina e redes neurais para aprender a partir dos exemplos musicais dados a ele pelo usuário – inclusive, o próprio desenvolvedor se surpreendeu com as respostas do programa em experimentos com diferentes pessoas, captando aspectos como tonalidade e ritmo, que não foram objetos da programação original[9]. O que chama a atenção é que, nessa aplicação, há uma clara interação entre um usuário e a máquina, onde a programação original do criador do algoritmo é constantemente evoluída a partir aprendizado da máquina e as interações de usuários.

Colocado em evidência o atual panorama tecnológico e alguns exemplos práticos do que o estado da técnica vem trazendo ao conheci-

5 Disponível em https://obvious-art.com/portfolio/edmond-de-belamy/. Acesso 15/4/2021

6 Disponível em https://aiartists.org/ai-timeline-art Acesso 09/4/2021

7 Disponível em https://www.theverge.com/2018/8/31/17777008/artificial-intelligence-taryn-southern-amper-music Acesso 3/4/2021

8 Disponível em https://experiments.withgoogle.com/ai-duet Acesso 15/4/2021

9 Disponível em https://www.youtube.com/watch?v=0ZE1bfPtvZo Acesso 15/4/2021

mento do público, fica evidente que as produções artísticas que são produzidas a partir de utilização de I.A. são uma realidade e certamente um grande desafio ao direito.

3. OS DIREITOS AUTORAIS E A PROBLEMÁTICA DA AUTORIA

Historicamente, os direitos autorais têm origem remota ao século XVIII, onde a primeira lei de direito autoral vigorou na Inglaterra, por meio do "Statute of Anne", no ano de 1710. Nos séculos seguintes, a discussão quanto aos direitos de propriedade intelectual foram se intensificando, e, aos poucos, inúmeros países adotaram legislações aderindo à proteção aos bens intangíveis, atribuindo direitos exclusivos à autores, cientistas, artesãos, artistas, programadores, escritores, para reproduzir, copiar, apresentar publicamente, ou mesmo explorar economicamente, suas respectivas obras, fruto de seu trabalho de ordem intelectual. Fábio Konder Comparato destaca a contribuição das ideias de John Locke ao funcionamento do mundo atual, afirmando que a defesa de Locke ao direito de apropriação privada se tornou um dos pais fundadores da civilização burguesa e um dos santos patronos do capitalismo (COMPARATO, p. 220, 2006). Por outro lado, André Santa Cruz critica esta posição doutrinária no que toca aos direitos autorais, afirmando que sua aplicação aos direitos de propriedade intelectual é conturbada, e que os direitos intelectuais se assemelham mais a uma espécie de monopólio estatal: "*...ainda que fosse possível a perfeita identificação da contribuição de cada inventor e seu respectivo valor de mercado, não é certo que o valor de mercado de uma criação constitui fruto do trabalho de seu inventor*." (CRUZ, p. 194, 2018).

Indo de frente ao Direito Brasileiro e como nosso ordenamento jurídico trata da proteção dos direitos intelectuais na sistemática atualmente em vigor, é importante começar pela nossa Constituição Federal. Os comandos constitucionais do nosso artigo 5º são cristalinos no sentido de estabelecer que os direitos de propriedade intelectual (incisos XXVII, XXVIII e XXIX) são fundamentais:

> XXVII - aos autores pertence o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar;
> XXVIII - são assegurados, nos termos da lei: a) a proteção às participações individuais em obras coletivas e à reprodução da imagem

> e voz humanas, inclusive nas atividades desportivas; b) o direito de fiscalização do aproveitamento econômico das obras que criarem ou de que participarem aos criadores, aos intérpretes e às respectivas representações sindicais e associativas;
> XXIX - a lei assegurará aos autores de inventos industriais privilégio temporário para sua utilização, bem como proteção às criações industriais, à propriedade das marcas, aos nomes de empresas e a outros signos distintivos, tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País.

Conforme Uadi Lammêgo Bulos, *"o trabalho do autor criar suas obras literárias, artísticas e científicas integra o catálogo das liberdades públicas de nossa Constituição"* (BULOS, p. 617, 2012). Além do que é exposto na Constituição, o ordenamento jurídico brasileiro infraconstitucional consagrou espaço para os direitos de natureza intelectual. As Leis de n. 9279 de 1996 (Lei de Propriedade Industrial) e 9.610 de 1998 (Lei de Direitos Autorais) são os pilares do ordenamento infraconstitucional de direitos intelectuais. Não obstante, os softwares também são protegidos legalmente conforme a sistemática dos direitos autorais. O desenvolvimento dos softwares está diretamente relacionado ao aprimoramento da inteligência artificial, uma vez que os algoritmos se interligam com softwares de diferentes naturezas e potencialidades. Inclusive, nos algoritmos de I.A. que produzem arte, é comum que a base das suas funcionalidades esteja presente em um código complexo, componente ou parte fundamental do software. Os programadores da I.A. são protegidos pela lei n. 9.609 de 1998 que prevê os softwares como equivalente a uma obra literária, sendo, portanto, colocados no manto de proteção dos direitos autorais; esse parece ser o entendimento consolidado no plano internacional, inclusive.

Importante frisar que a legislação referente aos direitos autorais é única em cada país, porem elas acabaram por se tornar extremamente similares em função de tratados internacionais, que foram elaborados visando uma maior harmonização das diferentes legislações. A transferência internacional de tecnologia e a globalização serviram como motivos para que a maioria dos países terem se colocado como signatários de tratados internacionais como o TRIPS e a Convenção de Berna. Porém, mesmo com a harmonização decorrente dos tratados, ainda há aspectos individualizados em cada ordenamento jurídico que os diferenciam uns dos outros, isso porque cada país buscou preservar o que já havia sido feito legislativamente e pela jurisprudência na seara dos direitos autorais antes da assinatura dos tratados.

No ordenamento jurídico brasileiro, pelo Art. 22 da Lei 9.610, separam-se os direitos morais e patrimoniais: "*Art. 22. Pertencem ao autor os direitos morais e patrimoniais sobre a obra que criou".* Os direitos morais podem ser compreendidos como uma extensão do direito de personalidade do autor. Segundo Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald, *"a relação jurídica autoral é, a toda evidência, privada, baseada na própria personalidade humana..."* (FARIAS, ROSENVALD, p. 270, 2013); já os direitos entendidos como patrimoniais são relacionados com a faculdade do detentor explorar economicamente sua obra, possibilitando ao autor obter ganhos e vantagens de ordem pecuniária (FARIAS, ROSENVALD, p. 274, 2013).

Um dos requisitos para concessão de direitos de natureza intelectual é a autoria. A necessidade de estabelecer um autor para que se atribua um direito autoral é o grande cerne da problemática dos direitos de propriedade intelectual das máquinas. De especial relevância estabelecer o que o paradigma atual da doutrina de direito autoral tem a dizer sobre a autoria; no cenário Brasileiro, temos o Art. 11 da Lei de Direitos Autorais que segue com a seguinte redação: *Art. 11 - Autor é a* ***pessoa física*** *criadora de obra literária, artística ou científica. Parágrafo único. A proteção concedida ao autor poderá aplicar-se às* ***pessoas jurídicas*** *nos casos previstos nesta Lei.* (grifei); dessa forma, apenas as pessoas físicas, que criam a obra seja individualmente ou em coautoria com outra pessoa física e as pessoas jurídicas (COSTA NETTO, p. 167-169, 2019). Pela simples análise da legislação, precisaria de uma construção prévia consolidando a ideia de uma "personalidade" robótica para então conciliar a ideia de robôs autores. Stephen McJohn, discorrendo a respeito dos requisitos de autoria presentes no *Copyright Act* norte-americano de 1974, afirma que a lei requer um autor humano, onde uma obra elaborada por um processo mecânico não poderia ser protegida por direitos autorais (MCJOHN, p. 25, 2015); após alguns casos controversos e certo debate na doutrina, o próprio Copyright Office norte-americano afirmou, em seu *Compendium: Copyright Office Practices,* no capítulo 300, seção 306[10], a necessidade de que a criação seja obra de um ser humano.

Conforme o exposto, não há problemas em atribuir ao ser humano os direitos autorais; é preciso entender como seria a atribuição desses direitos de natureza intelectual quando há a utilização de técnicas de inteligência artificial. Cumpre estabelecer que não há consenso doutrinário sobre a definição da autoria, sendo necessário recorrer a estudos divergentes para que se aponte possíveis soluções do problema da autoria.

10 Disponível em https://www.copyright.gov/comp3/chap300/ch300-copyrightable--authorship.pdf Acesso 3/3/2021

Há quem sustente que a questão da autoria da I.A. poderia ser resolvida pela utilização do domínio público como destino ideal das obras artísticas produzidas por I.A, onde se ampliaria a noção atual de domínio público para que pudesse englobar também as obras produzidas por entes de I.A. As obras que estão no domínio público são de todos, e ao mesmo tempo de ninguém em especial, ou mesmo já foram de propriedade de alguém no passado, uma vez que o direito autoral, diferentemente do direito de propriedade tangível, tem uma duração finita, com extensão de tempo de proteção transmitida aos herdeiros por tempo limitado. Luca Schirru afirma que a opção pelo domínio público tem fundamento no sentido de que existe um alto grau de imprevisibilidade dos resultados finais gerados pela I.A, decorrente de um menor grau de interferência humana e uma maior autonomia da máquina (SCHIRRU, p. 21). A universalidade de acesso ao domínio público é um fator importante, porém o investimento por trás de todo o complexo processo de criação de uma I.A. precisa ser considerado, levando em conta da necessidade de retorno financeiro para que haja os devidos incentivos a aqueles que dedicam seu tempo e dinheiro no desenvolvimento e aprimoramento da tecnologia.

Já a atribuição da autoria a própria inteligência artificial parece bastante complicada, uma vez que não há definição jurídica consolidada sobre a personalidade jurídica da máquina. No plano internacional, houve alguns pequenos avanços no sentido de se tentar definir a personalidade jurídica da inteligência artificial. Em 2016 foi aprovado pelo Parlamento Europeu o *Draft Report with Recommendations to the Comissionon Civil Law Rules on Robotics,* estabelecendo que fosse elaborada proposta legislativa de regras de Direito Civil sobre robótica. Em seu item 59, alínea 'f', recomenda a criação de um status legal específico para robôs a longo prazo, pedindo que as entidades não humanas autônomas com complexo desenvolvimento possa ser qualificadas como tendo o status de pessoas eletrônicas responsáveis por reparar danos e, possivelmente, aplicando personalidade eletrônica a casos onde robôs tomam decisões autônomas ou interagem com terceiros. No plano estratégico referente a 2016-2020 da Comissão Europeia sobre *"Communications Network, Content and Technology"*, fica claro a intenção do Parlamento Europeu de refletir sobre possíveis legislações referentes a sistemas autônomos e sua alocação no mundo real, estabelecendo metas e objetivos específicos relacionados a avanços tecnológicos. De igual importância temos a resolução de 2017, denominada *"Civil Law Rules on Robotics"*, que abre a possibilidade para que em um futuro próxima seja possível a criação de uma personalidade

específica para os robôs, utilizando o termo "personalidade eletrônica". Mais recentemente, em 2018, a Comissão Europeia, em seu documento chamado "*Artifficial Intelligence: a European Approach to boost investment and set ethical guidelines*", reafirmou a importância de o direito acompanhar as mudanças trazidas pelo advento da inteligência artificial.

Por outro lado, a atribuição da autoria ao programador ou criador da inteligência artificial aparece como uma solução mais próxima do modelo jurídico tradicional e consolidado ao redor do globo. No entanto, é preciso esclarecer que em muitos algoritmos de inteligência artificial há a possibilidade de eventuais usuários utilizarem dos potenciais criativos da I.A. por meio de uma interface de fácil acessibilidade, colocando assim sua própria criatividade por meio de decisões que são interpretadas pela máquina. É o caso do "AI Duet", onde há a ação de um humano, por meio do teclado, que é recebida pela I.A, resultando em uma criação nova. Refletindo sobre esse exemplo, a simples atribuição da autoria ao criador da inteligência artificial precisaria ser repensada. Destarte, é de suma importância esclarecer o papel tanto do programador como do usuário.

O programador é basicamente aquele que desenvolve a inteligência artificial, muitas vezes utilizando de algoritmos complexos de aprendizado de máquina, em conexão com softwares ou mesmo hardwares. É bastante comum a existência de entidades de inteligência artificial que são construídas por grupos de pesquisadores, uma vez que os processos demandam conhecimentos bastante específicos, muitas vezes de áreas de conhecimento diferentes.

O usuário, é aquele que irá utilizar da I.A., equiparando-se, a depender do caso, a um consumidor, supondo que a inteligência artificial seja comercializada e disponibilizada ao público. O usuário não participou do processo de criação da entidade de inteligência artificial, porém, a partir de uma interface disponibilizada pelo programador, existe a possibilidade de utilização das ferramentas disponibilizadas pelo criador para obter o resultado final artístico. Muitas vezes, o processo é automático e não envolve decisões artísticas por parte do usuário, porém cumpre destacar que existe a possibilidade de o usuário participar ativamente por meio de escolhas de sua autoria, interferindo no resultado final. Como os algoritmos de I.A. artístico tem a capacidade de processar dados em massa, como, por exemplo, milhares de obras de arte visuais ou composições musicais, seria possível que o usuário escolhesse determinadas imagens ou músicas dentre as disponíveis, participando assim do processo criativo; ademais, é comum que os desenvolvedores permitam que os

usuários possam colocar mais conteúdo para que o algoritmo possa usar como matéria-prima, aumentando ainda mais a participação do usuário na criação final.

Martin Seftleben e Laurens Buijteelaar afirmam que, quanto a atribuição de autoria das obras artísticas produzidas ao programador da I.A., existe o argumento de que o criador contribuiu de forma significativa para que o algoritmo de aprendizado de máquina funcionasse de maneira correta e produzisse arte, sendo dessa forma o "autor do autor" (SENFTLEBEN, BUIJTELAAR, p. 15, 2020); no entanto, atribuir os direitos ao programador deixaria eventual aquisição da I.A. menos atrativa ao usuário ou consumidor, além do fato de que o software que permite o funcionamento da máquina poderia, em tese, ser protegido por direitos autorais ou patentes (SENFTLEBEN, BUIJTELAAR, p.16, 2020). Martin Seftleben e Laurens Buijteelaar fazem a comparação com os efeitos jurídicos da utilização de uma máquina fotográfica:

> (…) users may have little interest in a camera that imposes the legal obligation of rights clearance whenever a photograph is copied and shared. Similarly, widespread monopolization of copyright to robot-generated works in the hands of programmers may cause costs for society (in terms of restrictions on free use and dissemination) which the additional incentive arising from the grant of copyright (on top of existing patent and copyright protection for the robot software) does not outweigh. (SENFTLEBEN, BUIJTELAAR, p.16, 2020)[11]

A respeito da relação entre programador e usuário, o cenário atual é preocupante, uma vez que já existem I.A. com potencial de exploração artística. Os programadores potencialmente investem recursos na elaboração de algoritmos de inteligência artificial. Economicamente, os direitos autorais são justificados buscando a proteção dos recursos investidos, buscando incentivo às criações originais ao mesmo tempo que impede a simples cópia de expressão artística alheia. No entanto, a simples atribuição de autoria ao programador não parece interessante no momento em que se verifica uma potencialmente forte comercialização

11 Tradução livre: "*os usuários podem ter pouco interesse em uma câmera que impõe a obrigação legal de liberação de direitos sempre que uma fotografia é copiada e compartilhada. Da mesma forma, a monopolização generalizada de direitos autorais de obras geradas por robôs nas mãos de programadores pode causar custos para a sociedade (em termos de restrições de uso e disseminação livres) que o incentivo adicional decorrente da concessão de direitos autorais (além de patentes e direitos autorais existentes. proteção para o software do robô) não supera.*"

da I.A., onde os usuários poderiam utilizar dos algoritmos, por meio de, eventualmente, uma licença, para então criarem sua própria arte com as ferramentas do programador, como o exemplo da máquina fotográfica trazida por Martin Seftleben e Laurens Buijteelaar.

Até o presente momento, estamos diante de diferentes soluções para a questão da autoria trazidas pela doutrina, com diferentes argumentos para justificar cada uma. É preciso que, no momento oportuno, o Legislativo se manifeste sobre a problemática da autoria, precisamente porque as obras artísticas produzidas com técnicas de inteligência artificial já fazem parte da nossa realidade.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A utilização de inteligência artificial com fins de criação artística é uma ideia incrível e revolucionária, que promete modificar a forma que nós enxergamos o mundo; no momento que uma máquina pode ser construída e programada por meio de complexos algoritmos para produzir obras totalmente inovadoras, estamos diante de uma possível revolução no meio artístico, onde o ser humano teria conseguido imaginar e de fato construir uma entidade cuja cognição se demonstraria bem próxima a do ser humano no que diz respeito a criatividade. Evidente que, no presente momento, observamos apenas um prelúdio para um futuro que, aparentemente, está cada vez mais próximo.

Na presente pesquisa, foi abordado o atual paradigma da sociedade da informação, contexto que facilitou o desenvolvimento das tecnologias de inteligência artificial. As entidades de I.A. são desenvolvidas com algoritmos cada vez mais complexos, onde é possível observar capacidades cognitivas impressionantes decorrentes do aprendizado de máquina, do *deep learning* e das redes neurais artificiais. Para fins de direitos autorais, o panorama de atribuição de autoria se demonstra complexo, no momento que se verifica aplicações como a *"AI DUET"* que permitem a participação de um usuário no resultado final.

Para que haja uma maior certeza e segurança na definição da autoria, é preciso que se realize ainda muitos avanços no estudo da personalidade jurídica do robô. Passos importantes foram dados pelo Parlamento Europeu, e parece bem provável que a grande maioria dos ordenamentos jurídicos ao redor do globo irão, aos poucos, avançar nos debates, onde então poderá se ter uma perspectiva mais clara de qual caminho a ideia

de personalidade jurídica irá seguir. Não obstante, quanto a ideia de atribuir a autoria das obras diretamente ao programador, ela se demonstra problemática no momento em que há a interferência das decisões de um usuário no processo criativo, além das próprias escolhas autônomas do próprio algoritmo, o que, em muitos casos, é justamente o que acontece, principalmente em uma aplicação de aprendizado de máquina. A ideia da ampliação do domínio público é sempre bem vista quando se pensa na universalidade do acesso, mas a questão do retorno econômico dos investimentos também precisa ser ponderada.

Nesse momento, o operador do direito precisa ter conhecimento de que a doutrina dos direitos autorais pode estar prestes a sofrer mudanças estruturais fortes. Os caminhos ainda não estão tão claros, a tecnologia modifica a sociedade constantemente e é preciso que se reflita muito bem de que forma a questão da autoria já está sendo impactada pela inteligência artificial.

REFERÊNCIAS

ARTERO, Almir Olivette. **Inteligência artificial: teoria e prática**. São Paulo, Editora Livraria da Física, 2009, 1ª edição.

BULOS, Uadi. **Curso de Direito Constitucional**. 7ª ed. São Paulo. Editora Saraiva, 2012.

CASTELLS, Manuel. **A Sociedade em Rede**. 6ª edição, São Paulo, Paz e Terra, 2013.

COMPARATO, Fábio Konder. **Ética: Moral e religião no mundo moderno**. São Paulo, Companhia das Letras, 2006. 2ª reimpressão

COSTA NETTO, José Carlos. **Direito Autoral no Brasil**. 3ª ed. – São Paulo, Saraiva Educação, 2019.

CRUZ, André Santa. **Direito Empresarial**. 8ª edição. Editora Forense. Rio de Janeiro, 2018.

FACELI, Katti (et al..), **Inteligência artificial: Uma Abordagem de Aprendizado de Máquina**. Rio de Janeiro, LTC, 2019.

FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil – Volume I – Parte Geral e LINDB**. 11a edição. Editora Jus Podium, Salvador 2013.

LEVY, Pierre. **As tecnologias da inteligência: o futuro do pensamento na era da informática**. 2ª edição, Editora 34, São Paulo, 2010.

MCJOHN, Stephen. **Copyright – Examples and Explanations.** Fourth Edition. Wolters Kluwer. New York, 2015.

REIS, Paulo Victor Alfeo. **Algoritmos e o Direito**. Editora Almedina, São Paulo, 2020.

RUSTAD, Michael L. KOENIG, Thomas H. **Global internet law in a nutshell**. West Academic Publishing, 3rd edition, 2016.

RUSTAD, Michael L. KOENIG, Thomas H. **Global Information Technologies – Ethics and the Law**. West Academic Publishing. St. Paul, Minessota. 2018.

SCHIRRU, Luca. **Inteligência Artificial e o Direito Autoral: o Domínio Público em Perspectiva.**

SENFTLEBEN, Martin. BUIJTELAAR, Laurens. **Robot Creativity: An Incentive-Based Neighboring Rights Approach**. 1 de outubro de 2020. European Intellectual Property Review 42(12):717

ZHAVORONKOV, Alex. MAMOSHINA, Polina. VANHAELEN, Quentin. SCHEIBYE-KNUDSEN, Morten. MOSKALEV, Alexey. ALIPER, Alex. **Artificial intelligence for aging and longevity research: Recent advances and perspectives**. Ageing Research Reviews, Volume 49, pg. 49-66, janeiro de 2019.

O TEMPO E O PROCESSO PENAL: DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO PENAL PARA PROTEÇÃO DE BENS JURÍDICOS EM SOCIEDADE DE RISCO

THE TIME AND THE CRIMINAL PROCEEDINGS: REASONABLE TIME OF THE CRIMINAL PROCEEDINGS FOR PROTECTION OF UNCONDITIONAL LEGAL GOODS IN RISK SOCIETY

Vitor Fontana de Ávila[1]

Resumo: O tempo importa para o sistema social e para o Direito como um todo. Isso implica num processo que se atenha à realidade social e às garantias processuais, conduzindo a procedimentos que sejam temporalmente razoáveis não somente para o réu e nem somente para a sociedade, mas, para ambos, numa sociedade de risco que demanda resultado de

1 Advogado. Mestre em Direito, pelo PPGD/Fundação Escola Superior do Ministério Público. Membro pesquisador dos grupos de pesquisa CNPQ *René Girard e o Direito*, sob orientação do Dr. Bruno Heringer Jr.; *Teoria do Direito: da academia à prática*, sob orientação do Prof. Dr. Francisco José Borges Motta; *Colisão de Direitos Fundamentais e o Direito como Argumentação*, sob orientação do Prof. Dr. Anízio Pires Gavião Filho; *O direito fundamental à segurança e sua materialização no âmbito processual penal*, sob orientação do Dr. André Machado Maya. Especialista *lato sensu* em Direito Público e especializando *lato sensu* em Direito Civil e Processo Civil, pela Verbo Jurídico. Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais, pela Universidade Franciscana. Currículo Lattes: http://lattes.cnpq.br/8371305660618338. E-mail: vitor.f.avila@hotmail.com

um Direito que reconhece, igualmente com as necessidades sociais, as normas jurídicas relacionadas a princípios e regras do ordenamento jurídico que balizam o processo penal. Partindo da abordagem metodológica hipotético-dedutiva, aliada ao procedimento metodológico bibliográfico e documental, será analisada a relação entre o tempo e o processo penal num contexto de sociedade de risco, onde o garantismo e o eficientismo penais possuem tendência de serem afirmados em desequilíbrio de um em relação ao outro, mesmo ante a norma jurídica que determina que o processo penal decorra de uma duração razoável, isto é, nem lento e nem rápido, mas, adequado ao caso concreto e às demandas da sociedade de risco, onde a prestação jurisdicional tem papel decisivo para afirmar o direito como via necessária para balançar interesses punitivistas e garantistas, para a tutela de bens jurídico-penais de caráter incondicional.
Palavras-chave: duração razoável do processo penal; tempo do processo; sociedade de risco; Poder Judiciário.

Abstract: Time matters for the social system and law as a whole. This implies a process that adheres to social reality and procedural guarantees, leading to temporally reasonable procedures, not only for the defendant and not only for society, but, for both, in a risk society that demands the result of a Law that recognizes, equally with the social needs, the legal norms related to principles and rules of the legal system that guide the criminal process. Starting from the hypothetical-deductive methodological approach, combined with the bibliographic and documentary methodological procedure, the relationship between time and the criminal process in a risk society context will be analyzed, where penal guarantee and efficiency tend to be affirmed in an imbalance of an concerning the other, even before the legal norm that determines that the criminal proceeding takes a reasonable duration, that is, neither slow nor fast, but, adequate to the specific case and to the demands of the risk society, where the judicial provision has a decisive role in affirming the law as a necessary way to balance punitive and guarantor interests, for the protection of legal and criminal assets of an unconditional character.
Keywords: reasonable time of the criminal proceedings; process time; risk society; Judicial power.

1. INTRODUÇÃO

Numa sociedade de risco, onde o perigo é iminente e os bens jurídicos a serem tutelados são de caráter transindividuais, incondicionados, posto que indisponíveis, o processo penal encontra-se em dificuldade diante do tempo que corre diferente para as partes, também em desencontro com o tempo ordinário e com a estática processual que está posta nos princípios e regras constitucionais e convencionais que formulam um devido processo penal.

Nesse artigo, será investigada a relação entre o tempo e o processo penal, isto é, no tocante à duração razoável do processo penal de bens jurídicos incondicionados que emergem numa sociedade de risco. Será empregada a abordagem metodológica hipotético-dedutiva, aliada ao procedimento metodológico bibliográfico e documental. Num primeiro momento, a realidade dialética entre eficientismo e garantismo é explorada, chegando até a norma jurídica que determina a duração razoável do processo penal, por força constitucional e convencional.

A seguir, o fenômeno *tempo* será brevemente discutido, sendo tomadas algumas considerações teóricas a respeito desse tema obscuro, embora real, e como está implicada norma jurídica de duração razoável do processo penal com o tempo. Será visto que o processo possui seu próprio tempo, apesar da sociedade possuir outra dimensão temporal, levando a tensões entre as demandas sociais de uma sociedade de constante risco nas interações das relações interpessoais e as garantias e direitos fundamentais que estabelecem tratamentos estáticos de um processo penal que é legítimo unicamente se constitucional e convencional.

Ao fim, a conclusão se apresentará pela hipótese do protagonismo do Poder Judiciário na prestação jurisdicional como *fiel da balança* entre o eficientismo e o garantismo, entre a necessidade de rapidez na persecução penal e na garantia de tempo razoável para o procedimento penal percorrer seu caminho até a sentença. Isto é, entre uma duração razoável do processo penal que leve em conta as partes processuais e as demandas sociais para tutela de bens jurídico-penais incondicionados de uma sociedade de risco.

2. A POSITIVIDADE JURÍDICA DA NORMA DE DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO PENAL

No momento, importa investigar a normatividade do dispositivo jurídico que impõe ao subsistema jurídico processual penal um desenvolvimento de razoável duração em seus procedimentos, de maneira que o processo inicie e chegue até sua conclusão de maneira adequada na temporalidade que a sociedade exige.

Contudo, antes de adentrar ao que é proposto no tópico atual, importa sinalizar a discussão atual acadêmica a respeito do processo penal e sua relação pendular entre o eficientismo e garantismo, isto é, há uma tendência por repressão estatal que conduz à eficiência do *jus puniendi* em certo momento e, por outro lado, há uma proteção ao acusado em predominância no processo, por meio das garantias e direitos fundamentais, ao lado de garantias judiciais de direitos humanos. Há um dualismo, portanto, uma dicotomia que é oriunda da necessidade natural da busca do equilíbrio que, incessantemente, se apresenta: a segurança social efetivada pelo Estado e a necessidade de resguardar os direitos fundamentais do indivíduo – nesse caso, o réu em processo penal (FERNANDES, 2012, p. 23, 26).

Diferentemente do que poderia ser concluído, essa dicotomia não é estranha ao jurista, pois, a relação entre processo penal e o Estado é naturalmente complexa, paradoxal. Há uma complementaridade dialética, pois, quanto ao Estado, tal ficção jurídica é movida por ideologia política e pode muito bem conduzir para uma construção teórica jurídica relacionada a mesma ideologia política, social e ética – ideologia dominante na época. O processo penal, por sua vez, por lidar com o ser humano a todo o momento, inclusive com sua liberdade, sendo instrumento jurídico apropriado para persecução penal, refletirá a ideologia política do momento que foi pensado – incluindo as reformas – ao integrar teoricamente o réu, os interesses dos órgãos oficiais de Estado, etc. Assim, orientações políticas distintas direcionarão modos diversos de estrutura e funcionamento de um processo penal (FERNANDES, 2012, p. 25-26).

A inclinação, todavia, para um dos polos dessa relação dialética leva a um desequilíbrio evidente entre a eficiência e o garantismo e, geralmente, afetando garantias e direitos fundamentais. As questões por detrás desse desequilíbrio são diversas:

> A não satisfação das demandas sociais mínimas, pelo Estado, a frustração pelas promessas não cumpridas, estão servindo, como

> pano de fundo, ao discurso à restrição dos direitos e das garantias constitucionais humanitárias. Ademais, uma profunda crise ética, também engendrada pela corrupção de agentes públicos, a níveis e em poderes antes nunca percebidos, influencia o discurso da supressão dos direitos e das garantias individuais, com reflexos claros e evidentes no processo penal. Na esfera internacional, o fenômeno do terrorismo questiona o atuar do Estado sem supressão ou relativização dos direitos e das garantias constitucionais e de direitos internacionais. No plano interno, verifica-se uma tolerância às violações à dignidade do ser humano, mormente pelo Estado e por seus organismos individuais ou coletivos, fenômeno que se irradia e se potencializa no processo penal, em face de o sujeito passivo estar sendo acusado de um delito, ter sido condenado ou ter cumprido a pena (GIACOMOLLI, 2014, p. 14).

De fato, os riscos contemporâneos, trazendo em seu bojo novas características, são facilitadores da propagação do discurso pela extensão do direito penal, expandindo-se para responder penalmente aos novos riscos na sociedade. Essa expansão é uma resposta jurídica ao risco em si, que é fenômeno de origem humana, devendo ser gerenciada de forma instrumental pelo direito, assim como os efeitos reflexos dos riscos produzidos levam a uma demanda pelo expansionismo penal, haja vista o dano que atividades perigosas – por exemplo, de tecnologias inovadoras – podem causar no seio da sociedade. Nesse sentido, a dificuldade do direito penal em cumprir tal missão de expansão para gerir riscos é evidente, pois, é imposto ao direito penal o objetivo de contenção de exercícios perigosos da atividade humana e, ainda, a manutenção de certas estruturas sociais – geralmente econômicas – no sistema social atual. O direito penal se encontra nas fronteiras da eficácia de sua utilização para proteger bens jurídicos e também na extensão de sua eficácia pelas balizas limitadoras das garantias que advém da proteção da dignidade da pessoa humana (BOTTINI, 2007, p. 86, 87, 91).

Como visto anteriormente, toda a teoria jurídica conterá motivações de cunho ideológico, mesmo uma teoria que seja considerada *pura* demonstrará, em seu bojo, uma ideologia. Não há instituto jurídico que escape dessa realidade, nem mesmo a dogmática e tampouco o processo. O processo, aparentando neutralidade, isto é, uma técnica, um instrumento do Direito, não consegue fugir do alinhamento ideológico. Isso se dá pelo fato de que o Direito está compreendido e integrado no universo da condição humana. Portanto, o Direito, sendo fruto da intenção humana,

comunica também o processo como uma operação jurídica não de simples meio, mas, que integra o próprio Direito enquanto produção socialmente realizada pelos homens. Assim, o Direito está indissociavelmente vinculado aos seus pressupostos anteriores, no caso, os princípios elementares de um Estado de Direito Democrático, a fim de que as exigências de um *devido processo legal* sejam atendidas (PASSOS, 2000, p. 66, 68, 69).

É a partir daqui que a positividade da duração razoável do processo penal pode ser discutida, pois, por mais que haja demanda social para resolução de conflitos, incluindo o problema do tempo – como será visto adiante – o processo penal não pode prescindir das balizas atuais nas quais foi posto: a constitucionalidade e a convencionalidade do processo penal conforme a aplicação e execução de regras que sejam adequadas a essa dupla dimensão processual, com fulcro na dignidade da pessoa humana que, apesar de fundamento do Estado de Direito da atual ordem constitucional vigente no Brasil, ainda assim é exigível em sua natureza interna, de maneira que o processo penal demanda uma estrutura válida, garantidora e eficaz em sua positividade, com a devida contenção da inviolabilidade das normas jurídicas que norteiam o processo penal (GIACOMOLLI, 2014, p. 15).

Sendo o ordenamento jurídico um sistema social formado por princípios e regras, é na observância de ambas que há consistência jurídico-conceitual e complementaridade para uma adequação social do direito *como um todo*:

> As regras – sobretudo as constitucionais, por sua pretensão de abrangência –, sem a reflexividade dos princípios constitucionais, apresentam-se subcomplexas como critérios isolados para o tratamento e solução dos casos constitucionais que são marcados por uma alta complexidade. Elas servem melhor à consistência ou autorreferência do sistema jurídico, mas são limitadas no que diz respeito à adequação social do direito. Os princípios constitucionais, ao contrário, embora não possam desprezar a consistência do sistema jurídico, desempenham sua função especialmente em relação à adequação social do direito, em particular nos casos controversos mais complexos. Pode-se dizer que a argumentação orientada primariamente pelas regras constitucionais é uma argumentação formal, mediante a qual o sistema jurídico pratica a autorreferência, sendo-lhe fundamental "a necessidade de se chegar a uma decisão e de evitar um mergulho em toda a complexidade dos dados de fato do mundo [*Weltsachverhalte*]". Já a argumentação orientada primariamente por princípios constitucionais pode

> ser vista como uma argumentação substancial, na qual o sistema pratica heterorreferência, evitando isolar-se mediante a argumentação formal. Portanto, a importância dos princípios constitucionais relaciona-se com capacidade de viabilizar uma reprodução complexamente adequada do sistema jurídico em relação à sociedade como um todo, ou melhor, ao ambiente social (e natural, ao menos como conteúdo de comunicações) do direito (NEVES, 2013, p. 132, grifo do autor).

Dentro das disposições normativas que a Constituição Federal traz em seu bojo de princípios e regras, uma das balizas constitucionais inseridas recentemente no sistema jurídico brasileiro, por meio da Emenda Constitucional nº 45, de 8 de dezembro de 2004, é a *duração razoável do processo*, prevista no art. 5º, LXXVIII, da Constituição Republicana de 1988, com a seguinte redação: "a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação" (BRASIL, 2019). No caso desse dispositivo legal que possui entidade constitucional, pode-se referir a tal norma jurídica como um direito a que o processo não tramite com dilações indevidas e, igualmente, como uma obrigação para celeridade processual, que demanda uma vinculação normativa com o devido processo legal prevista no art. 5º, LIV da Constituição Federal de 1988, a fim de que a prestação jurisdicional seja efetivada como convém (GIACOMOLLI, 2014, p. 322).

Há também a presença de redação semelhante quanto a duração razoável do processo em convenções internacionais, como o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, a Convenção Europeia de Direitos Humanos, o Estatuto de Roma e a Convenção Americana de Direitos Humanos:

> Nos termos do art. 9.3 do PIDCP, "qualquer pessoa, presa ou encarcerada em virtude de infração penal, deverá ser conduzida, sem demora, à presença do juiz ou de outra autoridade habilitada por lei a exercer funções judiciais e terá o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade". Mais adiante, em seu art. 14.3, *c*, refere que toda pessoa acusada de um delito terá direito a ser julgada "sem dilações indevidas". Essa garantia também integra a Convenção Europeia de Direitos Humanos, em seu art. 6.1: "toda pessoa tem o direito a que sua causa seja ouvida com justiça, publicamente, e dentro de um prazo razoável. O mesmo diploma internacional, no art. 5.3, também prevê a garantia de o sujeito ser julgado em prazo razoável: "toda pessoa presa ou detida nas condições previstas no § 1º, *c*, do presente artigo, deve ser levada prontamente

> perante um juiz ou outro magistrado autorizado pela lei a exercer a função judiciária, e tem o direito de ser julgado em um prazo razoável ou de ser posto em liberdade durante a instrução". O Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional, em seu art. 16, estabelece que nenhum inquérito ou procedimento crime poderá ter início ou prosseguir por um período de 12 meses, a conta da data em que o Conselho de Segurança assim o tiver solicitado.
> Segundo o art. 8.1 da CADH, "toda pessoa tem direito a ser ouvida com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável". No art. 7.5 também refere que "toda pessoa presa, detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada por lei a exercer funções judiciais e tem o direito de ser julgada em prazo razoável ou ser posta em liberdade". O julgamento da impugnação da detenção também deverá ocorrer em um prazo razoável, nos termos do art. 7.6 ("a fim de que este decida sem demora"). A razoabilidade do prazo também se aplica ao tempo que o imputado dispõe à preparação de sua defesa, nos termos do art. 8.2, *c*, da CADH: "concessão ao acusado do tempo e dos meios necessários à preparação de sua defesa" (GIACOMOLLI, 2014, p. 321-322, grifo do autor).

Percebe-se a necessidade de examinar o processo penal em sua dogmática com o estudo de direitos e garantias constitucionais, também de princípios processuais oriundos de normatividade constitucional e, aliado a isso, as liberdades públicas que são consagradas pelas normas constitucionais. No caso, o processo penal deve ser levado a frente em seu estudo em caráter interdisciplinar, para analisar adequadamente as movimentações normativas do processo e as normativas constitucionais do direito constitucional. De semelhante modo se dá com o estudo do processo penal com vistas às normas e aos princípios oriundos de convenções internacionais de matéria humanitária, ou seja, advindos de direitos humanos afirmados por tais tratados que foram subscritos ou ratificados por Estados democráticos, com profundas consequências ao sistema punitivo da ordem jurídica vinculada às convenções ou tratados que se tornou participante (MACHADO, 2009, p. 75, 76).

Assim, se o Estado de Direito se dá enquanto sistema social

> [...] cujo ordenamento jurídico positivo confere específica estrutura e conteúdo a uma comunidade social, garantindo os direitos individuais, as liberdades públicas, a legalidade e igualdade formais, mediante uma organização policêntrica dos poderes públicos e a tutela judicial dos direitos, também identifica-se com a ordem de-

> mocrática, pois proporciona uma autolimitação para resguardar os direitos fundamentais (SBARDELOTTO, 2001, p. 111).

Verifica-se, portanto, a importância da positividade da disposição normativa sobre a *duração razoável do processo* – especificamente, no processo *penal* – na ordem constitucional brasileira e nas ordens internacionais convencionadas, pois, sua normatividade constitucional e convencional implica num ordenamento jurídico que leva em conta o tempo dos atos procedimentais e processuais, assim como o próprio tempo do processo. De fato, *razoabilidade* é um conceito aberto e que demanda delimitação precisa diante de variáveis fáticas, jurídicas, objetivas e subjetivas, bem como de interferências internas e externas ao processo penal na prestação de tutela jurisdicional que é efetiva. Um *norte* para compreensão adequada desse direito fundamental de suma importância é considerar a temporalidade estabelecida pelo legislador. Assim, a *duração razoável* do processo é aplicada à fase de investigação, aos procedimentos, também implicando diretamente nas fases recursal e execução penais, assim como nas medidas cautelares. Porém, não basta somente atentar para os prazos delimitados nesses institutos, pois, o prazo razoavelmente considerado no processo penal demanda legitimidade constitucional e convencional quando a obediência do jurista está atrelada aos ditames do ordenamento jurídico.

Em outras palavras, um processo de duração razoável não é legitimado, nas dimensões de constitucionalidade e convencionalidade, sem o contraditório, ampla defesa, prova, fundamentação das decisões e direito de audiência, por exemplo. *Duração razoável do processo* é um direito, por conseguinte, de conteúdo prestacional que é direcionado à atividade jurisdicional que deve ser efetivada em lapso temporal adequado e ajustado à realidade e aos direitos fundamentais (GIACOMOLLI, 2014, p. 323).

O tempo, portanto, é um fator determinante no Direito, como será visto na sequência, assim como a relação do tempo na tutela de bens jurídicos incondicionados no processo penal.

3. O TEMPO NO DIREITO: DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO PENAL PARA PROTEÇÃO DE BENS JURÍDICOS EM SOCIEDADE DE RISCO

Tempo, por si só, parece algo de impossível definição, que não é possível apreender. Algo que somente se revela como uma fuga, aparecendo para desvanecer de repente, algo que é obscuro enquanto conceito,

todavia, demonstra uma clareza experiencial. Tanto é evidente quanto é misterioso, como algo revelado e seguindo adiante para ocultar-se. *Tempo* parece algo que é entregue a fim de que seja perdido, como algo que obriga a todos e, num mesmo instante, dos mesmos se escapa. É algo reconhecido por todos, mas ninguém vê o *tempo* face a face (COMTE-SPONVILLE, 2000, p. 17). Ou talvez *tempo* seja melhor representado como uma linha pela qual algo se move (LUHMANN, 2013, p. 143).

Conceituar *tempo*, portanto, demanda trabalho e revela inúmeras facetas a considerar, com múltiplas possibilidades de construção teórica. Contudo, por mais que as concepções sobre tempo sejam várias, é possível apontar um consenso do tempo em sua dimensão objetiva – vinculação a uma realidade posta, como o calendário – e na dimensão subjetiva – percepções diversas com especificidades apropriadas a cada um, diante da realidade objetiva. O tempo é relevante, mas, não somente quanto a construção tríplice de instantes, isto é, o tempo *passado-presente-futuro* como uma construção teórica de potência especulativa oriunda do espírito do homem. Tempo possui relevância enquanto fenômeno no sistema social, principalmente quanto ao Direito e, especialmente, no processo penal. Para a positividade jurídica das normas, uma dimensão subjetiva não é percebida diante da dimensão objetiva do tempo, no qual é regido pelas formas objetivas de demarcação temporal, no caso, o relógio ou o calendário (GIACOMOLLI, 2014, p. 322).

É importante ressaltar isso porque o tempo e o processo estão implicados um no outro, muito embora o *tempo do processo* seja diferente do *tempo* enquanto fenômeno comum no meio social. Pois, de semelhante modo que o Poder Judiciário reconstrói uma temporalidade interior na ordem jurídica que é dissociada do meio social, da mesma forma o tempo do processo causa um estancamento de sua linearidade em relação ao tempo relacionado ao cotidiano. Ou seja: a ação do Judiciário no tempo se dá no tempo do processo, numa ação temporária que, observadas as ordens e regularidades oriundas do processo, compensa as lacunas do tempo ordinário para ser ritualizado em um tempo do processo. Torna-se um tempo processual, distinto do tempo comum que se observa na sociedade como um todo (SPENGLER, 2016, p. 82).

Num sistema jurídico em si mesmo, portanto, as diversas reações ao Direito enquanto sistema social aparentam, superficialmente, uma mudança em seus próprios valores. Porém, a questão é mais profunda do que isso, nem mesmo se trata de uma diferença entre gerações diversas. Tomando a função normativa como constante pressuposta – função essa

que o Direito não pode ser identificado como tal – a tendência que é possível detectar, no tocante a mudança *autopoiética* do Direito é a *temporalização da validade das normas*. As normas, assim como a validade que lhes dá o suporte, não estão mais localizadas em pressupostos de sistemas religiosos ou de ciências naturais ou, ainda, como uma estrutura social imbatível. Agora as normas jurídicas – e a validade das mesmas – são experimentadas e apreendidas como projeções do tempo. As normas são válidas *até que se observe algo diferente*. A validade não é estática por si mesma, portanto, mas percebida em sua contingência e, também, na cognição do sistema social. Significa, portanto, que as normas jurídicas, enquanto projeções do tempo, serão somente normas se relacionadas com a própria realidade que estão inseridas, podendo ser identificadas como erros da própria dogmática jurídica ou tornadas obsoletas pela mudança que surge de circunstâncias adversas. Afinal, posto que a sociedade é dinâmica e as expectativas sociais referente ao Direito estão em mudança, a sociedade agora espera que o Direito surja com maneiras pelas quais pode prevenir, resolver e compensar desvantagens que afetam indivíduos, cada um de acordo com suas próprias peculiaridades. Esta função – prevenção, resolução e compensação de desvantagens entre indivíduos no Direito enquanto sistema social – é primariamente de responsabilidade do Direito, muito embora também o sistema social político trabalhe com essa questão (LUHMANN, p. 469, 470).

Tal problemática do tempo no direito revela-se íntima ao processo penal porque o processo desenrola-se de uma vez só: representa-se até sua conclusão. Afinal,

> durante o período em que se desenvolve, apresenta avanços e recuos, peripécias, uma alternância de esperança e de pessimismo e, quando o fim se aproxima, a tensão. O processo é uma revolução completa. É por isso que se pode afirmar que a temporalidade processual não encontra possibilidade de reprodução. Tudo isso se deve, efetivamente, ao princípio da autoridade da coisa julgada que proíbe que a mesma jurisdição volte a ocupar-se de um mesmo caso previamente julgado por ela. Não reprodutível, o tempo do processo é, pois, e de igual modo, um tempo único.
> É possível afirmar que o tempo do processo não resulta, entretanto, unicamente das regras processuais, pois o processo deve regular um litígio. Assim, a matéria litigiosa impõe o ritmo dos procedimentos. Seu estudo mostrou que o tempo é evolutivo e não se reduz ao momento da demanda na justiça. A matéria litigiosa é uma matéria viva que não pode se solidificar no início do proces-

> so. O procedimento deve, assim, integrar as evoluções do litígio que resultam da atividade das partes, do juiz ou, ainda, de uma mudança de legislação (SPENGLER, 2016, p. 85).

Porque o tempo processual é diferente do tempo ordinário, percebe-se que são díspares as velocidades entre os fatos sociais e o desenvolvimento do processo. Considerando-se

> as múltiplas e complexas situações fáticas e jurídicas e a necessidade de ser observado o devido processo, em seu aspecto formal e material, o processo, a decisão judicial reclamam uma reflexão acerca da solução mais adequada ao caso. Para tal, há necessidade de apropriação de um lapso temporal conveniente à melhor solução. Por isso, o direito a um processo sem dilações indevidas reclama a consideração da razoabilidade, para evitar decisões precipitadas e antecipadas (GIACOMOLLI, 2014, p. 323).

Afinal, não há dúvida de que há uma tensão no Direito entre a necessidade de um processo que decorre rapidamente (*speedy trial*) e o tempo necessário pela qual se busca a melhor solução para o caso concreto. Mesmo assim, entre essas duas extremidades

> há de ser mantido o equilíbrio, determinável em cada caso e em cada situação penal, pois duração razoável não significa dar ao caso penal uma solução instantânea (*fast food*). O norte desse ponto de equilíbrio há de estar previsto em lei, para que a dialética processual possa confrontar a situação fática e jurídica, na busca da melhor solução para o caso. A duração razoável não se aplica somente ao término do processo, mas à prática de todos os atos processuais e das decisões interlocutórias, numa perspectiva de "espaço-tempo" racionalizada. A falta de parâmetros e a ausência de sanções específicas ao descumprimento do prazo razoável contribuem à ausência de efetividade do art. 5º, LXXVIII, da CF (GIACOMOLLI, 2014, p. 323-324).

Não se olvida que o processo penal está num contexto de sociedade de risco. Afinal, a questão do *risco* – de origem não muito precisa, muito embora haja uma correlação com *perigo* – no momento atual da sociedade confere ao meio social uma dinâmica diferente que leva o direito penal a se debruçar em novas tarefas, como visto no tópico anterior sobre eficiência e expansionismo. Com um modelo de produção econô-

mica que restou sedimentada na expectativa da novidade, do desenvolvimento tecnológico em passos largos, levou a ideia de *risco* a um patamar de discussão centralizada no seio da sociedade. Antes, *risco* era algo meramente periférico e pouco discutido. Assim, ao falar em *risco* enquanto um adjetivo que é aplicado ao agir humano diante do perigo ou da possibilidade de atividade perigosa, isto é, que causa dano que é iminente ou mesmo possível, seu papel na sociedade se tornou essencialmente ponderado na interação das relações sociais, sendo o norte pelo qual a interação social orienta suas intermediações na sociedade (BOTTINI, 2007, p. 28).

Uma sociedade de risco pressupõe bens jurídicos que são *indisponíveis* e *transindividuais*, diferentemente dos coletivos, pois, esses últimos são interesses comuns de uma coletividade de pessoas e apenas para as tais, que demanda uma relação jurídica que congrega ente e seus titulares. São bens que estão vinculados às necessidades de uma coletividade de acordo com um sistema social (ANDRADE; FERREIRA, 2016, p. 40).

Quanto a bens jurídicos *indisponíveis* e *transindividuais*, ou de natureza difusa, "possuem uma tutela que transcende o indivíduo e uma coletividade – e as relações jurídicas de base que os agrega –, abarcando a todos, inclusive as futuras gerações" (ANDRADE; FERREIRA, 2016, p. 41).

É atentando para o futuro que o direito

> deverá se adaptar inevitavelmente às novas expressões do Estado e às novas exigências da comunidade. A subordinação do Direito Penal à constituição vai muito além de uma compatibilização legislativa, devendo irradiar todo o processo de *lege ferenda* e *lege lata*.
> A característica essencial do bem jurídico transindividual se revela na possibilidade de ele ser gozado por todos e por cada um, sem que ninguém deva ficar excluído desse usufruto, inclusive a gerações vindouras. [...] Óbvio que essa classe de bens jurídicos levará a interesses legítimos da pessoa, o seu caráter de supraindividualidade não exclui decerto a existência de interesses individuais que com eles se convergem: se todos os membros do corpo social se veem prejudicados com uma conduta danosa, cada um deles não deixa individualmente de sê-lo também e de ter um interesse legítimo na preservação das condições vitais. Isso é visível, por exemplo, quando se pensa em afetações ao *meio ambiente*.
> Toda essa concepção de bem jurídico transindividual encontra a guarida constitucional na necessidade de salvaguarda dos direitos fundamentais, imprescindíveis no todo à existência humana (ANDRADE; FERREIRA, 2016, p. 42-43, grifo do autor).

É exatamente pela concepção de bem jurídico acima descrito, fundamentada em direitos fundamentais, que a duração razoável do processo é salutar para a discussão em relação ao tempo. Afinal, o processamento e julgamento de sujeito que cometeu ato ilícito em determinado lapso temporal que é ajustado à realidade, diante de certa previsibilidade e com contingências variadas informadas pela concretude processual, precisa atentar para o *tempo do processo* enquanto diferente do *tempo ordinário* como visto acima. Pois, diante do passar de anos após cometimento de fato punível, o sujeito agora processado e julgado não é o mesmo que realizou o ilícito penal, posto que seu corpo, seu intelecto, contexto familiar, social e cultural, etc., já foram modificados pela ação do tempo, quando decorrente de um tempo processual inadequado. A sanção penal enfrentará dificuldade para se valer frente as exigências de necessidade e reprovação (GIACOMOLLI, 2014, p. 324).

Pois, o processo do qual tanto se fala

> e sobre o qual tanto se litiga, portanto, não pode ser considerado outra coisa senão um lugar, único, onde se realizam duas exigências diferentes: a primeira é a busca pela verdade em uma história que uma lei prevê como delito/ilícito; a segunda é a garantia de que o acusado/requerido possa se defender da acusação que lhe é feita. Ambas existem *uma em razão da outra, e não uma contra a outra, e juntas, entre elas, se constitui o critério fundamental de legitimação da jurisdição*.
> Por fim, o tempo do processo é um tempo contínuo, possuindo um começo e um fim. Vive-se até o fim. Além disso, avista-se a temporalidade processual como um procedimento ordenado de modo que cada um possui o seu lugar e cada coisa acontece a seu tempo: é essa a ordem do ritual judiciário. Todo juiz dá uma certa liberdade para adequar essa ordem às especificidades do processo, prerrogativa que não é atribuída às partes, por exemplo. Ainda, observa-se que o tempo é muito mais "longo" para as partes (especialmente o acusado) do que para os profissionais da justiça. Muitas vezes ele (o acusado) esperou longamente para que o tempo "passasse".
> [...]
> A vida social não pode ser reparada aos bocados; ela pede para ser regenerada: é esse o sentido do tempo judiciário (SPENGLER, 2016, p. 86-87, grifo nosso).

Não é interessante, portanto, nem para o réu e nem para a sociedade que o processo penal seja em duração inadequada. É necessário que

o processo penal siga num ritmo que seja *razoável*, pois, o tempo importa para o processo e importa para a sociedade, assim como para as partes. Nessa tarefa todos estão envolvidos e não pode o direito se subsumir a questões de eficientismo penal ou de garantismo penal. Deve observar de forma holística essas questões, de maneira que seja competentemente teórica e socialmente adequada para o fim que se pretende: a resolução do litígio em temporalidade adequada numa sociedade de risco.

Uma demora injustificada

> produz a falta de tutela jurisdicional efetiva, um funcionamento anormal da administração da Justiça. A tardia prestação jurisdicional equivale à prestação jurisdicional deficiente, falha, aquém das expectativas da cidadania. Afirma-se "justiça lenta é justiça negada" (*justice delayed is justice denied*). Por isso, os juízes e tribunais possuem a função constitucional de julgar e fazer executar os julgados dentro dos prazos previstos no ordenamento jurídico, impedindo a ocorrência de dilações indevidas, prestando a jurisdição de forma efetiva.
> A prestação jurisdicional sem dilações temporais indevidas evita a estigmatização do ser humano no processo e por ele, situação que influi em seu bem-estar, mormente o psíquico, em sua vida privada, familiar, social e profissional, em suma, em sua dignidade. A demora na prestação jurisdicional influi na produção da prova no processo penal.
> [...]
> A tutela jurisdicional efetiva insere-se no interesse estatal e da cidadania, de que a resposta ao caso criminal seja emitida em um prazo razoável, sem dilações indevidas, para que haja confiança nas instituições oficiais, integrantes do Estado de Direito. As falhas na prestação jurisdicional atingem a própria estrutura do Estado de Direito (GIACOMOLLI, 2014, p. 324-325, grifo do autor).

Importa ressaltar que não se trata de negar aos bens jurídicos difusos a abrangência penal que a sociedade demanda hoje. Pois, negar essa realidade é abraçar uma concepção ideológica que é própria de um Estado liberal, uma construção teórica que não corresponde mais aos reclames da preservação dos interesses sociais em geral, mas, somente o interesse de um certo grupo social. E tal proteção classista não pode se manter, pois, por mais que os crimes de perigo abstrato – por exemplo – possibilitem um indesejável expansionismo do Direito Penal – eficientismo – esses fatos puníveis têm sido amplamente utilizados na regula-

mentação de matérias bem específicas, porque o Direito Penal de hoje é demandado por necessidades preventivas, diante da exposição a perigo face aos riscos atuais de uma sociedade que está em dinâmica de perigos e problemas sociais. Aqui o princípio da precaução demonstra sua acolhida pelo seio social a nível internacional e também no direito interno de diferentes Estados, pelo menos desde a década de 1970 em questões de proteção de bens jurídicos relacionados ao meio ambiente (ANDRADE; FERREIRA, 2016, p. 48, 51, 52). Ou seja, é inevitável que a sociedade demandará proteção penal para além dos conhecidos limites liberais, forçando o equilíbrio entre garantismo e eficientismo, entre uma duração razoável do processo que leve em conta as garantias do réu e o *jus puniendi* do Estado.

Todavia, aqui resta a dificuldade ao jurista para processar seu conhecimento teórico e tentar ponderar, na atualidade, sobre como a prestação jurisdicional será adequada em sua eficácia punitiva e em sua garantia processual, pois, visto que o tempo importa e importa para o Direito e, especificamente, ao processo penal, assim como para as partes – em maior expressão em relação ao réu – numa sociedade de risco constante.

Talvez seja o caso de o Poder Judiciário tomar a frente nessa questão, estruturando-se para atender a demanda processual e aos desejos que a cidadania anseia, com a prestação jurisdicional que é efetiva, em prazo razoável, sendo dotado o Judiciário dos meios financeiros, humanos, metodológicos e técnicos para que essa prestação jurisdicional seja efetivada numa duração razoável. Assim, em última instância, o Estado e seus juízes se tornam os responsáveis pela aplicação da duração razoável do processo penal numa sociedade de risco, sem dilações que são indevidas, garantindo uma tutela jurisdicional de bens jurídico-penais que é vinculada com o tempo (GIACOMOLLI, 2014, p. 327).

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Inicialmente, após introdução do assunto, o tópico abordado foi a respeito da positividade da norma jurídica que assenta, no ordenamento jurídico brasileiro e convencional, a duração razoável do processo, nesse caso, o processo penal. Foi abordado sobre o processo penal e sua busca pelo equilíbrio entre o eficientismo penal e o garantismo penal, pendulando entre um extremo ou outro a depender da realidade social no qual o Direito é demandado: ora pela reafirmação de direitos e garantias fun-

damentais em face do excesso de rompimentos dos limites normativos de proteção do interesse do réu em processo penal, ou pela necessidade de efetividade do *jus puniendi* que é demandado pela sociedade em face de agentes realizadores de fatos puníveis que precisam ser processados e julgados exemplarmente. Adiante, foi abordada a positividade da duração razoável na ordem constitucional brasileira e em algumas outras ordens jurídicas internacionais, quais sejam: o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, a Convenção Europeia de Direitos Humanos, o Estatuto de Roma e a Convenção Americana de Direitos Humanos. A duração razoável do processo é constante nesses diplomas legais e demonstram a preocupação do legislador de que o processo tenha um desenvolvimento adequado para as partes e para a sociedade, levando em consideração o tempo que é necessário para executar cada momento procedimental do processo e, ao mesmo instante, as demais garantias processuais que formulam um processo penal que é legitimamente constitucional e convencional.

No tópico posterior, foi abordada a relação do tempo em geral com a duração razoável do processo penal enquanto em conflito com a sociedade de risco e proteção de bens jurídico-penais que emergem do risco que transparece de interação social e suas relações interpessoais. O tempo, enquanto elemento de difícil conceituação, ainda assim pode ser considerado dentro de uma dupla dimensão objetiva-subjetiva, no qual elementos objetivos como calendário e as peculiaridades subjetivas são consideradas no Direito enquanto sistema social, onde normas jurídicas percebem a mudança – até então, estática – na temporalização das de condições de validade pela dinâmica que se interagem os sistemas e subsistemas sociais na sociedade. A duração razoável do processo, enquanto garantia fundamental para um processo penal legítimo, também está implicado no tempo, possuindo seu próprio tempo – *tempo do processo* – que corre diversamente do *tempo ordinário*, levando a tensões sobre eficientismo e garantismo, pois, a sociedade de risco demanda proteção penal expansionista, que leva em conta não somente o resultado do fato punível, mas, mesmo o próprio *risco* de ocorrer perigo para a convivência humana e social, forçando o equilíbrio mencionado anteriormente entre a eficiência e a garantia.

Em conclusão, percebe-se ainda mais a tensão que resulta entre o *jus puniendi* que é legítimo e procura ser eficiente no combate à criminalidade no seio social e a garantia processual do réu em dispor de todos os meios de defesa necessários ao ser processado pelo Estado. Diante dessa tensão, talvez o *fiel da balança* esteja na prestação jurisdicional mesmo

assim, pois, o Poder Judiciário é que demonstrará o rigor do processo penal e a efetividade das garantias processuais oriundas de direito constitucional e direitos humanos, desde que devidamente equipado para tarefa hercúlea que lhe é imposta, de estar atento à realidade social que é de risco a todo o momento e da estabilidade das garantias e direitos fundamentais, ambos os lados, num único processo que resultará numa sentença em tempo hábil, isto é, de duração processual razoável.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Andressa Paula de; FERREIRA, Pedro Paulo da Cunha. Bens jurídicos transindividuais como corolário do atual modelo constitucional: um enunciado de proposta acerca de sua proteção penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 24, vol. 123, p. 17-62, set. 2016.

BOTTINI, Pierpaolo. **Crimes de perigo abstrato e princípio da precaução na sociedade de risco.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em 14 dez. 2019.

COMTE-SPONVILLE, André. **O Ser-Tempo**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo penal constitucional**. 7. ed., rev., atual e ampl. São Paulo, SP: Revista dos Tribunais, 2012.

GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal**: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica. São Paulo: Atlas, 2014.

LUHMANN, Niklas. **Introduction to Systems Theory**. Cambridge, Reino Unido: Polity Press, 2013.

LUHMANN, Niklas. **Law as Social System**. New York, EUA: Oxford University Press, 2004.

MACHADO, Antônio Alberto. **Teoria geral do processo penal**. São Paulo: Atlas, 2009.

NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules:** princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico. São Paulo, SP: WMF Martins Fontes, 2013.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. **Direito, poder, justiça e processo:** julgando os que nos julgam. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

SBARDELOTTO, Fábio Roque. **Direito Penal no Estado Democrático de Direito:** perspectivas (re)legitimadoras. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SPENGLER, Fabiana Marion. **Da jurisdição à mediação:** por uma outra cultura no tratamento de conflitos. 2. ed. Ijuí: Unijuí, 2016.

DA PRIVACIDADE À AUTODETERMINAÇÃO INFORMATIVA: CONSIDERAÇÕES SOBRE OS MARCOS CONSTITUCIONAL, LEGISLATIVO, JURISPRUDENCIAL E ADMINISTRATIVO PARA A PROTEÇÃO DE DADOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

FROM PRIVACY TO INFORMATIVE SELF-DETERMINATION: CONSIDERATIONS ON THE CONSTITUTIONAL, LEGISLATIVE, JURISPRUDENTIAL AND ADMINISTRATIVE FRAMEWORK FOR DATA PROTECTION IN THE BRAZILIAN LEGAL SYSTEM

Ana Luiza Liz dos Santos[1]

1 Mestranda em Direito na Fundação Escola Superior do Ministério Público (FMP), na linha de pesquisa Tutelas à Efetivação de Direitos Públicos Incondicionados. Integrante do Grupo de Pesquisa Relações Tensionais entre Mercado, Estado e Sociedade: Interesses Públicos *versus* Interesses Privados, coordenado pelo Prof. Dr. José Tadeu Neves Xavier. Especialista em Direito Público pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Especialista em Direito Civil e Processo Civil pelo Instituto de Desenvolvimento Cultural (IDC). Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Assessora Jurídica (Cargo em Comissão) em Gabinete de Desembargador no Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Currículo Lattes: http://lattes.cnpq.br/1213105149446784. E-mail: analuizaliz.s@hotmail.com.

Resumo: O presente estudo aborda breves considerações sobre o caminho percorrido para a tutela dos dados pessoais no Brasil, a partir do reconhecimento da necessidade de superação do conceito clássico de privacidade, até alcançar a ideia de autodeterminação informativa. Como procedimento metodológico, utilizou-se o método de abordagem hipotético-dedutivo e técnica de pesquisa qualitativa, a partir de pesquisa sobre a doutrina, a legislação e a jurisprudência existentes sobre o tema. Diante do constante processo de desenvolvimento e evolução da Sociedade da Informação, na medida em que também evoluem as relações sociais e o ambiente digital, questiona-se quais os mecanismos para a efetivação dos direitos fundamentais relacionados à vida privada, em especial o direito à proteção de dados pessoais e o direito à autodeterminação informativa. O objetivo geral, portanto, é visualizar as conquistas constitucional, legislativa, jurisprudencial e administrativa para a tutela dos dados pessoais no ordenamento jurídico do Brasil. Como objetivos específicos, tem-se: apurar o contexto da Sociedade da Informação e a necessidade de mudança de perspectiva do bem jurídico tutelado pela privacidade; analisar o reconhecimento da tutela dos dados pessoais como direito fundamental pelo Supremo Tribunal Federal; verificar o caminho percorrido pelo Brasil até a promulgação da Lei Geral de Proteção de Dados, bem assim sua importância para a tutela deste direito e da autodeterminação informativa; estudar, brevemente, as principais características da Autoridade Nacional de Proteção de Dados e a sua importância para a tutela dos dados pessoais. Conclui-se que o avanço e o desenvolvimento tecnológico promoveram significativos impactos nos direitos relacionados à vida privada, de modo a estimular o Brasil na produção legislativa e jurisprudencial sobre a temática, especialmente por decorrência da mudança da perspectiva dos bens jurídicos tutelados, uma vez que a clássica concepção de privacidade não é mais capaz de fornecer efetiva proteção aos direitos de proteção de dados pessoais e de autodeterminação informativa.
Palavras-chave: Autodeterminação Informativa; Direitos Fundamentais; Proteção de Dados Pessoais; Sociedade da Informação.

Abstract: This study presents brief considerations about the path taken for de protection of personal data in Brazil, from the admission of the need to overcome the classic concept of privacy, until reaching the idea of informative self-determination. As a methodological procedure, the hypothetical-deductive method of approach and qualitative research technique have been used, based on research on existing doctrine, legisla-

tion and jurisprudence on the subject. In view of the constant process of development and evolution of the Information Society, as social relations and the digital environment also evolve, it is questioned what are the mechanisms for the realization of fundamental rights related to privacy, in special the right to data protection and the right to information self-determination. The general objective, therefore, is to visualize the constitutional, legislative, jurisprudential and administrative achievements for the protection of personal data in the Brazilian legal system. The specific objectives there are: determine the context of the Information Society and the need to change the perspective of the legal asset protected by privacy; analyze the recognition of protection of personal data as a fundamental right by the Supreme Court; verify the path followed by Brazil until the sanction of the General Data Protection Law, as well as its importance for the protection of this right and the of informative self-determination; briefly study the main characteristics of the National Data Protection Authority and its importance for the protection of personal data. It is concluded that technological advancement and development promoted significant impacts on rights related to private life, stimulating Brazil in the legislative and jurisprudential production on the subject, especially as a result of the change in the perspective of the protected legal assets, because the classic concept of privacy is not able to provide effective protection to the rights of personal data protection and information self-determination.
Keywords: Informative Self-Determination; Fundamental Rights; Personal Data Protection; Information Society.

1. INTRODUÇÃO

Os direitos fundamentais atuam como eixos centrais das Constituições contemporâneas, uma vez que possuem o condão de retratar as diferentes dimensões em que são projetadas a vida do ser humano, e é por isso que, necessariamente, os direitos fundamentais acompanham a evolução e as necessidades da vida em sociedade. A segunda metade do século XX tem por característica o reconhecimento da necessidade de uma proativa proteção das garantias relacionadas à privacidade do indivíduo.

A Constituição do Brasil não adotou, de forma expressa, o reconhecimento da proteção dos dados pessoais. Em que pese esta realidade, a temática tem sido objeto de cada vez mais reconhecimento no ordena-

mento jurídico brasileiro, o que pode ser evidenciado por quatro significativos fatores: (a) a edição de uma Lei Geral de Proteção de Dados (Lei nº 13.709/2018), que dita as disposições gerais para a tutela das informações e dos dados pessoais; (b) a tramitação de um Projeto de Emenda Constitucional (PEC nº 17/2019), que visa incluir o direito fundamental à proteção de dados pessoais no rol de direitos e garantias fundamentais do artigo 5º da Constituição Federal; (c) o reconhecimento expresso, pelo Supremo Tribunal Federal, da existência de um direito fundamental à proteção de dados pessoais, que integra o âmbito de proteção das cláusulas constitucionais assecuratórias da liberdade individual, da privacidade e do livre desenvolvimento da personalidade; e (d) a existência de uma Autoridade Nacional de Proteção de Dados, que figura como elemento essencial para garantir a eficácia da Lei Geral de Proteção de Dados.

Diante deste contexto, e buscando enfrentar esta temática, o presente estudo se propõe a apresentar, ainda que de forma breve, o caminho percorrido para a tutela dos dados pessoais no Brasil, a partir do reconhecimento da necessidade de superação do conceito clássico de privacidade, até alcançar a ideia de autodeterminação informativa. Em seguida, pretende dispor sobre a Lei Geral de Proteção de Dados como sendo um marco legislativo para o ordenamento jurídico brasileiro, diante das exigências e necessidades que decorrem da Sociedade da Informação, especialmente na medida em que insere o Brasil no rol de países com legislação específica sobre esta tão relevante e atual temática. Por fim, ainda, com relação à Lei Geral de Proteção de Dados, se propõe a tecer breves considerações sobre a Autoridade Nacional de Proteção de Dados, que figura como pilar para a tutela das disposições da referida Lei.

2. DA PRIVACIDADE À AUTODETERMINAÇÃO INFORMATIVA: A TUTELA CONSTITUCIONAL DOS DADOS PESSOAIS NO BRASIL

A Sociedade da Informação surgiu, no século XX, a partir da necessidade de um novo paradigma, baseado em tecnologias de comunicação e de informação, o que corresponde a um processo multidimensional que tem promovido significativa transformação estrutural em todo o mundo. É por isso que o sociólogo espanhol Manuel Castells (2005, p. 17) dispõe que, muito mais que determinar a sociedade, a tec-

nologia é a sociedade, isto é, é a própria sociedade que molda a tecnologia, a partir dos interesses, valores e necessidades das pessoas que se utilizam das tecnologias.

O contexto da Sociedade da Informação, então, surge como resultado de uma Era em que as informações fluem em níveis expressivos de quantidade e de velocidade, de modo que estas informações assumem fundamentais valores sociais, culturais, políticos e econômicos. Em assim sendo, na medida em que evoluem as relações institucionais e humanas, o *superinformacionismo* surge como um dos principais fenômenos da Sociedade da Informação, uma vez que cria uma espécie de "massa de informações" (RULLI JUNIOR; RULLI NETO; 2013, p. 15) sobre tudo e sobre todos, independentemente da intenção individual do cidadão no que se refere à sua participação em determinados conjuntos de dados e de informações.

Em razão do atual cenário no que diz respeito aos fluxos de informação, o Senado Federal, no ano de 2019, apresentou uma Proposta de Emenda à Constituição (PEC nº 17/2019), com objetivo de fazer constar expressamente a proteção dos dados pessoais como direito fundamental do cidadão no texto constitucional brasileiro. A Proposta tem por objetivo o acréscimo do inciso XXX ao artigo 22 da Constituição, de modo a tornar competência privativa da União a possibilidade de legislação sobre proteção e tratamento de dados pessoais e, especialmente, a alteração do atual inciso XII do artigo 5º do texto constitucional, para somar à inviolabilidade do sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, também a proteção dos dados pessoais, inclusive nos meios digitais. Atualmente, a referida PEC está em tramitação na Câmara dos Deputados, onde aguarda deliberação em Plenário.

A proteção dos dados pessoais, em sendo aprovada a Proposta de Emenda à Constituição, estará positiva e expressamente disposta no texto constitucional brasileiro, o que significa uma equiparação aos demais direitos fundamentais nela dispostos. Para além deste efeito prático, esta possível aprovação certamente significará um avanço no caminho que o Brasil vem percorrendo para a tutela dos direitos relacionados à privacidade, os quais tem tido uma alteração em seu âmbito de proteção por decorrência do contexto da Sociedade da Informação. Ademais, no mesmo sentido, uma vez aprovada a Proposta de Emenda Constitucional em tela, o Brasil passará a fazer parte do grupo de países que reconhecem a relevância e elevam a tutela de dados pessoais ao *status* de garantia fundamental expressa do cidadão.

O Supremo Tribunal Federal, em sintonia com as Casas Legislativas, concebeu ainda mais destaque e relevância à temática da proteção dos dados pessoais no Brasil, a partir da decisão proferida pela Ministra Rosa Weber na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.387/2020, originária do Distrito Federal, proposta pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (CFOAB) contra o inteiro teor da Medida Provisória nº 954/2020. A referida Medida Provisória – posteriormente convertida na Lei nº 14.047/2020 –, por sua vez, dispunha sobre o compartilhamento de dados por empresas de telecomunicações, para fins de suporte à produção estatística durante a pandemia de Covid-19.

Em sua decisão, a Relatora destacou que as condições em que ocorrem a manipulação de dados pessoais digitalizados, seja por agentes públicos ou privados, "consiste em um dos maiores desafios contemporâneos do direito à privacidade" (2020, p. 7-8). Acrescentou, ainda, que o direito fundamental à privacidade, constitucionalmente disposto no art. 5º, inciso X, emana do reconhecimento de que a personalidade individual merece proteção em todas as suas manifestações, reconhecendo, expressamente, que os dados pessoais integram o âmbito de proteção das cláusulas constitucionais assecuratórias da liberdade individual, da privacidade e do livre desenvolvimento da personalidade e, por isso, sua manipulação e tratamento devem observar os limites delineados pela proteção constitucional.

A partir destas considerações, a Ministra Rosa Weber entendeu que a Medida Provisória nº 954/2020, ao dispor sobre a disponibilização dos dados pessoais – nome, número de telefone e endereço – exorbitou os limites constitucionais, especialmente pela ausência de disposições consistentes sobre o objeto da estatística, bem assim a finalidade e a amplitude específica do tratamento de dados e o modo como serão efetivamente utilizados. Ademais, foi também destacado pela Ministra a ausência de apresentação de mecanismos concretos e específicos, sejam eles técnicos ou administrativos, aptos a proteger os dados pessoais contra acessos indevidos e vazamentos acidentais. Em razão do exposto, a Relatora deferiu a Medida Cautelar, no sentido de suspender a eficácia da Medida Provisória nº 954/2020.

A referida decisão – proferida monocraticamente e, na sequência, referendada pela maioria dos Ministros no Plenário do Supremo Tribunal Federal – apresenta importantes efeitos no sentido da tutela dos dados pessoais no ordenamento jurídico brasileiro, podendo-se afirmar que o mais significativo efeito está no reconhecimento, de forma expressa, da tutela constitucional dos dados pessoais. Isso porque, é justamente o reconhecimento da proteção dos dados pessoais como direito funda-

mental que eleva este direito ao patamar de tutela constitucionalmente protegida, tendo em vista que tem se tornando, cada vez mais, imprescindível para o livre desenvolvimento da personalidade.

Ademais, outro significativo efeito que decorre da decisão proferida pela Suprema Corte está no fato de que, do reconhecimento da tutela constitucional da proteção de dados pessoais, é possível extrair que passa a ser possível o exercício de controle de constitucionalidade quanto à temática, com vinculação dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário. Este reconhecimento é de extrema relevância, inclusive porque impede a edição – ou, ainda, possibilita a declaração de inconstitucionalidade – de normas que estejam em desacordo com o direito fundamental à proteção de dados pessoais.

Com as considerações até aqui expostas, tem-se que, seja pelo movimento das Casas Legislativas no sentido de apresentar uma Proposta de Emenda Constitucional para inserir a tutela dos dados pessoais com direito fundamental expresso em nossa Constituição, seja pela decisão proferida pela mais alta Corte de Justiça do nosso ordenamento jurídico-constitucional, de modo a reconhecer expressamente a tutela dos dados pessoais como direito fundamental, seja, ainda, pela promulgação da Lei Geral de Proteção de Dados – a qual será especificamente abordada na sequência deste estudo –, fato é que o Brasil finalmente está dedicando a devida atenção à temática da tutela dos dados pessoais.

Todos estes movimentos são de extrema importância para a proteção do cidadão com relação à sua privacidade, pois, especialmente em razão do desenvolvimento tecnológico que decorre da Sociedade da Informação, a estrutura da privacidade deve ser analisada sob uma perspectiva contemporânea, o que, por sua vez, alcança a proteção dos dados pessoais. Sobre este ponto, Stefano Rodotà (2008, p. 23), afirma que as novas dimensões de coleta e de tratamento de dados e de informações acarretaram na multiplicação de apelos à privacidade e, consequentemente, "aumentaram a consciência da impossibilidade de confinar as novas questões que surgem dentro do quadro institucional tradicionalmente identificado por este conceito".

Ainda no mesmo sentido, Ricardo Villas Bôas Cueva (2017, p. 60) dispõe que, se se observa apenas os parâmetros clássicos da noção de privacidade, a tutela jurídica da vida privada resta ameaçada, por decorrência da possibilidade de obtenção e de disseminação praticamente instantâneas das informações, as quais, ressalta-se, nem sempre são dotadas de conteúdos sigilosos, o que afasta a possibilidade de tutela a partir

do conceito tradicional de privacidade. Com relação à intimidade, Têmis Limberger (2007, p. 58) destaca que este direito igualmente tem assumido um conteúdo mais amplo, a partir de uma tentativa de resguardar o cidadão com relação aos seus dados, especialmente os informatizados, que, por sua vez, cada vez mais, abrigam conteúdos dotados de relevância política e econômica.

O direito à autodeterminação informativa, por sua vez, permite que o direito à privacidade deixe de ter um conteúdo exclusivamente negativo, isto é, no sentido de afastar terceiros de informações pessoais, passando a assumir, também, um conteúdo positivo, a partir da ideia da liberdade que o indivíduo possui para decidir quando e onde os seus dados podem circular (CUEVA, 2017, p. 61). A partir desta afirmação, Laura Schertel Mendes (2020) ressalta que, em sua dupla dimensão, o direito à autodeterminação informativa corresponde aos efeitos gerados pela proteção dos dados pessoais.

Diante das considerações até aqui expostas, tem-se que, em que pese o Brasil ainda não tenha alcançado a excelência, fato é que o nosso ordenamento jurídico tem, especialmente nos últimos anos, percorrido uma importante trajetória para a proteção dos dados pessoais. A tramitação de uma Proposta de Emenda à Constituição, para positivar constitucionalmente a tutela dos dados pessoais, a existência de uma decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, reconhecendo a existência de um direito fundamental à proteção de dados, a promulgação de uma Lei Geral de Proteção de Dados, para regulamentar a temática e, ainda, a viabilidade de se cogitar a existência de um direito fundamental implícito, decorrente dos valores alocados na Constituição Federal, são elementos essenciais que demonstram o caminho que vem sendo percorrido pelo Brasil.

3. LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS: UM MARCO PARA A TUTELA DOS DADOS PESSOAIS NO ORDENAMENTO INFRACONSTITUCIONAL BRASILEIRO

A temática da proteção de dados foi despertada no ordenamento jurídico brasileiro há pouco mais de duas décadas, quando, no ano de 1999, foi apresentado o Projeto de Lei nº 268/1999, do Senado Federal, o qual dispunha sobre a estrutura e o uso dos bancos de dados, com a garantia da tomada de medidas de segurança contra o acesso não au-

torizado a dados pessoais e informações deles derivadas. Na sequência, diversos outros projetos começaram a tramitar no Congresso Nacional, mas não obtiveram êxito, pelas mais variadas decorrências – como, por exemplo, arquivamento e rejeição do inteiro teor.

Após as diversas tentativas, bem assim após a promulgação do Marco Civil da Internet (Lei nº 12.956/2014), de significativa importância e inovação no cenário brasileiro, fato é que, somente no ano de 2018, com a promulgação da Lei nº 13.709/2018, conhecida como Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), é que nosso país adentrou no rol de países dotados de um sistema normativo voltado especificamente para a proteção de dados, concretizando uma espécie de modernização do tratamento de informações no Brasil (MENDES; DONEDA, 2018b, p. 469).

A Lei Geral de Proteção de Dados tem por principal objetivo a proteção dos direitos fundamentais de liberdade e de privacidade, bem assim o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural. Ademais, tem por fundamentos o respeito à privacidade, a autodeterminação informativa, a liberdade de expressão, de informação, de comunicação e de opinião, a inviolabilidade da intimidade, da honra e da imagem, o desenvolvimento econômico e tecnológico e a inovação, a livre iniciativa, a livre concorrência e a defesa do consumidor e, ainda, os direitos humanos, o livre desenvolvimento da personalidade, a dignidade e o exercício da cidadania pelas pessoas naturais.

Tem-se, ainda, que, para garantir a consumação de seu rol de fundamentos, a Lei é especialmente voltada para as operações de tratamento de dados, inclusive nos meios digitais, ou seja, para as operações realizadas com os dados pessoais, desde a sua coleta, até a sua eliminação, passando pelas possibilidades de utilização, reprodução, distribuição e armazenamento. Isso significa dizer que toda e qualquer operação que se reflita em algum tipo de manuseio de dados pessoais deverá passar pelo crivo da Lei Geral de Proteção de Dados.

Uma vez que, no contexto da Sociedade da Informação, não existem dados que possam ser considerados insignificantes, a garantia decorrente do rol de fundamentos da LGPD é primordial para a conscientização das instituições públicas e privadas no sentido de que os dados que em uma determinada época podem não acarretar riscos, em algum momento futuro podem o causar. Isso não significa dizer que se pretende a inviabilização do uso de dados, mas sim a regulamentação do uso dos dados de forma equilibrada, possibilitando a inovação sem que haja violação da privacidade. Nesse sentido, inclusive, Laura Schertel Mendes e

Danilo Doneda (2018a, p. 585) afirmam que a LGPD apresenta "mecanismos de tutela idealizados tanto para a proteção do cidadão quanto para que o mercado e o setor público possam utilizar esses dados pessoais, dentro dos parâmetros e limites de sua utilização".

No que tange ao início da vigência da Lei Geral de Proteção de Dados, em que pese a reconhecida importância sobre a proteção de dados pessoais, bem assim a indiscutível relevância da sanção de uma lei específica sobre a temática, fato é que, na prática, questões alheias à esta importância, advindas de movimentos do Poder Executivo e do Poder Legislativo, postergaram o início da vigência da referida Lei no ordenamento jurídico brasileiro, a qual, pelo texto original (art. 65, II, da Lei 13.709/2018), teria um estágio de 24 meses de *vacatio legis*, para, somente após este período, entrar em vigor.

Ocorre que, por decorrência da pandemia mundial de Covid-19, foram promovidos esforços no sentido de postergar o início da vigência da Lei Geral de Proteção de Dados, o que pode ser percebido em razão da edição da Lei nº 14.010/2020, que dispõe sobre o Regime Jurídico Emergencial e Transitório das relações jurídicas de Direito Privado no período da pandemia do coronavírus (Covid-19). No mesmo sentido, a Presidência da República editou a Medida Provisória nº 959/2020 que, dentre outras disposições, prorrogou a *vacatio legis* da Lei nº 13.709/2018.

Para além destes movimentos – os quais geraram insegurança jurídica no que tange às disposições da LGPD, bem assim sobre sua vigência e eficácia – diversas outas reviravoltas ocorreram até que, finalmente, fosse definida sua vigência. Isso porque, especificamente no que diz respeito à Medida Provisória nº 959/2020, sabe-se que, nos termos do § 3º do artigo 62 da Constituição Federal, as medidas provisórias terão eficácia durante o período de 60 dias, os quais poderão ser prorrogados uma vez por igual período. Isso significa dizer que, se a referida Medida Provisória não fosse convertida em lei, teria sua eficácia eliminada, conforme disposição do texto constitucional.

A mora legislativa na análise da MP nº 959/2020 causou expectativa sobre a perda de sua eficácia, de modo a, consequentemente, afastar o adiamento da vigência da Lei Geral de Proteção de Dados brasileira. Porém, quando estava prestes a perder sua eficácia, o Senado Federal aprovou o texto da Medida Provisória, o que, aparentemente, aumentaria o período de *vacatio legis* da LGPD. Em mais uma reviravolta, contudo, o Senado Federal considerou prejudicado o art. 4º, da MP nº 959/2020, o qual justamente tratava da vigência da lei protetiva de dados. Neste momento, então, imaginou-se que a referida lei entraria em vigor imediatamente, o que, con-

tudo, também não ocorreu, ocasionando mais insegurança. Isso porque, ainda era necessário sanção ou veto do Presidente da República – o que deveria ocorrer dentro do prazo de 15 dias –, conforme dispõe o art. 62, § 12, da Constituição Federal. Em 18 de setembro de 2020, então, foi publicada a sanção do Presidente da República, de modo que, finalmente, o marco da tutela dos dados pessoais alcançou sua vigência, uma vez que entrou em vigor a Lei Geral de Proteção de Dados do Brasil.

Em razão de todos estes acontecimentos, é importante ter em mente os impactos negativos ocasionados pelos movimentos dos Poderes Legislativo e Executivo, especialmente em razão do cenário decorrente da pandemia mundial. Isso porque, justamente por decorrência da situação excepcional causada pela pandemia em todo o mundo, o caminho deveria ter sido trilhado em sentido diametralmente oposto, uma vez que o uso das tecnologias está cada vez mais intensificado, potencializando, por via de consequência, a vulnerabilidade e a fragilidade das informações pessoais.

Fato é que, mesmo diante dos movimentos realizados em sentido contrário, desde 18 de setembro de 2020 o Brasil conta com a vigência da Lei Geral de Proteção de Dados – exceto no que diz respeito às sanções administrativas, que entrarão em vigor em 1º de agosto de 2021, conforme disposição da Lei nº 14.010/2020 –, o que, por certo, acentua o debate sobre a importância assumida pelos direitos relacionados à privacidade, em especial os dados pessoais e a autodeterminação informativa. É imprescindível, portanto, que se compreenda que a Lei Geral de Proteção de Dados, "sem a necessária aplicabilidade, não passará de um singelo conjunto de signos, muito longe do patamar de relevância e proteção para o qual foi criada" (CRESPO; RIBEIRO FILHO, 2019, p. 183).

A temática da proteção de dados está, e deve seguir, no radar da sociedade como um todo, pois, seja na condição de portador dos dados, seja na condição de usuário dos dados, todos são impactados com as disposições da Lei Geral de Proteção de Dados brasileira.

4. A IMPORTÂNCIA DA AUTORIDADE NACIONAL PARA A PROTEÇÃO DE DADOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

A Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD), criada no ordenamento jurídico brasileiro a partir da Lei Geral de Proteção de Dados, representa, em nosso país, uma figura que possui correspondente

na vasta maioria dos marcos normativos sobre a temática. Danilo Doneda (2021, p. 462), nesse sentido, afirma que as autoridades de proteção de dados, na atualidade, são parte fundamental dos principais modelos que regulam a proteção de dados ao redor do mundo, uma vez que cumprem funções como a aproximação entre as esferas do setor público e privado com o cidadão "em contextos que, diversas vezes, são por demais especializados para serem efetivamente abordados por instituições que não foram especificamente moldados com este fim".

Em nosso ordenamento jurídico, a Autoridade Nacional de Proteção de Dados figura como um dos pilares da Lei Geral de Proteção de Dados, sendo ponto essencial para a garantia da eficácia das disposições da Lei. Isso significa dizer que a referida Autoridade é de extrema importância para que seja assegurada a aplicação coesa e harmoniosa dos dispositivos da Lei, tendo em vista que é essencial que haja vigilância, fiscalização e controle em todas as entidades que atuem com qualquer etapa ou procedimento envolvendo o uso de dados pessoais (coleta, tratamento, armazenamento, compartilhamento), bem assim para prestar suporte e sanar dúvidas que surgem com relação à implementação das disposições da LGPD, seja na seara pública, seja na seara privada.

Importante ressaltar, ainda, no que se refere à criação da ANPD, que antes de sancionar o texto da Lei Geral de Proteção de Dados, o então Presidente da República, Michel Temer, vetou alguns dispositivos do texto que havia sido aprovado tanto no Plenário da Câmara dos Deputados, quanto no Plenário do Senado Federal. Em que pese as peculiaridades de cada dispositivo vetado, o veto que sofreu maior incidência de críticas foi o relacionado aos dispositivos que estruturavam e regulamentavam a Autoridade Nacional de Proteção de Dados (artigos 55 a 59, da Lei), a qual seria dotada de independência e seria integrante da Administração Pública Federal Indireta, submetida a regime autárquico especial e vinculada ao Ministério da Justiça.

De modo a justificar os vetos, o Presidente à época afirmou que os dispositivos eram eivados de inconstitucionalidade do processo legislativo, por afronta ao artigo 61, § 1º, II, alínea *e*, cumulado com o artigo 37, XIX, da Constituição Federal, isto é, a criação da Autoridade Nacional de Proteção de Dados, pelo Poder Legislativo, estaria adentrando em matéria de competência restrita da Presidência da República. Diante deste cenário, tem-se que o veto, pela sua simples conduta, já foi suficientemente criticado, críticas estas que foram potencializadas pelo teor da justificativa.

Por decorrência das diversas objeções, e com o intuito de "harmonizar, na prática, a implementação da Lei, e fiscalizar a proteção dos dados pessoais, além de elaborar diretrizes para inaugurar uma 'política nacional de proteção de dados'" (CRESPO; RIBEIRO FILHO; 2019), em 27 de dezembro de 2018, ao apagar das luzes de seu mandato, o Presidente Michel Temer apresentou a Medida Provisória nº 869/2018 – a qual, posteriormente, foi convertida na Lei nº 13.853/2019, ainda que com algumas alterações – de modo a recriar a Autoridade Nacional de Proteção de Dados. Porém, se faz essencial destacar que, desta vez, diferentemente do disposto no texto outrora vetado, a ANPD foi reduzida à condição de órgão vinculado à Casa Civil da Presidência da República. Finalmente, em agosto de 2020, foi publicado o Decreto nº 10.474/2020, para aprovar a estrutura regimental e o quadro demonstrativo dos cargos em comissão e das funções de confiança da Autoridade Nacional de Proteção de Dados.

No que tange às suas características, tem-se que a independência e a autonomia são essenciais para o seu efetivo funcionamento, o que, por via de consequência, garante e eficácia das disposições da Lei Geral de Proteção de Dados. Conforme Danilo Doneda (2021, p. 464-466), a independência é um atributo intrínseco à própria razão de ser de uma autoridade protetiva de dados, e pode ser garantida através de mecanismos que proporcionem uma espécie de isolamento da sua atuação com relação a possíveis influências dos poderes estatais constituídos na administração pública direta, com independência para fiscalizar, sancionar e decidir, sem necessidade de subordinação hierárquica a outros órgãos. A autonomia técnica, por sua vez, refere-se às opiniões e decisões que serão tomadas dentro da competência da Autoridade.

Para além destas principais características, por certo existem outras que devem ser consideradas, de modo que se pode afirmar que "uma autoridade independente, com autonomia técnica e dotada dos meios necessários para realizar suas funções, é, portanto, condição orgânica para que as garantias presentes na LGPD sejam eficazes" (DONEDA, 2021, p. 466). Finalmente, em razão de sua recente estruturação organizacional, bem assim, e especialmente, em razão da sua excepcional importância para a eficácia das disposições da lei protetiva de dados no Brasil, tem-se que será acompanhada com extrema atenção a abordagem que a Autoridade Nacional de Proteção de Dados empregará em sua atuação.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O avanço tecnológico e a modernização das relações, no contexto da Sociedade da Informação, tem, cada vez mais, conferido papel de destaque às informações e aos dados pessoais, os quais adquirem conotação de bens valiosos. Nesse contexto, a temática envolvendo a proteção de dados e informações pessoais tornou-se essencial para a proteção do cidadão no que tange à sua privacidade.

A Lei Geral de Proteção de Dados (Lei nº 13.709/2018) surge, no ordenamento jurídico brasileiro, como um importante instrumento para a proteção e a regulamentação do uso dos dados pessoais, bem assim para a apresentação de sancionamentos passíveis de imposição por decorrência de descumprimento das disposições da Lei. Contudo, em que pese sua relevância para a sociedade brasileira – bem como para o país no contexto internacional – a Lei sancionada em 2018 sofreu diversos movimentos no sentido de adiar sua vigência em nosso país. Isso porque o período de 24 meses de *vacatio legis* foi objeto de tentativa de expansão, especialmente sob a justificativa do contexto decorrente da pandemia mundial de Covid-19, de modo que, após diversas reviravoltas, adquiriu vigência a partir de 18 de setembro de 2020.

Não é possível deixar de considerar a importância da sanção de uma legislação específica sobre a temática da proteção de dados. Ao mesmo tempo, também não é possível deixar que passem despercebidos os atos dos Poderes Executivo e Legislativo, no sentido de prorrogar o início da vigência de uma tão significativa e esperada lei. Ainda que com estas considerações, agora, uma vez aplicável a Lei Geral de Proteção de Dados, maior relevância adquirem os atos dos operadores do Direito, no sentido de despertar interesse, difundir conhecimento e chamar atenção para a temática decorrente da nova realidade protetiva dos dados pessoais.

Ademais, a tramitação da Proposta de Emenda Constitucional nº 17/2019, que visa incluir o direito fundamental à proteção de dados pessoais no rol de direitos e garantias fundamentais do texto constitucional, bem assim a decisão da Ministra Rosa Weber, do Supremo Tribunal Federal, na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.387/2020 – vale ressaltar, referendada pela maioria dos demais Ministros em Plenário – figuram como marcos para o reconhecimento expresso do direito fundamental à proteção de dados pessoais.

A Autoridade Nacional de Proteção de Dados, por sua vez, figura como pilar para a eficácia das disposições da Lei Geral de Proteção de

Dados no cenário brasileiro, uma vez que atua de modo a assegurar a aplicação coesa e harmoniosa dos dispositivos da Lei, inclusive para promover uma aproximação entre o cidadão e as instituições públicas e privadas que promovem o tratamento de dados pessoais. A independência e a autonomia técnica, pode-se afirmar, são as principais características e atribuições da ANPD – bem assim seus principais desafios –, os quais, se devidamente observados, serão capazes de consolidar a essência da Lei Geral de Proteção de Dados em nosso ordenamento jurídico-constitucional.

O contexto social, jurídico e econômico tem, cada vez mais, compreendido a importância de uma proativa proteção dos dados e das informações pessoais. Uma vez que os fluxos de informação ocorrem de forma praticamente instantânea, é fundamental que os esforços sejam mantidos para que o movimento de reconhecimento da necessidade da tutela destes direitos não seja atenuado com o passar do tempo.

REFERÊNCIAS

BRASIL [Casa Civil]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Brasília, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 27 abr. 2021.

BRASIL [Casa Civil]. **Lei Geral de Proteção de Dados (Lei Federal nº 13.709/2018).** Brasília, 2018. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm>. Acesso em: 27 abr. 2021.

BRASIL [Casa Civil]. **Lei Federal nº 14.010/2020.** Brasília, 2018. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/L14010.htm>. Acesso em: 27 abr. 2021.

BRASIL [Casa Civil]. **Marco Civil da Internet (Lei Federal nº 12.965/2014).** Brasília, 2014. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm>. Acesso em: 27 abr. 2021.

BRASIL [Presidência da República]. **Decreto nº 10.474/2020.** Brasília, 2020. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/decreto-n-10.474-de--26-de-agosto-de-2020-274389226>. Acesso em 28 abr. 2021.

BRASIL [Presidência da República]. **Medida Provisória nº 869/2018.** Brasília, 2018. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/Mpv/mpv869.htm>. Acesso em: 27 abr. 2021.

BRASIL [Presidência da República]. **Medida Provisória nº 954/2020.** Brasília, 2020. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2019-2022/2020/Mpv/mpv954.htm>. Acesso em: 27 abr. 2021.

BRASIL [Presidência da República]. **Medida Provisória nº 959/2020.** Brasília, 2020. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/mpv/mpv959.htm>. Acesso em: 27 abr. 2021.

BRASIL [Senado Federal]. **Proposta de Emenda à Constituição nº 17/2019.** Brasília, 2019. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/135594>. Acesso em: 27 abr. 2021.

CASTELLS, Manuel; CARDOSO, Gustavo. **A Sociedade em Rede: do conhecimento à ação política.** Lisboa, 2005.

CRESPO, Danilo Leme; RIBEIRO FILHO, Dalmo. A Evolução Legislativa Brasileira sobre a Proteção de Dados Pessoais: A Importância da Promulgação da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, v. 98, ano 20, p. 161-186, mar./abr. 2019.

CUEVA, Ricardo Villas Bôas. A Insuficiente Proteção de Dados Pessoais no Brasil. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**, v. 13, p. 59-67, out./dez., 2017.

DONEDA, Danilo. A Autoridade Nacional de Proteção de Dados e o Conselho Nacional de Proteção de Dados. In MENDES, Laura Schertel; DONEDA, Danilo; SARLET, Ingo Wolfgang; e RODRIGUES JÚNIOR, Otavio. **Tratado de Proteção de Dados Pessoais.** Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 459-469.

DONEDA, Danilo. **Da Privacidade à Proteção de Dados Pessoais**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

LIMBERGER, Têmis. **O Direito à Intimidade na Era da Informática:** a necessidade de proteção dos dados pessoais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

MENDES, Laura Schertel; DONEDA, Danilo. Comentário à Nova Lei de Proteção de Dados (Lei 13.709/2018): O Novo Paradigma da Proteção de Dados no Brasil. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo, v. 120, p. 555-687, nov./dez. 2018a.

MENDES, Laura Schertel; DONEDA, Danilo. Reflexões Iniciais sobre a Nova Lei Geral de Proteção de Dados. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo, v. 120, p. 469-483, nov./dez. 2018b.

MENDES, Laura Schertel; FONSECA, Gabriel Campos Soares da. STF Reconhece Direito Fundamental à Proteção de Dados: comentários sobre o referendo da Medida Cautelar nas ADIs 6387, 6388, 6389 e 6393. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo, v. 130, p. 471-478, jul./ago. 2020.

RODOTÀ, Stefano. **A Vida na Sociedade da Vigilância:** a privacidade hoje. Tradução de Danilo Doneda e Luciana Cabral Doneda. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

RULLI JÚNIOR, Antônio; RULLI NETO, Antônio. Apontamentos no Direito Brasileiro dentro do contexto da Sociedade da Informação. **Revista Esmat**, Palmas/TO, nº 6, ano 5, p. 11-30, jul./dez. 2013. Disponível em: <http://esmat.tjto.jus.br/publicacoes/index.php/revista_esmat/article/view/57/63>. Acesso em 27 abr. 2021.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.387/2020**. Relatora Ministra Rosa Weber. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5895165>. Acesso em 27 abr. 2021.

JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE E ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

HEALTH JUDICIALIZATION AND ECONOMIC ANALYSIS OF LAW

Diego de Ávilla Rodrigues[1]

Resumo: O estudo busca realizar uma reflexão prática acerca do Direito Fundamental à saúde e o fenômeno que passou a ser conhecido como judicialização da saúde, através da ótica da Análise Econômica do Direito. Partindo de uma compreensão acerca do direito à saúde como fundamental e de aplicação imediata, estabelecendo deveres positivos ao estado, e de conceitos básicos da Análise Econômica do Direito, são analisados dados coletados em pesquisas empíricas, demonstrando o crescente número de novas demandas individuais relacionadas à saúde e o consequente aumento dos gastos públicos com a concessão judicial de tratamentos médicos. A judicialização da saúde tem causado severo problema no que se refere à aplicação dos valores previstos no orçamento público para a adoção de políticas públicas de saúde, culminando por prejudicar a maioria da população em benefício dos que procuram o judiciário. O julgador deve considerar, no processo decisório, os reflexos de sua decisão, tanto no que se refere ao caráter prático da alocação de recursos, quanto ao incentivo para ajuizamento de futuras demandas. O método utilizado foi o hipotético-dedutivo.

1 Diego de Ávilla Rodrigues: Servidor Público do Poder Judiciário do Estado do Rio Grande do Sul. Graduado em Direito pelo Centro Universitário Ritter dos Reis, Especialista em Direito Civil e Processual Civil pelo Instituto de Desenvolvimento Cultural (Faculdade IDC) e em Direito Público pela Faculdade IMED; Acadêmico e bolsista do Mestrado em Direito Fundação Escola Superior do Ministério Público, sob orientação do Professor Dr. José Tadeu Neves Xavier; E-mail: dieavilla@gmail.com.

Palavras-chave: Direitos Fundamentais. Direito à Saúde. Análise Econômica do Direito.

Abstract: The study seeks to carry out a practical reflection on the fundamental right to health and the phenomenon that has come to be known as health judicialization, from the perspective of the Economic Analysis of Law. Based on an understanding of the right to health as fundamental and of immediate application, establishing positive duties to the state, and considering basic concepts of Economic Analysis of Law, data collected in empirical research are analyzed, demonstrating the growing number of new individual demands related to health and the consequent increase of the public expenses with the judicial concession of medical treatments. The judicialization of health has been causing a serious problem regarding the application of the values foreseen in the public budget for the adoption of public health policies, culminating in harming the majority of the population for the benefit of those who seek the judiciary. The judge must consider, in the decision-making process, the reflexes of its decision, both with regard to the practical nature of the allocation of resources and the incentive for filing future lawsuits. The method used was the hypothetical-deductive method.
Keywords: Fundamental Rights. Right to Health. Economic Analysis of Law.

1. INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988, criada no contexto de saída de um regime de exceção, como foi a ditadura militar, teve grande preocupação em garantir direitos e garantias fundamentais aos cidadãos brasileiros.

Nesse contexto, a Constituição incluiu, no rol de direitos fundamentais, tanto direitos negativos, que impedem ou limitam o agir estatal (como são exemplos os incisos II e III do artigo 5º da CF/88), quanto direitos positivos, que exigem uma ação do Estado para sua concretização, caso dos direitos sociais.

Entre os direitos fundamentais sociais, que impõem, também, uma atuação positiva do Estado, encontra-se o direito à saúde, que, tendo como base a direito fundamental à vida digna, vem insculpido, no artigo 6º da Constituição Federal.

Porém, como direito positivo, que impõe ao estado um dever, para sua concretização há a necessidade de um investimento do Estado,

através de políticas públicas, o que acaba por gerar diversos problemas, uma vez que os recursos estatais são limitados.

Há de se salientar que, nos termos do §1º do artigo 5º da Constituição Federal, o direito à saúde, por integrar o rol de direitos fundamentais, possui aplicabilidade imediata, inexistindo necessidade de legislação posterior para que possa ser exigido do ente estatal. No mesmo sentido, o artigo 196 da Constituição prevê que a saúde é direito de todos e dever do Estado.

Por mais que se possa almejar, como faz a Constituição, uma sociedade onde todos tenham acesso pleno à saúde, não há como negar que, frente à escassez de recursos, é impossível garantir a todos pleno acesso à saúde pública de qualidade.

Tal fato social tem ocasionado a busca cada vez maior pelo judiciário, a fim de garantir a observância desse direito fundamental, principalmente através do ajuizamento de ações individuais, objetivando internações hospitalares, cirurgias e tratamentos médicos, o que gera o seguinte questionamento: A quem cabe decidir sobre as políticas de saúde pública e os investimentos estatais?

A chamada judicialização da saúde é um fenômeno surgido na década de 1990, especialmente diante da necessidade de fornecimento de medicamentos para a AIDS (Síndrome da Imunodeficiência Adquirida). Hoje, o ajuizamento de demandas para tratamento médico abrange as mais diversas doenças e postulações.

Os tratamentos buscados, em muitas oportunidades, são extremamente caros e/ou experimentais, o que deixa o questionamento acerca da real eficiência das decisões judiciais, uma vez que, sem dúvida, ao determinar a alocação de recursos àquele autor e tratamento, está retirando verba orçamentária que teria outra destinação.

O crescimento exponencial do número de ações sanitárias, em conjunto com o aumento de despesa que os deferimentos judiciais têm causado, tem gerado uma crescente preocupação com o orçamento público, especialmente diante da escassez de recursos estatais.

É nesse sentido que o presente estudo objetiva, através de análise doutrinária e dados empíricos, utilizando ferramental da Análise Econômica do Direito, compreender o fenômeno da judicialização da saúde e suas consequências práticas à sociedade.

Ou seja, através do presente busca-se a compreensão se o deferimento dos tratamentos em demandas individuais tem colaborado para a garantia do direito à saúde ou, ao contrário, têm causado mais prejuízos do que benefícios à sociedade.

Para tanto, brevemente, será realizada uma breve exposição teórica do direito fundamental à saúde e da possível colaboração da Análise Econômica do Direito, para o melhor entendimento das consequências decorrentes das decisões judiciais que visam garantir a implementação da garantia constitucional.

Posteriormente, através de resultados obtidos de estudos empíricos, como levantamento de ações judiciais, valores e número de beneficiados, se buscará entender a eficiência dos provimentos judiciais na promoção da saúde pública.

2. DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE E ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

A Constituição Federal de 1988 representou um grande avanço no que se refere à proteção dos Direitos Fundamentais. Elaborada em um período pós ditadura militar, preocupou-se em garantir direitos mínimos aos cidadãos, não apenas no que se refere ao resguardo de suas liberdades e integridade física e mental, mas, também, criando deveres a serem observados pelo Estado, que passou a ter o papel de garantir condições mínimas de vida digna a todos os cidadãos (PIOVESAN, 2006, p. 111-112).

> Nesse passo, a Constituição de 1988, além de estabelecer no artigo 6º que são direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, ainda apresenta uma ordem social com um amplo universo de normas que enunciam programas, tarefas, diretrizes e fins a serem perseguidos pelo Estado e pela sociedade. (PIOVESAN, Flávia. 2006, p. 113)

É nesse contexto que a CF/88 insere no rol de direitos fundamentais sociais o direito à saúde (artigo 6º, *caput*), conferindo-lhe, por força do estabelecido no §1º do artigo 5º, aplicabilidade imediata. Ainda, ao longo do texto constitucional, dispõe que a saúde é direito de todos e dever do Estado (artigo 196). Desta forma, a previsão da carta magna, mais do que determinar que o ente estatal não prejudique a saúde dos seus cidadãos, impõe um dever positivo ao Estado, tornando a sociedade credora deste direito (ALVES, 2013, p. 106-107).

Neste ponto, imperioso salientar que o direito à saúde, de acordo com uma interpretação sistemática da Constituição Federal, não parece estar limitado, unicamente, ao "setor da saúde", mas, analisado em conjunto com outros princípios constitucionais e direitos fundamentais, deve ser compreendido como garantia de qualidade mínima de vida, dependendo da realização de políticas públicas mais amplas, objetivando a redução da desigualdade social e o desenvolvimento da personalidade, inclusive com proteção às futuras gerações (SARLET; FIGUEIREDO, 2008, p. 129).

Porém, como afirma CANOTILHO (2008, p. 25-26), a observância aos direitos sociais é cara, principalmente considerando-se que a efetivação de tais garantias deve ser realizada pelo poder público de forma gratuita ou tendencialmente gratuita.

Nesse sentido, esclarece CARPENEDO (2007, p. 62):

> Com efeito, o Estado, para atender aos quase que sem número de preceitos de justiça social elencados da Carta de 1988, depende da disponibilização de recursos públicos. A garantia do direito à moradia (a construção de casas populares), à educação (a disponibilização de toda a estrutura escolar necessária para o ensino gratuito), à saúde (criação e manutenção do Sistema Único de Saúde), enfim, todas as tarefas afetas à concretização dos direitos sociais prestacionais estão diretamente vinculadas ao dispêndio de valores por parte do destinatário da norma (no caso, o Estado, em todas as suas esferas).

Entretanto, ainda que a realização de políticas públicas e a alocação de recursos do orçamento a elas relativo sejam atribuições dos poderes executivo e legislativo, tem se verificado, diante da ineficiência administração pública, ou mesmo da escassez de recursos, que não permite a atenção a todos, o ajuizamento de ações individuais ou coletivas, a fim de que o Judiciário supra a omissão estatal, garantindo os direitos fundamentais sociais (ALVES, 2013, p. 107), e, especialmente para fins deste estudo, o direito à saúde.

Tais ações, justamente em virtude da existência e exigibilidade do Direito Social, tem obtido, em sua grande maioria, decisões favoráveis, inclusive com análise de casos pelo Supremo Tribunal Federal, com repercussão geral, aonde foi firmada tese relativa ao Tema 793 , tendo ocorrido, ainda, recente julgamento relativo ao Tema 06[2], no qual, embora se

2 Ementa: Direito Constitucional. Recurso Extraordinário com Repercussão Geral. Medicamentos não registrados na Anvisa. Impossibilidade de dispensação por de-

reconheça a impossibilidade de obrigar o Estado ao fornecimento de medicamentos experimentais, são estabelecidos critérios para a concessão de medicamente, sem registro no órgão sanitário, de forma excepcional .

Este ajuizamento massivo de ações em busca do direito à saúde, ao qual se convencionou chamar de judicialização da saúde, inobstante objetivar a garantia do referido direito constitucional ao cidadão que demanda, pode ocasionar ainda maiores distorções, na medida em que

---

cisão judicial, salvo mora irrazoável na apreciação do pedido de registro. 1. Como regra geral, o Estado não pode ser obrigado a fornecer medicamentos não registrados na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA) por decisão judicial. O registro na Anvisa constitui proteção à saúde pública, atestando a eficácia, segurança e qualidade dos fármacos comercializados no país, além de garantir o devido controle de preços. 2. No caso de medicamentos experimentais, i.e., sem comprovação científica de eficácia e segurança, e ainda em fase de pesquisas e testes, não há nenhuma hipótese em que o Poder Judiciário possa obrigar o Estado a fornecê-los. Isso, é claro, não interfere com a dispensação desses fármacos no âmbito de programas de testes clínicos, acesso expandido ou de uso compassivo, sempre nos termos da regulamentação aplicável. 3. No caso de medicamentos com eficácia e segurança comprovadas e testes concluídos, mas ainda sem registro na ANVISA, o seu fornecimento por decisão judicial assume caráter absolutamente excepcional e somente poderá ocorrer em uma hipótese: a de mora irrazoável da Anvisa em apreciar o pedido (prazo superior ao previsto na Lei nº 13.411/2016). Ainda nesse caso, porém, será preciso que haja prova do preenchimento cumulativo de três requisitos. São eles: (i) a existência de pedido de registro do medicamento no Brasil (salvo no caso de medicamentos órfãos para doenças raras e ultrarraras); (ii) a existência de registro do medicamento pleiteado em renomadas agências de regulação no exterior (e.g., EUA, União Europeia e Japão); e (iii) a inexistência de substituto terapêutico registrado na ANVISA. Ademais, tendo em vista que o pressuposto básico da obrigação estatal é a mora da agência, as ações que demandem fornecimento de medicamentos sem registro na ANVISA deverão necessariamente ser propostas em face da União. 4. Provimento parcial do recurso extraordinário, apenas para a afirmação, em repercussão geral, da seguinte tese: "1. O Estado não pode ser obrigado a fornecer medicamentos experimentais. 2. A ausência de registro na ANVISA impede, como regra geral, o fornecimento de medicamento por decisão judicial. 3. É possível, excepcionalmente, a concessão judicial de medicamento sem registro sanitário, em caso de mora irrazoável da ANVISA em apreciar o pedido de registro (prazo superior ao previsto na Lei nº 13.411/2016), quando preenchidos três requisitos: (i) a existência de pedido de registro do medicamento no Brasil (salvo no caso de medicamentos órfãos para doenças raras e ultrarraras); (ii) a existência de registro do medicamento em renomadas agências de regulação no exterior; e (iii) a inexistência de substituto terapêutico com registro no Brasil. 4. As ações que demandem fornecimento de medicamentos sem registro na Anvisa deverão necessariamente ser propostas em face da União". (RE 657718, Relator(a): MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 22/05/2019, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-267 DIVULG 06-11-2020 PUBLIC 09-11-2020).

acaba por beneficiar aqueles que buscam o judiciário, em prejuízo daqueles que permanecem aguardando seu tratamento. Ou, o que é ainda pior, em virtude da falta de conhecimento técnico dos operadores do direito, pode-se gerar verdadeiro desperdício de dinheiro público, garantindo tratamentos sem eficácia comprovada, por exemplo.

É nesse sentido o alerta do professor TIMM (2011, p. 268):

> [...] A realidade orçamentária não pode ser compreendida como peça de ficção. O desperdício de recursos públicos, em um universo de escassez, gera injustiça com aqueles potenciais destinatários a que deveriam atender.

Nesse contexto, a Análise Econômica do Direito pode, com o uso de instrumental e conceitos próprios da economia, auxiliar a melhor compreender o problema gerado pela crescente judicialização da saúde, permitindo a visualização das consequências, especialmente reflexas, das decisões judiciais.

Ainda que seja possível visualizar a relação existente entre direito e economia desde o surgimento das duas ciências, a chamada Análise Econômica do Direito (*Law and Economics*) surgiu nos Estados Unidos da América, durante as décadas de sessenta e setenta, com os estudos de Ronald Coase, Gary Becker, Guido Calabresi e Richard Posner (TOMAZETTE, 2007, p. 179).

Inicialmente, os estudos dessa inter-relação se limitavam a questões atinentes às relações concorrenciais, mais especificamente às normas de antitruste. Porém, com o aprofundamento dos estudos, passou-se a vislumbrar que a adequada compreensão da relação existente entre as duas ciências poderia ser benéfica, tanto para a tomada de decisão judicial, quanto para a previsão e interpretação dos resultados, diretos e indiretos, advindos das decisões judiciais.

A Economia é a ciência que estuda o comportamento humano relativamente à tomada de decisão para aplicação de recursos limitados frente a necessidades ilimitadas.

O Direito, por sua vez, numa perspectiva bastante simples, objetiva regular o comportamento do homem, com o fim de garantir uma convivência harmoniosa entre os integrantes da sociedade.

Deste modo, já de início, verifica-se a utilidade da aplicação dos conceitos de Economia ao Direito, com a finalidade de melhor compreender o comportamento humano e os efeitos das normas e das decisões.

Nesse sentido, explica Ivo Teixeira Gico Júnior (2010, p. 08):

> O direito é, de uma perspectiva mais objetiva, a arte de regular o comportamento humano. A economia, por sua vez, é a ciência que estuda como o ser humano toma decisões e se comporta em um mundo de recursos escassos e suas consequências. A Análise Econômica do Direito, portanto, é o campo do conhecimento humano que tem por objetivo empregar os variados ferramentais teóricos e empíricos econômicos e das ciências afins para expandir a compreensão e o alcance do direito e aperfeiçoar o desenvolvimento, a aplicação e a avaliação de normas jurídicas, principalmente com relação às suas consequências.

Uma vez que, segundo a ciência econômica os recursos existentes são escassos e as necessidades humanas são ilimitadas, o ser humano tem a necessidade constante de realização de escolhas e, a cada escolha feita, deve abrir mão de uma alternativa, igualmente possível, porém excludente.

Assim, a cada escolha realizada corresponde um *trade off*, que é a segunda possibilidade para a alocação do recurso. Esse custo é chamado de "custo de oportunidade" e corresponde à utilidade que se gozaria com a alternativa não escolhida (Gico Júnior, 2010, p. 22).

Ademais, com especial relevância para este trabalho, a economia nos apresenta o conceito de eficiência, que ocorre quando inexiste qualquer outra alocação de recursos capaz de melhorar a situação de alguém, sem prejudicar a outrem.

Importante destacar que, ainda que a noção de eficiência não corresponda logicamente à de justiça, a ineficiência, necessariamente, conduz a uma injustiça, pois alguém, que poderia obter o mesmo benefício sem prejudicar um terceiro, está causando esse prejuízo.

Nas palavras de Ivo Teixeira Gico Júnior (2010, p. 23):

> Eficiência aqui também é um termo técnico utilizado no sentido Pareto-eficiente, que significa simplesmente que não existe nenhuma outra alocação de recursos tal que eu consiga melhorar a situação de alguém sem piorar a de situação outrem. Equilíbrios constituem, portanto, ótimos de Pareto. Note-se que uma alocação Pareto-eficiente não necessariamente será justa segundo algum critério normativo, todavia, uma situação Pareto-ineficiente certamente será injusta, pois alguém poderia melhorar sua situação sem prejudicar ninguém, mas não consegue. [...]

Tal conceito parece aplicável, especialmente, às políticas públicas, onde, inclusive, há a necessidade constitucional de eficiência, pre-

vista como um dos princípios que devem ser observados pela Administração Pública[3].

Nesse sentido, confira-se a lição de Luciano Benetti Timm (2008, p. 59):

> A Economia pode contribuir com o planejamento do gasto público no orçamento do Estado, permitindo eleger prioridades de gastos sociais e fazer eleições que por vezes podem soar 'trágicas', mas sempre dentro da realidade de que existirão necessidades sociais que não poderão ser atingidas em sua totalidade pelos governos. E o gasto com prioridades sociais, que atendam a um maior número de beneficiários mais necessitados, evitando o desperdício, tenderá a ser a melhor solução e, portanto, a mais justa.

Ademais, em se tratando de políticas públicas, uma utilização ineficiente dos recursos acarretará, certamente, em severo prejuízo a diversos cidadãos, que dependem daquela política, para subsistir ou melhorar sua condição de vida.

Ou seja, uma vez que o Estado define uma política pública, seja de que área for, sem ingressar no mérito da medida, deve-se primar pela sua eficiência, sob pena desperdiçar recursos públicos, que poderiam ser melhor alocados naquela ação ou em outra, beneficiando diversas outras pessoas.

Sobre o tema, vale destacar as palavras de Ivo Teixeira Gico Júnior (2010, p. 28):

> [...] Por outro lado, os juseconomistas defendem que, não importa que política pública uma dada comunidade deseje implementar, ela deve ser eficiente. Uma vez escolhida uma política pública, seja ela qual for, não existe justificativa moral ou ética para que sua implementação seja realizada de forma a gerar desperdícios. Em um mundo onde os recursos são escassos e as necessidades humanas potencialmente ilimitadas, não existe nada mais injusto do que o desperdício.
> [...]
> Como dito, se os recursos são escassos e as necessidades potencialmente ilimitadas, todo desperdício implica necessidades humanas não atendidas, logo, toda definição de justiça deveria ter como condição necessária, ainda que não suficiente, a eliminação de desperdícios (i.e. eficiência). Não sabemos o que é justo, mas

3 Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

> sabemos que a ineficiência é sempre injusta, por isso, não consigo vislumbrar qualquer conflito entre eficiência e justiça, muito pelo contrário, uma é condição de existência da outra.

É justamente com base nesta necessidade de eficiência das políticas públicas, que há uma crescente preocupação com os gastos advindos da judicialização da saúde.

O julgador singular, em regra, ao decidir demanda individual sobre concessão ou não de determinado tratamento, não possui conhecimento sobre o orçamento público, quais valores estão sendo destinados à saúde e quais são os programas governamentais existem naquela área e nas demais. Assim, com a intenção de fazer justiça no caso concreto, pode acabar por determinar gasto não previsto no orçamento, o que ocasionará, certamente, a retirada de recursos de outro setor.

Ainda que ao Judiciário caiba fiscalizar a implementação das políticas públicas, parece ser papel dos poderes Executivo e Legislativo decidirem acerca da alocação de recursos e elegerem prioridades, inclusive porque eleitos para tanto, sendo representantes da vontade popular.

Não há dúvida de que, em uma sociedade que lida com recursos escassos, deverão ser feitas escolhas, eleitas prioridades, com a consciência de que, embora a necessidade de universalidade da saúde e de outros direitos fundamentais, não há como garantir, de imediato, a integralidade dos direitos sociais a cada um dos cidadãos.

Faz-se necessária a compreensão pelo julgador de que o poder público não possui recursos ilimitados e que, ao deferir determinado tratamento a uma pessoa, poderá estar retirando tratamento de outra(s), ainda que indeterminada(s).

Sobre o tema, confira-se o que diz Ana Carla Pires Meira Cardoso (2010, p. 177 e 194):

> A escassez de recursos, portanto, impõe ao Estado a realização de escolhas, o que implica em aceitar que nem todas as pretensões sociais (inclusive aquelas relacionadas à saúde do indivíduo) serão supridas pelo Poder Público e que nem todas poderão ser asseguradas em juízo.
> [...]
> Assim, os poderes legitimados pelo voto popular (Executivo e Legislativo) é que detêm a prerrogativa de decidir de que modo os recursos públicos (que não são ilimitados, mas, sem dúvida, limitados e escassos) devem ser gastos. É que tais recursos são ob-

> tidos mediante a cobrança de tributos, e se é o povo quem paga os tributos, logo, é também o povo, de forma direta ou através de seus representantes democraticamente eleitos, quem deve decidir de que modo os recursos públicos devem ser gastos. A questão, pois, diz respeito à legitimidade democrática.

Ademais, conforme já ressaltado, não apenas por serem os representantes eleitos devem os poderes executivo e legislativo decidir a alocação de recursos, mas, também, porque são eles que detêm o conhecimento integral do orçamento público, devendo eleger as prioridades, com a convicção de que, ao decidir por determinada política, deverão abrir mão de outra. Ou seja, o poder Judiciário não tem como dimensionar, analisando demanda individual, qual o impacto que sua decisão causará aos cofres públicos e às demais políticas públicas.

Logicamente, a Análise Econômica do Direito não espera que o juiz seja um *expert* em economia, analisando todas as variáveis econômicas, no processo de tomada de decisão judicial, porém, o julgador deve sempre ter a certeza de que suas decisões causam consequências, não apenas às partes, mas, direta ou indiretamente, a terceiros.

Nesse sentido, é a conclusão do professor Rogério Gesta Leal (2010, p. 81-82):

> Não estou defendendo a necessidade de que o magistrado seja um esperto econômico em termos de domínio das fórmulas e cálculos complexos que informam esta ciência, a serem aplicadas às realidades circundantes em que operam os conflitos [...]. Estou tão somente afirmando que é preciso sensibilizar os decisores judiciais de que suas deliberações causam, sempre, endógena e exogenamente, impactos econômicos, e quanto mais tais variáveis desta ordem estiverem presentes no processo de tomada de decisão, melhor será para todos os envolvidos.

Sem a consciência de que as decisões judiciais impactam no orçamento público, os efeitos indesejados, causados em nome da garantia de um direito fundamental ao cidadão necessitado que buscou a justiça, podem ser gigantescos e atingir a diversas pessoas, que, por falta de instrução ou de condições, não buscaram o judiciário, permanecendo na espera por programas sociais.

3. A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE E SUAS CONSEQUÊNCIAS ECONÔMICAS

O orçamento público é uma realidade. Os poderes executivo e legislativo, ao elaborarem e aprovarem o orçamento público, levam em consideração as possibilidades do Estado, frente às receitas estimadas, para a implantação de políticas públicas, inclusive no sentido de atender da melhor forma a população, no que se refere aos seus direitos fundamentais.

Portanto, parece inegável que o judiciário, ao determinar a concessão de determinado tratamento, por exemplo, ao autor de demanda individual, está, na prática, interferindo na realização do orçamento, na medida em que decide onde serão gastos os valores orçados (ou até superiores ao orçado).

A ânsia pela promoção de uma maior justiça social e pela observância dos direitos fundamentais, que acaba por fomentar o ativismo judicial e a interferência na execução do orçamento público, pode, ao fim e ao cabo, concretizar exatamente o oposto, impedindo a realização das políticas públicas previamente planejadas pela administração.

Nesse sentido, confiram-se as palavras de Ricardo Seibel de Freitas Lima (2008, p. 271):

> Como referido anteriormente, se multiplicam, em todo o País, e, especialmente no Estado do Rio Grande do Sul, decisões judiciais determinando aos entes públicos o pagamento das mais variadas formas de tratamento a pessoas que demandam o Poder Judiciário. Ocorre que essa concessão, supostamente baseada na garantia do direito constitucional à saúde, tem sido feita de forma indiscriminada, irracional, não-criteriosa e de forma a perpetuar uma desigualdade no acesso às ações e serviços de saúde. O que preocupa, portanto, não é exatamente o quanto vem sendo gasto, mas a forma que vem sendo gasto.

Em um levantamento realizado no ano de 2012 (e atualizado em 2013) pela Advocacia Geral da União[4], é possível verificar que R$278.904.639,71 (duzentos e setenta e oito milhões, novecentos e quatro mil, seiscentos e trinta e nove reais e setenta e um centavos) foram gastos com 18 demandas, que beneficiaram apenas 523 (quinhentos e vinte e três) pacientes, no ano de 2012.

4 Disponível em http://portalarquivos.saude.gov.br/images/pdf/2014/maio/29/Panorama-da-judicializa----o---2012---modificado-em-junho-de-2013.pdf

Nesse sentido, vale a pena transcrever as conclusões do estudo precitado:

> O presente panorama identificou que o maior problema das ações judiciais em saúde é o gasto desordenado que promovem.
> De fato, ainda que não estejam plenamente consolidados os dados relativos à intervenção judicial em saúde no país, pode-se afirmar, com base no que foi apurado pela presente pesquisa que, apesar de existirem apenas 240.980 processos em trâmite no Judiciário (dados do Conselho Nacional de Justiça), os gastos que esses processos representaram, apenas no ano de 2010, a quantia de R$ 949.230.598,54 (novecentos e quarenta e nove milhões, duzentos e trinta e mil, quinhentos e noventa e oito reais e cinquenta e quatro centavos), ou seja, quase 1 bilhão de reais, considerados os dados colhidos com a União e os Estados de Goiás, Santa Catarina, São Paulo, Pará, Paraná, Pernambuco, Minas Gerias, Tocantins e Alagoas (excluídos os outros 17 Estados, o DF e todos os Municípios).
> Vale destacar que os gastos federais com medicamentos no ano de 2010, para atendimento de todos os usuários do SUS, foram da ordem de R$ 6,9 bilhões, o que significa que, no mesmo período, os gastos com ações judiciais, apenas daqueles 8 entes, corresponderam a quase 1/7 desse orçamento.
> Desse modo, conquanto seja inegável que parcela significativa das ações judiciais decorre de interesses legítimos que não podem ser retirados da apreciação do Judiciário, é igualmente constatável que a concessão pela via judicial de um tratamento médico ou medicamentoso, pela própria característica de individualidade de que comumente se revestem, impacta de modo expressivo a programação e a organização do Sistema Único de Saúde, considerando se ainda que muitas vezes, os médicos vinculados ou não ao SUS prescrevem tratamentos diversos dos oferecidos pelo sistema, apesar de haver alternativas viáveis dentro do próprio SUS.
> Por fim, os dados apresentados revelam a necessidade de se buscar uma linha de atuação, por parte de todos os interessados no assunto, que conjugue os interesses individuais com a percepção coletiva do mesmo direito.

A conclusão do estudo parece deixar evidente que o Judiciário, ao deferir tratamentos médicos àqueles que não os obtiveram do poder executivo, sob o argumento de garantir o direito do indivíduo que busca a Justiça, acaba por prejudicar a execução das políticas públicas em saúde. Ressalte-se que, conforme destacado no estudo, em 240.980 (duzentos e

quarenta mil novecentos e oitenta) processos, de 8 entes da federação, foram gastos quase R$ 1.000.000.000,00 (um bilhão de reais), ou seja, 1/7 (um sétimo) do orçamento anual disponível para atendimento a todos os usuários do SUS em território nacional.

De fato, a preocupação com o crescente ajuizamento de demandas individuais relacionadas à saúde é tão grande, que o Tribunal de Contas da União realizou auditoria operacional, através da Secretaria de Controle Externo da Saúde, que foi submetida ao plenário daquele Tribunal em 16/08/2017, cuja análise foi assim sumarizada:

> AUDITORIA OPERACIONAL. FISCALIZAÇÃO DE ORIENTAÇÃO CENTRALIZADA (FOC). JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE. IDENTIFICAR O PERFIL, O VOLUME E O IMPACTO DAS AÇÕES JUDICIAIS NA ÁREA DA SAÚDE, BEM COMO INVESTIGAR A ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO DA SAÚDE PARA MITIGAR SEUS EFEITOS NOS ORÇAMENTOS E NO ACESSO DOS USUÁRIOS À ASSISTÊNCIA À SAÚDE. CONSTATAÇÃO DE AÇÕES INDIVIDUAIS, DE CARÁTER CURATIVO, COM ALTA PROBABILIDADE DE ÊXITO. GASTOS CRESCENTES, QUE SALTARAM DE R$ 70 MILHÕES EM 2008 PARA R$ 1 BILHÃO EM 2015. DEFICIÊNCIAS DE CONTROLE. PAGAMENTOS POR FÁRMACOS SEM REGISTRO NA ANVISA OU JÁ DISPONIBILIZADOS PELO SUS. FALTA DE ADOÇÃO DE RECOMENDAÇÕES DO CNJ. AUSÊNCIA DE PROCEDIMENTOS DE RESSARCIMENTO INTERFEDERATIVO. DETERMINAÇÕES E RECOMENDAÇÕES. CIÊNCIA E ARQUIVAMENTO.[5]

Já no início do referido estudo, quando ainda estão sendo apresentados os critérios que serão considerados, há a apresentação do problema decorrente da judicialização da saúde:

> 32. Diante da impossibilidade de ofertar toda e qualquer terapêutica para todos os usuários do SUS, é necessário alocar os recursos disponíveis de forma racional, considerando critérios de eficácia, segurança e custo-efetividade. Essa racionalidade alocativa é levada em consideração na formulação e atualização dos protocolos clínicos e das relações do SUS.
> 33. Todavia, a judicialização da saúde reorienta o fluxo do atendimento das necessidades de saúde, com base em informações e pro-

5 Acórdão 1787/2017 – TCU – Plenário, Processo: 009.253/2015-7, Sessão: 16/8/2017.

> vas contidas em cada processo judicial isolado, inviabilizando uma racionalidade sistêmica no acesso a ações e serviços de saúde. [...]

Com efeito, em que pese esteja sujeito às mais diversas críticas, o planejamento da Saúde Pública no Brasil decorre de um trabalho conjunto e integrado dos entes federativos, com auxílio dos Conselhos de Saúde, com o objetivo de compatibilizar as prioridades da área com os recursos financeiros, conforme prevê o artigo 15 do Decreto 7.508/11.

Aliás, o mesmo decreto é claro ao afirmar que o acesso universal e igualitário aos serviços de saúde do SUS deve ser fundado na avaliação da gravidade do risco individual e coletivo e no critério cronológico (artigo 11), sujeito à transparência e monitoramento constante (artigo 13).

Os dados constantes no relatório do Tribunal de Contas da União são verdadeiramente alarmantes e demonstram um crescimento exponencial dos gastos decorrentes do fornecimento de medicamentos em virtude de decisões judiciais, ou seja, despesas que não constam no planejamento elaborado pelo poder executivo.

Salienta-se, por exemplo, de forma geral, os gastos do Ministério da Saúde que, entre os anos de 2008 e 2015, tiveram aumento drástico, passando de R$70.154.252,00 (setenta milhões, cento e cinquenta e quatro mil e duzentos e cinquenta e dois reais) para R$1.013.331.821,30 (um bilhão, treze milhões, trezentos e trinta e um mil, oitocentos e vinte e um reais e trinta centavos), ou seja, os gastos aumentaram mais de 14 vezes em 08 anos.

Ainda, como já referido, os gastos acima apontados referem-se, apenas, àqueles decorrentes da aquisição de medicamentos pelo Ministério da Saúde para o cumprimento de decisões judiciais, não estando contabilizados, por exemplo, valores relativos a medicamentos já disponíveis em programa diverso (deferidos judicialmente para tratamento de doença diferente daquela prevista pelo ente público), tampouco depósitos judiciais e pagamentos diretos a beneficiários, ou gastos com transporte das medicações.

O total de depósitos em contas judiciais, pagamentos diretos a beneficiários das decisões e pagamento a entidades privadas e fundos de saúde, em decorrência das decisões, passou de R$86.884.048,44 (oitenta e seis milhões, oitocentos e oitenta e quatro mil, quarenta e oito reais e quarenta e quatro centavos), em 2012, para R$281.856.622,90 (duzentos e oitenta e um milhões, oitocentos e cinquenta e seis mil, seiscentos e vinte e dois reais e noventa centavos), em 2014.

Já os gastos relativos a frete aéreo, para o transporte das medicações deferidas judicialmente, evoluíram de R$1.620.841,62 (um milhão, seiscentos e vinte mil, oitocentos e quarenta e um reais e sessenta e dois centavos), em 2011, para R$4.583.169,33 (quatro milhões, quinhentos e oitenta e três mil, cento e sessenta e nove reais e trinta e três centavos), em 2014, quase atingindo a barreira de R$3.000.000,00 (trezentos milhões de reais), no primeiro semestre de 2015.

Nos estados de São Paulo, Minas Gerais e Santa Catarina, os gastos com a judicialização da saúde totalizaram R$734.626.945,21 (setecentos e trinta e quatro milhões, seiscentos e vinte e seis mil, novecentos e quarenta e cinco reais e vinte e um centavos) e R$772.446.023,96 (setecentos e setenta e dois milhões, quatrocentos e quarenta e seis mil, vinte e três reais e noventa e seis centavos), nos anos de 2013 e 2014, respectivamente.

Em Santa Maria/RS, os gastos decorrentes da judicialização da saúde, nos mesmos dois anos, foram de R$37.337,79 (trinta e sete mil, trezentos e trinta e sete reais e setenta e nove centavos) e R$33.282,10 (trinta e três mil, duzentos e oitenta e dois reais e dez centavos).

Dessa forma, é possível concluir que, desde o município até a União, a judicialização da saúde tem causado severas alterações na aplicação dos orçamentos públicos, e o crescimento constante do ajuizamento de novas ações, motivado, em grande parte, pela alta taxa de sucesso nas demandas propostas e pelo baixo custo para acesso à Justiça no Brasil, pode agravar ainda mais o problema.

Dentro desse contexto, os gastos com alguns medicamentos específicos chamam à atenção: em 2014 e 2015, os gastos com, unicamente, os medicamentos Soliris e Naglazyme, que não constam na lista de fornecimento do SUS, totalizaram R$381.000.000,00 (trezentos e oitenta e um milhões de reais) e R$537.000.000,00 (quinhentos e trinta e sete milhões de reais), respectivamente, correspondendo a 55% e 53% do total gasto pelo Ministério da Saúde para cumprimento das determinações judiciais de fornecimento de medicamentos, nos respectivos anos.

Apenas para se ter uma ideia do que representam esses gastos, as despesas com os dois medicamentos, no ano de 2014, correspondem a:

> a) 30% dos valores empenhados liquidados na ação 20AE – Promoção da assistência farmacêutica e insumos estratégicos na atenção básica (repasse de recursos destinados ao custeio de medicamentos e insumos de uso da atenção básica e aquisição pelo Ministério da Saúde de insulinas e outros medicamentos e insumos, como os do Programa Saúde da Mulher);

> b) 233% da ação 4368 – Promoção da assistência farmacêutica e insumos para programas de saúde estratégicos (aquisição pelo Ministério da Saúde de medicamentos e insumos para o controle de doenças como tuberculose, hanseníase, malária, leishmaniose, doença de chagas, tabagismo e outras doenças endêmicas); e
> c) 8% da ação 4705 – Apoio financeiro para aquisição e distribuição de medicamentos do componente especializado da assistência farmacêutica (aquisição centralizada e repasse financeiro para garantia do acesso aos medicamentos do componente especializado, os chamados medicamentos 'de alto custo').[6]

Importante salientar que o referido valor atendeu a um total de 382 pacientes, o que representou um custo médio anual, por paciente, de: R$941.541,19 (novecentos e quarenta e um mil, quinhentos e quarenta e um reais e dezenove centavos), no caso do medicamento Soliris, e R$1.081.594,78 (um milhão, oitenta e um mil, quinhentos e noventa e quatro reais e setenta e oito centavos), no caso do fármaco Naglazyme.

Compreende-se que, analisando casuisticamente o direito do cidadão de receber tratamento para a sua doença, o julgador, na grande maioria das vezes, não tem condições de contextualizar o enquadramento da medida no planejamento estatal, tampouco antever as consequências que seu agir pode trazer às políticas públicas previamente definidas pela União, Estados, Municípios e Distrito Federal.

Entretanto, e justamente por isso, há a necessidade de adoção de cautela redobrada antes do deferimento de tratamento medicamentoso, especialmente daqueles fármacos sem eficácia comprovada ou, pior, cujos potenciais riscos à saúde do paciente não são conhecidos. Sob pena de garantir financiamento público à ação sem sentido ou potencialmente perigosa.

Exemplo bastante claro da temeridade do deferimento de medicamentos sem eficácia comprovada refere-se aos casos onde houve o deferimento do tratamento para câncer com Fosfoetanolamina[7].

A Fosfoetanolamina ganhou a mídia no ano de 2015, passando a ser conhecida como a "pílula do câncer", anunciando possibilidade de cura para pacientes que sofriam de tumores malignos.

---

6 Comparativo extraído do Acórdão 1787/2017 – TCU – Plenário, Processo: 009.253/2015-7, Sessão: 16/8/2017.

7 Sobre o tema, confira-se a matéria disponível no jornal Gazeta do Povo, disponível em: http://www.gazetadopovo.com.br/ideias/fosfoetanolamina-ocaso-que-envergonhou-a-ciencia-brasileira-d5wnxh6h28oop2z9b3xsg6v3w

Apesar de sequer existirem testes bem desenvolvidos, tampouco, logicamente, regulamentação pela ANVISA, diversos indivíduos passaram a buscar o Judiciário, a fim de obter o medicamento, já que, no mais das vezes, encontravam-se sem esperanças de melhora após a realização de outros tratamentos.

No Rio Grande do Sul, em levantamento feito pelo jornal Diário Gaúcho, em abril de 2016[8], pelo menos dez pacientes obtiveram judicialmente o fornecimento da droga[9].

O clamor popular era tão grande em favor do fármaco que chegou a ser promulgada a Lei 13.269/16, autorizando o uso, produção, importação e comercialização do referido "medicamento", ainda que sem qualquer teste conclusivo sobre sua eficácia.

Posteriormente, ajuizada pela Associação Médica Brasileira Ação Direta de Inconstitucionalidade, o Supremo Tribunal Federal, liminarmente, decidiu suspender a eficácia da Lei 13.269/16, em virtude, justamente, da inexistência de provas da eficácia da droga no tratamento contra o câncer, conforme se verifica do trecho do voto do e. Ministro Relator, que segue:

> A aprovação do produto no órgão do Ministério da Saúde é condição para industrialização, comercialização e importação com fins comerciais, segundo o artigo 12 da Lei nº 6.360/1976. O registro ou cadastro mostra-se condição para o monitoramento, pela Agência fiscalizadora, da segurança, eficácia e qualidade terapêutica do produto. Ante a ausência do registro, a inadequação é presumida.
> No caso, a lei suprime, casuisticamente, a exigência do registro da fosfoetanolamina sintética como requisito para comercialização, evidenciando que o legislador deixou em segundo plano o dever constitucional de implementar políticas públicas voltadas à garantia da saúde da população. **O fornecimento de medicamentos, embora essencial à concretização do Estado Social de Direito, não pode ser conduzido com o atropelo dos requisitos míni-**

8 Reportagem disponível em: https://gauchazh.clicrbs.com.br/saude/vida/noticia/2016/04/saiba-o-que-aconteceu-com-gauchos-que-ganharam-na-justica-o-direto-a-pilula-do-cancer-5786994.html

9 Alguns exemplos de Ações onde foi deferido, liminarmente, o fornecimento do medicamento, em comarcas da justiça estadual, ainda que, posteriormente, as antecipações de tutela tenham sido revogadas em sua maioria, não havendo informação quanto à efetiva entrega do fármaco, são: 141/3.15.0001146-2, 028/3.15.0000466-0, 001/3.15.0042634-8, 018/3.15.0000326-9, 086/3.15.0000598-4, 013/3.15.0002792-1.

> **mos de segurança para o consumo da população, sob pena de esvaziar-se, por via transversa, o próprio conteúdo do direito fundamental à saúde.**
> [...]
> A aprovação do produto no órgão do Ministério da Saúde é condição para industrialização, comercialização e importação com fins comerciais, segundo o artigo 12 da Lei nº 6.360/1976**. O registro ou cadastro mostra-se condição para o monitoramento, pela Agência fiscalizadora, da segurança, eficácia e qualidade terapêutica do produto. Ante a ausência do registro, a inadequação é presumida.**
> [...]
> É no mínimo temerária – e potencialmente danosa – a liberação genérica do medicamento sem a realização dos estudos clínicos correspondentes, em razão da ausência, até o momento, de elementos técnicos assertivos da viabilidade da substância para o bem-estar do organismo humano. Salta aos olhos, portanto, a presença dos requisitos para o implemento da medida acauteladora. (ADI 5501 MC/DF, Relator: Min. MARCO AURÉLIO, Julgamento: 19/05/2016, Órgão Julgador: Tribunal Pleno, grifo nosso)

Em março de 2017, o Instituto do Câncer suspendeu a inclusão de novos pacientes e a realização de novos testes com o medicamento Fosfoetanolamina, uma vez que, dos 72 testes iniciais, 59 pacientes foram reavaliados, sendo que 58 não apresentaram qualquer evolução clínica objetiva[10].

Ou seja, inobstante o clamor popular, as receitas médicas e as anunciadas possibilidades de cura, os deferimentos das liminares pelo judiciário e o cumprimento da Lei 13.269/16 serviriam apenas para aumentar os gastos públicos de forma ineficaz.

Verba orçamentária que poderia ter sido utilizada com tratamentos de eficácia comprovada a sujeitos indeterminados acabaria sendo utilizada para "tratamento" de indivíduos que buscaram o judiciário, com um "medicamento" ineficaz para o fim a que se propunha.

Nesse sentido, vale destacar a análise dos gestores que elaboraram o estudo analisado pelo Tribunal de Contas da União[11]:

> 336. Destarte, embora a judicialização seja um modo legítimo de se buscar a efetiva concretização do direito à saúde, esse fenôme-

10 Confira-se reportagem disponível em https://g1.globo.com/bemestar/noticia/fosfoetanolamina-instituto-do-cancer-suspende-testes-devido-a-ausencia-de-beneficio-clinico-significativo.ghtml

11 Acórdão 1787/2017 – TCU – Plenário, Processo: 009.253/2015-7, Sessão: 16/8/2017.

> no gera efeitos negativos à administração pública, tais como um impacto orçamentário e financeiro, que afeta a capacidade de os gestores executarem as políticas de saúde planejadas; a possibilidade da utilização de medicamentos, produtos e insumos que não tiveram a sua qualidade, segurança e eficácia atestadas pela Anvisa; além da possibilidade da existência de fraudes, que oneram ainda mais os cofres públicos. Por mais que a judicialização da saúde diga respeito ao legítimo exercício de direitos fundamentais (direito de ação e direito à saúde), trata-se de um indicador de funcionamento anômalo do sistema sanitário com a contribuição do sistema de justiça.

Desta forma, verifica-se que, inobstante a existência do direito à saúde, não cabe ao Judiciário, ao menos sem o ferramental adequado e sem a compreensão dos reflexos orçamentários de suas decisões, realizar políticas de saúde pública, deferindo casuisticamente tratamentos medicamentosos.

Analisando o impacto das decisões, sob o ponto de vista da economia, compreendendo-se que, para o cumprimento das medidas deferidas judicialmente, há um custo que deverá ser realizado pela administração, que não possui recursos ilimitados, verifica-se que o crescimento da judicialização da saúde, fomentado pelas decisões favoráveis aos autores das demandas, mostra-se danoso às políticas públicas idealizadas pelos gestores do Poder Executivo.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Direito Fundamental à Saúde, insculpido na Constituição Federal de 1988, mais do que uma norma diretiva, possui aplicação imediata, por força do §1º, do artigo 5º da Constituição Federal, constituindo dever do Estado e direito de todos (artigo 196 da CF).

Entretanto, como todo direito social, que exige um agir positivo do Estado, a observância dessa garantia pelo ente público exige a alocação de recursos, especialmente através de políticas públicas voltadas, principalmente, à atenção aos mais necessitados.

Em uma sociedade de mercado, onde os recursos são escassos, ao contrário das necessidades, deve-se ter cuidado especial para não beneficiar àqueles que buscam o Judiciário, em detrimento dos demais, que permanecem aguardando sua prestação à saúde nas filas do SUS (Sistema Único de Saúde).

A judicialização da saúde, ao mesmo tempo em que tem permitido que indivíduos busquem judicialmente a observância pelo Estado desse direito fundamental, tem criado problemas no tocante à alocação de recursos do orçamento e do crescente valor despendido, em virtude dos tratamentos deferidos judicialmente.

Diversos procedimentos, que de outra forma não seriam fornecidos pelo Estado, são determinados pelo Judiciário, o que culmina por gerar a alocação de recursos conforme a demanda da Justiça, comprometendo grande parte do orçamento destinado à saúde e a outros programas sociais.

Ademais, o deferimento de tratamentos sem eficácia e segurança comprovadas, além de dispendiosos, apesar de determinado em diversas oportunidades, é um risco, não apenas ao paciente, mas à coletividade, na medida em que os recursos deixam de ser utilizados para atendimento de outras pessoas, tão ou mais necessitadas.

Em suma, lastreado nos dados apontados no texto e, inclusive no mesmo sentido do entendimento do Tribunal de Contas da União, o que se vislumbra é que o deferimento judicial de medicamentos em demandas individuais não é eficiente e, portanto, não promove a Justiça, uma vez que, visando garantir direito fundamental a um cidadão, causa prejuízos a outros.

Logicamente, não se sustenta que a simples alegação de insuficiência de recursos possa gerar o esvaziamento do direito fundamental, previsto na Constituição Federal, entretanto, o deferimento de tratamentos deve considerar sempre os reflexos que a decisão trará, não apenas ao postulante, mas à sociedade.

Portanto, antes de conceder qualquer postulação incumbe ao Judiciário considerar os reflexos de suas decisões, não apenas para aquele caso concreto, mas, também, com relação à coletividade, visualizando o impacto orçamentário da medida pleiteada, bem como a possibilidade de futuras demandas com o mesmo objeto e o consequente problema orçamentário daí decorrente.

Desta forma, em que pese o debate possa parecer superado diante das recentes decisões do Supremo Tribunal Federal, parece que o Judiciário deveria privilegiar ações coletivas em saúde, onde o debate pudesse ser realizado de forma mais abrangente e estruturada, compreendendo-se adequadamente os limites orçamentários e a necessidade da medida postulada, bem como os impactos negativos no orçamento que o fornecimento daquele medicamento poderia trazer aos demais necessitados.

Aos poderes executivo e legislativo incumbe elaborar, aprovar e realizar o orçamento, decidindo quais políticas públicas devem ser prio-

rizadas, logicamente, observando os patamares legais e constitucionais. O julgador não pode, sob pena de causar maior prejuízo do que benefício, imiscuir-se em atividade que não é tipicamente sua, como, por exemplo, buscar a promoção de justiça social em análise casuística e sem considerar os impactos, inclusive orçamentários, de sua decisão.

Os direitos fundamentais sociais, inobstante sua aplicabilidade imediata, são muitos e, para um país como o Brasil, inexequíveis em sua totalidade a todos os indivíduos ao mesmo tempo. O julgador, ao decidir, jamais deve colocar-se de modo abstrato na sociedade, mas, antes, deve compreender e considerar os reflexos práticos de sua decisão.

REFERÊNCIAS

ALVES, Lucélia de Sena. **A judicialização do direito fundamental à saúde e a necessidade da adoção de critérios preestabelecidos.** Juris Plenum: Doutrina, Jurisprudência, Legislação, Caxias do Sul, RS, v.9, n.52, p. 105-116, jul. 2013.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **O direito constitucional como ciência de direcção: o núcleo essencial de prestações sociais ou a localização incerta da socialidade (contributo para a reabilitação da força normativa da ''Constituição social'').** Revista do Tribunal Regional Federal: Quarta Região, Porto Alegre, v.19,n.67, p. 17-38, jan. 2008.

CARDOSO, Ana Carla Pires Meira. **A efetivação do direito fundamental à saúde e a necessária consideração da escassez dos recursos.** Revista da Procuradoria Geral do Estado da Bahia, Salvador , n. 37/38, p. 177-214, jan. 2009.

CARPENEDO, Cláudia Elisandra de Freitas. **A justiciabilidade do direito fundamental à saúde: a aplicação da proporcionalidade como critério objetivo para a sua concretização.** Revista da Procuradoria-Geral do Estado. Porto Alegre: v.31, n.65, p. 59-86, jan./jun. 2007.

Fosfoetanolamina, o "caso que envergonhou a ciência brasileira", disponível em: http://www.gazetadopovo.com.br/ideias/fosfoetanolamina-ocaso-que-envergonhou-a-ciencia-brasileira-d5wnxh6h28oop2z9b3xsg6v3w (acesso em 26/04/2021).

Fosfoetanolamina: Instituto do Câncer suspende novos testes devido a 'ausência de benefício clínico significativo', disponível em https://g1.globo.com/

bemestar/noticia/fosfoetanolamina-instituto-do-cancer-suspende-testes-devido-a-ausencia-de-beneficio-clinico-significativo.ghtml (acesso em 26/04/2021).

GICO JR, Ivo T. **Metodologia e Epistemologia da Análise Econômica do Direito.** Economic Analysis of Law Review. Brasília, v. 1, n. 1, p. 7 - 33, jan./jun., 2010.

Intervenção Judicial na saúde pública, disponível em http://portalarquivos.saude.gov.br/images/pdf/2014/maio/29/Panorama-da-judicializa----o-----2012---modificado-em-junho-de-2013.pdf (acesso em 26/04/2021).

LEAL, Rogério Gesta. **Impactos econômicos e sociais das decisões judiciais: aspectos introdutórios.** Porto Alegre: ENFAM, 2010.

LIMA, Ricardo Seibel de Freitas. **Direito à saúde e critérios de aplicação.** In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (org.). Direitos fundamentais: orçamento e 'reserva do possível'. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 265-283.

PIOVESAN, Flávia Cristina. **Justiciabilidade dos direitos sociais e econômicos no Brasil: desafios e perspectivas.** Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica. Porto Alegre, Instituto de Hermenêutica Jurídica, n. 4, p. 111-128, 2006.

Saiba o que aconteceu com gaúchos que ganharam na Justiça o direto à "pílula do câncer", disponível em: https://gauchazh.clicrbs.com.br/saude/vida/noticia/2016/04/saiba-o-que-aconteceu-com-gauchos-que-ganharam-na-justica-o-direto-a-pilula-do-cancer-5786994.html (acesso em 26/04/2021).

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Algumas considerações sobre o direito fundamental à proteção e promoção da saúde aos 20 anos da Constituição Federal de 1988.** Revista de Direito do Consumidor, São Paulo , v.67, p. 125-172, jul./set. 2008.

TIMM, Luciano Benetti. **Direito à saúde e a maneira mais eficiente de prover direitos fundamentais: uma perspectiva de direito e economia?** In: NOBRE, Milton Augusto de Brito; SILVA, Ricardo Augusto Dias da (coord.). O CNJ e os desafios da efetivação do direito à saúde. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 255-272.

_____. **Qual a maneira mais eficiente de prover direitos fundamentais: uma perspectiva de direito e economia?** In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM,

Luciano Benetti (org.). Direitos fundamentais: orçamento e 'reserva do possível'. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 55-68.

TOMAZETTE, Marlon. **A viabilidade da Análise Econômica do Direito no Brasil**. Revista Tributária e de Finanças Públicas, São Paulo, vol. 75, p. 177-198, jul./ago, 2007

O ENFRENTAMENTO DA CORRUPÇÃO NO BRASIL: UMA ANÁLISE ACERCA DA RELATIVIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS À INTIMIDADE E À VIDA PRIVADA VERSUS O DIREITO DO ESTADO DE ACESSO À INFORMAÇÃO PARA O COMBATE DE ILÍCITOS E GARANTIA DO INTERESSE PÚBLICO

Leopoldo Ayres de Vasconcelos Neto[1]
Julia Gonçalves Quintana[2]

A corrupção mata porque desvia dinheiro da saúde;
A corrupção mata porque rouba a infância e a educação de crianças e adolescentes jogando-as no mundo do crime;

1 Mestre em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito - Mestrado e Doutorado - da Universidade de Santa Cruz do Sul - RS, com bolsa PROSUP/CAPES. Especialista (2015) em Direito Penal e Processo Penal. Pós-Graduando em Docência e Gestão da Educação Superior. Bacharel em Direito (2011) pela Faculdade de Direito de Santa Maria - RS com vivência internacional (intercâmbio acadêmico) para estudar o Sistema Interamericano de Direitos Humanos junto à Universidade de Bernardo H´Ohings em Santiago de Chile/CH (2011). Membro do Núcleo de Competições Internacionais de Direitos Humanos da FMP. Advogado. Coordenador Pedagógico do Núcleo de Educação a Distância da FMP/RS. Professor/tutor na Pós-Graduação EAD da FMP/RS. E-mail: lacvasconceloss@gmail.com

2 Mestre pelo Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC. Graduada em Direito pela Universidade Católica de Pelotas - UCPEL. Advogada. Professora/Tutora na Pós-Graduação EAD da FMP/RS. E-mail: juliagquintana@hotmail.com.

A corrupção mata porque o suborno oferecido aos agentes de segurança pública é maior do que os salários pagos pelo Estado; Entretanto, vale tudo em nome do combate à corrupção?

Resumo: O presente trabalho expõe o resultado de uma pesquisa bibliográfica, acerca da temática do enfrentamento da corrupção no Brasil, tendo por objetivo analisar os limites e os desafios de tal fenômeno. A pesquisa justifica-se pela necessidade de um estudo sobre pontos essenciais à temática, focando-se no seguinte problema: frente a existência de um direito do estado de acesso a informação visando o combate de ilícitos, é aceitável a flexibilização de direitos fundamentais, tais como a vida privada e a intimidade, em prol do enfrentamento à corrupção? Verifica-se que, dentre os desafios, encontra-se a necessidade de realização de uma hermenêutica de integração entre a norma constitucional e infraconstitucional, através de um diálogo entre as fontes, dando-se primazia à máxima proteção e promoção desses direitos, bem como a preservação do Estado Democrático de Direito, o que conduzirá o Brasil a um sério e responsável processo de enfrentamento e combate à corrupção.
Palavras-chave: direitos fundamentais; intimidade e vida privada; enfrentamento da corrupção; direito de acesso à informação; Estado Democrático de Direito;

Abstract: The present work reports the result of a bibliographic research about tackling corruption in Brazil, its objective was to analyse the limits and the challenges of such phenomena. The research is justified by the need for a study on the essential issues of the theme, focusing in the following: notwithstanding the existence of the State right to access information aiming at preventing illicit activities, is it acceptable to flexibilize fundamental human rights such as the right to privacy and to intimacy for the benefit of tackling corruption? It became evident that, among the challenges, there is the need for an integrative hermeneutics capable of articulating the constitutional and the infra constitutional forms through a dialogue among the sources, giving primacy to the maximum protection and promotion of those wrights, as much as to preserving the Democratic Rule of Law that will lead Brazil to a serious and responsible process of tackling and fighting corruption.
Keywords: fundamental rights; intimacy and private life; tackling corruption; right to access information; democratic rule of law.

1. INTRODUÇÃO

Com o presente trabalho busca-se realizar uma análise acerca da (im) possibilidade da flexibilização de direitos fundamentais, em especial os direitos à vida privada e a intimidade, em prol de um bem maior e de interesse público, qual seja, o combate à corrupção. Para tanto, pretende-se analisar a teoria base dos direitos fundamentais, a fim de responder se poderia o Estado, com base também em um direito fundamental de acesso à informação para combate de ilícitos, relativizar os efeitos de outros direitos fundamentais, para, com isso, obter informações íntimas e pessoais do cidadão com a justificativa de que tal providencia é indispensável para efetivo enfrentamento da corrupção.

Em tempos de crises, mais do que nunca, as garantias constitucionais e os Direitos Fundamentais, encontram-se, frequentemente ameaçados. Da exigência por soluções emergenciais, deriva a tentação da flexibilização de certas prerrogativas e garantias.

Alguns autores tratam a corrupção como uma patologia endêmica que atinge todas as sociedades, sendo dever do Estado reprimi-la. Ocorre que, segundo essa parcela da doutrina, a corrupção teria atingido níveis de sofisticação jamais vistos, o que demandaria do Estado uma nova forma de atuação e combate, visto que os meios atualmente disponíveis não dão mais conta de frear tal fenômeno.

É fato notório, também, que a corrupção corrói a sociedade, descredita as instituições, bem como afasta o povo da vida política da nação. Entretanto, a grande questão é definir quais os limites de atuação dos órgãos de Estado em prol do enfrentamento e combate à corrupção. É aceitável enfraquecer a democracia para estancar essa epidemia? Existe corrupção por motivos nobres? O Estado tem o direito de buscar a prova da corrupção mediante invasão da vida privada e intimidade do cidadão? Tem o Estado direito irrestrito às informações do cidadão caso a justificativa seja a investigação de cometimento de eventual ato corruptivo? Por outro lado, pode o eventual criminoso esconder-se atrás de seus direitos fundamentais?

Diante da breve introdução acima exposta e, com base em todos os questionamentos postos, é que se pretende desenvolver a pesquisa, para, ao final, buscar entender o fenômeno da corrupção e, com isso, sopesar os argumentos favoráveis ou não à flexibilização dos direitos fundamentais, visando um efetivo enfrentamento de tal fenômeno, sendo essencial reforçar que os direitos fundamentais constituem um patrimônio comum da sociedade, não podendo estar a serviço de alguma ques-

tão que não a proteção da dignidade da pessoa humana e da garantia do Estado Democrático de Direito.

2. A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL BRASILEIRA E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS À INTIMIDADE E À VIDA PRIVADA

2.1. SURGIMENTO, DESENVOLVIMENTO E ATUAÇÃO DA JURISDIÇÃO

O Supremo Tribunal Federal Brasileiro vem dando claras demonstrações de seu protagonismo perante a atual ordem democrática brasileira, em especial no que se refere à proteção e promoção dos direitos fundamentais. Assim, denota-se que a evolução e o desenvolvimento da jurisdição constitucional se origina a partir do Estado Liberal, desenvolvendo-se até o Estado Democrático de Direito. Deste modo, insta salientar que a evolução da jurisdição constitucional se vincula de forma direta com a efetivação dos direitos fundamentais.

Nesse contexto, pode-se dizer que o estado liberal tem como marca o positivismo e o legalismo, onde o Estado somente poderia atuar caso existisse lei anterior autorizando-o, trazendo, assim, uma supremacia do Poder Legislativo em detrimento dos demais poderes do Estado.

Insta salientar que no Estado Social a Constituição passou a ter um caráter político, pois além de organizar competências administrativas tinha como intuito também organizar a sociedade, focando, assim, na igualdade material, uma vez que o Estado Social tinha como objetivo precípuo "[...] corrigir a distorção individualista criada pelo Estado Liberal, objetivando-se consolidar direitos coletivos e o bem-estar social" (ALVES, 2014, p. 16).

A partir da intervenção Estatal no modelo de Estado social, houve um deslocamento do polo de tensão do Poder Legislativo (Estado Liberal) para o Poder Executivo (MAAS, 2011). Destaca-se que a melhora dos direitos ocorreu através do surgimento do Estado Democrático de Direito, sendo que tal modelo estatal transformou a realidade, fazendo com que surgisse a ideia do recrudescimento dos direitos fundamentais, assumindo a constituição uma função principiológica (LEAL, 2007).

Com o surgimento do Estado Democrático de Direito, houve um novo deslocamento do polo de tensão dos poderes, passando o Po-

der Judiciário a assumir um papel de maior destaque no Estado. Foi no Estado Democrático de Direito que foram definidos os objetivos fundamentais do Estado.

Além do mais, cabe enfatizar que a Constituição, no Estado Democrático de Direito, tem sua base principiológica dotada de uma forma normativa, onde pode ser interpretada pela sociedade de forma aberta. Por fim, urge destacar que fora o Estado Democrático de Direito o protagonista para o surgimento de uma supervalorização da proteção dos direitos fundamentais, de modo que o Poder Judiciário, na figura do Tribunal Constitucional, passou a ter uma postura mais ativa, assumindo, assim, um papel de protagonista frente a inúmeras questões atinentes aos direitos fundamentais que lhe são postas.

Surge, então, a noção de ativismo judicial e judicialização. Luís Roberto Barroso (2008) menciona que o ativismo e a judicialização "são primos", ou seja, embora sejam fenômenos próximos, são distintos um do outro, sendo que o primeiro expressa uma postura do intérprete, "um modo proativo e expansivo de interpretar a Constituição, potencializando o sentido e alcance de suas normas, para ir além do legislador ordinário." Já a judicialização deriva da vontade do constituinte, porquanto, "decorre do modelo de Constituição analítica e do sistema de controle de constitucionalidade abrangente adotados no Brasil, que permitem que discussões de largo alcance político e moral sejam trazidas sob a forma de ações judiciais."

Nesse diapasão, o atual modelo de Estado exige do Poder Judiciário uma atuação construtiva e criativa em determinados momentos, ou seja, o desempenho de um papel valorativo na criação de conteúdos tidos como fundamentais. Em outras palavras, é certo que o período democrático consagrou a noção de Constituição aberta pautada em uma base principiológica capaz de refletir os valores mais caros de um determinado povo. Entretanto, é justamente o caráter aberto da Constituição que enseja uma atuação efetiva e criativa dos tribunais, os quais precisam interpretar a constituição para, com isso, dizer o alcance e/ou o limite de cada direito frente ao caso concreto.

E é em meio a esse contexto que se busca saber quais os limites de alcance, se é que há, da proteção dos direitos fundamentais, em específico para esse estudo, dos direitos fundamentais à intimidade e à vida privada, os quais, frequentemente, são invocados como óbices, entraves diretos ao efetivo combate da corrupção, pois estariam escondendo atrás de seu manto criminosos.

2.2. OS DIREITOS FUNDAMENTAIS À VIDA PRIVADA E À INTIMIDADE FRENTE AO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E AO DIREITO DO ESTADO DE ACESSO À INFORMAÇÃO PARA O COMBATE DE ILÍCITOS

Diversos são os autores que tratam acerca da conceituação e delimitação do termo direitos fundamentais. Assim, objetivando dar início a este estudo, transcreve-se o entendimento de Sarlet (2012, p. 85), para o qual os direitos em questão afiguram-se como posições jurídicas relativas a todas as pessoas, sendo que, do ponto de vista do direito constitucional positivo, devido ao seu conteúdo e importância, os direitos fundamentais são aqueles que foram integrados junto ao seio da Constituição.

Os direitos fundamentais constituem o alicerce de uma sociedade mais justa. Isso porque através deles possibilita-se que as diferenças entre os cidadãos não sejam tão alarmantes. Denominam-se fundamentais porque essenciais a uma vida digna, essencialidade esta que muda de acordo com a sociedade em que se encontram.

Assim, tem-se que "a ampliação e a transformação dos direitos fundamentais do homem no evolver histórico dificulta definir-lhes um conceito sintético e preciso" (SILVA, 2006, p. 175).

Nesse sentido, encontramos na frase do autor fundamentos para afirmar que os direitos fundamentais não são estáticos. Tratam-se de direitos relativos à pessoa humana, e por isso se modificam de acordo com seu momento histórico e sua condição.

Inúmeras são as expressões utilizadas ao longo da história, e em cada momento para designá-los. Assim, utilizaremos, para fins de conceituação, a expressão: Direitos fundamentais do homem. Nesse sentido José Afonso da Silva entende que:

> Direitos fundamentais do homem constituem a expressão mais adequada a este estudo, porque, além de referir-se a princípios que resumem a concepção do mundo e informam a ideologia política de cada ordenamento jurídico, é reservada para designar, no nível do direito positivo, aquelas prerrogativas e instituições que eles concretizam em garantia de uma convivência digna, livre, e igual para todas as pessoas. No qualificativo fundamental acha-se a indicação de que se trata de situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive e, às vezes, nem mesmo sobrevive, fundamentais do homem no sentido que a todos, por igual, devem ser, não apenas formalmente reconhecidos, mas concreto e materialmente efetivados (AFONSO, 2006, p. 178).

Fica evidente que os direitos fundamentais são a base de uma sociedade justa e civilizada, na medida em que uma sociedade onde todos veem supridas suas necessidades básicas possibilita maior igualdade entre seus cidadãos. Moraes (2008) nos ensina que:

> Na visão Ocidental de democracia, governo pelo povo e limitação do poder estão indissoluvelmente combinados. O povo escolhe seus representantes, que, agindo como mandatários, decidem os destinos da nação. O poder delegado pelo povo a seus representantes, porém, não é absoluto, conhecendo várias limitações, inclusive com a previsão de direitos e garantias individuais e coletivas, do cidadão relativamente aos demais cidadãos e ao próprio Estado (MORAES, 2008, p. 60).

Assim lembra-nos Moraes (2008), sobre os dizeres de Canotilho:

> A função de direitos de defesa dos cidadãos sob uma dupla perspectiva: (1) constituem, num plano jurídico-objectivo, normas de competência negativa para os poderes públicos, proibindo fundamentalmente à ingerência destes na esfera jurídica individual; (2) implicam, num plano jurídico-subjectivo, o poder de exercer positivamente direitos fundamentais (liberdade positiva) e de exigir omissão dos poderes públicos de forma a evitar agressões lesivas por parte dos mesmos (liberdade negativa) (MORAES, 2008, p. 60).

Pela leitura de ambas as definições de direitos fundamentais como direitos de defesa, compreendemos ainda mais a essencialidade destes. São eles os responsáveis por uma vida digna, por nossa estrutura básica, e dessa forma, é através deles que nos tornamos livres e aptos a exercer nossa participação na democracia. É através da escolha consciente, possibilitada pelo maior discernimento e liberdade, que uma vida digna pode possibilitar, que poderemos ver satisfeito o ideal de um poder público que não extrapole seu poder em detrimento dos direitos fundamentais.

Sobre a natureza e eficácia das normas sobre direitos fundamentais, Silva nos ensina:

> Desde que, no plano interno, assumiram o caráter concreto de normas positivas constitucionais, não tem cabimento retomar a velha disputa sobre seu valor jurídico, que sua previsão em declarações ou em preâmbulos das constituições francesas suscitava. Sua natureza passara a ser constitucional, o que já era uma posição expressa

> no art, 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, a ponto de, segundo este, sua adoção ser um dos elementos essenciais do próprio conceito de constituição (SILVA, 2006, p. 179).

Resta-nos claro que as normas que versam sobre direitos e garantias fundamentais não possuem mera natureza constitucional, mas sim servem como fundamento essencial para a construção de nossa constituição, consoante assevera José Afonso da Silva:

> A eficácia e a aplicabilidade das normas que contêm os direitos fundamentais dependem muito de seu enunciado, pois se trata de assunto que está em função do direito positivo. A constituição é expressa sobre o assunto, quando estatui que: as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata. Mas certo é que isso não resolve todas as questões, porque a constituição mesma faz depender de legislação ulterior a aplicabilidade de algumas normas definidoras dos direitos sociais, enquadrados dentre os fundamentais. Por regra, as normas que consubstanciam os direitos fundamentais democráticos e individuais são de eficácia contida e aplicabilidade imediata, enquanto os que definem os direitos econômicos e sociais tendem a sê-lo também na Constituição vigente (SILVA, 2006, p. 180).

Nesse diapasão, nos termos do art. 5º, *§ 1º, as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata, sendo de suma importância observar que a referida regra comporta exceções trazidas pelo constituinte originário.*

Após a II Guerra Mundial, diante de todas as atrocidades cometidas, é possível observar o fortalecimento da ideia dos Direitos Fundamentais e da proteção da dignidade humana. Para tanto, a Constituição assume uma função eminentemente principiológica, e de textura aberta, havendo uma mudança na concepção do papel da Constituição e dos próprios direitos nela contidos.

Se num primeiro momento, a implementação das políticas públicas ficava à mercê da boa vontade dos poderes públicos, de acordo com o seu interesse e convencimento, no Estado Democrático de Direito, têm-se uma força normativa e vinculante da Constituição e dos direitos nela previstos, que passam a ser exigíveis. Nesse sentido assevera LEAL (2007, p. 31):

> Pode-se se asseverar, nesse sentido que a inovação que se verifica com relação a Constituição neste período se dá, especialmente, no

> âmbito de sua extensão, uma vez que os direitos clássicos de defesa somente atingiam uma parcela da ordem jurídica. A qualificação material dos direitos fundamentais, como normas objetivas, faz com que esses tenham efeito em todo o domínio do direito, razão pela qual a Constituição se transforma em ordem jurídica fundamental desse todo. Dito de outro modo, toda a ordem jurídica passa a ser abarcada pela Constituição em suas bases principiológicas.

Nesse contexto, é possível observar, através do estudo do direito constitucional moderno, que vivemos um momento crucial do ponto de vista das dinâmicas sociais, posto que nunca antes na história tinha-se a disposição de todos os cidadãos uma gama tão ampla de direitos. Essa ampliação a todos os cidadãos dos direitos e garantias fundamentais, possui um impacto direto nas Constituições contemporâneas, abrangendo conteúdos não apenas programáticos, como valores que permeiam todos os poderes do Estado.

A concretização do arcabouço constitucional é tão importante (a fim de que não se torne mera promessa abstrata, sem eficácia), que Muller propõe a substituição do termo "interpretação do texto da norma" pelo termo "concretização da norma". Para Müller (2000, p. 61), "*enquanto forem indicados como 'métodos' da práxis e da ciência jurídica somente regras de interpretação, a estrutura da realização prática do Direito terá sido compreendida de forma equivocada*". Desse modo, a interpretação do teor literal da norma constitui um dos elementos fundamentais do processo de materialização dos preceitos nela contidos, mas somente um dos elementos dela (MULLER, 2000, p. 61).

Desse modo, o Poder Judiciário ganha espaço através do exercício do controle de constitucionalidade das leis, uma vez que este novo formato de constituição conta com uma força normativa. Assim, a compreensão do indivíduo passa a ter uma perspectiva solidária, ou seja, a sua condição de sujeito vai além da esfera privada, bem diferente do sistema liberal que priorizava o interesse individual. Desse modo, aspectos valorativos e comunitários se revestem de um status jurídico, impositivo, transportados para dentro das Constituições, que funcionam como diretrizes para a vida em comum (LEAL, 2007).

Diante disso, os direitos sociais tiveram como principais marcos em sua evolução, a Constituição do México de 1917, a Revolução da Rússia de 1918 e a Constituição de Weimar na Alemanha em 1919, vindo a serem garantidos, com isso, aos cidadãos os direitos sociais ou mínimos existenciais, para que possam viver com dignidade.

Referindo-se especificamente a tutela da intimidade, tem-se que esta vem elencada dentre os direitos e garantias fundamentais do indivíduo no art. 5º, incisos X e XII, da Constituição Federal. O primeiro dispõe que é inviolável a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, sendo assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação. Em complemento, o inciso II estabelece que é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, bem como dos dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, na forma em que a lei estabelecer.

É necessário, estabelecer o que é a intimidade (ou vida privada). Trata-se de um conceito extremamente sensível e subjetivo, sendo difícil, então, determinar com precisão qual a definição de tal termo. A partir da leitura do texto de Edilsom Pereira de Farias, a intimidade pode ser entendida como *"o modo de ser da pessoa que consiste na exclusão do conhecimento pelos outros daquilo que se refere a ela só."* (CUPIS, 1968, p. 129)

É possível citar exaustivas conceituações e interpretações sobre o que seria então tal direito, cada autor tendo sua base e influências para alcançar tal conceito. A intimidade é, em síntese, portanto, uma determinada informação (ou conjunto de informações) que o indivíduo deseja ocultar do público em geral, referente a ele mesmo ou algo de seu interesse. (JUNIOR, 2020, p. 2)

De todo esse arcabouço normativo protetivo se extrai, portanto, a tutela de um único bem jurídico, a intimidade, que se desdobra na garantia de sigilo de diferentes informações e formas de comunicação. A intimidade, portanto, pode ser conceituada como modo de ser do indivíduo, que consiste na exclusão do conhecimento alheio de tudo quanto a ele se refere. Por sua vez, a privacidade aparece como uma manifestação da esfera íntima da pessoa física, tais como o *modus vivendi*, as relações familiares e afetivas, seus hábitos, sua particularidade, seus pensamentos, seus segredos, seus planos futuros. A intimidade corresponderia à vontade do indivíduo de ser deixado só.

É de se assinalar, no entanto, que é função do Estado a proteção e a promoção da tutela dos direitos fundamentais de toda a coletividade, buscando, assim, a tutela do interesse público. Dentro desse espaço, tem-se que nenhum direito fundamental se qualifica como absoluto. Daí porque, a necessidade de se questionar quais as possibilidades e limites estabelecidos pela ordem jurídica que autorizam a relativização do referido direito fundamental para a adequada tutela de outros bens jurídicos também consagrados na Constituição Federal seja alcançada. Em outras

palavras, o presente estudo questiona quais os limites da atuação do Estado na investigação e enfrentamento da corrupção, perguntando-se se em prol da tutela dos direitos fundamentais da coletividade e do interesse público pode haver ou não a mitigação de direitos fundamentais do indivíduo, em especial do direito à intimidade e vida privada.

3. A FLEXIBILIZAÇÃO DAS REGRAS DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO COM O OBJETIVO DE ENFRENTAR A CORRUPÇÃO E SATISFAZER O INTERESSE DA COLETIVIDADE

O problema da corrupção constitui objeto de pesquisa tradicional das ciências sociais no Brasil. Em "As raízes da corrupção do Brasil: estudo de casos e lições para o futuro", Furtado analisa casos de corrupção famosos no país, defendendo a tese de que a deficiência institucional e a impunidade constituem razões para o comportamento dos agentes corruptos. Na obra, o autor se opõe a teses sociológicas que atribuem à cultura do patrimonialismo, como expunha Sérgio Buarque de Holanda em Raízes do Brasil (1995), as falhas do brasileiro na condução do Estado.

Nesse sentido, tem-se que a corrupção brasileira decorre mais das lacunas legais e da impunidade dos corruptos do que de qualquer razão histórica ou cultural. Ademais, a sociedade brasileira reveste-se de uma manta de relações extremamente complexas, bem como terceiriza ao Estado o papel de administrar seus interesses, eximindo-se do seu necessário papel de compor, de forma conjunta ao Estado, o planejamento de suas ações. Essa ausência de participação, demonstra que os modelos de democracia representativa ou participativa não tem dado resposta ao tema da participação social na esfera da administração das demandas públicos, haja vista que não contam com um diagnóstico adequado das relações sociais contemporâneas (LEAL, 2006).

Ao mesmo tempo, transformações sociais e crises agudas têm desafiado igualmente inúmeros conceitos da Democracia Constitucional Liberal e Social, inúmeros deles conquistados no constitucionalismo do século XX, por conta das demandas sociais crescentes e complexas, do que deriva, progressivamente, questionamentos sobre a extensão da ameaça de valores democráticos fundamentais que pode ser justificada em nome da sobrevivência da própria ordem democrática constitucional. (LEAL, 2019, p. 93)

O modelo atual de gestão, impõe ao Estado o papel de organizar o governo por meio de lei cogentes, as quais instituem mecanismos e procedimentos de organização da estrutura estatal. Dessa premissa podemos extrair o conceito de administração pública, como sendo esta um conjunto harmônico e sistêmico de regras, princípios, normas e ações jurídicas que regem os órgãos, os agentes e as atividades públicas, todos com o intuito de realizar a atividade fim do Estado.

Tal perspectiva de administração pública, na visão de Rogério Gesta Leal (2006) está intimamente ligada a existência de regras democráticas as quais permitirão a construção de entendimentos racionais entre todos os envolvidos no processo, senão vejamos:

> Tal perspectiva condiciona a legitimidade da administração pública no estado democrático de direito, a existência de um processo democrático de comunicação política, que institui um espaço permanente de construção de entendimentos racionais sobre o que se pretende em termos de sociedade e governo, a partir da organização de mecanismos e instrumentos de cogestão que garantam a visibilidade, a compreensão e debate das questões comunitárias relevantes (inclusive na definição de quais sejam), para em seguida, se passar ao nível do seus dimensionamentos em políticas públicas efetivadoras das demandas que elas representam. (LEAL, 2006, p. 40)

Entretanto, como já dito acima, os modelos de democracia até então experimentados pelo país não trouxeram os resultados esperados, uma vez que tal diálogo e envolvimento entre Estado e sociedade quase que não ocorre, o que gera um espaço vazio para que agentes corruptos ajam livremente em seu próprio proveito.

As interações entre Estado, Democracia e Corrupção sempre foram eivadas por profundos desafios. Nesse sentido, a história tem demonstrado que estes elementos se cruzam constantemente, ora assumindo o papel principal um ou outro. Além disso, o que se evidencia é que existe uma complexidade cada vez mais intensa nas relações pessoais e institucionais, registrando força, riscos e perigos cada vez mais inéditos, provocando adaptações, ações e reações de todos e para todos.(LEAL, 2019, p. 92)

Nesse diapasão, é necessária e urgente a abertura de um campo de interlocuções políticas entre a sociedade civil organizada e as tradicionais instituições estatais existentes, criando-se um espaço de administração pública compartida, conceito este que funda-se nada ideia de ação comunicativa de Habermas, no sentido de ser necessário nos colocarmos

de acordo sobre as proposições assertórias que constituem as pretensões de validade de nossos discursos e práticas fundacionais do local que nos vemos inseridos, para, com isso, organizarmos e construímos juntos as soluções a partir de uma ideia de coordenação de ações(LEAL, 2006, p. 54).

Assim, diante do exposto, não se pode mais admitir tal modelo de administração pública restrita apenas a questões técnico-burocráticas, ambiente em que ganha espaço o modelo de democracia deliberativa, através do qual os cidadãos, juntamente com o Estado, discutirão e deliberarão sobre as questões que lhes afetam, produzindo um resultado de gestão legítimo, visto que submetido à discussão e a crítica.

Ocorre que a democracia deliberativa ainda engatinha, visto que a participação popular no compartilhamento da gestão ainda é inexpressiva. tal situação, conforme já mencionado, acaba por criar um ambiente propício para que agentes público atuem em desconformidade com a lei e com o interesse da coletividade, o que se agrava a passos largos em virtude da impunidade reservada a esses ilícitos, uma vez que o Estado (vítima direta da corrupção) não consegue combater tal prática delituosa com o rigor necessário.

A corrupção, por sua vez, e, ainda, a falta de combate efetivo à corrupção, acabam por agravar ainda mais o descrédito da sociedade para com a administração pública, afastando ainda mais a população do campo e do ideal da gestão compartilhada das deliberações estatais, o que aumenta os níveis de corrupção visto que cada vez o controle é menor e mais ineficiente. Trata-se de um ciclo vicioso. retro alimentado pelo próprio desinteresse da sociedade civil organizada na construção da gestão de suas próprias vidas.

Tem-se, ainda, que a falta do controle interno e do controle social fazem com que o controle externo (Poder Judiciário) entre em colapso em virtude da sobrecarga de trabalho, o que pode gerar, em certas ocasiões, violações de direitos fundamentais, tais como, a não observância do devido processo legal e do contraditório, violação da intimidade e vida privada, sigilos telefônicos, inversão do ônus da prova, dentre tantas outras.

É por tais motivos que alguns autores afirmam que a corrupção é uma patologia endêmica, uma vez que se espalha pelo território na mesma medida que uma doença infecto contagiosa, atingindo a tudo e a todos, sendo necessária a adoção de medidas duras para o combate. A corrupção afeta todas as estruturas do Estado. A corrupção mata porque desvia dinheiro da saúde. A corrupção mata porque rouba a infância e a educação de crianças e adolescente jogando-as no mundo do crime. A

corrupção mata porque o suborno oferecido aos agentes de segurança pública é maior do que os salários pagos pelo Estado.

Entretanto, vale tudo em prol do combate à corrupção?

Devemos crer que não! Constitui função do Estado, juntamente com a sociedade civil organizada, o combate à corrupção. Fato notório também é que a corrupção é um mal que corrói as estruturas da administração pública, inviabilizando, em vezes, o desenvolvimento da própria gestão da máquina pública. Além do mais, a corrupção desacredita as instituições e afasta ainda mais os cidadãos do Estado. Fato também é que os crimes, em especial os de corrupção, estão cada vez mais complexos, complexidade esta muito favorecida pela avanço da sociedade em rede e das novas tecnologias. Fato também, é que a estrutura e os agentes estatais não encontram-se preparados para o real enfrentamento da corrupção. Fato também é que a corrupção precisa de um combate intenso para ser estancada, não se podendo deixar brechas para que ela continue a ocorrer.

Ocorre que, inobstante a tudo acima mencionado, não vale tudo em prol do combate a corrupção! É inquestionável que a corrupção no Brasil e no mundo precisa de um combate severo, pois dela decorrem inúmeros outros problemas. Nesse sentido, parte significativa da doutrina e dos tribunais vem defendendo uma maior flexibilização dos direitos fundamentais em prol do enfrentamento da corrupção ao argumento de que os mecanismos e ferramentais hoje previsto e existentes na legislação penal não são mais capazes de sozinho dar conta dessa tarefa.

Para tanto, com base no direito de qualquer um obter informações, dentre eles o Estado, sustenta-se uma maior possibilidade de invasão da intimidade e da vida privada do cidadão eventualmente suspeito de corrupção no sentido de buscar informações e possíveis provas que possam instruir a investigação. Os partidários de tal entendimento sustentam que não é mais aceitável, nos dias de hoje, que o possível cidadão possa se esconder das autoridades atrás de seus direitos fundamentais.

Nessa linha, elucidativa a transcrição de trecho do voto do Ex-Ministro do Supremo Tribunal Federal Sepúlveda Pertence, o qual, citando o entendimento de Tércio Ferraz, ao tratar do sigilo de correspondência, afirma que o sigilo e a inviolabilidade se referem à interferência de um terceiro na troca destas informações. Se os dados fossem invioláveis também, o ministro acredita que qualquer investigação seria impossível. Veja-se:

> A troca de informações privativas é que não pode ser violada por sujeito estranho à comunicação. De outro modo, se alguém, por

> razões não profissionais, legitimamente tomasse conhecimento de dados incriminadores relativos a uma pessoa, ficaria impedido de cumprir o seu dever de denunciá-lo.

Outro argumento ventilado por essa corrente doutrinária é o sopesamento dos riscos advindo de eventual flexibilização do direito fundamental à intimidade e à vida privada com os eventuais benefícios pretendidos com tal investigação. Trocando em miúdos quer se dizer que as informações obtidas com a invasão a intimidade e a vida privada do sujeito podem vir a compensar tal afronta, uma vez que com isso pode-se vir a solucionar um caso de corrupção.

Na hipótese acima ventilada, caso estejamos realmente tratando de um caso de corrupção e os culpados venham a ser desmascarados, haverá sim uma falsa sensação de que valeu a pena aquela quebra de barreira. Entretanto, o problema da questão reside justamente na situação inversa, ou seja, o Estado, fundado em indícios e convicções de que o sujeito é culpado, entretanto, sem nenhuma prova concreta, transcende seus limites e os limites já estabelecidos pela lei, e invade a esfera da vida intima do sujeito acreditando ser essa a melhor maneira de angariar as provas de que precisa para desvendar toda a investigação e, com isso, prender aquele sujeito potencialmente praticante de crime de corrupção.

Ocorre que, após uma invasão da vida intima do sujeito, nada relacionado a prática de delito corruptivo é encontrado. Porém, inúmeros segredos e questões da vida privada do cidadão agora são de conhecimento do Estado. Informações pessoais e profissionais não são mais somente de conhecimento do sujeito a quem pertencem.

É essencial que não se olvide, que medidas e instrumentos anticorruptivos demandam um certo tempo de elaboração, observação e efetivação.

Esse processo complexo, leva em conta inclusive os processos de resistências institucionais, corporativas e pessoais, pois existe um universo significativo de interesses atingidos nestas matérias, diversos deles ilícitos. Basta observarmos algumas reações curiosas de políticas anticorrupção, que ao invés de gerar governos e mercados mais honestos, têm desencadeado comportamentos de aceleração de atos corruptivos, no intuito de extrair ganhos máximos desses cenários, econômicos e jurídicos instáveis, que decorrem dos processos de transformação lenta aos quais nos referimos. Por esta razão, que questões condizentes a esforços para construir políticas efetivas de participação devem estar aliadas aos esforços de fortificar instituições democráticas. Do mesmo modo,

já constatamos através da história, que não existem fórmulas mágicas e receitas prontas de medidas e instrumentos anticorruptivos, tampouco percepções definitivas sobre os estágios de combate, contenção e responsabilização da corrupção, motivo pelo qual devemos sempre estar atentos às transformações e necessidades que os fenômenos envolvidos em tais questões se nos apresentam. (LEAL, 2019, p. 102)

Diante de todo o exposto, tem-se que o grande entrave da questão do combate à corrupção não está por si só na transposição da barreira dos direitos fundamentais, mas sim em deixar que isso seja feitio de forma discricionária pelo Estado a seu bel prazer quando da análise do caso concreto. O problema está em se alçar a corrupção a um status de super crime e mal maior de toda a sociedade, o qual deve ser combatido a qualquer custo e preço.

4. CONCLUSÃO

A corrupção é sim uma patologia endêmica que se alastra a passos largos em nossas sociedades, principalmente pela real e verdadeira sensação de impunidade. Também não se pode ignorar o fato de que a sociedade está cada vez mais permeada por sistemas complexos de relacionamentos, e que o Estado está sempre um passo atrás, no que se refere aos corretos diagnósticos dos problemas.

De outra banda, vivemos em uma sociedade que, de um lado, clama cada vez mais por punição aos criminosos, mas que, de outro, afasta-se da esfera pública, eximindo-se de sua quota-parte na gestão de seus próprios interesses junto à administração pública, daí porque se fala que os modelos de democracia representativa ou participativa não dão mais conta de atender aos anseios da sociedade.

Ademais, tem o cidadão o dever de envolver-se com a administração pública na defesa e deliberação de seus interesses, compartilhando os espaços de comunicação existentes para a construção da questão, e, com isso, promover um responsável enfrentamento da corrupção no Brasil.

Por sua vez, a sociedade e o Estado precisam compreender que a presunção de inocência, a inviolabilidade da intimidade e da vida privada, o sigilo de comunicações, entre outros direitos fundamentais tão caros a todos nós, conquistados as duras penas, não pertencem à esquerda ou à direita. São eles conquistas civilizatórias inegociáveis, *de que é titular toda e qualquer pessoa,* sendo distorção de seu significado afirmar, de um lado, que o cidadão de bem não tem do que temer pois não tem nada a

esconder, e, de outro, que o criminoso vala-se de suas prerrogativas fundamentais para escapar de punições e responsabilização.

O cidadão brasileiro tem direito fundamental a um bom governo, e isso está estampado em nossa Constituição Federal, em seu artigo 37, quando esta afirma que o Estado deve pautar seus atos nos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. Nesse sentido, a lei já autoriza as instituições a transpor a barreira dos direitos fundamentais para instruir suas investigações e combater ilícitos, sendo que tal intervenção deve ser sempre justificada e pautada em reais indícios de cometimento de crime e não em suposições e convicções.

Em outras palavras, não se pode abrir brechas à corrupção, nem que seja para combater a própria corrupção. O enfrentamento da questão, por sua vez, deve ser responsável e não discricionário. O problema está em se alçar a corrupção a um status de super crime e mal maior de toda a sociedade, o qual deve ser combatido a qualquer custo e preço.

REFERÊNCIAS

ALVES, Felipe Delenogare. JUDICIALIZAÇÃO E ATIVISMO JUDICIAL: O Supremo Tribunal Federal entre a interpretação e a intervenção na esfera de atuação dos demais Poderes - uma análise a partir das manifestações na fundamentação de suas decisões.Dissertação (Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado) – Universidade de Santa Cruz do Sul, 2014

BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática.* Disponível em: http://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica. Acesso em: 27 abr 2021

BRASIL, Constituição Federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em de jul 2017

BULOS, UadiLammêgo. Constituição Federal Anotada, Editora Saraiva, 8ª Edição, 2008, p. 147

CASTRO, Leonardo Bellini de. As Implicações jurídico-constitucionais da tutela da intimidade e suas relações com a atividade investigatória do Estado. Revista Eletrônica de Direito do Estado. Nº 34 – abril/maio/junho de 2013 – Salvador – Bahia – Brasil - ISSN 1981-187X

FURTADO, Lucas Rocha. As raízes da corrupção no Brasil: estudo de casos e lições para o futuro. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2015.

HOLANDA, Sérgio Buarque. Raízes do Brasil. Companhia das Letras, Edição comemorativa 70 anos. 2006

JUNIOR, Américo Bedê; CARMINAT, Igor Luz.A (IN)VALIDADE DAS PROVAS OBTIDAS ATRAVÉS DO LIXO SOB A ÓTICA DO DIREITOPROCESSUAL PENAL BRASILEIRO.Revista Brasileira de Ciências Criminais | vol. 174/2020 | p. 119 - 149 | Dez / 2020

LEAL, Mônia Clarissa Hennig. *Jurisdição Constitucional Aberta. Reflexões sobre a Legitimidade e os Limites da Jurisdição Constitucional na Ordem Democrática.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

LEAL, Rogério Gesta. Estado, Administração Pública e Sociedade.Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

LEAL, Rogério Gesta.Estado, democracia e corrupção: equações complexas.Revista de Investigações Constitucionais, Curitiba, vol. 6, n. 1, p. 91-106, jan./abr. 2019.

MAAS, Rosana Helena. O AmicusCuriae como instrumento de realização de uma jurisdição constitucional aberta: a repercussão do instituto na ação direta de incosntitucionalidade n. 3.510/DF sobre a lei da biossegurança. 2011. 201 f. Dissertação (Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado) – Universidade de Santa Cruz do Sul, 2011.

MORAES, Alexandre de. Direito constitucional. Atlas, 13ª ed. São Paulo: 2008.
SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

MÜLLER, Friedrich. Métodos de Trabalho do Direito Constitucional. Trad. Peter Naumann. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2000.

SILVA José Afonso da, Curso de direito constitucional positivo. 27ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006 p. 175.

INEFICÁCIA DO SISTEMA PENITENCIÁRIO: SERIA O MÉTODO APAC UMA ALTERNATIVA MAIS EFICAZ?

Bárbara Barbieri Erig[1]

Resumo: O presente artigo tem por objeto a análise do método APAC como alternativa mais eficaz diante da ineficácia do sistema penitenciário. Parte-se, para tanto, de uma análise das finalidades da pena de prisão, permeando-se no descumprimento destas quando da execução penal através do sistema penitenciário e, ao final, verificando os pressupostos do método APAC e sua possibilidade de aplicação como medida alternativa e garantidora dos preceitos da pena. Como problema de pesquisa, questiona-se: "em vista da crise do sistema penitenciário brasileiro, de que modo o método APAC se mostra como uma alternativa mais eficaz?". Para responder tal questionamento, utiliza-se do método hipotético-dedutivo, sendo a pesquisa de natureza aplicada, através de análise qualitativa.
Palavras-chaves: Pena. Finalidades. Sistema penitenciário. Método APAC.

Abstract: This article aims to analyze the APAC method as a more effective alternative in view of the inefficiency of the penitentiary system. It starts, therefore, from an analysis of the purposes of the prison sentence, permeating the non-compliance with these when the criminal execution through the penitentiary system and, in the end, verifying the assumptions of the APAC method and its possibility of application as an alternative measure and guarantor of the precepts of the penalty. As a research problem, the question is: "in view of the crisis in the Brazilian penitentiary system, how does the APAC method show itself as a more effective alternative?". To answer this question, the hypothe-

1 Mestranda vinculada ao Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito pela Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul; Graduada em Direito pela Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul. E-mail: babi.erig@icloud.com.

tical-deductive method is used, being the research of an applied nature, through qualitative analysis.
Keywords: Prision sentence. Purposes. Penitentiary system. APAC method.

1. INTRODUÇÃO

A crise do sistema penitenciário brasileiro é tema amplamente discutido não só no meio doutrinário, como também por grande parte da população, tendo em vista as notáveis condições de insalubridade e de superlotação às quais os apenados são submetidos. Em virtude disto, entende-se que uma das consequências é a maior dificuldade no processo de ressocialização dos presos.

Desta feita, parece necessária a alteração na forma em que a pena privativa de liberdade é aplicada, utilizando-se, por exemplo, outra metodologia, com o intuito de deter o crescimento dos índices de reincidência e, principalmente, conseguir a efetiva reinserção social dos indivíduos que outrora foram reclusos.

É neste cenário que surge o método APAC (Associação de Proteção e Assistência aos Condenados), como estrutura inovadora que visa o respeito às garantias e aos direitos dos presos, prometendo o efetivo cumprimento das finalidades da pena. Dessa forma, questiona-se: em vista da crise do sistema penitenciário brasileiro, de que modo o método APAC se mostra como uma alternativa mais eficaz?

Assim, o presente estudo mostra-se pertinente à medida que visa não somente analisar os principais fatores responsáveis pela ineficácia do sistema carcerário brasileiro e pelos elevados índices de reincidência, como também apresentar o método APAC como uma forma alternativa ao sistema penitenciário aplicado.

O método adotado na presente pesquisa será o hipotético-dedutivo - sendo a pesquisa de natureza aplicada -, visto que o presente trabalho se propõe a apresentar breve contexto histórico sobre o desenvolvimento do sistema penitenciário, permeando-se na sua falência e, ao final, demonstrar uma possível alternativa para o problema apresentado. Ademais, verifica-se que será realizada precipuamente análise qualitativa, eis que se intenciona compreender e expor os motivos determinantes da falência do sistema penitenciário, bem como apresentar o método APAC.

2. FINALIDADES DA PENA DE PRISÃO

Verifica-se que a pena, em seu sentido literal, é a consequência natural imposta pelo Estado a um indivíduo, a fim de que haja a punição ou reparação deste por uma atitude considerada repreensível. A concepção de punição, entretanto, sempre esteve presente na história, desenvolvendo-se os métodos através dos avanços sociais e históricos.

Nesse sentido, as civilizações da Antiguidade eram regidas pelo Estado teológico, no qual a pena era justificada a partir de fundamentos religiosos, bem como tinha por sua principal finalidade satisfazer a divindade a qual fora ofendida pelo delito cometido (MARQUES, 2008). A prisão como sanção penal era, em suma, desconhecida, haja visto que a privação de liberdade era utilizada tão somente para fins de contenção e guarda dos réus, a fim de preservá-los até o momento do respectivo julgamento ou execução (BITENCOURT, 2017).

Na Idade Média, em que ainda havia grande influência da religião nas medidas estatais, também se punia em razão do crime cometido ter proporcionado uma ofensa contra Deus, mas também porque violava as imposições dadas pelo soberano e pela própria sociedade (BITENCOURT, 2017). Entretanto, é neste período em que surge a ideia de cárcere do Estado e cárcere eclesiástico. Enquanto o primeiro era caracterizado pela ideia de cárcere-custódia, em que o indivíduo era privado de liberdade para aguardar a punição, o segundo era empregado para trancar os clérigos rebeldes em mosteiros, a fim de que se arrependessem do mal causado e obtivessem correção através da penitência - vale mencionar, ainda, que é neste momento que surge o termo "penitenciária" (ESPEN).

A *posteriori,* com o surgimento do Estado burguês, a pena deixou de ser consubstanciada na ideia divina, em razão da dissolução entre o Estado e a região. Passou a ser considerada, portanto, como uma necessidade de se restaurar a ordem jurídica que havia sido prejudicada em razão do delito (BITENCOURT, 2011). É neste cenário que surge a noção da prisão propriamente dita, eis que era vista como um fim em si mesma, ao passo em que eram impostos ao preso trabalho e disciplina como consequências da transgressão da lei em um local isolado (MESSA, 2009).

Cumpre referir, inclusive, que o primeiro estabelecimento destinado ao recolhimento dos criminosos foi construído no ano de 1552, na Inglaterra, sendo denominado de Casa de Correção, a qual possuía como primordial objetivo a educação para o trabalho de mendigos e vadios (MACHADO, 2015). Posteriormente, estes estabelecimentos foram utilizados

de forma similar na Holanda, sendo criados em 1595 para os homens e em 1597 para as mulheres, mendigos e pessoas em custódia (AMARAL, 2016).

Em 1790 surge o Sistema de Filadélfia, criado por William Penn, no qual havia a utilização de uniforme, isolamento absoluto durante o dia e a noite, identificação dos presos através de números, proibição de contato externo, permissão de trabalho e visitas, bem como alimentação em apenas um período do dia (CHAVERINI, 2009). Tal modelo, conforme pode-se observar, é deveras similar ao utilizado atualmente não só no Brasil, mas no mundo inteiro.

Sem embargo, superada a breve exposição do avanço da noção da privação de liberdade como medida propriamente punitiva, há de se ressaltar que a pena aplicada pode ser consubstanciada em diversos fundamentos. Em razão disso, a doutrina entende que existem três teorias consideradas como principais que justificam a função privativa de liberdade: teorias absolutas, teorias preventivas e teorias mistas.

As teorias absolutas, também denominadas retributivas, estão fundamentadas no vocábulo latino "*punitur, quia pecatum est*", que significa "pune-se porque é pecado". Ainda, são as teorias defendidas pelos filósofos Kant e Hegel (MARCÃO; MARCON, 2001). Embora os autores divirjam em seu fundamento - Kant se baseia na ordem ética e Hegel na ordem jurídica -, ambos atribuem à pena um caráter talional, ao passo que a pena é utilizada como instrumento de retribuição ao indivíduo, infligindo sofrimento equivalente ao injusto produzido (ZAFFARONI et al, 2003).

Em relação às teorias relativas, entretanto, tem-se o brocardo latino "*nemo prudens punit quia peccatum est sed de peccetur*", o qual dispõe que nenhuma pessoa racional aplica uma pena pelos pecados do passado, senão para que não volte a cometê-los no futuro (OLIVÉ et al, 2017). Isto é, a pena não é aplicada como forma de retribuição ao criminoso, mas sim como forma de evitar que ele volte a delinquir futuramente.

Destarte, tem-se que as teorias relativas possuem viés de prevenção geral e de prevenção especial. Enquanto a geral se subsume à aplicação da pena com a finalidade de atingir a coletividade, a especial está consubstanciada nos efeitos a serem produzidos na pessoa do condenado (PAVARINI; GIAMBERARDINO, 2018). Inclusive, ambas possuem viés negativo e positivo: prevenção geral negativa, que se caracteriza pela ideia de dissuasão; prevenção geral positiva, a qual é utilizada para que a sociedade mantenha a confiança no Estado; prevenção especial negativa, que visa a neutralização ou inocuização do delinquente; e prevenção especial positiva, que busca a reintegração ou reinserção social do criminoso (GUNTHER, 2006).

No que tange às teorias mistas, também intituladas unificadoras ou ecléticas, são aquelas que visam reunir em um único conceito diversas características das teorias absolutas e relativas. Ademais, esta é a teoria adotada pelo Código Penal Brasileiro, eis que o art. 59 do referido Diploma Legal dispõe que a pena é utilizada para reprovar a conduta delituosa, bem como para prevenir futuros crimes. Isto é, reúne funções das teorias absolutas e das teorias relativas (GRECO, 2017).

Entretanto, em que pese haja a pretensão dos legisladores brasileiros em considerar que a pena deve ser utilizada para fins de repressão e de prevenção, a prática não demonstra que tais finalidades estão sendo alcançadas. Logo, faz-se de suma importância compreender os motivos ensejadores desta realidade.

3. FALÊNCIA DO SISTEMA PENITENCIÁRIO

Apesar de grande parte da população fielmente defender que o encarceramento de mais indivíduos traduz segurança pública, estudos demonstram que as cadeias, ao contrário do esperado, têm contribuído para a elevação do percentual de reincidência dos delitos. Isso porque, em que pese a execução penal preveja inúmeros princípios que devem ser observados, tais como a legalidade, humanidade e individualização da pena, estes não têm sido respeitados na prática.

Neste desiderato, a Constituição Federal e a Lei de Execuções Penais apresentam diversos direitos concernentes aos presos, como a permanência em alas com condições salubres, alimentação de qualidade e assistência à saúde de caráter preventivo e curativo. Contudo, o que a prática apresenta são presídios superlotados, com péssimas condições de infraestrutura, mal conservados, anti-higiênicos, além de apenados submersos em tratamentos degradantes e que ocasionam a violação de sua integridade física e moral.

Nesse aspecto, conforme dados obtidos pelo Conselho Nacional do Ministério Público referentes à população carcerária no ano de 2019, verificou-se que o Brasil possui capacidade para atender 445.911 presos. Contudo, o sistema penitenciário acolhe 720.623 indivíduos, representando taxa de ocupação no montante de 161,61% (CNMP, 2019). Inclusive, conforme levantamento realizado pelo Departamento Penitenciário Nacional, a taxa de aprisionamento - razão entre o número total de pessoas privadas de liberdade e a quantidade populacional do país - aumen-

tou mais de 150% entre os anos de 2000 e 2017, alcançando em junho de 2017 o valor de 349,78 pessoas presas para cada 100 mil habitantes (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E SEGURANÇA PÚBLICA, 2019).

De mais a mais, cumpre ressaltar que, embora a Lei de Execução Penal e os organismos internacionais disponham que as celas para cumprimento da pena devam atender ao tamanho mínimo de 6m² por pessoa, isso não é cumprido. O que se observou em presídios no Brasil, como o Central, foi o agrupamento de cinco a seis pessoas neste espaço. E, ao invés de ampliar a quantidade de estabelecimentos, a solução encontrada pelas autoridades foi retirar as portas das celas, deixando os presos livres nas galerias (CENTRAL, 2017).

Neste cenário de superlotação, além da violação à integridade física dos apenados, há de se falar também que há um aumento da probabilidade de violência entre os presos, tentativas de fuga e ataques aos guardas, o que demonstra que tal situação não é somente maléfica aos presos, mas também aos agentes que são indiretamente afetados. Inclusive, há também o comprometimento da saúde dos indivíduos alocados nos presídios, eis que a disseminação de doenças contagiosas é facilitada em razão do acúmulo de pessoas no mesmo local, bem como pelas más condições de higiene (MARTINS, 2017).

Cita-se, ainda, que a situação de violação aos direitos dos reclusos não é recente, ao passo que a Comissão Interamericana de Direitos Humanos – órgão da Organização dos Estados Americanos - vem realizando manifestações a respeito do descaso do Brasil com o seus apenados desde 1997, ao emitir relatório sobre os aspectos negativos do país. Nesse documento, a CIDH constatou condições higiênicas precárias, falta de atendimento médico e psicológico, bem como elevado índice de presos portadores do vírus HIV, que não possuem o tratamento adequado (CIDH).

Outrossim, vale ressaltar que o descaso do Poder Público em relação aos apenados faz com que as facções criminosas obtenham mais poder dentro dos presídios. Isso porque são elas que apresentam vantagens aos presidiários, caso haja a filiação desses. Assim, para ter direito a proteção em relação aos demais, bem como acesso a certas "regalias", como alimentação diferenciada ou até mesmo o uso de substâncias ilícitas e proibidas no ambiente carcerário, os detentos se veem obrigados a corroborar com as facções (CHRISTINO; TOGNOLLI, 2017).

Destarte, tendo em vista que não há no sistema penitenciário uma classificação entre os presos, muitas vezes os apenados considerados primários são alocados com indivíduos pertencentes a grupos criminosos or-

ganizados, contribuindo para que estes sejam influenciados negativamente e voltem a delinquir quando retornarem à sociedade, muitas vezes para quitar dívidas contraídas dentro da própria prisão (GRECO, 2011).

Portanto, resta evidente que a desatenção do Estado com os presos traduz, além da violação dos direitos humanos, o aumento da insegurança pública, ao passo que grupos criminosos assumem o papel de administração e gerenciamento, fortalecendo a perpetuação do cometimento de delitos e impedindo a ressocialização dos indivíduos.

À vista disso, embora a doutrina estabeleça quatro critérios distintos para se referir à reincidência - genérica, legal, penitenciária e criminal - no que tange às pesquisas sobre o sistema penitenciário, os índices apresentados são elevados (IPEA, 2015). Nesse sentido, destaca-se o estudo elaborado em Minas Gerais, sob coordenação do sociólogo Luis Flávio Sapori, no qual analisou-se a situação de detentos no período de 2008 a 2013. Como resultado, dos oitocentos casos amostrados, 411 reincidiram no período analisado contra 389 que não o fizeram, configurando uma taxa de reincidência criminal de 51,4% (SAPORI; SANTOS; MAAS, 2017).

Outrossim, em relação ao Rio Grande do Sul, o Conselho Nacional de Justiça veiculou matéria no ano de 2018, declarando que o índice de reincidência nas unidades prisionais gaúchas montava em 70,8%, também superior à média nacional informada pelo DEPEN de 43,12% (CNJ, 2018).

Ante o exposto, verifica-se que o sistema penitenciário não tem conseguido cumprir uma de suas funções essenciais – ressocialização -, uma vez que grande parte dos detentos retorna à criminalidade. Portanto, é necessário repensar a política atual de encarceramento em massa, sem oferecimento de qualquer medida para reinserção na comunidade, visto que não tem apresentado resultados positivos à sociedade.

4. A EFICÁCIA DO MÉTODO APAC EM RELAÇÃO AO SISTEMA PENITENCIÁRIO

Adversa ao sistema carcerário comum, a Associação de Proteção e Assistência aos Condenados (APAC) se dedica à recuperação e reintegração social dos condenados a penas privativas de liberdade, bem como a prestar socorro às vítimas e proteger a sociedade.

A primeira APAC (originalmente denominada Amando o Próximo, Amarás a Cristo) foi criada no ano de 1972, em São José dos Cam-

pos, no Estado de São Paulo, através de um grupo de cristãos liderados pelo advogado Mário Ottoboni, com o intuito de combater os suplícios sofridos pela população carcerária local. Contudo, foi somente no ano de 1974 que a APAC adquiriu personalidade jurídica (ANDRADE, 2015).

Trata-se de uma entidade civil de direito privado, sem fins lucrativos, que adota, via de regra, o trabalho voluntário para o desempenho das atividades, utilizando a remuneração somente em atividades administrativas, em caráter excepcional (FBAC, 2019)

Em relação à sua autorização legal, pode-se dizer que a metodologia APAC está devidamente amparada pela Constituição Federal para atuar nos presídios brasileiros, bem como está de acordo com o previsto na LEP, possuindo enfoque utilitarista da pena (BRASIL, 2019). Isso porque, o art. 1º, inciso III, da Constituição Federal dispõe que o Estado tem o dever de adotar condutas positivas tendentes a efetivar e proteger a pessoa humana, obrigando-o a respeitar e promover as condições que viabilizem a vida com dignidade (BRASIL, 2016). Ainda, o art. 4° da LEP estabelece que "o Estado deverá recorrer à cooperação da comunidade nas atividades de execução da pena e da medida de segurança" (BRASIL, 1984). Assim, tem-se que para garantir os preceitos constitucionais, o Poder Público está autorizado a utilizar de instrumentos que contem com a participação popular, no que tange à execução da pena.

No que tange ao método aplicado, verifica-se que a APAC tem como fundamento a valorização humana, oferecendo ao condenado condições para recuperar-se, independentemente do tipo de delito cometido, ou da quantia de pena aplicada. Ainda, possui o intento de proteger a sociedade, socorrer as vítimas e promover a Justiça Restaurativa[2], rompendo, portanto, com a metodologia empregada no sistema penal vigente (OTTOBONI, 2018).

Destarte, tem-se como filosofia basilar a ideia de "matar o criminoso e salvar o homem", a partir de uma metodologia caracterizada por respeito, ordem, trabalho e o envolvimento da família do recuperando, mas sem afastar o caráter punitivo da pena (VIEGAS; SILVA, 2019).

Nesse desiderato, os apenados são submetidos a rotina diária que inicia às seis da manhã e termina às dez da noite, realizando ativi-

2 Entende-se por Justiça Restaurativa o procedimento de consenso adotado entre a vítima e o infrator – além de outros membros da comunidade afetados pela prática do crime, quando considerado apropriado -, em que estes participam ativamente na construção de soluções para os traumas e perdas causados pelo cometimento do ilícito (BRANDÃO, 2010).

dades de trabalho, estudo e profissionalização durante o dia, evitando a todo custo a ociosidade. Dessa forma, com uma disciplina rígida, contribui-se decisivamente para que haja ordem, respeito e seguimento das normas e regras (FBAC, 2019).

No decorrer da história do método APAC, estabeleceram-se doze elementos que, na visão e experiência da própria instituição, bem como do próprio criador Mário Ottoboni, são indispensáveis no exercício de recuperação do preso: 1) participação da comunidade; 2) recuperando ajudando o recuperando; 3) trabalho; 4) espiritualidade; 5) Jornada de Libertação com Cristo; 6) assistência jurídica; 7) assistência à saúde; 8) família; 9) curso de formação para o voluntário; 10) Centro de Reintegração Social; 11) mérito; e 12) valorização humana (OTTOBONI, 2018).

Logo, diferentemente do que ocorre no sistema carcerário comum, que isola os condenados, afastando-os da sociedade e dificultando o acesso da população a eles, nas APACs a comunidade está inteiramente vinculada. Isso porque entende-se que a participação da sociedade auxilia a suprir a falência estatal na gerência do sistema carcerário (SILVA, 2018).

Entretanto, salienta-se que não é somente a sociedade que deve auxiliar no processo de recuperação do condenado, mas sim os próprios detentos devem contribuir no processo. Assim, visa-se despertar nos recuperandos os sentimentos de responsabilidade, de ajuda mútua, de solidariedade e de fraternidade, ressaltando a importância de se viver em comunidade (SANTOS et al, 2018).

Há de se ressaltar que, além dos benefícios aos recuperandos, a aplicação do método APAC apresenta vantagem também ao Poder Público, ao passo que, se tratando de entidade mantida essencialmente através de contribuições da sociedade, há uma redução de custos ao ente estatal.

Nesse sentido, realizadas diligências pela Comissão Parlamentar de Inquérito do Sistema Carcerário, em 2009, constataram-se disparidades no custo do preso em diferentes Estados, com variações entre R$ 500,00 (quinhentos reais) e R$ 1.700,00 (mil e setecentos reais) por mês. Destarte, em relação ao Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN), o montante médio gasto é de R$ 1.300,00 (mil e trezentos reais) mensalmente de cada preso em presídios comuns e de R$ 4.500,00 (quatro mil e quinhentos reais) nos presídios de segurança máxima (BRASIL, 2009).

Em contrapartida, conforme exposto pela FBAC, o valor despendido com os recuperandos no sistema apaqueano é consideravelmente menor, eis que monta em um terço do gasto com o indivíduo inserido no

sistema penal convencional, totalizando, aproximadamente, 1,2 do salário mínimo (BRASIL, 2019).

De igual modo, a abertura de uma vaga no sistema APAC custa em torno de R$ 27.000,00 (vinte e sete mil reais), enquanto no sistema tradicional esse valor sobe para R$ 37.000,00 (trinta e sete mil reais), de acordo com informações do juiz auxiliar da Presidência do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, Thiago Colnago Cabral (TJMG, 2016).

Importante ressaltar, de igual modo, que as APACs se mantêm através de doações de pessoas físicas, jurídicas e entidades religiosas e filantrópicas; de parcerias e convênios com o Poder Público, instituições educacionais e outras entidades; da captação de recursos junto a fundações, institutos e organizações não governamentais; das contribuições de seus sócios; bem como da comercialização de produtos das oficinas profissionalizantes (SANTOS et al, 2018).

À vista disso, verifica-se que a implementação das APACs é economicamente benéfica aos entes públicos, tendo em vista que não só o valor mensal gasto com cada indivíduo é consideravelmente menor, como também a construção destes estabelecimentos. Ademais, estas se mantêm essencialmente de doações e de fatores externos às verbas públicas, circunstância que não ocorre no sistema penitenciário ordinário.

Ademais, no que tange aos benefícios proporcionados pela aplicação do método APAC aos recuperandos e à própria sociedade, tem-se a redução dos índices de reincidência. Embora também não haja consenso por parte de seus defensores em relação às taxas - do mesmo modo em que ocorre no sistema penitenciário -, ainda que discrepantes, os dados levantados e apresentados são ínfimos.

Conforme dispõe a Cartilha Projeto Novos Rumos na Execução Penal, do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, realizada no ano de 2009, estima-se que os egressos do método apaqueano apresentam índice de reincidência na faixa de 15% (quinze por cento) (TJMG, 2011). Entretanto, conforme exposto pela FBAC, estados como o Paraná apresentam como índice de reincidência somente o montante de 10% (dez por cento) (FBAC, 2016).

Assim, ao compararmos os índices de reincidência dos indivíduos que adotaram o método APAC com àqueles que permaneceram no sistema penitenciário comum, ainda que não haja dados oficiais e definitivos em relação ao retorno à criminalidade, tem-se que pelo menos 85% (oitenta e cinco por cento) dos primeiros não voltam a cometer delitos, o que reforça a eficácia do modelo apaqueano.

Entende-se que isto ao individualizar o tratamento do indivíduo, proporcionar assistência de forma abrangente, seja material, psicológica, médica, odontológica, jurídica e educacional, bem como ao incentivar o convívio com a sociedade, possibilita-se que haja a efetiva recuperação do condenado, o que o inibe de voltar à criminalidade (SILVA, 2011).

Destarte, a ausência de ociosidade e possibilidade de escolarização e capacitação profissional ampara o recuperando a obter melhor facilidade quando do retorno ao convívio da sociedade, ao passo que terá mais possibilidades de se inserir no mercado de trabalho (SANTOS et al, 2018). Nesse sentido, conforme dados fornecidos pela FBAC, atualmente existe 1.550 recuperandos no Brasil, dos quais 606 estão estudando e 1.550 estão desempenhando atividades laborativas. Ou seja, ainda que parte dos apenados não esteja estudando ou realizando cursos profissionalizantes, todos estão exercendo algum tipo de trabalho, seja laborterápico, oficinas, atividades na própria APAC ou externos (FBAC, 2020).

Ressalta-se que este método obteve repercussão não apenas em nível nacional - atualmente existem mais de 100 unidades de APACs juridicamente organizadas e em funcionamento-, mas também em nível internacional. Nesse sentido, já foram implantadas as associações em países como Alemanha, Argentina, Bolívia, Bulgária, Chile, Cingapura, Costa Rica, El Salvador, Equador, Eslováquia, Estados Unidos, Inglaterra e País de Gales, Latvia, México, Moldovia, Nova Zelândia e Noruega (FARIA, 2011).

Inclusive, o modelo apaqueano foi reconhecido pelo *Prison Fellowship International*, organização não-governamental que atua como órgão consultivo da Organização das Nações Unidas (ONU) em assuntos penitenciários, como uma alternativa para humanizar a execução penal e o tratamento penitenciário, eis que é focado no amor, perdão e transformação (PFI).

Logo, é possível verificar que a aplicação do método APAC no sistema brasileiro apresenta inúmeros aspectos positivos, tanto para o próprio apenado, que recebe tratamento digno e com reais possibilidades de recuperação, quanto para a sociedade, que recepcionará um indivíduo com novos valores e condutas após o cumprimento da pena. Ainda, o próprio Poder Público é beneficiado, ao passo que há a redução de custos em relação aos detentos alocados no sistema carcerário.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo teve por escopo a análise da ineficácia do sistema penitenciário brasileiro, com a apresentação da metodologia apaqueana como forma de execução da pena mais eficaz. Para tanto, houve análise de legislação constitucional e infraconstitucional pertinente ao tema, bem como revisão bibliográfica de autores conceituados sobre Direito Penal e suas ramificações.

De início, analisou-se a evolução da pena de prisão, procedendo-se a uma breve abordagem histórica. Vislumbrou-se que a segregação de indivíduos com a finalidade meramente de punição surgiu no ano de 1552, com a criação das Casas de Correção, na Inglaterra, eis que anteriormente a privação era utilizada para fins de contenção e de tortura. Na sequência, estudou-se as teorias que justificam a pena de prisão: absolutas, relativas e mistas, demonstrando as principais características de cada teoria.

Ato contínuo, realizada análise acerca do sistema penitenciário brasileiro, demonstrou-se que os presos estão imersos em cadeias superlotadas, as quais não possuem estrutura adequada para comportar o crescente número de detentos. Inclusive, atestou-se que as facções criminosas têm dominado o sistema penitenciário, em virtude do descaso do Poder Público, o que contribui para os elevados índices de reincidência.

Compreendeu-se, portanto, que o cumprimento da pena nas penitenciárias brasileiras transcende a restrição de ir e vir, ao passo que não respeita princípios basilares da execução penal, atingindo diversos direitos inerentes a todos os seres humanos, o que, por consequência, inviabiliza a devida recuperação e ressocialização destes indivíduos.

No último tópico, estudou-se a APAC como modelo de execução penal aplicável como alternativa mais eficaz, em viés individual e social, em relação sistema penitenciário comum. Isso porque se dedica à recuperação e à reintegração social dos condenados a penas privativas de liberdade, bem como à proteção da sociedade.

Constatou-se, desta forma, que a aplicação da metodologia apaqueana se mostra como uma alternativa mais eficaz em detrimento do sistema penitenciário, ao passo que apresenta inúmeros benefícios para o Poder Público, para a sociedade e para os próprios recuperandos. Nesse desiderato, há redução de custos ao Poder Público, não há condutas violentas nos Centros de Reintegração Social, além de os índices de reincidência serem extremamente baixos quando comparados aos índices do

sistema carcerário comum – principalmente em virtude de serem oferecidas oportunidades de educação e profissionalização nos Centros.

Tem-se, por fim, que o reconhecimento do método APAC como técnica exitosa parece ser fator determinante para que esta forma de execução penal seja cada vez mais aplicada no ordenamento jurídico brasileiro e, assim, haja o efetivo respeito aos direitos e garantias de todos os detentos.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Cláudio do Prado. **A história da pena de prisão.** Jundiaí: Paco Editorial, 2016.

ANDRADE, Durval Ângelo. **APAC:** a face humana da prisão. 3. ed. Belo Horizonte: Expressa, 2015.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da Pena de Prisão:** Causas e Alternativas. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal:** parte geral 1. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BRANDÃO, Delano Câncio. **Justiça Restaurativa no Brasil**: conceito, críticas e vantagens de um modelo alternativo de resolução de conflitos. 2010. Disponível em: https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-77/justica-restaurativa-no-brasil-conceito-criticas-e-vantagens-de-um-modelo-alternativo-de-resolucao--de-conflitos/. Acesso em: 14 ago. 2020.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ Constituiçao.htm. Acesso em 31 mai. 2020.

BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. Comissão Parlamentar de Inquérito do Sistema Carcerário. **CPI Sistema Carcerário.** Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2009. Disponível em: https://www.conjur.com.br/dl/relatorio-cpi-sistema-carcerario.pdf. Acesso em: 31 maio 2020.

BRASIL. Lei de Execução Penal nº 7.210, de 11 de julho de 1984. Institui a Lei de Execução Penal. **Lex**. Brasília, DF, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm. Acesso em: 31 mai. 2020.

BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Ouvidoria Nacional de Serviços Penais. **Estudo Preliminar:** a metodologia APAC e a criação de vagas no sistema prisional a partir da implantação de centros de reintegração social. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública. 2019. Disponível em: http://depen.gov.br/DEPEN/depen/ouvidoria/EstudoPreliminarAMetodologiaAPA-CeaCriacaodevagasnoSistemaPrisionalapartirdaImplantacaodeCentrosdeReintegracaoSocialSITE.pdf. Acesso em: 31 maio 2020.

CENTRAL. Direção de Renato Dornelles, Tatiana Sager. Produção de Beto Rodrigues. [s.i.]: Panda Filmes, 2017. (107 min.), son., color, min. 17:37.

CIDH. **Relatório Sobre a Situação dos Direitos Humanos No Brasil – Capítulo IV**: as condições de reclusão e tratamento no sistema penitenciário brasileiro. Disponível em: https://cidh.oas.org/countryrep/brazil-port/Cap%204%20.htm. Acesso em 06 abr. 2020.

ESCOLA DE FORMAÇÃO E APERFEIÇOAMENTO PENITENCIÁRIO. **A história das prisões e dos sistemas de punições.** Disponível em: http://www.espen.pr.gov.br/modules/conteudo/conteudo.php?conteudo=102. Acesso em: 12 out. 2019.

FARIA, Ana Paula. **APAC**: um modelo de humanização do sistema penitenciário. Um Modelo de Humanização do Sistema Penitenciário. 2011. Disponível em: https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/apac-um-modelo--de-humanizacao-do-sistema-penitenciario/. Acesso em: 28 maio 2020.

FBAC. **O que é APAC?**. 2019. Disponível em: http://www.fbac.org.br/2021/index.php/es-ES/noticias-site/2516-o-que-e-apac. Acesso em: 28 abr. 2021.

FBAC. **Reincidência de Apenados da APAC é Menor que do Sistema Convencional**. 2016. Disponível em: http://www.fbac.org.br/index.php/pt/noticias-site/1824-reincidencia-de-apenados-da-apac-e-menor-que-do-sistema-convencional. Acesso em: 10 jun. 2020.

FBAC. **Relatório Sobre as APACs**. 2020. Disponível em: http://www.fbac.org.br/infoapac/relatoriogeral.php. Acesso em: 11 ago. 2020.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal:** Parte Geral. 19. ed. Niterói: Impetus, 2017.

GRECO, Rogério. **Direitos Humanos, Sistema Prisional e Alternativas à Privação de Liberdade.** São Paulo: Saraiva, 2011.

GUNTHER, Klaus. Crítica da Pena I. **Revista Direito Gv**, São Paulo, v. 2, n. 2, p.187-203, dez. 2006. Disponível em: http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/issue/viewIssue/1920/2106. Acesso em: 18 set. 2019.

IPEA. **Reincidência Criminal no Brasil**: relatório de pesquisa. Rio de Janeiro: Ipea, 2015. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/716becd8421643340f61dfa8677e1538.pdf. Acesso em: 06 abr. 2020.

MACHADO, Gustavo Gomes. Assembleia Legislativa. Crime E Castigo: Esforço Histórico Da Prisão No Brasil. **Poder Legislativo e Cidadania**, Belo Horizonte, v. 1, n. 12, p.387-404, out. 2015. Disponível em: https://www.almg.gov.br/export/sites/default/consulte/publicacoes_assembleia/obras_referencia/arquivos/pdfs/poder_legislativo_cidadania/12crime_e_castigo.pdf. Acesso em: 14 out. 2019.

MARCÃO, Renato Flávio; MARCON, Bruno. Rediscutindo os Fins da Pena. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 90, n. 789, abr. 2001.

MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. **Fundamentos da Pena.** 2. ed. São Paulo: Wmf Martins Fontes, 2008.

MARTINS, Jilia Diane. **A Condição do Encarcerado no Sistema Prisional:** biopolítica e desenvolvimento como liberdade. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

MESSA, Ana Flávia. **Prisão e Liberdade.** Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2009.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E SEGURANÇA PÚBLICA . Departamento Penitenciário Nacional. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias, Atualização Junho de 2017**. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública, 2019. Disponível em: http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorios-sinteticos/infopen-jun-2017-rev-12072019-0721.pdf. Acesso em: 15 mar. 2020.

OLIVÉ, J. C. F. *et al*. **Direito Penal Brasileiro - Parte Geral:** princípios fundamentais e sistema. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

OTTOBONI, Mário. **Vamos Matar o Criminoso?** Belo Horizonte: Gráfica O Lutador, 2018.

PAVARINI, Massimo; GIAMBERARDINO, André. **Curso de Penologia e Execução Penal.** Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018.

SANTOS, L. C. R. *et al*. **APAC**: a humanização do sistema prisional. Belo Horizonte: Avsi, 2018.

SAPORI, Luis Flávio; SANTOS, Roberta Fernandes; MAAS, Lucas Wan Der. Fatores Sociais Determinantes da Reincidência Criminal no Brasil: o caso de Minas Gerais. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, [S.L.], v. 32, n. 94, p. 01-18, 2017. Disponível em: https://www.scielo.br/pdf/rbcsoc/v32n94/0102-6909-rbcsoc-3294092017.pdf. Acesso em: 20 mar. 2020.

SILVA, Amaury. **O Panóptico no Território das APACs.** Leme: Jhmizuno, 2018.

SILVA, Luciana Vital da. **O Método APAC**: por uma execução penal mais humana. 2011. Disponível em: https://www.conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/24130/o-metodo-apac-por-uma-execucao-penal-mais-humana. Acesso em: 04 jun. 2020.

TJMG. **Cresce, nos Últimos Meses, Ocupação de Vagas nas APACs de Minas.** 2016. Disponível em: https://tj-mg.jusbrasil.com.br/noticias/423811778/cresce-nos--ultimos-meses-ocupacao-de-vagas-nas-apacs-de-minas. Acesso em: 02 jun. 2020.

VIEGAS, Cláudia Mara de Almeida Rabelo; SILVA, Paulo Drummond. **O Método APAC Como Alternativa de Ressocialização do Preso, à Luz de Lei de Execução Penal**. 2019. Disponível em: https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/o-metodo-apac-como-alternativa-de-ressocializacao-do-preso-a--luz-de-lei-de-execucao-penal/. Acesso em: 28 maio 2020.

ZAFFARONI, E. R. *et al.* **Direito Penal Brasileiro I.** 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

GENOCÍDIOS DE ONTEM E MASSACRES DE HOJE: A INSUFICIÊNCIA DO CONCEITO DE GENOCÍDIO À LUZ DA TEORIA DOS MASSACRES DE EUGÊNIO RAÚL ZAFFARONI

Patrícia Martins Saraiva[1]

Resumo: A Convenção de Prevenção e Repressão ao Crime de Genocídio, Estatuto de Roma e as legislações internas dos países que se comprometeram a prevenir e reprimir o crime de genocídio, até hoje, não conseguiram impedir e nem empregaram meios coercitivos suficientes, de modo a evitar novos massacres pós Auschwitz. Tal ineficiência da sociedade internacional levou o século XX a ser denominado de *'o século dos genocídios'*. Ocorre que o conceito de genocídio mostra-se insuficiente diante da realidade dos massacres. Neste sentido, para a criminologia, a única realidade são os cadáveres depositados em valas sem identificação, queimados ou atirados ao mar pelo poder estatal descontrolado, sendo indispensável o estudo científico e profundo de como se instrumentalizam os Estados para a realização dos massacres. É imprescindível, portanto, trazer à luz da criminologia as causas, razões, métodos e elementos caracterizadores daqueles que promovem os massacres em massa. O Método de abordagem foi o dedutivo (do conceito geral para o específico) e o procedimento utilizado foi o histórico comparativo, pois destaca acontecimentos passados e realiza comparações para verificar diferenças e semelhanças dos conceitos. As conclusões foram sendo ressaltadas ao longo do texto e vêm alinhavadas ao final.

1 Advogada, Especialista em Direito Público FMP/RS, Mestranda em Direito FMP/RS, patricia.advcriminal@gmail.com

Palavras-chave: Criminologia. Genocídio. Massacres em Massa.

Abstract: The Convention for the Prevention and Suppression of the Crime of Genocide, the Rome Statute and the domestic laws of the countries that have committed themselves to preventing and suppressing the crime of genocide, have so far failed to prevent or employ sufficient coercive means to prevent further massacres after Auschwitz. Such inefficiency in international society has led the 20th century to be called 'the century of genocides'. It turns out that the concept of genocide is insufficient in the face of the reality of the massacres. In this sense, for criminology, the only reality is the corpses deposited in unidentified ditches, burned or thrown into the sea by uncontrolled state power, and an in-depth scientific study of how States are instrumentalized in carrying out the massacres is essential. It is essential, therefore, to bring to the light of criminology the causes, reasons, methods and elements that characterize those who promote mass massacres. The approach method was the deductive one (from the general to the specific concept) and the procedure used was the comparative history, as it highlights past events and makes comparisons to verify differences and similarities of the concepts. The conclusions were highlighted throughout the text and are stitched at the end.
Keywords: Criminology. Genocide. Mass Massacres.

1. INTRODUÇÃO

A criminologia e o direito penal clássico não depositaram a devida atenção ao crime de genocídio ou, na melhor expressão a ser adotada, aos crimes de massa. Os cadáveres produzidos nos genocídios não são registrados em números oficiais, os dados estatísticos não correspondem à realidade dos corpos produzidos a centenas de milhares, uma vez que alguns foram até eliminados em fornos projetados, especificamente, para sua destruição, outros ocultos em valas comuns ou atirados ao mar nos conhecidos voos da morte.

A criminologia não pode mais fechar os olhos para estes cadáveres, que não são contados de forma correta, mas que surgem, em escavações, investigações ou denúncias tardias, em valas coletivas ou quando suas ossadas são descobertas em florestas, aos milhares. O conceito de genocídio, posto pela Convenção de Prevenção e Repressão ao Crime de Genocídio de 1948 e, posteriormente, o Estatuto de Roma, bem como as

legislações internas de alguns países mostraram-se insuficientes para coibir os massacres ocorridos após sua promulgação, além de não apresentarem um caminho viável para evitar a ocorrência de novos genocídios, posteriores ao holocausto, o que levou o século XX a continuar a registrar inúmeros genocídios, ganhando destaque como o século dos genocídios.

O problema formulado, então, reside no questionamento da eficiência da Convenção de Prevenção e Repressão ao Crime de Genocídio ou não. Para alcançar o objetivo, o caminho (método) de abordagem foi o dedutivo, primeiro relata-se os homicídios em massa ocorridos ao longo da história para então propor o conceito de massacre como marco para construção e ampliação do conceito de genocídio.

O procedimento utilizado foi o histórico comparativo, pois destaca acontecimentos passados e realiza comparações para verificar diferenças e semelhanças dos conceitos. As conclusões foram sendo ressaltadas ao longo do texto e vêm alinhavadas ao final.

2. A GÊNESE DO GENOCÍDIO

O genocídio sempre foi praticado ao longo da humanidade, mas nem sempre recebeu este nome, como podemos apontar pelas ocorrências durante o desenvolvimento do Império Romano, como o denominado "primeiro genocídio", ou seja, a queda de Cartago, através da terceira guerra Púnica (149-146 A.C). Neste sentido ressalta Jones (2017, p. 48):

> [...] senator Cato, Rome sought to suppress the supposed threat posed by (disarmed, mercantile) Carthage. "Of a population of 2–400,000, at least 150,000 Carthaginians perished," writes Kiernan. The "Carthaginian solution" found many echoes in the warfare of subsequent centuries.

Ao longo da história, novas ocorrências de massacres em massa ocorreram, tais como as ações de Genghis Khan (1206-1227), que vitimou cerca de 7 milhões de mulheres e crianças, o massacre religioso dos Huguenotes, povos originários no descobrimento das Américas e o colonialismo dos europeus na África. O que todos estes atos têm em comum, segundo Jones (2017, p. 49): "A hunger for wealth, power, and "death-defying" glory seems to have motivated these acts of mass violence, along with religious and cultural factors."

O homicídio massivo, sempre foi utilizado desde os primórdios de nossa sociedade até os dias de hoje, como forma de dominação de um povo sobre outro, na busca de novas terras, riquezas, escravos e expansão de impérios.

Ao longo do século XX, quando temos acesso a informações mais precisas e dados históricos documentados, podemos verificar a reiteração de inúmeros homicídios massivos em todos continentes. Segundo Zaffaroni (2013, p. 227): "[...] podemos calcular que no século passado os Estados produziram uns cem milhões de cadáveres fora das guerras". Neste sentido, podemos afirmar que o século XX foi o "século dos genocídios".

Podemos destacar os seguintes homicídios massivos ocorridos no século XX, que chamam atenção pela continuidade temporal: Hereros (1904); Armênios (1915-1918); Holodomor (1932- 1933); Holocausto (1939- 1945); Indonésia (1965-1966); Camboja (1975-1979); Timor Leste (1975-1999); Guatemala (1981-1983); Anfal (1988); Halabja (1988); Ruanda (1994).

Os episódios citados e sua continuidade temporal, demonstram a quantidade de cadáveres produzidos através do extermínio em massa, sendo os números superiores aos oficialmente apontados, (HOBSBAWM, 1995, p. 22):

> [...] sem dúvida ele foi o século mais assassino de que temos registro, tanto na escala, frequência e extensão da guerra que o preencheu, mal cessando por um momento na década de 1920, como também pelo volume único das catástrofes humanas que produziu, desde as maiores fomes da história até o genocídio sistemático.

Sempre a humanidade nutriu e fomentou concepções maniqueístas como o "bem / mal", dualistas como "eu /outro" ou polarizadas como "direita e esquerda", existindo em comum, em todas elas, a procura ou a criação de um bode expiatório como sendo "o indesejável" onde o detentor do poder consegue depositar todos seus fracassos e frustrações no oposto, inclusive podendo eliminá-lo, um a um de forma individual ou em grande número, se for necessário, mediante crimes de massa.

A tipificação do Genocídio é recente, recebendo olhares mais atentos após os horrores perpetrados pelo regime nazista, durante a II Guerra Mundial, sendo necessária a criação de um sistema de proteção dos direitos humanos para evitar as mortes em massa, pois não havia a denominação de genocídio para abarcar estes crimes, ou seja, não existia este tipo de conduta criminosa prevista na legislação, logo, sequer poderia ser punida.

Uma das características dos homicídios em massa, ao longo do século XX, foi o cometimento de atos, por parte dos agentes do Estado, contra seus próprios nacionais, principalmente, em estados de matriz pluralista, com a presença de grupos multiculturais.

> El genocidio entonces se tornó caracteristico de las sociedades pluralistas, y quien lo perpetra tiene como objetivo eliminar los rasgos distintivos de toda diferencia, la que juzga de peligro para la supervivencia de su propio grupo. (LOZADA, 2009, p. 189).

Um dos fatores que facilitou a ocorrência do genocídio foi na expressão de Sémelin a "politização da guerra", onde o Estado, tem a necessidade de mobilizar toda a sociedade em prol do conflito, enquanto os homens jovens vão para o front de batalha, as mulheres, crianças e idosos realizam outras atividades cooperativas para os esforços de guerra.

> Em 1793, mulheres e crianças foram chamadas a fabricar armas, e as pessoas idosas a denunciar os tiranos. A partir dali, a guerra, então, passou a implicar todo o povo. Com isso, a distinção formal entre combatente (armado ou não) e não-combatente começou a desaparecer. Essa confusão nas relações entre o militar e o civil, entre o combatente e o não- combatente se encontra no centro da quase totalidade dos conflitos contemporâneos. (SÉMELIN, 2009, p. 193).

Podemos com isso apontar que as peças do tabuleiro, tiveram sua identidade alterada. A população civil, que outrora, ficava a margem dos conflitos estava sob a proteção das Leis de Genebra, agora encontra-se dentro do conflito como alvo, iniciando assim, uma guerra integral, bem como o início da perseguição às minorias ou estrangeiros residentes no país, ocorrendo uma "[...] mobilização política e cultural contra minorias nacionais ou elementos estrangeiros apresentados como inimigos internos" (SÉMELIN, 2009, p. 194).

Dentro desta lógica da politização da guerra, cada categoria passa a desempenhar um papel no conflito, e quem a rejeita é visto como traidor, passando a ser discriminado e a sofrer as penas da lei, "Na Alemanha, milhares de jovens recusaram o alistamento na Wehrmacht e foram encarcerados em campos de concentração." (SÉMELIN, 2009, p. 203).

3. CONCEITO DE GENOCÍDIO

A palavra genocídio, também, é explicada, em sua origem nos termos *génos* (do grego que significa povo, raça, tribo, grupo) com a palavra *caedere (*pode ser traduzida como aniquilamento, ruína, matança). Conceito este idealizado por Raphael Lemkin, após suas inquietações com os acontecimentos do genocídio Turco promovido contra os Armênios. Em 1994, com a publicação de seu estudo *Axis Rule in Occupied Europe.* trouxe o conceito:

> Por "genocídio" queremos dizer a destruição de uma nação ou de um grupo étnico. Esta nova palavra, cunhada pelo autor para denotar uma prática antiga em seu desenvolvimento moderno, é feita a partir da antiga palavra grega genos (raça, tribo) e do latim cide (matar), correspondendo assim em sua formação a palavras como tiranicídio, homocídio, infanticídio, etc. (1) De um modo geral, genocídio não significa necessariamente a destruição imediata de uma nação, exceto quando realizado por meio de assassinatos em massa de todos os membros de uma nação. Pretende-se antes significar um plano coordenado de diferentes ações visando a destruição dos alicerces essenciais da vida dos grupos nacionais, com o objetivo de aniquilar os próprios grupos. Os objetivos de tal plano seriam a desintegração das instituições políticas e sociais, da cultura, da língua, dos sentimentos nacionais, da religião e da existência econômica de grupos nacionais, e a destruição da segurança pessoal, liberdade, saúde, dignidade e até as vidas dos indivíduos pertencentes a tais grupos. O genocídio é dirigido contra o grupo nacional como uma entidade, e as ações envolvidas são dirigidas contra os indivíduos, não em sua capacidade individual, mas como membros do grupo nacional. (tradução própria) (LEMKIN, 1994, *s.p*).

O conceito de genocídio surgiu de inquietações do então jovem estudante Raphael Lemkin, por volta do ano de 1921, quando tomou conhecimento do caso de Soghomon, que foi julgado em Berlim, sob a acusação de ter assassinado Mehmet Talaat, ex-ministro do interior do império Turco-Otomano, idealizador do massacre sistemático dos armênios, contabilizando cerca de um milhão de mortos. Seus estudos e pesquisas foram concluídos após a descoberta dos horrores perpetrados por Adolf Hitler, em especial pelo grande número de mortes e métodos violentos utilizados no extermínio dos opositores ao regime nacional socialista.

Em que pese os esforços do jurista, para que este conceito fosse incorporado de normatividade, ou seja, se tornasse lei o mais breve possível, somente em 1948 foi adotada a Convenção para a Prevenção e Repressão do Crime de Genocídio, trazendo em seu artigo 2º uma definição mais sintética do crime de genocídio.

> Entende-se por genocídio qualquer dos seguintes atos, cometidos com a intenção de destruir no todo ou em parte, um grupo nacional, étnico, racial ou religioso, como tal:
> a) matar membros do grupo;
> b) causar lesão grave à integridade física ou mental de membros do grupo;
> c) submeter intencionalmente o grupo a condição de existência capazes de ocasionar-lhe a destruição física total ou parcial;
> d) adotar medidas destinadas a impedir os nascimentos no seio de grupo;
> e) efetuar a transferência forçada de crianças do grupo para outro grupo. (ONU, 2020*, s.p*)

A tipificação do Genocídio, passou a receber olhares mais atentos, após os horrores perpetrados pelo regime nazista durante a II Guerra Mundial, sendo necessária a criação de um sistema de proteção dos direitos humanos para a morte em massa, pois não havia esta denominação de genocídio, ou seja, não existia este tipo de conduta criminosa previsto na legislação, logo, sequer poderia ser punido.

A definição, proposta por Raphael Lemkin, sempre foi voltada para grupos étnicos/nacionais, sendo, posteriormente, aprimorada "para denotar os crimes cometidos pelo Estado nazista contra o povo judeu, mas só adquiriu o significado independente em 1948 [...]" (SAVAZZONI, 2009, *s.p*) através da Adoção da Convenção para a Prevenção Repressão do Crime de Genocídio pela ONU.

> Na presente Convenção, entende-se por genocídio os atos abaixo indicados, cometidos com a intenção de destruir, no todo ou em parte, um grupo nacional, étnico, racial ou religioso, tais como: a) Homicídio de membros do grupo; b)Atentado grave à integridade física e mental de membros do grupo; c)Submissão deliberada do grupo a condições de existência que acarretarão a sua destruição física, total ou parcial; d) Medidas destinadas a impedir os nascimentos no seio do grupo; e)Transferência forçada das crianças do grupo para outro. (ONU, 1948, s.p).

A definição proposta na Convenção é criticada até os dias atuais, devido aos termos vagos que apresenta, bem como a não inclusão de categorias como a perseguição por motivo político, o que "permite" a perseguição e morte de opositores a determinado governo e atualização de hipóteses que podem configurar o genocídio a exemplo do ecocídio.

Elaborada dentro do contexto da guerra-fria, a referida Convenção, foi resultado de um concerto político entre os Estados partes, dentro de um mundo polarizado entre "capitalismo" e "comunismo" ficando de fora a perseguição por motivo político, o que permitiu ao longo do século XX e agora XXI a perseguição e extermínio de grupos por critério político, bem como a não consideração da responsabilização das pessoas jurídicas permitindo, assim, o protagonismo da rádio *Miles Colin*es no genocídio de Ruanda em 1994.

A comunidade internacional, através da ONU moveu esforços para a criação de um Tribunal permanente, sendo criado através do Estatuto de Roma em 1998, o Tribunal Penal Internacional de caráter permanente para processar e julgar os crimes previstos no seu art. 5º - genocídio, crime contra humanidade, crime de guerra e de agressão. O Tribunal Penal Internacional entrou em vigor em 2002.

A necessidade de um tribunal de âmbito internacional, surgiu após o fim da guerra fria e, com os massacres ocorridos em Ruanda e na antiga Iugoslávia, se fez urgente a criação do Tribunal Penal Internacional, tendo em vista que as atrocidades não ficaram restritas ao período da Alemanha Nazista, ao contrário, tornaram-se cada vez mais constantes.

O genocídio encontra sua previsão no at. 6º, do Estatuto de Roma sendo entendido por "genocídio", qualquer um dos atos enumerados quando praticados com intenção de destruir, no todo ou em parte, um grupo nacional, étnico, racial ou religioso. Sendo considerados os atos de: Homicídio de membros do grupo; Ofensas graves à integridade física ou mental de membros do grupo; Sujeição intencional do grupo a condições de vida com vista a provocar a sua destruição física, total ou parcial; Imposição de medidas destinadas a impedir nascimentos no seio do grupo; Transferência, à força, de crianças do grupo para outro grupo

> As condutas básicas apresentadas no texto do Estatuto referem-se à matança de membros do grupo, lesões graves à integridade física, submetimento do grupo a condições de existência que possam acarretar sua destruição física, total ou parcial, assim como as medidas destinadas a impedir nascimentos no seio do grupo ou o translado forçado de crianças do grupo para outro grupo. (STEINER, 1999, p. 03).

Destaca-se que sua jurisdição é complementar, sendo utilizada somente quando o Estado não consegue efetivar a sua justiça ou o faz de maneira ineficaz. Sendo que os crimes referidos em seu preâmbulo são imprescritíveis. A competência do Tribunal diz respeito aos crimes posteriores a sua instituição, e no tocante aos Estados a competência somente passa a vigorar após sua adesão.

No Brasil, o Estatuto de Roma foi internalizado através do Decreto 4.388/02, mantendo a redação do art. 6º, do referido Estatuto. No ano de 2001, o Ministério da Justiça, através da portaria 1.036 criou um grupo de trabalho, para de autoria de um projeto de lei para adaptação de um procedimento, tipificação interna dos crimes previstos no Estatuto de Roma.

4. REGULAMENTAÇÃO LEGAL E A INSUFICIÊNCIA DO CONCEITO DE GENOCÍDIO

Em 1945, através da Conferência de Londres de 8 de agosto, foi adotada a Carta do Tribunal Penal Militar, que ficou conhecido pelo nome "Tribunal de Nuremberg", sua sede restou estabelecida na cidade onde foram editadas as Leis de Nuremberg de 1935. "[...] entre 1945 e 1949, teve funcionamento o Tribunal Militar Internacional, que julgou, em 13 julgamentos, 24 dos maiores líderes do regime nazista." (SOUSA, 2015, p. 173).

No regulamento do tribunal, não foi incluído o crime de genocídio, sendo apenas contemplados "1 - Conspiração e atos deliberados de agressão; 2 - Crimes contra paz; 3 - Crimes de Guerra; e 4 - Crimes contra a Humanidade." (SOUSA, 2015, p. 173), deixando de considerar em seu regulamento o crime de genocídio.

Após os julgamentos de Nuremberg, foi fixado um ponto que alterou a conjuntura em termos de direito penal internacional, foi a responsabilização penal individual no âmbito internacional, além da limitação a soberania dos Estados.

Diante do massacre promovido por Adolf Hitler durante seu governo nazista, após a Segunda Guerra foi necessária a adoção, através da Resolução 260-A (III), da Assembleia-Geral das Nações Unidas, da Convenção sobre a Prevenção e a Repressão do Crime de Genocídio, em 09.12.1948, somente entrando em vigor em 1951, destacando que sua edição se deu em um contexto pós campos de concentração.

Sendo o conceito de genocídio da Convenção da ONU, muito sintético e sem a presença de determinadas categorias, acabou sendo restrito a dois critérios preponderantes: grupos étnicos e nacionais.

A Convenção para a Prevenção e Repressão do Crime de Genocídio foi aprovada no ano de 1948, antes inclusive da promulgação da Declaração Universal dos Direitos Humanos – um dia de diferença. Constitui assim, o primeiro documento a tratar do crime de genocídio em âmbito internacional e sua tipificação através da Convenção trouxe o caráter de *hard law* ao crime.

Em seu texto, ficou consagrado que o genocídio tanto em tempo de paz como de guerra, é um crime de Direito das Gentes - art. 1º da referida Convenção.

Segundo o art. 2º da Convenção, entende-se por genocídio quaisquer atos cometidos com a intenção de destruir, no todo ou em parte, um grupo nacional, étnico, racial ou religioso, tais como: a) assassinato de membros do grupo; b) dano grave à integridade física ou mental de membros do grupo; c) submissão intencional do grupo a condições de existência que lhe ocasionem a destruição física total ou parcial; d) medidas destinadas a impedir os nascimentos no seio do grupo; e e) transferência forçada de menores do grupo para outro grupo

Além destes elementos devemos atentar para a *mens rea* do crime de genocídio, que carrega para sua configuração, uma intenção específica. Neste sentido, Abelha (2013, p. 18):

> Este elemento mental passa pela intenção específica que o perpetrador tem no sentido de destruir, no todo ou em parte, um determinado grupo enquanto tal, sendo! comum a todos os actos materiais do crime acima referenciados. É o chamado elemento psicológico do crime, que constitui o traço distintivo, a nota caracterizadora do mesmo.

O agente tem que realizar o fim pretendido, ou seja, destruir no todo ou em parte o grupo protegido. O agente através de sua conduta, intenta destruir uma parcela do grupo, de uma comunidade, pode significar por outro lado, através de um viés qualitativo "[...]à destruição significativa de parte do grupo, ou seja, à eliminação dos membros mais representativos da comunidade visada." (ABELHA, 2013, p. 21), a exemplo do genocídio dos Armênios que teve início com a morte dos seus representantes intelectuais. Os atos podem ficar restritos a uma determinada localidade, um grupo ou uma parte que fica localizada em determinado

espaço geográfico, como por exemplo os Tutsis em Ruanda ou os Bósnios muçulmanos em Srebrenica.

Podemos afirmar que a definição posta na Convenção para Prevenção e Repressão do Crime de Genocídio, como fruto de um concerto político entre os Estados, mostra-se insuficiente diante das novas categorias de massacres.

Foi excluída a responsabilidade das pessoas jurídicas, bem como omitida a previsão da obediência hierárquica, neste sentido: "Às pessoas jurídicas não podem ser aplicadas penas criminais e não são capazes de culpabilidade. A obediência não pode deixar de ser juridicamente relevante, se ocorreram os seus pressupostos legais." (FRAGOSO, 1973, p. 04).

Para a construção de um caminho criminológico importa ressaltar que o termo correto a ser utilizado é massacre. O emprego do termo massacre, é considerado mais adequado no lugar de genocídio, sendo o termo utilizado pela Convenção para uma definição limitada, resultado de uma construção feita pelos países vencedores da II Guerra Mundial, fruto de uma decisão política que atendeu ao interesse de grandes potências.

O genocídio, tal qual os crimes de guerra e os crimes contra a humanidade alcançou o estágio de *jus cogens*, ou seja, a obrigação e as consequentes sanções impostas constituem obrigações de cunho inderrogável e de caráter erga omnes "[...] la comunidad internacional ha reconocido que estos crímenes afectan los intereses de la comunidad como un todo y amenazan la paz y seguridad mundial." (LEISTENSCHNEIDER, 2007, p. 11).

A Convenção, antes de sua aprovação, passou pelo crivo de vários países, o que resultou em uma descaracterização quase que por completo do seu objeto, restando apenas um documento de eficácia duvidosa, devido a repetição, ao longo da história, de vários massacres. A antiga URSS fez objeções quanto a inclusão da proteção a grupos de cunho político e culturais, que acabaram não integrando a Convenção.

No seu entendimento, o grupo político não poderia fazer parte da definição de genocídio, devido a sua mutabilidade, que se altera ao longo do tempo conforme a conjuntura do Estado. No entanto, o fator determinante para esta objeção, foi o interesse demonstrado pela sociedade internacional nos massacres produzidos durante o governo de Stalin, que nunca foram examinados e restaram impunes.

A ausência, portanto, de proteção a esta categoria de questões políticas pela Convenção, permitiu que os massacres ocorridos na URSS sob o governo de Stálin, o Camboja, e os casos ocorridos

em inúmeras ditaduras latino-americanas não fossem punidos, bem como facilitou a perseguição sistemática de governantes aos seus opositores políticos.

O genocídio é marcadamente um crime de Estado, conforme podemos extrair ao longo dos reiterados episódios deste tipo de crime, que ocorreram ao longo do século XX, a promoção do genocídio restou caracterizada como uma política de estado, executada por suas forças de segurança (policiais ou militares) do Estado, ao extravasarem seu poder, por exemplo, no caso dos Armênios.

No caso do genocídio Armênio, eu ainda sofre grande resistência da comunidade internacional de ser reconhecido, importa destacar que prisioneiros foram liberados pelo Estado Turco, para promover o massacre, no caso do Nazismo a arquitetura da destruição foi legitimada pela lei e o massacre foi promovido pelas forças de segurança.

A adoção de um conceito para o crime de genocídio, fez com que inúmeros grupos que foram vitimados em homicídios em massa passassem a reivindicar o tipo criminal. No entanto, nos termos apresentados pela convenção, sua aplicação ficou extremamente restrita, não contemplando grupos como no caso do Camboja.

5. A LÓGICA MASSACRADORA DO SÉCULO XXI E A TEORIA DOS MASSACRES DE EUGÊNIO RAÚL ZAFFARONI

A lógica massacradora genocida que permeia o Estado, está introjetada em sua razão de ser, no amago do Estado, que pode mudar seu *modus operandi*, mas continua atuando sobre determinados grupos, que são eleitos como inimigos do Estado.

No século XXI, podemos verificar algumas escusas para a repressão e a tortura de seres humanos, como o terrorismo e o sistema carcerário vigente.

> [...] Estado é o principal protagonista de 'comportamentos criminosos', pois, a despeito de agir amparado pelo dogma da 'violência legítima', as ações do Estado e de seus agentes da lei e da segurança asseguram aos 'donos do poder' a possibilidade do genocídio, do massacre e do terror como estratégias da manutenção da ordem social. (Simões, 2018, p. 571-594)

Podemos afirmar que a definição posta na Convenção para Prevenção e Repressão do Crime de Genocídio, foi fruto de um concerto político entre os Estados, para tanto Zaffaroni (2013, p. 232) propõe uma correção a esta definição:

> [...] usaremos a definição mais ampla de massacre, entendendo por tal toda prática de homicídio de um número considerável de pessoas por parte de agentes de um Estado ou de um grupo organizado com controle territorial, de forma direta ou com clara complacência destes, levada a cabo de forma conjunta ou continuada, fora de situações reais de guerra que importem forças mais o menos simétricas.

Ao chegarmos ao século XXI, nenhum dos movimentos que se dedicou a estudar o fenômeno criminal, havia se ocupado dos massacres, incluindo assim o genocídio e aquele, também, produzido por acumulação, aquele que ocorre todo dia sem que as pessoas deem a devida importância, mas que ao final de um ano ou mais, atinge cifras significativas e mostra um resultado avassalador de mortes que são ignoradas pelo Estado.

Não podemos deixar de referir que ainda ocorrem massacres em massa, como dos Rohingyas, Síria, bem como a questão Curda.

Podemos afirmar que ao ocorrer o descontrole do poder punitivo (através de suas agências, a exemplo da polícia militar), deixa de existir a figura do Estado de Direito e passamos a ingressar no estado de polícia. Para Zaffaroni (2012, p. 31): "Además, los crímenes de masa son cometidos por este mismo poder punitivo descontrolado, o sea, que las propias agencias del poder punitivo cometen los crímenes más graves cuando operan sin contención".

Estes agentes, integrantes das agências do sistema penal, passam a se autonomizar e com a benevolência do Estado, passam a executar um poder punitivo descontrolado que pode levar a práticas violadoras de forma cotidiana, a exemplo do emprego da tortura.

A Gestapo, foi a polícia criada para matar, no caso do massacre dos Armênios os agentes estatais foram responsáveis pela soltura dos presos, isto ocorre porque a prática genocida exige um planejamento anterior a sua execução em campo.

Primeiro, verifica-se a necessidade da construção de um inimigo no qual são depositados todos os males e fracassos do Estado. Ao longo do desenvolvimento da humanidade o mal e as calamidades sempre foram depositados no outros, segundo Girard (2004, p. 35):

> Quanto mais um indivíduo possuir marcas vitimarias, mais chances terá de atrair o raio sobre sua cabeça [...]", sendo neste individuo depositados os acontecimentos nefastos da comunidade, como as pestes, seca, mortes, enchentes.

A eleição do inimigo é um ato político, é quem o Estado elege no momento para exercer esta figura. No período da ditadura civil militar no Brasil, o inimigo eram os "comunistas", vistos como o "perigo vermelho", sendo tachados de subversivos e terroristas todos aqueles que faziam oposição ao regime militar golpista, sendo perseguidos, torturados e mortos nos porões do aparelho repressor do Estado ou até mesmo lançados de aviões ao mar, na denominada Operação Condor.

Segundo Girard (2004, p. 55):

> A vítima é um bode expiatório. Bode expiatório designa simultaneamente a inocência das vítimas, a polarização coletiva que se efetua contra elas e a finalidade coletiva dessa polarização. Os perseguidores se fecham na 'lógica' da representação persecutória e não podem mais dela sair.

Hoje, são apontados os "terroristas" e os "jovens periféricos" como inimigos do Estado, sendo sobre este inimigo exercido todo o poder repressor, a eles são dados dois tratamentos: submissão ou aniquilamento. O poder punitivo sempre é seletivo, criminaliza poucas pessoas "[...] y las usa para proyectarse como neutralizador de la maldad social que, al igual que la locura, aparecen como irracionales." Zaffaroni (2012, p. 38).

O poder punitivo, também, pode demonstrar toda sua irracionalidade através das instituições totalizantes - manicômios, casas prisionais - para o qual são direcionadas "las pulsiones de venganza" (ZAFFARONI, 2012, p. 39) para Girard a vítima sacrificial.

O bode expiatório é construído através de uma negação da vítima, ou seja, sobre um preconceito preexistente sobre determinado grupo de seres humanos, como bruxas, judeus, gays, negros, índios, imigrantes, comunistas, ciganos, anarquistas, pobres e ricos que passam a ser considerados sub-humanos. Sua construção inicia com um estado débil, em crise nos termos de Zaffaroni (2010, p. 11-32):

> Para instalar el mundo paranoico también es indispensable un chivo expiatório adecuado para imputarle los crimines que se proyectan como fuente de inseguridad existencial. La historia muestra

> la enorme heterogeneidade de los enemigos em diferentes mundos paranoicos: brujas, hereges, judíos, drogadictos, traficantes de drogas, comunistas, subversivos, sifilíticos, descapacitados, prostitutas, africanos, índios, inmigrantes, anarquistas, gays, minorías sexuales, terroristas, alcohólicos, drogadictos, pedófilos, ácratas, socialistas, delincuentes comunes, gitanos, burgueses, ateos, religiosos, etc. [...].

Hoje verificamos a tendência de o poder punitivo descontrolar-se diante da ocorrência de uma emergência, em muitos casos inventada em momentos de crises do Estado para justificar atitudes arbitrárias. O poder punitivo apresenta sempre sua estrutura discursiva, variando apenas o inimigo eleito de forma meramente política. O que pode ser feito quando o crime é cometido por aqueles que, justamente, tem o dever de preveni-los.

Com o ataque as torres gêmeas no dia 11 de setembro de 2001 nos Estados Unidos, o Governo Bush promoveu a "Guerra ao Terror", conhecido como "Doutrina Bush" como meio de combate ao terrorismo, a exemplo da "Guerra às Drogas" que foi iniciada por Nixon e seguida por Ronald Reagan.

Sob a alegação de possuir armas de destruição os Estados Unidos, contrariando informações de observadores da ONU, promoveram a invasão do Iraque sob a alegação de estarem oferecendo abrigo para o grupo Talibã, que tem origem no Afeganistão.

Neste sentido, os alvos da "Guerra ao Terror" foram os países considerados apoiadores de movimentos vistos como terroristas, seguindo a lógica de que emergência se combate com guerra. O Presidente americano Busch enfrentava uma crise interna - estado debilitado devido à suspeita de fraude em sua eleição, para tanto precisava construir um inimigo externo, seu bode expiatório, passou a ser um inimigo externo, deslocando as atenções para um inimigo comum visando sua eliminação.

Para tanto é necessário o exercício de um poder punitivo ilimitado, que promova a eliminação deste inimigo comum, verifica-se a instalação de um mundo paranoico, com adoção de medidas de exceção para combater o inimigo ou seja, a "emergência" conforme a lição que podemos extrair de Zaffaroni (2010, p. 11-32):

> La señalización de islámicos como terroristas (enemigos) permitió la instalación de cárceles secretas para secuestrados por agencias policiales (los centros de Rumania y Polonia por la Cia, análogos a los centros ilegales de detención de la seguridad nacional

> em Sudamérica) y cárceles para sospechosos (Gunatánamo) sin control judicial.

No Brasil, verificamos ao longo dos anos a ocorrência de massacres pontuais, atribuídos as polícias do Estado, atuando sobre comunidades ou instituições como Carandiru, Candelária, Vigário Geral, Carajás, Pedrinhas. Ao levar em consideração apenas o conceito das Nações Unidas para classificar atos genocidas, fica mais difícil categorizar os processos genocidas em curso em nossa sociedade. Segundo dados do Fórum Brasileiro de Segurança Pública (BRASIL, 2020, *s.p)* cerca de mais de 6.220 mortes ocorreram a mais que em 2017, totalizando um crescimento de 19,6 %, ou seja, 11 em cada 100 mortes violentas intencionais foram provocadas pelas polícias.

No Rio Grande do Sul, segundo o anuário de em 2020, foram 90 mortes no primeiro semestre, em São Paulo totalizou 514 e no Rio de Janeiro 775. (BRASIL, 2020, *s.p.*). Quando referimos dados referentes a morte decorrente de ação policial 79% das vítimas são negras, contra 21% de brancas (BRASIL, 2020, *sp.*), sendo os jovens a na faixa etária entre 20 e 24 anos mais vitimados.

Com relação ao sistema carcerário o Brasil possui taxas altíssimas de encarceramento, prisões superlotadas, déficit de vagas, sendo que podemos afirmar que, historicamente, a população carcerária é composta de homens jovens, negros e de baixa escolaridade, que em 2019 representavam cerca de 66,7% da população carcerária. (BRASIL, 2020, *sp.*) Este grupo compõem o alvo preferencial das forças de segurança, objeto de massacres denunciados cotidianamente. Podemos afirmar que ser negro já é comprar meio ingresso para o sistema carcerário em diversos países.

Não é um massacre específico, que ocorre como uma solução final a exemplo do homicídio em massa provocado pelos nazistas, mas sim gota a gota, um por um, pouco a pouco, sem que ninguém perceba, mas que no somatório conduz a solução final. Após a seleção, ou seja, a estigmatização do indivíduo, como bode expiatório - jovens negros da periferia -, tem início, o exercício do poder punitivo de forma ampla, mesmo quando vítimas a eles são apontados determinados "estigmas" como antecedentes, criminais, condutas antissociais.

Não podemos deixar de referir a existência de outro massacre, com destaque aquele promovido pelo crime organizado:

> [...] son las muertes anunciadas del poder punitivo. Em este rubro entran las muertes por ejecuciones sin proceso, por la llamada criminalidad organizada [...] por maltrato, indiferencia o motines car-

> celarios, por mortalidad y morbilidad carcelaria, por desplazamientos masivos forzados de población[...] Zaffaroni (2010, p. 11-32).

Nos Estados Unidos é muito difundida a "*Three Strikes and you're out*," aprovada em vários Estados, onde é imposta a pena de prisão perpétua para quem comete 3 crimes graves. Não só o sentenciado sofre a pena mas, também, em alguns casos acaba estendida a sua família, além da aplicação de pena de trabalhos forçados e restabelecimento da pena de morte em determinados estados. Para Zaffaroni (2010, p. 11-32):

> [...] este Estado penal dá continuidade ao racismo do apartheid, o qual segundo ele, jamais desapareceu das práticas burocráticas estadunidenses, razão pela qual o considera um Estado racial. Também verificamos o grande contingente de presos de origem negra e os latinos.

Por fim, podemos retornar às citações iniciais dos casos de genocídio no século XX, e afirmar que existe uma proximidade entre a lógica massacradora dos turcos e dos nazistas, com as práticas contemporâneas próximas da lógica de criminalização permanente, de determinados grupos, implementadas por um Estado que segue sendo racista, persecutório dos opositores e criador de bodes expiatórios.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Verifica-se ao longo da história, em especial desde o século XX, que muitos genocídios foram promovidos e executados por agentes do estado, que agindo de forma descontrolada, invocando a legalidade, propagam a defesa de um estado frágil, em crise, se vale da construção de um bode expiatório para depositar nele todos os seus erros e manter seu poder, apesar das suas falhas.

Quando o poder punitivo se descontrolou e se autonomizou, sempre em defesa de um estado debilitado, por uma crise, seja ela de natureza política, econômica e até sanitária, verificamos a eleição de um grupo como bode expiatório onde é depositada toda a responsabilidade pelos males sofridos por aquela sociedade, tática que persiste, atualmente, e que precisa ser neutralizada, com o conhecimento prévio, tendo em vista os genocídios anteriormente perpetrados, de até onde esta prática nefasta poderá chegar.

Atualmente o genocídio apresenta-se de várias formas, além da promoção do homicídio massivo, podemos verificar sua ocorrência em forma de "gota a gota" através de mortes diárias tanto por ação, quanto omissão do estado que, também, conduzem a uma "solução final" daquele grupo eleito como o bode expiatório do momento.

Neste sentido, é urgente a necessidade de realização de uma releitura, ou até mesmo da apresentação de uma nova abordagem do conceito de genocídio proposto na Convenção para a Prevenção e Repressão ao Crime de Genocídio, com a adoção do novo conceito de massacre, pois mais amplo, bem como estudos criminológicos visando esclarecer o processo que leva ao cometimento dos homicídios em massa e da lógica de criminalização permanente que, também, conduz ao genocídio de grupos eleitos para tirar o foco da sociedade sobre quais são os reais problemas do governo e transferir a atenção de todos para o bode expiatório eleito, no momento.

A mudança de visão sobre o conceito de genocídio, atualizada aos movimentos sociais e às novas práticas de extermínio adotadas pelos Estados, é imperiosa, sob pena de naufragar o espírito das leis pós Segunda Guerra Mundial que buscaram proteger os direitos humanos e as sociedades fragilizadas por governos arbitrários.

BIBLIOGRAFIA

ABELHA, Manuel João Ferreira. **Genocídio e limpeza étnica: Uma mesma concepção, realidades diferentes?** Disponível em: https://repositorio.ucp.pt/bitstream/10400.14/15460/1/Tese%20-%20Genoc%c3%addio%20e%20Limpeza%20%c3%89tnica.pdf. Acesso em: 11/04/2021.

BRASIL. **Anuário brasileiro de segurança pública 2020**. Disponível em:https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2020/10/anuario-14-2020-v-1-interativo.pdf. Acesso em: 29/11/2020.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Genocídio.** Disponível em:http://www.fragoso.com.br/wp-content/uploads/2017/10/20171003005009-genocidio.pdf. Acesso em: 11/06/2020.

GIRARD, René**. O Bode expiatório**. São Paulo: Paulus, 2004.

JONES, Adam. **Genocide: A Comprehensive Introduction**. 3 ed. New York: Routledge, 2017.

HOBSAWM, Eric. **Era dos Extremos**. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

LEISTENSCHNEIDER, NAJMAN ALEXANDER AIZENSTATD. **Origen y Evolucion del Concepto de Genocidio**. Revista de la Facultad de Derecho, 25, 2007, p. 11-22. HeinOnline.

LEMKIN, Raphael. **Axis Rule in Occupied Europe: Analysis, Proposals for Redress**. Disponível em: http://www.preventgenocide.org/lemkin/AxisRule1944-1.htm. Acesso em: 25/10/2020.

LOZADA, Martin. **El Crimen de genocídio: Su renovada dimensíon a 60 años de su construcción conceptual**. Inter-American and European Human Rights Journal, 2, 2009, p. 176-196. HeinOnline.

ONU. **Organização das Nações Unidas. Convenção Para Prevenção e Repressão do Crime de Genocídio**. Disponível em: http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/segurancapublica/convenca....crime_genocidio.pdf. Acesso em: 14/10/2020.

SAVAZZONI, Simone de Alcantara. **Crime de Genocídio**. Disponível em HTTP://www.lfg.com.br. Acesso em: 23/09/2020.

SÉMELIN, Jacques. Purificar e Destruir: **Usos Políticos dos massacres e dos genocídios**. Rio de Janeiro: DIFEL, 2009.

SIMÕES, Vernon Araújo Corrêa; CARVALHO, Thiago Fabres de. **Contribuições para uma Criminologia de Crimes de Estado**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 149, p. 571-594, nov. 2018.

SOUSA, Arnaldo Vieira. **Nuremberg e os crimes contra humanidade**. *In*: SOUSA JR, José Geraldo de; SILVA FILHO, José Carlos Moreira da et al. O Direito Achado na Rua: introdução crítica à justiça de transição na América Latina. Brasília: UNB, 2015.

STEINER, Sylvia Helena F. **Tribunal Penal Internacional.** Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v 28, p.208-218, out-dez 1999.

ZAFFARONI, Eugênio Raul. **A Questão Criminal**. Rio de Janeiro: Revan, 2013.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Crímenes de Masa**. 2 ed. Ediciones Madres de Palza de Mayo, 2012.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Masacre: Larvas y Semillas: Lineamentos para um replanteo criminológico**. In: Investigaciones, Buenos Aires, 2010, año XIV, p. 11-32.

SOCIEDADE DE RISCO E EXPANSÃO DO DIREITO PENAL FRENTE À CRIMINALIDADE TECNOLÓGICA

Edson Cesar Pereira Leirias[1]

Resumo: A sociedade contemporânea sob os efeitos da globalização e de seu próprio desenvolvimento, as novas políticas criminais e o avanço tecnológico e científico alteraram o rumo da história. Novos riscos surgem a cada dia, implicando em incertezas e insegurança, atingindo índices preocupantes que acuam a sociedade. Surge então a denominada "sociedade de risco", e o Direito Penal é chamado a atuar em novos ramos, como a economia, o ambiente, o consumo. A estrutura que fundamenta o Direito Penal ainda não conseguiu adaptar-se a estas novas esferas de proteção, gerando fundados debates na doutrina em todo o mundo. O avanço da tecnologia e seu emprego em atividades criminosas, bem como em investigações criminais, levantam questões acerca da efetividade do Estado em tutelar os bens jurídicos penalmente protegidos, sem, contudo, violar direitos e garantias fundamentais. Neste contexto, o presente trabalho analisa a expansão penal como gerenciamento de riscos frente a uma sociedade que se beneficia e sofre com as consequências da sua própria evolução tecnológica.
Palavras-chave: Globalização; Desenvolvimento tecnológico; Riscos; Expansão penal.

Abstract: Contemporary society under the effects of globalization and its own development, new criminal policies and technological and scientific advances have changed the course of history. New risks arise every day,

1 Mestrando em Direito – Fundação Escola Superior do Ministério Público. Graduado em Direito – Universidade Luterana do Brasil. Especialista em Ciências Criminais - Fundação Escola Superior do Ministério Público

implying uncertainties and insecurity, reaching worrying rates that beset society. The so-called "risk society" then appears, and Criminal Law is called to act in new fields, such as the economy, the environment, and consumption. The structure that underlies the Criminal Law has not yet managed to adapt to these new spheres of protection, generating well--founded debates in doctrine around the world. The advancement of technology and its use in criminal activities, as well as in criminal investigations, raise questions about the State's effectiveness in protecting criminally protected legal assets, without, however, violating fundamental rights and guarantees. In this context, this paper analyzes penal expansion as risk management in a society that benefits and suffers from the consequences of its own technological evolution.
Keywords: Globalization; Technological development; Scratchs; Penal expansion.

1. INTRODUÇÃO

É inegável que a sociedade vem sofrendo grandes transformações desde a revolução industrial. Os progressos tecnológicos e científicos, a globalização, compreendidos na conjuntura capitalista, alteraram a concepção do Direito Penal e Processual Penal. Os padrões coletivos de vida, de progresso e de exploração da natureza estão drasticamente alterados pelo conhecimento de que a ocorrência interligada de seus processos de desenvolvimento e, principalmente, a manipulação do processo tecnológico produzem múltiplos riscos que podem causar significativas violações aos direitos fundamentais.

A concepção da sociedade contemporânea, chamada de sociedade de risco, evidencia as transformações sofridas pela humanidade, ao passo que se tem o fim de uma sociedade industrial em que os riscos para a existência particular e coletiva decorriam de acontecimentos naturais ou de ações humanas próximas, bastando para tanto a proteção penal dos bens jurídicos clássicos[2].

Nesse prisma, o Direito Penal, como meio utilizado para a repressão de ações que efetivamente causem lesões aos bens jurídicos tutelados, torna-se um mecanismo estatal para atuar na prevenção de condutas e passa a ser a forma mais rápida utilizada pelo Estado na luta pela conten-

2 MASI, Carlo Velho. **O Crime de Evasão de Divisas na Era da Globalização: Novas Perspectivas Dogmáticas Político-criminais e Criminológicas**. Porto Alegre. Pradense, 2013. p.39.

ção preventiva de comportamentos presumidamente danosos. Destarte, o Direito Penal sofre expansão, para que possa intervir em campos que até então não estavam sob sua proteção, como, por exemplo, o meio ambiente.

Percebe-se então que a denominada sociedade de risco faz com que o sistema penal sofra constantes adequações, pois, os novos riscos até então estranhos, ligados à economia, ao ambiente, ao desenvolvimento tecnológico, ao consumo e a determinados grupos sociais, influenciam o surgimento de novos tipos penais e, conseguintemente, a edição de novas leis com o objetivo de alcançar a segurança dos cidadãos.

É senso comum que, nos dias atuais, a sensação de insegurança está presente em níveis cada vez mais elevados na sociedade. O Direito Penal de Emergência[3], instigado pelas novas exigências de criminalização, elabora normas repressoras, distanciando-se de seus princípios subsidiário e fragmentário, tomando uma posição nitidamente punitiva, o que, não raras vezes, ignora os direitos e garantias fundamentais dos indivíduos.

2. SOCIEDADE DE RISCO

A sociedade contemporânea está envolta em um contexto de múltiplas mudanças advindas de um desenvolvimento tecnológico-científico rápido e contínuo, de onde resultam diversos riscos[4] e problemas que ameaçam a estabilidade e harmonia sociais.

Esse conjunto de transformações que culminaram no quadro atual ganhou maior velocidade através dos ideais iluministas[5], onde um novo tempo foi sendo vislumbrado. As ideologias baseadas na razão e na liberdade passaram alterar os contornos da sociedade, a qual passou a traçar seu destino guiada pelo desenvolvimento tecnológico e científico originado na Europa do século XVII e fez surgir um novo estilo de vida baseado em novos costumes e em uma nova organização social, trazendo consigo novos desafios ao Estado[6].

---

3 FERRAJOLI, Luigi. Direito e Razão. **Teoria do Garantismo Penal**. Tradução de Ana Paula Zomer Sica; Fauzi Hassan Choukr; Juarez Tavares, Luiz Flávio Gomes. Revista dos Tribunais, 2002. p. 649 e seguintes.

4 ULRICH, BECK. **La Sociedad del Riesgo: Hacia una Nueva Modernidade**. Barcelona: Paidos Ibérica, 2006.

5 GRESPAN, Jorge. **Revolução Francesa e Iluminismo**. Contexto. São Paulo, 2003.

6 GIDDENS, Anthony. As consequências da modernidade. p. 14.

Nesses novos tempos ocorreu a revolução industrial no século XVIII, levando a modernização aos meios de produção e à busca por maiores lucros e menos custos, transformando os meios de produção gerando muita mão-de-obra[7]. Assim firmava-se o capitalismo que, acompanhando a industrialização, foram sedimentados fomentando o desenvolvimento do conhecimento e das tecnologias de forma cada vez mais rápida. Porém, embora acompanhado de muitos benefícios e melhorias para a sociedade, esse desenvolvimento também gerou e continua gerando muitos riscos.

Nessa análise, Ulrich Beck esclarece que:

> O conceito de "sociedade industrial" ou "de classes" (na mais ampla vertente de Marx e Weber) gira em torno da questão de como a riqueza socialmente produzida pode ser distribuída de forma socialmente desigual e ao mesmo tempo "legítima". Isto coincide com o novo paradigma da sociedade de risco, que se apoia fundamentalmente na solução de um problema similar e, no entanto, inteiramente distinto. Como é possível que as ameaças e riscos sistematicamente coproduzidos no processo tardio de modernização sejam evitados, minimizados, dramatizados, canalizados e, quando vindos à luz sob a forma de "efeitos colaterais latentes", isolados e redistribuídos de modo tal que não comprometam o processo de modernização e nem as fronteiras do que é (ecológica, medicinal, psicológica ou socialmente) "aceitável"[8]?

Nesse panorama a sociedade é assolada por uma sensação constante de riscos e perigos. As inovações da produção científica e tecnológica, o desenvolvimento industrial, a exploração despreocupada e agressiva do meio ambiente, a manipulação de novas formas de energia, são fatores que construíram a situação atual.

Anteriormente se tinha a concepção de que os riscos e perigos advinham das forças da natureza e do comportamento individual das pessoas, mas, nos dias atuais eles surgem da evolução tecnológica, científica e relações consumeristas. A questão do risco transformou-se em tema decisivo para o futuro social, visto que contempla todos os setores da sociedade, dentre eles, a tecnologia e a economia, ordens centrais da contemporaneidade.

---

7 PRONI, Marcelo Weishaupt. **História do Capitalismo**. Unicamp, 1997. p. 12

8 BECK, Ulrich. **Sociedade de Risco, rumo a outra modernidade**. 2ª ed. São Paulo: Editora 34, 2011, p.23.

E, assim, a sociedade é pautada por decisões que se referem relativamente ao futuro que podem apresentar perigos que queremos evitar, acarretando em consequências diferentes das esperadas[9], diante de decisões que são tomadas em condições de incerteza. Logo, os perigos produzidos podem ser imputados às decisões que, se diferentes, poderiam evitá-los[10].

Nesse plano, João Areosa, citando Hespanha e Carapinheiro, expõe que os riscos nem sempre devem ser associados a algo negativo, pois determinado risco pode alcançar vantagens esperadas, mas, por outro lado, isso pressupõe a probabilidade de suportar as desvantagens que podem surgir na atividade de risco[11].

Para Beck, a modernidade pode ser vista como tradicional e reflexiva, as quais são base para a formação do conceito de sociedade de risco. A modernidade tradicional reflete um período onde o desenvolvimento social era baseado na exploração direta do meio ambiente em busca de recursos naturais, onde era possível manter certo padrão de controlabilidade. Nesse primeiro estágio percebe-se que o Estado passa a fomentar o desenvolvimento industrial, onde a sociedade agrária migra para uma sociedade que aposta seu futuro no desenvolvimento científico e tecnológico como o meio de satisfação de todas as demandas sociais.

No segundo estágio, a modernidade passa a ser caracterizada pela falência dos fundamentos da modernidade tradicional, de forma que começa a ser perdida a ideia de controlabilidade e segurança dos processos de exploração de recursos. Esta nova fase a evolução social foi chamada de modernidade reflexiva. Nesse entendimento, Ulrich Beck define que:

> Existem dois momentos distintos da modernização: (a) a modernização simples, que ocorreu durante o período industrial; e (b) a modernização reflexiva, em que o homem começou a admitir os riscos decorrentes dessa evolução. Sob este enfoque, em um primeiro momento (sociedade industrial) ocorreram grandes avanços tecnológicos sem que, no entanto, fossem percebidos todos os riscos e perigos inerentes a estes avanços. Em um segundo mo-

9 GIORGI, Raffaele de. **Entrevista com o professor Raffaele de Giorgi. Poder Judiciário do Estado de Rondônia. Tribunal de Justiça**. Disponível em: <https://tjro.jus.br/noticias/item/3658-entrevista-com-o-professor-raffaele-de-giorgi>. Acesso em: 20/10/2020.

10 GIORGI, Raffaele de. **Direito, Democracia e Risco: Vínculos Com o Futuro**. Safe, 1998. p. 215.

11 AREOSA. João. **Riscos Sociais, tecnologias e acidentes**. Mulemba, 2015. p. 4.

> mento (sociedade de risco), os avanços tecnológicos prosseguiram e foram percebidos pela sociedade, ou seja, há uma autorreflexão dos riscos que decorrem da moderna evolução social[12].

Essa distinção entre as fases da modernidade está relacionada à divisão de riquezas e à produção dos riscos pelo desenvolvimento tecnológico. A modernidade reflexiva alterou os padrões da sociedade, do progresso e dos inerentes riscos.

No entendimento de Pedro Roberto Jacobi, a sociedade é produtora de riscos e se torna progressivamente reflexiva, o que significa deduzir que ela se torna um tema e um problema para si. A sociedade global "reflexiva" se vê obrigada a confrontar-se com aquilo que criou, seja de positivo ou de negativo[13].

Nesse prisma, Beck alerta que natureza e sociedade não podem ser dissociadas, uma vez que a destruição daquela interfere na dinâmica política e econômica desta[14]. Alguns riscos geram um nível mais elevado de desenvolvimento das forças de produção, a exemplo da radioatividade, das substâncias nocivas e tóxicas presentes no ar, na água e nos alimentos.

Destarte, na modernidade avançada, a sociedade em todos os seus setores (econômico, político, família, cultura) não pode ser compreendida de uma forma independente da natureza. Com isso, delineia-se uma nova concepção de segurança, controle, limitação e distribuição das consequências dos danos e ameaças.

Os riscos ligados às práticas atuais podem gerar consequências futuras, pois o futuro abre novas possibilidades, até mesmo institucionalmente organizadas, inerentes às sociedades modernas, e com potencialidade de afetar a todos[15].

Nesse mesmo viés, Juarez Freitas preceitua que contexto atual da sociedade de risco revela o estado de insegurança, de iminente desgraça e riscos pluridimensionais desencadeados pelos efeitos imprevisíveis da

---

12 BECK, Ulrich. **Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade**. 1. ed. Trad. de Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34, 2010. p. 231-232.

13 JACOBI, Pedro Roberto. **Educar na sociedade de risco: o desafio de construir alternativas**. Faculdade de Educação da USP. Revista em Educação Ambiental, 2007. p. 55. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/pea/article/view/30029>. Acesso em: 05/11/2020.

14 ULRICH, BECK. **La Sociedad del Riesgo: Hacia una Nueva Modernidade**. Barcelona: Paidos Ibérica, 2006, p. 89.

15 Ibidi. p. 112.

conduta predatória, cumulada e inconsequente do modelo de produção e consumo da sociedade industrial, com a capacidade de colocar em dúvida o futuro da humanidade e a vida na Terra[16].

O risco e a imprevisibilidade do futuro são resultados de um processo mobilizador de uma sociedade em transformação contínua que, agora, almeja determinar o seu próprio destino, ao invés de confiá-lo às tradições, à religião ou aos fenômenos da natureza[17].

2.2. GLOBALIZAÇÃO E SOCIEDADE TECNOLÓGICA.

Desde as últimas décadas do século passado, a sociedade passou a conviver com uma série de transformações, as quais convergem para o que chamamos de processo de globalização, fenômeno este estudado por distintas ciências, consoante os setores da sociedade em contexto, como Geografia, Ciências Sociais, Economia, Filosofia e História.

Nesse caminho, podemos conceituar a globalização como processo de intensa integração das relações socioespaciais em âmbito mundial, indo além do que eram em outros tempos as relações entre as nações, nos mais diversos domínios[18], operacionalizada pela interligação entre as diferentes partes planeta, envolvendo não só serviços, mas também, transferência de tecnologia, informação e conhecimento[19].

Infere-se da globalização dois processos paralelos. Em um lado temos a produção de uma materialidade, isto é, condições materiais que envolvem a sociedade e que formam o alicerce da produção econômica, dos transportes e das comunicações. No outro lado observamos novas relações sociais entre países, classes e pessoas[20], visto que o progresso nos sistemas de transporte e comunicação implicou na consolidação da globalização atual e proporcionou tamanha integração onde tudo parece estar mais próximo.

16 FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade: direito ao futuro**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011. p. 27.

17 GIDDENS, Anthony. **Em defesa da Sociologia: ensaios, interpretações e tréplicas**. São Paulo. Univesp, 2001. p. 311-315.

18 SANTOS, Boaventura de Souza. **A Iilusória "Desglobalização"**. Disponível em: https://outraspalavras.net/geopoliticaeguerra/boaventura-a-ilusoria-desglobalizacao/. Acesso em: 23/10/2020.

19 CARDOSO, Gustavo. CASTELLS, Manuel. *et al.* **A Sociedade em Rede. Do Conhecimento à Ação Política**. Imprensa Nacional – Casa da Moeda, 2005**.** p. 392

20 SANTOS, Milton. **Por uma outra globalização. Do pensamento único à consciência universal**. 6ª ed. Record. Rio de janeiro, 2001. p. 65.

O processo de globalização vai evoluindo gradativamente e incrementando substanciais transformações na sociedade. Nesse contexto, são visíveis os benefícios trazidos por equipamentos eletrônicos, como computadores e celulares sofisticados, bem como a internet e uma maior evolução nos meios de transporte, o que propicia um intercâmbio de práticas e culturas entre os mais diversos países, aproximando os povos.

Por outro lado, a globalização é considerada responsável pelo aumento da desigualdade social, a partir do momento em que o maior quantitativo poder e de renda encontra-se nas mãos de poucos, o que liga a questão às contradições do capitalismo.

Nesse sentido, Bauman afirma que:

> A globalização deu mais oportunidades aos extremamente ricos de ganhar dinheiro mais rápido. Esses indivíduos utilizam a mais recente tecnologia para movimentar largas somas de dinheiro mundo afora com extrema rapidez e especular com eficiência cada vez maior[21].

Desta forma, a sociedade atual é marcada pela concentração de riqueza, pelo consequente afastamento e controle das relações sociais. Assim, a globalização econômica hegemônica não só aumentou a concentração de riqueza, como também gerou um novo nível de miséria[22], visto que nenhum indivíduo é capaz de ficar imune aos efeitos da globalização, pois, a sociedade global trouxe avanços, mas trouxe também riscos, inseguranças, estabilidade e instabilidade[23].

Maria Irene da Fonseca e Sá citando José Saramago, diz que a globalização é, na verdade, um totalitarismo *soft*, de forma que, nos promete tudo, vende-nos a sua felicidade e cria necessidades que não tínhamos, sendo um meio de controle político[24].

---

21 BAUMAN, Zygmunt. **Globalização: As Consequências Humanas**. Tradução de Marcus Penchel. Zahar. Rio de Janeiro, 1999. p. 79.

22 FARIA, José Eduardo. **O direito na economia globalizada**. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 251-252.

23 ROBALDO, José Carlos de Oliveira. VIEIRA, Vanderson Roberto. **A sociedade de risco e a dogmática penal**. São Paulo: IBCCRIM, 2002. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/a-sociedade-do-risco-e-a-dogmatica-penal/>. Acesso em: 05/11/2020.

24 SÁ, Maria Irene da Fonseca e. **José Saramago: Um olhar sobre a globalização e a sociedade da informação**. Jistem, Brazil. Vol. 13, 2016. p. 316.

Alguns defendem que a globalização é extremamente danosa em alguns países no que se refere à sua soberania, sua organização social e sua cultura, em suas muitas manifestações, alterando suas características tradicionais, pois enfraquece o poder nacional frente ao poder econômico globalizado. Nesta compreensão, Zaffaroni opina no sentido de que "*existe un poder económico globalizado, pero no existe una sociedade global ni tampouco organizaciones intencionales flertes y menos aún estado global*"[25].

Destarte, a globalização é um tema complexo, diante de aspectos e características que ganham diferentes contornos a depender do setor e do local em que se manifesta. Por isso, é um fenômeno social que não pode ser considerado linear, pois sua intensidade depende da região onde ela se estabelece. O que se sabe é que mundo está inserido em uma ampla e caótica relação entre as mais diversas culturas.

Esse processo, em que o ser humano se vê cercado de dependências externas, repercute diretamente no bem estar individual e coletivo[26], diante dos reflexos advindos do surgimento de uma nova dinâmica sócio-tecnológica globalizada. O efeito que se conjectura é a instabilidade no tempo e no espaço dos riscos atuais com os quais a sociedade convive. Isto é, as repercussões de uma conduta ocorrida hoje, podem gerar consequências que podem se prolongar no tempo e atingir locais distantes, o que fundamenta a constante sensação de incertezas e insegurança.

2.3. OS RISCOS TECNOLÓGICOS E SEUS REFLEXOS PENAIS: A EXPANSÃO DO CONTROLE ESTATAL PELA VIA PENAL

Segundo Beck, os riscos sempre estiveram presentes na sociedade. Porém, na sociedade atual do risco, a concepção de novos riscos está agregada às consequências e efeitos imediatos das atividades humanas[27]. A integração e padronização inerentes ao processo de globalização geraram uma crise nas instituições, a exemplo, o ordenamento criminal, que se depara com uma nova realidade imersa em uma constante sensação de insegurança advinda da produção social de riscos.

25 ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **La globalización y las actuales orientaciones de la política criminal**. **Direito e Cidadania**, Praia, Cabo Verde, 2000. p. 75.

26 SÁNCHEZ, Jesus-Maria Silva. A **expansão do direito penal. Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2002. p. 28.

27 BECK, Ulrich. Sociedade de Risco, p. 31.

Consoante Klaus Schwab, estamos vivenciando uma quarta revolução industrial[28] que se fundamenta em três fatores. O primeiro diz respeito à velocidade com que as mudanças acontecem, visto que vivemos extremamente interconectados, de forma que as novas tecnologias de uma área avançam e acabam por viabilizar e beneficiar as tecnologias de outras áreas, criando círculo acelerado de progresso tecnológico. O segundo fator é atribuído à amplitude e à profundidade das mudanças, onde muitos paradigmas estão sendo quebrados devido à tecnologia inserida na sociedade, modificando o que fazemos e como fazemos, produzindo inovações surpreendentes em alta frequência. E o terceiro fator abrange uma visão integral dessa revolução, tratando do impacto sistêmico percebido na transformação de processos inteiros em países ou entre países, na sociedade, nas organizações e nas pessoas[29].

Cumpre destacar ainda que, conforme Simão Filho e Pereira, a evolução observada com o surgimento da internet, do desenvolvimento da computação, do software e das comunicações, em paralelo aos avanços na organização social, possui relevância para ser compreendida como uma revolução industrial[30].

A estrutura das relações sociais está modificada por elementos escritos, sonoros, visuais ou mídias de diversas naturezas, que se convertem em dados que viajam pelo mundo na velocidade de um clique[31], transformando a sociedade em uma verdadeira sociedade da informação[32]. A tecnologia da informação entregou à sociedade grandes progressos, mas, apesar de diminuir as distâncias e agilizar a comunicação, também abriu um campo amplo para a prática de crimes.

O exponencial avanço da internet e das demais tecnologias de informação conectaram os quatro cantos do mundo, tornando a sociedade mais dependente da informática, expondo aí sua maior vulnerabilidade. A utilização inadequada dos computadores tornou-se uma verdadeira

28 SCHWAB, Klaus. **A Quarta Revolução Industrial**. Tradução de Daniel Moreira Miranda. 1ª ed. Edipro. São Paulo, 2016. p. 23.

29 Ibidi. p. 13.

30 SIMÃO, Adalberto F. PEREIRA, Sergio **Luiz. A Empresa Ética em Ambiente Ecoeconômico**: **a contribuição da empresa e da tecnologia da automação para o desenvolvimento sustentável inclusivo**. São Paulo: Quartier Latin, 2014. p. 55-59.

31 SIMÃO, Adalberto F. FERNANDES, Aguinaldo A. et al. **Automação e Sociedade**. Brasport. Rio de janeiro, 2018. p. 136.

32 Ibidi p. 136.

ameaça, acarretando a necessidade de substancial importância de proteção dos sistemas digitais e das informações privadas de seus usuários.

Beck alerta que a sociedade da informação também é a sociedade de risco, ao se referir ao período atual em que a sociedade não mais consegue determinar os riscos do seu próprio progresso, atingindo bens jurídicos individuais e coletivos[33].

Neste novo campo, as infrações penais praticadas através do meio digital, passaram a ser chamadas de cibercrimes[34]. Os cibercrimes identificam a criminalidade associada à internet, englobando todas as práticas ilícitas possíveis no meio digital. A expressão cibercrime ganhou corpo no final da década de 1990 em reunião de nações componentes do G8, quando a internet ganhava espaço nos países norte-americanos.

Posteriormente, em 2001, o Conselho da Europa, reuniu-se em Budapeste para organizar a Convenção sobre o cibercrime[35]. Deste encontro resultaram destacados três pontos: 1) a ligação das tecnologias da informação a todos os aspectos da atividade humana; 2) a necessidade de medidas técnicas de proteção aos sistemas de informática que estão relacionados a medidas jurídicas de prevenção e dissuasão da delinquência; e, 3) a necessidade de se respeitar os direitos do homem na nova sociedade da informação.

Consoante Manuel Castells, esta seria a "era da informação", tempos de uma nova sociedade emergente na cultura do terceiro milênio, a "sociedade informacional", na qual se evidencia a associação de uma série de inovações institucionais, tecnológicas, organizacionais, econô-

33 BECK, Ulrich. **A sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade**. São Paulo: Editora 34, 2010. p. 25.

34 O termo cibercrime (cybercrime em inglês) originou-se na cidade de Lyon, na França, posteriormente à reunião de um subgrupo das nações do G8 no final da década de 1990. Foram debatidos neste encontro os crimes promovidos por dispositivos eletrônicos conectados à internet. O termo foi utilizado para informar amplamente as formas de crimes cometidos por meio da internet, tendo essa reunião sido utilizada exatamente para estipular as maneiras e os métodos utilizados para combater as práticas ilícitas da internet. No que diz respeito à conceituação, cibercrime é a atividade criminosa ligada diretamente a qualquer ação ou prática ilícita na Internet. Esse crime consiste em fraudar a segurança de computadores, sistema de comunicação e redes corporativas. Assim, o crime na internet, ou cibercrime, nada mais é do que uma conduta ilegal realizada por meio do uso da internet.

35 BRASIL. Ministério Público Federal. **Convenção sobre o Cibercrime**. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/sci-en/rules-and-legislation/legislacao/legislacoes-pertinentes-do-brasil/docs_legislacao/convencao_cibercrime.pdf>. Acesso em: 20/08/2020.

micas, políticas e sociais, de onde a informação e o conhecimento passam a desempenhar papel estratégico[36].

Todo esse processo de desenvolvimento tecnológico entrega à sociedade inúmeros benefícios, como já mencionado. Mas, por outro lado, a sociedade contemporânea acaba por perder a sua capacidade de manter suas bases sólidas frente ao avanço tecnológico-científico, o que acarreta uma instabilidade em suas formas sociais.

Nesse sentido, os ensinamentos do sociólogo Zygmunt Bauman revelam uma ideia essencial na concepção do quadro atual, onde o mundo passa por uma ultramodernidade, a qual ele define como "modernidade líquida", tamanha a fluidez das instituições, a inconstância das relações e a insegurança generalizada. Nesta época em que vivemos, as relações sociais, econômicas e de produção, são frágeis e flexíveis, o que lembra a estrutura física dos líquidos[37]. Isto é, as formas sólidas do capitalismo dão lugar a formas mais leves, fluídas e flexíveis. Consoante o pensamento baumaniano, o avanço crescente da criminalidade e da insegurança seriam efeitos necessários dos costumes e comportamentos da sociedade de consumo[38].

Derivada da concepção de uma modernidade líquida, e com base na expansão tecnológica que agregou maiores possibilidades de controle e vigilância, Bauman desenvolveu o conceito da vigilância líquida ou, ainda, a ideia de um período pós-panóptico para explicar a sociedade contemporânea. Neste cenário, aparelhos modernos de vigilância são implantados em ambientes públicos e privados, em prol das demandas de segurança, onde as pessoas são vigiadas quase que em tempo integral. Estejam onde estiverem, sem saber quem ou o quê, câmeras irão captar seus movimentos e ferramentas sofisticadas à disposição de empresas de tecnologia irão armazenar e manipular dados pessoais com fins diversos daqueles inicialmente autorizados[39].

O modelo do panóptico não estaria presente só na prisão, mas também em diversos ambientes da sociedade, como escolas, hospitais, fábricas etc. Foucault chamou esse modelo de "sociedade disciplinar"[40],

---

36 CASTELLS, Manuel. **A galáxia da Internet: Reflexões sobre Internet, Negócios e Sociedade**. Rio de Janeiro. Editora Zahar. p. 251.

37 BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade Líquida**. Rio de janeiro. Zahar, 2005.

38 BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade Líquida**. Tradução de Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

39 BAUMAN, Zygmunt. **Vigilância Líquida**. Rio de janeiro. Zahar, 2013. p. 6.

40 FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**. Tradução de Raquel Ramalhete. 20ª ed. Vozes, Petrópolis, 1999. p. 218.

pois tinha o objetivo de moldar a sociedade consoante os interesses do poder maior.

E assim, surge a ideia de pós-panóptico, onde Bauman vai basear seu conceito de vigilância líquida, visto que não existe mais a necessidade de um olhar central para nos sentirmos vigiados a cada movimento. Sendo assim, valores como a privacidade e a intimidade já não são mais tão sólidos como em outros tempos. Nesse plano, questões como o anonimato e a exposição são frequentemente discutidas justamente por serem carregadas de instabilidades e flexibilidades, advindas de uma vigilância líquida.

O considerável aumento de cibercrimes e demais delitos ligados ao desenvolvimento tecnológico[41] é motivo de preocupação internacional e concebido como um grande problema da sociedade de risco, acarretando na busca por soluções que combatam suas origens e consequências.

Outro aspecto a se observar é o fato de ser difícil a obtenção de materialidade de tais crimes, visto que os dados e informações são inconstantes e podem estar divididos em diversos locais, sendo facilmente modificados ou excluídos.

E também, um problema que dificulta a investigação preliminar consiste na determinação de tempo e local do crime, fator necessário para a determinação da competência jurisdicional[42], consoante o Código de Processo Penal vigente. Cumpre ressaltar também a elevada presença da chamada cifra negra do Direito Penal presente nos crimes digitais[43], onde as vítimas não fazem a devida comunicação do delito para evitar a exposição de suas vulnerabilidades.

Consoante Vladimir Aras:

> A criminalidade informática, fenômeno surgido no final do século XX, designa todas as formas de conduta ilegais realizadas mediante a utilização de um computador, conectado ou não a uma rede, que vão desde a manipulação de caixas bancários à pirataria de programas de computador, passando por abusos nos sistemas de telecomunicação. Todas essas condutas revelam "uma vulnerabilidade que os criadores desses processos não haviam previsto e

41 KUNRATH, Cristina. **A Expansão da Criminalidade no Cyberespaço**. Universidade Estadual de Feira de Santana, 2017. p. 27.

42 BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del-3689compilado.htm>. Acesso em: 22/08/2020.

43 ZAFFARONI, Eugenio Raul. **O Inimigo no Direito Penal.** Rio de Janeiro: Revan/ICC, 2007. p. 75.

> que careciam de uma proteção imediata, não somente através de novas estratégias de segurança no seu emprego, mas também de novas formas de controle e incriminação das condutas lesivas[44].

Há de se ressaltar que o tipo de criminoso que pratica tais delitos geralmente passa despercebido em meio à população, pois costuma não chamar a atenção nas suas ações. Os instrumentos modernos de comunicação cada vez mais vão sendo inseridos na metodologia dos criminosos, impondo dificuldades na obtenção de dados essenciais para a investigação e elucidação dos delitos. O crescimento de aplicativos de mensagens e que também possibilitam ligações telefônicas pela internet, fez com que as pessoas diminuíssem consideravelmente o uso da telefonia convencional, fato este que atinge diretamente uma das principais formas de investigação criminal no combate à criminalidade organizada, a interceptação telefônica.

Desta forma, os modernos aparelhos celulares, chamados smarthphones, tornaram-se instrumentos muito utilizados nas práticas criminosas e, assim, viraram objetos de interesse investigativo.

Segundo levantamento feito pelo FGVcia (Centro de Tecnologia de Informação Aplicada da Escola de Administração de Empresas de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas (FGV-EAESP), e divulgado no dia 04/06/2020, o Brasil possui 424 milhões de dispositivos digitais, entre computadores de mesa, notebooks, tablets e smartphones, ou em média, quase dois dispositivos digitais por pessoa. Desse montante, 234 milhões são smarthphones[45].

Nesse contexto tecnológico que atinge e vence os limites da imaginação, ao ponto que muitas tecnologias atuais só eram vistas em produções cinematográficas de ficção, surgem os drones, equipamentos modernos que vêm ganhando destaque tamanha sua capacidade e recursos carregados.

Tratam-se de veículos aéreos não tripulados (VANTs) ou também conhecidos como Aeronaves Remotamente Pilotadas. O Exército Americano define oficialmente o drone como um veículo terrestre, naval ou aeronáutico, comandado à distância ou de forma automática[46].

---

44 ARAS, Vladimir. **Crimes de informática: uma nova criminalidade**. Jus Navigandi, Teresina, ano 5, n. 51, out. 2001. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/2250/crimes-de-informatica>. Acesso em: 25/08/2020.

45 Disponível em: <http://www.agenciatelebrasil.org.br/Noticias/Brasil-soma-234-milhoes-de-smartphones-ativos-563.html?UserActiveTemplate=site&UserActiveTemplate=mobile>. Acesso em: 07/07/2020.

46 CHAMAYOU, Grégoire. **Teoria do Drone**. Tradução de Célia Euvaldo. São Paulo, 2015. p. 19.

A eficácia associada ao poder de alcance e de combate fez com que os drones se espalhassem pelo mundo, sendo utilizados por forças militares de diversos países em atividades de espionagem, ataques e rastreamento[47], bem como por forças de segurança pública no enfrentamento à criminalidade e manutenção da ordem social.

Por outro lado, já existem diversos casos em que esses equipamentos foram utilizados para transportar drogas[48] e aparelhos celulares[49] para dentro das instalações de casas prisionais. A utilização dos drones já abrange uma variedade de setores, desde o controle e fiscalização do espaço aéreo, marítimo e terrestre, ao monitoramento ambiental e de trânsito, busca e salvamento, cinema, reportagens e cobertura de eventos.

Não se pode negar que a capacidade tecnológica dos drones pode ir além do uso recreativo ou profissional, pois, sendo um equipamento que pode conter avançados recursos de captura de áudio, imagens e vídeos, poderá ser utilizado como uma verdadeira máquina de espionagem. Desta forma, imagina-se a utilização desses equipamentos para violar a intimidade e privacidade dos indivíduos, direitos estes tão essenciais à dignidade da pessoa humana.

Por ser um equipamento que pode cobrir grandes distâncias e captar imagens e vídeos de alta resolução, também estão sendo usados nas atividades ostensivas e investigativas da polícia[50], visando agregar eficiência ao trabalho das forças de segurança.

E, neste caminho, observa-se que o Estado, ao buscar ferramentas para combater os novos riscos, também poderá ser criador de riscos e consequentemente, ser violador de direitos fundamentais ao se utilizar de recursos tecnológicos para subsidiar as investigações criminais.

Tal constatação é amparada pelas diversas medidas de cunho tecnológico já existentes outorgadas pelo legislador, dentre elas, a inter-

---

47 BAUMAN, Zygmunt. LYON, David. **Vigilância Líquida. Diálogos com David Lyon**. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Editora Zahar. p.18.

48 Drone é interceptado levando mais de 2 quilos de drogas ao Presídio Central. Disponível em: https://www.jornalnh.com.br/noticias/rio_grande_do_sul/2019/11/27/drone-e-interceptado-levando-mais-de-2-quilos-de-drogas-ao-presidio-central.html. Acesso em: 09/07/2020.

49 Drone é apreendido ao sobrevoar presídio com três celulares. Disponível em: <https://www.metropoles.com/brasil/drone-e-apreendido-ao-sobrevoar-presidio-com-tres-celulares>. Acesso em: 09/07/2020.

50 **Polícia Militar de Piracicaba passa a usar drone para operações e ações preventivas**. Disponível em: <https://g1.globo.com/sp/piracicaba-regiao/noticia/2020/01/10/policia-militar-de-piracicaba-passa-a-usar-drone-para-operacoes-e-acoes-preventivas.ghtml>. Acesso em: 10/07/2020.

ceptação telefônica, a busca e apreensão de computadores e celulares, o acesso a dados cadastrais sem a necessidade de autorização judicial[51], medidas estas altamente invasivas à garantia da privacidade e intimidade das pessoas, devendo ser autorizadas somente em casos de ameaça aos valores constitucionais[52].

Logo, nesse contexto exposto de mitigação das garantias constitucionais em nome da busca por instrumentos para o enfrentamento dos riscos modernos, a utilização de drones nas atividades investigativas terá a mesma, ou ainda maior, capacidade de violar os direitos fundamentais dos indivíduos.

Ainda no que tange à tecnologia dos drones, Bauman alerta que eles estão cada vez menores, reduzidos ao tamanho de pássaros e insetos. Esta nova geração será mais invasiva no alcance de seus dispositivos de vigilância e serão invisíveis, tornando tudo mais exposto.

Nesse sentido, Bauman:

> Os drones da próxima geração poderão ver tudo, ao mesmo tempo em que permanecem confortavelmente invisíveis – em termos literais e metafóricos. Não haverá abrigo impossível de espionar – para ninguém. Até os técnicos que operam os drones vão renunciar ao controle de seus movimentos, e assim se tornarão incapazes, embora fortemente pressionados, de isentar qualquer objeto da chance de ser vigiado; os "novos e aperfeiçoados" drones serão programados para voar por si próprios, seguindo itinerários de sua própria escolha, no momento em que decidirem. O céu é o limite para as informações que irão fornecer, uma vez postos a operar na quantidade planejada[53].

Percebe-se então a necessidade de uma melhor regulamentação e fiscalização no uso destes dispositivos tecnológicos. Pois, a investigação criminal, mecanismo essencial para o sistema penal, deve manter-se atualizada e adequada, sendo o uso de drones para técnicas investigatórias, um importante recurso frente às demandas da criminalidade moderna.

---

51 MAYA, André Machado. **O Processo Penal na Sociedade de Risco: A Persecução Penal entre os Ideais de Liberdade e Segurança**. Revista de Direito Penal, Processo Penal e Constituição, 2017. p. 106.

52 STRECK, Lênio Luiz. **As Interceptações Telefônicas e os Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 57.

53 Ibidi. p.19.

3. EXPANSÃO PENAL

Na sociedade hodierna, o clamor por segurança tem sido uma constante, o que explica modelos normativos rígidos e inflexíveis. O Direito, como um todo, estabelece normas que visam o controle social. Mas em particular, o Direito Penal, tem função vital no processo de manutenção da ordem social, preceituando limites à conduta humana, cuja transgressão invoca o poder sancionador do Estado.

A sociedade convive com evoluções e revoluções e a busca por maior segurança, frente à manifestação de novos riscos ligados ao desenvolvimento tecnológico, bem como o incremento de outros perigos já sabidos, mas agora potencializados no complexo contexto das relações sociais, fundamentam a expansão penal[54].

O Estado expande seu controle punitivo e, por meio do Direito Penal, material e adjetivo, busca ser efetivo, abrangendo setores da sociedade até então estranhos à tutela penal, como o meio ambiente, a economia, as relações de consumo, a manipulação genética, o mundo virtual da internet, dentre outros campos.

Nesse raciocínio, Zaffaroni e Pierangeli afirmam que:

> A efetividade do direito penal é a sua capacidade para desempenhar a função que lhe incumbe no atual estágio de nossa cultura. (...) Um direito penal que não tenha esta capacidade será não efetivo e gerará tensões sociais e conflitos que acabarão destruindo sua eficácia[55].

Assim, o Estado precisa corresponder às demandas da sociedade, consolidando a ideia de que o Direito Penal deve ser efetivo para não ficar reduzido a um mero exercício de poder estatal. Este ramo do direito é frequentemente invocado como solução final dos novos e antigos problemas sociais, pois a tutela punitiva tecnológica[56] é tema que ainda possui muito a ser explorado, visto que grande parte das atividades rotineiras pode ser realizada por meio de computadores e a internet.

---

54 MAYA, André Machado. **O Processo Penal na Sociedade de Risco: A Persecução Penal entre os Ideais de Liberdade e Segurança**. Revista de Direito Penal, Processo Penal e Constituição, 2017. p. 98.

55 ZAFFARONI, Eugenio Rául. PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**. Parte Geral, p. 348.

56 BARROS, Marco Antonio de. **Tutela Punitiva Tecnológica**. O Direito na Sociedade da Informação. Atlas. São Paulo, 2007. p. 275.

Para Diéz Ripollés, o debate acerca do Direito Penal na sociedade de risco pressupõe um conjunto de realidades sociais que podem, de forma sucinta, ser resumidas em três blocos, quais sejam: a) a generalização na sociedade moderna de novos riscos afeta grandes grupos, isto é, novas atividades humanas que geram riscos colaterais devido a implementação de novas tecnologias; b) esses riscos são de difícil previsão e geralmente se originam de falhas no conhecimento ou no gerenciamento de novas capacidades técnicas, sendo muito difícil atribuir a responsabilidade por esses riscos a certas pessoas ou grupos, pois, muitas vezes, as atividades geradoras de riscos são conectadas e isso torna difícil até mesmo a identificação de quem está no controle de determinado risco e; c) o sentimento de insegurança tomou conta da sociedade, onde os referidos riscos alimentam as coberturas midiáticas com reportagens sensacionalistas, associado à dificuldade das pessoas em lidar com toda essa mudança tecnológica, a qual acaba por reduzir significativamente o senso de solidariedade coletiva.

Em síntese, todo esse conjunto de fatores implica em intervenções estatais visando controlar tais riscos e amenizar a sensação de insegurança[57], em detrimento de liberdades individuais, onde a expansão do controle penal fundamenta-se no surgimento de novos bens jurídico-penais, na ampliação dos espaços de risco penalmente relevante, na flexibilização de regras de imputação, bem como na relativização dos princípios de política criminal.

Tal cenário destaca um Direito Penal mais quantitativo e qualificativo, afastando-se de seus princípios pautados na intervenção mínima, fundamento do modelo garantista, em face de uma constante demanda social por mais proteção, característica da sociedade das últimas décadas[58].

O resultado desta fórmula é, segundo Ripollés, um Direito Penal abalizado pelo incremento de novas tipificações de condutas que atentam contra novos bens jurídicos de natureza coletiva, tendo destaque os delitos de perigo abstrato em detrimento de condutas delitivas de resultado, dada a necessidade de uma prevenção penal como meio de evitar o dano[59].

A necessidade impulsiva da prevenção, da tutela antecipada do ordenamento penal, de exercer controle do acaso e das tragédias decor-

57 RIPOLLÉS, José Luis Díez. **De La Sociedad del Riesgo a la Seguridad Ciudadana**: Un Debate Desenfocado. p. 3-4.

58 MAYA, André Machado. **O Processo Penal na Sociedade de Risco: A Persecução Penal entre os Ideais de Liberdade e Segurança**. Revista de Direito Penal, Processo Penal e Constituição, 2017. p. 99-100.

59 DIEZ RIPOLLÉS, José Luis. **De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: un debate desenfocado**. Revista electrónica de ciência penal y criminologia. nº 7, 2005, p. 5.

rentes de inúmeros riscos inerentes à sociedade atual, obriga o legislador a tipificar como penalmente relevante o mero comportamento, não importando o resultado de perigo ou de lesão.

A partir do momento em que o Direito Penal passa a dar maior importância para os interesses difusos, surge a dificuldade em delimitar os sujeitos passivos de cada conduta delituosa. A título de exemplo, ao estender proteção ao meio ambiente, é difícil delimitar quem teria seus interesses lesados. Ao tratar sobre os fenômenos sociais que corroboram para a expansão penal, Silva Sanchez ensina que:

> A proteção penal do meio ambiente é um dos exemplos mais claros dessa tendência. Na verdade, poucos provavelmente negarão que a proteção do meio ambiente deve ser um dos princípios organizadores fundamentais de nossa civilização, se não o básico. Certamente o meio ambiente constitui o "contexto" por excelência dos bens pessoal do mais alto valor. Portanto, o Sistema Legal como um todo, enfrenta um desafio essencial, na linha de garantir o que alguns caracterizam como "desenvolvimento sustentável. No entanto, é precipitado colocar a lei criminal em a vanguarda da "gestão" do problema ecológico em sua totalidade[60].

Desta forma, a criação de tipos penais de perigo abstrato facilitaria a repressão de condutas, justamente por dispensar qualquer resultado concreto para a verificação do tipo objetivo. Destarte, é possível compreender que o Direito Penal sofre forte influência da sociedade contemporânea, implicando diretamente na tipificação dos delitos de perigo abstrato.

Assim sendo, impõem-se significativas mudanças no sistema de responsabilização, flexibilizando garantias materiais e processuais, em nome de maior efetividade da intervenção penal, a qual pode ser exemplificada a crescente opção por tipos penais em branco tendentes a seguir os movimentos políticos[61], a forte inclinação pela política da tolerância zero, o aumento de leis de emergência e de leis de viés securitário[62].

---

60 SILVA SANCHEZ, Jesús-Maria. **La Expansión del Drecho Penal. Aspectos de la política criminal em las sociedades posindustriales**. 2ª ed. Civitas, Madrid, 2001. p. 122.

61 SILVA, Pablo Rodrigo Aflen da. **A problemática das leis penais em branco face ao Direito Penal do Risco**. Direito em revista. Revista de divulgação científica da ULBRA/SÃO JERÔNIMO. Porto Alegre, v. 2, nº 1, 2003.

62 FARIA COSTA, José de. **Direito Penal e globalização: reflexões não locais e pouco globais**. Coimbra editora: Coimbra, 2010. p. 60.

Ainda, considerando o conceito de lei penal em branco, diante dos complexos setores que demandam a tutela penal, Pablo Rodrigo Alflen da Silva destaca o seguinte:

> Mas diante deste panorama conflitante e em razão do emprego excessivo de leis penais em branco na maior parte das legislações, torna-se insustentável o fato de que desde a sua noção e sua legitimidade até suas consequências permaneçam incertas, uma vez que os problemas resultantes da moderna sociedade do risco tendem a fazer com que se amplie mais o emprego desta técnica, ao mesmo tempo em que objetivam a redução das garantias jurídico-penais[63].

Entretanto, não é possível renunciar o uso da técnica das normas penais em branco, visto ser impossível que uma lei contemple a infinita variedade dos fatos da vida. Ressalta-se, contudo, que a norma penal em branco, em tese, evitaria a demanda legislativa no sentido de atualizar as normas penais e adaptá-las às rápidas evoluções sociais e seus complexos problemas.

Segundo Gabriel Ignacio Anitua, a sociedade de risco fundamenta-se em novos riscos inerentes ao desenvolvimento tecnológico, mas também não abandona a manutenção dos "antigos" riscos com novas tentativas legitimadoras. Estes dois tipos de riscos têm relação com a atual expansão do Direito Penal[64].

A ampliação frequente do *jus puniendi* é produzida por meio da tipificação de novas condutas e a mitigação das garantias e limites no que diz respeito à repressão daquelas condutas clássicas, oriundas da proteção à vida. Por esse motivo, fala-se em Direito Penal do risco, bem como do risco no processo penal[65].

Conforme pontua Silva Sánchez, a sociedade de risco é uma nova realidade que se instalou no mundo moderno, influenciando o Direito, notadamente o Direito Penal e o Processual Penal. Com o aparecimento de meios tecnológicos, como a internet e, sua acelerada propagação de informação, e, ainda os avanços na ciência, possibilitou-se a prática de

63 SILVA, Pablo Rodrigo Aflen da. **Leis penais em branco e o direito penal do risco: aspectos críticos e fundamentais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 89.

64 ANITUA, Gabriel Ignacio. **Histórias dos Pensamentos Criminológicos**. Tradução de Sérgio Lamarão. Revan. Rio de Janeiro, 2007. p. 831.

65 GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Risco e processo penal: uma análise a partir dos direitos fundamentais do acusado**. Salvador: Editora JusPodvm, 2009.

novas condutas, que antes eram tidas como impossíveis, ou inexistentes e, a necessária utilização de instrumentos processuais novos[66].

Sobre a expansão penal, Silva Sánchez adverte que:

> Não é nada difícil constatar a existência de uma tendência claramente dominante em todas as legislações no sentido da introdução de novos tipos penais, assim como um agravamento dos já existentes, que se pode encaixar no marco geral da restrição, ou a "reinterpretação" das garantias clássicas do Direito Penal substantivo e do Direito Processual Penal. A criação de novos "bens jurídico-penais", ampliação dos espaços de riscos jurídicos-penalmente relevante, flexibilização das regras de imputação e relativização dos princípios político-criminais de garantia não seriam mais do que aspectos dessa tendência geral, à qual cabe referir-se com o termo "expansão"[67].

Como efeito da sociedade globalizada de riscos, ocorre a produção intensa de tipos penais, não só no Brasil, mas também em âmbito mundial, objetivando a proteção de bens jurídicos socialmente relevantes, como o meio ambiente, a saúde pública e o espaço digital. Desta forma, tem-se a criação das mais variadas tipificações, bem como o agravamento das sanções dos delitos já tipificados ou a supressão e mitigação de garantias no âmbito processual e de execução penal, creditando ao Direito Penal a solução para todos os problemas sociais[68].

Deste modo, o Direito Penal atual modifica-se, afastando-se de sua finalidade precípua de impedir lesões a bens jurídicos essenciais, e assume a função de assegurar a previsibilidade de existência da sociedade. Assim o faz ao abarcar a técnica dos tipos de perigo abstrato, antecipando a resposta diante da insegurança.

Se assim considerarmos, em primeiro momento, seria possível deduzir que os crimes de perigo abstrato não estão em consonância com o princípio da lesividade, tendo em vista que não se opera um dano efetivo para os bens jurídicos. Neste entendimento, Mendonza Buergo adverte que:

---

66 SILVA SÁNCHEZ, Jésus-María. **A expansão do direito penal**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2011. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2011. p. 36.

67 Ibidi. p. 28.

68 SOUZA, Luciano Anderson de. **Expansão do Direito Penal e Globalização**. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

> A presunção ou generalização do ônus do perigo ao interesse protegido acarreta óbvios problemas de legitimidade, que podem ser sintetizados no conflito com os princípios do dano e da culpabilidade por falta de resultado material, que ocorre na imposição de uma pena para fatos que individualmente não mostram um perigo suficiente pelo qual o autor pode ser responsabilizado, desviando-se, assim do princípio da proporcionalidade[69]. (Tradução nossa).

A proporção simbólica da proteção do futuro e da existência humana situa-se na precedência da intervenção punitiva. Como resultado, a prevenção assume posição de destaque na política de segurança do Estado, acarretando uma cultura preventiva relacionada à administração dos riscos.

Nesse sentido Pierpaolo Cruz Bottini leciona que os demais meios de controle social encontram dificuldade em lidar com os novos riscos e isso acaba por transferir ao Direito Penal essa tarefa, o que nem sempre é o caminho mais adequado e racional, haja vista a expansão do ordenamento criminal[70].

O avanço tecnológico provocou profunda transformação da criminalidade que aparece cada vez mais conectada com atividades lícitas, dificultando sua visibilidade. Destarte, não se pode compartilhar da ideia desenvolvida pela Escola de Frankfurt, a qual defende que o Direito Penal deve intervir apenas na tutela de bens jurídicos clássicos, considerados indispensáveis para a vida em comum, como a vida, a saúde e a propriedade[71].

O Direito Penal deve adaptar-se às mudanças sociais, como é possível observar na afirmação de Claus Roxin, o qual leciona que em cada período histórico da sociedade existem elementos imperiosos para a vida em comunidade, os quais se traduzem numa série de condições essenciais que devem ser consideradas bens jurídicos merecedores de tutela penal[72].

Diante da concepção de bens transindividuais, os quais podem ser entendidos como um grande conjunto que engloba interesses difusos

---

69 BUERGO, Blanca Mendoza. **El Derecho Penal em la SociedaddelRiesgo**. Civitas, Madrid, 2001. p. 80.

70 BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes de perigo abstrato e princípio da precaução na sociedade de risco**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p.208.

71 BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes de perigo abstrato e princípio da precaução na sociedade de risco**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 98.

72 ROXIN apud NEVES, Sheilla Maria da Graça Coitinho das. **A tutela penal dos bens jurídicos supraindividuais: um desafio da pós-modernidade**. Disponível em: < https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/a-tutela-penal-dos-bens-juridicos-supra-individuais-um-desafio-da-pos-modernidade/>. Acesso em: 22/11/2020.

e coletivos, ganha destaque e demanda pela tutela estatal na sociedade de risco frente à falta de consenso e equilíbrio entre a função garantista negativa e a função garantista positiva, gerando, assim, implicações na atividade legislativa penal. A doutrina penalista liberal que não coaduna com a tutela penal além dos bens individuais, encontra seus opositores naqueles que pregam um Direito Penal organizativo, atento à realidade social, defendendo, portanto, a função garantista positiva do ordenamento penal e a consequente necessidade de tutela de bens jurídicos transindividuais diante da proibição de proteção insuficiente[73].

O garantismo positivo surge do conceito de proporcionalidade, complementando o já conhecido garantismo negativo, sendo este aquele que dá ao indivíduo a proteção contra intervenções desnecessárias por parte do Estado nas garantias individuais. O garantismo positivo, por sua vez, veda a proteção insuficiente, impondo ao Estado o dever de atuar na proteção contra agressões aos direitos fundamentais transindividuais, inclusive advindas de terceiros.

Sobre o princípio da proteção insuficiente, o qual visa garantir que o Estado aja de forma eficaz na tutela dos bens jurídicos, Sarlet preleciona que:

> Por outro lado, o Estado – também na esfera penal – poderá frustrar o seu dever de proteção atuando de modo insuficiente (isto é, ficando aquém dos níveis mínimos de proteção constitucionalmente exigidos) ou mesmo deixando de atuar, hipótese, por sua vez, vinculada (pelo menos em boa parte) à problemática das omissões inconstitucionais. É neste sentido que – como contraponto à assim designada proibição de excesso – expressiva doutrina e inclusive jurisprudência tem admitido a existência daquilo que se convencionou batizar de proibição da insuficiência (no sentido de insuficiente implementação dos valores de proteção do Estado e como tradução livre do alemão Untermassverbot). Neste sentido, o princípio da proibição de insuficiência atua como critério para aferição da violação de deveres estatais de proteção e dos correspondentes direitos à proteção[74].

73 STRECK apud SARLET, Ingo Wolfgang. **Constituição, proporcionalidade e direitos fundamentais: o Direito penal entre a proibição de excesso e de insuficiência**. Revista Opinião Jurídica, nº 7, 2006. p. 164.

74 SARLET, Ingo Wolfgang. **Constituição, proporcionalidade e direitos fundamentais: o Direito penal entre a proibição de excesso e de insuficiência**. Revista Opinião Jurídica, nº 7, 2006. p. 178.

A ideia de um garantismo positivo surge numa época em que se exige do Estado a efetividade na proteção aos direitos fundamentais, principalmente dos direitos sociais, salvaguardados no texto constitucional.

Sendo assim, impulsionado pelo clamor social, o legislador populista[75] edita mais e mais leis para que o Direito Penal passe a tutelar bens jurídicos supraindividuais, onde, por meio de normas penais em branco opera na tipificação de crimes de perigo, concreto e abstrato, apoiado por políticas criminais ligadas à finalidade da prevenção. São reações simbólicas à pressão pública.

O resultado que se vislumbra de uma política criminal fundamentada tão somente a um garantismo negativo implicaria em graves efeitos colaterais. Nesse sentido, Alessandro Baratta adverte que a impossibilidade de um determinado grupo exercer de forma aceitável os seus direitos econômicos e sociais é sem dúvidas um grande incentivo para que este grupo seja impulsionado à condição de possível agressor dos direitos das parcelas mais favorecidas da população[76].

O referido autor ainda esclarece que no Estado Democrático de Direito, está-se diante de uma política integral de tutela dos direitos, onde o dever de proteção estatal não é válido somente no sentido clássico (proteção negativa) como limite do sistema punitivo, mas, também, no sentido de uma proteção positiva por parte do Estado[77].

Isso é consequência da evolução do Estado e da função desempenhada pelo Direito dentro das premissas de um constitucionalismo compromissório e social. Sendo assim, não se pode mais defender somente de uma função de proteção negativa, pois o Estado pois este deve alinhar-se às novas realidades e dar resposta para as necessidades de segurança de todos os direitos, inclusive aqueles de cunho prestacional.

---

75 GAZOTO, Luís Wanderley. GOMES, Luiz Flávio. **Populismo Penal Legislativo. A Tragédia que não Assusta as Sociedades de Massa**. JusPodivm. 2020. p. 15.

76 BARATTA apud SARLET, Ingo Wolfgang. **Constituição, proporcionalidade e direitos fundamentais: o Direito penal entre a proibição de excesso e de insuficiência**. Revista Opinião Jurídica, nº 7, 2006. p. 169.

77 BARATTA, Alessandro. **La política Criminal y el Derecho Penal de la Constitución: Nuevas Reflexiones sobre el modelo integrado de las Ciencias Penales**. Revista de la Faculdad de Derecho de la Universidad de Granada, nº 2, 1999, p. 110.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em breve síntese, a intervenção estatal realizada por meio do ordenamento penal é decorrente do medo da violência e a constante sensação de insegurança que afligem as sociedades modernas, de modo que, quase sempre é mais fácil apelar para um paliativo legislativo sem custos, do que enfrentar as profundas causas que geram a criminalidade.

Sabe-se que a função precípua do Direito Penal é a proteção de bens jurídicos considerados essenciais, sendo mais facilmente constatado na defesa de direitos individuais. Contudo, nos modernos Estados Democráticos de Direito, essa premissa deve ser estendida aos direitos transindividuais, destinados a assegurar "o exercício efetivo não somente dos direitos civis e políticos, mas também e, sobretudo, dos direitos econômicos, sociais e culturais".

Nota-se, assim, a necessidade de se romper essa tradição liberal-individualista, posto que somente assim o Direito Penal destinar-se-á efetivamente a tutela de bens jurídicos coletivos, evitando a violação ao princípio proporcionalidade, decorrente de uma proteção deficiente ao bem fundamental constitucionalmente protegido.

No mesmo sentido é o entendimento de Ingo Wolfgang Sarlet, que considera que o dever de proteção de bens jurídicos pelo Direito Penal, inclui a ideia de que o Estado não pode buscar proteger apenas o indivíduo, exercendo o que ficou conhecido por garantismo negativo (proibição do excesso), devendo da mesma forma efetivar também as garantias constitucionais, buscando proteger os direitos sociais e coletivos, o que foi chamado de garantismo positivo (proibição da proteção deficiente).

Certo é que na seara do Direito Penal esse dever de proteção se mostra mais evidente e a resposta penal para condutas ofensivas a bens jurídicos, sempre tem por objetivo a proteção, no entanto, muito se discute quanto a sua efetividade, os limites e a suficiência. Tais considerações remetem-nos diretamente ao princípio da proporcionalidade e as suas aplicações na esfera jurídico-penal, tanto sob a perspectiva da proibição de excesso, como pela ótica da proteção deficiente.

Conforme visto, a proibição do excesso consiste em uma ferramenta contra a intervenção ilegítima do Estado, no âmbito das garantias individuais, perfazendo assim um direito do indivíduo a abstenção estatal. Por sua vez a proibição da proteção deficiente é o contraponto dessa perspectiva, revelando um direito a uma ação positiva do Estado, de

modo que a violação se dá justamente por uma omissão estatal ou ainda, por uma ação insuficiente.

Sendo assim, pelo exposto até aqui, é possível presumir que a política criminal desempenhada pelo Estado, isto é, a utilização do ordenamento penal como primeira solução para o controle social, por mais repressor que seja, não está trazendo os resultados que esperam seus defensores. A ineficiência da atuação estatal, necessária à salvaguarda dos direitos fundamentais e as garantias processuais inerentes ao Estado Democrático de Direito, dificulta a tentativa de buscar, por meio do controle penal, a diminuição da criminalidade, especialmente no âmbito dos novos desafios impostos pela sociedade contemporânea.

Por outro lado, o Estado não pode se abster de garantir a tutela dos bens jurídicos essenciais aos indivíduos, procurando o equilíbrio entre a proibição de excesso e a proibição de proteção deficiente. Não restam dúvidas quanto ao fato de que os mandamentos constitucionais devem servir de guias para atividade legislativa penal. E, nesse caminho, deve o legislador garantir aos bens jurídicos constitucionalmente consagrados uma proteção digna, consoante os preceitos da Lei Maior.

REFERÊNCIAS

ANITUA, Gabriel Ignacio. **Histórias dos Pensamentos Criminológicos**. Tradução de Sérgio Lamarão. Revan. Rio de Janeiro, 2007.

ARAS, Vladimir. **Crimes de informática: uma nova criminalidade**. Jus Navigandi, Teresina, ano 5, n. 51, out. 2001. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/2250/crimes-de-informatica>. Acesso em: 25/08/2020.

AREOSA. João. **Riscos Sociais, tecnologias e acidentes**. Mulemba, 2015.

BARATTA apud SARLET, Ingo Wolfgang. **Constituição, proporcionalidade e direitos fundamentais: o Direito penal entre a proibição de excesso e de insuficiência**. Revista Opinião Jurídica, nº 7, 2006.

BARATTA, Alessandro. **La política Criminal y el Derecho Penal de la Constitución: Nuevas Reflexiones sobre el modelo integrado de las Ciencias Penales**. Revista de la Faculdad de Derecho de la Universidad de Granada, nº 2, 1999,

BARROS, Marco Antonio de. **Tutela Punitiva Tecnológica**. O Direito na Sociedade da Informação. Atlas. São Paulo, 2007.

BAUMAN, Zygmunt. **Globalização: As Consequências Humanas**. Tradução de Marcus Penchel. Zahar. Rio de Janeiro, 1999.

BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade Líquida**. Tradução de Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

BAUMAN, Zygmunt. **Vigilância Líquida**. Rio de janeiro. Zahar, 2013.

BAUMAN, Zygmunt. LYON, David. **Vigilância Líquida. Diálogos com David Lyon**. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Editora Zahar.

BECK, Ulrich. **La sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidade**. Barcelona: Paidos Ibérica, 2006.

BECK, Ulrich. **Sociedade de Risco, rumo a outra modernidade**. 2ª ed. São Paulo: Editora 34, 2011.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes de perigo abstrato e princípio da precaução na sociedade de risco**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del-3689compilado.htm>. Acesso em: 22/08/2020.

BUERGO, Blanca Mendoza. **El Derecho Penal em laSociedaddelRiesgo**. Civitas, Madrid, 2001.

CARDOSO, Gustavo. CASTELLS, Manuel. *et al.* **A Sociedade em Rede. Do Conhecimento à Ação Política**. Imprensa Nacional – Casa da Moeda, 2005**.**

CASTELLS, Manuel. **A galáxia da Internet: Reflexões sobre Internet, Negócios e Sociedade**. Rio de Janeiro. Editora Zahar, 2003.

CHAMAYOU, Grégoire. **Teoria do Drone**. Tradução de Célia Euvaldo. São Paulo, 2015.

DIEZ RIPOLLÉS, José Luis. **De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: un debate desenfocado**. Revista electrónica de ciência penal y criminologia. nº 7, 2005.

Drone é interceptado levando mais de 2 quilos de drogas ao Presídio Central. Disponível em: https://www.jornalnh.com.br/noticias/rio_grande_do_sul/2019/11/27/drone-e-interceptado-levando-mais-de-2-quilos-de-drogas-ao--presidio-central.html. Acesso em: 09/07/2020.

Drone é apreendido ao sobrevoar presídio com três celulares. Disponível em: <https://www.metropoles.com/brasil/drone-e-apreendido-ao-sobrevoar-presidio-com-tres-celulares>. Acesso em: 09/07/2020.

FARIA COSTA, José de. **Direito Penal e globalização: reflexões não locais e pouco globais**. Coimbra editora: Coimbra, 2010.

FARIA, José Eduardo. **O direito na economia globalizada**. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

FERRAJOLI, Luigi. Direito e Razão. **Teoria do Garantismo Penal**. Tradução de Ana Paula Zomer Sica; Fauzi Hassan Choukr; Juarez Tavares, Luiz Flávio Gomes. Revista dos Tribunais, 2002.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**. Tradução de Raquel Ramalhete. 20ª ed. Vozes, Petrópolis, 1999.

FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade: direito ao futuro**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011.

GAZOTO, Luís Wanderley. GOMES, Luiz Flávio. **Populismo Penal Legislativo. A Tragédia que não Assusta as Sociedades de Massa**. JusPodivm. 2020.

GIDDENS, Anthony. **Em defesa da Sociologia: ensaios, interpretações e tréplicas**. São Paulo. Univesp, 2001.

GIDDENS, Anthony. As consequências da modernidade. Unesp, 2002.

GIORGI, Raffaele de. **Direito, Democracia e Risco: Vínculos Com o Futuro**. Safe, 1998.

GIORGI, Raffaele de. **Entrevista com o professor Raffaele de Giorgi. Poder Judiciário do Estado de Rondônia. Tribunal de Justiça**. Disponível em: <https://tjro.jus.br/noticias/item/3658-entrevista-com-o-professor-raffaele-de-giorgi>. Acesso em: 20/10/2020.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Risco e processo penal: uma análise a partir dos direitos fundamentais do acusado**. Salvador: Editora JusPodvm, 2009.

GRESPAN, Jorge. **Revolução Francesa e Iluminismo**. Contexto. São Paulo, 2003.

JACOBI, Pedro Roberto. **Educar na sociedade de risco: o desafio de construir alternativas**. Faculdade de Educação da USP. Revista em Educação Ambiental, 2007. p. 55. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/pea/article/view/30029>. Acesso em: 05/11/2020.

KUNRATH, Cristina. **A Expansão da Criminalidade no Cyberespaço**. Universidade Estadual de Feira de Santana, 2017.

MASI, Carlo Velho. **O Crime de Evasão de Divisas na Era da Globalização: Novas Perspectivas Dogmáticas Político-criminais e Criminológicas**. Porto Alegre. Pradense, 2013.

MAYA, André Machado. **O Processo Penal na Sociedade de Risco: A Persecução Penal entre os Ideais de Liberdade e Segurança**. Revista de Direito Penal, Processo Penal e Constituição, 2017.

Polícia Militar de Piracicaba passa a usar drone para operações e ações preventivas. Disponível em: <https://g1.globo.com/sp/piracicaba-regiao/noticia/2020/01/10/policia-militar-de-piracicaba-passa-a-usar-drone-para-operacoes-e-acoes-preventivas.ghtml>. Acesso em: 10/07/2020.

PRONI, Marcelo Weishaupt. **História do Capitalismo**. Unicamp, 1997.

ROBALDO, José Carlos de Oliveira. VIEIRA, Vanderson Roberto. **A sociedade de risco e a dogmática penal**. São Paulo: IBCCRIM, 2002. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/a-sociedade-do-risco-e-a--dogmatica-penal/>. Acesso em: 05/11/2020.

RIPOLLÉS, José Luis Díez. **De La Sociedad del Riesgo a la Seguridad Ciudadana**: Un Debate Desenfocado.

ROXIN apud NEVES, Sheilla Maria da Graça Coitinho das. **A tutela penal dos bens jurídicos supraindividuais: um desafio da pós-modernidade**. Disponível em: < https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/a-tutela-penal-dos-bens-juridicos-supra-individuais-um-desafio-da-pos-modernidade/>. Acesso em: 22/11/2020.

SÁ, Maria Irene da Fonseca e. **José Saramago: Um olhar sobre a globalização e a sociedade da informação**. Jistem, Brazil. Vol. 13, 2016.

SÁNCHEZ, Jesus-Maria Silva. A **expansão do direito penal. Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2002.

SANTOS, Boaventura de Souza. **A Iilusória "Desglobalização"**. Disponível em: https://outraspalavras.net/geopoliticaeguerra/boaventura-a-ilusoria-desglobalizacao/. Acesso em: 23/10/2020.

SANTOS, Milton. **Por uma outra globalização. Do pensamento único à consciência universal**. 6ª ed. Record. Rio de janeiro, 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Constituição, proporcionalidade e direitos fundamentais: o Direito penal entre a proibição de excesso e de insuficiência**. Revista Opinião Jurídica, nº 7, 2006.

SIMÃO, Adalberto F. PEREIRA, Sergio **Luiz. A Empresa Ética em Ambiente Ecoeconômico**: **a contribuição da empresa e da tecnologia da automação para o desenvolvimento sustentável inclusivo**. São Paulo: Quartier Latin, 2014.

SIMÃO, Adalberto F. FERNANDES, Aguinaldo A. et al. **Automação e Sociedade**. Brasport. Rio de janeiro, 2018.

SCHWAB, Klaus. **A Quarta Revolução Industrial**. Tradução de Daniel Moreira Miranda. 1ª ed. Edipro. São Paulo, 2016.

SILVA SANCHEZ, Jesús-Maria. **La Expansión del Drecho Penal. Aspectos de la política criminal em las sociedades posindustriales**. 2ª ed. Civitas, Madrid, 2001.

SILVA SÁNCHEZ, Jésus-María. **A expansão do direito penal**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2011. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2011.

SILVA, Pablo Rodrigo Aflen da. **A problemática das leis penais em branco face ao Direito**
Penal do Risco. Direito em revista. Revista de divulgação científica da ULBRA/ SÃO JERÔNIMO. Porto Alegre, v. 2, nº 1, 2003.

SILVA, Pablo Rodrigo Aflen da. **Leis penais em branco e o direito penal do risco: aspectos críticos e fundamentais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

SOUZA, Luciano Anderson de. **Expansão do Direito Penal e Globalização**. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

STRECK, Lênio Luiz. **As Interceptações Telefônicas e os Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

STRECK apud SARLET, Ingo Wolfgang. **Constituição, proporcionalidade e direitos fundamentais: o Direito Penal entre a proibição de excesso e de insuficiência**. Revista Opinião Jurídica, nº 7, 2006.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **La globalización y las actuales orientaciones de la política criminal**. **Direito e Cidadania**, Praia, Cabo Verde, 2000.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. **O Inimigo no Direito Penal.** Rio de Janeiro: Revan/ICC, 2007.

ZAFFARONI, Eugenio Rául. PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**. Parte Geral, 2017.

A CONSTRUÇÃO DO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL PELA ÓTICA DO CONSUMO SUSTENTÁVEL

Luiza Beskow Pelegrini[1]

Resumo: O presente artigo propõe-se a analisar a possibilidade da construção do desenvolvimento sustentável pela ótica do consumo sustentável. Para tanto, analisa-se a Constituição Federal, documentos internacionais, a lei infraconstitucional e a doutrina. Ademais, pretende-se desenvolver um raciocínio lógico a partir da construção de uma teoria da argumentação jurídica capaz de demonstrar que os padrões de consumo dos últimos tempos possuíram – e ainda possuem – o condão de degradar a natureza. Ainda, analisa-se a preocupação ambiental por meio de documentos internacionais que concretizaram os princípios do desenvolvimento sustentável, da informação e da participação. No mais, a pesquisa pretende demonstrar a aplicabilidade concreta dos princípios no ordenamento jurídico brasileiro; assim, constata que se faz necessário um compromisso tripartite do Estado, do cidadão e das empresas para concretizar a legislação e difundir o consumo sustentável no âmbito nacional. A metodologia utilizada privilegia o método de abordagem hipotético-dedutivo e a técnica de pesquisa bibliográfica.
Palavras-chave: Desenvolvimento sustentável. Consumo. Princípios. Natureza.

Abstract: This article aims to analyze the possibility of building sustainable development from the perspective of sustainable consumption. For that, the Federal Constitution, international documents, the infra-consti-

1 Advogada. Mestre em Direito pela Fundação Escola Superior do Ministério Público/RS. Vinculada ao Grupo de Pesquisa "Sociedade da informação e Fake Democracy: os riscos à liberdade de expressão e à democracia constitucional" na Fundação Escola Superior do Ministério Público/RS. Currículo Lattes: http://lattes.cnpq.br/8380719611154536. E-mail: luizamais00@hotmail.com.

tutional law and the doctrine are analyzed. Furthermore, it is intended to develop a logical reasoning based on the construction of a theory of legal argumentation capable of demonstrating that the consumption patterns of the last times had – and still do – the ability to degrade nature. Still, the environmental concern is analyzed through international documents that concretized the principles of sustainable development, information and participation. In addition, the research aims to demonstrate the concrete applicability of the principles in the Brazilian legal system. Thus, the research finds that a tripartite commitment from the State, the citizen and companies is necessary to implement the legislation and spread sustainable consumption. The methodology used privileges the hypothetical-deductive approach method and the bibliographic research technique.
Keywords: Sustainable Development. Consumption. Principles. Nature.

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo busca analisar a possibilidade de construção do desenvolvimento sustentável pela ótica do consumo sustentável. A partir daí, procura-se desenvolver um raciocínio jurídico capaz de demonstrar que, em decorrência do sistema capitalista adotado, o homem passou, ao longo dos anos, a utilizar cada vez mais os recursos naturais, principalmente porque, a partir do século XX, o mundo passou por grandes mudanças, tanto tecnológicas quanto industriais, galgando a produzir mais bens de consumo, o que acabou por gerar uma degradação ambiental sem precedentes.

Para tanto, a presente pesquisa restou estruturada de modo a realizar, em um segundo momento, a análise da necessária construção do desenvolvimento sustentável pela ótica do consumo sustentável. Desta forma, verificar-se-á o surgimento de declarações internacionais acerca do tema, os princípios resultantes destas manifestações e a aplicabilidade destes princípios na legislação brasileira.

Concernente ao terceiro momento do trabalho, analisar-se-á a responsabilidade tripartite do Estado, dos cidadãos e das empresas à efetivação do consumo sustentável no contexto nacional. Espera-se, nesta senda, construir uma argumentação jurídica capaz de demonstrar a necessária discussão e efetiva instituição do consumo sustentável, uma vez que é de suma necessidade que o desenvolvimento obedeça a responsabilidade intergeracional assumida pela Constituição Federal, sob pena de extinção da Terra e dos seus recursos naturais.

A metodologia privilegia o método de abordagem hipotético-dedutivo e a técnica de pesquisa bibliográfica.

2. UM PANORAMA HISTÓRICO DA SOCIEDADE DO (HIPER)CONSUMO E A RELAÇÃO COM A DEGRADAÇÃO AMBIENTAL

O ser humano, no transcurso natural do tempo, evoluiu à luz de suas emergências, buscando satisfazer as suas mais diversas necessidades a partir do uso do meio ambiente. Ocorre que, se antes a preocupação do homem era a de apenas sobreviver no mundo terreno, a partir da Idade Moderna o humano mostrou-se predatório em demasia, não se preocupando com o meio ambiente que o cerca e, ao invés de tirar dele somente o necessário à sua sobrevivência, resolveu ser predatório, perverso e injusto com o Planeta Terra, deixando-o vulnerável, exposto e poluído, e, pior, objetivando-o como reles coisa que pode ser fornecida como uma moeda de troca.

Neste sentido, é importante trazer à baila o entendimento de Raquel Fabiana Lopes Sparemberger e Bianca Pazzini (2011, p. 150) que asseveram que "de qualquer sorte, o homem modificou em muito o ambiente a fim de adequá-lo às suas necessidades, decorrendo tais atos em ofensivas de grande porte, especialmente nas Idades Média e Moderna, especialmente na fase da Revolução Industrial".

Aliás, a Revolução Industrial – movimento que teve início na Europa, nos séculos 18 e 19, e caracterizou-se, primordialmente, pela substituição, em larga escala, do trabalho artesanal por máquinas – pode ser considerada o marco inicial do consumo, pois houve um vertiginoso aumento na produção de bens de consumo, refletindo, por consequência lógica, no barateamento dos produtos, fazendo com que mais pessoas tivessem acesso aos bens de consumo fabricados pelas máquinas em larga escala.

Foi nessa época, inclusive, que se iniciaram algumas pautas ambientais. Segundo Damares Pereira de Souza e Nancy Sampedro (2019), existem notícias que as primeiras manifestações, no que se refere ao combate e mitigação dos impactos ao meio ambiente, tiveram início justamente no período da Revolução Industrial, mas foi somente após a Segunda Guerra Mundial que os movimentos ambientalistas ganharam força.

Outro marco temporal importante para se mencionar aconteceu por volta de 1924, momento em que ocorreu o primeiro acordo secreto em Génova entre os fabricantes de lâmpadas, para instaurar uma obso-

lescência programada dos seus produtos – famosa estratégia de empresas que programam o tempo de vida útil de seus produtos para que durem menos do que a tecnologia permite. Assim, as lâmpadas deveriam ser ultrapassadas em pouco tempo, motivando o consumidor a comprar um novo modelo, gerando um aumento no descarte de produtos na natureza.

Acerca deste marco temporal, que instaurou a obsolescência programada nas lâmpadas, Catherine Black Lipp João (2020) alude que este momento histórico iniciou o estabelecimento, por intermédio de um acordo celebrado com os representantes dos maiores fabricantes de lâmpadas no mundo, da prática de limitar a vida útil de um produto. Desta forma, certo é que, ao estabelecer o tempo de vida de um produto, a consequência lógica é impulsionar os consumidores a adquirir com mais frequência um determinado produto que, neste caso, são as lâmpadas.

Do mesmo modo, destaca-se outro marco temporal importante para a história do consumismo, que foi *a posteriori* da Segunda Guerra Mundial (meados de 1950), em que ocorreu o *boom* na fabricação dos eletrodomésticos e das propagandas de marketing, que tinham o condão de fomentar os consumidores a comprar freneticamente os produtos estrelados nas campanhas publicitárias elaboradas da época, podendo, esta, ser chamada de segunda fase do consumo.

Nas palavras de Luciane Ozelame Ribas Colombo, Thais Brandt Favoto e Sidney Nascimento do Carmo (2008, p. 146), "o consumidor precisava alimentar o sistema constantemente, ou seja, continuar adquirindo produtos para que a indústria não parasse. Neste momento o marketing passou a ter um papel fundamental na disseminação do consumo".

Finalmente, chega-se a terceira fase do consumo, que teve início em meados de 1980 e se perpetua hodiernamente, e caracteriza-se, principalmente, pelo consumo exacerbado da população, impulsionada pelas mudanças tecnológicas avançadas e pelos bens de consumo cada vez mais sofisticados que aguçam o desejo de compra dos consumidores. Essa fase também pode ser caracterizada pelo (hiper)consumo, uma vez que as pessoas se sentem impulsionadas a comprar produtos que "estão na moda" e que, muitas vezes, não precisam. Aqui, mais uma vez, o marketing mostra-se presente, pois induz a ideia de necessidade de compra de produtos.

Igualmente, é uma fase marcada, indubitavelmente, pelo desejo de compra de produtos mais modernos e inovadores que possuem o condão de sobrecarregar o meio ambiente, não só quando não há o descarte adequado dos produtos já utilizados ou subutilizados, mas em todo o processo de fabricação dos produtos, uma vez que pode haver a contaminação do

solo, do ar, da água, enfim, todo o processo de fabricação de um produto envolve um significativo uso dos recursos naturais, principalmente dos não renováveis, sobrecarregando, por consequência, a Terra de maneira geral.

Neste ínterim, aduz-se que as etapas da sociedade de consumo estão intrinsecamente ligadas com a necessidade das pessoas de – em comprando cada vez mais produtos – alimentarem o sistema capitalista hodierno.[2] Sem embargo, merece importante destaque a questão que envolve o crescimento tecnológico frenético, bem como o crescimento de indústrias, pois isso gera um aumento do consumo exploratório da natureza, acarretando não somente o aumento dos bens de consumo disponíveis, mas, também, dos problemas que a sociedade industrial gera para a humanidade, imergindo a sociedade nas consequências da teoria do risco de Ulrich Beck.

Segundo Ulrich Beck (2010) as consequências ambientais desastrosas deram-se em virtude do processo social de industrialização e modernização. Assim, o autor também disserta que, por meio da produção de riscos, as necessidades desprendem-se definitivamente de seu ancoramento residual na natureza e, portanto, de sua finitude e satisfazibilidade, o que pode vir a gerar consequências desastrosas para a humanidade.

Certo é que, posteriormente à Revolução Industrial, marco temporal do início do consumo, o homem começou a utilizar-se do meio ambiente sem grandes preocupações com as consequências que geraria na natureza. Nesta senda, verifica-se que as ameaças formadas *a posteriori* do período industrial levantam importante atenção da sociedade em geral, pois a ciência e as novas tecnologias não caminham ao mesmo passo que a preocupação com a carga que essas novas possibilidades geraram – e geram – ao meio ambiente em geral, e o risco causado ao meio, ocasionando, por esta perspectiva, impactos ambientais não previsíveis.

Um exemplo da sociedade de riscos verifica-se no desastre conhecido como "Chernobyl". Trata-se de um episódio da história da humanidade que levará aproximadamente 24 mil anos[3] para continuar na dolorosa lembrança mundial. O desastre nuclear denominado de Chernobyl ocorreu na cidade de Pripyat, na Ucrânia, próximo da fronteira

2 Segundo Lucia Elena Arantes Ferreira Bastos (2006), identifica-se no capitalismo a busca incessante por lucro, e, desta forma, como consequência lógica, verifica-se que uma empresa individual que não se aproveite totalmente do sistema de vantagens e oportunidades está fadada ao fracasso.

3 Dado obtido de Tobias Münchmeyer, especialista do Greenpeace em energia atômica, em reportagem de "O Estado de São Paulo".

com a Bielorrússia, no dia 25 de abril de 1986, em que um reator da Usina Nuclear Chernobyl explodiu causando prejuízos materiais, humanos e ambientais.

3. A CONSTRUÇÃO DO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL PELA ÓTICA DO CONSUMO SUSTENTÁVEL

3.1. O SURGIMENTO DO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL À LUZ DE DOCUMENTOS INTERNACIONAIS E OS PRINCÍPIOS DO CONSUMO SUSTENTÁVEL

Sabe-se que o ser humano depende do ambiente para a sua sobrevivência, portanto necessita que o meio ambiente que o rodeia seja sadio e equilibrado para a mantença da vida (humana e animal) no Planeta Terra. Desta forma, surgiu a preocupação, nas últimas décadas, com a necessidade de preservação do ambiente e dos seus recursos naturais, com a finalidade de tentar modificar o pensamento exploratório do homem para com a natureza.

A primeira declaração que inseriu o homem ao centro da proteção do meio ambiente foi a Declaração de Estocolmo[4] de 1972, que aduz, sumariamente, que o homem possui o dever fundamental de proteger o meio ambiente para que a sua própria vida seja propícia no Planeta Terra. Assim, em virtude da evolução do humano e de suas tecnologias, pode-se afirmar que há a possibilidade de o homem transformar e proteger tudo o que o cerca, mas em via dúplice, tanto protegendo quanto degradando o meio.

Em vista disso, Anizio Pires Gavião Filho (2005, p. 22) expõe que "o grande mérito da Declaração de Estocolmo de 1972 foi o de proclamar, pela primeira vez, o 'direito humano ao meio ambiente', ali se encontrando todos os elementos para se reconhecer o direito fundamental ao ambiente […]".

Do mesmo modo, há de se ressaltar que foi a partir do século XX que se iniciou a crescente preocupação da relação do humano com o meio ambiente. Depois da importante passagem da Declaração de Estocolmo, outras declarações aportaram ao mundo jurídico.

4 A Conferência de Estocolmo foi um marco histórico que possibilitou melhores discussões sobre o meio ambiente de maneira geral, gerado, assim, a Declaração de Estocolmo de 1972. Segundo McCormick (1992, p. 150), "antes de Estocolmo muitos ambientalistas haviam questionado – e rejeitado – a ética do crescimento. [...] Uma década depois de Estocolmo as atitudes já eram muito conciliadoras".

O meritório instrumento chamado de "Relatório de Brutland",[5] oportunizado pela Organização das Nações Unidas (ONU) em 1983, foi de suma importância para que se iniciasse a discussão sobre o desenvolvimento harmônico do homem com a natureza, sem comprometer e incapacitar os recursos naturais às futuras gerações. Foi a partir deste momento que surgiu o termo "desenvolvimento sustentável".

Destarte, criou-se a percepção do que se entende por princípio da sustentabilidade,[6] que, na visão de Paulo Affonso Leme Machado (2017), funda-se no critério da análise das ações humanas diante do tempo e no prognóstico do futuro. Assim, em virtude da utilização dos recursos naturais de maneira desenfreada, foi necessária a positivação de normas para que o humano possa, de maneira correta, usufruir do seu direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

O princípio do desenvolvimento sustentável voltou a ser protagonista na Conferência Rio-92, que ocorreu no ano de 1992 na cidade do Rio de Janeiro, e foi organizada pela ONU e 179 países participaram do encontro, que tinha o intuito de discutir melhorias globais em relação ao meio ambiente e as relações de consumo em âmbito global. À época, foi produzido o documento chamado de Agenda 21, com vistas a estabelecer um novo padrão de desenvolvimento – o desenvolvimento sustentável –, deixando explícito o entendimento de que as principais causas de deterioração ininterrupta do meio ambiente mundial são os padrões insustentáveis de consumo e produção, especialmente nos países industrializados.

Além do princípio do desenvolvimento sustentável, a Agenda 21 também inseriu o princípio da informação, afirmando que, em âmbito nacional, cada indivíduo deve ter acesso adequado às informações relativas ao meio ambiente, bem como devem ter ciência sobre a existência de materiais e atividades perigosas em suas comunidades.

---

5 O relatório foi nomeado de Brundtland em homenagem à primeira-ministra da Noruega, chamada de Gro Harlem Brundtland, que foi a responsável por chefiar a importante Comissão Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, que tinha propostas meritórias no âmbito ambiental.

6 O princípio da sustentabilidade serve como escopo para a preocupação chamada hodiernamente de "intergeracional", em que o meio ambiente se torna o centro da preocupação para a preservação deste em relação ao presente para a possibilidade de existência no futuro para as próximas gerações. Assim, Machado (2017, p. 83) assevera que "a equidade no acesso aos recursos ambientais deve ser enfocada não só com relação à localização espacial dos usuários atuais, como em relação aos usuários potenciais das gerações vindouras."

Já no século 21, mais precisamente no ano de 2012, ocorreu, também na cidade do Rio de Janeiro, a Rio+20, outra Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, que tinha, também, como objetivo principal, estabelecer padrões de produção e consumo sustentáveis, assegurando, mais uma vez, o princípio do desenvolvimento sustentável.

Na sequência, temos, em 2015, a aprovação pela ONU da Resolução 70/186, que revisou as Diretrizes para a proteção dos consumidores. Nesta resolução, a ONU, além de ratificar o princípio do desenvolvimento sustentável e o princípio da informação, traz a consagração do princípio da participação – posto que alude que deve haver um compartilhamento da responsabilidade para a concretização do consumo sustentável a partir da integração dos Estados, das empresas e do próprio cidadão/consumidor.

Segundo Adalberto de Souza Pasqualotto e Paola Mondardo Sartori (2017), a responsabilidade pelo consumo sustentável deve ser diluída entre os indivíduos e organizações sociais. Neste ínterim, vislumbra-se que é dever dos consumidores procurar saber e serem informados a respeito das consequências das suas escolhas de consumo, bem como as empresas devem se adequar ao consumo sustentável e, ainda, as organizações ambientais e de consumidores devem trazer para o debate a pauta do consumo sustentável.

Percebe-se que existe um crescimento contínuo acerca da preocupação com o consumo sustentável nos países, bem como há uma íntima relação do consumo com o meio ambiente. Desta forma, concretizou-se, principalmente, três princípios a partir do debate internacional, que alicerçam o consumo sustentável, quais sejam: o princípio do desenvolvimento sustentável, o princípio da participação e o princípio da informação, sendo que estes princípios se encontram presentes no ordenamento jurídico brasileiro, perpassando a Constituição Federal até as leis infraconstitucionais, como da Política Nacional do Meio Ambiente (Lei nº 6.938/1981), do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº. 8.078/1990) e da Política Nacional de Resíduos Sólidos (Lei nº 12.305/2010).

3.2. A APLICABILIDADE DOS PRINCÍPIOS DO CONSUMO SUSTENTÁVEL NA POLÍTICA NACIONAL DO MEIO AMBIENTE (LEI Nº 6.938/1981), NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988, NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR (LEI Nº 8.078/1990) E NA POLÍTICA NACIONAL DE RESÍDUOS SÓLIDOS (LEI Nº 12.305/2010)

Antes mesmo da promulgação da Constituição Federal de 1988, muito por força da pressão que a Declaração de Estocolmo exerceu pe-

rante os Estados, o Brasil, em 1981 foi instituída a Política Nacional do Meio Ambiente (Lei nº 6.938/1981), que tinha como objetivo primordial a preservação, a melhoria e a recuperação da qualidade ambiental propícia à vida da população brasileira.

Diante da leitura da legislação, pode-se extrair dois princípios: o da participação e o do desenvolvimento sustentável. Segundo o artigo 2º, inciso X da Lei nº 6.938/1981, a viabilidade do desenvolvimento socioeconômico se dá por meio da "educação ambiental a todos os níveis de ensino, inclusive a educação da comunidade, objetivando capacitá-la para participação ativa na defesa do meio ambiente" (BRASIL, 1981).

Concretiza-se, desta forma, não somente o princípio da participação, mas, também, se insere a educação ambiental como um mecanismo de fomento à proteção do meio ambiente por intermédio do conhecimento. Já no artigo 4º, inciso I, temos a clara reprodução do princípio do desenvolvimento sustentável, pois diz que a Política Nacional do Meio Ambiente visará "à compatibilização do desenvolvimento econômico-social com a preservação da qualidade do meio ambiente e do equilíbrio ecológico" (BRASIL, 1981).

Transcorrido pouco tempo, em 1988 foi promulgada a Constituição Federal do Brasil, que, por força das declarações supramencionadas, tiveram o condão de servir como embasamento da consagração do artigo 225 da CF, que dispõe que "[...] todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações" (BRASIL, 1988).

A responsabilidade intergeracional apontada é uma clara alusão ao princípio do desenvolvimento sustentável, bem como o artigo 225, § 1º, inciso VI, que diz respeito, novamente, à educação ambiental e ao princípio da participação, pois assevera que o Estado deve "promover a educação ambiental em todos os níveis de ensino e a conscientização pública para a preservação do meio ambiente" (BRASIL, 1988). Pela perspectiva de Plauto Faraco de Azevedo (2014), o artigo 225 e seus parágrafos consagram a proteção ambiental, incumbindo a tarefa ao intérprete de valorar o exercício de direitos individuais na ótica do meio ambiente ecologicamente equilibrado, lembrando que àqueles não devem se sobrepor a este.

Posteriormente, em 1990, entrou em vigor o Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/1990), uma moderna lei que, dentre tantas benesses, trouxe mais segurança às relações de consumo, inclusive no que diz respeito à aplicabilidade dos princípios da informação e da educação (BRASIL, 1990).

Inicialmente, o artigo 4º, que, inicialmente, no inciso I, reconhece o princípio da vulnerabilidade dos consumidores perante o mercado de consumo, no inciso IV também reconhece que são direitos básicos dos consumidores a educação e a informação. Na sequência, o artigo 6º, inciso II, vai na mesma lógica, asseverando que são direitos básicos do consumidor "a educação e divulgação sobre o consumo adequado dos produtos e serviços, asseguradas a liberdade de escolha e a igualdade nas contratações", e o inciso III, que alude à "informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade, tributos incidentes e preço, bem como sobre os riscos que apresentem" (BRASIL, 1990).

Na sequência, o artigo 8º também deixa claro que "os produtos e serviços colocados no mercado de consumo não acarretarão riscos à saúde ou segurança dos consumidores, exceto os considerados normais e previsíveis em decorrência de sua natureza e fruição, obrigando-se os fornecedores, em qualquer hipótese, a dar as informações necessárias e adequadas a seu respeito" (BRASIL, 1990). Os artigos 9º, 10º e 31 também tratam especificamente sobre o dever de informação dos fornecedores e serviços acerca dos produtos, inclusive aos que podem vir a ser considerados perigosos à saúde dos consumidores.

Pelo norte trazido por Leonardo de Medeiros Garcia (2016), quando trata da afirmação de que os fornecedores e consumidores são agentes na proteção ambiental, alude que "somente com ampla e qualificada informação, o consumidor poderá realizar suas escolhas de maneira consciente, optando por produtos e por serviços menos poluentes, garantindo, assim, um consumo e desenvolvimento sustentável" (p. 149). Desta forma, resta clara a importância do princípio da informação nas relações de consumo.

Assim, em sendo a informação um direito básico do consumidor, existe um evidente diálogo com o princípio da prevenção,[7] uma vez que a informação clara, precisa e segura, possui o condão de prevenir eventuais danos à saúde e à integridade do consumidor de determinado produto e/ou serviço. Não só o princípio da prevenção, porém, é materializado no Código de Defesa do Consumidor; visualiza-se, também, a aplicabilidade

7 O princípio da prevenção atua e trata dos riscos ou impactos já conhecidos pela ciência usual, e é utilizado para prevenir, no âmbito do direito do consumidor, eventuais danos aos consumidores, devendo os fornecedores colocarem à disposição do mercado de consumo somente produtos com a devida informação de uso do produto (artigos 8º e 9º do CDC), bem como não deve haver a comercialização de produtos com alto grau de periculosidade (artigo 10º CDC).

direta do princípio da precaução,[8] mormente quando se refere ao artigo 10º, uma vez que as empresas devem efetuar o *recall* dos produtos perigosos – em que pese não se saber ao certo qual é o grau de periculosidade e se todos os produtos estão abarcados pela periculosidade – que já estão no mercado do consumo.

Nas palavras de Ednara Pontes de Avelar e Rafaela Granja Porto (2008, p. 105), "[...] o recall deve ser acrescentado ao princípio da precaução, pois em direito do consumidor, como no direito ambiental, não é suficiente a adoção do princípio da prevenção."

Verifica-se, entretanto, que os princípios da prevenção e da precaução, apesar de serem tradicionalmente conhecidos no âmbito ambiental, também estão insculpidos no Código de Defesa do Consumidor e servem, basicamente, para proteger os consumidores dos vícios do produto ou do serviço conhecidos – princípio da prevenção – ou, ainda, desconhecidos parcial ou completamente – princípio da precaução – dando mais segurança para as relações de consumo e, principalmente, para os consumidores vulneráveis na sua essência.

Após um transcurso temporal de duas décadas, aportou no ordenamento jurídico a Política Nacional de Resíduos Sólidos (Lei nº 12.305/2010), que concentrou os três principais princípios do consumo sustentável, que são, como já mencionados anteriormente, da participação, da informação e do desenvolvimento sustentável.

Segundo o artigo 6º, são alguns dos princípios da Política Nacional de Resíduos Sólidos, "IV – o desenvolvimento sustentável; VI – a cooperação entre as diferentes esferas do poder público, o setor empresarial e demais segmentos da sociedade; VII – a responsabilidade compartilhada pelo ciclo de vida dos produtos; X – o direito da sociedade à informação e ao controle social" (BRASIL, 2010).

Por fim, cumpre registrar que a Política Nacional de Resíduos Sólidos também tratou sobre temas relevantes acerca da proteção ambiental, uma vez que assegurou, no artigo 8º, inciso III, a importância da coleta seletiva, da instituição dos sistemas de logística reversa e, também, sobre a responsabilidade compartilhada pelo ciclo de vida dos produtos. Importa registrar, também, o artigo 8º, inciso VIII: a educação ambiental.

8 O princípio da precaução foi consagrado a partir da adoção da Declaração do Rio de Janeiro, que refere, em seu princípio 15, que para que o ambiente seja protegido "serão aplicadas pelos Estados, de acordo com as suas capacidades, medidas preventivas. Onde existam ameaças de riscos sérios ou irreversíveis não será utilizada a falta de certeza científica total como razão para o adiamento de medidas eficazes em termos de custo para evitar a degradação ambiental (ONU, 1992)".

Neste ínterim, verifica-se que o Brasil possui uma legislação em consonância com o princípio do consumo sustentável, da participação e da informação, mas o tema ainda merece ser mais debatido e difundido, pois não bastam existir leis; elas devem ser cumpridas, principalmente no que diz respeito à responsabilidade do Poder Público, dos cidadãos e das empresas para fazer valer o compromisso intergeracional assumido por todos por meio da Constituição Federal.

4. A NECESSIDADE DE UM NOVO OLHAR PARA O CONSUMO: A RESPONSABILIDADE TRIPARTITE DO PODER PÚBLICO, DAS EMPRESAS E DO CIDADÃO PARA A EFETIVA INTRODUÇÃO DO CONSUMO SUSTENTÁVEL NO BRASIL

4.1. O IMPORTANTE PAPEL EXERCIDO PELO PODER PÚBLICO: DE EDUCADOR AMBIENTAL À REGULAMENTADOR DE BOAS PRÁTICAS DE CONSUMO SUSTENTÁVEL

É inquestionável que Estado exerce, efetivamente, um papel dúplice: se de um lado possui o dever de incentivar a educação ambiental em todos os níveis à população, de outro necessita regulamentar as boas práticas de consumo sustentável.

A educação, que, como já visto anteriormente, se mostra como um direito básico do consumidor, porquanto este deve ser educado, previamente, sobre o consumo adequado dos produtos e serviços colocados à disposição no mercado de consumo, também possui reflexos na educação ambiental prestada pelo próprio Estado, uma vez que este pode – e deve – promover a educação dos consumidores acerca da necessidade de um consumo consciente mediante a consciência ecológica.

Nesta direção, o Estado, ao exercer o papel de educador ambiental, coaduna com o ensinamento da consciência ecológica à população. Dada a magnitude do tema, o Estado, por meio do Poder Legislativo, aprovou, há mais de 20 anos, a Lei nº 9.795, de 27 de abril de 1999, que instituiu a Política Nacional de Educação Ambiental no Brasil.

A Lei entende como educação ambiental "os processos por meio dos quais o indivíduo e a coletividade constroem valores sociais, conhecimentos, habilidades, atitudes e competências voltadas para a conservação do meio ambiente, bem de uso comum do povo, essencial à sadia qualida-

de de vida e sua sustentabilidade" (BRASIL, 1999). Consagra-se, a partir da leitura do artigo 2º da referida legislação, que "a educação ambiental é um componente essencial e permanente da educação nacional, devendo estar presente, de forma articulada, em todos os níveis e modalidades do processo educativo, em caráter formal e não-formal" (BRASIL, 1999).

Destaca-se, entretanto, que a regulamentação da educação ambiental em âmbito nacional busca, concretamente, inserir a consciência ecológica na população desde a escola – que possui importante papel na introdução da cultura da preservação ambiental desde a infância até a adolescência – e até depois dela, devendo difundir o processo educativo nos meios de comunicação, nas empresas, enfim, na sociedade como um todo.

Sobre a definição de educação ambiental, Wilson Steinmetz (2009, p. 193) disserta que, "ao definir a educação ambiental como processos por meio dos quais o indivíduo e a coletividade constroem valores sociais comprometidos com a conservação do ambiente, a lei concebe a educação ambiental como uma educação engajada."

Certo é que a lei foi concebida com a intenção de propagar e introduzir a ideia de consciência ecológica para todos os níveis de educação. A lei, por si só, no entanto, não abordou a questão do consumo sustentável. Dada a importância da abordagem do tema pelo Estado, em 11 de novembro de 2015 foi instituída a Lei nº 13.186, que aborda a Política de Educação para o Consumo Sustentável. A lei define como sendo o consumo sustentável "o uso dos recursos naturais de forma a proporcionar qualidade de vida para a geração presente sem comprometer as necessidades das gerações futuras" (BRASIL, 2015).

Vislumbra-se a aplicabilidade concreta do princípio da responsabilidade intergeracional vista anteriormente, uma vez que se concretiza a necessidade de adoção de práticas de consumo sustentável para a mantença da vida das presentes e das futuras gerações no Planeta Terra. Os objetivos da legislação supracitada também se mostram adequados no que diz respeito ao incentivo de boas práticas de consumo, uma vez que estimula a mudança de atitude dos consumidores em vários setores, começando em incitar a escolha de produtos que tenham como base processos ecologicamente sustentáveis, conscientizando sobre a política da logística reversa e da redução de acúmulo de resíduos sólidos, fomentando a divulgação do ciclo de vida dos produtos, etc.

Em que pese, todavia, ser importante esse papel de educador ambiental e disseminador da consciência ecológica, o Estado pode – e deve – ir além. Com a finalidade de concretizar a regulamentação de boas

práticas de consumo sustentável, o Estado poderia adotar outros instrumentos para induzir, paulatinamente, o hábito do consumo sustentável.

Neste viés, o Estado poderia adotar os chamados instrumentos econômicos de tutela ambiental, alicerçados na função promocional do Direito, defendida por Norberto Bobbio (2007), em que há um incentivo às boas condutas, ou seja, o Estado, ao invés de punir quem não adota práticas em consonância com a proteção ambiental, desenvolve instrumentos a partir de sanções positivas, promovendo atos que coadunam com a consciência ambiental, por exemplo, dando desconto de ICMS para empresas que adotam embalagens recicladas ou dando desconto de IPTU para pessoas que, comprovadamente, separam os resíduos secos dos orgânicos.

Ainda, poderia haver uma maior difusão do princípio do protetor-recebedor, a proibição da prática da obsolescência programada e do uso, pela indústria, de materiais impossíveis de serem reciclados, estimulando a prática, pelas empresas, da logística reversa para produtos que não são obrigados a retornar para a indústria pela Política Nacional dos Resíduos Sólidos (Lei nº 12.305/2010).

Outro exemplo é a utilização de instrumentos econômicos para tributar empresas e/ou pessoas que realizam condutas que não compactuam com o consumo sustentável. Desta forma, verifica-se, concretamente, que existe uma gama de possibilidades no que se refere às condutas que o Estado poderia adotar com a finalidade de estimular a responsabilidade da indústria e do cidadão na prática do consumo sustentável, uma vez que, à luz do artigo 4º, inciso II, é um princípio da Política Nacional das Relações de Consumo a ação governamental no intuito de proteger efetivamente o consumidor.

4.2. O DEVER DAS EMPRESAS: A IMPORTÂNCIA DO MARKETING AMBIENTAL E DA LOGÍSTICA REVERSA PARA O EQUILÍBRIO AMBIENTAL E IMPLEMENTAÇÃO DA CONSCIÊNCIA ECOLÓGICA

As empresas que fabricam determinado tipo de produto possuem protagonismo no que se refere a possibilidade de construção de um consumo sustentável, uma vez que colocam à venda produtos ou disponibilizam serviços que podem vir a mudar a ótica sobre desenvolvimento, tendo o condão de aproximação de uma forma de economia mais sustentável a partir do marketing ambiental e da logística reversa.

A priori, o marketing ambiental – ou marketing verde, como também é conhecido – mostra-se uma verdadeira estratégia de marke-

ting que busca demonstrar, por meio do processo de venda de produtos e serviços, que a compra do produto ou do serviço é *eco-friendly*, ou seja, amiga do meio ambiente. Por este viés, a empresa, ao fazer a propaganda do seu produto ou de seu serviço, procura publicizar os benefícios – ou ausência de malefícios – do seu produto em relação ao meio ambiente, divulgando, por exemplo, que usa garrafas PET (Poli Tereftalato de Etila) recicladas em suas embalagens, que utiliza energia limpa no processo de fabricação de seu produto, que apoia projetos sustentáveis e/ou de recuperação do meio ambiente, que não utiliza metais pesados, etc.

Segundo Antônio Carlos Efing e Carolina Lückemeyer Gregorio (2017, p. 445), "a rotulagem ambiental é uma ferramenta de comunicação que objetiva aumentar o interesse do consumidor por produtos de menor impacto ambiental, possibilitando a melhoria ambiental contínua orientada pelo mercado".

Fato é que as marcas estão percebendo as mudanças notáveis no padrão de consumo dos consumidores e, justamente por isso, passaram a investir em novas tecnologias de produção, com um viés mais sustentável, para garantir, posteriormente, um marketing ambiental que perfectibilize a preocupação de determinada marca com o compromisso ambiental, angariando consumidores preocupados com a causa.

A título de curiosidade, pode-se mencionar a empresa Natura, que foi uma das pioneiras no marketing ambiental no Brasil. Ao ouvir o nome da marca já há uma vinculação imediata com a questão da preservação da Amazônia, uma vez que a empresa, há anos, faz a sua publicidade em rede nacional de televisão justamente mostrando seus projetos de cuidado e recuperação da Amazônia, bem como sinaliza o zelo que tem com a reciclagem de embalagens.

É justamente por essa vinculação imediata com a preocupação ambiental, que a logística reversa também pode vir a ser um mecanismo adotado por empresas, pois é economicamente viável e ambientalmente adequado. Segundo o artigo 3º, parágrafo XII, da Política Nacional de Resíduos Sólidos (Lei nº 12.305), a logística reversa é um instrumento de desenvolvimento econômico e social que é "caracterizado por um conjunto de ações, procedimentos e meios destinados a viabilizar a coleta e a restituição dos resíduos sólidos ao setor empresarial, para reaproveitamento, em seu ciclo ou em outros ciclos produtivos, ou outra destinação final ambientalmente adequada" (BRASIL, 2010).

Por este norte, verifica-se que uma empresa, ao se utilizar da logística reversa, pode vir a ser reconhecida por seus consumidores como *eco-friendly*,

por ter preocupação com o retorno de materiais – já utilizados pelos consumidores e que seriam descartados – para o processo produtivo, possuindo um viés de preservação ambiental e sustentabilidade econômica.

Não obstante no Brasil a logística reversa – ou também conhecida como logística inversa – ser obrigatória, conforme a Política Nacional de Resíduos Sólidos (Lei nº 12.305), para os produtores de pilhas, agrotóxicos, computadores, dentre outros, empresas de outros ramos, apesar de estarem desobrigadas perante a lei de se utilizarem da logística reversa, simplesmente adotam esse mecanismo como uma forma de preocupação ambiental e por ser economicamente viável.

Segundo o entendimento de Pedro Mallmann Saldanha (2012), a logística reversa, além de agregar valor econômico, uma vez que os materiais retornam à indústria por meio do seu valor de venda e não de sucata, ainda evita a utilização de novos recursos naturais para a produção de outros produtos e melhora a imagem corporativa da empresa.

As cápsulas de café feitas de alumínio – material infinitamente reciclável – da marca Nespresso, são um exemplo de aplicabilidade da logística reversa, posto que a empresa disponibiliza, em suas lojas físicas, recipientes para o descarte das cápsulas já consumidas, fazendo o retorno do material para a indústria, que, por sua vez, faz a higienização e reciclagem do produto, que retorna, novamente, às lojas da empresa, mas, desta vez, cheias de café fresco.

Desta maneira, percebe-se que o consumidor, ao visualizar um produto ou serviço que foi introduzido no mercado de consumo por intermédio da estratégia do marketing ambiental, bem como ao verificar que determinada empresa pratica a logística reversa, é estimulado a ser um consumidor consciente, pois, ao comprar das empresas *eco-friendly,* perfectibiliza a prática, que será vista a seguir, do consumo consciente.

4.3. UMA ANÁLISE DO CONSUMO CONSCIENTE ATRELADO AO CONSUMIDOR CONSCIENTE

Com a finalidade de disseminar a cultura do consumo sustentável, os consumidores possuem um papel deveras relevante, uma vez que podem ser conscientes relativamente ao consumo, bem como podem realizar escolhas de consumo responsáveis com o meio ambiente.

Na ótica do consumo consciente, os consumidores devem autoquestionar-se antes de perfectibilizar qualquer compra. As perguntas para si, basicamente, seriam se: “Eu preciso efetivamente isso que estou prestes a adquirir?”; “Eu posso reciclar o que eu vou comprar?”; ou “Há a possibi-

lidade de realizar o descarte adequado do produto que estou comprando?". Se, em realizando estes questionamentos internos o consumidor obtiver, de si próprio, respostas negativas, o correto seria não adquirir o produto ou realizar o serviço, aplicando, na prática, o consumo consciente. Certo é que todo consumo causa algum tipo de impacto no meio ambiente, podendo ser este positivo ou negativo, e, justamente por isso, todos os consumidores devem ter a consciência dos impactos que determinado produto pode causar na natureza na hora de escolher o que comprar.

Se, todavia, mesmo autoquestionando-se sobre a necessidade de compra ou uso de determinado serviço a resposta for positiva quanto à perfectibização da compra, o consumo passa a ser analisado pela ótica do consumidor consciente. Neste diapasão, o consumidor consciente é aquele que analisa, durante a sua compra, a origem do produto, o método de venda, aspectos culturais, ambientais e até trabalhistas que regem em torno do produto prestes a ser adquirido.

A título de exemplo, alude-se que o consumidor consciente, ao sentir necessidade de comprar produtos de beleza, como um esfoliante corporal, ao invés de optar por adquirir um esfoliante artificial, fabricado com polietileno, material que interfere na cadeia alimentar da fauna e polui rios, mares e desestabiliza o meio ambiente, pode escolher comprar um esfoliante natural, que é biocompatível e se une à natureza, uma vez que é absorvido rapidamente pelo meio ambiente.

Ainda, o consumidor consciente deve atentar-se à questão da utilização do plástico, optando por utilizar outros materiais menos prejudiciais à natureza. Recentemente, notou-se uma mobilização nacional quanto à redução do uso e comercialização dos canudos de plástico, inclusive a cidade de Porto Alegre aprovou a Lei nº 12.514/19, que está em plena vigência, e possui o condão de proibir a venda e a distribuição de canudos flexíveis plásticos descartáveis em restaurantes, bares e similares. Desta forma, se algum estabelecimento quiser disponibilizar o canudo, este deve ser de papel, material biodegradável ou reutilizável (os feitos de metal e que podem ser limpos e reutilizados infinitas vezes).

Para Lucia Elena Arantes Ferreira Bastos (2006), o problema que envolve o meio ambiente deve ser levado ao patamar de realidade global, sendo de suma necessidade o reconhecimento de que o consumo excessivo pode acarretar a impossibilidade de acesso de todos a uma vida equiparável a longo prazo.

É importante trazer, neste contexto, o pensamento de Michel Serres (1990), em "O Contrato Natural", em que o autor faz uma impor-

tante análise sobre a necessidade de equilíbrio entre a humanidade e o Planeta, sob pena de a própria Terra voltar-se contra todos. O autor brilhantemente expõe que, assim como nós a possuímos, ela também irá nos possuir como outrora.

Por esta perspectiva, deverá ocorrer uma melhor gestão do homem para com o meio ambiente, utilizando-o de maneira sustentável e com uma perspectiva intergeracional, para que, assim, possamos viver de forma harmônica com a Terra, com a finalidade de evitar a extinção da vida humana e não humana, preocupando-se, sobretudo, com a necessária gestão do (hiper)consumo.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo teve como escopo o estudo da possibilidade de construção do desenvolvimento sustentável à luz do consumo sustentável. Desta forma, analisou-se a Constituição Federal de 1988, as Declarações Internacionais, a Lei Infraconstitucional e a Doutrina Nacional acerca do tema.

Em síntese, este artigo teve a intenção de demonstrar, a partir da construção da argumentação jurídica e de uma análise procedimental e lógica, que, em que pese o ser humano viver predominantemente em uma sociedade capitalista e que incentiva o consumo de bens e serviços, necessário se faz vislumbrar o consumo sob um viés consciente, enfatizando o desenvolvimento sustentável e criando a possibilidade deste ser sustentável.

Com efeito, não se pode olvidar que o Planeta Terra está cansado da exploração desenfreada de seus recursos naturais, e os humanos possuem uma responsabilidade importante na efetivação do consumo sustentável. Essa responsabilidade pode ser entendida como tripartite, pois envolve o Estado, os cidadãos e as empresas para a busca de um futuro preocupado com o compromisso intergeracional assumido, subjetivamente, por todos, uma vez que não se pode deixar às futuras gerações um Planeta Terra pior do que o que foi recebido.

Desta forma, o Brasil, apesar de possuir, em seu ordenamento jurídico, mecanismos de proteção ambiental, deve incentivar mais os instrumentos que fomentam o consumo sustentável, ampliando as práticas de educação ambiental bem como a os incentivos que premiam as boas condutas em relação à proteção ambiental, aperfeiçoando o consumo

sustentável no país. Assim, existe um consolidado dever individual de realizar boas práticas de consumo, escolhendo produtos ou serviços que sejam biocompatíveis com a natureza. Vale frisar que a existência humana depende da Terra, mas a Terra não depende da existência humana.

REFERÊNCIAS

AVELAR, Ednara Pontes de; PORTO, Rafaela Granja. A aplicação do princípio da precaução no direito do consumidor e sua direta relação com o instituto do recall. **Revista de Direito Privado**, v. 36, p. 93-118, out./dez. 2008.

AZEVEDO, Plauto Faraco de. **Ecocivilização**: ambiente e direito no limiar da vida. 3. ed. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

BASTOS, Lucia Elena Arantes Ferreira. O consumo de massa e a ética ambientalista. **Revista de Direito Ambiental** | v. 43, p. 177-202, jul./set. 2006.

BECK, Ulrich. **Sociedade de risco**: rumo a uma outra modernidade. São Paulo: Editora 34, 2010.

BELCHIOR, Germana Parente Neiva; LEITE, José Rubens Morato. **Riscos e danos ambientais na jurisprudência brasileira do STJ**: um exame sob a perspectiva do Estado de direito ambiental. São Paulo: Cedoua, 2008. Disponível em: https://digitalis-dsp.uc.pt/bitstream/10316.2/8835/3/3.pdf. Acesso em: 9 ago. 2019.

BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função:** novos estudos de teoria do direito. São Paulo: Manole, 2007.

COLOMBO, Luciane Ozelame Ribas; FAVOTO, Thais Brandt; CARMO, Sidney Nascimento do. A evolução da sociedade de consumo. **Akrópólis**, Umuarama, v. 16, n. 3, p. 143-149, jul./set. 2008. Disponível em: https://www.revistas.unipar.br/index.php/akropolis/article/viewFile/2462/1955. Acesso em: 2 maio 2020.

EFING, Antônio Carlos; GREGORIO, Carolina Lückemeyer. Greenwashing e rotulagem ambiental no direito do consumidor à informação. **Revista de Direito do Consumidor**, v. 113, p. 439-455, set./out. 2017.

GARCIA, Leonardo de Medeiros. Promoção do consumo sustentável através do princípio da informação ambiental ao consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, v. 104, p. 149-178, mar./abr. 2016.

GAVIÃO FILHO, Anizio Pires. **Direito fundamental ao ambiente**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

GONÇALVES, Antonio Baptista. A democracia, a tirania na república de Platão e a sociedade de consumo globalizada. **Revista dos Tribunais São Paulo**, v. 8, p. 123-172,| set./out. 2014.

JOÃO, Catharine Black Lipp. A sociedade de consumo (in) sustentável e o direito: reflexões sobre os impactos ambientais e o tratamento jurídico da obsolescência programada. **Revista de Direito Ambiental**, v. 97, p. 107-126, jan./mar. 2020.
MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito ambiental brasileiro**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

MCCORMICK, John. **Rumo ao paraíso**: a história do movimento ambientalista. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 1992.

NALINI, José Renato. Ética ambiental. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

PASQUALOTTO, Adalberto de Souza; SARTORI, Paola Mondardo. Consumo sustentável: limites e possibilidades das práticas de consumo no contexto nacional. **Revista de Direito Ambiental**, v. 85, p. 191-216, jan./mar. 2017.

PEREIRA, Agostinho Oli Koppe; CALGARO, Cleide. Relação de consumo: tempo e espaço. **Revista de Direito do Consumidor**, v. 79, p. 311-328, jul./set. 2011.

RODRIGUES, Sérgio de Almeida. **Destruição e equilíbrio:** o homem e o ambiente no espaço e no tempo. 16. ed. São Paulo: Atual, 2009.

SALDANHA, Pedro Mallmann. Logística reversa: instrumento de solução para a problemática dos resíduos sólidos em face da gestão ambiental. **Revista de Direito Ambiental**, v. 65, p. 101-151, jan./mar. 2012.

SERRES, Michel. **O contrato natural**. Lisboa: Éditions François Bourin, 1990.

SOUZA, Damares Pereira de; SAMPEDRO, Nancy. Instrumentos de gestão empresarial em sede de direitos difusos e coletivos. **Revista dos Tribunais**, v. 1.002, p. 349-367, abr. 2019.

SPAREMBERGER, Raquel Fabiana Lopes; PAZZINI, Bianca. O ambiente na sociedade do risco: possibilidades e limites do surgimento de uma nova cultura ecológica. **Veredas do Direito**, Belo Horizonte, v. 8, n. 16, p. 147-168, jul./dez. 2011.

STEINMETZ, Wilson. Educação ambiental, Constituição e legislação: análise jurídica e avaliação crítica após dez anos de vigência da lei 9.795/1999. **Revista de Direito Ambiental**, v. 55, p. 189-202, jul./set. 2009. Doutrinas Essenciais de Responsabilidade Civil, v. 7, p. 69-82, out. 2011.

E QUANDO O JUIZ É ELEITO? O PAPEL DO JUDICIÁRIO NAS DEMOCRACIAS CONTEMPORÂNEAS

Ramiro Crochemore Castro[1]

Resumo: A presente investigação procede uma breve análise do suposto déficit democrático do Poder Judiciário por seus membros não passarem pelo crivo popular do sufrágio direto dos eleitores, comparando o sistema de seleção utilizado pelo Brasil, baseado na escolha por concurso público e mérito combinado com sistemas de apontamento indireto para os tribunais superiores com os processos de eleição direta ocorridos em diversos estados nos Estados Unidos da América e na Suíça e os efeitos da submissão dos magistrados ao voto popular na independência e autonomia dos juízes, bem como aponta possíveis caminhos para a democratização do judiciário. Para atingir as finalidades a que se propõe, optou-se pela utilização do método de abordagem dialético, afim de, pela contraposição das teses de diversos autores sobre o papel da Justiça no atual estágio de Estados Constitucionais democráticos de Direito, observar se persiste o chamado déficit democrático e a falta de legitimidade apontada pela crítica, e como procedimento foi utilizado o interpretativo e comparativo, realizando a comparação entre os métodos de escolha dos

1 Mestre em Empleo, Relaciones Laborales y Diálogo Social en Europa pela Universidad de Castilla-La Mancha. Mestrando em Direito pela Fundação da Escola Superior do Ministério Público. Especialista em Derechos Humanos Laborales y Derecho Transnacional del Trabajo pela Universidad de Castilla-La Mancha. Especialista em Direito do Trabalho, Processo do Trabalho e Seguridade Social pela Fundação Escola da Magistratura do Estado do Rio Grande do Sul. Integrante do grupo de pesquisa Transparência, Direito Fundamental de Acesso e Participação na Gestão da Coisa Pública do Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público, coordenado pela Prof.ª Dr.ª Maren Guimarães Taborda.Possui graduação em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. E-mail: ramiro@copadvogados.com.br.

magistrados pela via eleitoral e sua pertinência frente às exigências das democracias contemporâneas ao poder Judiciário, através da técnica de pesquisa bibliográfica.
Palavras- chave: Democracia; eleições; jurisdição; legitimidade.

Abstract: The present research proceeds with a brief analysis of the supposed democratic deficit of the Judiciary Branch, as its members do not go through the popular screening of direct voter suffrage, comparing the Brazilian system, which consists in a combination of judicial service examination selection and merit and appointments to the Courts, with the direct election process that occurs in many states within the United States of America and in Switzerland and the effects of the submission of judges and magistrates to campaigning and elections on the independence and autonomy of this officials while in office, and also pointing out some possibilities to democratize the judiciary system. To reach said goals the method of approach chosen was the dialectical one, in order to, by opposing the thesis defended by several authors on the role of the Judiciary Branch in the current state of democratic constitutional States, and observe if the so-called democratic deficit and the lack of legitimacy pointed by the critics persists, and the procedure was interpretative and comparative, as it compares the methods of selecting judges, notably those that opts by elections and their fitting with the demands of contemporary democracies to its Judiciary. and the research technique used was the bibliographical review on the subject.
Keywords: Democracy; elections; jurisdiction; legitimacy.

1. INTRODUÇÃO

As críticas relacionadas ao Poder Judiciário frequentemente perpassam os tópicos do déficit democrático e da falta de legitimidade do mesmo, pelo parco controle social sobre a estrutura judiciária e pelo fato de seus membros não serem eleitos diretamente pelo voto através do sufrágio universal, como geralmente são nas democracias liberais modernas os representantes nos chamados poderes políticos, o Legislativo e o Executivo. Ao *judicial review, ao* controle de constitucionalidade e à própria atividade da jurisdição careceria legitimidade democrática, sobretudo em relação ao que os críticos referem ser ativismo judicial[2] e aponta-se ainda uma cres-

2 Esta expressão foi cunhada em um artigo do historiador Norte-Americano Arthur Schlesinger publicado na revista Fortune em 1947, denominado *The Supreme Court*

cente hipertrofia do Poder Judiciário e de suas competências frente aos parlamentos e casas legislativas democraticamente eleitas. Diversos autores, como Dworkin (2005), defenderam uma posição mais ativa do Judiciário frente à proteção e garantia dos direitos fundamentais, aduzindo que a jurisdição constitucional longe de estar em oposição à democracia e à soberania popular e de apresentar tão somente um papel contramajoritário, é essencial dentro de uma democracia constitucional, pois a defesa que os juízes fazem dos valores e direitos fundamentais emanados da Constituição nada mais é do que a defesa dos valores escolhidos pelo próprio povo, poder constituinte originário, e pelo legislador constituinte.

A desconfiança sobre o Poder Judiciário é herdeira da tradição revolucionária francesa, que após a Revolução de 1789 e durante o processo de rompimento com o *ancién regime* e de estabelecimento da primeira República Francesa procedeu com a criação de mecanismos de submissão dos juízes ao poder político, ao Parlamento, reduzindo a função judicial ao "Juiz boca da lei" (*Bouche de la loi*) como referia Montesquieu ou "Escravo da Lei" como dizia Voltaire, uma vez que a interpretação da Constituição era função do Poder Legislativo, devendo os juízes se submeterem ao *réferé legislatif*, a partir da ideia liberal da supremacia da lei e do parlamento em oposição ao absolutismo monárquico anterior (BARROSO, 2017). Esta primazia do parlamento é observada também no Sistema Westminster Britânico, país que apenas recentemente criou uma Suprema Corte e começou a codificar e positivar seus direitos, com a função judicante por séculos sendo exercida pela Câmara dos Lordes (STRECK, 2018).

A presente análise desenvolver-se-á a partir do método dialético, e tem como problema saber se o déficit democrático apontado como problema filosófico insanável do Poder Judiciário por muitos autores, por seus membros não serem eleitos diretamente pela população, pode ser analisado, sob a ótica da democracia constitucional, de maneiras diferentes, a partir de formulações teóricas como da representatividade discursiva e do papel contramajoritário que protege e fortalece, e não enfraquece, a democracia. Ilustram-se ainda as razões do presente trabalho através do

---

, no qual ele analisa as divergências existentes entre os Juízes da Suprema Corte no período, e denomina como ativistas judiciais (no original em inglês, *Judicial Activists)* os *Justices* que se alinhavam com o pensamento de que a SCOTUS poderia desempenhar um papel ativo na garantia dos direitos fundamentais, notadamente os *Justices* Black e Douglas, diferenciando-os da linha adotada pelos *Justices* Burton, Frankfurter e Jackson, apelidados de *Champions of the Self- Restrain*t, ou campeões da autorestrição e dos *Justices* que estariam na posição de equilíbrio (balance) entre as duas vertentes (Reed e Vinson). (SCHLESINGER, 1947).

procedimento interpretativo e comparativo, pois realiza-se a comparação entre os métodos de escolha dos magistrados por seleção e pela via eleitoral, analisando os riscos para a própria democracia de envolver o poder Judiciário diretamente na disputa política e se este método, utilizado na maioria das unidades federadas dos EUA e na Suíça, é recepcionado frente ao atual estágio das democracias constitucionais contemporâneas e o papel que o poder Judiciário têm nelas, sobretudo no que se refere à jurisdição constitucional, através da técnica de pesquisa bibliográfica.

2. O SUPOSTO DÉFICIT DEMOCRÁTICO DO PODER JUDICIÁRIO

Frente ao pressuposto de que as sociedade complexas não conseguem resolver seus conflitos tão somente por meio da justiça privada, da autocomposição e autotutela, e de que o sistema coercitivo do Direito, ao suplantar a moral, necessita de aplicadores e hermeneutas com elevado grau de especialização na ciência jurídica, mas que também tenham uma formação humanística que vá além e agregue outros elementos extra-jurídicos, tem-se que no Estado Democrático de Direito este assume a função de organizar a justiça pública à luz da Constituição Federal para que esta exerça sua função social, decida litígios, arbitre conflitos e diminua desigualdades estruturais através da especialização como a tutela do trabalhador e do consumidor, sempre buscando a harmonia e a paz social através de procedimento formal, o processo (AZEVEDO, 2001). Para o cumprimento deste papel fundamental para o funcionamento do Estado, há uma série de requisitos exigidos pela Constituição Federal e pela Lei Orgânica da Magistratura, bastante semelhantes em todo mundo, como impessoalidade, moralidade, reputação ilibada e notório saber jurídico, o que torna esta uma seleção delicada, bastante técnica e ao mesmo tempo, notadamente nas nomeações para os Tribunais Superiores, subjetiva. Diversos países optam pelo sistema de escolha via concurso público, que se apresenta como mais adequado que o sistema de nomeação pelo chefe do Poder Executivo, pois ao realizarem processos seletivos públicos, vinculados aos princípios da administração pública de impessoalidade, isonomia e transparência, garantem a lisura e evitam influências externas e compadrios e garantem a qualidade técnica do Juiz e a independência do Judiciário, ainda que o processo não seja isento de falhas e críticas. Países Europeus Continentais, como Alemanha e França, possuem prestigiosas Escolas de Magistratura, preocupando-se não apenas com o processo de escolha em si, mas também

com a formação dos futuros magistrados, o que não acontece nos países herdeiros do *Common Law* (SALOMÃO, 2014).

No entanto, um dos grandes óbices para a pacificação da questão sobre a legitimidade democrática do judiciário é justamente a forma de escolha dos juízes e membros dos Tribunais e Colegiados (Desembargadores e Ministros, no sistema brasileiro) pois o exercício da jurisdição concede considerável poder e autoridade a um indivíduo que não foi eleito, e que não se submete, ao contrário dos servidores públicos concursados, à direção dos governos eleitos pelo povo. Saliente-se que apesar dos magistrados serem escolhidos mediante concurso público, este é exigido tão somente para preenchimento das vagas no primeiro grau de jurisdição, com os membros do Segundo Grau de Jurisdição, os Tribunais Regionais Federais, Tribunais Regionais do Trabalho e Tribunais de Justiça sendo escolhidos por um sistema híbrido que comporta 80% de suas vagas por meio da promoção por merecimento e antiguidade, e 1/5 por meio de listas sêxtuplas encaminhadas pelos órgãos de representação da advocacia e do Ministério Público ao respectivo Tribunal que então formará uma lista tríplice e encaminhará ao poder Executivo, que nomeará um dos indicados, por força do art. 94 da Constituição de 1988[3], o chamado quinto constitucional, presente também, a partir da Emenda Constitucional nº 45/2004, no Tribunal Superior do Trabalho.

Destaca-se, também, no arcabouço jurídico Brasileiro o destacado papel resguardado pelo legislador Constituinte ao Senado Federal na escolha de magistrados das Cortes Superiores, competindo privadamente, pelo exposto no art. 52 da Constituição[4], ao Senado aprovar por voto secreto, após arguição pública (as sabatinas) diversas autoridades, dentre elas Magistrados, inclusive os Ministros do STF, do STJ e do TST, seguindo a tradicional tripartição dos poderes proposta por Montesquieu, e a preservação do equilíbrio e harmonia entre eles, através do sistema do

3 Art. 94. Um quinto dos lugares dos Tribunais Regionais Federais, dos Tribunais dos Estados, e do Distrito Federal e Territórios será composto de membros, do Ministério Público, com mais de dez anos de carreira, e de advogados de notório saber jurídico e de reputação ilibada, com mais de dez anos de efetiva atividade profissional, indicados em lista sêxtupla pelos órgãos de representação das respectivas classes. Parágrafo único. Recebidas as indicações, o tribunal formará lista tríplice, enviando-a ao Poder Executivo, que, nos vinte dias subseqüentes, escolherá um de seus integrantes para nomeação.(BRASIL, 1988).

4 Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal:
... III - aprovar previamente, por voto secreto, após argüição pública, a escolha de:
a) Magistrados, nos casos estabelecidos nesta Constituição;(BRASIL, 1988).

check and balances (freios e contrapesos). Vê-se ainda certa inspiração no sistema Norte-Americano, no qual o Senado Federal também possui destacado Poder em relação à nomeação de Ministros de Estado, Embaixadores e *Justices* da Suprema Corte (EUA, 1789), com a Casa alta Estadunidense possuindo poderes ainda mais amplos do que os delegados pela Constituição Brasileira.

O problema da escolha dos juízes e magistrados é central nas sociedades complexas, organizadas pelo Direito e portanto com a jurisdição sendo uma função essencial para o funcionamento do aparelho estatal e para a resolução de conflitos. Durante o final do período Romano, a jurisdição passa a ser eminentemente pública e assim permanece até hoje (COUTO E SILVA, 1997) e isso criou exigências de independência judicial, através da autonomia do Poder Judiciário dos poderes políticos e de garantias contra a remoção por motivos políticos dos juízes, bem como acarreta o desafio da garantia da independência, neutralidade e imparcialidade do juiz da causa. Sua posição social elevada, no sentido trazido por Bordieu (1986) de capital social, transformou lentamente os membros do Poder Judiciário de figuras respeitadas em sua comunidade para figuras politicamente relevantes nas sociedades atuais, desde verdadeiros juízes-celebridade, que chegam a ferir o Código de Ética da Magistratura pela atuação política até membros do Poder Judiciário com imensos fã-clubes mesmo com atuação discreta, como era Ruth Bader Ginsburg. O desenvolvimento do Constitucionalismo do pós II Guerra (ou neoconstitucionalismo) e o papel renovado do controle de constitucionalidade na defesa dos direitos fundamentais, somados à promulgação de constituições analíticas nas últimas décadas, ainda que com méritos de garantir a efetividade e concretização de direitos, especialmente das minorias políticas, frente à omissão do parlamento, contribuíram para o fenômeno da judicialização da política e da politização da Justiça.

Com este rompimento com o paradigma juspositivista do Estado de Direito legalista e formalista, após o final da Segunda Guerra mundial, passou-se a construir e fortalecer um novo paradigma Constitucional, em que as leis aprovadas pelo princípio majoritário no parlamento não poderiam obstaculizar direitos fundamentais e serem contrárias à Constituição, com o apego à literalidade sendo substituído pela aplicação conforme os princípios jurídicos. A transformação em Estado Democrático de Direito se deu com a introdução da garantia dos direitos humanos e fundamentais como patamares consensuais mínimos dentro do pacto político da sociedade e da humanidade, cuja defesa foi atribuída ao Po-

der Judiciário, notadamente (mas não só) aos Tribunais Constitucionais (CAMBI; NASSIF, 2015), reforçando que o caráter democrático do Estado, longe de ser mera retórica ou confundir-se apenas com o voto popular a cada quatro anos nas eleições, é um princípio estruturante de todo o sistema e que se irradia com efeitos em todo o ordenamento e na própria atividade hermenêutica de interpretação e aplicação da norma no caso concreto. Ao risco da "ditadura da toga", pelas possibilidades que a hermenêutica jurídica permitiria pela técnica legislativa de cláusula aberta e a indeterminação comum ao direito, sobretudo no plano Constitucional, o que concederia demasiado poder de arbítrio a um membro da comunidade não-eleito, dizem os autores:

> O Judiciário deve estar comprometido com o princípio contra majoritário, integrante da própria noção de democracia, e que visa justamente cuidar para que a reprodução dos fatores reais de poder não implique a ditadura da maioria – o que não é democracia (CAMBI; NASSIF, 2015, p.5).

Azevedo (2001, p. 414) alerta que "O Poder Judiciário precisa ter consciência da politicidade de seu trabalho" pois a questão judiciária é eminentemente política, mas que isso não significa partidarismo, mas sim uma exigência de conscientização social mais ampla do que a dogmática jurídica oferece por si só. Sobre este ponto, ainda Azevedo:

> Para concretizar a Constituição, do ponto de vista da realização dos Direitos Fundamentais econômicos e sociais, o juiz não se poderá deixar embair pela ideologia vigente, no claro sentido de pensamento destinado a obscurecer os fatos sociais. É ela o neoliberalismo, que diz exprimir a modernidade, já tendo tido até a pretensão de constituir "o fim da história" (AZEVEDO, 2001, p. 411).

Esta leitura dialoga com a compreensão dos comunitaristas e republicanos, influenciados pela tradição germânica do BverfG, que percebem a Constituição como uma ordem de valores objetiva, com um papel dirigente (GENRO, 2010), não sendo neutra, e que o constituinte deixou claras suas intenções no texto da CFRB de 1988 (BARZOTTO, 2006) e portanto o juiz deve abster-se de suas próprias inclinações, ou as de seu tempo, e fazer a leitura de acordo com a vontade de uma Constituição analítica, seus objetivos, diretrizes e princípios que dali emanam. A partir da dogmática constitucional, tem-se as normas ali expostas como ponto

de partida da análise da validade de qualquer ato pelo juízo, diminuindo assim a discricionariedade, e as possibilidades de decisão são racionalizadas a partir da argumentação e fundamentação, ainda que a sentença ou decisão seja um ato volitivo do magistrado.

3. A DEMOCRACIA TOGADA: AS ELEIÇÕES PARA JUÍZES

Apesar de incomum, ainda hoje um país, a Suíça, e 39 estados Norte-Americanos adotam um sistema de escolha dos juízes por meio de eleições. No país Europeu, diversos cantões (unidades territoriais semelhantes aos nossos estados da federação) escolhem diretamente pelo voto popular seus juízes, sendo inclusive permitido em vários dos 26 Cantões que os candidatos possam ser juízes leigos (sem formação em direito), para mandatos de quatro ou seis anos, facultada a candidatura à reeleição, enquanto os Juízes dos Tribunais Federais e Cantonais são escolhidos pelo Parlamento. Este sistema apresenta problemas em relação à independência judiciária, já que não apenas muitos juízes apresentam filiação partidária (inclusive com taxas de mandato, pagamento de contribuição partidária para seus partidos) mas com uma politização do processo de escolha, com cada grupo parlamentar indicando membros para o Comitê de Seleção de candidatos, que posteriormente apresentará suas recomendações à Assembleia Federal. Desde 1953 nenhum juiz da Suprema Corte Suíça é politicamente independente (50 dos 72 Juízes federais também apresentam filiação partidária) e apenas 7 juízes estaduais declararam não ser filiados ou não possuir simpatias. Dentre os critérios buscados pelo Comitê de seleção, além do equilíbrio entre os partidos, está o compromisso com a equidade de gênero, pois as mulheres ainda estão subrepresentadas (SUTER, 2014).

Nos Estados Unidos da América, não há sistema de seleção por concurso público e apenas juízes estaduais são eleitos por meio do voto direto, pois os juízes federais são indicados pelo Presidente, e confirmados pelo Senado Federal, à semelhança do que ocorre com a Suprema Corte. Este sistema não é isento de críticas, pois o sistema de seleção por meio das indicações ao Presidente, a quem compete a nomeação, pela Ordem dos Advogados (*American Bar Association*) e pelos Senadores assemelha-se a um processo de lobby político e por muitas vezes é selecionado um operador do direito por suas vinculações partidárias e afinidades ideológicas, pois são escassos os requisitos de nível técnico e saber jurídico (DA SILVA JUNIOR, 1999).

Já no intricado sistema da federação do país, a independência de cada unidade da federação para decidir faz com que os meios de escolha dos magistrados sejam bastante diferentes, e atualmente 39 estados de 50 optam por algum método de escolha que envolva o sufrágio direito dos eleitores. Dentre estes, temos 18 estados que realizam eleições partidárias para juiz, aonde o candidato é identificado com um partido político, geralmente democrata ou republicano, enquanto 21 estados possuem eleições em que os candidatos a Juiz não podem ter filiação partidária, sendo que o estado do Arizona realiza ambos tipos de eleição, dependendo do grau de jurisdição (NCSC, 2020). Saliente-se que mesmo as eleições oficialmente *non-partisan* sofrem influência dos partidos e as candidaturas classificadas como *Liberal*[5] são geralmente apoiadas pelos Democratas, enquanto candidatos *conservatives* têm a simpatia dos Republicanos, identificando-se sobremaneira pela posição do postulante a magistrado sobre temas como o Aborto, legalização das drogas, casamento LGBT, dentre outros.

Alguns estados possuem apenas *retention elections,* eleições semelhantes ao instituto do recall, sobre a permanência ou não no cargo, após ser indicado pelo governador e confirmado pelas Casas legislativas estaduais (nos EUA, os estados possuem além de assembleias estaduais, senados estaduais) no método denominado de *assisted appointment, merit selection* ou Plano Missouri, geralmente envolvendo uma comissão de nomeação judicial que analisa os currículos de candidatos e apresenta uma lista tríplice ao Governador, composta por membros da *state bar association* (semelhante às seccionais da Ordem dos Advogados do Brasil), representantes escolhidos pelo poder executivo e membros da Suprema Corte Local, sendo estas "eleições de retenção" adotadas por 19 estados (TARR, 2009). Criado em 1940, no estado do Missouri e oficialmente denominado *The Missouri Nonpartisan Court Plan,* o plano teve com uma de suas inspirações o discurso do jurista Roscoe Pound em 1906 "The *Causes of Popular Dissatisfaction with the administration of Justice*" (O'CONNOR, 2009) e foi uma resposta a um judiciário extremamente politizado e partidarizado que levou o estado em questão a reeleger apenas dois de seus juízes da suprema corte entre 1918 e 1941.

O método de apontamento assistido (Plano Missouri e assemelhados) e as comissões de seleção judiciais integradas por advogados, magistrados e juristas já são considerados uma resposta para as deficiências do sistema puro de eleição judicial, que começou a ser adotado

5 Liberal aqui é entendido no sentido usado na ciência política norte-americana como progressista, em oposição à quem sustenta posturas conservadoras.

no século XIX, e que já no início do século 20 apresentava diversas limitações e contradições, sobretudo denúncias de corrupção, influência dos políticos e a politização das decisões (O'CONNOR, 2009). Segundo Carlos Aarão dos Reis (1995 *apud* Bandeira, 2002, p.5) as consequências mais preocupantes decorrentes da eleição direta da magistratura era a transformação da jurisdição em um espaço essencialmente político, e do magistrado em agente político-partidário, tal como eram deputados e outros líderes. O populismo judicial era comum, e a função contra-majoritária da jurisdição era inviabilizada, sob pena de não reeleição para o cargo caso o juiz votasse contrariamente aos interesses de seu grupo e dos eleitores do condado:

> As conseqüências deste democratismo judiciário foram péssimas. No início deste século, as descrições de observadores europeus mostravam o amesquinhamento da magistratura escolhida por eleição popular e o abalo na sua independência [...]
> [...] os candidatos não eram procurados entre as pessoas de valor, mais aptas para as funções judiciárias, mas que não obteriam a maioria dos sufrágios. Eram preferidos advogados ambiciosos, intrigantes e insinuantes, sabedores de como seduzir os eleitores. Deviam participar dos meetings e contribuir para a caixa do partido, mas, se eleitos, seus vencimentos seriam inferiores aos honorários que auferiam como advogados. Por vezes, o candidato a juiz chegava ao ponto de anunciar, nos comícios, como julgaria as questões. Era uma magistratura débil, na qual a população não tinha confiança nem gozava de respeito.
> [...] Em Dakota do Norte, houve juízes que buscavam o favor de seu eleitorado pela publicação de manifestos semanais acerca dos assuntos judiciários." (REIS, 1995, p.5)

Em recente estudo, constatou-se que mais de meio bilhão de dólares haviam sido gastos nos últimos 20 anos em eleições para as supremas cortes estaduais em 38 estados, sendo que 27% desses gastos foram realizados por grupos de interesse externos, para além dos candidatos, suas campanhas ou respectivos partidos, geralmente de forma não-transparente, sendo difícil identificar as fontes de financiamento. Entre estes grupos está *RSLC Judicial Fairness iniatitive* que tem como objetivo " eleger juízes conservadores em todos os cantos da nação". O mesmo estudo ainda identificou que advogados, lobistas e empresas com ações a serem julgadas pela Corte estavam frequentemente no topo dos maiores doadores, num flagrante conflito ético e moral (BERRY *et al.*, 2019).

Parece haver uma incompatibilidade da função judicante e das exigências para o exercício pleno da jurisdição, quais sejam, a autonomia, independência e imparcialidade do juiz, conforme expresso pelo Código de Ética da Magistratura[6] com a atividade eleitoral, pois a busca de votos pressupõe propaganda e filiação ou simpatia partidária, compromissos políticos e apresentação de programa, o que não condiz com a autoridade moral e a confiança da sociedade que exala do cargo e com a necessária independência funcional para julgar que este importante agente público precisa ter como terceiro que arbitra conflitos em nome do Estado. Ainda, os conflitos éticos principalmente aparentam ser muito preocupantes, bem como a preservação da idoneidade do candidato a juiz, frente à exigência de arrecadação de recursos com entes privados para os processos eleitorais.

Saliente-se que a Suprema Corte Norte-Americana, pilar fundante do *judicial review* desde o início da República no país, através da defesa de Alexander Hamilton em seu *Federalist Paper* nº 78 em 1787 do papel da Corte na defesa da Constituição e do célebre caso *Marbury vs Madison* em 1803, jamais foi eleita pelo povo diretamente, nem era a visão dos *founding fathers* que o Judiciário fosse escolhido diretamente pelo povo, com seus primeiros seis membros nomeados por George Washington em 1789 e confirmados a *posteriori* pelo Senado (OYEZ, n.d). As eleições judiciais somente começaram a ser realizadas no século 19, apontando-se o estímulo populista de políticos como o Presidente Andrew Jackson como responsáveis por sua popularização, após serem adotadas pelo estado do Mississippi em 1832 (O'CONNOR, 2009).

4. A REPRESENTATIVIDADE DISCURSIVA E O PODER JUDICIÁRIO DO SÉCULO XXI

André Rufino do Vale (2015) quando analisa a legitimidade democrática da jurisdição constitucional a partir do conceito de democracia deliberativa, conforme formulado por autores procedimentalistas como Habermas e Carlos Santiago Nino, aduz que a onipresença da jurisdição constitucional é uma realidade nas democracias constitucionais

6 Art. 1º O exercício da magistratura exige conduta compatível com os preceitos deste Código e do Estatuto da Magistratura, norteando-se pelos princípios da independência, da imparcialidade, do conhecimento e capacitação, da cortesia, da transparência, do segredo profissional, da prudência, da diligência, da integridade profissional e pessoal, da dignidade, da honra e do decoro (BRASIL, 2008) .

contemporâneas e que apesar do controle de constitucionalidade (difuso e concentrado) possuir um caráter e uma função contramajoritária, esta não é necessariamente anti-democrática. Ademais, a constitucionalização parece ser um elemento que qualifica as democracias, dada sua rápida difusão e aceitação por todo o mundo e sua capacidade de, através da exegese Constitucional, de leituras sistemáticas e da hermenêutica, promover avanços civilizatórios e reinterpretações do arcabouço normativo que protegem sobretudo as minorias políticas, dando efetividade e expandido o conteúdo dos direitos fundamentais, como ocorrido em casos paradigmáticos à exemplo de *Brown vs Board of Education of Topeka* em 1954 e o casamento homoafetivo nos Estados Unidos e no Brasil.

Mesmo não sendo eleitos na maior parte do mundo, as Cortes e os Tribunais emanam autoridade (*autorictas*) e suas decisões são respeitadas pelos outros poderes, pelas instituições como um todo e pela própria população. É necessário então analisar a razão pela qual o Judiciário recebe tal legitimidade. Vale (2015) afirma que é a partir da representatividade argumentativa ou discursiva, ao contrário dos parlamentos que ostentam representatividade política. O autor, ao analisar as Cortes Constitucionais, destaca a relevância da forma de argumentação que emana destas instituições, ressaltando seu caráter deliberativo, sendo cada vez mais requisitadas para decidir sobre questões polêmicas e complexas. Há de se mencionar que esta última razão, a terceirização de temas polêmicos ao judiciário, é uma das fontes históricas de legitimação deste perante o poder político, inclusive em momentos de alta concentração, pois a divisão do trabalho era necessária ao Rei, que alivia-se do fardo de ser fonte de justiça, sobretudo em sociedades que começavam a se urbanizar e complexificar. Enquanto reservava para si o poder de perdão (ainda hoje presente entre as atribuições dos presidentes de muitos países), delegava a impopular tarefa de decidir vencedores e vencidos a outrem (HOLMES, 2008).

A presença de Cortes Constitucionais e de catálogos de direitos foram essenciais para a transição democrática de países que saiam de regimes autoritários, como Portugal, Espanha, Brasil e de regimes baseados na exclusão, como a África do Sul do Apartheid (VALE, 2015), mas este protagonismo tem sido alvo de críticas, sobretudo em momentos de crise de legitimidade das instituições políticas, voltando-se a sociedade civil e a opinião pública ao Judiciário, como Ingeborg Maus que traz a noção do Judiciário como o superego da sociedade atual. Maus (2000) apresenta ácida crítica ao papel da Justiça como instituição que teria servido

de substituto da figura do pai Imperial para uma "sociedade órfã" e traz diversos pontos importantes em relação à crítica da crescente hipertrofia do Poder Judiciário, que autoconcentra poder em detrimento dos poderes políticos, e por consequência, da soberania popular.

Resende e Vieira (2016) conceituam o constitucionalismo democrático como um modelo que constrói, a partir da aceitação de que há uma tensão inevitável entre direito e política, sua legitimidade democrática através de uma abertura das Cortes e dos procedimentos judiciais à sociedade. Tal abertura se dá através da realização de audiências públicas, pela facilitação da presença de grupos sociais relevantes nas discussões de temas relevantes por institutos como o terceiro interessado e *amicus curiae* e, no caso Brasileiro, da transmissão televisionada das sessões de julgamento, numa linha semelhante à adotada por Barroso (2010) quando fala de uma nova abordagem sobre a relação entre direito e política, frente a um modelo de análise da relação real entre os dois nas democracias contemporâneas e a necessidade de se revisar a concepção tradicional de oposição entra ambos, sobretudo em países que apresentam ainda processos de democratização inacabados e recentes. O judiciário torna-se uma espécie de reserva moral da nação, fiador do compromisso de nação insculpido na Constituição frente à crescente crise do sistema político. Esta posição não é nova, e já foi identificada por Garapon quando se referia ao juiz como o "guardião das promessas" e aponta que a popularidade e o protagonismo da justiça cresce na medida inversa dos outros poderes, devendo a Justiça "cega" e imparcial corrigir e balançar o equilíbrio com os desacreditados poderes políticos (GARAPON, 2001).

A defesa ativa da democracia passa a ser uma função cobrada pela população dos juízes, posição esta alimentada pelos próprios parlamentares e partidos políticos que cada vez mais judicializam todas as questões relevantes, provocando o Poder Judiciário a se pronunciar sobre praticamente tudo, demonstrando-se o parlamento frequentemente incapaz de ser a arena do diálogo e do consenso, e portanto de pacificar questões políticas. Este problema, no entanto, não é um "mal do século", pois Kelsen (2000) já identificava severas críticas ao parlamentarismo um século atrás em seu tratado sobre a democracia:

> Portanto, não devemos dissimular-nos que estamos hoje um pouco cansados do parlamento, ainda que não a ponto de se poder falar- como alguns fizeram de forma demasiada apressada- em uma "crise", em uma "falência" ou mesmo em uma "agonia" do parlamentarismo (KELSEN, 2000, p. 110).

Há um debate na ciência política- mas também em outras áreas do conhecimento- sobre a ressignificação da representação democrática e novas formas para além de tão somente as instituições parlamentares e o modelo adotado nos últimos dois séculos, face a certo esgotamento do mesmo e a constatação que esta noção tradicional mostra limitações para abarcar novos movimentos e fenômenos sociais e políticos, que começam a mudar a compreensão sobre representação, ativismo e lideranças (VALE, 2015). A noção de representação passa então por transformações, para além da tradicional representação do indivíduo enquanto membro abstrato do *demos* , para uma representatividade através dos discursos e pautas, sendo esta defendida por teorias democráticas deliberativas através de mecanismos como a representação como *advocacy* e a representação discursiva trazida por Dryzek (2000), em que todos os discursos socialmente relevantes devem ter espaço de apresentação e debate, auxiliando os métodos tradicionais de deliberação institucional e preconizando a importância da representação dos múltiplos discursos que permeiam as sociedades plurais na esfera pública, considerando a complexidade não apenas da comunidade, mas do próprio indivíduo que carrega em si diversos discursos (VALE, 2015).

5. CONCLUSÃO

É salutar, portanto, que o Poder Judiciário se abra à sociedade e permita que os discursos relevantes nas matérias em discussão sejam representados, com direito a voz, através de mecanismos de participação popular, a exemplo de audiências públicas, negociações coletivas e estímulo ao uso de institutos como o *amicus curiae* e outros tipos de intervenção de terceiros. Ademais, deve-se referir que, se não é desejável- ao menos para os fins a que o Judiciário se propõe neste momento histórico- que os magistrados sejam eleitos diretamente por processos eleitorais, isto não significa que maior controle social e transparência não deva ser exigido do Poder Judiciário, justamente por não ser possível (com as exceções elencadas supra) ao titular do poder constituinte originário, o povo, remover um juiz por meio do voto. O Judiciário pode- e deve- se desencastelar ao promover com responsabilidade o diálogo social quando decidir questões relativas à coletividade, não apenas em ações de controle concentrado de constitucionalidade pelas Supremas Cortes, mas também nas ações coletivas, plúrimas, nos dissídios coletivos sindicais e demais lides de interesse da sociedade como um todo, pois a função jurisdicio-

nal é, por força da Constituição, não apenas uma possibilidade, mas um direito que deve seguir também os princípios-pilares da República, quais sejam a promoção da democracia, cidadania e do pluralismo.

Nos últimos anos, o Poder Judiciário Brasileiro, sobretudo após a promulgação da Emenda Constitucional nº 45 de 2004 e da edição da Resolução 125/2010 do CNJ, têm priorizado a elaboração de ações e políticas públicas em âmbito institucional e interinstitucional no sentido de estimular a resolução de conflitos de maneira consensual, sobretudo litígios massivos e questões repetitivas (BRASIL, 2010). Vê-se aí, ainda que de forma tímida, a possibilidade de construção de um novo paradigma da responsabilidade social deste Poder, atribuindo ao Judiciário um papel proativo de instaurar um ambiente de permanente debate e de interação com as demais instituições, com as empresas, sindicatos e sociedade civil, visando a construção de respostas mais efetivas, céleres, representativas e de maior segurança jurídica.

É possível também a construção de mecanismos que assegurem uma maior oxigenação da Justiça, abandonando-se o caráter vitalício, como ainda é a Suprema Corte Norte-Americana (o Brasil neste ponto favorece uma alternância maior de poder, ao limitar a idade dos julgadores em 75 anos), para a adoção de mandatos fixos sem direito à reeleição para as indicações aos Tribunais Superiores, bem como apresenta-se salutar a aprovação de mecanismos de democracia interna, através da democratização dos regimentos dos tribunais. Ainda que não haja um consenso a respeito do tema, diversos doutrinadores vêm argumentando que há espaço para aprimorar e democratizar o poder Judiciário Brasileiro, tanto no que se refere ao ato jurisdicional em si, função precípua da Magistratura, quanto de seus atos administrativos e burocráticos, citando-se dentre as propostas relevantes, às de eleição direta da direção dos tribunais pela magistratura de primeiro grau, bandeira histórica da ANAMATRA, e como defende Carlos Henrique Bezerra Leite (2012) e a defesa da descentralização do poder do Presidente do órgão, com maior participação dos demais operadores do direito, tais como a advocacia (indispensável à administração da justiça como exposto no art. 133 da Constituição Federal), o Ministério Público, os servidores, os peritos e da sociedade como um todo.

Uma maior abertura do Judiciário, o que gradualmente já vem acontecendo, acompanhando as ondas do processo civil (CAPPELETTI; GARTH, 1988) pode, numa perspectiva pragmática, atenuar as desconfianças advindas das alegações filosóficas do déficit democrático deste Poder não-eleito e garantir a legitimidade política e social necessária para que os órgãos deste Poder tenham condições de agir com independência e autonomia. Esta movimentação

deve se dar no sentido de amplificar sua função social, com a aposta no diálogo social, sobretudo na mediação de conflitos e deve combater as iniciativas de desestruturação e descaracterização dos ramos do direito que atenuam desigualdades estruturais, como o direito do trabalho e o direito do consumidor. A estrutura do judiciário como um todo poderia, inclusive, absorver diversas práticas já realizadas pela Justiça especializada trabalhista que vem há muito tempo tendo destaque na sua missão constitucional de garantir pacificação social a partir da mediação do conflito entre capital e trabalho.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BANDEIRA, Regina Maria Groba. **Seleção dos magistrados no direito pátrio e comparado. Viabilidade legislativa de eleição direta dos membros do Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/estudos-e-notas-tecnicas/publicacoes-da-consultoria-legislativa/arquivos-pdf/pdf/200366.pdf. Acesso em: 18 set. 2020.

BARROSO, Luís Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: Direito e política no Brasil contemporâneo. *In:* **Revista da Faculdade de Direito da UERJ.** Rio de Janeiro. nº 21. 2012. Disponível em: https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfduerj/article/view/1794. Acesso em: 05 out. 2020.

BARROSO, Luís Roberto**.** Contramajoritário, Representativo e Iluminista: Os papéis dos tribunais constitucionais nas democracias. *In:* **Revista Direito e Práxis,** *Ahead of print,* Rio de Janeiro, 2017**.** Disponível em: https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/30806. Acesso em: 02 de out. 2020.

BARZOTTO, Luís Fernando. **A Democracia Na Constituição.** Editora Unisinos, Porto Alegre, 2003.

BERRY, Patrick; KEITH, Douglas; VELASCO, Eric. **The politics of Judicial Elections, 2017-2018: How dar money, interest groups, and big donors shape state High Courts**.Brennan Center for Justice, 2019. Disponível em: https://www.brennancenter.org/our-work/research-reports/politics-judicial-elections-2017-18. Acesso em: 08 out. 2020.

BEZERRA LEITE, Carlos Henrique.Democracia interna no Poder Judiciário: Eleições para os cargos diretivos dos tribunais no paradigma do Estado Demo-

crático de Direito. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, vol 81, out/dez 2012, p.199-228.

BORDIEU, Pierre. **The forms of Capital**. Nova Iorque: Greenwood Press, 1986. Disponível em: http://www.socialcapitalgateway.org/sites/socialcapitalgateway.org/files/data/paper/2016/10/18/rbasicsbourdieu1986-theformsofcapital.pdf. Acesso em: 08 out. 2020.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Diário Oficial da União, Brasília, DF, 5 de Outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm . Acesso em: 03 out. 2020.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça**. Código de Ética da Magistratura Nacional**. Brasília, 2008. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/codigo-de-etica--da-magistratura/. Acesso em: 09 out. 2020.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução nº 125.** Resolução nº 125 de 2010 do CNJ. Disponível em:http://www.cnj.jus.br///images/atos_normativos/resolucao/resolucao_125_29112010_16092014165812.pdf. Acesso em: 08 out. 2020.

CAMBI, Eduardo; NASSIF, Diego. Expansão da jurisdição constitucional e separação de poderes : uma análise sistêmica à luz da cidadania. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 101, n. 916, p. 249-264, fev. 2012.

CAPPELLETI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Tradução Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor:1988. Disponível em: https://www.irib.org.br/app/webroot/publicacoes/diversos003/pdf.PDF Acesso em: 07 out. 2020.

COUTO E SILVA, Almiro do. Os indivíduos e o Estado na realização de tarefas públicas.**Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, 209, p.43-70, jul/set.1997.

DA SILVA JUNIOR, Walter. Modelo de recrutamento dos juízes no Brasil. Natal, **Revista do CEJ/RN**, v.5, n.6. p 251-287, dez.1999.

DRYZEK, John S. **Deliberative democracy and beyond:** liberals, critics, contestations. Oxford: Oxford University Press, 2000.

DWORKIN, Ronald**. Freedom's Law: The moral reading of the American Constitution**. Oxford University Press, Nova York. 2005.

FARACO DE AZEVEDO, Plauto. Da politicidade do Poder Judiciário. **Direito e Democracia**, Canoas, vol.2, nº2, 2º sem/2001,p.409-423.

GARAPON, Antoine. **O juiz e a democracia: o guardião das promessas**. Tradução de Maria Luiza de Carvalho.Imprenta, Rio de Janeiro, 2001.

GENRO, Tarso. **Direito, Constituição e transição democrática no Brasil**. Brasília, Editora Francis,2010.

HOLMES, Stephen. **Linajes del Estado de Derecho**. *In:* ACKERMAN, John M (Coord). Más allá del acceso a la información. Transparencia, rendición de cuentas y Estado de Derecho.México: Siglo XXI, 2008.

KELSEN, Hans. **A Democracia**. São Paulo, Martins Fontes, 2000.

MAUS, Ingeborg. **Judiciário como superego da sociedade. O papel da atividade jurisprudencial na " sociedade orfã**". Tradução de Martonio Lima e Paulo Albuquerque, Novembro de 2000.

NATIONAL CENTER FOR STATE COURTS (NCSC). **Methods of Judicial Selection**. Williamsburg, 2020. Disponível em: http://www.judicialselection.us/judicial_selection/methods/selection_of_judges.cfm?state=. Acesso em: 08 out. 2020.

O'CONNOR, Sandra Day. Essentials and Expendables of The Missouri Plan. **Missouri Law Review**, vol 74, issue 3, 2009. Disponível em: https://scholarship.law.missouri.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3830&context=mlr. Acesso em: 09 out. 2020.

OYEZ. **John Jay.** (n.d.). Disponível em: https://www.oyez.org/justices/john_jay. Acesso em: 10 out. 2020.

RESENDE, Rainieiri Lima; Vieira, José Ribas. Judicial Review e Democracia: Caminhos para um controle dialógico de Constitucionalidade.**Revista Brasileira de Estudos Políticos**, Belo Horizonte, nº113, pp.49-74, jul/dez, 2016.

SALOMÃO, Luis Felipe. A Constituição Federal e a preparação/formação do Juiz Brasileiro. **Superior Tribunal de Justiça, Doutrina, Edição Comemorativa-25 anos**.Brasília, 2014.

SCHLESINGER Jr., Arthur M. The Supreme Court. **Fortune Magazine,** Vol. 35, 1947.

SUTER, Benjamin. **Appointment, discipline and removal of judges: A comparison of the Swiss and New Zealand Judiciaries**. Laws 522: Judiciary, Wellington, 2014. Disponível em: https://researcharchive.vuw.ac.nz/xmlui/bitstream/handle/10063/4615/thesis.pdf?sequence=2. Acesso em: 08 out. 2020.

STRECK, Lênio. **Jurisdição Constitucional.** 5º Edição, Rio de Janeiro: Forense, 2018.

TARR, Alan G. Do Retention Elections Work? **Missouri Law Review,** vol.74, Issue 3, 2009. Disponível em: https://core.ac.uk/download/pdf/217045271.pdf. Acesso em: 09 nov. 2020.

UNITED STATES. **Constitution of the United States**. Washington, District of Columbia, 1789. Disponível em: https://www.senate.gov/civics/constitution_item/constitution.htm. Acesso em: 07 out. 2020.

VALE, André Rufino. **Argumentação Constitucional: um estudo sobre a deliberação nos tribunais**. Tese (Doutorado em Direito) Brasília, Universidade de Brasília, 2015.

O DIREITO DO CONSUMIDOR COMO DIREITO FUNDAMENTAL CONSTITUCIONAL E O SUPERENDIVIDAMENTO NA PANDEMIA DE COVID-19

Isadora Leitão Wild Santini Picarelli[1]
Luiza Severnini Sima[2]

Resumo: O presente trabalho destaca sobre a evolução da importância do direito do consumidor na sociedade civil, e como a proteção estatal dos direitos do consumidor vulnerável perante o fornecedor é necessária para reequilíbrio das partes na relação consumerista. Ainda, aborda sobre o fenômeno do superendividamento, principalmente no atual momento, considerando a crise econômica agravada com a pandemia do vírus COVID-19, e a relevante proteção estatal para os consumidores de boa-fé, que se endividam excessivamente, e precisam da proteção estatal para garantia da preservação do mínimo existencial desses consumidores.
Palavras-Chave: Consumidor, direitos fundamentais, superendividamento, pandemia;

Abstract: This paper's approach is about the evolution of the importance of consumer rights in civil society, and how the State protection of vulnerable consumer rights before the supplier is necessary to rebalance the

1 Mestranda em Direito do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito da Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público (FMP). Bacharela em Direito pela Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público (FMP). E-mail: isadorawildpicarelli@ gmail.com.

2 Mestranda em Direito do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito da Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público (FMP). Bacharela em Direito pela Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público (FMP). E-mail: luizasima@hotmail.com.

parties in the consumerist relationship. It also addresses the phenomenon of over-indebtedness, especially at present time, considering the economic crisis aggravated by the COVID-19 virus pandemic, and the relevant State protection for consumers, who are excessively indebted and need protection to guarantee the preservation of the existential minimum of these consumers.
Keywords: Consumer, fundamental rights, over-indebtedness; pandemic;

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo irá versar sobre a importância do Direito consumerista nas relações jurídicas, como forma de fazer com que as relações de fornecedores e consumidores sejam equilibradas para todos os envolvidos nas relações de consumo, não permitindo a lesão do elo mais frágil. Entretanto, para isso, foi necessário promover por força de lei e proteção ao consumidor a garantia dessa proteção jurídica, de modo que ao possuir uma lei específica, traz ainda mais segurança para as partes. Deste modo, é importante destacar no presente artigo, que o Código de Defesa do Consumidor é embasado por princípios constitucionais basilares como a dignidade da pessoa humana, justiça social, valores sociais do trabalho e também a ordem econômica, tendo um escopo imprescindível para que assim, seja considerado um direito fundamental. Ainda, o artigo aborda a problemática do superendividamento, agravado pela pandemia gerada pelo vírus COVID-19.

2. HISTÓRIA DO DIREITO DO CONSUMIDOR

Desde os primórdios da Humanidade existiam relações de consumo, seja pela forma de escambo ou outras maneiras de troca e compra e venda. Com o desenvolvimento do comércio, com a troca entre moeda, e a busca por lucro, passou a existir relações contratuais, onde até então, eram apenas baseadas na boa-fé e na confiança. Este ramo do Direito foi evoluindo, inicialmente pela troca de objetos, para depois haver um comércio, e para então, finalmente ter um marco em sua evolução, onde segundo Xavier:

> A evolução do Direito do Consumidor deu-se com o aumento das indústrias, com a introdução da robótica e da informática ocorrida durante a Revolução Industrial. Em consequência desse mo-

> mento histórico, tivemos o crescimento das relações de consumo. A princípio, os negócios eram realizados interpessoalmente, onde os fornecedores (produtores) mantinham uma ligação contratual direita e imediata com seus consumidores, que compravam mercadorias específicas, àquelas destinadas a sua sobrevivência. Com o advento da industrialização, conjugada com a produção em larga escala, fizeram aumentar o volume de negócios, que passaram a ser pluripessoais e difusos. Esse período ficou conhecido como "movimento consumerista". (XAVIER, 2016, p. 1-2)

Deste modo, fica claro que a Revolução Industrial trouxe mudanças tecnológicas e principiológicas, pois a partir da revolução, a produção e a distribuição de produtos passaram a ser em massa gerando aumento da demanda de produtos e sua comercialização. Portanto, a partir do século XIX, com a transição do implemento de tecnologias para que houvesse uma produção em massa para o reerguimento da economia, surge então um novo contexto das relações de consumo, seguindo então, para a atualidade, onde novamente Xavier destaca:

> Atualmente não é diferente. Desenvolvemos nossa legislação para atenderem aos anseios da população. Vivemos em uma comunidade consumerista, e por isso que devemos estar sempre atentos aos nossos direitos e deveres.
> Em razão do aumento da oferta e demanda de produtos e serviços, notadamente tivemos uma ampliação exorbitante das relações negociais. Começamos, então, a observar a necessidade da criação de institutos que fossem capazes de dirimirem conflitos advindos dos atos negociais ocorridos entre consumidores e fornecedores. Principiou-se, então, o surgimento de pequenas organizações direcionadas para a solução de conflitos nas relações de consumo. A partir deste momento, buscou-se resguardar os interesses das pessoas mais vulneráveis na transação comercial, e ao mesmo tempo defender os direitos da parte inversa na relação negocial, que é denominado de empresário (reclamado). A proteção e defesa do consumidor tiveram acento na Constituição da República de 1988, não sendo ponderada em Constituições anteriores. Em suas prescrições podemos notar a determinação da competência do Estado em promover, na forma prevista em Lei, a defesa do consumidor. (XAVIER, 2016, p. 2)

Sendo assim, após esse marco com a ampliação da sociedade de consumo e da facilidade de o fornecedor possibilitar seus produtos, Gri-

nover e Benjamim (2009) explicitam a importância do respaldo jurídico com relação ao consumidor, destacando:

> Se antes fornecedor e consumidor encontravam-se em uma situação de relativo equilíbrio de poder de barganha (até porque se conheciam), agora é o fornecedor (fabricante, produtor, construtor, importador ou comerciante) que, inegavelmente, assume a posição de força na relação de consumo e que, por isso mesmo, "dita as regras". E o direito não pode ficar alheio a tal fenômeno. (GRINOVER, 2009, p. 06)

Com a demanda sendo em massa, isso consequentemente gerou mudanças na contratação dos produtos e serviços, com os contratos em massa e por adesão, que não tinham a participação do consumidor no estabelecimento das cláusulas contratuais. Logo, sem a criação de um mecanismo de proteção para os consumidores, não tardou a aparecer práticas abusivas, como "cláusulas de não indenizar ou limitativas de responsabilidade, [...] eliminação da concorrência, e assim por diante, resultando em insuportáveis desigualdades econômicas e jurídicas [...]" (FILHO, 2008, p. 03), e como se tratavam de contratos de adesão, o consumidor que precisava do produto ou serviço, não via saída a não ser aceitar as condições estabelecidas pelo fornecedor, o que gerou desequilíbrio nas relações entre fornecedores e consumidores.

No final do século XIX e início do século XX, surgiram algumas associações na defesa do dos direitos dos trabalhadores, por melhores condições de trabalho, e listavam para os consumidores, quais empresas respeitavam e tinham condições dignas de trabalho, como a New York Consumers League, criada por Josephine Lowell em 1891 e a National Consumers League, criada por Florence Kelly, em 1899.

A preocupação estatal com a proteção dos direitos dos consumidores teve sua origem em meados dos anos 60 e 70. Em 1972, sendo realizada a Conferência Mundial do Consumidor, na Suécia, e em 1973, dois eventos foram marcantes, pois foi determinado na Comissão das Nações Unidas sobre os Direitos do Homem, que o direito do consumidor abarcava "o direito à segurança, o direito à informação sobre produtos, serviços e condições de venda, o direito à escolha de bens alternativos de qualidade satisfatória a preços razoáveis e o direito de ser ouvido" (MIRAGEM, 2016, p. 46).

A Comissão de Direitos Humanos das Nações Unidas, em 1973, reconheceu direitos básicos do consumidor, como segurança, informação, dignidade humana, e no mesmo ano, a Assembleia Consultiva do

Conselho da Europa desenvolveu a Carta de Proteção do Consumidor, com orientações para prevenção e reparação de danos aos consumidores.

Em 1985, a Assembléia Geral da Organização das Nações Unidas adotou a Resolução 39-248, que estabeleceu Diretrizes para a Proteção do Consumidor, e a resolução contava com normas internacionais "que tinham por finalidade oferecer diretrizes para países [...] a fim de que as utilizassem na elaboração ou aperfeiçoamento das normas e legislações de proteção ao consumidor" (FILHO, 2008, p. 06), ressaltando a importância da participação dos governos na implantação de políticas de defesa do consumidor.

No Brasil, nos anos 70 foram criadas diversas associações e entidades governamentais para a proteção do consumidor, como o Conselho de Defesa do Consumidor, no Rio de Janeiro, a Associação de Defesa e Orientação do Consumidor, em Curitiba, a Associação de Proteção ao Consumidor, em Porto Alegre, e em 1976, houve a criação do Grupo Executivo de Proteção ao Consumidor (PROCON), pelo Decreto n. 7.890, do Governo de São Paulo.

O direito do consumidor foi previsto na Constituição de 1988, que priorizou como dever do Estado a proteção do consumidor e determinou no art. 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias que fosse criado um Código para proteger esse direito, além de prever no artigo 5º, inciso XXXII, que: "O Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor". Ainda, ressalta-se que a proteção ao consumidor tem status de princípio constitucional, e foi incluída como um dos princípios gerais da ordem econômica, no artigo 170, inciso V, da Constituição Federal. O Código de Defesa do Consumidor foi criado por meio da Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990, e recentemente chegou aos trinta anos em vigor.

3. DEFINIÇÃO DE CONSUMIDOR

O Código de Defesa do Consumidor estabelece, no artigo 2º, a definição de consumidor (Art. 2° Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.) e no artigo 3º, a de fornecedor (Art. 3° Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços).

Interessante pontuar que, o presidente John Kennedy, dos Estados Unidos da América, em 15 de março de 1962, fez uma histórica

declaração ao Congresso Nacional, e definiu os consumidores da seguinte maneira:

> Todos nós somos consumidores. Eles são o maior grupo econômico e influenciam e são influenciados por quase toda decisão econômica pública ou privada. Apesar disso, eles são o único grupo importante, cujos pontos de vista, muitas vezes não são considerados. (OAB - Seccional Bahia, 2019)

Gerando então um entendimento de maneira ampla acerca do consumidor, pode-se seguir também a noção dos ensinamentos do jurista José Geraldo Brito Filomeno (1999), onde o mesmo destaca que:

> Entendemos que consumidor, abstraídas todas as conotações de ordem filosófica, tão somente econômica, psicológica, e concentrando-nos basicamente na acepção jurídica, vem a ser qualquer pessoa física que, isoladamente ou coletivamente, contrate para consumo final, em benefício próprio ou de outrem a aquisição ou locação de bens, bem como a prestação de serviços. Além disso há que se equiparar a consumidor a coletividade que, potencialmente, esteja sujeita ou propensa à referida contratação. Caso contrário se deixaria à própria sorte, por exemplo, o público alvo de campanhas publicitárias enganosas ou abusiva, ou então sujeito ao consumo de produtos ou serviços perigosos ou nocivos à sua saúde ou segurança. (FILOMENO,1999, p. 29)

O Código de Defesa do Consumidor se aplica a todo tipo de contrato que gera relação de consumo, e possui uma sobreestrutura jurídica, podendo ser aplicado de forma transversal e não vertical com outras normas jurídicas, de forma que protege o consumidor para vários ramos do Direito.

Segundo Miragem, o conceito de consumidor e de fornecedor se relacionam, e "a identificação de um consumidor em dada posição jurídica depende da existência de um fornecedor na mesma relação, sendo que um só existirá, quando existir o outro" (MIRAGEM, 2008, p. 54).

Na Inglaterra (The Consumer Protection from Unfair Trading Regulations 2008)[3] e na União Europeia (Diretiva 2005/29/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de maio de 2005)[4], se entende que o consu-

3 Inglaterra.he Consumer Protection from Unfair Trading Regulations 2008. Londres: UK Statutory Instruments, 2008, n. 1277, Part 1. Disponível em: https://www.legislation.gov.uk/uksi/2008/1277/part/1/made. Acesso em: 26 abr. 2021.

4 União Europeia. Jornal Oficial da União Europeia. Diretiva 2005/29/CE do Par-

midor é vulnerável ao produto ou serviço, em razão de doença mental ou enfermidade física, da idade, ou credulidade de uma forma que o vendedor poderia perceber. Ainda, o consumidor é definido como pessoa natural que se envolve numa prática comercial que não é relacionada ao seu comércio ou profissão. O consumidor pode ser uma pessoa bem informada, considerando aspectos sociais, culturais e linguísticos, mas também se prevê formas de evitar exploração dos consumidores que podem ser vulneráveis em práticas comerciais injustas. Já o comerciante, o fornecedor, é qualquer pessoa natural ou jurídica "acting for purposes relating to his trade, business, craft or profession" (TILLSON, 2011, p. 259).

No Brasil, se presume que todo consumidor tem posição vulnerável, e que é o elo fraco da relação, conforme o artigo 4º, inciso I, do CDC:

> Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios:
> I - reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo;

A vulnerabilidade é o princípio orientador do Código de Defesa do Consumidor, e possui presunção legal absoluta, pois considerando o desequilíbrio entre consumidor e fornecedor, e a legislação entende que os consumidores são vulneráveis pois "não possuem o poder de direção da relação de consumo, estando expostos às práticas comerciais dos fornecedores no mercado" (MIRAGEM, 2008, p. 128) e por isso, necessita de proteção jurídica.

4. A IMPORTÂNCIA DO DIREITO DO CONSUMIDOR COMO DIREITO FUNDAMENTAL CONSTITUCIONAL E O DEVER DE PROTEÇÃO ESTATAL

Após o destaque histórico de que as relações consumeristas passaram a ter uma maior escala com a Revolução Industrial, fica nítido que os métodos comerciais contemporâneos precisam ser regidos de maneira mais adequada do que antigamente.

---

lamento Europeu e do Conselho, de 11 de maio de 2005. Disponível em: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:32005L0029&from=PT. Acesso em: 26 abr. 2021.

O avanço da indústria e a aceleração do comércio com relação a produção do que iria ser vendido, fez com que surgisse ainda mais necessidade e mecanismos para que a parte mais vulnerável não fosse fragilizada. Deste modo, surgiu o CDC como instrumento específico para lidar e determinar esses deveres entre fornecedores e consumidores.

Até a Constituição Federal ser promulgada, o consumidor ainda não detinha tantos resguardos no ordenamento jurídico brasileiro, porém, conforme se conduziu, a Carta Magna foi promovendo garantias fundamentais, tais como se consta no artigo 24, do inciso V: "Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre: […] V – produção e consumo;" (BRASIL, 2015, p. 17). Além do mais, a Constituição Federal, em seu inciso III, do art. 1º, tem como princípio da dignidade da pessoa humana como sendo um dos cernes principais da lei constitucional, salientando sua importância dentro do contexto jurídico e social.

No Brasil, o Código de Defesa do Consumidor é o cerne que rege as relações consumeristas, e em seu artigo 1º do CDC, prevê que a proteção e a defesa do consumidor é de ordem pública e interesse social.

Os princípios de Direito do Consumidor estão interligados ao mínimo existencial, bem como todo o ordenamento jurídico, onde pode-se visualizar isso em todas as esferas jurídicas, mas principalmente em Direito do Consumidor, onde a parte mais fraca da relação consumerista é o consumidor, o qual é resguardado pelo princípio da dignidade da pessoa humana na relação contratual entre consumidor e fornecedor, visando assim, auxiliar para que haja uma relação mais justa, onde as relações devem ser transparentes sem onerosidade excessiva para a parte fragilizada da relação.

Cláudia Lima Marques também destaca que as leis constitucionais:

> Ganham uma nova força positiva, no sentido de obrigar o Estado a tomar certas atitudes, inclusive a intervenção na atividade privada para proteger determinado grupo difuso de indivíduos, como os consumidores. Daí a tendência do legislador moderno, que procura garantir a eficácia prática dos novos direitos fundamentais do indivíduo, dentre eles os direitos econômicos, através da inclusão destes objetivos constitucionais em normas ordinárias de direito privado, como é o caso do próprio Código de Defesa do Consumidor. (MARQUES, 2006, p. 164-165).

E como observou Aristóteles, "Os fracos não pedem mais que igualdade e justiça, mas os mais fortes quase não se preocupam" (HEL-

VESLEY, 2004, p. 145). Assim, para proteger os fracos, o Estado Democrático de Direito, que se funda na participação social, na justiça social, na soberania popular (o poder emana do povo), na garantia geral dos direitos fundamentais da pessoa humana, procura através de leis especiais, assegurar a garantia da dignidade humana e a igualdade aos sujeitos vulneráveis. Os mais fracos são aqueles que mais sofrem limitações ou possuem vulnerabilidades, que podem ser naturais, como a idade ou por doença, ou fator social, como sexo, raça, educação, classe social, sexualidade, ou por fator econômico. As pessoas que sofrem tais vulnerabilidades e discriminações necessitam de maior proteção estatal, por meio de ações positivas e afirmativas.

Fica cristalino, que o Direito do Consumidor seja compreendido como Direito Social, onde a intervenção estatal com o intuito de gerar igualdade entre as partes é imprescindível, como destaca Adolfo Mamoru Nishiyama:

> A defesa do consumidor, como princípio da ordem econômica, é programática, mas isso não quer dizer que ela possua conteúdo negativo, limitando a atuação do legislador ou do aplicador do direito, mas possui também eficácia positiva, impondo aos poderes públicos a implementação de políticas públicas.(NISHIYAMA, 2010, p. 90)

Podemos definir políticas públicas como um conjunto de programas, ações e atividades desenvolvidas pelo Estado diretamente ou indiretamente, que buscam assegurar determinado direito. As políticas públicas devem corresponder a direitos previstos na Constituição Federal ou que se afirmam graças ao reconhecimento por parte da sociedade e/ou pelos poderes públicos enquanto novos direitos das pessoas e comunidades.

O Estado proteger o consumidor é considerado um dever de agir, isso de acordo com a ONU, onde em uma Assembleia Geral na data de 10 de abril de 1985, se positivou o princípio da vulnerabilidade do consumidor no plano internacional. Nessa reunião, era destacada as formas que o Estado deveria atuar para defender e proteger o consumidor, dentre elas: a) proteção dos consumidores diante dos riscos para sua saúde e segurança, b) promoção e proteção dos interesses econômicos dos consumidores, c) acesso dos consumidores a uma informação adequada, d) educação do consumidor, e) possibilidade de compensação em caso de danos, f) liberdade de formar grupos e outras organizações de consumidores e a oportunidade destas apresentarem suas visões nos processos decisórios que as afetem (FARIA, 2008).

Estes resguardos foram importantíssimos para que se existisse um norte acerca dos objetivos ao respaldarem o consumidor, tornando-os então reconhecidos internacionalmente, fortalecendo ainda mais políticas públicas a respeito do consumidor, tendo influenciado então diversos países, incluindo o Brasil.

De acordo com Valter Santin:

> A fixação das políticas públicas ocorre por meio dos mecanismos estatais de planejamento das ações, estratégias e metas para atingir a finalidade pública de forma eficiente, na prestação de ações e serviços públicos. As políticas públicas correspondem ao planejamento e as obras e serviços públicos caracterizam a execução material da função.(...) Na sua atuação, o Estado desempenha inúmeras atividades, prestando serviços públicos essenciais e não essenciais, de relevância pública ou não. Para as várias áreas de atuação do Poder Público há necessidade de fixação de uma rota de atuação estatal, seja expressa ou implícita, as chamadas políticas públicas. A Constituição Federal é a base da fixação das políticas públicas, porque ao estabelecer princípios e programas normativos já fornece o caminho da atuação estatal no desenvolvimento das atividades públicas, as estradas a percorrer, obrigando o legislador infraconstitucional e o agente público ao seguimento do caminho previamente traçado ou direcionado. (SANTIN, 2004, p. 34-35)

É necessário destacar que no artigo 170 a defesa do consumidor também é normatizada como princípio geral da atividade econômica, onde em razão da existência do Estado ter de tutelar os seus direitos, se atinge assim, uma ampla e mais firme proteção. (FARIA, 2008).

Havendo uma constante preocupação com o resguardo do consumidor e com a importância de políticas públicas, que a Constituição Federal em seu artigo 24, inciso V, e no artigo 30, se determina a competência ao município poder legislar sobre interesse local como matéria a defesa do consumidor de natureza concorrente, onde então, o município consegue também ter uma atuação assídua na defesa do indivíduo consumidor, e além disso, pode como direito fundamental ajudar na garantia da efetividade dos direitos elencados e necessários. Deste modo, o sistema municipal representa um grande avanço e segurança na democracia participativa, permitindo que se atue em diferentes esferas na defesa de políticas públicas locais que no momento que são implementadas conseguem gerar ainda mais segurança ao consumidor.

Assim, o CDC é um meio da proteção estatal ao consumidor, com princípios, direitos do consumidor, e meios para sanções contra

práticas abusivas realizadas pelos fornecedores no comércio de produtos e serviços.

5. SUPERENDIVIDAMENTO E A PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR

Após a abordagem acerca da importância de políticas públicas e do direito do consumidor como direito fundamental constitucional sendo resguardado, um dos temas atuais que está se tornando uma preocupação econômica para o poder Estatal, tem sido o superendividamento. Apesar de não ser um tema novo, pode-se dizer que ele teve um maior enfoque social com a vinda da pandemia de COVID-19.

Sendo um tema presente na sociedade atual, é uma questão a ser discutida por diversos países, o qual o Brasil adotou a interpretação da lei francesa que traz o neologismo surendettement, onde traduzido, vem do latim tendo significando "super" que nomeia o instituto como superendividamento. (COSTA, 2006, p. 231).

O professor Bruno Miragem conceitua o superendividamento como "a incapacidade do consumidor de pagamento de suas dívidas exigíveis, em face de descontrole financeiro decorrente de abuso de crédito ou situações imprevistas em sua vida pessoal" (MIRAGEM, 2008, p. 440).

O superendividamento é um problema que acaba por atingir os menos favorecidos da sociedade, mais especificamente aqueles consumidores que muitas vezes não o fazem por desejo, e sim por necessidade. O superendividamento pode ser ativo, quando é causado por abuso de crédito por má-fé ou desorganização no orçamento, ou passivo, causado por situações imprevistas, como doença, redução de ganhos, morte, levando ao descontrole financeiro e dificuldade no pagamento das dívidas.

Ainda, outro ponto é que o descontrole financeiro pode ser causado pelo consumo desenfreado, e, de acordo com Zygmunt Bauman, sociólogo, o consumidor muitas vezes é consumidor independente de sua vontade, pois acaba se consumindo hoje em dia não somente por desejo, mas também por necessidade de sobrevivência, onde o mesmo tece uma crítica interessantíssima:

> O consumidor em uma sociedade de consumo é uma criatura acentuadamente diferente de quaisquer outras sociedades até aqui. Se os nossos ancestrais filósofos, poetas e pregadores morais refletiram se o homem trabalha para viver ou vive para trabalhar, o dilema sobre o qual mais se

> cogita hoje em dia é se é necessário consumir para viver ou se o homem vive para poder consumir. (BAUMAN, 1999, p. 87-88)

Essas pessoas necessitam do mínimo existencial para viver, onde muitas vezes o superendividamento acaba não permitindo que supram suas necessidades básicas, como alimentação e moradia, entre outros gastos importantes para a manutenção da dignidade da pessoa.

Certamente, as instituições financeiras são um dos principais facilitadores para o superendividamento, pois acaba concedendo aos consumidores créditos de maneira irresponsável, e não se preocupam se a pessoa a qual eles estão ofertando tal crédito conseguirá arcar com a dívida, gerando então o superendividamento. Ainda, em muitos casos, a boa-fé objetiva, não é levada em consideração na confecção dos contratos, que muitas vezes acabam por realizar contratos abusivos e inadequados a seus clientes.

Sobre este entendimento, a ilustre doutrinadora Cláudia Lima Marques nos elucida:

> A massificação do acesso ao crédito que se observa nos últimos 5 (cinco) anos – basta citar os novos 50 milhões de clientes bancários! – a forte privatização dos serviços essenciais e públicos, agora acessíveis a todos, com qualquer orçamento, mas dentro das duras regras do mercado, a nova publicidade agressiva com o crédito popular, a nova força dos meios de comunicação de massa e a tendência ao abuso impensado do crédito facilitado e ilimitado no tempo e nos valores, inclusive com descontos em folha e de aposentados, pode levar o consumidor e sua família a um estado de superendividamento. [...] Trata-se de uma crise de solvência e liquidez, que facilmente resulta em sua exclusão total do mercado de consumo, parecendo uma nova espécie de "morte civil": a "morte do homo economicus". (MARQUES, 2006, p. 260)

Pode-se perceber então, que o superendividamento não se trata apenas de um problema econômico, mas também social a partir do momento em que isso afeta o mínimo existencial dos consumidores, onde muitas vezes não conseguem realizar suas necessidades básicas, podendo ser um fator de exclusão social, que atuará na diretamente na forma que a pessoa estará inserida na sociedade.

Outro ponto importante acerca do CDC, em seu art. 52 é o dever de informação, onde o consumidor deve ser alertado a qualquer comprometimento de sua renda com as futuras prestações a serem assumidas, e esse entendimento, vem sendo violado em muitos contratos. A informação

para o contratante de contratos de crédito é essencial, pois o leigo precisa entender os riscos que a contratação pode lhe acarretar, se tem seguro, como são os juros, qual as garantias que estão envolvidas no contrato.

A publicidade enganosa e abusiva é vedada, impedindo a transmissão de informações falsas ou de difícil compreensão aos consumidores, a qual deve ser precisa e cristalina para que não seja caracterizada a publicidade enganosa que pode ser encontrada no art. 37, § 1º e 3º no Código de Defesa do Consumidor.

A publicidade enganosa não se trata apenas de afirmações falsas de determinado produto, mas também em "manipulações de frases, sons ou imagens que de forma confusa e ambígua, iludem o destinatário do anúncio" (NUNES, 2012, p. 12).

Com as crises econômicas, e a fim de estimular o comércio, é comum que nessas situações, se estimule o aumento do consumo e criação de empregos, e estímulo para aumento de crédito, mas isso acaba por priorizar o comércio, e não protege o consumidor em si. Na crise de 2008, "o governo brasileiro aplicou medidas como redução de taxas, a implementação de programas de moradia para pessoas com baixa renda e garantia de crédito para combater a crise" (SANTANA, p. 162, tradução livre).[5] Essas medidas foram realizadas para estimular o consumo no país em crise, e se permitiu financiamentos e empréstimos com taxas reduzidas.

Mas, o consumidor, tendo mais acesso a crédito, não possuía muito conhecimento e informações, o que os deixava mais vulneráveis. Em razão de queixas abertas dos consumidores, por falta de informações dos contratos assinados, e considerando que muitos consumidores não compreendiam os riscos, e por meio do Decreto Federal nº. 7.397/2010, que foi e renovada pelo Decreto Federal nº 10.393, de 9 de junho de 2020, houve a implementação da Estratégia Nacional de Educação Financeira (ENEF). A ENEF foi criada visando promover a educação financeira, securitária, previdenciária e fiscal no país, e o site[6] da ENEF oferece vídeos educativos sobre finanças e investimento, jogos, vídeos, livros, etc.

5 "The Brazilian government applied measures such as tax reduction, the implementation of housing programs for low-income persons, and credit guarantee in combating the crisis." SANTANA, Héctor Valverde. The International Financial Crisis and the Protection of the Brazilian Consumer. *In*: MARQUES, Cláudia Lima; WEI, Dan. (org.). Consumer Law and Socioeconomic Development: National and International Dimensions. Suiça: Editora Springer, 2017. p. 159-174.

6 Estratégia Nacional de Educação Financeira (ENEF). Disponível em: https://www.vidaedinheiro.gov.br/?doing_wp_cron=1619635449.2897930145263671875000. Acesso em: 28 abr. 2021.

A educação financeira é importante, para proteger os consumidores, para evitar investimentos arriscados ou financiamentos longos, preferir pagar em dinheiro e ter maior desconto, evitar débitos, dívidas e proteger a segurança do orçamento familiar.

Contudo, apesar desse projeto, poucos brasileiros têm educação financeira, e muitos se endividam, o que, consequentemente, pode gerar casos de endividamento, quando a dívida se torna excessivamente impossível de ser quitada pelo consumidor, e este não possui bens penhoráveis.

E com a pandemia causada pelo vírus COVID-19, agravou a situação do superendividamento no país, por milhares de brasileiros estão desempregados, precisando trabalhar em casa, e muitos comércios foram fechados em razão da crise gerada pela pandemia. Segundo reportagem de fevereiro de 2021 no site de notícias G1, aponta que de acordo com o Banco Central, na pandemia, o endividamento bateu recorde esse ano.

Recentemente, a Comissão Econômica para a América Latina e o Caribe, observou sobre o superendividamento agravado pela pandemia, e sugeriu para os Estados, medidas de curto, médio e longo prazo em um relatório. Primeiramente, que em curto prazo, é preciso os financiamentos, pois:

> As políticas de financiamento para o desenvolvimento no curto prazo também são necessárias para compensar os efeitos prejudiciais que as políticas de contenção – baseadas no distanciamento físico e no isolamento voluntário – têm sobre a atividade econômica, o tecido e a estrutura produtiva, e o emprego. (Comissão Econômica para a América Latina e o Caribe, 2021)

Também que o Estado precisa garantir uma renda básica temporária para as famílias de baixa renda. As outras medidas sugeridas são a cooperação entre o Estado e instituições financeiras, empréstimos e gastos públicos, visando o estímulo de criação de empregos, de renda básica, a proteção social universal, o apoio às pequenas e médias empresas (PMEs), a inclusão digital e o desenvolvimento de tecnologias verdes.

Outrossim, outra ferramenta para a proteção do consumidor, é o PROCON, que lida diretamente com os consumidores e suas demandas, e os protege, com informações e processos para monitorar e sancionar os casos apresentados, e, por meio do PROCON, muitas negociações são realizadas entre os consumidores e fornecedores.

Assim, conclui-se que, apesar da proteção do CDC, o superendividamento é preocupante, e sua situação foi agravada pela pandemia.

Ainda, no Brasil, não[7] temos instrumentos específicos para combater o superendividamento, e por isso, atualmente, a solução, além da educação financeira, são estratégias para renegociação da dívida, ou abatimento de parte do valor da dívida, como uma estímulo para o pagamento, sempre se levando em consideração a proteção do mínimo existencial do consumidor, que não pode ficar vulnerável nas negociações.

6. CONCLUSÃO

Ante ao exposto, conclui-se com o presente artigo, que o direito do consumidor materializado surge como um escopo imprescindível para a segurança jurídica dos direitos fundamentais, haja vista que é um direito ligado diretamente com a dignidade da pessoa humana, visando sempre que a liberdade e a igualdade entre as partes da relação de consumo sejam mantidas com equidade. De tal modo, a Constituição Federal auxilia para que a lei seja valorada e firmada pelos valores constitucionais.

É imperioso destacar que as relações de consumo foram consagradas em 1988 em defesa do consumidor, haja vista que as relações consumeristas deixavam o consumidor em uma posição de desequilíbrio, podendo ter sua hipossuficiência potencializada em situações que possam causar dano a sua segurança, liberdade, saúde, dignidade, economia. De tal modo, ganhando proteção no âmbito constitucional, na busca da efetivação da dignidade do consumidor e dos direitos que decorrem disso, sendo assim, a interpretação da proteção do consumidor relacionada com a dignidade da pessoa humana é uma forma de concretizar o texto constitucional.

Além do mais, o presente artigo abordou o superendividamento do consumidor, haja vista por ser um tema que está em voga na atualidade, agravado com a pandemia causada pelo vírus COVID-19, sendo um tema então, presente no cotidiano e na vida da sociedade contemporânea.

Pode-se perceber que a expansão de crédito ao invés de servir como um aumento de possibilidade aos mais necessitados, acaba por ge-

7 Nota: O texto foi escrito antes da Lei n. 14.181/2021 entrar em vigor. A Lei do Superendividamento possui medidas para prevenção e tratamento para proteção do consumidor, e auxilio para que este tenha garantia do mínimo existencial, educação financeira, e mecanismos para revisão e repactuação da dívida, visando que volte a ser ativo no mercado de consumo. Disponível em: https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/lei-n-14.181-de-1-de-julho-de-2021-329476499. Acesso em: 30 jul. 2021.

rar ainda mais desigualdade social, haja vista que faz com que os menos instruídos e vulneráveis acabam se endividando e tornando algo crônico.

Por essas e outras razões, pode-se concluir que o direito do consumidor como direito constitucional é fundamental para evitar mais desigualdade nas relações consumeristas, possibilitando um respaldo jurídico para a pessoa mais frágil da relação de consumo, que é o consumidor.

Ainda, percebe-se que é necessária uma maior proteção com relação ao superendividamento, para que a sociedade seja mais conscientizada e protegida nas relações de consumo, de modo que se consiga encontrar uma solução para o problema do superendividamento.

REFERÊNCIAS

BAUMAN, Zygmunt Bauman. Globalização: as consequências humanas. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999.

BRASIL. Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Vade Mecum Acadêmico de Direito. 19 ed. São Paulo: Rideel, 2015.

BRASIL. Código de Defesa do Consumidor, Lei n. 8.078, de 11.09.1990. Brasília. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm. Acesso em: 27 abr. 2021.

Comissão Econômica para a América Latina e o Caribe (CEPAL). Nações Unidas, 11 mar. 2021. Disponível em: <https://www.cepal.org/pt-br/comunicados/pandemia-provoca-aumento-niveis-endividamento-paises-regiao-coloca-perigo-reconstrucao>. Acesso em: 28 abr. 2021.

COSTA, Geraldo Farias de Martins. Superendividamento: solidariedade e boa-fé. *In*: Prevenção e tratamento do superendividamento. MARQUES; CAVALAZZI (Org.), 2006, p. 246.

FARIA, Heraldo Faria. A proteção do Consumidor como Direito Fundamental em tempos de Globalização. Revista Direitos Fundamentais e Democracia, Curso de Mestrado em Direito da UniBrasil. Curitiba, v.4, n. 04, jul. dez. 2008.

FILHO, Sérgio Cavalieri. Programa de Direito do Consumidor. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2008.

FILOMENO, José Geraldo Brito. Manual de direitos do consumidor. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 1999, p. 29.

GRINOVER, Ada Pellegrini et al. Código de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto. 8.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2009.

Guariba Prefeitura Municipal. História do PROCON. Disponível em: https://www.guariba.sp.gov.br/servicos/cidadao/procon/sobre-o-procon/historia-do--procon. Acesso em: 26 abr. 2021.

HELVESLEY, José. Isonomia Constitucional. Igualdade formal versus igualdade material. ESMAFE, Escola de Magistratura Federal da 5ª Região. v. 07, p. 143-164, 2004, ago. Disponível em: https://revista.trf5.jus.br/index.php/esmafe/article/view/260. Acesso em: 19/04/2021.

Inglaterra.he Consumer Protection from Unfair Trading Regulations 2008. Londres: UK Statutory Instruments, 2008, n. 1277, Part 1. Disponível em: https://www.legislation.gov.uk/uksi/2008/1277/part/1/made. Acesso em: 26 abr. 2021.

MARQUES, Cláudia Lima. Sugestões para uma lei sobre o tratamento do superendividamento de pessoas físicas em contratos de crédito ao consumo: proposições com base em pesquisa empírica de 100 casos no Rio Grande do Sul. *In*: MARQUES, Cláudia Lima; CAVALAZZI, Rosângela Lunardelli (coord.). Direitos do consumidor endividado: superendividamento e crédito. São Paulo: RT, 2006 p. 260.

MARQUES, Cláudia Lima. Contratos no Código de Defesa do Consumidor. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MARQUES, Cláudia Lima. BENJAMIN, Antonio Herman Vasconcelos e; BESSA, Leonardo Roscoe (coords.). Manual de direito do consumidor. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MARTELLO, Alexandro. Endividamento das famílias bate recorde na pandemia, aponta Banco Central. G1, 15 fev. 2021. Disponível em: https://g1.globo.com/economia/noticia/2021/02/15/endividamento-das-familias-bate-recorde-na--pandemia-diz-banco-central.ghtml. Acesso em: 28 abr. 2021.

MIRAGEM, Bruno. Curso de direito do consumidor. 6.ed.São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. ISBN 978-85-203-6854-1.

NISHIYAMA, Adolfo Mamoru, A Proteção Constitucional do Consumidor, 2. ed. São Paulo, Editora Atlas S.A., 2010.

NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. Curso de Direito do Consumidor. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 111.

OAB - SECCIONAL BAHIA. Defesa do Consumidor - Princípio Constitucional: Somos todos consumidores!. JusBrasil, 2019. Disponível em: <https://oab-ba.jusbrasil.com.br/noticias/556285719/defesa-do-consumidor-principio-constitucional-somos-todos-consumidores>. Acesso em: 27 abr. 2021.

SANTANA, Héctor Valverde. The International Financial Crisis and the Protection of the Brazilian Consumer. *In*:MARQUES, Cláudia Lima; WEI, Dan. (org.). Consumer Law and Socioeconomic Development: National and International Dimensions. Suiça: Editora Springer, 2017. p. 159-174.

SANTIN, Valter Foleto. Controle judicial da segurança pública: eficiência do serviço na prevenção e repressão ao crime. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

TILLSON, Judith. Consumer and Commercial Law. Inglaterra: Pearson Education Limited, 2011. ISBN 978-1-4082-2613-1.

União Europeia. Jornal Oficial da União Europeia. Diretiva 2005/29/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de maio de 2005. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:32005L0029&from=PT>. Acesso em: 26 abr. 2021.

XAVIER, Rafael Alencar. Direitos do fornecedor: equilíbrio na relação de consumo. Disponível em: <http://www.mpce.mp.br/wp-content/uploads/2016/05/Doutrinaparapublicacao.pdf> Acesso em: 26 abr. 2021.

JUDICIALIZAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS: AS AÇÕES COLETIVAS COMO MEIO APTO À CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS

JUDICIALIZATION OF PUBLIC POLICIES: COLLECTIVE ACTIONS AS A MEAN TO THE FULFILLMENT OF SOCIAL JUSFUNDAMENTAL RIGHTS

Nathália Soares Corrêa[1]

Resumo: O presente estudo tem por objetivo analisar o fenômeno da judicialização dos direitos fundamentais sociais pela ótica das ações coletivas. Com a finalidade de promover a presente pesquisa, adotou-se a metodologia hipotético-dedutiva e a técnica de pesquisa bibliográfica. Com frequência o Poder Judiciário acaba sendo arena de disputas envolvendo políticas públicas e torna-se espaço privilegiado para discussão

1 Advogada. Mestranda na Fundação Escola Superior do Ministério Público (FMP/RS). Graduada em Direito pela Universidade Católica de Pelotas (UCPel). Pesquisadora do Grupo de Pesquisa "Teoria do Direito: da academia à prática", sob a coordenação do Prof. Dr. Francisco José Borges Motta, vinculado ao Programa de Pós-Graduação em Direito da FMP e vinculado no CNPq ao Grupo de Estudos Tutelas à Efetivação dos Direitos Transindividuais. Integrante do Grupo de Pesquisa "Jurisdição Constitucional Aberta: uma proposta de discussão da legitimidade e dos limites da jurisdição constitucional – instrumentos teóricos e práticos", sob a coordenação da Profª. Pós-Drª. Mônia Clarissa Hennig Leal, vinculado ao Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC. Currículo Lattes: http://lattes.cnpq.br/1335513585168138. ORCID: https://orcid.org/0000-0002-7057-0231. E-mail: soarescorrean@gmail.com.

de demandas resultantes do mau funcionamento dos órgãos públicos e, até mesmo, das suas disfuncionalidades. Neste sentido, examina-se a legitimidade das ações coletivas em sede de tutela de bens jurídicos com notável interesse público e social de forma a apontar a importância das opções processuais realizadas em relação a essa questão. Conclui-se que as ações coletivas, nessa medida, representam um modelo de litigância de máxima relevância para a compreensão do papel do Judiciário no sentido de obter resultados positivos na realização de objetivos sociais.
Palavras-chave: Judicialização. Direitos Fundamentais Sociais. Políticas Públicas. Ações Coletivas.

Abstract: This study aims to analyze the phenomenon of the judicialization of social jusfundamental rights from the perspective of the collective actions. In order to promote this study, the hypothetico-deductive methodology and the bibliographic research technique were adopted. The Judiciary Power often ends up being an arena for disputes involving public policies and becomes a privileged space for the discussion of demands resulting from the public agencies malfunction and even from its dysfunctionalities. In this sense, it examines the legitimacy of collective actions in the protection of basic rights with a notable public and social interest in order to point out the importance of the procedural options realized in the matter. It's concluded that collective actions, to that extent, represent a litigation model of maximum relevance for the understanding of the Judiciary's role in the sense of obtaining positive results in the accomplishment of social objectives.
Keywords: Judicialization. Social Jusfundamental Rights. Public Policies. Collective Actions.

1. INTRODUÇÃO

Os direitos fundamentais sociais previstos na Constituição da República, aos quais correspondem obrigações prestacionais do Estado, envolvem a necessidade de prestações positivas do Estado, sendo por isso também chamados de direitos fundamentais prestacionais. A fruição de direitos como à educação, à saúde, à habitação, dentre outros, dependem da organização do Estado que fixa e implementa políticas públicas por intermédio dos Poderes Legislativo e Executivo.

As relações dos indivíduos com o Estado são pautadas por objetivos sociais subjacentes, influenciando a interpretação e a aplicação do

direito de maneira geral e, forçosamente, o Poder Judiciário acaba sendo palco de disputas envolvendo políticas públicas presentes no ordenamento jurídico. Nesse sentido, as políticas públicas passam a fazer parte da matéria prima com a qual trabalha o Poder Judiciário, tornando-se elemento essencial da decisão judiciária.

Desse modo, o objetivo do estudo consubstancia-se em preocupações relevantes na esteira dos processos que envolvem políticas públicas e direitos sociais. Busca-se abordar a pertinência das ações coletivas como meio apto à concretização dos direitos fundamentais sociais, apontando para a importância das opções processuais realizadas em relação a essa questão, de modo que tais opções reflitam diretamente nas possibilidades de concretização dos bens constitucionalmente positivados.

2. ESTATUTO JURÍDICO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS

Passadas já quase duas décadas desde a promulgação da Constituição Federal de 1988, ainda é possível afirmar que o debate em torno dos direitos fundamentais e de sua efetividade segue alcançando o cotidiano das pessoas e ocupando a pauta dos grandes desafios para o Estado e a sociedade. Partindo desta ótica, a judicialização crescente das mais diversas demandas, notadamente no que diz respeito à concretização de direitos fundamentais sociais (educação, saúde, moradia, trabalho, etc.), vem cobrando uma ação cada vez mais arrojada por parte dos aplicadores do direito, em especial do Estado-juiz, que, como é sabido, frequentemente é provocado a manifestar-se sobre questões antes menos comuns, como por exemplo, a alocação de recursos públicos, o controle das ações comissivas e omissivas da Administração na esfera dos direitos fundamentais sociais e até mesmo, a garantia da proteção de direitos (e deveres) fundamentais na esfera das relações entre particulares (SARLET; FIGUEIREDO, 2008).

A proliferação doutrinária de pesquisas sobre a exigibilidade dos direitos fundamentais sociais, maiormente após a promulgação da Constituição de 1988, instaurou uma multiplicidade de discursos apoiados em matrizes filosóficas e ideológicas variadas, muitas das quais divergentes e contraditórias (HACHEM, 2014). Pode-se dizer que na doutrina jusconstitucionalista brasileira, os pontos de vista acerca dos direitos fundamentais sociais têm-se colocado em dois polos antagônicos. De um lado estão aqueles que asseveram que os direitos fundamentais sociais são prescritos por normas com eficácia muito reduzida e por isso são insuscetíveis de

serem judicializadas. E, de outro lado, estão aqueles que sustentam serem os direitos fundamentais sociais verdadeiros direitos subjetivos, entretanto não oferecem uma solução para os problemas relativos à aplicação desses direitos (LEIVAS, 2006).

Importante destacar que embora para a absoluta maioria das pessoas possa – e até mesmo deva – soar como elementar a afirmação de que o direito a educação, por exemplo, é também para o Direito um bem fundamental e, portanto, assegurado mediante direitos, garantias e deveres fundamentais, segue havendo controvérsias a respeito de se os direitos sociais são "autênticos" direitos fundamentais, ou, em o sendo, se estão sujeitos a um regime jurídico substancialmente equivalente.

Os direitos sociais, apesar de terem sido elaborados em algumas sociedades em razão de lutas políticas, como a Constituição Alemã de Weimar, ou mais recentemente, a Constituição da África do Sul, não gozaram de um substrato teórico dominante, seja jurídico, político ou econômico, que fosse capaz de lhes fornecer uma base sólida para sua interpretação e aplicação. Por isso, sofreram diversas críticas, principalmente do chamado liberalismo conservador (ACCA, 2019). Embora persistam muitas dessas leituras distintas, inclusive as que negam aos direitos sociais a condição de autênticos direitos fundamentais e, por consequência, sua aplicação direta e sindicabilidade judicial, uma tendência específica ganhou corpo no Poder Judiciário brasileiro na última década. Trata-se da ideia segundo a qual os sobreditos direitos enquadram-se no conceito de direito subjetivo e são, portanto, plenamente justiciáveis (HACHEM, 2014).

Dessa forma, há diversas discussões a respeito de quais seriam os efeitos jurídicos dos direitos sociais ou acerca de quais seriam as medidas necessárias para que esses efeitos surgissem. Em meio a esse debate, chegou-se a duvidar da própria juridicidade dos direitos sociais. Essa questão é colocada pela doutrina, os quais podem ser agrupados em três correntes teóricas distintas. Para uma primeira corrente, os direitos sociais não detêm qualquer elemento que possa caracterizá-los como verdadeiros direitos; assim, não passam de meras exortações morais, objetivos futuros a serem alcançados, mas que não geram conteúdo obrigacionais e seus correlatos direitos (ACCA, 2019).

Uma segunda corrente entende que os direitos sociais possuem eficácia limitada, ou seja, só podem ser aplicados após uma intervenção do legislador, não gerando, portanto, obrigações constitucionais originárias. E, por fim, uma terceira corrente, posiciona-se pela semelhança – quase identidade – estrutural entre direitos sociais, de um lado, e civis

e políticos de outro. Levando em consideração o posicionamento dessa última corrente, seria possível pensar que todos os direitos fundamentais – inclusive os sociais – são direitos públicos subjetivos e gozam das mesmas características (ACCA, 2019).

Interessa destacar que no Brasil, José Afonso da Silva é um dos constitucionalistas que poderia ser classificado na segunda corrente supracitada, uma vez que refuta a tese de que os direitos sociais não são verdadeiros direitos fundamentais. O autor entende que os direitos fundamentais sociais gozam de uma eficácia limitada, isto é, esses direitos, para a sua execução, dependem de posterior intervenção legislativa (SILVA, 2002).

Seguindo nesta ótica, a compreensão a respeito da eficácia e da aplicabilidade dos direitos sociais como direitos fundamentais, levando em consideração a segunda vertente, pode ser caracterizado em dois modelos: por um lado, há os direitos civis e políticos que não necessitam, para ser aplicados, de intervenção do legislador, gerando assim direitos subjetivos aos cidadãos contra o Estado. E por outro lado, há os direitos sociais que só poderiam ser completamente aplicados a partir do momento que o legislador, por meio da elaboração de leis, decidisse exatamente quis são as obrigações devidas pelo Estado aos cidadãos, com base no texto constitucional que garante direitos como saúde, educação, etc (ACCA, 2019).

Em que pesem as distinções apontadas, não se deve olvidar que também os direitos sociais prestacionais apresentam uma dimensão negativa, porquanto a prestação que constitui o seu objeto não pode ser imposta ao titular em potencial do direito. Além disso, é possível verificar que – para além dos direitos sociais – existem outros direitos fundamentais prestacionais, cujo conceito, portanto, é mais abrangente, de tal sorte que os direitos sociais prestacionais (direitos a prestação em sentido estrito), constituem espécie do gênero prestações (SARLET, 2010).

Nesse contexto, torna-se importante ressaltar, que o objeto dos direitos sociais dificilmente poderá ser estabelecido e definido de forma geral e abstrata, pelo contrário, deve haver análise calcada nas circunstâncias específicas de cada direito fundamental que se enquadre no grupo ora em exame. O que se percebe, portanto, com base no que foi dito, é que os diversos direitos sociais podem apresentar um vínculo diferenciado em relação às categorias de prestações estatais referidas (direito à educação, moradia, trabalho, saúde, etc.). Para tanto, Sarlet assevera que:

> Quais das diferentes espécies de prestações efetivamente irão constituir o objeto dos direitos sociais dependerá de seu reconhe-

> cimento e previsão em cada ordem constitucional, bem como de sua concretização pelo legislador, mesmo onde o constituinte renunciar à positivação dos direitos sociais prestacionais. Importante é a constatação de que as diversas modalidades de prestações referidas não constituem um catálogo hermético e insuscetível de expansão, servindo, além disso, para ressaltar uma das diferenças essenciais entre os direitos de defesa e os direitos sociais (a prestações), já que estes, em regra, reclamam uma atuação positiva do legislador e do Executivo, no sentido de implementar a prestação que constitui o objeto do direito fundamental. Os direitos fundamentais sociais, ao contrário dos direitos de defesa, não se dirigem à proteção da liberdade e igualdade abstratas, mas, sim, encontram-se intimamente vinculados às tarefas de melhoria, distribuição e redistribuição dos recursos existentes, bem como à criação de bens essenciais não disponíveis para todos os que deles necessitem (SARLET, 2010, p. 283-284).

Faz-se necessário, após abordada a questão da juridicidade, que se fale a respeito da justiciabilidade dos direitos fundamentais sociais. Cláudio Ari Mello, em sua obra Democracia Constitucional e Direitos Fundamentais, afirma:

> Tradicionalmente, a doutrina constitucional sustenta que apenas os direitos liberais podem ser tutelados por meio dos instrumentos processuais da atividade judiciária; já os direitos sociais padeceriam de uma congênita injusticiabilidade decorrente do seu próprio objeto, que exige sempre uma prestação material a ser cumprida pelo Estado, conforme pressupostos e condições jurídicas e materiais que não estão acessíveis ao agir judicial. As normas constitucionais que preveem direitos sociais falam apenas metaforicamente de "direitos", mas a rigor elas são apenas normas que dispõem programas, fins ou tarefas atribuídas ao Estado, e portanto não conferem posições jurídicas subjetivas concretizáveis judicialmente. A jurisdição constitucional só seria viável como jurisdição das liberdades, não já como jurisdição da justiça social implementável através de decisões judiciais imponíveis coercitivamente ao Estado, representativas ao fim e ao cabo de indevidas intervenções jurisdicionais nas competências de direção política da sociedade, que devem ser exercidas com exclusividade pelo governo e pelo Legislativo (MELLO, 2004, p. 166).

O argumento da injusticiabilidade dos direitos sociais pertence à teoria liberal dos direitos fundamentais, incompatível com a maioria dos

sistemas constitucionais, especialmente o brasileiro, cuja tutela judicial, não obstante, tem usado um esquema argumentativo subsuntivo, com interpretação literal e sistemática dos textos legais, com uma avaliação política apenas individual em relação à consequência da negação, sem uma análise sistêmica da medida judicial (MELLO, 2004).

Barzotto (2005) pontua que é necessário que haja a compreensão dos direitos humanos por um prisma comunitário, posto que no Estado Liberal os direitos foram determinados à margem da vida da sociedade. Assim, ele divide a justiciabilidade dos direitos sociais em poder subjetivo e direito subjetivo, afirmando que o mais popular é concebê-la como poder subjetivo, poder de disponibilidade garantido juridicamente, onde é indiferente o impacto do direito individual sobre a coletividade. É um poder subjetivo individual a uma parcela do orçamento do direito social respectivo.

Nesse sentido, na perspectiva do autor suprareferido, o fenômeno (educação, saúde, trabalho, moradia, etc.) é uma qualidade individual, mas o direito a ele não. Para melhor exemplificar utiliza-se de um exemplo relacionado ao direito a saúde. Nas palavras do autor:

> A interpretação do direito à saúde como poder subjetivo é extremamente popular em alguns países como o Brasil. Dizer que alguém tem direito à saúde é dizer que ele dispõe de uma ação para coagir o Estado a lhe fornecer tratamento ou remédio, ou seja, é garantir ao indivíduo um poder de disponibilidade sobre uma parcela do orçamento à saúde. O direito subjetivo é um poder dado a um indivídui auto-interessado para realizar o seu bem. Ele é um átomo social cuja realização é independente do bem dos outros membros da sociedade e usará seu direito para tomar à força o que os outros individuos auto-interessados recusam a fornecer-lhe de bom grado. Ao contrário, conceber o direito subjetivo à saúde como justo subjetivo é concebê-lo como algo ajustado a um ser social, que deve manter uma relação de igualdade com os demais membros da comunidade e cujo bem está ligado ao *bem comum*, não podendo alcançá-lo se destruir esse último (BARZOTTO, 2005, p. 75, grifo do autor).

O que merece a devida atenção é o fato de que não se trata de saber se é adequado ao indivíduo X receber uma certa quantia porque eventualmente sua doença exige essa quantia para um tratamento eficaz, pois por mais que a saúde seja uma qualidade individual, o direito à saúde não é. Barzotto, então, ressalta "a saúde, considerada em si mesma, é algo naturalmente adequado ao ser humano, mas na sua manifestação histórica, como

um direito, ela deve ser considerada nas suas consequências, isto é, como algo devido no interior de uma comunidade" (BARZOTTO, 2005, 75-76).

Portanto, em consonância com o que foi ressaltado, se uma determinada comunidade não possui uma quantia determinada (ex: 10 milhões) para fornecer ao indivíduo X, sem que seu orçamento entre em colapso e/ou inviabilize o tratamento médico devido a outros membros da comunidade, o que será afetado é a saúde do indivíduo X, mas não o seu direito à saúde, "pensar que o direito a saúde deve ser determinado do ponto de vista do indivíduo isolado é pensá-lo como uma mônada, é retornar ao modelo liberal de estado de natureza, onde os direitos do indivíduo são determinados à margem da vida social" (BARZOTTO, 2005, p. 76).

Como reflexão final dessa abordagem sobre a justiciabilidade dos direitos sociais, Fernando Atria (2005, p. 39) destaca que o compromisso com o direito social não é, necessariamente, o de cada pessoa poder requerê-lo em juízo. E – assim como Barzotto – utiliza-se de um exemplo, neste caso quanto ao direito ao trabalho, de modo a afirmar que:

> O compromisso com o direito ao trabalho não é um compromisso com um direito subjetivo de cada pessoa a demandar coativamente um posto de trabalho, senão uma manifestação do compromisso comunitário de considerar o emprego não como um dado macroeconômico mais na formulação da política monetária, mas como um aspecto central da forma em que a comunidade entende sua responsabilidade de assegurar a igual cidadania de cada um.

Pode-se concluir, então, que os direitos fundamentais sociais constitucionalmente protegidos se constituem como direitos subjetivos, sendo exigíveis do Estado. Todavia, a dúvida perpassa em como o judiciário tem realizado e em que medida tem "satisfeito" os direitos sociais judicialmente requeridos.

Faz-se necessária a ressalva de que a falta de apuro técnico para compreender em que medida e em quais situações os direitos fundamentais – não só os chamados "sociais" – se apresentam como uma pretensão jurídico-subjetiva, apta a ser reclamada judicialmente pela via individual, acarretou consequências destoantes das diretrizes constitucionais. É possível que se diga, inclusive, que há – atualmente – um senso comum teórico, consoante no fato de que "se direito social é direito subjetivo, eu posso postular judicialmente as prestações que, ao meu juízo, estão contempladas por ele". Uma avalanche de ações judiciais passou a assolar o Poder Judiciário, o juiz tornou-se o protagonista da realização desses

direitos, ganhando, também, a atenção hegemônica da doutrina especializada. À Administração Pública e ao legislador relegou-se um papel secundário no que diz respeito a exigibilidade dos direitos fundamentais sociais (HACHEM, 2014, p. 23).

3. A PERTINÊNCIA DAS AÇÕES COLETIVAS NA PROTEÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS

O aparecimento de processos judiciais coletivos somente pode ser entendido no contexto de Estado Social. Segundo o paradigma liberal de direito e de Estado, ao Judiciário cabia apenas a solução de conflitos entre sujeitos individuais, não se cogitando, nessa perspectiva, qualquer alargamento da função jurisdicional exercida pelo Estado. Nesse contexto, a solução judicial de controvérsias prestava-se as autonomias individuais e suas possibilidades de livre composição de vontades. Os processos coletivos surgem, portanto, com o declínio desse modelo de direito e de intervenção judicial. A partir do reconhecimento de funções ativas e interventivas do próprio Estado, na ordenação e regulamentação da ação dos sujeitos individuais, delineando-se, o paradigma do Estado Social (SALLES, 2017).

Sob esse novo paradigma, o papel do Estado é exercido a partir de objetivos sociais ou políticas públicas, a serem alcançados independentemente, embora de maneira compatível, das esferas de autonomia individual. Neste sentido, o Estado deve ordenar a alocação de recursos e a realização de ações, de forma a serem alcançados os vários objetivos sociais, expressos através dos vários processos decisórios da sociedade e integrados a textos legais (SALLES, 2017).

No Brasil, as discussões originárias acerca da titularidade dos direitos de grupo, transindividuais, metaindividuais, ou como quer que se prefira denominá-los, foram abandonadas, ainda que fossem originalmente reputadas relevantes, em favor de uma abordagem pragmática, que garantisse tutela desses direitos, independentemente da exata delimitação de seu conceito. Aceitou-se que os direitos são de todos, da sociedade ou do grupo, sem que se tenha percebido que tais categorias demandam uma explicação quanto a sua abrangência. É preciso definir quem são todos, o que se entende por grupo ou por sociedade. A tautologia fundante da tutela coletiva brasileira é a de que os direitos transindividuais são de todos e, ao mesmo tempo, de ninguém (VITORELLI, 2020).

O Estado, portanto, torna-se um implementador de políticas públicas. E, é neste contexto, que as ações coletivas se mostram como um novo modelo de litigância, em muito diverso daquele relacionado as lides individuais (SALLES, 2017).

Neste sentido, pode-se dizer que o processo coletivo mostra-se como um instrumento processual que possibilita a discussão acerca de direitos e interesses metaindividuais, tornando-se um mecanismo de controle político e prospectivo de políticas públicas. Isso porque, em sociedades pluralistas por natureza – como a nossa – não raro se conflitam interesses metaindividuais antagônicos, porém legítimos, de grupos sociais diversos. A definição de qual interesse conflitante deva prevalecer em determinado caso concreto é de tarefa eminentemente política, e, como é sabido, atribui-se ao Poder Judiciário a incumbência de dar concretização a princípios e valores constitucionais e, assim, definir no caso concreto qual interesse, entre vários deverá ser reconhecido como legitimo interesse público e consequentemente tutelado pelo ordenamento jurídico (COSTA; FERNANDES, 2017).

Nos últimos anos, tem-se observado esforços em todo sistema jurisdicional brasileiro no sentido de melhorar os mecanismos de participação social nas decisões. Um conjunto de fenômenos institucionais e históricos vem atuando na direção de propiciar fortes incentivos para uma atuação do Poder Judiciário na arena pública e especialmente no que diz respeito às políticas públicas. Em outras palavras, o protagonismo judicial encontra guarida em variáveis decorrentes do desenho institucional e da amplitude dos direitos reconhecidos legalmente. Essas balizas levam a concluir que a relação entre o Poder Judiciário e as políticas públicas é indissociável e previsível (SADEK, 2013).

O fato de o Poder Judiciário começar a intervir de forma reiterada em políticas públicas também o credenciou a procurar técnicas processuais capazes de legitimar as suas decisões, visto que, tradicionalmente, a decisão judicial retira a sua legitimidade da participação das partes, pela via do contraditório travado no processo. Entretanto, nas ações que discutem direitos sociais, especialmente nas ações coletivas desta natureza, tal legitimidade deve ser reforçada, uma vez que as decisões proferidas podem implicar difíceis escolhas entre diversos interesses públicos (COSTA; FERNANDES, 2017).

É de suma importância o entendimento de que o controle de políticas públicas, pelo órgão judiciário, envolve, em si, um juízo de reprovação do padrão de comportamento eleito pela Administração Pública, no todo

ou em parte de seus aspectos. Isso terá, por consequência, uma redefinição do curso de ação, com os consectários a ele inerentes, inclusive – e principalmente – no que toca a realocação de recursos materiais, humanos e financeiros. A redefinição do padrão de comportamento em abstrato da Administração tem ainda reflexos no que toca às relações de interdependência das diversas políticas públicas em curso (VALLE, 2017).

Não se pode negar, que os instrumentos de tutela dos direitos coletivos no Brasil vêm aperfeiçoando-se desde a segunda metade do século XX, ao garantir a tutela dos interesses transindividuais – entre os quais se enquadram os direitos sociais. Mas ao contemplar o receio, sempre presente nas discussões dessa natureza, de que o amplo acesso à justiça saia prejudicado, permite-se que as ações individuais se desenvolvam paralelamente ao processo coletivo sem nenhuma interferência que não seja a vontade do autor individual (COSTA; FERNANDES, 2017).

Ao discorrer sobre o tema, Susana Henriques da Costa discorre que a processualização individual de demandas que envolvam direitos sociais não permitem que se faça uma discussão genuína sobre a política pública como um todo, apenas permite que se analise a situação individual em litigio. Para a autora, esse fato resulta na prolação de decisões distantes da realidade do Poder Público, que não levam em conta a necessidade de universalização dos direitos sociais (COSTA, 2017).

No mesmo sentido, pontua Carlos Alberto de Salles:

> Por fim, sustenta-se ser determinante a escolha do processo, entre individual e coletivo, para fins de exigibilidade judicial de direitos sociais. Ao escolher um ou outro, condiciona-se o tipo de resultado a ser alcançado. Essa opção traz embutidas escolhas de grande relevância. Por um lado, o processo individual traz em si um reducionismo de origem, pois limita a resposta judicial à esfera de repercussão individual de um determinado direito social. Por outro, afasta da consideração judicial de interesses de maior abrangência, como o daquelas pessoas na mesma situação do autor ou do funcionamento da política pública envolvida com a questão (SALLES, 2009, p. 793).

Nessa ótica, Camilo Zufelato ressalta que as ações estritamente individuais, ou seja, aquelas cujo resultado do processo aproveitará tão somente ao seu autor, não têm o condão de estenderem sua autoridade para demandas semelhantes. O direito brasileiro, diferentemente do norte-americano, não é dotado da técnica denominada *stare decisis*, na qual precedentes individuais podem ser generalizados e objetivados para

serem utilizados como vinculantes para casos semelhantes. Portanto, há uma clara distinção entre as formas individual e coletiva de judicialização das políticas públicas, as quais convivem lado a lado, mas cada uma com um escopo próprio, rente à extensão do provimento jurisdicional pretendido, que merece a devida atenção (ZUFELATO, 2013).

É nítido que a discussão de temas políticos pela via da ação individual mitiga a possibilidade de o Poder Judiciário contribuir para tornar efetivo o desenvolvimento e a implementação de políticas públicas. Na maioria das vezes, as decisões prolatadas em ações individuais acabam por representar apenas uma interferência em uma política pública já existente, um ataque colateral que cria disparidade entre pessoas que estão na mesma situação de violação a direitos sociais, já que apenas aquelas que requisitaram a tutela jurisdicional terão tal direito garantido, fato que fomenta discussões sobre a possibilidade de intervenção dos juízes no que seria atribuição primária do Poder Executivo e o aparelhamento do Poder Judiciário para tal intervenção (COSTA; FERNANDES, 2017).

Como ressaltado alhures, reveste-se de dificuldade a apresentação puramente individual dos direitos fundamentais sociais. Observe-se que não se trata de reconhecer o seu caráter de direito subjetivo individual, mas de que os direitos sociais, mesmo que apresentados de forma individual, possuem aspecto coletivo (MEDEIROS JÚNIOR, 2018). Novamente, destaca Carlos Alberto de Salles:

> É certo que todos aqueles direitos sociais apresentados de forma individual têm uma faceta coletiva. Em situação similar a da criança para a qual se pleiteia uma vaga escolar, ainda que potencialmente, hão de existir outras. Por mais rara que seja determinada doença, no universo populacional de todo um país, outras pessoas poderão sofrer do mesmo mal. Em idêntica posição daquela do portador de deficiência, outros farão jus ao mesmo benefício e assim por diante. Por suas próprias características, a faceta coletiva dos direitos sociais aparece sempre presente, mesmo quando possam ser exigidos de forma individual (SALLES, 2009).

Eis aí o ponto crítico das ações individuais visando à implementação de políticas públicas. Política pública significa método sistemático e metódico de consecução dos fins do Estado, exigindo-se para tanto a previsão e concretização de um plano político-jurídico que materializa um direito fundamental previsto constitucionalmente. Nesse sentido, falar em políticas públicas significa relacionar os atos estatais que trarão

um certo benefício com uma dada coletividade carente daquela política – o grupo de crianças de um bairro que necessita de escola, a coletividade de moradores de uma região periférica excluída do plano diretor do município, o grupo de deficientes físicos sem transporte adaptado etc (ZUFELATO, 2013).

Portanto, pode-se afirmar que controle judicial de política pública, *stricto sensu*, se faz mediante ações coletivas, em razão da característica de indivisibilidade e unitariedade da decisão que marca tais políticas. Somente a demanda coletiva tem aptidão para provocar a elaboração, ainda que não tão amplamente como seria a elaboração feita pelo Legislativo e pelo Executivo, de um programa sistemático de enfrentamento daquela necessidade, possibilitando a extensão da decisão a todos os integrantes do grupo, evitando-se assim situações indesejadas como as distorções de alocação de recursos, e também priorização de certos indivíduos em relação a outros de equiparável situação jurídica dada à falta de planejamento e harmonização da política (ZUFELATO, 2013).

Maria Paula Dallari Bucci pontua que as ações coletivas são "o meio, por excelência, de solução de conflitos envolvendo os direitos sistematizados em políticas públicas" (BUCCI, 2006, p. 31). No mesmo sentido, Luiz Guilherme Marinoni afirma que as ações coletivas têm importante relação com os direitos fundamentais prestacionais. Tais ações permitem a tutela jurisdicional dos direitos fundamentais que exigem prestações sociais e adequada proteção – inclusive contra os particulares – mas, além disso tudo, constituem condutos vocacionados a permitir ao povo reivindicar os seus direitos fundamentais materiais (MARINONI, 2009).

Logo, a litigância coletiva tem potencial para superar os problemas identificados na litigância individual. Primeiro, porque o processo coletivo possibilita o ingresso de todo conflito social perante o Judiciário, ele traz a complexidade e as contradições sociais para equacionamento, bem como permite a análise de toda política pública *sub judice* e suas limitações estruturais e orçamentárias. E, destarte, permite uma decisão mais completa, em consonância com a realidade, com maior legitimidade política (COSTA, 2017).

Nesse sentido, a concretização dos direitos fundamentais sociais derivada de uma demanda coletiva, em termos de efetividade e de uma visão sistêmica, em relação ao tratamento individual de um mesmo problema, assegura a universalização e consequentemente a proteção dos mais fragilizados, ocasionando a realização da igualdade material constitucionalmente positivada (MEDEIROS JÚNIOR, 2018).

Por fim, é oportuno salientar que não se pretende aqui defender mecanismos que impeçam a propositura de ações individuais para a concretização e efetivação de direitos sociais visto que isso atentaria contra a garantia constitucional do acesso à justiça. O intuito aqui é de alertar que existem formas de minimizar o impacto das ações judiciais individuais no campo do controle de políticas públicas, por meio de mecanismos que permitam a universalização da tutela quando o pedido de determinada ação individual beneficie uma classe ou grupo de pessoas.

4. A JUDICIALIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS: ENTRE A LITIGANCIA INDIVIDUAL E A COLETIVA

O controle jurisdicional de políticas públicas no Brasil é uma realidade e vem sendo realizado com maior frequência por juízes de todo o país, envolvendo a análise dos mais diversos temas ligados à concretização dos direitos fundamentais sociais, em várias decisões proferidas em demandas coletivas e individuais que chegam aos tribunais, a maioria suscitando direitos relativos à medicamentos e outros insumos para a saúde, matrículas em escolas de educação infantil, políticas relativas à construção de moradias populares, dentre outros.

Nesse cenário, a discussão sobre a possibilidade de judicializar temas políticos no Brasil acaba tornando-se menos importante do que discutir as melhores formas de promover a judicialização e superar os obstáculos que hoje existem em nosso ordenamento jurídico. Como é sabido, a judicialização de temas políticos tem intima ligação com a necessidade de os jurisdicionados efetivamente se beneficiarem dos direitos sociais – direitos estes garantidos constitucionalmente – que tem como escopo a diminuição das desigualdades sociais e a fixação de um padrão mínimo de usufruto dos bens coletivos, portanto, ao apreciar tais temas o juiz estará sempre diante de uma questão de justiça distributiva, ou seja, de alocação de recursos e/ou bens escassos, de acordo com aquilo que está sendo veiculado no pedido da ação submetida à sua análise (COSTA; FERNANDES, 2017).

Assim, se os titulares dos direitos sociais são todos os indivíduos, parece intuitivo dizer que a discussão judicial se daria de forma mais adequada pela via do processo coletivo, de sorte que todas as pessoas submetidas a uma mesma privação em relação a determinado direito pudessem ser beneficiadas pela decisão judicial que, em alguma medida,

teria caráter político justamente por criar, modificar ou intervir em uma política pública. Entretanto, não é o que vem sendo observado no Brasil, onde tem sido muito comum a judicialização dos direitos fundamentais sociais pela via individual (COSTA; FERNANDES, 2017).

Sérgio Cruz Arenhart aduz que, na prática atual, o controle jurisdicional de políticas públicas é tratado de forma irresponsável pelos tribunais brasileiros. Irresponsabilidade não porque os juízes que atuam nesses processos ajam de modo totalmente incorreto, mas sim porque os instrumentos processuais empregados para esse controle são manifestamente inadequados. Nessa linha de raciocínio, é possível dizer que a redução de um conflito multipolar envolvendo políticas públicas, por exemplo, a um modelo bipolar de processo, obscurece o real problema que o litígio encerra, ou seja, o modo como os recursos públicos como um todo devem ser alocados. E mais, além de obscurecer o problema maior e de condicionar a distribuição de recursos públicos à existência de pretensões levadas individualmente a juízo, ao invés de facilitar a referida alocação de recursos, acaba por privilegiar aqueles possuem maior compreensão do emprego do Judiciário na tutela dos próprios interesses. Ou seja, ao fim e ao cabo, as ações individuais privilegiam aqueles que, normalmente, estão em condições menos favoráveis e, portanto, que não serão aqueles que mais necessitam da proteção da política pública (ARENHART, 2017).

A litigância coletiva, por sua vez, tem potencial para superar os problemas ressaltados anteriormente, oriundos da litigância individual. Os processos coletivos permitem um maior equilíbrio de forças entre os litigantes, pois transformam o processo em um embate entre litigantes habituais (COSTA, 2017). Ademais, seguindo na ótica assinalada no tópico anterior, o processo coletivo apresenta-se como instrumento processual hábil a possibilitar a discussão acerca de direitos e interesses metaindividuais, que pela sua própria natureza possuem alto grau de abstração e necessitam de concreção por algum dos poderes do Estado.

Assim, um litígio que busca a concretização de um direito fundamental social deve receber um tratamento adequado do Poder Judiciário, alinhado aos comandos da Constituição da República, de forma a resguardar as competências de cada esfera de Poder. Considerando que os litígios em tela envolvem políticas públicas, o magistrado estará à frente de um caso que envolve complexidade. Portanto, qualquer que seja o litígio de concretização dos direitos fundamentais sociais, envolverá diversos atores, afetando necessariamente a coletividade. Neste sentido, a intervenção deve se pautar em um modelo de direito proces-

sual que supere a lógica bipolar a que estão habituados os magistrados, legitimando, dessa forma, a intervenção judicial nas políticas públicas (MEDEIROS JÚNIOR, 2018).

Cabe destacar que, parte da doutrina, não enxerga o processo coletivo como o meio mais apto para a concretização de políticas públicas. Por esta ótica, ressalta-se o fato de que nosso modelo tradicional de processo coletivo não consiste em uma técnica que permite a coletividade expressar plenamente sua vontade ou seus interesses. Sérgio Cruz Arenhart apresenta crítica ao modelo de tutela coletiva nacional para concretização dos direitos fundamentais sociais pelo Poder Judiciário nos seguintes termos:

> A tutela coletiva nacional não é, a rigor, uma técnica que permite a coletividade expressar sua vontade ou seus interesses. Ao contrário, o que ela faz é autorizar alguns entes a, dizendo-se porta-voz de uma coletividade, defender os interesses desta. Essa promoção, porém, faz-se exatamente do mesmo modo como se realiza a proteção de interesses individuais. Os instrumentos processuais são os mesmos, as técnicas são as mesmas e mesmo o procedimento desenhado é, substancialmente, o mesmo que é empregado para a tutela de interesses individuais em sentido estrito. [...] Paradoxalmente, portanto, o processo coletivo *aliena* exatamente o grupo que é protegido, na medida em que não permite sua participação direta, mas apenas autoriza a presença, no processo, dos entes legitimados para a tutela desses grupos. E faz tudo isso segundo a mesma lógica da tutela individual, ou seja, segundo um processo *bipolarizado* (ARENHART, p. 481, grifo do autor).

Assim, para o autor referido anteriormente – e outros – o processo coletivo como está posto se encontra enraizado com a adoção da mesma lógica do processo individual, de modo que embora tenha sido adaptado para atender algumas modalidades de interesses metaindividuais, ainda está longe de servir de palco adequado à tutela de interesses sociais.

Para a "mudança" dessa visão arraigada ao processo individual bipolar, sugere-se e destaca-se a ideia consubstanciada nos processos estruturais, os quais não possuem, ainda, coesão na doutrina para nominar o instituto, visto que alguns autores tratam de processo estrutural, outros de litígio estrutural, medida estruturante, decisão estrutural, ação estrutural e, ainda, remédio estruturante.

Independentemente do nome escolhido doutrinariamente, essa modalidade de solução de litígios – nascida no sistema de justiça norte-americano com o caso paradigmático *Brown vs. Board of Education of*

Topeka – exerce forte influência sobre os rumos da sociedade. O litígio estrutural, por sua vez, é um conflito que deriva do comportamento de uma estrutura, da forma como uma sociedade se organiza e, por isso, produz e reproduz violações, portanto, o objeto de estudo dessa forma de litígio deve se dar a partir de estudos baseados na ideia de "reforma" de uma instituição ou órgão.

Leonardo Medeiros Júnior destaca que "no chamado processo estrutural, o objeto da ação não é uma disputa entre Caio e Tício sobre situações jurídicas que lhe são próprias. Trata-se de uma reclamação sobre a ineficácia ou inexistência de uma determinada política pública, implicando um tratamento teórico e metodológico diferenciado e em consonância com tais particularidades" (MEDEIROS JÚNIOR, 2018).

Diante do exposto, assuntos como ativismo judicial, judicialização da política, relativização da tripartição dos poderes, a concretização e a legitimidade de decisão estrutural estarão sempre presentes na pauta do debate relativo a litígios estruturantes. Além disso, a aceitação do processo estrutural em nosso sistema implica a revisão de vários institutos do processo civil, especialmente pelo fato de que no litígio estrutural o juiz não pode ficar "amarrado" aos limites dos pedidos das partes. Ademais, os processos estruturais exigem uma possibilidade de desdobramento do julgamento, de forma a permitir que ao magistrado condutor do processo resolver os problemas que surgem com a implementação da decisão judicial (MEDEIROS JÚNIOR, 2018).

Assevera-se ainda que, ainda que de forma tímida, já estão aparecendo decisões estruturais no Brasil. Acredita-se que esse surgimento era esperado, na medida em que as decisões estruturais são – realmente – uma necessidade de qualquer sistema que pretenda lidar com casos complexos, especialmente ligados a concretização de direitos fundamentais sociais e políticas públicas.

Por fim, o estudo da problemática que envolve direitos fundamentais sociais, ações coletivas e, também, litígios estruturantes, revela a complexidade da judicialização das políticas públicas. Ademais, em razão do crescente litígio na busca de demandas constitucionalmente previstas, não se pode ignorar, também, a limitação de recursos financeiros para geri-las. Portanto, a atuação estatal – seja através de poderes eleitos, seja através do Poder Judiciário – impõe escolhas que, diante de um número incontável de necessidades, que devem ser atendidas, ainda que não plenamente, de modo a resguardar direitos constitucionalmente garantidos.

5. CONCLUSÃO

Com esteio no raciocínio até aqui desenvolvido, pode-se dizer que os tribunais brasileiros vêm assumindo um papel de destaque na transformação das realidades sociais do país, na medida em que se tornaram um fórum de discussão no que diz respeito a implementação e concretização de direitos fundamentais sociais por meio de políticas públicas. Foi concedido, ao Poder Judiciário, um papel antes relacionado a outros centros decisórios existentes na sociedade. E mais do que isso, a atividade jurisdicional passou a ser, em certas circunstâncias, a única instância de decisão capaz de dar uma resposta condizente aos objetivos sociais que, por diversos fatores, não obtiveram um tratamento adequado no processo político.

O impacto dessas transformações sociais, fez com que o modelo tradicional de litigância se tornasse obsoleto e menos representativo das necessidades oriundas das questões levadas a juízo, ocasionando a necessidade de reconhecimento e fomento de uma nova dimensão da atuação judicial para a condução dos processos que envolvem políticas públicas e direitos sociais, as ações coletivas.

Por mais que essas ações, por vezes, recebam críticas de parte da doutrina com o argumento de bipolaridade de interesses, é inegável o destaque de que as ações coletivas se mostram, em nosso sistema jurisdicional, como forma mais eficaz para o tratamento de conflitos sociais, de modo a atingir a igualdade material constitucionalmente prevista. Sabe-se que há diversos problemas que ainda pendem de solução e representam consideráveis obstáculos para que as políticas públicas dirigidas à implementação dos direitos sociais possam ser efetivamente discutidas nos tribunais brasileiros.

De todo modo, é manifesto que o controle judicial de políticas públicas é uma realidade no Brasil e esforços consistentes tem sido feitos para assegurar a concretização e implementação de políticas públicas que tenham como objetivo dar efetividade aos direitos sociais constitucionalmente assegurados.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACCA, Thiago dos Santos. **Direitos Sociais:** conceito e aplicabilidade. São Paulo: Almedina, 2019.

ARENHART, Sérgio Cruz. Processos estruturais no direito brasileiro: reflexões a partir do caso da ACP do carvão. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; COSTA, Susana Henriques da (coord.). **O processo para solução de conflitos de interesse público**. Salvador: Juspodivm, 2017.

ATRIA, Fernando. Existem direitos sociais? In: MELLO, Cláudio Ari (Org.). **Os desafios dos direitos sociais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

BARZOTTO, Luís Fernando. Os direitos humanos como direitos subjetivos: da dogmática jurídica à etica. In: MELLO, Cláudio Ari (Org.). **Os desafios dos direitos sociais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em Direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (org.). **Políticas públicas:** reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006.

COSTA, Susana Henriques da. Acesso à justiça: promessa ou realidade? Uma análise do litígio sobre creche e pré-escola no município de São Paulo. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; COSTA, Susana Henriques da (coord.). **O processo para solução de conflitos de interesse público**. Salvador: Juspodivm, 2017.

COSTA, Susana Henriques da; FERNANDES, Débora Chaves Martines. Processo coletivo e controle judicial de políticas públicas – relatório Brasil. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; COSTA, Susana Henriques da (coord.). **O processo para solução de conflitos de interesse público**. Salvador: Juspodivm, 2017.

HACHEM, Daniel Wunder. **Tutela administrativa efetiva dos direitos fundamentais sociais**: por uma implementação espontânea, integral e igualitária. 2014. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2014.

LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. **Teoria dos Direitos Fundamentais Sociais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

MARINONI, Luiz Guilherme. A jurisdição no estado constitucional. **Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional**. Curitiba, v.7, p. 423-514, 2009.

MEDEIROS JÚNIOR, Leonardo. **Processo estrutural consequencialista**: a intervenção judicial em políticas públicas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

MELLO, Cláudio Ari. **Democracia Constitucional e Direitos Fundamentais.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SADEK, Maria Tereza. Judiciário e arena pública: um olhar a partir da ciência política. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (org.). **O controle jurisdicional de políticas públicas**. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

SALLES, Carlos Alberto de. Duas faces da proteção judicial no Brasil. In: SALLES, Carlos Alberto de (coord.). **As grandes transformações do processo civil brasileiro**. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

SALLES, Carlos Alberto de. Políticas públicas e processo: a questão da legitimidade nas ações coletivas. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; COSTA, Susana Henriques da (coord.). **O processo para solução de conflitos de interesse público**. Salvador: Juspodivm, 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais:** uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti. **Direitos fundamentais**: orçamento e "reserva do possível". Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SILVA, José Afonso. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 6.ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. Desafios à jurisdição em políticas públicas: o que se pode aprender com a experiência da Colômbia. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; COSTA, Susana Henriques da (coord.). **O processo para solução de conflitos de interesse público**. Salvador: Juspodivm, 2017.

VITORELLI, Edilson. **O devido processo legal coletivo**: dos direitos aos litígios coletivos. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

ZUFELATO, Camilo. Controle judicial de políticas públicas mediante ações coletivas e individuais. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (coord.). **O controle jurisdicional de políticas públicas**. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

A POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DE MEDIDAS COERCITIVAS ATÍPICAS NA DE EXECUÇÃO DE ALIMENTOS: UMA ANÁLISE À LUZ DA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE N. 5.941/DF[1]

Cíntia Burille[2]
Helena Soares Souza Marques Dias[3]

1 Artigo desenvolvido para o VII Seminário Nacional Tutelas à Efetivação de Direitos Indisponíveis, no eixo temático de Tutelas à efetivação de direitos transindividuais, na temática dos Direitos fundamentais e jurisdição, sob orientação do Prof. Dr. Conrado Paulino da Rosa, no âmbito do Grupo de Pesquisa sobre Família, Sucessões, Criança e Adolescente e Direitos Transindividuais, do Programa de Pós-Graduação em Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público (FMP/RS).

2 Mestranda em Direito pela FMP/RS, na linha de pesquisa Tutelas à Efetivação dos Direitos Transindividuais. Especialista em Direito de Família e Sucessões pela FMP/RS. Especialista em Direito Civil e Processual Civil pela UniRitter. Pesquisadora do Grupo de Pesquisa sobre Família, Sucessões, Criança e Adolescente e Direitos Transindividuais, coordenado pelo Prof. Dr. Conrado Paulino da Rosa, e do Grupo de Pesquisa Sociedade da informação e "Fake Democracy": os riscos à liberdade de expressão e à democracia constitucional, coordenado pela Prof.ª Dra. Raquel Fabiana Lopes Sparemberger, ambos do Programa de Pós-Graduação em Direito da FMP/RS, sendo o segundo vinculado no CNPq ao Grupo de Estudos Tutelas à Efetivação dos Direitos Indisponíveis. Advogada. Currículo Lattes: http://lattes.cnpq.br/8877831168384011. E-mail: cintia@burillemarquesdias.com.br.

3 Mestranda em Direito pela FMP/RS, na linha de pesquisa Tutelas à Efetivação dos Direitos Transindividuais. Especialista em Direito de Família e Sucessões pela FMP/RS. Especialista em Direito Civil e Processual Civil pela Universidade Católica de Pelotas (UCPel). Pesquisadora do Grupo de Pesquisa sobre Família, Sucessões, Criança e Adolescente e Direitos Transindividuais, coordenado pelo Prof. Dr. Conrado Paulino da Rosa, e do Grupo de Pesquisa sobre Colisão de direitos fundamentais e o Direito como argumentação, coordenado pelo Prof. Dr. Anizio Pires Gavião Filho, ambos do Programa de Pós-Graduação em Direito da FMP/RS. Advogada. Currículo Lattes: http://lattes.cnpq.br/2320007493748377. E-mail: helena@burillemarquesdias.com.br.

Resumo: O presente estudo busca averiguar a possibilidade de aplicação de medidas coercitivas atípicas no processo de execução de alimentos, a partir da análise da ADI n. 5.941/DF, que tem por objeto o artigo 139, inciso IV, do Código de Processo Civil, e que visa a declaração de inconstitucionalidade das medidas que poderiam ser enquadradas no dispositivo. Para promover a presente pesquisa, adotou-se a metodologia hipotético-dedutiva e a técnica de pesquisa bibliográfica e jurisprudencial. Ao cabo, conclui-se que ainda que seja julgada procedente a ADI n. 5.941/DF, deve-se resguardar a possibilidade de aplicação das medidas coercitivas atípicas nos casos relacionados ao direito de alimentos, a fim de promover e assegurar direitos fundamentais, em especial a dignidade da pessoa humana do alimentando.
Palavras-chave: Execução de alimentos. Meios coercitivos. Medidas atípicas. Ação direta de inconstitucionalidade n. 5.941/DF.

Abstract: The present study seeks to investigate the possibility of applying atypical coercive measures in the process of executing alimony, based on the analysis of ADI n. 5.941/DF, whose object is the article 139, item IV, of the Código de Processo Civil, and which aims at the declaration of unconstitutionality of the measures that could be framed in the provision. To promote this research, the hypothetical-deductive methodology and the bibliographic and jurisprudential research technique were adopted. In the end, it is concluded that even if ADI n. 5.941/DF is upheld, the possibility of applying atypical coercive measures in cases related to the right to alimony must be safeguarded, in order to promote and ensure fundamental rights, especially the dignity of the person receiving the alimony.
Keywords: Alimony enforcement. Coercive means. Atypical measurements. Ação direta de inconstitucionalidade n. 5.941/DF.

1. INTRODUÇÃO

As dificuldades no exercício do direito aos alimentos não são, verdadeiramente, uma novidade no cenário brasileiro. As adversidades, normalmente, têm início já com a questão do *quantum* alimentar a ser fixado, visto que, na avassaladora maioria das vezes, o alimentando pleiteia um determinado valor e o alimentante busca reduzir ao máximo a pretensão daquele, restando ao julgador decidir, de acordo com o binômio: necessidade e possiblidade.

Vencida esta etapa inicial, com a definição do percentual a ser pago pelo alimentante ao alimentando, em muitos casos, ainda há outra batalha a ser enfrentada pelo credor: o de efetivamente recebê-los. Não raras vezes, para a garantia de sua efetividade, o alimentando é obrigado a realizar o cumprimento de sentença de título executivo judicial ("vulgo": execução de alimentos) para cobrar do alimentante os valores inadimplidos.

A par desse cenário, o Código de Processo Civil vigente, promulgado em 2015 (CPC), trouxe importantes modificações aos procedimentos das ações de execução, em especial a de alimentos, a fim, justamente, de conferir maior efetividade à satisfação do crédito alimentar. O protesto da dívida alimentar de ofício pelo julgador, a previsão do envio de ofício ao Ministério Público, quando houver indícios de crime de abandono material, e o desconto em folha de pagamento do alimentante para a quitação do débito alimentar até o limite de 50% (cinquenta por cento) do valor líquido recebido por ele, apresentam-se como as novas medidas típicas no âmbito da execução do crédito alimentar no CPC.

Na execução de título extrajudicial, o CPC trouxe a possibilidade de inclusão do nome do executado em cadastro de inadimplentes, podendo tal medida ser aplicada à execução de verba alimentar, conforme a redação do artigo 771 do CPC, que prevê a aplicação subsidiária, no que for possível, aos demais procedimentos de execução.

Contudo, a grande novidade foi a redação do artigo 139, em que o legislador incluiu 05 (cinco) novas hipóteses de atuação do magistrado, dentre elas o inciso IV, que estendeu a possibilidade de determinação das medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias, necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicias às ações que tenham por objeto prestação pecuniária, e não apenas às ações de obrigação de fazer ou não fazer, como na redação anterior (§ 5º do artigo 461 do CPC/1973).

Nesse espectro que surgem as chamadas medidas coercitivas atípicas em execução de alimentas, notadamente, (i) a restrição ao direito de dirigir, (ii) a apreensão de passaporte e (iii) o cancelamento de cartões de crédito do executado, possibilitadas a partir da redação nova do inciso IV do artigo 139, CPC.

Nesse ínterim, busca-se averiguar a possibilidade de aplicação das medidas coercitivas atípicas no processo de execução de alimentos, a partir da análise da ação direta de inconstitucionalidade n. 5.941/DF (ADI n. 5.941/DF). Tal ADI tem por objeto a declaração de institucionalidade do artigo 139, inciso IV, do CPC, dentre outros, especificamente no que tange às medidas atípicas que poderiam ser enquadradas através desse dispositivo.

Com a finalidade de promover a presente pesquisa, adotou-se a metodologia hipotético-dedutiva e a técnica de pesquisa bibliográfica e jurisprudencial. A esse efeito, discorre-se acerca da natureza jurídica dos alimentos, bem como das formas de sua execução previstas no CPC, salientando a positivação dos avanços costurados no universo jurídico sobre o tema. Após, adentra-se no estudo do que compreende as medidas atípicas e os parâmetros utilizados pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (TJ/RS), à luz do artigo 139, IV, CPC, no âmbito da execução de alimentos.

Posteriormente, aprofunda-se no exame da ADI n. 5.941/DF e, por fim, na possibilidade de incidência do dispositivo legal em debate nas ações de execução de alimentos, como forma de efetivação do direito do alimentando, destacando-se o reconhecimento pelo legislador de 2015 da importância da natureza do crédito em voga, para o bem da vida, da saúde e da dignidade da pessoa humana.

2. NATUREZA JURÍDICA DOS ALIMENTOS E FORMAS DE EXECUÇÃO: RITO DA COERÇÃO PATRIMONIAL E DA COERÇÃO PESSOAL

Os alimentos podem ser conceituados como o "conjunto de meios materiais necessários para a existência das pessoas, sob o ponto de vista físico, psíquico e intelectual" (FARIAS; ROSENVALD, 2020, p. 752) e se destinam a promover a subsistência e a vida digna daqueles que não possuem, por si sós, condições para tanto. Sendo assim, incluem-se no conceito de alimentos a satisfação de necessidades materiais como alimentação, saúde, vestuário, moradia, cultura, lazer, entre outras que porventura se apresentem.

Referido instituto jurídico decorre de valores humanitários e se trata de clara expressão do princípio constitucional da solidariedade social, bem como do direito social à alimentação, incluído no artigo 6º da Carta Magna pela Emenda Constitucional n. 64/2010[4], "o que reforça a sua amplitude e importância como direito essencial e atributo da dignidade da pessoa humana" (PEREIRA, 2020, p. 271).

No entanto, como refere Dias (2020), em que pese ser a dignidade humana um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, a

4 Prevê o artigo 6º da Constituição Federal: "São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição" (BRASIL, 1988).

obrigação estatal, imposta pela Constituição Federal, de garantir a todos os cidadãos o direito fundamental à vida, é repassada à família, sendo a solidariedade familiar uma das maneiras encontradas pelo Estado de se desincumbir de sua responsabilidade.

Surge então o dever alimentar familiar[5], por meio do qual os parentes, e não somente os cônjuges e os companheiros, devem assegurar, uns aos outros, o direito de viver de modo compatível com sua condição social, conforme prevê o artigo 1.694 do Código Civil vigente.[6] Assim, as responsabilidades alimentares decorrentes das relações familiares são ampliadas, sendo os alimentos obrigação com naturezas e origens distintas, podendo ser devidos por vínculos como a parentalidade, a conjugalidade, a afinidade e até mesmo a solidariedade (DIAS, 2020).

Quanto à sua natureza, importa destacar que os alimentos podem ser classificados em naturais e civis. Os alimentos naturais são aqueles que dizem respeito aos meios materiais indispensáveis à subsistência, como alimentação, vestuário, saúde e moradia. Por outro lado, os alimentos civis são aqueles "destinados à manutenção da condição social do credor de alimentos" (MADALENO, 2018, p. 907), incluindo-se os alimentos naturais mais as atividades intelectuais, culturais e de lazer. Em nosso ordenamento jurídico, temos como regra geral, esta última modalidade, sendo possível a aplicação dos alimentos naturais apenas em caráter excepcional.

Diante desse panorama, sendo os alimentos direito cuja precípua finalidade é assegurar a dignidade humana por meio da garantia da integridade física, psíquica e intelectual, entende a mais moderna doutrina que sua natureza jurídica é a de direito da personalidade (FARIAS; ROSENVALD, 2020).

Sendo assim, qualquer que seja a modalidade de pensão alimentícia, uma vez fixada, precisará o devedor de alimentos encontrar maneiras de cumprir com a sua obrigação. No entanto, sabe-se que na vida real recai so-

5 A obrigação alimentar pressupõe a existência de um vínculo jurídico entre alimentante e alimentado, podendo essa vinculação se originar de diversos institutos existentes em nosso ordenamento, como, por exemplo os alimentos legais previstos no *caput* do artigo 1.694 do CC, os alimentos voluntários, que não são previstos em lei, mas decorrem de uma liberalidade do alimentante, bem como os alimentos indenizatórios, decorrentes da prática de um ato ilícito e que estão previstos no artigo 948, II, do CC (ROSA, 2021). O presente trabalho, no entanto, restringe-se ao exame dos alimentos derivados das relações de família.

6 Prevê o artigo 1.694 do Código Civil: "Podem os parentes, os cônjuges ou companheiros pedir uns aos outros os alimentos de que necessitem para viver de modo compatível com a sua condição social, inclusive para atender às necessidades de sua educação" (BRASIL, 2002).

bre o credor de alimentos grande dúvida, incerteza e insegurança a respeito do "provimento pontual do seu direito alimentar, cuja cobrança executiva é havida como um verdadeiro calvário" (MADALENO, 2018, p. 1000).

Em razão dessa dificuldade e levando em consideração que a "urgência no adimplemento da obrigação alimentar se relaciona diretamente com a sobrevivência do credor" (DIAS, 2020, p. 303), torna-se necessária a utilização de mecanismos extraordinários, céleres, eficazes e efetivos, de cumprimento da satisfação. A fim de cumprir com tal objetivo, o ordenamento jurídico brasileiro prevê a execução de alimentos que, de acordo com Câmara (2008, p. 344), trata-se "de uma modalidade especial de execução, que merece tratamento especial em razão da natureza da prestação cujo cumprimento se pretende".

Importa destacar, como referem Farias e Rosenvald (2020), que, a depender da forma como foram fixados os alimentos (judicialmente ou extrajudicialmente), o procedimento será distinto. No entanto, para ambos os casos, poderá o credor de alimentos se valer dos meios processuais que achar adequados para obter o adimplemento da obrigação, ou seja, poderá optar entre a execução pelo rito da coerção pessoal do devedor de alimentos[7] (única possibilidade de prisão civil admitida atualmente no Brasil) ou pelo da coerção patrimonial (penhora).

O rito da prisão civil é considerado a maneira mais eficaz e efetiva para garantir o cumprimento da obrigação alimentar. Isso porque, "um dos direitos mais valorados do nosso ordenamento jurídico, em virtude do que ele tutela, é o direito de liberdade de alguém" e, sendo essa a modalidade escolhida pelo credor para proceder à execução de alimentos, surpreendentemente (ou não) "o dinheiro que antes o devedor não possuía para adimplir as parcelas alimentares em atraso simplesmente 'aparece' para afastar o decreto de prisão" (ROSA, 2020, p. 662).

Prevê o CPC que tal via se restringe à cobrança das três últimas prestações anteriores ao ajuizamento da execução e mais as que se vencerem no curso do processo.[8] No entanto, não é obrigatória a existência de três parcelas vencidas para que o credor de alimentos opte pela execução

7 O artigo 7, item 7 do Pacto de San José da Costa Rica, assinado em 1969 na Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH), proíbe qualquer prisão por dívida, ressalvada a hipótese do devedor de alimentos. O documento internacional passou a vigorar no Brasil no ano de 1992, com a promulgação do Decreto 678/1992 e, desde então, a única possibilidade de prisão civil admitida no Brasil é a do devedor de alimentos.

8 Dispõe o § 7º do artigo 528 do CPC: "O débito alimentar que autoriza a prisão civil do alimentante é o que compreende até as 3 (três) prestações anteriores ao ajuizamento da execução e as que se vencerem no curso do processo (BRASIL, 2015).

pelo rito da prisão, bastando o inadimplemento de uma prestação ou então de prestações alternadas.

Pelo rito da constrição patrimonial, objetiva-se obrigar o devedor a adimplir a obrigação alimentar, sob pena de ter bens de sua propriedade penhorados para que ocorra a satisfação do débito. Destaca-se que referida modalidade é, muitas vezes, excessivamente demorada, tendo em vista a habilidade dos chamados "devedores contumazes" para a prática de subterfúgios que, não raras vezes, inviabilizam o cumprimento da decisão judicial. Assim, além da frustração do credor que necessita dos alimentos para sua subsistência, ocorre o desprestígio do Poder Judiciário, que não alcança ao cidadão uma tutela jurisdicional célere e efetiva. Outrossim, importante ressaltar que na tentativa de minimizar tais dificuldades, permite-se, nos casos relacionados à dívida de alimentos, a penhora de bens que, em regra, são impenhoráveis[9]. Como exemplos encontrados tanto na legislação quanto na jurisprudência, cite-se a possibilidade de penhora de parte do salário do devedor[10], do bem de família[11] e dos bens móveis que guarnecem a residência do devedor de alimentos[12] (ROSA, 2021), o que reforça a importância dada pelo ordenamento jurídico à efetiva prestação alimentar.

Com base nesse panorama e sabendo da importância dos alimentos na vida de quem os recebe, o legislador do CPC/2015 instituiu novos e eficientes instrumentos, aumentando, substancialmente, o poder coercitivo das execuções de créditos alimentares, com a finalidade de dar maior efetividade à satisfação do procedimento.

---

9 O artigo 833 do CPC prevê o rol de bens considerados impenhoráveis, dentre eles, destaca-se os bens móveis que guarnecem a residência e o salário.

10 É antiga é a orientação do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que a impenhorabilidade dos salários não se aplica às hipóteses em que o débito decorre de prestação alimentícia (BRASIL, 2010).

11 Conforme prevê o artigo 3º, inciso III, da Lei nº 8.009/1990.

12 No REsp. 1301467/MS, o Rel. Ministro Luís Felipe Salomão afirma que: "[a] Lei n. 8.009/1990 prevê que a impenhorabilidade do imóvel residencial próprio da entidade familiar compreende os móveis que guarnecem a casa, desde que quitados, não valendo, entretanto, a proteção, quando se referir à execução movida por credor de pensão alimentícia. O conflito entre o direito à propriedade de bens móveis que guarnecem determinada residência, protegido pelas normas gerais de execução do codex e o direito de alimentar-se do credor de pensão dessa natureza, resguardado pela Lei n. 8.009, deve ser solucionado com prevalência desse último, porquanto é a norma que melhor materializa as perspectivas do constituinte em seu desígnio de conferir condições mínimas de sobrevivência e promover a dignidade da pessoa humana" (BRASIL, 2016).

A primeira novidade apresentada pelo CPC/2015 foi a nova redação do § 1º do revogado artigo 733 do CPC/1973, atualmente artigo 528, no qual o legislador dispôs que se o devedor não pagar o débito exequendo, ou se a justificativa pelo não pagamento não for aceita, o juiz, de ofício, mandará protestar o título executivo extrajudicial[13].

Segundo Marinoni, Arenhart e Mitidiero (2017, p. 636), a previsão do protesto constitui "técnica de indução, tendente a forçar o devedor ao adimplemento da prestação. Por isso, só pode ser requerido após esgotado o prazo para pagamento voluntário a que alude o art. 523, CPC". Isto porque, o protesto da decisão judicial é uma forma de dar publicidade ao descumprimento da obrigação alimentar, e mais: de alertar a sociedade sobre a situação econômica do executado.

Outra inovação trazida pelo advento do CPC está prevista no artigo 532 e diz respeito à inibição de práticas procrastinatórias do executado, caso em que, verificando o juiz estarem presentes ao menos indícios da prática do crime de abandono material[14], deverá oficiar o Ministério Público para que tome as medidas pertinentes[15] (AMARAL, 2016).

Há inovação, também, no uso do procedimento do desconto em folha, já utilizado para o cumprimento da obrigação alimentar, tornando-se, neste caso, um meio coercitivo para a quitação do débito em execução, conforme previsão legal do artigo 529. Em tal caso, poderá ocorrer a cumulação dos alimentos vincendos com o parcelamento do crédito em execução, desde que os descontos não ultrapassem 50% da renda líquida

13 Segundo conceitua o artigo 1º, da Lei n.º 9.492/97, "protesto é o ato formal e solene pelo qual se prova a inadimplência e o descumprimento de obrigação originada em títulos e outros documentos de dívida" (BRASIL, 1997).

14 O referido delito está inscrito no artigo 244 do Código Penal e prevê quatro condutas de abandono material distintas (todas com previsão de pena de detenção de 1 a 4 anos e multa de uma a dez vezes o maior salário mínimo do país). São elas: "a) não prover os recursos necessários, de forma genérica, à subsistência ao cônjuge, filho menor de 18 anos ou inapto para o trabalho, bem como de ascendente inválido ou maior de 60 anos; b) não pagar pensão alimentícia judicialmente acordada, fixada ou majorada; c) deixar de socorrer ascendente ou descendente gravemente enfermo; d) frustrar ou ilidir o pagamento o pagamento da pensão alimentícia, inclusive por abandono injustificado de emprego ou função, quando o devedor tratar-se de pessoa solvente" (BRASIL, 1940).

15 Tanto o novo diploma processual civil, quanto o penal estabelecem requisitos para a utilização do risco de persecução criminal para a advertência ou coerção do devedor de alimentos. O CPC exige que se verifique uma conduta procrastinatória por parte do alimentante; o Código Penal exige a demonstração de indícios de uma série de elementos normativos e subjetivos.

do alimentante. Trata-se, em outras palavras, da possibilidade de penhora do salário do devedor de alimentos.

Neste ponto, importante salientar também acerca do dever de terceiros de efetuar o desconto do salário do empregado e repassar o valor ao credor de alimentos, já que "a decisão que determina à autoridade, à empresa ou ao empregador a realização do desconto em folha tem eficácia mandamental" (AMARAL, 2016, p. 639). Assim, em decorrência lógica do descumprimento dessa ordem é o enquadramento da conduta no tipo penal previsto no artigo 330 do Código Penal, chamado de crime de desobediência.

Além dos mecanismos suprarreferidos, previstos, especificamente, para as execuções de créditos alimentares, o legislador do CPC ainda dispôs, no procedimento de execução de títulos extrajudiciais, a possibilidade de inclusão do nome do executado em cadastro de inadimplentes, previsto no artigo 782, § 3º, que só poderá ocorrer após o requerimento expresso do credor.

A inscrição de devedor de alimentos nos cadastros do SPC e SERASA pode aplicada em sede de execução de verba alimentar, em razão do artigo 771 do CPC prever que suas disposições se aplicam subsidiariamente, no que for possível, nos demais procedimentos de execução.

De todo modo, independentemente do rito processual adotado (penhora de bens ou prisão civil), havendo inadimplemento injustificado, as medidas de inscrição do devedor de alimentos em cadastro de inadimplentes, protesto da decisão judicial e abertura de processo crime em razão do abandono material não são alternativas entre si. Ou seja, poderá o devedor de alimentos, além de ter a prisão civil decretada ou seu patrimônio penhorado, ser processado criminalmente, ter seu nome inscrito nos cadastros de devedores e, igualmente, sofrer o protesto da decisão judicial que fixou alimentos.

A despeito desses mecanismos próprios para a satisfação da obrigação de alimentos, o CPC trouxe ainda outras medidas aplicáveis à execução em geral, incluindo também a alimentar, conferindo ao magistrado amplas possibilidades para a satisfação das ordens judiciais.

3. MEDIDAS ATÍPICAS: EFETIVIDADE E TRATAMENTO LEGAL NO CPC

O CPC/15 dedica um capítulo para tratar dos poderes, dos deveres e da responsabilidade do juiz, e traz no artigo 139 uma correspondência ao artigo 125[16], do CPC/73, mas com maior amplitude, estabelecendo

16 O artigo 125 do CPC/1973 previa que "o juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, competindo-lhe: I - assegurar às partes igualdade de tratamen-

os poderes de direção do julgador, imputando-lhe um rol de incumbências bastante expressivo.

Em análise comparativa entre os dispositivos legais, verifica-se que no atual artigo 139, o legislador acrescentou pelo menos cinco novas hipóteses de atuação do magistrado, sendo três delas de substancial relevância para garantir a adequada gestão processual, constantes dos seguintes incisos:

> [...] IV - determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária; [...] VI - dilatar os prazos processuais e alterar a ordem de produção dos meios de prova, adequando-os às necessidades do conflito de modo a conferir maior efetividade à tutela do direito;
> [...] IX - determinar o suprimento de pressupostos processuais e o saneamento de outros vícios processuais; [...] (BRASIL, 2015).

A novidade mais significativa restou inserida na parte final do inciso IV, o qual corresponde, em parte, ao § 5º do artigo 461[17] do CPC/1973, que estendeu a possibilidade de determinação das medidas ali previstas às ações que tenham por objeto prestação pecuniária e não apenas às ações de obrigação de fazer ou não fazer, como na redação anterior.

Tem-se que, por força desse dispositivo, torna-se possível o emprego de meios outros, além da multa de 10% (a que se refere o artigo 523, § 1º, do CPC), para compelir o devedor a cumprir obrigações, não somente de fazer ou de não fazer, como também aquelas pecuniárias reconhecidas em decisão judicial. A inovação, por certo, não passou despercebida pelos mais atentos e foi objeto de glosa pelo Enunciado 48, editado pela Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (ENFAM):

> O art. 139, IV, do CPC/2015 traduz um poder geral de efetivação, permitindo a aplicação de medidas atípicas para garantir o cumprimento de qualquer ordem judicial, inclusive no âmbito do

---

to; II - velar pela rápida solução do litígio; III - prevenir ou reprimir qualquer ato contrário à dignidade da Justiça; IV - tentar, a qualquer tempo, conciliar as partes" (BRASIL, 1973).

17 O § 5º do artigo 461 do CPC/1973 previa que "para a efetivação da tutela específica ou para a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz, de ofício ou a requerimento, determinar as medidas necessárias, tais como a busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras, impedimento de atividade nociva, além de requisição de força polícia" (BRASIL, 1973).

> cumprimento de sentença e no processo de execução baseado em títulos extrajudiciais.

Alguns estudiosos do Direito Processual Civil foram além daquelas incursões preliminares, chamando a atenção para posicionamentos recentemente externados, no sentido de se buscar melhor dimensionar o âmbito de vigência material do artigo 139, inciso IV, do CPC.

De um lado, há quem reconheça que a adoção da atipicidade das medidas executivas também nas execuções de obrigação de pagar quantia ensejou uma nova sistemática executiva, cabendo a sua aplicação a fim de assegurar que o devedor cumpra as condutas elementares da boa-fé e cooperação perante o juízo executivo[18].

Noutro sentido, há posicionamento doutrinário reputando o dispositivo como sendo uma "carta branca para o arbítrio" (STRECK; NUNES, 2016, n.p.), diante da possibilidade de adoção de medidas discricionárias de restrição de direitos fundamentais, assim consideradas como descontextualizadas das premissas constitucionais.

Ao sentir de Marinoni, Arenhart e Mitidiero (2017, p. 284), ainda que haja excesso nas expressões empregadas pelo legislador, bem como alguma confusão entre os efeitos das ordens judiciais, concordam que a falta de rigor técnico "não compromete a intenção do preceito, que é dotar o magistrado de amplo espectro de instrumentos para o cumprimento das ordens judiciais, inclusive para a tutela de prestações pecuniárias (art. 536, CPC)".

No Tribunal do Rio Grande do Sul, há divergência entre as duas Câmaras que julgam matéria relativa ao Direito de Família, no que tange a adoção de medidas atípicas, por meio do artigo 139, inciso IV, do CPC, especificamente em relação à execução de alimentos.

Muito embora se identifique na 7ª Câmara Cível alguns julgados favoráveis à aplicação de suspensão da habilitação para dirigir veículo automotor do executado e apreensão do passaporte, nos casos em que as vias típicas já se esgotaram sem que o débito alimentar tenha sido adim-

18 Nessa toada, importante trazer à baila as considerações de Sandra Prevalil trazidas por Rolf Madaleno, "no sentido de a voluntária inadimplência alimentar não se traduzir apenas em um problema econômico, mas guardar matizes profundos de um problema cultural constituído pela falta de consciência social acerca do caráter delituoso desta conduta, e pela falta de consciência sobre a dimensão do prejuízo causado pelo devedor alimentar. Por isto conclama ser de vital importância que se mantenha a motivação do credor de alimentos mediante mecanismos de coação social que estimulem a esperança do pronto abono alimentar" (PREVALIL *apud* MADALENO, 2018, p. 1009).

plido[19], em outros julgados percebe-se a diferença de posicionamento dentro da própria Câmara, considerando tais medidas desproporcionais e desarrazoáveis[20], o que demonstra certo dissenso entre os julgadores.

Por outro lado, verifica-se que na 8ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul o entendimento parece mais consolidado no sentido de permitir a aplicação, por parte dos julgadores, das medidas atípicas previstas no art. 139, inciso IV, do CPC, nas execuções de alimentos, quando verificada a dificuldade na eficácia de outras medidas que visam à satisfação do crédito alimentar, sendo vasto o número de julgados recentes nesse sentido[21].

Necessário, outrossim, reiterar que as decisões do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, quando se valem da aplicação de medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias, adotam-na naqueles casos em que já foram esgotados os demais meios para a satisfação

19 Agravo de instrumento. Execução de alimentos. Suspensão da habilitação para dirigir veículo automotor e apreensão do passaporte. Cabimento. Cabível a determinação judicial de suspensão da habilitação para dirigir veículo automotor do executado e apreensão do passaporte, nos termos do art. 139, IV, do CPC, na medida em que a parte exequente já tomou todas as providências que estavam ao seu alcance no intuito de receber o débito alimentar, sem sucesso. Trata-se de providência tendente a assegurar efetividade à decisão que condenou o devedor ao pagamento de pensão, e que se justifica plenamente, porque a situação enfrentada é de natureza singular, já que, não obstante todas as providências adotadas pela parte credora, não houve êxito na cobrança dos alimentos devidos. Recurso desprovido (RIO GRANDE DO SUL, 2017).

20 Agravo de instrumento. Ação de execução de alimentos. Decisão que indeferiu o pedido de suspensão da CNH do devedor, devendo a parte exequente comprovar o esgotamento dos meios cabíveis para ver satisfeito o crédito, bem como determinou o ajuizamento de ação para executar os alimentos inadimplidos no sistema e-Proc. Reforma. Cabimento de suspensão da CNH, como medida atípica coercitiva necessária à busca pelo cumprimento de ordem judicial, que encontra amparo no inciso IV do artigo 139 do Código de Processo Civil. Acordo realizado entre as partes descumprido pelo devedor. Prosseguimento da execução nos mesmos autos. Agravo de instrumento provido (RIO GRANDE DO SUL, 2020).

21 Nessa linha de entendimento, o Agravo de Instrumento n.º 70084398510 foi julgado no seguinte sentido: Agravo de instrumento. Execução de alimentos. Suspensão da habilitação para dirigir veículo automotor. Cabimento. Caso em que as demais tentativas de satisfação da dívida – como a decretação da prisão do executado, pesquisa via BACENJUD, remessa de ofício ao INSS para avaliar existência de vínculo empregatício do réu, pesquisa no sistema RENAJUD – teriam restado inexitosas, dando azo ao pedido de suspensão da CNH do demandado. Plenamente possível a determinação judicial de suspensão da habilitação para dirigir veículo automotor do executado, com força no art. 139, IV, do CPC, notadamente considerando que o feito tramita há cerca de 10 anos e o débito ainda não foi satisfeito pelo devedor. Provimento do presente agravo que se impõe. Agravo de instrumento provido. (RIO GRANDE DO SUL, 2020b).

do crédito alimentar, sobretudo em razão do princípio da menor onerosidade ao devedor, elencado no artigo 805 do CPC.

Portanto, percebe-se que o entendimento do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul não é uniforme, existindo decisões no sentido de que a adoção de medidas atípicas – notadamente, (i) restrição ao direito de dirigir, (ii) apreensão de passaporte e (iii) cancelamento de cartões de crédito, dentre outras restrições – ultrapassaria às esferas da proporcionalidade e da razoabilidade, e outros entendendo só haveria de se falar em excessos, nos casos em que não se esgotou os demais meios para a satisfação do crédito alimentar, preliminarmente a aplicação das medidas atípicas, anteriormente descritas.

Resta evidente que a aplicação das medidas coercitivas atípicas, a despeito da sua positivação, ainda gera dúvidas quando a sua pertinência e possibilidade de efetivação, tendo sido suscitada, inclusive, sua inconstitucionalidade por meio da ADI n. 5.941/DF, ajuizada pelo Partido dos Trabalhadores.

4. A AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE N. 5.941/DF

Em 11 de maio de 2018, o Partido dos Trabalhadores ajuizou Ação Direta de Inconstitucionalidade – a ADI n. 5.941/DF –, com pedido cautelar, tendo por objeto os artigos 139, inciso IV, 297, *caput*, 380, parágrafo único, 403, parágrafo único, 536, *caput* e § 1º, e 773, todos do CPC. Importa, para o presente estudo, limitar-se à fundamentação apresentada pelo Partido dos Trabalhadores ao inciso IV do artigo 139 do CPC.

Nessa toada, a parte requerente afirma que as medidas coercitivas, indutivas ou sub-rogatórias de apreensão da carteira nacional de habilitação e/ou suspensão do direito de dirigir, apreensão de passaporte, proibição de participação em concurso público e a proibição de participação em licitação pública violam os artigos 1º, inciso III, 5º, incisos II, XV e LIV, 37, incisos I e XXI, 173, § 3º e 175, *caput*, da Constituição Federal.

Argumenta que a impugnação se dirige à "interpretação que possibilita retrocesso social a permitir que, à míngua do princípio da responsabilidade patrimonial, o devedor seja compelido ao adimplemento de suas obrigações às custas de sua liberdade" (BRASIL, 2020). Segundo o requerente, as mencionadas medidas coercitivas, indutivas ou sub-rogatórias afrontam o princípio da proporcionalidade, já que permitem que as liberdades sejam restringidas em razão de dívida civil.

O Partido dos Trabalhadores afirma que "o artigo 139, inciso IV, do CPC, consagrou a atipicidade dos atos executivos ao dispor que incumbe ao juiz determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária" (BRASIL, 2020). Sustenta, ainda, que:

> [...] a adoção de técnica de execução indireta para incursão radical na esfera de direitos do executado, notadamente direitos fundamentais, quando carente de respaldo constitucional, não merece acolhimento, sob o risco de encerrar restrição desproporcional, na medida em que não se justifica em defesa de nenhum outro direito fundamental, e de atentar contra o devido processo legal, inserto no artigo 5º, LIV, da Constituição (BRASIL, 2020).

Desse modo, pleiteou, liminarmente, que sejam rechaçadas "certas aplicações conjecturadas acerca do art. 139, IV, do CPC/2015" (BRASIL, 2020), com a confirmação desta ao final, de maneira definitiva, a fim de que as normas mencionadas sejam declaradas nulas, sem redução de texto, com o intuito de obstar como possíveis medidas coercitivas, indutivas ou sub-rogatórias de apreensão da carteira nacional de habilitação e/ou suspensão do direito de dirigir, a apreensão de passaporte, a proibição de participação em concurso público e a proibição de participação em licitação pública.

O Ministro Relator Luiz Fux, em 17 de maio de 2018, considerou que a matéria versada na ação direta se reveste de grande relevância, com especial significado para a ordem social e a segurança jurídica. Por essa razão, deixou de julgar o pedido liminar realizado pelo requerente, por entender que o caso se amolda ao rito abreviado previsto no artigo 12 da Lei federal nº 9.868/1999, que dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal.

A norma em comento possibilita a submissão do processo diretamente ao Tribunal, que terá a faculdade de julgar definitivamente a ação – após a prestação das informações, no prazo de dez dias, e a manifestação do Advogado-Geral da União e do Procurador-Geral da República, sucessivamente, no prazo de cinco dias –, sendo então, pelo Ministro Relator, afastada a análise liminar do pleito.

No que diz respeito à tramitação da ADI n.º 5.941/DF, importa destacar que a ação fora incluída em pauta para julgamento no mês de outubro de 2020. No entanto, tendo em vista o pedido de ingresso como

amicus curiae do Núcleo de Promoção e Defesa dos Direitos da Mulher, órgão da Defensoria Pública do Estado de São Paulo, a ação foi retirada da pauta e, até a data de conclusão do presente estudo, encontra-se sem previsão de julgamento.

No tópico seguinte adentrar-se-á na análise da possibilidade de incidência do dispositivo legal em debate nas ações de execução de alimentos, como forma de efetivação do direito do alimentando, destacando-se o reconhecimento pelo legislador de 2015 da importância da natureza do crédito em voga, para o bem da vida, da saúde e da dignidade da pessoa humana.

5. A POSSIBILIDADE DE INCIDÊNCIA DO ART. 139, IV, DO CPC NAS EXECUÇÕES DE ALIMENTOS COMO FORMA DE EFETIVAÇÃO DO DIREITO DO ALIMENTANDO

Ainda que o ordenamento disponibilize ao alimentando mecanismos jurídicos específicos para executar o título, judicial ou extrajudicial, que fixou alimentos em seu favor, encontra o credor, muitas vezes, inúmeras dificuldades para ter satisfeita a obrigação alimentar por parte do devedor.

Diante desse panorama, surge a possibilidade da aplicação das chamadas medidas atípicas, previstas no art. 139, inciso IV, do CPC, como instrumentos alternativos cuja precípua finalidade é constranger o devedor de alimentos para que cumpra sua obrigação, uma vez que é possibilitado ao magistrado que determine providências que tenham o condão de "assegurar o efetivo cumprimento da ordem judicial, especialmente quando se volta contra o *devedor profissional*, que possuindo condições financeiras consegue blindar seu patrimônio contra os credores" (MADALENO, 2018, p. 1010, grifo do autor).

Considerando-se tais medidas atípicas como instrumentos processuais que promovem a coerção do devedor para que este cumpra sua obrigação, ou seja, medidas de promoção da ordem judicial, sendo a conduta do devedor contrária à determinação de fixação dos alimentos, é plenamente possível a aplicação dos meios coercitivos alternativos. No entanto, deve-se atentar à necessidade de observação e respeito à adequação, à razoabilidade e à proporcionalidade (RODRIGUES, 2015).

Nessa senda, o próprio CPC, primeiro no artigo 8º, dispõe que a aplicação do ordenamento jurídico deverá resguardar e promover a dignidade da pessoa humana e observar a proporcionalidade, a razoabilida-

de, a legalidade, a publicidade e eficiência[22]; segundo na previsão do artigo 489, § 2º, o qual obriga o juiz a justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão.

Assim, tem-se que a aplicação do artigo 139, IV, CPC, nos casos que versam sobre a adoção de medidas atípicas – sejam elas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias – nas execuções de alimentos, deverá ser feita em consonância com o artigo 8º e, em caso de colisão com outro direito, ser atendida a disposição do § 2º do artigo 489, sempre sob uma ótica constitucional.

Nessa perspectiva, em que pese os argumentos contrários à possibilidade de adoção de outros meios de execução no sentido de que a aplicação de tais medidas seria um "convite" ao arbítrio e à maior onerosidade ao devedor pela privação de sua liberdade, na esfera do Direito de Família e, mais especificamente, no que diz respeito à efetivação de obrigação alimentar, tais argumentos não merecem prosperar.

Corroborando tal entendimento, Tartuce (2020, n.p.) assevera que "no caso dos alimentos familiares o debate ganharia especial magnitude, uma vez que é possível medida até mais severa, qual seja a prisão civil do devedor em regime fechado" e que "se é viável o *mais* é possível o *menos*, ou seja, a apreensão de documentos com a consequente restrição de direitos, o que acaba sendo medida até menos onerosa e alternativa à restrição de liberdade".

No âmbito alimentar, nessa esteira, o que se tem não é uma mera relação de oposição entre credor e devedor. Tem-se, na realidade, uma relação entre uma parte vulnerável, titular de um direito que visa garantir sua subsistência e seu desenvolvimento, e uma parte que é responsável pela manutenção daquela. Por fim, tem-se o ente estatal, responsável pela proteção integral da parte vulnerável e pela prestação jurisdicional célere e efetiva.

Assim, há que se ponderar a limitação dos direitos à liberdade e à propriedade do devedor de alimentos, em prol da concretização da dignidade humana do alimentando, que necessita receber a verba alimentar para a garantia de sua subsistência, posto que "flagrada a resistência do devedor em pagar os alimentos, pode o juiz usar de meios outros para assegurar o adimplemento do encargo" (DIAS, 2020, p. 392).

22 Art. 8º Ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência (BRASIL, 2015).

Portanto, levando-se em consideração as condições específicas do alimentante que, muitas vezes, trata-se de devedor contumaz, e seguindo o entendimento legislativo, que prevê, inclusive, a possibilidade da prisão civil do devedor de alimentos – frise-se, a única hipótese de prisão civil admitida no ordenamento jurídico brasileiro –, tem-se que considerar possível e adequada a utilização das medidas executivas atípicas previstas pelo CPC.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do estudo apresentado, tem-se que o legislador do CPC, sensível à importância de que se reveste o crédito alimentar, conferiu mais celeridade e efetividade à busca pela sua satisfação, ao tecer nova roupagem aos procedimentos para execução de alimentos e, em especial, ao artigo 139, inciso IV. Outrossim, denota-se que as decisões encontradas no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, que se utilizam de medidas coercitivas atípicas ao devedor de alimentos, com fulcro no dispositivo em questão, têm como objetivo central fazer com que o executado que possua recursos pague o débito, trazendo, assim, mais efetividade à satisfação do crédito.

Contudo, a aplicação de medidas como (i) restrição ao direito de dirigir, (ii) apreensão de passaporte, (iii) cancelamento de cartões de crédito, dentre outras restrições que deverão ser observadas casuisticamente, somente deverá ser realizada após a ponderação, no caso concreto, de princípios e direitos constitucionalmente estabelecidos, como o da dignidade da pessoa humana e o de liberdade de locomoção, levando-se em consideração se a medida restritiva é tecnicamente adequada ao fomento do fim pretendido, ou seja, a satisfação do crédito alimentar.

Denota-se, ainda, que o legislador em sede do CPC reconheceu e tentou remodelar a efetividade das decisões judiciais através do artigo 139, inciso IV, sem prejuízo dos princípios que deverão ser respeitados no momento da aplicação da norma, considerando que a execução se realiza no interesse do credor, observando-se o princípio da menor onerosidade do devedor, bem como os ditames da Constituição Federal.

Dessa forma, diante de todo o exposto, ainda que seja julgada procedente a ADI n. 5.941/DF, de autoria do Partido dos Trabalhadores, que questiona as medidas coercitivas atípicas, fundadas no artigo 139, inciso IV, do CPC, deve-se resguardar a possibilidade de aplicação dessas medidas nos casos relacionados ao direito de alimentos.

O posicionamento se justifica em razão do fato de que o direito alimentar detém permissivo legal para meio de cobrança mais gravoso, ou seja, pelo rito da coerção pessoal. Logo, o direito de liberdade do devedor de alimentos sofre mitigação que permite a aplicação das medidas atípicas, diferentemente do que ocorre com os demais devedores, o que pode ensejar a inconstitucionalidade da aplicação das medidas atípicas a estes.

Especificamente no que tange ao Direito de Família e à execução de créditos alimentares, referidas medidas se revelam de extrema importância, uma vez que tais mecanismos se mostram eficientes e eficazes alternativas cuja precípua finalidade é compelir o devedor contumaz de alimentos a satisfazer sua obrigação, tudo isso a fim de promover e assegurar direitos fundamentais, em especial a dignidade da pessoa humana.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Guilherme Rizzo. **Comentários às alterações do novo CPC**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituição.htm. Acesso em 10 nov. 2020.

BRASIL. **Lei n. 2.848**, **de 07 de dezembro de 1940.** Institui o Código Penal. Diário Oficial da União, Brasília, 07 dez. 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 27 nov. 2020.

BRASIL. **Lei n.º 10.406**, **de 10 de janeiro de 2002.** Código Civil de 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 27 nov. 2020.

BRASIL. **Lei n. 5.869**, **de 11 de janeiro de 1973.** Institui o Código de Processo Civil (Revogada pela Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil). Diário Oficial da União, Brasília, 11 jan. 1973. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5869.htm. Acesso em: 27 nov. 2020.

BRASIL. **Lei n. 8.009**, **de 29 de março de 1990.** Dispõe sobre a impenhorabilidade do bem de família. Diário Oficial da União, Brasília, 29 mar. 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8009.htm. Acesso em: 28 abr. 2021.

BRASIL. **Lei n. 9.492**, **de 10 de setembro de 1997.** Define competência, regulamenta os serviços concernentes ao protesto de títulos e outros documentos de dívida e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, 10 set. 1997. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9492.htm. Acesso em: 27 nov. 2020.

BRASIL. **Lei n. 9.868**, **de 10 de novembro de 1999.** Mensagem de Veto. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Diário Oficial da União, Brasília, 10 nov. 1999. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9868.htm. Acesso em: 18 abr. 2021.

BRASIL. **Lei n. 13.105**, **de 16 de março de 2015.** Código de Processo Civil. Diário Oficial da União, Brasília, 16 mar. 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm#art1046. Acesso em: 27 nov. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI n. 5.941**. Relator Min. Luiz Fux. Aguardando julgamento. Disponível em: http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5458217. Acesso em: 27 nov. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **RESp 1.087.137/DF**. Rel. Min. Aldir Passarinho Júnior. Quarta Turma. Julgado em 19 ago. 2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **RESp 1.301.467/MS**. Rel. Min. Luís Felipe Salomão. Quarta Turma. Julgado em 19 abr. 2016.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**. 17. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, v. I.

DIAS, Maria Berenice. **Alimentos:** Direito, Ação, Eficácia, Execução. 3. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2020.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil:** famílias. 12. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2019.

MADALENO, Rolf. **Direito de família**. 8. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Código de Processo Civil comentado**. 3 ed. rev., atual, e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito das famílias**. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Sétima Câmara Cível. **Agravo de instrumento 70074526047.** Rel. Des. Liselena Schifino Robles Ribeiro. Julgado em 19 jul. 2017.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Sétima Câmara Cível. **Agravo de instrumento 70084493410.** Rel. Des. Vera Lúcia Deboni. Julgado em 14 set. 2020a.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Sétima Câmara Cível. **Agravo de instrumento 70084398510.** Rel. Des. Rosana Broglio Garbin. Julgado em 27 nov. 2020b.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Manual de execução civil**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

ROSA, Conrado Paulino da. **Direito de família contemporâneo**. 7. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2020.

STRECK, Lênio; NUNES, Dierle. Como interpretar o art. 139, IV, do CPC? Carta branca para o arbítrio? **Conjur**, 25 ago. 2016. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2016-ago-25/senso-incomum-interpretar-art-139-iv-cpc-carta--branca-arbitrio. Acesso em: 27 nov. 2020.

TARTUCE, Flávio. A utilização de medidas coercitivas atípicas do art. 139, inciso IV, do CPC nas ações de família em tempos pandêmicos e pós-pandêmicos. **IBDFAM**, 01 jun. 2020. Disponível em: https://www.ibdfam.org.br/artigos/1463/A+utiliza%C3%A7%C3%A3o+de+medidas+coercitivas+at%C3%ADpicas+do+art.+139%2C+inciso+IV%2C+do+CPC+nas+a%C3%A7%C3%B5es+-de+fam%C3%ADlia+em+tempos+pand%C3%AAmicos+e+p%C3%B3s-pand%C3%AAmicos+. Acesso em: 27 nov. 2020.

O CABIMENTO DE AÇÕES RESCISÓRIAS EM VIRTUDE DA INOBSERVÂNCIA DE PRONUNCIAMENTO JUDICIAL VINCULANTE

THE SUITABILITY OF RESCISSORY LAWSUITS DUE TO NON-COMPLIANCE TO BINDING JUDICIAL-RULING

Lucas Moreschi Paulo[1]

Resumo: Por meio da revisão da legislação, bem como da doutrina nacional e internacional, utilizando-se do método dedutivo, o presente estudo busca analisar precisamente a possibilidade de ingresso com Ação Rescisória à luz dos objetivos postos pelo Código de Processo Civil de 2015 ("CPC"), explicitado em seu Art. 926, de manter um sistema jurídico estável, integro e coerente. Muito importante para a concretização desses objetivos, tem-se o sistema de precedentes, outra inovação trazida pelo novo diploma processual, do qual se originam decisões vinculantes.

1 Advogado. Bacharel e Mestrando em Direito pela Fundação Escola Superior do Ministério Público na linha de pesquisa Tutelas à Efetivação dos Direitos Transindividuais. Bolsista do Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado, da Fundação Escola Superior do Ministério Público. Bolsista do Grupo de Pesquisa Colisão de Direitos Fundamentais e o Direito como Argumentação, coordenado pelo Prof. Dr. Anizio Pires Gavião Filho, e pesquisador do Grupo de Pesquisa Teoria do Direito: Academia à Prática, coordenado pelo Prof. Dr. Francisco José Borges Motta, ambos do PPGD – Mestrado da FMP e vinculados no CNPq ao Grupo de Estudos Tutelas à Efetivação dos Direitos Transindividuais. Integrante pesquisador do ÆQUITAS – Grupo de Estudos e Pesquisa em Filosofia do Direito, coordenado pela Prof.ª Dr.ª Raquel Fabiana Lopes Sparemberger, vinculado à Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande. Membro da *Argumentation Network of the Americas* – ANA. Currículo Lattes: http://lattes.cnpq.br/4330914363996350. ORCID: https://orcid.org/0000-0003-4583-4853. E-mail: lucasmoreschipaulo@gmail.com.

Assim, como previsto no CPC, é cabível Ação Rescisória contra decisão judicial transitada em julgado que viole manifestamente norma jurídica, o que se questiona é se a inobservância à precedente dá azo ao manejo da Ação Rescisória, uma vez que os precedentes alteram o núcleo interpretativo da norma jurídica. Preocupação essa não apenas numa perspectiva tópica sobre casos isolados, mas como reflexão lógica de um sistema jurídico que se queira coerente, estável e harmônico.
Palavras-chave: Ação Rescisória; Coerência; Direito; Precedentes; Segurança jurídica.

Abstract: Through the revision of the legislation, as well as the national and international doctrine, using the deductive method, this study seeks to analyze precisely the possibility of suitability of the rescission lawsuit in the light of the objectives set by the Código de Processo Civil of 2015 ("CPC"), explicit in its article 926, of maintaining a stable, integrated and coherent legal system. Particularly important for the achievement of these objectives, the system of precedents, another innovation brought by the new procedural diploma, from which binding decisions originate. Thus, as foreseen in the CPC, there is the suitability of the rescission lawsuit against a final judicial decision that manifestly violates a legal rule, what is questioned is whether the failure to comply to precedents gives rise to the suitability of the rescission lawsuit, since the precedents interferes in the interpretative core of the legal norm. This concern is not only in a topical perspective on isolated cases, but as a logical consideration of a legal system that wants to be manifest itself as coherent, stable, and harmonious.
Keywords: Rescissory lawsuit; Coherence; Law; Precedents; Legal certainty.

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objetivo precípuo a análise da possibilidade de ingresso de Ação Rescisória para a correção e a adequação sistemática de decisão judicial que inobservou pronunciamento com efeitos vinculantes obrigatórios, o chamado precedente obrigatório, desatendendo ao dever de manutenção de uma jurisprudência estável, íntegra e coerente.

Para tanto, inicialmente será abordado o papel da Ação Rescisória no ordenamento jurídico pátrio, bem como as suas peculiaridades conforme disposto no CPC de 2015, especialmente na hipótese do Art. 966, inciso V, do CPC, sobretudo a partir de precedente obrigatório inob-

servado, passando, então, para um estudo acerca do sistema de precedentes inaugurado com o novo diploma processual vigente, com uma rápida digressão às origens jusfilosóficas dos precedentes, justificando a importância, para a tese encampada – do cabimento da Ação em comento –, da definição acerca da sua natureza multíplice.

Por fim, examinar-se-á a possibilidade, e a necessidade, da utilização dessa medida processual para corrigir decisão judicial prejudicial ao sistema jurídico como um todo, quando o precedente que der azo ao cabimento da medida da Ação Rescisória tiver sido cristalizado posteriormente ao trânsito em julgado da decisão rescindenda.

2. OS FUNDAMENTOS DA AÇÃO RESCISÓRIA, SEU CABIMENTO A PARTIR DE PRECEDENTES NÃO OBSERVADOS E SUA FUNÇÃO JURISPRUDENCIAL

A Ação Rescisória é o meio jurídico apto a quebrar a assunção *a priori* e *prima facie* de que as decisões judiciais são protegidas pela imutabilidade advinda do efeito negativo da coisa julgada. Isso é dizer, o trânsito em julgado efetivo e real das decisões judiciais só pode ser tido assim passados os dois anos de cabimento da Ação Rescisória, porquanto essa constitui um instrumento hábil à desconstituição do que foi anteriormente decidido. Fato esse que não impede o cumprimento de quaisquer decisões após o seu trânsito em julgado, mas que tira a (sempre falsa) presunção de solidez dentro desses dois anos.

Assim, ainda que a rigor, pelo que disciplina o Código de Processo Civil, no seu Art. 508 ("transitada em julgado a decisão de mérito, considerar-se-ão deduzidas e repelidas todas as alegações e as defesas que a parte poderia opor tanto ao acolhimento quanto à rejeição do pedido"), não se possa mexer na decisão transitada em julgado, isso só é verdade na perspectiva endoprocessual, daquele processo considerado isoladamente, dentro do aludido prazo do Art. 975 do CPC. Assim, para além dos dois anos, a decisão estará protegida pela coisa julgada material, que é a estabilidade conferida à sentença de que a matéria é indiscutível entre as partes, impossibilitando que qualquer órgão julgador de futuros processos possa se manifestar acerca do que já foi decidido (SILVA, 2000, p. 485). Para Chiovenda (1998, p. 452), coisa julgada material é a afirmação indiscutível, e obrigatória para os juízes de todos os futuros processos, de

uma vontade concreta de lei que reconhece ou desconhece um bem da vida a uma das partes.

O instrumento processual previsto para rescindir as decisões de mérito, não apenas sentenças, é a Ação Rescisória, prevista e disciplinada nos Arts. 966 e seguintes do Código de Processo Civil, que visa à desconstituição de um ato judicial.

Com efeito, isso nem sempre foi assim. Mesquita (2005, p. 246), por exemplo, defendia que a Ação Rescisória caberia tão somente para a rescisão das sentenças de mérito e, bem na verdade nem toda a sentença de mérito, porquanto "nem tudo o que o CPC [1973] considera como julgamento de mérito é susceptível de rescisão". Já em Wambier (2018) a Ação Rescisória é cabível de qualquer decisão de mérito, e não apenas das sentenças. Em igual sentido ao de Wambier, Yarshell (2015, p. 156) assevera que, nos termos do Art. 966, não se fala mais em sentença de mérito, mas em decisão de mérito, isso porque as decisões interlocutórias também são passíveis de desconstituição pela Ação Rescisória, porquanto, ainda que excepcionalmente, elas também podem conter julgamentos de mérito, mesmo que parciais. Nesse mesmo sentido encontra-se a disposição do Art. 356 do Código de Processo Civil, que assevera que o juiz poderá resolver parcialmente o mérito quando um ou mais dos pedidos formulados ou parcela deles **i)** mostrar-se incontroverso e **ii)** estiver em condições de imediato julgamento, nos termos do Art. 355. Dessa decisão haverá trânsito em julgado autônomo da parte de mérito julgada. Assim, as decisões interlocutórias projetam efeitos substanciais extraprocessuais.

Yarshell (2015, p. 156) aponta que, como muito no código de 2015, a hipótese de que as decisões interlocutórias resolvem questões de mérito é facilmente verificada quando da leitura do Art. 1.015, inciso II, o qual prevê expressamente caber o recurso de Agravo de Instrumento contra decisão interlocutória que versar sobre "o mérito do processo". Assim, questões como a julgada pelo Superior Tribunal de Justiça em 25 de novembro de 2020, que, em sede dos Embargos de Divergência em Agravo em Recurso Especial nº 1.306.464/SP, decidiu que as intimações, ainda que eletrônicas, devem ser conduzidas no nome de todos os advogados indicados expressamente pelas partes para as receberem, sob pena de nulidade do ato processual, deve ser respeitada pelos juízes *a quo*, bem como pelo próprio STJ. Contudo, o seu descumprimento, isto é, a sua inobservância, não poderá dar azo ao cabimento da medida em questão, a Ação Rescisória, mas apenas da reclamação, porquanto não é uma decisão de mérito, ainda que promova uma nulidade. Ainda assim,

nessa hipótese, pode-se asseverar que findando o processo algum tempo depois da revelia ou inércia por conta da falta de intimação, a contagem do prazo para o manejo da Ação Rescisória, se ela fosse cabível, deveria ser iniciada a partir da última decisão de mérito proferida no processo, mesmo que não seja a decisão que se quer ver corrigida, nos termos do Art. 975 do Código de Processo Civil.

Fica bem assentado que as ações rescisórias são cabíveis, portanto, desde qualquer decisão de mérito. Inclusive, segundo Yarshell (2015, p. 158), que, conforme o disposto no §2º do Art. 966 do CPC, é cabível o manejo da Ação Rescisória da decisão transitada em julgado que, embora não seja de mérito, impeça a repropositura da demanda ou impeça o reexame do mérito. Bom exemplo disso são as decisões de inadmissão de recurso nos tribunais, porquanto são decisões que projetam efeitos substanciais para além do processo. E, pela lógica, também caberá a Ação Rescisória de decisões monocráticas e acórdãos, porquanto tratam de mérito.

Assim, a Ação Rescisória é o meio apto ao afastamento da coisa julgada. Isso é, somente a partir do instrumento processual autônomo rescisório, como via de impugnação autônoma às decisões judiciais, no caso da rescisória, já transitadas em julgado, que se poderá promover a rediscussão acerca das questões de fato e de direito debatidas no processo original. Segundo Pontes de Miranda (2016, p. 69), para o manejo da Ação Rescisória é necessário que o autor elenque na exordial o pedido de rescisão do julgado e de rejulgamento da questão, trazendo os fundamentos jurídicos que embasam ambos os pedidos. Além disso, deve demonstrar a pretensão jurídica à tutela buscada com o pedido de rescisão, bem como exercer, dentro dos lindes processuais estabelecidos, o direito de ação, não lhe socorrendo o direito, ainda que explícito, após o prazo decadencial estipulado.

Não que a Ação Rescisória vise enfraquecer a coisa julgada, mas ela existe para evitar que a coisa julgada seja concretizada sobre decisões que não estejam livres de impugnações fundamentadas. Isto é, a sistemática processual, ao continuar prevendo a Ação Rescisória, vê nela um instrumento apto ao combate às decisões que se consolidaram no tempo tendo como substrato alguma daquelas hipóteses taxativas do Art. 966 do CPC. Assim, o ato rescindendo, até que rescindido, ou ao menos até que arguida a sua rescisão, é considerado um ato juridicamente válido, e que impõe um dever no mundo (MOREIRA, 2004, p. 107).

Assim, rescindir é, na técnica jurídica mais apurada, não uma mera constatação de ilegalidade, rescindibilidade, ou a existência de um defeito invalidante, mas um romper ou desconstituir ato jurídico,

no exercício de faculdade assegurada pela lei ou pelo contrato (direito potestativo) (THEODORO JÚNIOR, 2016, p. 837). Segundo Dinamarco (1995, p. 143), o que a decisão transitada em julgado tiver errado, a rescisória poderá emendar, desde que o vício seja daqueles tão graves a ponto de estarem previstos em lei, porquanto os casos indicados nos noves incisos do art. 966 do CPC revelam o juízo normativo sobre os vícios que justificam a relativização da coisa julgada.

Desse modo, a Ação Rescisória é ação autônoma de impugnação das decisões formuladas a partir do enquadramento dos Arts. 485 e 487 do Código de Processo Civil. Contudo, Silveira (2020, p. 304-305) faz ressalva interessante acerca do cabimento da Ação Rescisória a partir de decisão, forte no Art. 487, inciso III do Código de Processo Civil, isto é, as decisões homologatórias. Para o autor, nos moldes do que está previsto no Art. 966, §4º do Código de Processo Civil, os atos de disposição de direitos, praticados pelas partes ou por outros participantes do processo e homologados pelo juízo, bem como os atos homologatórios praticados no curso da execução estarão sujeitos à anulação, isto é, estão sujeitos à Ação Anulatória, e não à Ação Rescisória.

Para além disso, a Ação Rescisória não é mais somente cabível, na hipótese do Art. 966, inciso V, do CPC, quando não observar uma regra jurídica estrita. É bem mais que isso, ela é cabível da decisão sobre a qual seja apontada uma violação à lei ou às normas resultantes de outras fontes do direito. Nesse sentido, Yarshell (2015, p. 165) assevera que "se decisões podem estar fundadas em princípios, então é quando menos lógico e coerente que rescisões possam igualmente ocorrer por violação literal (ou manifesta) a esse tipo de norma". Isso não significa uma total abertura para a rescisão de qualquer decisão baseada em qualquer princípio, mas tão somente naqueles casos em que o princípio foi objeto explícito da fundamentação, ou implicitamente a alterou, porquanto tenha sido erroneamente (com base no passado institucional do poder judiciário) interpretado.

Uma questão adicional diz respeito ao cabimento da Ação Rescisória para rescindir decisão que inobservou precedente firmado já existente quando da prolação da decisão de mérito. Yarshell (2015, p. 165-166) aparece em sentido contrário a essa posição, argumentando que os precedentes, ainda que vinculantes e protagonistas no CPC, não podem, por si só e em princípio, subsidiar "pura e simplesmente o pedido formulado em rescisória, ainda que eles possam livremente servir de reforço na argumentação de violação manifesta a uma verdadeira norma jurídica". O Art. 966, em seu § 5º, entretanto, prevê a possibilidade do cabimento da Ação Rescisória,

com fundamento no inciso V do "caput" ("violar manifestamente norma jurídica"), contra decisão baseada em enunciado de súmula ou acórdão proferido em julgamento de casos repetitivos que não tenha considerado a existência de distinção entre a questão discutida no processo e o padrão decisório que lhe deu fundamento. O §6º o complementa, asseverando que quando a Ação Rescisória for fundada no §5º, caberá ao autor, sob pena de inépcia, demonstrar fundamentadamente que as decisões tratam de situações diferentes e, em especial, que o caso em que fora insculpida a decisão rescindenda é particularizada por hipóteses fáticas distintas ou de questão jurídica não examinada, a impor outra solução jurídica.

Assim, é cabível a Ação Rescisória para corrigir uma inobservância de superação ou distinção de precedente que lhe era imposto, e que lhe deva ter sido apresentada. A lógica é parecida com aquela insculpida no Enunciado de Súmula nº 249 do Supremo Tribunal Federal, segundo a qual "é competente o STF para a Ação Rescisória quando, embora não tenha conhecido do RE, ou havendo negado o provimento do agravo, tiver apreciado a questão federal controvertida". Isso quer dizer, em grossas linhas, que uma vez tendo o tribunal ignorado a matéria que era prejudicial ao contorno da decisão, caberá a Rescisória para a correção dessa inobservância.

Além disso, é cabível a medida da Ação Rescisória para o enfrentamento de inconstitucionalidade superveniente. A possibilidade vem prevista nos Arts. 525, §12, e 535, §5, ambos do Código de Processo Civil, e tratam, respectivamente, **i)** da possibilidade de manejo da Ação Rescisória (Art. 525, §18º, do CPC), para o combate à título executivo judicial fundado em lei ou ato normativo considerado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, ou fundado em aplicação ou interpretação da lei ou do ato normativo tido pelo STF como incompatível com a Constituição da República, em controle de constitucionalidade (difuso ou concentrado), em específico caso essa decisão for proferida após o trânsito em julgado da decisão exequenda. E, no mesmo sentido, **ii)** para a impugnação de título contra a fazenda pública. Em ambos os casos, o prazo será contado a partir do trânsito em julgado da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal[2]. Assim, os codificadores não albergaram

2 Entendimento que vinha sendo defendido por Wambier e Medina (2003, p. 208), uma vez que "no caso da rescisória com o objetivo de desconstituir a coisa julgada que se forma sobre sentença proferida com base em lei posteriormente tida como inconstitucional em ação declaratória de inconstitucionalidade, o prazo só pode começar a contar a partir do julgamento da ação declaratória de inconstitucionalidade". Assim, ilógico seria a admissão do exaurimento do prazo para o ajuizamento de rescisória com o esteio em fundamento ainda não existente.

a hipótese de que se possa continuar formando títulos executivos judiciais fundamentados em leis, atos ou interpretações em desconformidade com o texto constitucional, fato que impõe, após os dois anos da decisão do STF, o reconhecimento da nulidade por outras vias.

Contudo, é notória e pacífica, portanto, a possibilidade de Ação Rescisória tendo como objeto de parâmetro uma decisão com efeitos vinculantes dada posteriormente à formação de um ato jurídico perfeito e da coisa julgada. Tudo isso por questão de atendimento ao direito fundamental à igualdade entre os jurisdicionados, que decorre do princípio democrático que inaugura o sistema judiciário, bem como no direito fundamental à segurança jurídica, não apenas, por óbvio, no direito intersubjetivo à segurança jurídica, mas no direito transindividual que todos os cidadãos tem a uma justiça que se manifeste de modo seguro (ÁVILA, 2016, p. 192), e mais, que procure a máxima adequação e harmonização do produto jurídico-estatal, privilegiando os direitos constitucionalmente estabelecidos (ALEXY, 2011, p. 194).

Portanto, após o prazo da rescisória não mais precisar-se-á falar em coisa julgada, porquanto haverá fragilização quanto à possibilidade de sua rescisão pelo instrumento em estudo, mas poder-se-á falar, na esteira do voto do Min. Celso de Mello no Recurso Extraordinário nº 592.912, em "coisa soberanamente julgada". Assim, diferentemente da coisa julgada *standard*, que é irretocável apenas *prima facie* e *a priori*, a coisa soberanamente julgada seria, ela sim, detentora da qualidade de perfectibilização inalterável de certa ordem de coisas no mundo. Há, por certo, uma colisão entre posições, de um lado há a presunção de perfectibilidade temporal e respeito à coisa julgada enquanto uma experiência de concretização de um julgamento formal, de outro lado há a teleológica razão de ser do direito, a não admitir que, ante a possibilidade de proferimento de respostas mais adequadas ao sistema jurídico existente, se mantenham decisões sabidamente superadas em nome de uma falsa segurança jurídica. O direito deve ser um empreendimento teleológico válido e, por esse motivo, deve manifestar-se na coragem de alteração das coisas para a concretização de uma forma de vida satisfatória, e nunca contraditória (FULLER, 1963, p. 145; MACCORMICK, 2008, p. 252-253).

Em oposição diametral a essa postura, e com o reconhecimento de parcela de razão em virtude da delicadeza da situação problema, Nery Júnior e Nery (2010, p. 715-717) aduzem que o "risco político de haver sentença injusta ou inconstitucional no caso concreto parece ser menos grave do que o risco político de se instaurar a insegurança geral com a relativização ('*rectius*': desconsideração) da coisa julgada". Entretanto, ao

se assumir o direito enquanto manifestação de uma ótica prudencial do que deve-ser, torna-se irracionalmente e injustificada a posição de *stare decisis et non quieta movere* aos auspícios de uma sedizente segurança jurídica, quando essa qualidade do sistema jurídico deve, primeiro, preocupar-se com o significado do direito em sua autêntica teleologia jurídica, e, só depois, com a estabilidade[3] dessa manifestação adequada do direito (CASTANHEIRA NEVES, 1983, p. 23).

Contrario sensu ao que se defende – possibilidade de manejo de rescisória para corrigir inobservância de precedente, tanto já existente quanto superveniente – o STJ decidiu que não cabe Ação Rescisória com base em precedente posterior ao trânsito em julgado da decisão questionada, no julgamento da Ação Rescisória nº 4.443/RS. No caso, a autora queria ver afastada do caso (*Distinguishing*) a incidência do Enunciado da Súmula nº 343 do STF ("Não cabe Ação Rescisória por ofensa a literal disposição de lei, quando a decisão rescindenda se tiver baseado em texto legal de interpretação controvertida nos tribunais"), porquanto a questão debatida era de natureza constitucional, e não legal. Venceu, no caso, o voto do Min. Gurgel de Faria que, na linha apresentada por Nery Júnior e Nery (2010), entende que não se pode discutir questão transitada em julgado com base em precedente fixado em momento posterior à decisão rescindenda, exceto se o precedente posterior tiver sido firmado em ação de controle concentrado de constitucionalidade. O Min. Herman Benjamin, vencido, argumentava que havia uma questão constitucional subjacente que era prejudicial na hipótese, o padrão decisório que se queria ver consagrado foi proferido em sede de Recurso Especial afetado para julgamento sob o rito dos Recursos Repetitivos, em 2008 (REsp nº 977.058/RS), que ia em sentido contrário à decisão rescindenda, que era de 2005. Assim, embora não estivesse respeitado os dois anos do Art. 975 do CPC, estava respeitado o prazo a partir da cristalização do precedente, porquanto a Ação havia sido ajuizada em 2010.

A situação desenhada nos autos da AR nº 4443/RS, julgada pelo STJ, é exatamente a que se quer ver combatida. No caso – que debatia se o adicional de 0,2% da contribuição sobre a folha de salário destinado ao INCRA havia sido extinto ou não, por ter natureza de contribuição

3 Como aludido por Castanheira Neves (1983, p. 21), nenhum instrumento jurídico deve servir tão simplesmente ao cumprimento de um "determinado objetivo na ordem das intenções últimas do direito – com a uniformidade da jurisprudência visa conseguir uma unitária estabilidade (ou fixidez) do direito que satisfaça a segurança jurídica e garanta a certeza de uma unívoca aplicação", porquanto o direito não é subsumível à univocidade, à mera segurança epistêmica-cognoscível ou a referenciáveis interpretativos históricos.

para o custeio da Previdência Social – a questão era controvertida, e veio a ser mais uma vez assentada no julgamento dos Embargos em Recurso Especial nº 770.451/SC, em 2006. Assim, havia tempo hábil para que o Superior Tribunal de Justiça cumprisse a sua função precípua, e apreciasse a matéria em seu conteúdo, como quis fazer o Min. Herman Benjamin, e não estritamente legal, como fez o Min. Gurgel de Faria.

De qualquer modo, a Ação Rescisória é um meio de impugnação autônomo dos atos judiciais. Desse modo, para muito além de meramente decidir sobre um ato ou relação jurídica dos particulares envolvidos, o poder judiciário adentrará na relação mais abrangente, uma relação da qual fazem parte os litigantes, os terceiros e o próprio poder judiciário (MESQUITA, 2005, p. 246). A Ação Rescisória é uma via processual que torna mais densa a relação entre decisão, dever do estado enquanto detentor do monopólio da justiça e o correto entendimento acerca do que o direito é, significa e impõe no mundo.

Nesses moldes, a Ação Rescisória demonstra-se como mais um instrumento apto, hábil e hígido, embora controvertido, para a correta condução de um direito coerente, harmônico, unitário, íntegro e racional. É nesse sentido que Mancuso (2018, p. 353) reconhece a força da Ação em comento para a uniformização externa da jurisprudência. Desse modo, é um instrumento que possibilita que o Estado, a partir da função essencial dos advogados, possa cumprir sua missão harmonizadora e imperativa. Contudo, insta referir quais os precedentes que devem ser respeitados *ex legge*, via Ação Rescisória fundada no Art. 966, inciso V, do CPC, porquanto não são todos os que alteram com vinculatividade obrigatória a interpretação acerca do que é direito, mas tão somente aqueles previstos como tais.

3. O PAPEL DOS PRECEDENTES NA CONCRETIZAÇÃO DO DEVER DA COERÊNCIA DA JURISPRUDÊNCIA E DO SISTEMA JURÍDICO COMO UM TODO

De maneira inovadora no ordenamento jurídico pátrio, o Código de Processo Civil de 2015 regula o sistema judicial de precedentes, que busca assegurar, entre outros princípios constitucionais atualmente aplicados ao processo brasileiro, a isonomia e a segurança jurídica. Para isso, o legislador elenca alguns mecanismos que terão observância obrigatória, e que, além de contribuir para a segurança jurídica, mostram-se também

como meios de otimização dos julgados, privilegiando a celeridade processual, diante de um Judiciário mais congestionado.

Os precedentes garantem maior previsibilidade das respostas jurisdicionais, não mais sendo tolerado, pelo menos no plano formal, que hajam juízes julgando de maneira distinta casos semelhantes, aos quais já foi atribuída tese jurídica satisfatória por certas esferas do Poder Judiciário. Assim, houve uma mudança de paradigma, saindo-se de um caráter meramente persuasivo da jurisprudência (que continua existente) para assumir um papel autenticamente normativo dos precedentes vinculantes, o que é fruto da tendência de tentar reduzir a discricionariedade judicial e o efeito danoso da litigiosidade em massa no congestionamento dos tribunais, contemplando maior respeito à igualdade, à segurança jurídica, à eficiência e à celeridade. Contudo, nem sempre foi assim.

É permitida, portanto, uma rápida digressão a termos mais conceituais e históricos acerca dos precedentes. Nessa toada, o termo "precedente" é, sem dúvida, um conceito polissêmico, mudando de sentido através da história e em diferentes tradições jurídicas ao redor do globo. Precedente judicial, como o nome indica, diz respeito à identificação de uma solução jurídica adequada dada a um caso que servirá como guia interpretativo para casos posteriores. E esse papel de guia poderá ser de muitas naturezas, como se verá. Mas o destaque importante no ponto é para o fato de que todo o precedente será composto por duas partes distintas, uma parte que indica quais as circunstâncias de fato que embasam a controvérsia, que será de extrema importância para identificação das possibilidades aplicativas do precedente no futuro, e uma segunda parte que diz respeito à tese ou ao princípio jurídico assentado na motivação do provimento decisório, isto é, a formulação imperativa de norma individual e concreta para resolução do caso, bem como de seus fundamentos chaves (TUCCI, 2021, p. 2).

O primeiro momento é o momento da *obiter dictum*, em que são aventadas as questões que serão utilizadas para a identificação da similitude fática entre esse caso, que servirá de paradigma futuramente, e os casos em que se pretenda a aplicação da solução jurídica formulada na segunda parte, na *ratio decidendi.* A *ratio decidendi*, entretanto, não se identifica com todos os fundamentos argumentativos da decisão judicial (GOODHART, 1930, p. 164). Na verdade, os fundamentos fáticos e jurídicos da decisão são essenciais para que se permita abstrair sua *ratio decidendi* do caso concreto paradigma. Somente com a perfeita identificação dos elementos inerentes à fundamentação da decisão é que se consegue buscar a regra jurídica originada do julgamento, a qual servirá de

guia para outras decisões cujas premissas fáticas sejam relevantemente semelhantes aos do caso paradigma, bem como que haja uma relevante semelhança nas possibilidades jurídicas de resolução dos casos. Não é uma regra geral e abstrata, como a dos atos normativos proferidos pelo Legislativo, porquanto a *ratio decidendi* está sempre ligada ao contexto fático analisado pelo tribunal (LAMOND, 2005, p. 2).

Daí por que a *ratio decidendi* constitui regra jurídica que sempre se relaciona aos fatos essenciais do processo no qual foi formado o precedente, sem poder ser abstraída de seu contexto, uma vez que é fonte argumentativa do direito, mas não é fonte formal do direito (GAVIÃO FILHO, 2011, p. 222). A regra jurídica insculpida no precedente judicial, depois de devidamente identificada e confirmada sua aplicabilidade ao caso, poderá desvincular-se razoavelmente do seu próprio contexto fático e tender a um nível adequado de generalização, o suficiente para permitir sua aplicação em casos relevantemente semelhantes (faticamente e nas possibilidades jurídicas do caso) que mereçam a aplicação daquele mandamento normativo.

Outrossim, as razões de decidir, se exemplares, racionalmente construídas e aptas a orientarem casos relevantemente semelhantes, serão utilizadas, num constructo histórico, para a resolução de conflitos, de modo que, posteriormente, as decisões nas quais foram insculpidas serão reconhecidas como precedentes. O precedente é um *status* adquirido por determinada decisão ao ser aplicada subsequentemente em demandas sucessivas, sendo considerado o *leading case* na formulação daquela resposta jurídica (*ratio decidendi*) que de fato altera o sentido material sobre determinada norma. Esse é o conceito que mais aproxima-se da *Rule of Precedents*, modelo existente nos países da *Common Law*[4], em especial no *stare decisis* (*et non quieta movere*), há a formulação do ideário de promoção da segurança jurídica e da igualdade entre os jurisdicionados a partir, principalmente, da previsibilidade das decisões judiciais.

Nesse diapasão, constata-se que o sistema da *common law* caracteriza-se pela observância dos precedentes como fonte primária do direito, sendo tal força vinculativa das decisões elemento central de tal estrutura

4 Conceitualmente, o *Common Law* é o ordenamento jurídico derivado das decisões jurídicas, ao invés de legislações ou de constituições (ROSITO, 2012, p. 74). Tucci (2021, p. 95) ressalta que embora tenha sido no c*ommon law* que popularmente credita-se a maior consolidação dos precedentes, sua origem está ligada ao direito romano-canônico que muito ainda influenciava o direito inglês. À época do século XVIII, no qual é creditado a primeira expressão dos precedentes ingleses, no Estatuto de Merton, de 1236. E o próprio direito romano-canônico teve sua origem no românico *jus* clássico (TUCCI, 2021, p. 15-19).

jurídica (TUCCI, 2021, p. 3). No Brasil, com a opção legislativa de constituir pronunciamentos vinculantes, os precedentes ostentam o condão de vincular a decisão proferida aos casos posteriores. Bustamante (2012, p. 479-484) afirma que os precedentes geram regras jurisprudenciais com obrigações *prima facie*, ou seja, poderão ser superados no caso concreto.

Deve-se destacar que nem a tese jurídica nem a decisão que se torna precedente pode ser vista como fonte normativa (formal de direito), de modo que se possa facilmente extrair dali regras jurídicas aplicáveis substuntivamente. Na verdade, "qualquer decisão deixará margens razoáveis de indeterminação, frequentemente bastante substanciais" (STRAUSS, 2014, p. 120). Por isso, é necessário que sejam buscados outros elementos presentes na justificação da decisão pretérita, fora da *ratio decidendi*, para que se possa pretender uma adequação argumentativa ao âmbito de aplicação do mandamento jurídico ocasionado pela força do precedente.

Na dinâmica processual, o advogado de uma das partes possivelmente argumentará que os fatos essenciais do caso submetido a julgamento são idênticos ao do precedente que pretende ver aplicado, enquanto o advogado da parte adversa desenvolverá argumentação em sentido contrário, demonstrando a inadequada aplicação do precedente por distinções em relação ao núcleo essencial da *ratio decidendi*, como por exemplo a razoável similitude fática, e a semelhança relevante da *quaestio juris* (SCHAUER, 2009, p. 179). A situação do caso é construída a partir do diálogo, do debate entre as partes. A força dos argumentos apresentados é que pode conduzir ao convencimento de que a *ratio decidendi* é mais ampla ou mais estreita, segundo a hipótese fática concreta a ser decidida, isto é, a utilização do precedente dependerá de como a solução dada anteriormente será interpretada (TWINING; MIERS, 1999, p. 301).

Assim, o desenvolvimento do sentido material do direito, concretizado mediante sua dialética realização no Judiciário, vai sendo construído lentamente pela história. Esse mosto de decisões é que indicará qual o verdadeiro significado do direito que vem sendo aplicado em casos, isto é, qual é o real significado atribuído por juízes e tribunais na prática jurisdicional em si. É nesse sentido que o Art. 926 buscou explicitar a preocupação com a manutenção de uma jurisprudência estável, íntegra e coerente. Desse modo, o precedente judicial exsurge enquanto instrumento apto a promover mudança institucional-cultural da prática judicante.

Precedentes, conceitualmente, são manifestações judiciais capazes de funcionar como paradigmas orientadores de interpretação e aplicação do direito, a partir das formulações racionais das fundamentações

dos julgados originários, ou daqueles que definitivamente cristalizam e delineiam (MARINONI, 2010, p. 213-214) a tese, ou teses, jurídicas contidas naquela decisão, sobretudo na sua *ratio decidendi*. Para Dworkin (1999, p. 176), um precedente é o relato de uma decisão política anterior e, enquanto fragmento da história política, oferece uma razão para que outros casos sejam decididos de maneira similar no futuro.

Nenhuma decisão jurídica nasce precedente persuasivo de pronto, somente historicamente, a partir de sua intromissão na fundamentação das partes e dos juízos, é que poderá ganhar o *status* diferenciado de pronunciamento persuasivo. Assim, precedente é uma *ratio decidendi* formal somada a uma teoria dos precedentes persuasiva, para MacCormick (1987, p. 171). A razão para tanto é que os sucessivos julgamentos darão coerência ao direito, em um processo que ele chamará de reconstrução racional da *ratio decidendi*, ou seja, o precedente é definido com o tempo, e pelos demais julgadores. Castanheira Neves (1983, p. 11-12), ao distinguir precedentes de assentos, asseverou que precedentes não identificam-se com o precedente obrigatório do regime dos assentos de Portugal, porquanto o precedente é uma concreta decisão jurisprudencial que, vinculada historicamente e concretamente ao caso originário, torna-se padrão normativo casuístico a ser replicado em situações análogas – Alexy (2020, p. 237-238) chamará de relevantemente semelhantes – para a sua (re)aplicação, mas não a criação de uma norma *ex novo* visando o futuro, em uma autêntica função legiferante.

Contudo, os precedentes judiciais podem conter duas naturezas distintas, uma constitutiva, que são aqueles que criam regras a partir de direito costumeiro, e uma interpretativa, onde são proferidos entendimentos sobre a interpretação e aplicação de regras legislativas ou constitucionais (ROSITO, 2012, p. 93). No *civil law* encontravam-se apenas os precedentes interpretativos. Entretanto, precedentes não advêm de todo e qualquer pronunciamento judicial, com efeito, a decisão deve apresentar valor transcendental (para além do caso concreto), e se mostrar apta a potencialmente funcionar como paradigma à orientação, tanto dos jurisdicionados, quanto dos aplicadores do direito, sobretudo dos magistrados, ganhando verdadeiro *status* de "padrão normativo casuístico em decisões análogas futuras ou para casos de aplicação concretamente analógica"[5] (CASTANHEIRA NEVES, 1983, p. 12).

5 Tucci (2021, p. 10-11) ressalta que toda decisão judicial encerra uma operação complexa de raciocínio, não podendo ser considerada como um fim último, mas, sim, como um destacado elemento no processo contínuo de resolver pendências

Mas como corretamente aplicar os precedentes? A interpretação e aplicação dos precedentes são os pontos chave para sua efetiva utilização e cristalização enquanto fonte do direito[6]. Primeiramente deve-se diferenciar a(s) *ratio(s) decidendi(s)* insculpida(s) na decisão cujo *status* vai atribuído hipoteticamente, dos meros *obiter dictum*, isto é, daquelas partes da decisão nas quais não se extrai conteúdo jurídico essencial à compreensão da tese jurídica utilizada para a resolução do caso. Assim, necessária a observância das circunstâncias de fato que embasaram a discussão da controvérsia originária, isto é, do precedente paradigma. De modo que a aplicação do precedente P, cuja tese T foi insculpida a partir de uma situação de fatos S, deverá ser analisado se a T, consubstanciada no pronunciamento P, poderá ser utilizada para a resolução da situação S'; e o poderá se, além de T ainda apresentar-se corrigido, S' é relevantemente semelhante à S. Caso não seja aplicável T em virtude de um descompasso histórico de reverberação social, deverá ser afastado, podendo ainda sofrer, no *common law*, o *overruled* (revogação de sua *ratio*), sendo formalmente excluído das fontes, perdendo qualquer valor, e, no *civil law*, o *revirement* da jurisprudência, ou seja, quando determinado posicionamento pretoriano, até então dominante, é substancialmente alterado por um julgado que se transforma em novo precedente, pela atuação de cortes (TUCCI, 2021, p. 3-5).

Nesse sentido, aos tribunais superiores é guardada função nobre, a nomofilácica a qual comina aos tribunais que coordenem de que forma deve-se dar a interpretação do direito, assim garantido a uniformização

---

no foro do direito. O Judiciário não se presta exclusivamente para decidir conflitos concretos, mas ainda deve cuidar para que as suas decisões possam servir de orientação para casos futuros. Weinreb (2008, p. 1-20) estudioso do raciocínio analógico no direito, ressalta que a aplicação de norma formulada em caso anterior ao caso posterior depende de algumas etapas racionais, primeiro por abdução (será que o precedente X é aplicável?), após por indução (como se dará a resposta ao caso se aplicarmos X?) e, por fim, por dedução (aplicação analógica da norma jurídica do precedente X, desde que semelhantemente pertinente).

6 Para Aarnio (1991, p. 123), fonte do direito é "toda a razão que – de acordo com as regras geralmente aceitas na comunidade jurídica – pode ser usada como base justificatória da interpretação". Tucci (2021, p. 7-8) recorda que a locução fonte do direito no campo do discurso jurídico tem dupla acepção, significando, por um prisma, a origem do direito objetivo e, por outro, o veículo de conhecimento do direito. Assim, pelo ângulo da história, fala-se em fonte de cognição daquilo de que se pode valer o estudioso para conhecer o direito de uma determinada experiência do passado ou o lócus onde ele se revela. A ciência jurídica tradicional, por outro lado, designa como fontes formais de produção do direito os modos pelos quais o direito manifesta-se, ou seja, as formas de expressão do direito.

da jurisprudência e, em alguns casos, impondo determinada interpretação a casos subsequentes (ROSITO, 2012, p. 243-249).

Para Wambier (2009, p. 04-05) "a vinculatividade dos precedentes é justificada pela necessidade de igualdade e a igualdade é atingida através da seleção de aspectos do caso que deve ser julgado". Os precedentes, portanto, garantem a igualdade, a segurança jurídica e a previsibilidade necessárias para o livre desenvolvimento da vida na comunidade política. Então, há imperatividade de observância e respeito às decisões e teses emitidas aos julgamentos dos tribunais superiores, principalmente por razões de ordem obrigatória (vinculante), mas também por imperativo coativo-moral (persuasivo). Para Tucci (2021, p. 195), há fatores determinantes de diferentes níveis da força gravitacional, ou vinculante, dos precedentes, tais como a posição hierárquica do tribunal, a natureza processual em que foi proferida, o tempo de institucionalização daquele precedente enquanto detentor desse *status* e, dentre outros, a aceitação, ou a repetida utilização enquanto precedente para resolução dos casos, consolidando-o pelo caminhar histórico da jurisprudência (PECZENIK, 1997, p. 477-478).

No Brasil, tendo-se em vista que não existia respeito aos precedentes emanados pelas cortes, sobretudo pelos tribunais superiores, optou-se pelo reconhecimento de *status* diferenciado, desde logo que prolatada a *ratio juris*, a certos pronunciamentos judiciais especiais, cuja vinculatividade dá-se de forma obrigatória, inclusive com a possibilidade de apresentação de reclamação (Art. 988 do CPC) para o órgão que originou tal pronunciamento, em caso de descumprimento de seu mandamento por outra instância, hierarquicamente menor. Assim bem explana a teoria de Alvim (1999, p. 37-39), para quem a função jurisdicional exercida pelo Superior Tribunal de Justiça representa o real significado que se deve impor no direito federal de caráter infraconstitucional, de modo que constitua a última e definitiva palavra sobre o entendimento aplicativo desse direito. Como visto, as decisões desse Tribunal Superior configuram o referencial máximo no que tange aos entendimentos havidos em relação ao direito federal. Suas decisões, portanto, apresentarão *ratio decidendis* vinculantes (obrigatoriamente ou persuasivamente), que deverão ser observadas.

Nesse diapasão, há que pontuar-se que as decisões dos tribunais superiores têm vinculatividade em direção vertical ou horizontal. Essa perspectiva, comenta Gavião Filho (2016, p. 35): "diz respeito à direção da relação entre o órgão jurisdicional do caso precedente e o órgão jurisdicional do caso presente, objeto de interpretação e aplicação do Direito em uma situação concreta determinada". Assim, na perspectiva vertical, o

juiz *a quo* deve obedecer ao precedente frente a hierárquica na estrutura do sistema de justiça. Aplica-se esse modelo de vinculatividade aos juízes e tribunais que devem aplicar entendimentos fixados pelos seus superiores hierárquicos a casos semelhantes aos já interpretados e julgados.

Já na perspectiva horizontal, o tribunal deve ser coerente para com sua jurisprudência interna. Aqui a vinculatividade se dá em "razão do princípio da universalidade e na regra formal de justiça de tratar igualmente os iguais. Casos semelhantes, em seus aspectos essenciais, devem receber semelhantes interpretações e qualificações jurídicas" (GAVIÃO FILHO, 2016, p. 35). Ainda, em relação ao efeito vinculativo desses precedentes para cortes e juízos inferiores, sua vinculatividade não será total e obrigatória, como no caso dos precedentes verticais, e sim persuasiva. Isso significa, para Gavião Filho (2016, p. 35) "que não se pode falar em vinculatividade jurídica aos precedentes dos tribunais, tampouco se pode entender que os juízes de tribunais estão livres para se desviar, sem mais, dos precedentes dos tribunais aos quais pertencem". Complementa-se, que os juízos e tribunais não podem desviar-se dos precedentes de tribunais *ad quem* e nem daqueles produzidos por si próprios, uma vez que tais condutas afrontariam não apenas os deveres de busca e manutenção de uma estabilidade na jurisprudência, mas porque não se consideraria racionalmente justificadas tais decisões que não argumentassem o porquê da não aplicação de precedentes incidentes no caso.

Frente a isso, nota-se que em nome da coerência, da igualdade, da segurança jurídica e da integridade das decisões judiciais, devem ser seguidas as orientações e entendimentos fixados pelos órgãos jurisdicionais de maior hierarquia, no que concerne à capacidade de julgamento com efeito vinculante, numa perspectiva interna do Poder Judiciário, sobretudo nos reconhecidamente obrigatórios. De modo que a sua não aplicação dará azo ao ingresso da medida impugnativa autônoma da Ação Rescisória para a correção de decisão que não atentou, ou por bem decidiu não aplicar pronunciamento tido como obrigatoriamente vinculante àquele caso, ainda que devidamente fundamentada a sua não aplicação. De certa forma, a rescisão por precedente vinculante firmado anteriormente à prolação da decisão que transitou em julgado, e que se quer ver rescindida, deve ser pacífico, lastreado no dever de manutenção da jurisprudência íntegra, estável e coerente; o que se deve refletir é acerca da possibilidade de ingresso da Ação Rescisória com fundamento em pronunciamento vinculante concretizado dentro dos dois anos de que fala o Art. 975 do CPC.

4. A AÇÃO RESCISÓRIA E A NECESSÁRIA REFLEXÃO ACERCA DO CABIMENTO FUNDAMENTADO EM PRECEDENTE VINCULANTE FIRMADO DENTRO DO SEU PRAZO DECADENCIAL

O que se quer refletir, como adiantado, é a possibilidade de extensão do disposto no Art. 966, inciso V, do Código de processo Civil para os casos de decisões, transitadas em julgado que tiverem, dentro dos 2 anos de prazo (Art. 975 do CPC), alteração substancial no entendimento acerca da correta interpretação e aplicação do direito, no caso, alterada pela cristalização de entendimento com observância obrigatória. Adiciona-se a essa questão a possibilidade desse entendimento condicionada a afetação do meio processual apto a cristalizar precedente obrigatório dentro dos aludidos 2 anos de que fala o Art. 975 do CPC.

Pois bem, sabe-se que, norma e texto não se identificam, porquanto a norma – enquanto força cogente e imperativa no mundo – decorre da interpretação do texto. Assim, quando se fala em norma, como no apontado Art. 966, inciso V, do CPC, deve-se entender que se está falando de uma ordem interpretativo-jurídica que ocorre no sistema jurídico pela interpretação. Tanto pela interpretação feita por cada jurista quando da aplicação daquela norma, quanto da interpretação que histórico-institucionalmente se foi infirmando na prática jurisdicional.

A tarefa judicial, o seu objetivo, é a da materialização do justo a partir da utilização do raciocínio teleológico da máxima do direito romano: *ius est ars boni et aequi* (o direito é a arte do bom e do justo) (CASTANHEIRA NEVES, 1976, p. 24-25). Nesse mesmo sentido, considerado que o fenômeno jurídico deve realizar-se na atividade jurisdicional (CASTANHEIRA NEVES, 1985), mais do que qualquer preocupação com coerência na legislação, deve ser a coerência existente na prática do direito (AMAYA, 2015, p. 340).

Portanto, quanto mais respeitado for o direito como um todo, mais tal ordenamento jurídico será a expressão de uma coerência adequada. Contudo, coerência não pode ser traduzida simplesmente por contemplar-se um sistema com segurança jurídica. Porquanto, para Raz (1992, p. 288), ainda que seguro, isso não estabelece que o direito é puramente e satisfatoriamente coerente, uma vez que o direito é o resultado da coerência observada pela média das atividades de uma complexidade de pessoas, de suas interações através da história.

Assim, o significado das normas jurídicas, assim como o do direito, não deve ficar preso por arreios promovidos por um respeito formal à coisa

julgada – diferente à coisa soberanamente julgada – e à segurança jurídica. Deve haver deferência racional e juridicamente intencionada a essas duas categorias, contudo, a hipótese de cabimento da Ação Rescisória que se defende não ofende nenhum dos objetivos pelos quais fora pensada a coisa julgada (formal e material) e a segurança jurídica. Em semelhante conclusão, promovendo o debate da confiança legítima, Alvim (2019, p. 59-71) assevera que, sendo o precedente uma interpretação acerca da norma, e não ela em algum espaço de tempo – daí decorre o problema da modulação dos seus efeitos –, o jurisdicionado deve poder calcular sob qual regra está imperado, podendo confiar que não será atingido por uma nova decisão que altere sentido a norma que lhe rege, porquanto os seus efeitos serão modulados, sendo essa modulação um direito de defesa do jurisdicionado. Contudo, Alvim (2019, p. 133-140) entende que, caso não haja modulação por um tribunal de cúpula, e havia-se forte controvérsia sobre a correta interpretação na jurisprudência anterior, a Súmula nº 343 do STF deve ser afastada, bem como o Enunciado de nº 400, porquanto **i)** o seu intuito é defender a não rescindibilidade de interpretação clara sobre a lei, o qual só haverá depois da pacificação, **ii)** porque viola, nessa hipótese, com o princípio da legalidade e **iii)** porquanto conflita com o dever insculpido no Art. 926 e ss. do CPC, de modo que "admitir que sobreviva decisão que consagrou interpretação hoje considerada, pacificamente, incorreta pelo Judiciário apenas porque à época da prolação da decisão, a jurisprudência era controvertida, é prestigiar o *acaso*"[7].

A necessária extensão do entendimento acerca da hipótese de cabimento da Ação Rescisória contra decisão de mérito, transitada em julgado, que viole manifestamente norma jurídica (Art. 966, inciso V, do CPC), para abarcar nela a ofensa a precedentes, é imperativa pelo fato de serem, os precedentes, ainda que na sua formulação obrigatória e *ex novo*, fonte substancial do direito (TUCCI, 2021). E, por lhe ser assim, não há que se falar em violação à norma sem que seja considerada a real manifestação do sentido material dessa, via qualquer tipo de pronunciamento

7 Insta referir a existência de forte posição contrária, a qual se filiam Marinoni e Mitidiero (2017, p. 194-195), pelo fato de que causaria instabilidade na ordem jurídica, visto que, ainda que houvesse discussão na jurisprudência acerca de determinada interpretação, decisões em sentidos diferentes já foram tomadas. Alvim (2019, p. 59) refere que ela mesma pensou dessa maneira, mas abandonou essa linha por entender que há uma missão maior, insculpida pelo CPC de 2015. Assim, a vagueza do direito não é justificativa para sua indeterminabilidade e sua concretização inconsistente, porquanto um direito que se queira coerente não pode privilegiar uma certa segurança jurídica momentânea em detrimento da segurança jurídica acerca do sentido axiológico-material-interpretativo do direito.

que lhe dê significado e que seja vinculante dentro da sistemática nacional, sobretudo quando esse pronunciamento já era existente, e cogente, na ordem jurídica quando da prolação de uma decisão judicial. Decisões como essa merecerão a rescisão.

De modo menos pacífico, e reconhecidamente polêmico e novo, tem-se que, não apenas a precedentes firmados antes da prolação da decisão de mérito rescindenda, mas também há que se pensar na possibilidade da rescisão tendo como paradigma um precedente obrigatório – daqueles instrumentos tidos como obrigatoriamente vinculantes pelo Códex Processual – ainda que superveniente, dentro do prazo de dois anos da Ação Rescisória (Art. 975), contados a partir do trânsito em julgado da decisão de mérito que se quer ver rescindida. De modo muito semelhante com a possibilidade de rescisão por declaração de inconstitucionalidade superveniente, como traçado pelos Arts. 525, §12, e 535, §5, ambos do Código de Processo Civil. Evidentemente que para que isso seja possível é necessário que a decretação da nova cogência via precedente obrigatória seja dada sem a modulação dos efeitos para somente *ex nunc*, devendo ter os efeitos (*ex tunc*) aptos a alcançarem a contemporaneidade com a decisão rescindenda (PONTES DE MIRANDA, 2016, p. 692).

Assim, não há que se falar no óbice insculpido ao Enunciado sumular nº 343 do STF ("não cabe Ação Rescisória por ofensa a literal disposição de lei, quando a decisão rescindenda se tiver baseado em texto legal de interpretação controvertida nos tribunais"), porquanto, na vigência de um precedente obrigatório, não mais haveria interpretação controvertida nos tribunais, e apenas a interpretação insculpida em meio processual que impõe obrigatoriamente a sua observância, isto é, que oferta – ainda que idealmente – um substrato interpretativo único, padronizador e conformador acerca da correta interpretação a ser acatada nos casos.

Como bem asseverou Pontes de Miranda (2016, p. 46), não se pode tornar o direito, e especificamente o processo civil, em uma meia ciência, de modo a se mal repetir através de frases diferentes, velhos erros, permeando a prática de uma burocracia sufocante, de modo a impedir a realização teleológica que se requeria com o direito, a da realização material do justo. Assim, por ser a justiça monopólio do Estado de direito, esse deve assegurar, pelas vias processuais adequadamente constituídas, a correta condução de casos, atento ao significado material do direito, sobretudo com a observância sistemática do decidido sobre a *quaestio juris*.

Contudo, ante a tantos percalços que devem ser debatidos e estudados pela doutrina, pela jurisprudência e pela academia do direito,

tem-se, tão somente, que o caminho do direito é um caminho adaptativo que, à medida que a história jurídica vai desenvolvendo-se, vai igualmente adequando-se ao que é logicamente e racionalmente explicável. O cabimento da Ação Rescisória a partir dos marcos padronizadores dos precedentes obrigatórios – e só deles, e não dos persuasivos – é tido como a próxima fronteira para a consubstanciação de um sistema de direito que preze, acima de tudo, por uma manifestação adequada, coerente, segura, igualitária e racional da jurisprudência e do direito. O direito é um materializar de casos, assim, cada caso considerado é uma atuação unitária e singular (sincrônica) do direito, que deve estar pautado por sua evolução enquanto instituição estatal e humana (diacrônica); um caso típico de colisão de princípios formais que autoriza repensarmos os topóis institucional-processuais e a própria prática judicante. Assim, ainda que diante de uma colisão de valores a que se quer promover (segurança jurídica e coisa julgada vs. análise tópica e jurisprudência harmônica, estável e coerente), o que deve prosperar é o direito constituído e desenvolvido de modo argumentativo-racional, manifestado em uma ordem coerente e cujo sentido normativo possa-se extrair da análise de sua jurisprudência.

5. CONCLUSÃO

A Ação Rescisória evoluiu historicamente, sobretudo em suas hipóteses de cabimento, a fim de ajustar-se às necessidades encontradas pelo judiciário ao longo do tempo. A interpretação acerca do seu cabimento passou por momentos de maior restrição, ou de possibilidade razoável e racional de abertura.

Com o advento do Código de Processo Civil de 2015, que inaugura o chamado sistema de precedentes obrigatórios no ordenamento jurídico pátrio, com sua implacável missão de concretização de uma jurisprudência estável, integra e coerente, o cabimento da Ação Rescisória pode ser refletido, acerca de sua ampliação para aqueles pronunciamentos obrigatoriamente vinculantes elencados no Art. 927, do Código de Processo Civil.

Nesse sentido, a Ação Rescisória parece ganhar, ou pelo menos ter a oportunidade de ganhar, uma nova e nobre função, sendo um instrumento apto a garantia da observância obrigatória das teses de efeito vinculante aos casos em que não houve o devido zelo pela segurança do sistema jurídico, constituindo verdadeira prática prejudicial à jurisprudência pátria, e tempestivamente dentro do seu prazo de cabimento.

Contudo, essa ampliação deve ser pensada frente ao dilema entre coisa julgada – que é diferente de coisa soberanamente julgada – e segurança jurídica sincrônica de um lado, e análise tópica e segurança jurídica diacrônica de outro lado.

REFERÊNCIAS

AARNIO, Aulis. **Lo racional como razonable:** um tratado sobre la justificación jurídica. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica:** a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva. 5. ed. São Paulo: Landy, 2020.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais.** Trad. Vírgilio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

ALVIM, Arruda. A Alta Função Jurisdicional do Superior Tribunal de Justiça no Âmbito do Recurso Especial e a Relevância das Questões. In: **10 anos – Obra Comemorativa 1989-1999.** Brasília: Superior Tribunal de Justiça, 1999.

ALVIM, Teresa Arruda. **Modulação**: na alteração da jurisprudência firme ou de precedentes vinculantes. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

AMAYA, Amalia. **The Tapestry of reason.** An inquiry into the nature of coherence and its role in legal argument. Oxford and Portland: Hart Publishing, 2015.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios:** da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 17. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2016.

BLACKSTONE, William. **Commentaries on the Laws of England (1765-1769).** Chigaco: The University of Chigaco Press, Vol. I, 1979.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Teoria do precedente judicial:** a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais. São Paulo: Noeses, 2012.

CASTANHEIRA NEVES, António. **Fontes do Direito:** Contributo para a revisão do seu problema. Coimbra: Coimbra Editora, 1985.

CASTANHEIRA NEVES, António. **Justiça e Direito.** Coimbra: Coimbra Editora, 1976.

CASTANHEIRA NEVES, Antônio. **O instituto dos assentos e a função jurídica dos supremos tribunais.** Coimbra: Coimbra Editora, 1983.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil**. Trad. Paolo Capitanio. Campinas: Boodseller, 1998.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Reforma do Código de Processo Civil**. São Paulo: Malheiros, 1995.

DWORKIN, Ronald. **Império do direito**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

FULLER, Lon L. **The Morality of Law**. New Haven: Yale University Press, 1963.

GAVIÃO FILHO, Anizio Pires. Precedentes e argumentação Jurídica. *In:* **XXV Encontro Nacional do Conpedi:** processo, jurisdição e efetividade da justiça II. Florianópolis: CONPEDI, 2016.

GAVIÃO FILHO, Anizio Pires. **Colisão de Direitos Fundamentais, Argumentação e Ponderação.** Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

GOODHART, Arthur. **Determining the Ratio Decidendi of a case**. Yale Law Review, v. 40, n. 2, p. 161-183. Dez, 1930.

LAMOND, Grant. **Do precedents create rules?** Legal Theory, v. 11, n. 1, p. 1-26. mar, 2005.

MACCORMICK, Neil. **Retórica e Estado de Direito.** Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

MACCORMICK, Neil. Why cases haves rationes and what these are. In: GOLDSTEIN, Laurence. **Precedents in law.** Oxford University, 1987.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Divergência jurisprudencial e súmula vinculante.** 6. ed. Salvador: Juspodivm, 2018.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios.** São Paulo: RT, 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIEIRO, Daniel. **Ação Rescisória**: Do juízo rescindente ao juízo rescisório. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

MESQUITA, José Ignacio Botelho de. **Teses, estudos e pareceres de processo civil, volume 2**: jurisdição e competência, sentença e coisa julgada, recursos e processos de competência originária dos tribunais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Comentários ao Código de Processo Civil.** v. 5. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante**. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

PECZENIK, Aleksander. The binding force of precedent. *In*: MacCormick, Neil; SUMMERS, Robert. **Interpreting precedents**: a comparative study. Aldershot: Ashgate, p. 461-479, 1997.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado da ação rescisória**: das sentenças e de outras decisões. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

RAZ, Joseph. **The Relevance of Coherence**. Boston University Law Review. v. 72:273. 1992, p. 273-321.

ROSITO, Francisco. **Teoria dos precedentes judiciais:** racionalidade da tutela jurisdicional. Curitiba: Juruá, 2012.

SCHAUER, Frederick. **Thinking like a lawyer.** Cambridge: Harvard University Press, 2009.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Curso de Processo Civil**: processo de conhecimento. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

SILVEIRA, Marcelo Augusto da. **Recursos, sucedâneos recursais e ações autônomas de impugnação no CPC**: teoria geral dos recursos: recursos em espécie, ações autônomas de impugnação e o seu processamento nos tribunais. Salvador: JusPodivm, 2020.

STRAUSS, Peter L. **Legal methods: understanding and using cases and statues**. 3. ed. Foundation Press, 2014.

THEODORO JÚNIOR. Humberto. **Curso de Direito Processual Civil** – teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum – v. 3, 47. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

TUCCI, José Rogério Cruz e. **Precedente judicial como fonte do direito.** 2. ed. Rio de Janeiro: GZ, 2021.

TWINING, William; MIERS, David. **How to do things with rules:** a primer of interpretation. London: Butterworths, 1999.

WAMBIER, Tereza Arruda Alvim; ALVIM NETO, José Manuel de Arruda. **Coisa julgada material é a qualidade de imutabilidade e indiscutibilidade, ou mais precisamente, a autoridade, com a qual resta revestida uma determinada decisão de mérito.** Enciclopédia da Faculdade de Direito da PUCSP. Tomo Processo Civil, Edição 1, jun. 2018.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: civil law e common law.** Revista de Processo, vol. 172, p. 121-174, jun. 2009.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. **O dogma da coisa julgada.** Hipóteses de relativização. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

WEINREB, Lloyd L. **A razão jurídica.** Trad. Bruno Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

YARSHELL, Flávio Luiz. Breves notas sobre a disciplina da ação rescisória no CPC 2015. In: **O Novo Código de Processo Civil**: questões controvertidas. São Paulo: Atlas, 2015.

OS 20 ANOS DO ESTATUTO DA CIDADE: UMA ANÁLISE SOBRE O DIREITO À CIDADE E O MARCO LEGAL DA TERRA

THE 20 YEARS OF THE CITY STATUTE: AN ANALYSIS OF THE RIGHT TO THE CITY AND THE LAND'S LEGAL FRAMEWORK

Camila Rapach Xavier[1]
Juliana Raffaela de Souza Gallicchio[2]

Resumo: O presente artigo busca analisar o Direito à Cidade e as melhorias advindas do Estatuto da Cidade, que completa vinte anos de sua promulgação, além dos impactos produzidos pela Lei 13.465/2017, conhecida como Marco Legal da Terra, de modo a demonstrar as drásticas mudanças ocorridas em relação à regularização fundiária após a promul-

1 Mestranda em Direito na linha de pesquisa Tutelas à Efetivação dos Direitos Transindividuais e pós-graduada em Direito Administrativo e Gestão Pública pela Fundação Escola Superior do Ministério Público. Assessora Jurídica de Desembargador do Tribunal de Justiça/RS. Integrante do Grupo de Estudos do Projeto de Pesquisa Impactos das alterações do marco legal da Política Urbana Brasileira e processos de resistência em contextos legais, coordenado pela Profa. Dra. Betânia Alfonsin, do Programa de Pós-Graduação em Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público e vinculado no CNPq ao Grupo de Estudos Tutelas à efetivação dos Direitos Transindividuais. E-mail: camilarapaki@hotmail.com.

2 Mestranda em Direito pela Fundação Escolar Superior do ministério Público na linha de pesquisa Tutelas à Efetivação dos Direitos Transindividuais. Bolsista do Grupo de Estudos do Projeto de Pesquisa Impactos das alterações do marco legal da Política Urbana Brasileira e processos de resistência em contextos legais, coordenado pela Profa. Dra. Betânia Alfonsin, do Programa de Pós-Graduação em Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público e vinculado no CNPq ao Grupo de Estudos Tutelas à efetivação dos Direitos Transindividuais. E-mail: jgallicchio3@gmail.com.

gação da lei supra. O objetivo é averiguar o efetivo desmonte existencial em relação ao Direito à Terra. O método de abordagem foi o dedutivo, pois analisa o desenvolvimento do Estatuto da Cidade e os paradigmas em relação ao Marco Legal da Terra, a fim de enaltecer o Estatuto da Cidade e esclarecer as polêmicas que envolvem a Lei 13.465/2017. O procedimento utilizado foi à pesquisa bibliográfica. As conclusões foram sendo ressaltadas ao longo do texto e alinhadas ao final.
Palavras-chave: Direito à Cidade. Estatuto da Cidade. Lei n. 13.465/2017. Regularização Fundiária.

Abstract: This article seeks to analyze the Right to the City and the improvements resulting from the City Statute, which completes twenty years of its promulgation, in addition to the impacts produced by Law 13.465 / 2017, known as the Land Legal Framework, in order to demonstrate the drastic changes occurred in relation to land tenure regularization after the enactment of the above law. The objective is to ascertain the effective existential dismantling in relation to the Right to Land. The approach method was deductive, as it analyzes the development of the City Statute and the paradigms in relation to the Land Legal Framework, in order to enhance the City Statute and clarify the controversies surrounding Law 13.465 / 2017. The procedure used was a bibliographic search. The conclusions were highlighted throughout the text and aligned at the end.
Keywords: Right to the City. City Statute. Law n. 13.465 / 2017. Land regularization.

> "Não foi por falta de leis e de planos que nossas cidades tomaram o rumo que tomaram." (Ermínia Maricato)

1. INTRODUÇÃO

Este estudo apresenta uma breve análise da evolução do direito urbanístico, especialmente do papel do Estatuto da Cidade na efetivação do direito à cidade na ordem jurídica brasileira e na posterior ruptura com a promulgação da Lei 13.465/2017, sancionada pelo então presidente Michel Temer, com o nome de Programa Nacional de Regularização Fundiária, baseada na Medida Provisória 759/2016, do paradigma da regularização fundiária até então concebido.

A Constituição da República de 1988 exigiu a promulgação de uma lei federal para regulamentação do capítulo da política urbana para que os municípios assim pudessem aplicar seus instrumentos e efetivamente condicionar as propriedades às suas funções sociais, dando cumprimento ao pleno desenvolvimento da política urbana. Essa exigência implicou a promulgação do Estatuto da Cidade, que significou um grande marco legal no direito urbanístico brasileiro, inserindo uma nova gama principiológica acerca da utilização da propriedade. Com ele, criou-se um novo cenário legislativo voltado à instrumentalização da ordem jurídico-urbanístico, a fim de dar efetividade ao direito fundamental à cidade.

O Estatuto da Cidade reconheceu a crise existente nas cidades, perceptível no próprio paisagismo. A proliferação da ilegalidade urbana no que diz aos processos de acesso ao solo e à moradia vieram a ser pensadas e solucionadas por meio de instrumentos urbanísticos voltados à efetivação do direito à cidade. Com isso, consolidou-se a ordem constitucional quanto ao controle jurídico do desenvolvimento urbano, visando à regularização das cidades nas suas dimensões jurídicas, sociais, urbanísticas e ambientais. Estabeleceu-se um processo de reforma urbana pensado de forma multidisciplinar, caracterizado por dar conta de todos os aspectos faltantes no meio urbano para a conferência de uma vida digna à população à margem da cidade.

Contudo, após 16 anos do Estatuto da Cidade, o marco legal da terra foi instituído, rompendo drasticamente com as conquistas adquiridas em relação à regulação fundiária no Brasil. O Marco Legal da Terra representa um efetivo desmonte de todas as conquistas obtidas em relação ao que por regularização fundiária verdadeiramente deve ser compreendido. É manifesto que o Brasil é reconhecido como pioneiro em atuar de forma relevante em relação ao direito à cidade, porém a Lei 13.465/2017 veio para desmantelar as frutíferas conquistas nessa seara.

O presente estudo parte da premissa de que houve uma ruptura paradigmática em relação à regularização fundiária instituída pelo Estatuto da Cidade, a qual representa um marco referencial e de significativa importância no âmbito do direito urbanístico brasileiro. A pesquisa reconhece o direito à cidade como um direito humano fundamental, sendo o Brasil um dos pioneiros em regulamentar a temática de forma preponderante. A exposição se debruça sobre o diploma Estatuto da Cidade, explicando como se deu, recentemente, a ruptura do paradigma do direito à cidade e o surgimento da debilidade da regularização fundiária no Brasil. O objetivo é enaltecer o marco temporal de vinte anos do Estatuto da Ci-

dade e analisar o desmantelamento ocorrido em relação à regularização fundiária no Brasil.

2. O DIREITO À CIDADE COMO DIREITO HUMANO FUNDAMENTAL

Os direitos humanos e os direitos fundamentais geram para o Estado o que genericamente se denomina dever de proteção, que se desdobra em dois tipos de deveres: (i) dever de não lesar, o qual consiste no impedimento de atuação contra o direito à cidade; e (ii) dever de promoção, isto é, dever de atuar em favor do direito à cidade, por exemplo, com a criação de condições de acesso à moradia, à iluminação pública, ao transporte coletivo, ao saneamento básico. Ou seja, para cumprir o dever de proteção, o Poder Público deve tanto cumprir uma obrigação de não fazer (para não lesar), como uma obrigação de fazer (para promover condições e possibilidades das pessoas exercitarem seus direitos). A par disso, será abordado o conteúdo do direito à cidade, a fim de verificar a sua natureza e eficácia para análise dos deveres do Estado na sua promoção.

O direito à cidade, compreendido como o direito à terra, à moradia, ao saneamento ambiental, à infraestrutura urbana, ao transporte e aos serviços públicos necessários para a garantia de uma adequada vida na cidade, por certo traz como base de sua concepção os direitos humanos, a fim de proporcionar um espaço urbano não somente para moradia, mas que também possibilite o exercício da cidadania e da dignidade da pessoa humana. É o que enuncia Lumar Júnior:

> A existência do direito à cidade como direito humano fundamental muito bem representa uma aliança real entre os níveis de fundamentação, concretização e conteúdo dos direitos humanos como representações da dignidade, enquanto processo de reconhecimento das condições de habitação, saúde, saneamento, como determinantes objetivas da interdependência e amplitude dos direitos humanos. Mais do que isso, representa a ratificação da cidadania, que diz respeito, assim, a um vasto sistema de condições de direito e sociabilidade. (BALDO, 2012, p. 110).

Já, a cidade sustentável, caracterizada por condições dignas de vida, é aquela que confere o exercício da cidadania e dos direitos fundamentais na sua plenitude aos seus habitantes - direitos civis e políticos, econômicos, sociais, culturais e ambientais. É, então, a partir da essencialidade desses di-

reitos que se deve pensar no direito à cidade como um direito fundamental, uma vez que os direitos derivados do seu exercício são dotados de caráter essencial, já que visam à proteção da pessoa humana na cidade.

O direito à cidade é um direito inerente à pessoa humana, vinculado ao direito humano a um padrão de vida adequado, com condições básicas de uma vida urbana com dignidade. Nelson Saúle Júnior afirma que "a concepção do direito à cidade no direito brasileiro avança ao ser instituído com objetivos e elementos próprios, se configurando como um novo direito humano, e na linguagem jurídica técnica num direito fundamental". (SAULE JR, 2005, p. 25). Sob esse ponto de vista, portanto, admite-se o caráter fundamental do direito à cidade, porquanto se apresenta como um direito garantidor de condições mínimas para uma existência humana digna no meio urbano.

Em sendo assim, o direito à cidade deve ser promovido pelo Estado, porquanto a omissão estatal nesse ponto significa deixar de conferir o acesso a vários outros direitos, comprometendo a existência digna em sociedade. Cabe, pois, ao Poder Pública a satisfação de tal necessidade humana, a qual não pode ser dissociada do que se entende por uma vida com dignidade na cidade.

Portanto, o direito à cidade deve ser entendido como um direito fundamental, em que o Poder Público tem por dever a obrigação de sua promoção, bem como proteção em toda a sua plenitude. Os habitantes da cidade, como sujeitos de direito, podem, assim, exigir o cumprimento do direito à cidade, porquanto os direitos que são abrangidos pelo direito à cidade têm aplicação imediata por expressa previsão constitucional.

No ponto, vejamos a lição de Carlos Alberto Molinaro sobre o *status* e eficácia do direito à cidade:

> "Por força da matriz de fundamentalidade dos direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais no sistema brasileiro – incluindo-se aí o direito à cidade – são eles direitos subjetivos públicos cuja exigibilidade pode ser exercida individual ou coletivamente. Ademais, tal condição matricial, fixa o *perímetro urbano* a que está obrigado o Estado a cumprir para garantir o funcionamento de sociedades justas e para legitimar sua própria existência. Para tanto, o Estado deve disponibilizar os meios indispensáveis e mandatórios para cobrir as mais prementes necessidades da população, e definir políticas públicas de progressiva (vale dizer, promover ou favorecer o progresso em direção a melhores condições e novas políticas, ideias ou métodos) melhora dos espaços urbanos das ci-

> dades e do nível de vida dos citadinos para o mais bem desfrute desses direitos. No campo da eficácia, esses direitos têm aplicação imediata *ex vi* de expresso mandamento constitucional (art. 5°, §1°, CF/1988), contudo, é de observar que o direito à cidade é um direito formado, mas em constante transformação quanto ao seu objeto, o que leva a diferir o campo da eficácia para cobrir as transformações de seu objeto ocorrentes no tempo e no espaço". (MOLINARO, 2010, P. 171).

Sob essa perspectiva, portanto, a promoção da função social da cidade se mostra como interesse de toda a coletividade, integrando a categoria dos direitos coletivos e difusos, uma vez que transindividual, de natura indisponível e com titulares indeterminados, nos moldes do que disciplina o art. 81, *parágrafo único,* inciso I, do Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/90).

No direito à cidade, pensando a função social dos direitos humanos e dos direitos fundamentais que lhe são derivados, há a necessidade de o Estado promover a garantia de um perímetro urbano dotado de um mínimo existencial, com condições para a eficácia concreta do princípio da dignidade da pessoa humana. O Poder Público deve conferir a sua população acessibilidade à segurança, ao lazer, aos serviços de saúde, a condições urbanísticas adequadas. Mais que isso, ao Estado cabe o dever de não retroceder das condições conquistas, inclusive muitas alcançadas pelos próprios grupos sociais de forma independente, sem qualquer prestação positiva estatal.

A propósito, a respeito da necessidade de prestações positivas pelo Estado para a promoção do direito à cidade, a obra de Saule Júnior (2005, p. 23) cita que: constituição de espaços públicos de gestão democrática e participativa das cidades; combate às práticas de discriminação social, racional e de preconceito e violências, em especial contra os grupos e comunidades que vivem em assentamentos informais; ampliação à oferta de moradia adequada e equipamentos e serviços urbanos aos habitantes das cidades; transformação de assentamentos informais em bairros com padrão de vida adequado por meio de regularização fundiária.

E nesse ponto, vale bem ressaltar a importância do Estatuto da Cidade que, considerado o grande marco legal no direito urbanístico brasileiro, trouxe diretrizes gerais para a coibição da retenção especulativa, bem como instrumentos urbanísticos e de regularização fundiária. A Lei Federal contempla um conjunto de medidas legais e urbanísticas que reverte a lógica segregacionista e excludente no tratamento do espaço terri-

torial, inovando ao autorizar tratamento especial à população excluída da cidade formal. Com os novos instrumentos inaugura-se um novo paradigma quanto ao uso e ocupação do solo urbano, notadamente no que diz ao enfrentamento dos problemas de desigualdade territorial das cidades.

3. O ESTATUTO DA CIDADE COMO MARCO ELEMENTAR DO DIREITO Á CIDADE

O Brasil possui dois grandes momentos em relação à regularização fundiária, um foi com a promulgação da Constituição Federal de 1988 e o outro com o Estatuto da Cidade. Eles consolidam um modelo de regularização fundiária que garante o direito à cidade, ao envolver a regularização no que diz com a titulação, a urbanização, a participação popular e o gravame de zonas especiais de interesse social.

Importante ressaltar o que cita Betânia Alfonsin:

> [...] o Estatuto da Cidade ampliou, de forma absolutamente inovadora, as perspectivas da regularização fundiária – compreendida como parte essencial da política urbana, estão: on plano diretor, a gestão orçamentária participativa, as zonas especiais de interesse social (ZEIS), a concessão de uso especial para fins de moradia, o referendo popular e o plebiscito. (ALFONSIN, 2017, p. 175).

O Estatuto, consolidado na Lei n. 10257/2001, é considerado uma das leis mais importantes em relação à transformação e modernização do Estado. É natural consagrá-lo como uma espécie de matriz regradora das políticas urbanas, pois ele redefiniu de forma relevante a função social da propriedade. Ele é um auxiliar para otimização da mitigação da especulação imobiliária e o aumento da função social da propriedade. (Ferraz, 2010, p. 19).

Ele dispõe de normas que regulam o uso da propriedade urbana, especialmente, no que diz respeito ao bem estar dos cidadãos, em razão de buscar a efetiva segurança ambiental e o bem-estar social. É o que diz os artigos 9º e 10º do Estatuto da Cidade:

> Art. 9º Aquele que possuir como sua área ou edificação urbana de até duzentos e cinquenta metros quadrados, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio, desde que não

> seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural. § 1º O título de domínio será conferido ao homem ou à mulher, ou a ambos, independentemente do estado civil.§ 2º O direito de que trata este artigo não será reconhecido ao mesmo possuidor mais de uma vez. § 3º Para os efeitos deste artigo, o herdeiro legítimo continua, de pleno direito, a posse de seu antecessor, desde que já resida no imóvel por ocasião da abertura da sucessão. Art. 10. Os núcleos urbanos informais existentes sem oposição há mais de cinco anos e cuja área total dividida pelo número de possuidores seja inferior a duzentos e cinquenta metros quadrados por possuidor são suscetíveis de serem usucapidos coletivamente, desde que os possuidores não sejam proprietários de outro imóvel urbano ou rural.

Nesse sentido, o Estatuto estabelece em seu art. 2° diretrizes gerais a fim de orientar a aplicação dos instrumentos instituídos voltados ao pleno desenvolvimento das funções sociais, como a gestão democrática por meio da participação da população (II); o planejamento do desenvolvimento

das cidades, da distribuição espacial da população (IV); a justa distribuição dos benefícios e ônus decorrentes do processo de urbanização (IX) e a regularização fundiária e urbanização de pares ocupadas por população de baixa renda mediante o estabelecimento de normais especiais de urbanização, uso e ocupação do solo e edificação (XIV).

O modelo instituído pelo referido Estatuto é um marco elementar na consagração e organização da regularização fundiária no Brasil, uma vez que à luz da Constituição Federal se tornou como ferramenta basilar e consagrada para organizar e instituir o Direito à Cidade. Logo, em 2009 com o "Minha Casa Minha Vida", programa do governo federal responsável por planificar efeitos extremos e impactantes na sociedade, o Direito à Cidade foi objeto de notório crescimento, sendo incluído nas agendas dos Poderes Públicos.

4. A RUPTURA DO PARADIGMA DO DIREITO À CIDADE E O SURGIMENTO DA DEBILIDADE DA REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA.

Foi em 2017, com a promulgação da Lei n. 13.465, conhecida Marco Legal da Terra, que aconteceu uma grande ruptura com os mecanismos efetivadores do Direito à Cidade. Trata-se de lei que causou polêmica, desde a sua propositura pela Medida Provisória 759 de 2016, de inciativa do então Presidente Michel Temer.

A Lei 13.465/2017 foi responsável por uma gama de debates em relação aos novos procedimentos, pois seus mecanismos trouxeram inúmeras incertezas em relação à regularização fundiária. Ela dispõe sobre a regularização fundiária rural e urbana, sobre a liquidação de créditos concedidos aos assentados da reforma agrária e sobre a regularização fundiária no âmbito da Amazônia Legal, além de instituir mecanismos para aprimorar a eficiência dos procedimentos de alienação de imóveis da União, e deu outras providências.

O Marco Legal da terra é alvo de muitas críticas, sendo inclusive objeto de Ação Direita de Inconstitucionalidade proposta pela Procuradoria Geral da República, pois criou normas que impactaram profundamente nos mecanismos legislativos, "afetando vinte e duas normas jurídicas até então existentes, entre leis ordinárias, leis complementares e medidas provisórias que tratavam dos mais variados temas". (CDPS, 2017, p. 39).

A Lei trouxe uma nova roupagem para a regularização fundiária, facilitando a regularização de terrenos ocupados de propriedade da União, tanto nas cidades, quantos nas áreas rurais, o que significa menos exigências, maiores facilidades de registrar os imóveis, dispensa de inúmeras certidões e preferência para os atuais ocupantes. Também, ela propõe significativa mudança no paradigma sobre o conceito de regularização fundiária e sobre seus elementos essenciais. (SILVA, 2017).

Dentre os fatores polêmicos que envolvem essa lei está a possibilidade de regularização de grandes condomínios construídos em terras griladas, a aquisição regular de lotes da reforma agrária após dez anos da titulação, e o considerado mais absurdo, a venda de terras na Amazônia. (RIBEIRO, 2019, p. 4).

É um enorme retrocesso no Brasil que afeta todas as áreas que envolvem o direito urbanístico no país, pois até as terras férteis dos cidadãos estão sofrendo face à intenção de supervalorização do bem terra.

Um dos maiores impactos que surgiu com a promulgação da Lei 13.465/2017 pode ser observado através das Funções Públicas de Interesse Comum, no quesito parcelamento, uso e ocupação do solo, que são eixos estruturantes da ordem urbanística, "ainda mais quando se entende que a regularização fundiária plena deve conglobar medidas de saneamento, mobilidade, gestão de resíduos sólidos e macrodrenagem, apenas para citar algumas". (CDPS, 2018, p. 40).

Portanto, é possível perceber que o Marco Legal da Terra foi responsável por uma grande ruptura da organização urbanística do Brasil, já que a questão relacionada ao direito à cidade deu espaço para a supervalorização da dimensão econômica do bem terra.(ALFONSIN, 2017, P. 177). Fica nítida a desconsideração de todos os princípios jurídicos, am-

bientais e sociais que amparavam a fonte principal da regulação fundiária que vinha em desenvolvimento até então.

5. CONCLUSÃO

Na esteira do exposto, o direito à cidade pode ser reconhecido como direito fundamental humano e que deve ser resguardado e aplicado de maneira otimizada. O Brasil é reconhecido na seara internacional por atuar de forma assídua e garantidora em relação ao direito à cidade. Foi com a edição da Constituição Federal de 1988, que a matéria passou a ser tratada com relevância e o respeito devido, tendo o Estatuto da Cidade instrumentalizado a política urbana brasileira.

O Estatuto da Cidade é considerado um dos maiores vetores em relação à regularização fundiária urbana, pois através dele inúmeras conquistas foram possíveis, como observado. O marco temporal de seus vinte anos estabelece um momento de reconhecimento à efetividade do arcabouço de direito urbanístico que amparou a regularização fundiária nas cidades brasileiras.

Como se pode observar, a pesquisa apontou que a Lei n. 13.465/2017 constitui um efetivo desmonte em relação às conquistas na seara urbanística, uma vez que não possui uma continuidade harmônica às evoluções no âmbito das políticas públicas urbanas, mas sim, uma grande ruptura com o legado implementado pelo Estatuto da Cidade. O diploma legal desmantela regulamentações que envolvem desde terras oriundas de grilagem, a venda de lotes oriundos da reforma agrária até a venda de lotes na Amazônia. A forma como o direito à cidade veio tratada na Lei 13.465/2017 fica distante do ideal que se busca, uma vez que prioriza o direito de propriedade com foco em seus aspectos registrais, deixando em segundo plano o direito fundamental à cidade.

REFERÊNCIAS

ALFONSIN, Betânia de Morais. Pereira, Pedro Prazeres Fraga. Da função social à função econômica da terra: Impactos da Lei nº 13.465/2017 sobre as políticas de regularização fundiária e o Direito à cidade no Brasil. **Revista Direito da Cidade,** vol. 11, n. 2, 2019.

BALDO, Lumar Junior. Direito à cidade: uma possibilidade real a partir do acesso à moradia digna e sua função socioambiental. Curitiba: Multideia, 2012.

BRASIL. **Estatuto da Cidade. Lei n. 10.527 de 2001**. Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal estabelecem diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/l10257.htm. Acesso em: 03 abr. 2021.

BRASIL. **Lei n. 13465, de 11 de Julho de 2017.** Dispõe sobre a regularização fundiária rural e urbana, sobre a liquidação de créditos concedidos aos assentados da reforma agrária e sobre a regularização fundiária no âmbito da Amazônia Legal; institui mecanismos para aprimorar a eficiência dos procedimentos de alienação de imóveis da União. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13465.htm. Acesso em: 10 abr. 2021.

DEFENSORIA PÚBLICA DE SÃO PAULO. Cadernos da Defensoria Pública de São Paulo. **EDEPE**, n. 17, São Paulo: 2018.

FERRAZ, Adilson Abreu Dallari. **Estatuto da Cidade: comentários à Lei federal 10.257/2001**. São Paulo: Malheiros, 2010.

MOLINARO, Carlos Alberto. Direito à Cidade e o Princípio de Proibição de Retrocesso. *In:* SARLET, Ingo Wolfgang e MOLINARO, Carlos Alberto. **Direitos Fundamentai & Justiça, n. 1 (Jan./Mar. 2010),** Porto Alegre: HS Editora, 2010.

RIBEIRO, Alyson Fernando Alves. A "nova" lei de terras do Brasil (Lei n. 13465, de 11 de setembro de 2017) e a (re)produção dos conflitos pela terra, na Amazônia rondoniense. **XIII ENANPEGE**, São Paulo: 2019.

SAULE JR., Nelson. O Direito à Cidade como Resposta Estratégica à Exclusão Social e à Segregação Especial. *In:* **Revista Magister de Direito Ambiental e Urbanístico**, v. 1 (ago/set. 2005), Porto Alegre: Magister, 2005.

SILVA, Renan Luiz dos santos. Regularização fundiária urbana e a Lei 13.465/2017: aspectos gerais e inovações. **Revista Cadernos do Desenvolvimento Fluminense, n. 13, 2017.** Disponível em: https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/cdf/article/view/37029. Acesso em: 10 mar. 2021.

DIALÉTICA
EDITORA

Este livro foi impresso sob demanda, sem estoques. A tecnologia POD (Print on Demand) utiliza os recursos naturais de forma racional e inteligente, contribuindo para a preservação da natureza.

"Rico é aquele que sabe ter o suficiente"
(Lao Tze)