

Ednan Galvão Santos
(Org.)

Estudos Conimbricenses

DE DIREITO PÚBLICO

volume 2



Eis o segundo volume dos Estudos Conimbricenses de Direito Público: um livro de esforço coletivo, assinado por Mestres e/ou Doutorandos da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Os temas abordados concernem à grande área epistemológica do Direito Público, tais como os direitos fundamentais, a Defensoria Pública e a proteção de dados pessoais, a Administração Pública portuguesa, sigilo bancário e fiscalização tributária, os fins do Estado, a jurisdição do Tribunal Penal Internacional, princípio da gestão processual, teoria da anomia, jurisdição constitucional e separação dos poderes, judicialização do direito à saúde, corrupção desportiva, compliance e responsabilidade penal. O resultado é a reunião de institutos tradicionais do pensamento jurídico, ao lado de tópicos que estão em voga no Direito Público contemporâneo, todos tratados com muito zelo na presente obra.



editora *fi*.org



ESTUDOS CONIMBRICENSES DE DIREITO PÚBLICO

ESTUDOS CONIMBRICENSES DE DIREITO PÚBLICO

VOLUME 2

Organizador
Ednan Galvão Santos



Diagramação: Marcelo A. S. Alves

Capa: Lucas Margoni

Fotografia de Capa: Ednan Galvão Santos

Revisão: Ednan Galvão Santos



A Editora Fi segue orientação da política de distribuição e compartilhamento da Creative Commons Atribuição-Compartilhável 4.0 Internacional https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/deed.pt_BR



O padrão ortográfico e o sistema de citações e referências bibliográficas são prerrogativas de cada autor. Da mesma forma, o conteúdo de cada capítulo é de inteira e exclusiva responsabilidade de seu respectivo autor.

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

SANTOS, Ednan Galvão (Org.)

Estudos Conimbricenses de Direito Público: volume 2 [recurso eletrônico] / Ednan Galvão Santos (Org.) -- Porto Alegre, RS: Editora Fi, 2022.

331 p.

ISBN: 978-65-5917-624-3

DOI: 10.22350/9786559176243

Disponível em: <http://www.editorafi.org>

1. Coimbra; 2. Portugal; 3. Universidade; 4. Direito; 5. Pesquisa; I. Título.

CDD: 340

Índices para catálogo sistemático:

1. Direito 340

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO

Ednan Galvão Santos

9

1

12

A DEFENSORIA PÚBLICA DO BRASIL E A DEFESA DO DIREITO FUNDAMENTAL À PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS NO ÂMBITO DA SEGURANÇA PÚBLICA E PERSECUÇÃO PENAL

Arthur Corrêa da Silva Neto

2

70

A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA PORTUGUESA NA CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS PODE FAZER USO DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS RELATIVOS AO EXERCÍCIO DE PODERES PÚBLICOS?

Arthur de Souza Bastos

Ricardo Oliveira da Silva Júnior

3

107

SIGILO BANCÁRIO E FISCALIZAÇÃO TRIBUTÁRIA

Carlos André Soares Nogueira

4

140

BREVES CONSIDERAÇÕES ACERCA DOS FINS DO ESTADO

Ednan Galvão Santos

5

156

PRINCÍPIO DA COMPLEMENTARIDADE COMO FUNDAMENTO DA JURISDIÇÃO DO TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL: BREVE ANÁLISE SOBRE OS (POSSÍVEIS) CRIMES DE GUERRA PRATICADOS PELAS TROPAS RUSSAS NO CONFLITO NA UCRÂNIA

Gabriela Borghi Affonso

6

186

O PRINCÍPIO DA GESTÃO PROCESSUAL PARA A CONSTRUÇÃO DO PROCESSO COOPERATIVO NA PERSPECTIVA DEMOCRÁTICA

Isabella Fabris

7

222

A TEORIA DA ANOMIA: DA SOCIOLOGIA DE DURKHEIM À CRIMINOLOGIA DE MERTON

Paloma Marita Cavol Klee

Vinicius Wildner Zambiasi

8

252

A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL COMO GARANTIA DO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DE PODERES

Pedro Henrique Cavalcanti da Silva

9

289

A RETICENTE JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE NO BRASIL: UM MODELO DE DIRETIVIDADE CONSTITUCIONAL SIMBÓLICA AO DIREITO À SAÚDE?

Rafaella Dias Gonçalves

10

305

CORRUPÇÃO DESPORTIVA, COMPLIANCE E RESPONSABILIDADE PENAL À LUZ DA LEI 10.671/03

Túlio Felipe Xavier Janúrio

APRESENTAÇÃO

Ednan Galvão Santos

Tive a honra de organizar, no ano de 2021, a obra coletiva intitulada *Estudos Conimbricenses de Direito Público*, com o desiderato de ofertar um contributo à comunidade jurídica lusófona a partir da reunião de artigos sobre o Direito Público contemporâneo. Naquela ocasião, cada coautor/coautora ficou responsável por redigir um capítulo do livro. Reitero os meus agradecimentos a todos os coautores e coautoras que participaram daquele primeiro volume: Anna Claudia Lavoratti, Arthur de Souza Bastos, Arthur Corrêa da Silva Neto, Bruno Fernandes Carvalho, Carlos André Soares Nogueira, Eduardo Henrique Santos Cavalcanti, Gabriel Marson Junqueira, Gustavo Cristóvão de Oliveira Batista, Paloma Marita Cavol Klee, Pedro Henrique Cavalcanti da Silva, Ricardo Oliveira da Silva Júnior, Túlio Felipe Xavier Januário, Vanessa Barbosa Figueiredo e Vinícius Wildner Zambiasi.

Ficamos todos verdadeiramente contentes e orgulhosos com o resultado do nosso esforço em 2021 e essa satisfação constituiu a razão propulsora da continuidade deste projeto. Reunimo-nos novamente para concretizar o segundo volume dos *Estudos Conimbricenses de Direito Público* e contamos, doravante, com a participação de três novas coautoras. Sejam bem-vindas, Gabriela, Isabella e Rafaella! Ficamos felizes e honrados com a chegada de vocês!

Este volume de 2022, assim como o do ano passado, é assinado por Mestres e/ou Doutorandos de nossa tão querida Faculdade de Direito da

Universidade de Coimbra. Agradeço imensamente – por todo o empenho e dedicação – aos coautores e coautoras da presente obra: Arthur Corrêa da Silva Neto, Arthur de Souza Bastos, Carlos André Soares Nogueira, Gabriela Borghi Affonso, Isabella Fabris, Paloma Marita Cavol Klee, Pedro Henrique Cavalcanti da Silva, Rafaella Dias Gonçalves, Ricardo Oliveira da Silva Júnior, Túlio Felipe Xavier Januário e Vinícius Wildner Zambiasi.

Os temas desenvolvidos no presente volume estão ligados à grande área epistemológica do Direito Público. O capítulo 1, intitulado “A Defensoria Pública do Brasil e a defesa do direito fundamental à proteção de dados pessoais no âmbito da segurança pública e persecução penal”, é da autoria de Arthur Corrêa da Silva Neto. O capítulo 2, cujo título é “A Administração Pública Portuguesa na concretização dos direitos fundamentais pode fazer uso dos contratos administrativos relativos ao exercício de poderes públicos?”, é assinado por Arthur de Souza Bastos e Ricardo Oliveira da Silva Júnior. O capítulo 3, de Carlos André Soares Nogueira, trata do “Sigilo Bancário e Fiscalização Tributária”. O capítulo 4, de minha autoria, tece “Breves Considerações Acerca dos Fins do Estado”. O capítulo 5, da autora Gabriela Borghi Affonso, investiga o “Princípio da Complementaridade como Fundamento da Jurisdição do Tribunal Penal Internacional: breve análise sobre os (possíveis) crimes de guerra praticados pelas tropas russas no conflito na Ucrânia”. O capítulo 6, de Isabella Fabris, versa sobre “O princípio da gestão processual para a construção do processo cooperativo na perspectiva democrática”. O capítulo 7, da autoria de Paloma Marita Cavol Klee e Vinícius Wildner Zambiasi, aborda “A Teoria da Anomia: da Sociologia de Durkheim à Criminologia de Merton”. O capítulo 8, de Pedro Henrique Cavalcanti da Silva, analisa “A Jurisdição Constitucional como Garantia do Princípio

da Separação dos Poderes”. O capítulo 9, redigido por Rafaella Dias Gonçalves, estuda “A reticente judicialização da saúde no Brasil: um modelo de diretividade constitucional simbólica ao direito à saúde?”. O capítulo 10, por fim, é da autoria de Túlio Felipe Xavier Januário e examina a “Corrupção Desportiva, Compliance e Responsabilidade Penal à luz da Lei 10.671/03”.

Espero que este segundo volume dos *Estudos Conimbricenses de Direito Público* cumpra o seu propósito: fomentar as reflexões dos leitores acerca das temáticas aqui desenvolvidas. Bons estudos!

Salvador, 10 de outubro de 2022.

1

A DEFENSORIA PÚBLICA DO BRASIL E A DEFESA DO DIREITO FUNDAMENTAL À PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS NO ÂMBITO DA SEGURANÇA PÚBLICA E PERSECUÇÃO PENAL

*Arthur Corrêa da Silva Neto*¹

1 INTRODUÇÃO

A reformulação na missão institucional da Defensoria Pública decorrente da alteração em sua Lei Orgânica (Lei Complementar (LC) n.º 80/1994, pela LC n.º 132/2009, consolidada pelas emendas constitucionais n.º 45/2004, 74/2013 e notadamente pela n.º 80/2014), a consignação de novas atribuições ao órgão nos mais diversos diplomas legais, assim como decisões judiciais mesmo de Tribunais Superiores está constituindo cenário que impõe sua necessária reinterpretação.

Estas inovações legislativas, por conseguinte, implementam o fortalecimento do órgão e dos próprios sistemas de garantias de direitos, nos quais a Instituição atua.

Percebe-se que estas novas atribuições destinadas a Defensoria Pública se balizam no princípio da assistência jurídica integral, o qual está imbricado ao direito fundamental do acesso à justiça (esta, na

¹ Defensor Público do Estado do Pará – Titular da 4ª Defensoria Pública de Execução Penal da Capital; Mestre em Ciências Político-Jurídicas com Menção em Direito Constitucional pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (FDUC); Pós graduado em Direito Público e Privado pela Faculdade de Direito Damásio de Jesus (FDDJ); Pós graduado em Proteção de Dados e Privacidade pela Universidade Presbiteriana Mackenzie e Instituto *Legal Grounds For Privacy Design*; Nomeado pelo Presidente do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) para integrar Grupo de Trabalho de Alternativas Penais no âmbito daquele colegiado (2022-2024); Conselheiro do Conselho Superior da Defensoria Pública do Estado do Pará (DPE/PA) no biênio 2022-2024; Currículo Lattes: <<https://lattes.cnpq.br/4939810973489754>>.

perspectiva do acesso a ordem jurídica justa), podendo se dizer que sejam disposições amalgamadas.

Nessa senda, permite-se deduzir pelo princípio da assistência jurídica integral e da missão constitucional atinente a promoção de direitos humanos a possibilidade de a Defensoria Pública como Instituição integrar o novo sistema de garantia de direitos alusivo ao tratamento de dados pessoais pelas autoridades competentes na área da segurança pública e persecução penal, a fim de salvaguardar os direitos individuais dos cidadãos e coletivos da sociedade.

Nesse contexto, mister assentar que o foco deste trabalho será trazer luzes para a possibilidade de atuação da Defensoria Pública como Instituição na defesa do afetado (suspeitos ou insuspeitos) em investigações criminais sigilosas, bem assim em prol da coletividade na fiscalização de sistemas de segurança pública que utilizam algoritmos trabalhando com inteligência artificial (sistemas de aprendizagem algorítmica) e *big data*².

Tem-se, que a sociedade encontra-se na seara da segurança pública e persecução penal a partir do desenvolvimento tecnológico atual, sob um novo giro, no qual, entende-se, deve-se equilibrar a busca pela maior eficiência da prevenção do crime e o aprimoramento dos meios de esclarecimento dos fatos delituosos com a contenção dessas ferramentas para que não haja invasão nas esferas dos direitos à privacidade e do novel direito fundamental à proteção de dados pessoais.

Referido concerto de ideias, faz-se determinante, na medida em que a perspectiva acima declinada interage com valor essencial das sociedades ocidentais contemporâneas, tal qual o Estado Democrático de

² Sobre os conceitos de algoritmo, algoritmos de aprendizagem e *big data*, cf. HOFFMANN-RIEM, Wolfgang. **Teoria Geral do Direito Digital**. Forense. Edição do Kindle, p. 32-39.

Direito, tendo em vista que a não observância de controle no braço criminal estatal em sentido amplo, nessa seara tão sensível, possui o condão de gerar um Estado Vigilante com feições totalitárias ou também chamado Estado Georgeliano, afetando, portanto, diretamente o valor democracia.

Destarte, seguindo essa compreensão se faz necessário igualmente modernizar o plano normativo e as Instituições de Estado para essa nova lógica da vida humana.

O estado atual da arte no Brasil indica ausência de regulação legal no que tange a normatização do tratamento de dados pessoais para fins de segurança pública e atividades de investigação e repressão de infrações penais, na medida em que o parlamento nacional optou por não abranger os respectivos temas na lei n.º 13.709, de 14 de agosto de 2018, Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), anotando no seu art. 4º, III, “a” e “d” que a LGPD não se aplica aquelas temáticas, face certamente reconhecer especificidades que o assunto possui³.

Malgrado, esse reconhecimento de vácuo legislativo, por ato do Presidente da Câmara dos Deputados, o então Deputado Federal Rodrigo Maia, de 26 de novembro de 2019, constituiu comissão de juristas sob a presidência do ex-Ministro do Superior Tribunal de Justiça (STJ), Nefi Cordeiro, que elaborou anteprojeto de lei visando dispor “sobre o tratamento de dados pessoais realizado por autoridades competentes para atividades de segurança pública e de persecução penal, com o objetivo

³ No espaço europeu cujas normativas tem influenciado sobremaneira o campo do direito digital no Brasil, igualmente, fez-se a opção por separar o marco normativo com aplicação no tratamento de dados de modo geral (Regulamento Geral de Proteção de Dados (RGPD), Diretiva 679/2016, da União Europeia) daquele relativo à proteção das pessoas naturais no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais pelas autoridades competentes para efeitos de prevenção, investigação, detecção ou repressão de infrações penais ou de execução de sanções penais e à livre circulação desses dados. (Diretiva 680/2016, da União Europeia).

de proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural” (art. 1º, do anteprojeto de lei, também apelidado de anteprojeto da LGPD Penal).

Assim, a oportunidade desse texto, também é de dialogar com o aludido anteprojeto e com a futura moldura jurídica que se estabelecerá trazendo proposições em relação ao papel da Defensoria Pública do Brasil nessa seara.

Desse modo, se de um lado não interessa a ninguém que o Estado não desenvolva mecanismos frente a uma criminalidade cada vez mais tecnológica, por outro lado, igualmente não é menos importante que em homenagem ao “combate à criminalidade” se fustigue direitos tão relevantes para o corpo social como o direito à privacidade e à proteção de dados, ou em uma visão mais ampliada a própria democracia.

Noutro plano, antes mesmo do dilema acima descrito se impor a sociedade hodierna, já se estava percebendo, em decorrência da inserção no texto constitucional de novos objetivos a Defensoria Pública, assim como a realização de alterações legislativas no âmbito infraconstitucional e mesmo a atuação na prática da Instituição, a promoção de uma perspectiva de nova conformação para o órgão, no desiderato de ampliação do espectro do exercício da respectiva atividade para, por exemplo, acrescer a lógica originária de representação processual de partes, a fim de alcançar a possibilidade da defesa de um interesse alheio em nome próprio (legitimidade extraordinária ou no plano da execução penal legitimação social) na tutela individual⁴ ou coletiva.

⁴ A respeito, cf. SILVA NETO, Arthur Corrêa da. **Legitimação Extraordinária na Tutela Individual da Criança e do Adolescente**. *Revista Jurídica Consulex*, Brasília, ano XIV, n.º 327, p. 54-56, 1º de setembro de 2010; tese escrita pelo autor e aprovada no XXIII Congresso da Associação Brasileira de Magistrado, Promotores de Justiça e Defensores Públicos da Infância e Juventude (ABMP), realizado na cidade de Brasília / DF, em maio de 2010 e no 1º Congresso de Defensores Públicos da Infância e Juventude, realizado na cidade de São Paulo, em agosto de 2010, com o título “Legitimação Extraordinária na Tutela

Dessa maneira, acompanhando esse desenvolvimento, tem havido a consolidação de reformas constitucionais que garantem ao órgão sua necessária autonomia, permitindo o pleno desempenho da independência funcional dos membros da carreira, sob o corolário da efetivação dos direitos do cidadão e da sociedade.

Destarte, é neste quadrante que se faz possível a atuação da Defensoria Pública na defesa do direito fundamental à proteção de dados pessoais no âmbito da segurança pública e persecução penal.

Antes de desenvolver os contornos da atuação da Defensoria Pública como Instituição com perfil para defesa ampla do direito fundamental a proteção de dados pessoais do tratamento realizado por autoridades competentes de segurança pública e persecução penal, se explanou acerca das novas atribuições e o fortalecimento do órgão tendo como consequência a maior proteção jurídica do cidadão e da sociedade, bem assim foi analisado por quanto necessário as perspectivas de desenvolvimento do direito à privacidade até se chegar ao direito a proteção de dados pessoais, entrelaçando esse caminho com as respectivas repercussões na segurança pública e persecução penal.

Noutro norte, vale mencionar que o presente trabalho se utilizou de pesquisa doutrinária, jurisprudencial e legislativa, além de

Individual da Criança e do Adolescente – A atuação da Defensoria Pública”; SILVA NETO, Arthur Corrêa da. Legitimação extraordinária na tutela individual de pessoas que componham grupos sociais vulneráveis: a atuação da Defensoria Pública conforme o novo código de processo civil – CPC/2015. In: Silva, Franklyn Roger Alves (Org.). **CPC/2015: Perspectiva da Defensoria Pública**. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 56-67.

nomeadamente partir das formulações feitas por Bernd Schünemann⁵, Orlandino Gleizer⁶, Nathalie Fragoso e Gabriel Brezinski Rodrigues⁷.

Nesse contexto, buscou-se aprofundar as contribuições desenvolvidas pelos supramencionados autores no que tange ao perfil que a Defensoria Pública do Brasil possui para a realização de uma atuação

⁵ SCHÜNEMANN, Bernd. **As bases do processo penal transnacional**. In: Luís Greco (Coord.). **Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito**. São Paulo: Marcial Pons, 2013, p. 265-281. Neste texto Bernd Schünemann apresenta críticas a métodos e modelos de europeização do direito penal e processual penal, bem assim constrói propostas com o intuito de superá-las, assim, principalmente para o que interessa ao presente trabalho, o autor desenvolveu a formulação do Eurodefensor como uma solução processual de equilíbrio para o processo penal transnacional europeu, indicando que essa figura permite a um só tempo que os legítimos interesses do investigado/acusado possam “ser articulados já em um estágio inicial e, de outro, podem ser evidenciadas considerações fáticas inapropriadas por parte das autoridades persecutórias. O fato de os estados membros terem de agir em conjunto com o Eurodefensor, mas sem estarem vinculados a seus pontos de vista (o que está estabelecido é <<mediante consulta>> e não <<de acordo>>), não mina a efetividade de tal controle, já que a possibilidade de o arguido questionar tais decisões, em conformidade com o art. 3.1, garante que as autoridades persecutórias dos estados membros envolvidos levem a sério as potenciais objeções do Eurodefensor, de forma que qualquer abuso já poderá ser processualmente impedido”. Esse desenvolvimento formulado a propósito do processo penal transnacional europeu por Bernd Schünemann foi objeto de reflexão por Orlandino Gleizer que adaptou a ideia para o processo penal brasileiro, especialmente para aquelas medidas investigativas criminais ocultas, nas quais o afetado ainda não tem conhecimento ou mesmo para controle dos órgãos de segurança nas atividades de polícia e inteligência alheias ao controle judicial do processo penal, nas quais, tal qual o Eurodefensor no processo penal transnacional europeu, a Defensoria Pública no âmbito nacional poderá conter abusos. Nesse sentido, assumiria a função de realizar a proteção dos cidadãos contra a utilização ilegal ou desproporcional de dados daqueles, fazendo a análise de fundamentos. Assim, o órgão defensorial encarregado na estrutura organizacional “receberiam informações que não permitissem a individualização dos alvos, mas que garantissem a verificação da base fática que fundamentou o pedido de quebra de sigilo pelo órgão de segurança. Eles estariam, além disso, obrigados a manter sigilo absoluto sobre essas informações, mas seriam municiados com instrumentos jurídicos que permitissem a busca de tutela judicial imediata a um juízo com competência específica para essa matéria. Seria, a meu ver, um instrumento efetivo de proteção de dados e inédito no cenário internacional, digno de um país que, embora receba muitas críticas fundadas à sua forma de realizar justiça, foi capaz de criar um órgão público de defesa dos direitos fundamentais do qual tem motivos para se orgulhar” (GLEIZER, Orlandino. **A proteção de dados por duas portas nas intervenções informacionais. A declaração de inconstitucionalidade pelo Tribunal Federal Constitucional alemão de regras garantidoras de acesso estatal a dados constitutivos de serviço de telecomunicação (Bestandsdatenauskunft II)**. Revista de Estudos Criminais, Porto Alegre, v. 19, n. 79, p. 229, 2020).

⁶ *Ibid.*, p. 211-230; GLEIZER, Orlandino; MONTENEGRO, Lucas; VIANA, Eduardo. **O direito de proteção de dados no processo penal e na segurança pública**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Marcial Pons, 2021.

⁷ FRAGOSO, Nathalie; RODRIGUES, Gabriel Brezinski. **Protodefesa à brasileira: Contraditório e Ampla Defesa em Investigações Sigilosas**. Revista de Direito Público, Brasília, v. 18, n. 100, p. 581-605, out./dez. 2021.

ampla no plano da defesa do direito fundamental de proteção de dados pessoais na seara da segurança pública e persecução penal.

2 AS NOVAS ATRIBUIÇÕES DA DEFENSORIA PÚBLICA E O FORTALECIMENTO DO ÓRGÃO: MAIOR PROTEÇÃO JURÍDICA DO CIDADÃO E DA SOCIEDADE

O Constituinte originário foi “tímido” ao criar um órgão que teria a incumbência de defender prioritariamente cerca de 78% (setenta e oito por cento) da população brasileira segundo censo do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), atuando na seara criminal em regra frente ao Ministério Público e na seara cível perante advogados públicos e privados, grandes empresas, sem muni-lo no plano da *lex magna*.

O certo é que quando da promulgação da Constituição Federal de 1988, se conquistou o que podia ser conquistado, felizmente, mesmo sem a formatação desejada, a sua existência restou registrada.

A Instituição que presta assistência jurídica integral e gratuita foi apenas contemplada com disposições esparsas ao longo do texto da Constituição e com um artigo que trazia o seu perfil.

Não obstante, o legislador constituinte derivado brasileiro vem pagando essa dívida histórica com o seu povo, na medida em que expandiu as atribuições da Defensoria Pública, incumbindo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a promoção dos direitos humanos, assim como, garantiu-lhe autonomia funcional e administrativa e a iniciativa de sua proposta orçamentária, com isso, fortaleceu a instituição, nesse sentido, são as emendas constitucionais n.º 45/2004, 74/2013 e 80/2014.

No plano da legislação infraconstitucional, as mais diversas leis vêm sendo editadas conferindo novas atribuições ao órgão.

O art. 5º, II da **lei n.º 7.347, de 24 de julho de 1985**, redação dada pela Lei n.º 11.448, de 2007, conferiu legitimidade para Defensoria Pública propor Ação Civil Pública, sendo que essa disposição foi objeto da ADI 3943, proposta pela Associação Nacional dos Membros do Ministério Público (CONAMP), a qual o Supremo Tribunal Federal (STF) julgou improcedente, assim, considerando a natureza dúplice da ADI o julgamento de improcedência do pedido significou a declaração de constitucionalidade do enunciado normativo em destaque, confirmando a aludida legitimidade.

Já no plano da execução da pena, o art. 81-A e art. 81-B da **lei n.º 7.210, de 11 de julho de 1984, lei de Execução Penal**, incluído pela Lei n.º 12.313, de 2010, inseriu a Defensoria Pública como órgão da execução penal, incumbindo-lhe de velar pela regular execução da pena e da medida de segurança, oficiando, no processo executivo e nos incidentes da execução, para a defesa dos necessitados em todos os graus e instâncias, de forma individual e coletiva.

Também, observa-se no âmbito do Código de Processo Civil de 2015 (CPC/2015), a assunção pelo órgão de facetas de atuação bem amplas, destacando-se as previsões do:

- art. 138 (possibilidade de atuação como *amicus curiae* sob a perspectiva de levar ao órgão julgador a visão defensorial acerca do tema objeto da demanda);
- art. 139, X (a disposição destaca o ensejo do juiz que dirige o processo quando se deparar com diversas demandas individuais repetitivas, oficial a Defensoria Pública e, na medida do possível, outros legitimados a que se referem o art. 5º da Lei n.º 7.347, de 24 de julho de 1985, e o art. 82 da Lei n.º 8.078, de 11 de setembro de 1990, para, se for o caso, promover a propositura da ação coletiva respectiva);

- art. 185 (esta previsão consolida/confirma compreensão que já se tinha quanto a legitimação extraordinária da Defensoria Pública para, na tutela individual, atuar em favor das pessoas que componham grupos vulneráveis)⁸;
- art. 554, §1º (a disposição aponta que no caso de ação possessória em que figure no polo passivo grande número de pessoas, serão feitas a citação pessoal dos ocupantes que forem encontrados no local e a citação por edital dos demais, determinando-se, ainda, a intimação do Ministério Público e, se envolver pessoas em situação de hipossuficiência econômica, da Defensoria Pública);
- art. 565, §2º (no litígio coletivo pela posse de imóvel, quando o esbulho ou a turbacão afirmado na petição inicial houver ocorrido há mais de ano e dia, o juiz, antes de apreciar o pedido de concessão da medida liminar, deverá designar audiência de mediação, a realizar-se em até 30 (trinta) dias, que observará o disposto nos §§ 2º e 4º, ainda nessas ocasiões o Ministério Público será intimado para comparecer à audiência, e a Defensoria Pública será intimada sempre que houver parte beneficiária de gratuidade da justiça);
- art. 947, § 1º (este enunciado normativo trata da legitimidade da Defensoria Pública para propor a instauração de incidente de assunção de competência quando o julgamento do recurso, de remessa necessária ou de processo de competência originária envolver relevante questão de direito, com grande repercussão social, sem repetição em múltiplos processos);
- e art. 977, III (por esta disposição a Defensoria Pública possui legitimidade para, tal como o Ministério Público, requerer a instauração de incidente de resolução de demandas repetitivas).

Nesse cenário, no plano do processo civil, demonstra-se a entrega pelo legislador a Defensoria Pública de uma miríade de atribuições que se desenvolvem no mesmo contexto que as exercidas pelo Ministério Público, desse modo, claramente se reconhece a individualidade e visão distinta que cada órgão possui.

⁸ Cf. SILVA NETO, Arthur Corrêa da. **Legitimação extraordinária na tutela individual de pessoas que componham grupos sociais vulneráveis: a atuação da Defensoria Pública conforme o novo código de processo civil – CPC/2015.** In: Silva, Franklin Roger Alves. CPC/2015: Perspectiva da Defensoria Pública. Salvador: Ed. JusPodivm, 2018, p. 55-67.

No plano doutrinário, sob a perspectiva do processo penal Nathalie Fragoso e Gabriel Brezinski Rodrigues assinalam compreensão similar para defenderem a necessidade de participação da Defensoria Pública no âmbito do procedimento de uma medida cautelar sigilosa, pois entendem que “é imperioso questionar se o papel exercido pelo Ministério Público no atual sistema acusatório ainda coaduna com o lugar-comum teórico de que um mesmo ente pode ocupar o papel de acusador e de freio da persecução penal”⁹.

Fazem esse alerta a partir da atuação do órgão ministerial em diversos procedimentos sigilosos instados, iniciados, requeridos, modulados e executados pelo órgão que só não se efetivaram por ação de empresas privadas e das cortes superiores, como exemplo, citam o REsp 1.806.792/SP. Ademais, discorrem extensamente quanto a posição de parte do Ministério Público no processo penal¹⁰.

Quanto a nova regulação do mandado de injunção, o art. 12, IV, da lei n.º 13.300, de 23 de junho de 2016, estipula que o mandado de injunção coletivo pode ser promovido pela Defensoria Pública quando a tutela requerida for especialmente relevante para a promoção dos direitos humanos e a defesa dos direitos individuais e coletivos dos necessitados, na forma do inciso LXXIV do art. 5º da Constituição Federal de 1988.

Já no plano jurisprudencial, destaca-se o reconhecimento da legitimidade da Defensoria Pública para impetrar *habeas corpus* coletivo consoante entendimento da Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal (STF) no âmbito do julgamento do HC 143.641, no qual foi Relator

⁹ FRAGOSO, Nathalie; RODRIGUES, Gabriel Brezinski. **Protodefesa à brasileira: Contraditório e Ampla Defesa em Investigações Sigilosas**. Revista de Direito Público, Brasília, v. 18, n. 100, p. 581-605, out./dez. 2021.

¹⁰ Ibid., p. 591-595.

o Ministro Ricardo Lewandowski. Nessa oportunidade, a fim de assinalar a aludida legitimidade ativa da Instituição, aplicou-se por analogia a previsão do mencionado art. 12, da lei n.º 13.300/2016, bem como foi conferido naquele processo a legitimidade ativa da Defensoria Pública da União, por tratar-se de ação de abrangência nacional¹¹.

Ademais, esse julgamento se reverte de importância para as compreensões que se desenvolve no presente texto, haja vista que o resultado alcançado beneficiou, como não poderia deixar de ser, de maneira indistinta “todas as mulheres presas, gestantes, puérperas ou mães de crianças e deficientes, nos termos do art. 2º do ECA e da Convenção sobre Direitos das Pessoas com Deficiências (Decreto Legislativo 186/2008 e Lei 13.146/2015), relacionadas neste processo pelo DEPEN e outras autoridades estaduais”, além de estender de ofício, “às demais mulheres presas, gestantes, puérperas ou mães de crianças e de pessoas com deficiência, bem assim às adolescentes sujeitas a medidas socioeducativas em idêntica situação no território nacional”¹².

Assim, a ação assumida pela Defensoria Pública da União alcançou mulheres com e sem condições financeiras, nesse sentido, o que prevaleceu a fundamentar a atuação do órgão foi a promoção de direitos humanos¹³. Portanto, se é possível nesse contexto, entende-se seja possível em outros cenários, tais quais, a defesa do afetado (suspeitos ou insuspeitos) em investigações criminais sigilosas, bem assim em prol da

¹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, HC 143641/SP, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJ 24.10.2018, DJe-228, 26.10.2018, p. 7 do voto do relator.

¹² Ibid., p. 33, do voto do relator.

¹³ O Superior Tribunal de Justiça, ao analisar os requisitos legais para a atuação na tutela coletiva da Defensoria Pública, compreende de maneira ampla a expressão “necessitado” presente no texto constitucional, permitindo a atuação do órgão em relação aos necessitados jurídicos em geral, não apenas em favor dos hipossuficientes sob o prisma econômico, nesse sentido, cf. AgInt nos EDcl no REsp 1.529.933/CE, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, Primeira Turma, julgado em 20/5/2019, DJe 22/5/2019.

coletividade na fiscalização de sistemas de segurança pública que utilizam algoritmos trabalhando com inteligência artificial (sistemas de aprendizagem algorítmica) e *big data*.

Tem-se, também, no plano doutrinário a partir nomeadamente de Maurílio Casas¹⁴ o desenvolvimento da tese relativa a atuação da Defensoria Pública como *custos vulnerabilis*, ou seja, como guardião dos vulneráveis, pela qual a expressão pode ser utilizada para significar a missão da Instituição de proteger os direitos das pessoas vulneráveis ou em um segundo sentido de designar a intervenção da Defensoria Pública enquanto terceiro interessado no processo¹⁵.

Vale destacar, que a tese do *custos vulnerabilis* vem tendo adesão dos tribunais pátrios tanto no âmbito do processo civil¹⁶ como do processo penal¹⁷.

¹⁴ MAIA, Maurílio Casas. **Luigi Ferrajoli e o Estado Defensor enquanto magistratura postulante e Custos Vulnerabilis**. Revista Jurídica Consulex, Brasília, ano XVIII, vol. 425, p. 56-58, out. 2014. Aderindo a tese do *custos vulnerabilis* de BUENO, Cássio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil, vol. 1: teoria geral do direito processual civil: parte geral do código de processo civil**. 9ª edição. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, pág. 219.

¹⁵ GONÇALVES FILHO, Edilson Santana; ROCHA, Jorge Bheron; MAIA, Maurílio Casas. **Custos Vulnerabilis: A Defensoria Pública e o equilíbrio nas relações político-jurídicas dos vulneráveis**. Belo Horizonte: CEI, 2020, p. 69-70.

¹⁶ Cf. TJSP, Agravo de Instrumento 2007125-58.2018.8.26.0000, Rel. AroldoViotti, 11ª Câmara de Direito Público, j. 10/07/2018, Registro: 10/07/2018; TJRJ, Agravo de Instrumento 0054474-52.2019.8.19.0000, Rel. Des(a) Leila Maria Rodrigues Pinto de Carvalho e Albuquerque, 25ª Câmara Cível, j. 06/09/2019; TJRJ, Agravo de Instrumento 0024750-03.2019.8.19.0000, Rel. Des(a) Leila Maria Rodrigues Pinto de Carvalho e Albuquerque, 25ª Câmara Cível, j. 17/07/2019; TJPR, AI 1733658, Rel. Rosana Amara Girardi Fachin, 1ª C. Cível, unânime, j. 01/08/2018, Dje 10/08/2018; TJSC, AI 4006990-32.2019.8.24.0000, da Capital, Rel. Ricardo Fontes, 5ª Câmara de Direito Civil, unânime, j. 03/09/2019; TJRS, Agravo de Instrumento 70077799971, Rel. Paulo Sérgio Scarpato, 17ª C. Cível, j. 13/12/2018; TJRS, Agravo de Instrumento 70075759274, Rel. João Moreno Pomar, 18ª C. Cível, j. 23/11/2017; TJRS, Agravo de Instrumento 70075171165, Relatora Marlene Marlei de Souza, 18ª C. Cível, j. 27/02/2018; TJRS, Agravo de Instrumento 70077771384, Relator Eduardo João Lima Costa, 19ª C. Cível, j. 26/07/2018; TJMG, Agravo de Instrumento-Cv 1.0000.17.026350-3/003, Relatora Desembargadora Teresa Cristina da Cunha Peixoto, 8ª C. Cível, j. 11/11/2018; TJAM, Agravo de Instrumento 4002335-09.2018.8.04.0000, Rel. Paulo César Caminha e Lima, 1ª C. Cível, j. 11/03/2019; TJCE, Agravo de Instrumento 0625834-21.2017.8.06.0000, Relatora Lisete de Souza Gadelha, 1ª Câmara de Direito Público, j. 22/04/2019. Lista de acórdãos anotadas em *Ibid.*, p. 104-113.

¹⁷ TJCE, HC 0620464-61.2017.8.06.0000; TJCE, HC 0622563-67.2018.8.06.0000, Rel. Francisco Carneiro Lima, 1ª Câmara Criminal, j. 31/07/2018, registro 31/07/2018; TJAM, Revisão Criminal 4001877-

Outrossim, compreende-se como emblemática a decisão da Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça no julgamento do EDcl no REsp 1.712.163-SP, que conforme certidão de julgamento “por unanimidade, acolheu parcialmente os embargos, apenas para admitir a Defensoria Pública da União como *custos vulnerabilis*, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator”.

Como se observa, o legislador, os julgadores e a doutrina têm percebido a importância da atuação da Defensoria Pública nos mais diversos sistemas de garantia de direitos, a fim de, enquanto órgão que é expressão e instrumento do regime democrático, promover os direitos humanos, conferindo maior proteção jurídica ao cidadão e a sociedade.

3 DO DIREITO À PRIVACIDADE AO DIREITO À PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS: REPERCUSSÕES NA SEGURANÇA PÚBLICA E PERSECUÇÃO PENAL

O surgimento dos contornos modernos do direito à privacidade tem como referência histórica o artigo “*The right to privacy*” escrito por Samuel D. Warren e Louis D. Brandeis¹⁸, neste *paper* os autores declinam acerca de haver autonomia para caracterizar mais uma modalidade de direito que visa proteger a pessoa e assegurar ao indivíduo o que os articulistas destacam ter o juiz Cooley bem propriamente chamado de “direito de ser deixado só” ou em inglês “*the right to be let anole*”.

26.2017.8.04.0000, Rel. Des. Ernesto Anselmo, j. 08/03/2018, p. 39-46; TJAM, Ag. Reg. em Rev. Crim. 0003697-80.2019.8.04.0000, Rel. Des. Anselmo Chixaro, Câmaras Reunidas, j. 25/09/2019. Lista de acórdãos anotadas em *Ibid.*, p. 113-117.

¹⁸ WARREN, Samuel D.; BRANDEIS, Louis D. **The Right to Privacy**. *Harvard Law Review*, vol. 4, n. 5, pp. 193-220, Dec. 15, 1890. Disponível em: <<http://louisville.edu/law/library/special-collections/the-louis-d.-brandeis-collection/the-right-to-privacy>>. Acessado em: 03 nov. 2020.

No ensejo também compreendem que a lei existente não oferecia um princípio que pudesse ser apropriadamente invocado para proteger a privacidade do indivíduo, por exemplo, os erros e direitos correlatos reconhecidos pela lei da calúnia e difamação eram em sua natureza mais materiais do que espirituais, assim a lei não reconhecia nenhum princípio sobre o qual a compensação pudesse ser concedida por mero dano aos sentimentos.

Ressalte-se, que a preocupação ensejadora das reflexões dos autores se dava a partir do desbordo de limites que identificavam em relação a forma de se conduzir da imprensa que já a época fazia de situações da vida privada de pessoas, matérias lucrativas, inclusive, constituindo-se em uma verdadeira indústria. Nessa perspectiva avaliaram que tais intrusões na privacidade produziam dores e angustias mentais tão maiores do que mesmo lesões corporais.

Dessa constatação constituíram 6 (seis) regras gerais de limitação do direito à privacidade, sendo elas:

1. O direito à privacidade não proíbe a publicação de matéria de interesse público ou geral;
2. O direito à privacidade não proíbe a comunicação de qualquer assunto, embora pela sua natureza privada, quando a publicação se faça em circunstâncias que a tornem uma comunicação privilegiada de acordo com a lei da calúnia e difamação;
3. A lei provavelmente não concederia qualquer reparação pela invasão de privacidade por publicação oral na ausência de dano especial;
4. O direito à privacidade cessa com a publicação dos fatos pelo indivíduo ou com seu consentimento;
5. A verdade da matéria publicada não oferece defesa; e
6. A ausência de "malícia" no editor não oferece uma defesa.

Por fim, enunciam igualmente remédios a invasão do direito à privacidade, tais quais:

1. Ação de responsabilidade civil por danos em todos os casos; e
2. Previsão de tipificação penal para uma classe limitada de casos.

Acerca dos bastidores que motivaram a elaboração do texto, Danilo Donedo¹⁹ declina ter sido um relevante motivador para elaboração do artigo em comento uma matéria veiculada na imprensa que noticiava o casamento suntuoso da filha de Warren, destacando detalhes, sendo que tais minudências este não gostaria que fossem publicadas.

Essa ideia desenvolvida por Samuel D. Warren e Louis D. Brandeis, parte do fundamento de que o desenvolvimento da personalidade se estabelece no ambiente recluso, para então a personalidade se projetar no âmbito público.

É interessante que essa noção moderna de privacidade contrasta com a ideia presente na antiguidade em que o desenvolvimento da personalidade se dava no espaço público na Ágora²⁰, na praça pública. Outrossim, no período medieval não se conhecia daquele conceito, pois o convívio era coletivo. Segundo Stefano Rodotà são as revoluções burguesas que quebram essa lógica a partir da própria ideia de diferenciação das classes²¹.

¹⁹ DONEDO, Danilo. **Da privacidade à proteção de dados pessoais**: Fundamentos da lei geral de dados. São Paulo: Thomson Reuters Brasil Conteúdo e Tecnologia LTDA, 2ª edição revista e atualizada, 2020, Capítulo I Pessoa e privacidade na sociedade de informação, 1.4. A caminho da privacidade, 3. Raízes do perfil atual. Edição do Kindle, nota de rodapé 305.

²⁰ Disponível em: <<https://pt.wikipedia.org/wiki/%C3%81gora>>. Acesso: 11 ago. 2022.

²¹ Rodotà, Stefano. **A vida na sociedade de vigilância**: a privacidade hoje. Organização, seleção e apresentação de Maria Celina Bodin de Moraes. Tradução: Danilo Doneda e Luciana Cabral Doneda, Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 26-27.

Por isso, a ideia de privacidade se conectada a ideia de propriedade. O direito à privacidade com esse caráter moderno segundo Tércio Sampaio Ferraz “tem por conteúdo a faculdade de constringer os outros ao respeito e de resistir à violação do que lhe é próprio”²².

Nessa linha, a visão moderna de privacidade a compreende como um direito subjetivo que se exerce em oposição ao Estado e aos outros.

Não obstante essa anotação do conceito de privacidade como um “direito de ser deixado só”, tem-se que a essa definição a algum tempo foi agregado um novo sentido consentâneo com a sociedade em que vivesse, sendo estabelecido conforme Stefano Rodotà “o direito de manter o controle sobre as próprias informações”²³.

Tal perspectiva pode ser bem observada, inclusive, na análise da Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia, que reservou artigos próprios para destacar os respectivos conteúdos de forma autônoma como pode se verificar pela previsão do art. 7º, que dispõe “todas as pessoas têm direito ao respeito pela sua vida privada e familiar, pelo seu domicílio e pelas suas comunicações”; e o art. 8º, I, explicita que “todas as pessoas têm direito à proteção dos dados de caráter pessoal que lhes digam respeito”.

No mesmo sentido, agora, encontra-se o ordenamento jurídico brasileiro quando verifica-se na Constituição Federal de 1988, art. 5º, incisos X, “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material

²² FERRAZ JÚNIOR, T. S. **Sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado**. Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, [S. l.], v. 88, p. 439-459, 1993. Disponível em: <<https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67231>>. Acesso em: 27 set. 2021, p. 440.

²³ Rodotà, Stefano. **A vida na sociedade de vigilância: a privacidade hoje**. Organização, seleção e apresentação de Maria Celina Bodin de Moraes. Tradução: Danilo Doneda e Luciana Cabral Doneda, Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 92.

ou moral decorrente de sua violação”; XI, “a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial”; e XII, “é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal”²⁴ e após a emenda constitucional n.º 115/2022, sendo inserido o inc. LXXIX, pelo qual “é assegurado, nos termos da lei, o direito à proteção dos dados pessoais, inclusive nos meios digitais”.

Esse cenário, decorre do desenvolvimento tecnológico, pois a proteção a partir da compreensão do direito de ser deixado só, passou a ser insuficiente, na medida em que os dados do indivíduo independentemente do seu querer estão circulando, a internet impulsionou esse caminho.

Por outro lado, igualmente com o desenvolvimento computacional, os dados das pessoas, mesmo aqueles que se podia tomar como simples, por exemplo, a idade, permitem a realização de diversas inferências a fim de se traçar perfis e outras perspectivas em que a imaginação é o limite.

Outrossim, Stefano Rodotà, destaca uma distinção no que concerne a tutela que se realiza em relação as respectivas facetas do

²⁴ Acerca das disposições do art. 5º, incs. XI, XII e XIII, da Constituição Federal de 1988, já pude assinalar que “entende-se que a privacidade está diretamente relacionada com o sigilo bancário/fiscal, a inviolabilidade do domicílio e o sigilo das comunicações, de tal modo que, mesmo que não se positivassem tais expressões, todas já estariam compreendidas no conceito de vida privada”, cf. SILVA NETO, Arthur Corrêa da. **Tornozeira Eletrônica: análise comparada (Brasil x EUA x Portugal)** dos parâmetros e limites constitucionais da utilização da monitoração eletrônica. Curitiba: Juruá Editorial, 2021, p. 127.

desenvolvimento da personalidade, apontando que a alusiva ao direito à vida privada e familiar manifesta-se de forma estática e negativa, já a tutela referente a proteção de dados pessoais é dinâmica, na medida em que acompanha a circulação dos dados, concedendo poderes de intervenção ao titular do direito a partir de regras de tratamento destes dados²⁵.

Desse contexto, chega-se ao direito à autodeterminação informacional que também compõem a base do regime de proteção de dados²⁶, cujo reconhecimento é atribuído ao Tribunal Constitucional Federal

²⁵ Rodotà, Stefano. *Tra diritti fondamentali ed elasticità della normativa: il nuovo codice sulla privacy*. In: Europa e *Diritti Privato*, fasc. 1, p. 1-11, Milão: Giuffrè, 2004, p. 3.

²⁶ O termo Proteção de dados embora seja a alcunha mais conhecida, em verdade, não representa bem o sentido e alcance dos objetivos que se quer com esse direito, pois não se protege os dados, mas sim se faz a Proteção de indivíduos diante do tratamento (computacional) de dados. Sob o prisma da segurança pública e persecução penal Orlandino Gleizer, Lucas Montenegro e Eduardo Viana assinalam que a nomenclatura “direito fundamental à proteção de dados” pode fomentar dois equívocos, sendo eles “O primeiro equívoco – menos relevante – seria a suposição de haver um nível de proteção comum para toda espécie de dados, quando, na realidade, há *vários* direitos fundamentais conformando a proteção de dados pessoais em um regime geral de proteção da personalidade (sigilo de telecomunicações, sigilo posta, confidencialidade e integridade de sistemas informáticos, autodeterminação informacional etc.). [...] O segundo equívoco consistiria em supor que um regime de proteção de dados se inicia com um conjunto de normas e órgãos que o Estado tem de criar para que os dados pessoais sejam adequadamente protegidos, como sistemas de segurança de dados, exigências de relatórios de impacto e de análise de risco, agências controladoras etc”. (GLEIZER, Orlandino; MONTENEGRO, Lucas; VIANA, Eduardo. **O direito de proteção de dados no processo penal e na segurança pública**. 1 ed. Rio de Janeiro: Marcial Pons, 2021, p. 37-38). Dessa maneira, a fim de não recair em tais erros, assentam que a compreensão do termo proteção de dados deve ser a de agregador dos direitos fundamentais do campo da proteção da personalidade e o relativo a que o direito fundamental à proteção de dados tem aplicação imediata (art. 5º, § 1º, da Constituição Federal de 1988), ensejando como regra a abstenção do Estado, funcionando, portanto, como liberdade negativa. Diante do reconhecimento do direito fundamental à proteção de dados como direito de defesa, os mencionados autores assinalam “Essa moldura constitucional, portanto, impõe que todo o tratamento de dados esteja submetido ao denominado *princípio da proibição com reserva de permissão*”. Também, consignam que “O direito à autodeterminação informacional [...] esgota-se praticamente em sua função de defesa; exceção é feita ao dever de proteger os interesses do indivíduo em conhecer as medidas informacionais do Estado que afetem (esse e outros de) seus direitos fundamentais” (Ibid., p. 39-40). Para estudo acerca do regime jurídico dos direitos que possuem a feição de trincheiras de defesa do cidadão em face do Estado; Justiça Constitucional e repercussões da natureza jurídica do direito; dupla perspectiva dos direitos de defesa; relações jurídicas e direitos fundamentais; dimensão subjetiva e objetiva dos direitos fundamentais; eficácia horizontal ou externa e eficácia vertical ou interna dos direitos fundamentais; todos temas que interagem com a análise que se realiza cf. SILVA NETO, Arthur Corrêa da. **Tornozeleira Eletrônica: análise comparada (Brasil x EUA x Portugal) dos parâmetros e limites constitucionais da utilização da monitoração eletrônica**. Curitiba: Juruá Editorial, 2021, p. 109 a 116.

Alemão (doravante TCFA)²⁷, no âmbito do julgamento das reclamações constitucionais dirigidas diretamente contra a lei de recenseamento de pessoas, empregos, moradias e locais de trabalho (Lei do Recenseamento 1983) de 25 de março de 1982 (BGBl. I p. 369) - VZG 1983-^{28 29}.

Nessa oportunidade, o TCFA derivou o direito à autodeterminação informacional do direito geral à personalidade (Art. 2, Parágrafo 2º, da Lei Fundamental) e da proteção da dignidade humana (Art. 1, Parágrafo 1 da Lei Fundamental)³⁰.

O aludido direito consiste em o respectivo titular poder decidir acerca da disponibilidade e uso de seus dados pessoais³¹.

Já se tinha a compreensão quanto a constitucionalidade de recenseamento que observasse o anonimato (TCFA, decisão de 16 de julho de 1969 sobre a constitucionalidade de uma estatística representativa (BVerfGE 27, 1 microcenso), na medida em que de modo diferente o indivíduo pode ser privado da livre autodeterminação e tornar-se objeto de exercício externo de vontade e controle.

²⁷ A expressão “direito à autodeterminação informacional” não é uma criação do TCFA, como bem menciona Luis Greco “a síntese de um esforço conjunto doutrinário-jurisprudencial-legislativo que já se acumulava havia pelo menos duas décadas”, por isso mais apropriado é a palavra “reconheceu” como utilizada no texto. (GRECO, Luís. **Introdução**. In: WOLTER, Jünger. **O inviolável e o intocável no direito processual penal**: reflexões sobre a dignidade humana, proibições de prova, proteção de dados (e separação informacional de poderes) diante da persecução penal. Organização, introdução e tradução Luís Greco; tradução Alaor Leite, Eduardo Viana. 1ª edição. São Paulo: Marcial Pons, 2018, p. 46).

²⁸ Julgamento do Censo de 15 de dezembro de 1983 (*Volkszählungsurteil - BVerfG, Urteil des Ersten Senats vom 15. Dezember 1983 - 1 BvR 209/83*), p. 6/53 da íntegra do acórdão, Gründe/Razões, A, 1. Disponível em: <https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/1983/12/rs19831215_1bvr020983.html>. Acesso em: 12 ago. 2022.

²⁹ Para uma análise mais aprofundada do julgamento BVerfGE 65, 1, cf. SCHWABE, JÜRGEN. Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão. In: MARTINS, Leonardo (org. e intr.). Tradução Beatriz Hennig, Leonardo Martins, Mariana Bigelli de Carvalho, Tereza Maria de Castro e Vivianne Geraldes Ferreira. Montivideo: Konrad Adenauer – Stiftung E. V., 2005, p. 233-245.

³⁰ Ibid., II, 143, p. 32/53.

³¹ Ibid., II, 147, p. 33/53.

Mas, a novidade no debate decorreu dos avanços dos meios informáticos que, já à época, permitiam armazenamento indefinido e especialmente construir sistemas de informação integrados, a partir dos quais dados em tese antes tidos como neutros poderiam ser combinados com outras coletas de dados para formar um perfil de personalidade parcial ou em grande parte completo, sem que a pessoa em causa pudesse controlar adequadamente a sua correção e utilização. Dessa forma, as possibilidades de obter *insights* e interferir tinham sido ampliadas de forma até então desconhecidas, o que já seria capaz, inclusive, de influenciar o comportamento do indivíduo através da pressão psicológica quanto até mesmo a respectiva participação pública³².

Enfatizando essa perspectiva e preocupação, o TCEA, no supra-mencionado julgamento, item 146, destacou:

No entanto, a autodeterminação individual pressupõe - mesmo nas condições das modernas tecnologias de processamento da informação - que o indivíduo tenha liberdade para tomar decisões sobre as ações a serem tomadas ou não, incluindo a possibilidade de realmente se comportar de acordo com essa decisão. Qualquer pessoa que seja incapaz de verificar com suficiente certeza quais informações a seu respeito são conhecidas em certas áreas de seu ambiente social, e que não é capaz de avaliar razoavelmente o conhecimento de possíveis parceiros de comunicação, pode ser significativamente inibida em sua liberdade de planejar ou tomar decisões sobre si. Uma ordem social e uma ordem jurídica que a possibilite não seriam compatíveis com **o direito à autodeterminação informacional**, onde os cidadãos já não podem saber quem sabe o quê sobre eles, quando e em que ocasião. Qualquer pessoa que não tenha certeza se o comportamento desviante será observado a qualquer momento e armazenado permanentemente,

³² Ibid., II, 145, p. 32-33/53.

usado ou repassado como informação tentará não atrair atenção por meio de tal comportamento. Quem espera que a participação em uma reunião ou iniciativa de cidadania seja registrada oficialmente e que isso possa resultar em riscos, possivelmente deixará de exercer seus direitos fundamentais correspondentes (art. 8, 9 GG). Isso prejudicaria não apenas as oportunidades de desenvolvimento individual do indivíduo, mas também o bem comum³³.

Nesse sentido, consoante a passagem acima do texto do acórdão, percebe-se que o direito à autodeterminação informacional ganha uma dimensão objetiva de proteção de valores como cidadania, democracia e autoapresentação na esfera pública³⁴, transcendendo, portanto, a dimensão subjetiva da privacidade e da liberdade de expressão, cujos valores protegidos são a personalidade individual e a autonomia.

³³ Tradução feita pelo autor diretamente do acórdão do TCFA, assim como o grifo.

³⁴ Segundo Luís Greco a decisão do censo de 1983, foi predominantemente festejada, tendo a doutrina levado adiante a sua ideia, podendo se dizer que “Uma delas, que ecoa na terminologia de Wolter, e parece ter a sua origem em *Luhmann*, é a ideia de que autodeterminação informacional é como que próxima ao direito de imagem: é o direito da pessoa de se autoapresentar em sociedade, de se desvincular dos estereótipos construídos por terceiros, isto é, de forma heterônoma. A falta de uma proteção eficiente de dados é um perigo para esse direito: a pessoa acabará por ser enxergada apenas segundo uma imagem que foi pintada pelos outros, o eu verdadeiro ficará dissociado, alienado do eu social. É isso que está pressuposto quando Wolter faz uso do termo que traduzimos como autoapresentação (*Selbstdarstellung*).” (GRECO, Luís. **Introdução**. In: WOLTER, Jünger. **O inviolável e o intocável no direito processual penal**: reflexões sobre a dignidade humana, proibições de prova, proteção de dados (e separação informacional de poderes) diante da persecução penal. Organização, introdução e tradução Luís Greco; tradução Alaor Leite, Eduardo Viana. 1ª edição. São Paulo: Marcial Pons, 2018, p. 43-44). Nas palavras de Jünger Wolter, sob a perspectiva da persecução penal, este destaca “Elemento essencial do moderno *direito à autoapresentação, à comunicação e à autodeterminação (informacional)* repousa no fato de que constantemente os sujeitos se retiram das esferas secretas e privadas de caráter personalíssimo. Nesse tópico podem ser consideradas como violadoras do conteúdo de dignidade humana dos direitos fundamentais as seguintes condutas [...]: a obtenção secreta de amostra de voz; a provocação a autoincriminação; a produção de um completo perfil sobre a personalidade do sujeito; a anulação de seu direito ao contraditório, bem como a recusa a garantir direitos à assistência e à participação e também igualdade de chances em casos extremos de processos injustos; eventualmente, a proibição de fraude nos termos do § 136a StPO. O âmbito prévio do direito à autoapresentação, sob a forma do direito à autodeterminação informacional, deve ser assegurado por meio de *mecanismos processuais de proteção*”. (WOLTER, Jünger. **O inviolável e o intocável no direito processual penal**: reflexões sobre a dignidade humana, proibições de prova, proteção de dados (e separação informacional de poderes) diante da persecução penal. Organização, introdução e tradução Luís Greco; tradução Alaor Leite, Eduardo Viana. 1ª edição. São Paulo: Marcial Pons, 2018, p. 104-105).

Por fim, o direito à autodeterminação informacional trabalha com a preocupação de realização de inferências que os computadores podem produzir a partir de determinados dados, destacando-se a compreensão de que, como consta na aludida decisão do TCFA, não existem mais dados neutros, isto é importante ressaltar, que foi o entendimento já em 1983, assim, projetando-se para o desenvolvimento tecnológico atual, certamente se potencializa em razões exponenciais.

Nesse cenário, mister consignar, que a partir do mencionado direito, o sujeito titular do dado passa a ter o controle do fluxo dos respectivos dados, manifestando o consentimento para o tratamento, bem como podendo exigir que a finalidade do tratamento consentida seja respeitada, igualmente, pode-se desistir do consentimento manifestado, etc.

Malgrado, a observação acima, tem-se que a pessoa não possui um poder absoluto e ilimitado sobre “seus dados”. De acordo com o TCFA, o indivíduo é membro de uma comunidade intercomunicativa, de forma que seus dados pessoais são parte da realidade social, não sendo possível atribuir os dados apenas a uma pessoa determinada. São possíveis, assim, restrições ao direito à autodeterminação informacional dentro de uma comunidade.

De toda forma, eventuais restrições à autodeterminação informacional pelo Estado devem passar por uma séria de testes desenvolvidos pelo TCFA para proteção ao direito geral à personalidade contra intervenções estatais ilegítimas. Assim, é necessária uma base legal que especifique de forma clara os pressupostos e o alcance da restrição, de maneira facilmente reconhecível pelo cidadão, satisfazendo-se, assim, a exigência de clareza normativa (justificação formal).

Outrossim, a restrição deve passar pelo teste da proporcionalidade (justificação material). Por fim, eventual lei restritiva deve prever precauções para evitar violações ao direito da personalidade das pessoas afetadas.

Nesse sentido, o TCFA diferenciou entre dois tipos de tratamento de dados pessoais pelo Estado: o tratamento de dados de forma individual e não-anônima para realização de atividades administrativas, como para fins de tributação e de garantia de serviços sociais diversos; e o levantamento de dados pessoais para elaboração de estatísticas.

Quanto ao tratamento de dados pela Administração, o TCFA concluiu que, para que o Estado possa validamente exigir a entrega de dados pessoais, é dispensável que se especifique em lei a finalidade concreta da coleta, haja vista que dados pessoais “sensíveis” não seriam apenas aqueles que se referem a condutas íntimas do cidadão, na medida em que computadores modernos podem realizar tratamento de dados de maneira inimaginável, assim a proteção da personalidade, depende muito mais da forma de utilização do dado pelo Estado do que propriamente de seu conteúdo. Nessa senda, o TCFA afirmou expressamente que não há dado pessoal “trivial” devido a possibilidade de uso de técnicas modernas de informática.

Quanto ao tratamento de dados para fins estatísticos, o TCFA concluiu que não há necessidade de esse está vinculado a uma finalidade concreta e limitada por lei, tendo em vista, que os dados estatísticos podem e devem ser utilizados de maneira futura e imprevisível para a formulação de políticas públicas. Uma vinculação antecipada e concreta em lei seria, portanto, inviável. Ademais, de acordo com o TCFA, é da natureza da própria estatística que haja um levantamento e uma coleta amplos de dados. Logo, o TCFA concluiu que não se aplicam nem a

exigência de descrição de um fim concreto nem a proibição da coleta ampla de dados pessoais para levantamento de dados estatísticos.

Não obstante, mesmo o levantamento de dados para fins estatísticos também se submete a certas exigências, não sendo possível a coleta de qualquer tipo de informação, devendo se evitar uma obtenção de dados que levem a uma estigmatização do indivíduo (como dados sobre dependência de drogas, antecedentes criminais, comportamento antisocial). Para esse tipo de dado, deve o legislador buscar, primordialmente, uma coleta de dados anonimizada, e não por entrevistas pessoais com identificação dos titulares.

Também, como na fase de coleta de dados estatísticos é feita a identificação dos entrevistados, são necessárias regras para excluir a identificação e anonimizar os resultados. É obrigatório, assim, a manutenção de “segredo estatístico” sobre os dados até sua plena anonimização. Igualmente, a anonimização deve ocorrer o mais cedo possível, bem como deve-se tomar precauções contra a “desanonimização” dos dados. Por último, somente após tratamento estatístico, pode-se compartilhar os dados com outros órgãos da administração.

Conforme os argumentos desenvolvidos e a natureza eminentemente estatística da Lei, o TCFA declarou constitucional os §2, n.º 1 a 7 (Foi declarado inconstitucional o inciso 8 do §2º que tratava da coleta de dados sobre o proprietário do estabelecimento empresarial e dos funcionários deste, por haver meios menos invasivos para tal coleta) e §3, que tratavam dos dados que seriam coletados no censo, bem como o §5 que tratava da obrigação de prestar informações.

A compreensão de constitucionalidade dos respectivos dispositivos se deveu ao fato de que não haveria uma violação ao direito da personalidade ou à dignidade humana por se tratar apenas de um levantamento

de dados para fins estatísticos. Ademais, o TCFA argumentou que os dados que seriam coletados no censo não permitiriam uma reconstrução pelo Estado de uma imagem da personalidade dos entrevistados. Não haveria um registro ou um catálogo completo de personalidades individuais, que implicaria em um tratamento das pessoas como “objeto informacional”.

O TCFA também compreendeu que o diploma legal satisfazia a exigência de clareza normativa, havendo determinação do que seria objeto das entrevistas, e podendo se verificar, pelo contexto, o objetivo do legislador.

Finalmente, restou assentado pelo TCFA que a lei também era proporcional. Assim, a Lei era adequada para atingir a sua finalidade de obtenção de estatísticas confiáveis para o planejamento estatal. A Lei era também necessária, pois outras técnicas demográficas (levantamento parcial, levantamento por meio de amostras, ou censo facultativo) no estado atual da técnica não eram igualmente confiáveis como um levantamento total e obrigatório.

Por outro lado, a utilização de banco de dados já disponíveis, ou uma coleta anônima de dados (usando técnicas eleitorais, por exemplo) não teriam o mesmo grau de acerto que a opção legislativa de um levantamento total.

Por último, o TCFA declarou inconstitucional o §9 da Lei (com exceção do n.º 4), que possibilitava o compartilhamento dos dados entre os órgãos da administração sem prévia e total anonimização e tratamento estatístico (tal como a utilização dos dados para correção dos registros de residência, planejamento regional, proteção do meio ambiente etc.), mesmo com as cautelas tomadas pela Lei.

No Brasil, tal como na Alemanha, o STF reconheceu o direito à autodeterminação informacional a partir de julgamento envolvendo a realização de censo, nesse sentido é a ADI 6.387/DF³⁵, proposta pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, de relatoria da Ministra Rosa Weber. Tem-se, também que foram distribuídas por prevenção a ADI 6.387/DF, as ADIs 6.388, 6.389, 6.390 e 6.393, propostas, respectivamente, pelo Partido da Social Democracia Brasileira, pelo Partido Socialista Brasileiro, pelo Partido Socialismo e Liberdade e pelo Partido Comunista do Brasil.

Em linhas gerais, alegou-se a inconstitucionalidade do inteiro teor da Medida Provisória nº 954/2020, que dispunha

sobre o compartilhamento de dados por empresas de telecomunicações prestadoras de Serviço Telefônico Fixo Comutado e de Serviço Móvel Pessoal com a Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, para fins de suporte à produção estatística oficial durante a situação de emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus (covid-19), de que trata a Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020.

Nesse sentido, todo o conteúdo declinado nos mencionados julgamentos em relação ao direito à autodeterminação informacional na perspectiva do julgamento do censo pode ser transposto para o tratamento de dados no âmbito da persecução penal e segurança pública, inclusive, há previsão do mencionado direito como fundamento para a disciplina da proteção de dados nessa seara, conforme estabelece o art. 2º, inc. II, do anteprojeto da comissão de juristas.

³⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADIn 6387/DF, 0090566-08.2020.1.00.0000, Tribunal Pleno, Relª Rosa Weber, DJ 07.05.2020, publ. 12.11.2020.

Não obstante, mesmo diante do vácuo legislativo, desde logo, o direito fundamental à autodeterminação informacional pode ser aplicado, haja vista que integra o já positivado direito a proteção de dados, assim como, foi reconhecido pelo próprio STF.

Nesse sentido, embora se admita intervenções no aludido direito, haja vista não ser absoluto, deve-se garantir para tanto uma base legal que especifique de forma clara a intervenção, assim como lhe imponha limites materiais e procedimentais, de maneira facilmente reconhecível pelo cidadão, satisfazendo-se, assim, a exigência de clareza normativa (justificação formal), bem como que a restrição deve passar pelo teste da proporcionalidade (justificação material).

Nada obstante, mister declinar que mais do que nunca nesse campo do direito alusivo à segurança pública e persecução penal tal como indicado por Luís Greco, deve-se no Brasil levar mais a sério³⁶ a regra estabelecida na Constituição Federal de 1988, da reserva de lei, prevista no art. 5º, II, a qual dispõe “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.

Outrossim, algo que se afigura importantíssimo e é igualmente destacado por Luís Greco, agora em relação ao princípio da proporcionalidade, diz do fato que:

Apenas observo que o princípio de forma alguma autoriza intervenções no núcleo imponderável, nem tampouco se substitui à reserva de lei. Parece-me – impressão essa que, contudo, aqui não tenho como fundamentar de maneira adequada – que essas duas limitações foram sistematicamente desatendidas quando da recepção do princípio da proporcionalidade no

³⁶ Cf. GRECO, Luís. **Introdução**. In: WOLTER, Jünger. **O inviolável e o intocável no direito processual penal**: reflexões sobre a dignidade humana, proibições de prova, proteção de dados (e separação informacional de poderes) diante da persecução penal. Organização, introdução e tradução Luís Greco; tradução Alair Leite, Eduardo Viana. 1ª edição. São Paulo: Marcial Pons, 2018, p. 36 e 40-41.

direito brasileiro. Isso também está ligado, por óbvio, à ampla admissão de uma eficácia horizontal aos direitos fundamentais a que se procedeu no Brasil, o que tem por corolário reconhecer ao juiz um poder de criar, *sponte sua*, mas supostamente *ex constitutione*, deveres para particulares, desatendendo o disposto no art. 5º II CF³⁷ ³⁸.

Realizado o desenvolvimento necessário para a devida compreensão do direito fundamental à autodeterminação informacional, tem-se que o caso Marielle Franco interage com esse direito, além do que pode ilustrar de forma cristalina a possibilidade de atuação da Defensoria Pública como Instituição na defesa do afetado (suspeitos ou insuspeitos) em investigações criminais sigilosas, na medida em que o Inquérito deflagrado para apuração de possíveis autores do homicídio da Vereadora e seu motorista Anderson Gomes transcorreu em segredo de justiça. Dessa maneira, a um só tempo por meio desse caso emblemático da história recente brasileira se tratará duas temáticas que são objetos de estudo do presente texto.

O Ministério Público Fluminense no âmbito das investigações que envolvem o aludido caso requereu ao juízo da 4ª Vara Criminal da Comarca do Rio de Janeiro, a identificação dos IPs ou Device IDs que tenham se utilizado do Google Maps e/ou plataformas Waze no período compreendido entre 10/03/2018 e 14/03/2018, para realizar consulta do seguinte endereço de destino: Rua dos Inválidos, 122, ou Rua dos Inválidos, bem como os mesmos dados referentes a quem tenha se utilizado do Google Busca no período compreendido entre os mesmos dias, para

³⁷ Ibid., p. 48-49.

³⁸ Assinalando também problematização quanto a aplicação da eficácia horizontal dos direitos fundamentais no âmbito penal e acerca da construção do princípio da proporcionalidade em uma dimensão de “proteção insuficiente”, cf. SILVA NETO, Arthur Corrêa da. **Tornozeleira Eletrônica: análise comparada (Brasil x EUA x Portugal) dos parâmetros e limites constitucionais da utilização da monitoração eletrônica**. Curitiba: Juruá Editorial, 2021, p. 114-116.

realizar consultas dos seguintes parâmetros de pesquisa: Mariele Franco; Vereadora Mariele Franco; Agenda Vereadora Mariele; Casa das Pretas; Rua dos Inválidos, 122; ou Rua dos Inválidos. Na oportunidade, aquele juízo deferiu a medida autorizando a identificação.

Assim, o **Google Brasil Internet LTDA.** e o **Google LLC** impetraram mandado de segurança perante o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro contra a decisão do juízo da 4ª vara criminal, que autorizou a identificação, tendo o Tribunal denegado a ordem, desse modo, aquelas empresas recorreram ao STJ por meio de recurso em mandado de segurança o RMS 61.302-RJ, tendo a Terceira Seção do Tribunal da Cidadania por maioria, negado provimento ao recurso, nos termos do voto do Ministro Relator Rogério Schietti Cruz.

Não obstante, o processo não concluiu, haja vista que o **Google Brasil Internet LTDA.** e o **Google LLC** interpuseram recurso extraordinário no STF, que vai decidir se é possível, na persecução penal, a decretação judicial da quebra de sigilo de dados telemáticos de um conjunto não identificado de pessoas. O tema é debatido no Recurso Extraordinário 1.301.250, que teve repercussão geral reconhecida (Tema 1.148).

Como é fácil perceber, o aludido processo expressa duas empresas privadas defendendo interesses individuais de possíveis afetados investigados e coletivos da sociedade ao defenderem terceiros afetados insuspeitos.

Tal situação parece inusitada na medida em que a sociedade está a confiar a particular uma defesa de interesse alheio, se a empresa não resistisse a pretensão, o acesso no mencionado processo a volume de dados inquantificáveis (*fishing expedition*, traduzindo-se por “pesca probatória”) já teria acontecido.

Ademais, o tema sequer seria debatido em nível de precedente, logo, a prática ministerial e judicial que se apresentou nesse processo e que certamente vem acontecendo nesse vasto Brasil sequer estaria sendo objeto de reflexão, assim, se se chegar à conclusão ao final do processo que referida prática é inconstitucional, se estaria havendo violações a constituição sem questionamentos.

Por outro lado, mesmo após desvelada a medida quando do levantamento do sigilo das investigações, aos advogados de possíveis réus só restaria alegar nulidades de violações já concretizadas. Outrossim, aqueles que fizeram buscas envolvendo os parâmetros da pesquisa investigatória passariam a ser investigados por apenas estarem pesquisando na internet assunto do seu interesse, teriam talvez que constituir advogados ou acessarem a Defensoria Pública para lhes acompanharem a interrogatórios de averiguação da polícia ou Ministério Público apenas por estarem acessando um buscador da internet.

Os reflexos de medidas investigatórias como essa em larga escala em nível nacional são incalculáveis, minimamente trará o comedimento em relação a pesquisas de interesse pessoal que são totalmente legítimas.

Quanto a investigação no google maps e waze (geo-fencing) tem o condão de, a partir dela, gerar a condição de suspeito para alguém que digitou por qualquer motivo o endereço do parâmetro e não de revelar o interesse de uma pessoa de estar naquele local, portanto, abre-se caminho a diversas ilações e exposição da pessoa em razão de um mero acesso a um aplicativo.

Está ordem de ideias se conecta com o objeto dessa pesquisa, pois explicita a necessidade de diante do Estado Acusador, Estado Julgador, ter o Estado Defensor garantindo os interesses do indivíduo e da sociedade, não

sendo crível em algo dessa magnitude se confiar ao possível voluntarismo de um particular.

Por outro lado, buscas como a observada no caso Marielle Franco (os IPs ou Device Ids podem identificar o titular do aparelho) pelo efeito multiplicador que possuem, na medida em que a adoção de práticas similares em outros processos tem a séria possibilidade de gerar um Estado Vigilante – traçador de perfis das pessoas – em total afronta ao novel direito fundamental da proteção de dados e nomeadamente à autodeterminação informacional que busca prevenir a ofensa de valores de dimensão objetiva, tais quais a cidadania, democracia e autoapresentação na esfera pública, devem provocar a discussão quanto a presença do Estado Defensor em processos de investigações sigilosas com pedidos de acesso a dados, haja vista o necessário contraponto que deve existir nesses procedimentos.

Ademais, a constante sensação de vigilância que métodos investigatórios como o aqui mencionado ensejam não é compatível com o Estado Democrático de Direito, sendo este mais um ponto que atrai a atuação da Instituição Defensoria Pública enquanto órgão que o art. 134, da Constituição Federal de 1988, colocou “como expressão e instrumento do regime democrático”.

Destarte, deve constar no código de processo penal ou na seção IV, do capítulo III, do marco civil da internet (refere-se a esse diploma legislativo, pois os seus respectivos arts. 22 e 23, foram utilizados como fundamento no voto do Ministro Relator Rogério Schietti para justificar que nessa disposição não está presente a necessária individualização de pessoas para o deferimento judicial de requisição de dados pessoais armazenados por provedor de serviços de internet) a obrigatoriedade de manifestação da Defensoria Pública em procedimentos sigilosos envolvendo pedido de acesso a dados, seja de afetados já individualizados ou não, a fim de

aperfeiçoar o contraditório e a ampla defesa³⁹, além de fazer homenagem ao direito à proteção de dados.

No caso Marielle Franco, por exemplo, a manifestação do órgão defensorial poderia fazer o juízo da 4ª Vara Criminal da Comarca do Rio de Janeiro meditar quanto ao direito à privacidade, à autodeterminação informacional (direito agregado ao já positivado direito à proteção de dados) e quanto a necessária interpretação conforme à Constituição da previsão dos art. 22 e 23, do Marco Civil da Internet (lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014), **fazendo o alerta de todo o conteúdo desse direito e que já foi reconhecido pelo STF.**

Assim como o que consta no art. 2º, da Lei 13.709/2018 – Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) – e igualmente no art. 2º, II, do anteprojeto da LGPD Penal elaborado pela comissão de juristas e que o art. 11, caput, dispõe “o acesso de autoridades competentes a dados pessoais controlados por pessoas jurídicas de direito privado somente ocorrerá mediante previsão legal, **respeitados os princípios desta Lei.”** Outrosim, que o seu §2º, assinala que

Toda e qualquer requisição administrativa ou judicial indicará o fundamento legal de competência expressa para o acesso e a motivação concreta, incluindo sua adequação, necessidade e proporcionalidade, **sendo vedados pedidos que sejam genéricos ou inespecíficos.” (grifo nosso).**

Portanto, seria anotado que os arts. 22 e 23, do marco civil da internet na redação que possuem não cumprem o requisito exigido pelo direito fundamental à autodeterminação informacional de que, embora

³⁹ FRAGOSO, Nathalie; RODRIGUES, Gabriel Brezinski. **Protodefesa à brasileira: Contraditório e Ampla Defesa em Investigações Sigilosas.** Revista de Direito Público, Brasília, v. 18, n. 100, p. 581-605, out./dez. 2021, p. 600.

se admita intervenções no aludido direito, haja vista não ser absoluto, deve-se garantir para tanto uma base legal que especifique de forma clara a intervenção, assim como lhe imponha limites materiais e procedimentais, tal como está anotado no art. 2º, I, II e III, da lei n.º 9.296/96, lei de interceptação telefônica.

Vale ressaltar, que quando o STF for julgar o Recurso Extraordinário 1.301.250 terá que considerar a positivação do direito à proteção de dados inserida no art. 5º, LXXIX, da Constituição Federal de 1988, bem assim a respectiva natureza de direito de defesa dessa previsão, por conseguinte dela se extraindo a atitude geral de imposição de abstenção por parte do Estado, além da devida aplicação imediata do art. 5º, § 1º, da CF/88, logo mesmo ainda se carecendo da lei que trará as diretrizes para o tratamento de dados no âmbito da persecução penal e segurança pública (o anteprojeto da comissão de juristas suprirá essa omissão) e outras leis específicas dela decorrente, deverá haver a incidência de todo o seu conteúdo.

Nessa senda, constando na legislação a previsão da atuação da Defensoria Pública em investigações sigilosas quando houver requerimentos de acesso a dados, os ramos da Defensoria Pública da União, dos Estados e Distrito Federal deverão criar em suas estruturas Defensorias Públicas (órgãos de atuação) com atribuição para tal atividade, assim o magistrado que receber pedido no mencionado sentido intimará o órgão a se manifestar em prazo estipulado em lei. Vale anotar, que com os processos eletrônicos implantados, certamente não haverá dificuldade para o implemento dessa perspectiva.

Os órgãos defensoriais já possuem o dever de sigilo de maneira imanente, logo, não há que se cogitar de preocupações quanto a possíveis vazamentos e prejuízo de eficácia das diligências requeridas. Tem-

se, que essa inquietação é presente sob qualquer agente que conheça da medida sigilosa, mas quanto ao Defensor Público não há que se cogitar, pois não existe hierarquia entre os membros da Defensoria Pública, Ministério Público e Poder Judiciário, todas carreira de Estado, logo, se não se pensa de tal suspeita sobre os membros dessas instituições também quanto aos membros da Defensoria Pública isto não deve existir (art. 4º, § 7º, da LC 80/94, Lei Orgânica da Defensoria Pública, consigna “Aos membros da Defensoria Pública é garantido sentar-se no mesmo plano do Ministério Público” sinalizando a igualdade destacada).

O direito fundamental à autodeterminação informacional igualmente tem o condão de repercutir na segurança pública e servir de fundamento na atuação da Defensoria Pública nessa seara, exemplificando o aqui registrado, tem-se quanto a inconstitucionalidade da previsão do art. 10, IV, § 4º, da lei n.º 13.675/2018, lei que dentre outras providências institui o Sistema Único de Segurança Pública (SUSP).

O art. 10, IV, § 4º, da lei n.º 13.675/2018, dispõe que “A integração e a coordenação dos órgãos integrantes do Susp dar-se-ão nos limites das respectivas competências, por meio de: [...] IV - compartilhamento de informações, inclusive com o Sistema Brasileiro de Inteligência (Sisbin)”, e o § 4º, anota “O compartilhamento de informações será feito preferencialmente por meio eletrônico, com acesso recíproco aos bancos de dados, nos termos estabelecidos pelo Ministério Extraordinário da Segurança Pública.”.

Como se observa, o enunciado normativo em tela cria quase que um banco único de dados entre os órgãos de segurança pública e até mesmo de inteligência, delegando a regulação procedimental a um ato normativo infralegal do hoje Ministério da Justiça e Segurança Pública (MJSP).

Nessa medida, essa previsão legal afronta diretamente o direito à autodeterminação informacional, do qual, extrai-se a “separação informacional de poderes”.

O princípio da separação informacional de poderes para ser devidamente compreendido sob o prisma de seus reflexos na seara dos serviços de inteligência, segurança pública e persecução penal, faz-se necessário desenvolver em que consiste cada uma dessas atividades.

Nesse sentido, o pouco desenvolvimento legislativo, jurisprudencial e doutrinário desse campo, traduz alguma dificuldade no Brasil quanto ao entendimento do aludido princípio.

Todavia, no plano doutrinário Orlandino Gleizer e Luís Greco, a partir do diálogo entre o direito alemão e o brasileiro, vem trazendo luzes a aqueles meandros a fim de ensejar uma melhor compreensão da temática.

Nesse sentido, Luís Greco, traduzindo reflexos da decisão do censo assinala que “se o indivíduo tem um direito à autodeterminação informacional, isso significa que a atividade informacional do Estado referida a um indivíduo configura uma *intervenção informacional (Informations Eingriff)*, que necessita de um fundamento legal”⁴⁰.

Ademais, para o mencionado autor aquele julgamento, também assentou a separação entre obtenção de dados para fins estatísticos e administrativos, vinculando a utilização dos dados ao respectivo fim da obtenção, desse modo, faz interagir essa ideia de vinculação ao fim às

⁴⁰ Cf. GRECO, Luís. **Introdução**. In: WOLTER, Jünger. **O inviolável e o intocável no direito processual penal**: reflexões sobre a dignidade humana, proibições de prova, proteção de dados (e separação informacional de poderes) diante da persecução penal. Organização, introdução e tradução Luís Greco; tradução Alair Leite, Eduardo Viana. 1ª edição. São Paulo: Marcial Pons, 2018, p. 44.

atividades de inteligência, atividade de polícia preventiva e atividade repressiva, assim declinando:

A vinculação à finalidade, conjugada à separação entre inteligência, polícia e justiça, significa também que *é inadmissível uma base de dados comum a todos os órgãos estatais*. ‘Toda tentativa de enxergar a administração pública como uma unidade informacional é incompatível com uma proteção eficiente de dados’. Se saber é poder, o Estado não pode saber tudo, porque um Estado que tem conhecimentos ilimitados tem também um poder ilimitado. O direito de proteção de dados, que começa como direito subjetivo, mostra-se, ao menos em boa parte, como garantia institucional, relativa à própria estrutura da sociedade e do Estado. Nesse nível macro o direito se transforma em uma exigência de *separação informacional de poderes*, um dos temas centrais da obra de Wolter.⁴¹

Acerca das atividades de inteligência o art. 1º, § 2º, da lei n.º 9.883/1999, dispõe que

Para os efeitos de aplicação desta Lei, entende-se como inteligência a atividade que objetiva a obtenção, análise e disseminação de conhecimentos dentro e fora do território nacional sobre fatos e situações de imediata ou potencial influência sobre o processo decisório e a ação governamental e sobre a salvaguarda e a segurança da sociedade e do Estado⁴².

⁴¹ Ibid., p. 45.

⁴² Na medida cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.529/DF, o STF estabeleceu limites a atuação da Agência Brasileira de Inteligência (ABIN), deferindo parcialmente a medida cautelar para dar interpretação conforme o parágrafo único do art. 4º da lei n. 9.883/99, no sentido de que: a) os órgãos componentes do Sistema Brasileiro de Inteligência somente podem fornecer dados e conhecimentos específicos à ABIN quando comprovado o interesse público da medida, afastada qualquer possibilidade desses dados atenderem interesses pessoais ou privados; b) toda e qualquer solicitação de dados deverá ser devidamente motivada para eventual controle de legalidade pelo Poder Judiciário; c) mesmo quando presente o interesse público, os dados referentes às comunicações telefônicas ou dados sujeitos à reserva de jurisdição não podem ser compartilhados na forma do dispositivo legal, em razão daquela limitação, decorrente do necessário respeito aos direitos fundamentais; d) nas hipóteses cabíveis de fornecimento de informações e dados à ABIN é imprescindível procedimento formalmente

Para Orlandino Gleizer, Lucas Montenegro e Eduardo Viana as atividades de inteligência estão direcionadas a precaução, nesse sentido mencionam que:

*os serviços de inteligência prescindem de um ensejo para a sua atuação e exercem suas funções para além dos limites interventivos que caracterizam a proteção contra perigos para a segurança pública e o processo penal. A contraparte disso deve ser uma limitação dos meios de que dispõem os serviços de inteligência. Como sugerido pelo próprio termo “inteligência”, essa atividade se restringe a intervenções de caráter informacional e em geral não faz uso de medidas típicas das funções de segurança pública e processo penal.*⁴³(grifo dos autores).

Já no que tange a segurança pública Orlandino Gleizer, Lucas Montenegro e Eduardo Viana destacam:

*A função dos órgãos de segurança pública é a proteção contra perigos. Disso decorre uma orientação preponderantemente prospectiva. Busca-se evitar que danos a bens jurídicos ocorram ou que, ocorridos, se prolonguem no tempo. O sentido da atividade de segurança pública é, portanto, preventivo.*⁴⁴(grifo dos autores).

Por fim, quanto a persecução penal Orlandino Gleizer, Lucas Montenegro e Eduardo Viana assinalam:

A persecução penal está voltada para a confirmação de uma suspeita. É a suspeita que dá ensejo à atuação dos órgãos de persecução penal. A atividade desenvolve-se desde um ponto de vista retrospectivo; trata-se de

instaurado e a existência de sistemas eletrônicos de segurança e registro de acesso, inclusive para efeito de responsabilização, em caso de eventual omissão desvio ou abuso.

⁴³ GLEIZER, Orlandino; MONTENEGRO, Lucas; VIANA, Eduardo. **O direito de proteção de dados no processo penal e na segurança pública.** 1 ed. Rio de Janeiro: Marcial Pons, 2021, p. 54-55.

⁴⁴ Ibid., p. 53.

desvendar a ocorrência de um fato pretérito. As investigações são condicionadas por um interesse repressivo, ou seja, com elas, busca-se apurar uma infração penal e sua autoria, a fim de punir o autor por uma violação a bens jurídicos já ocorrida. [...] Órgãos de persecução penal não estão autorizados a iniciar investigações ou impor aos cidadãos medidas interventivas sem um ensejo específico, ou seja, sem que haja uma base fática que dê substância a uma suspeita.⁴⁵ (*grifo dos autores*).

Como se verifica a partir da finalidade de cada atividade pode surgir o interesse por uma dada informação, a qual poderá ser obtida desde que haja previsão legal específica, do mesmo modo, deve ser encarado o compartilhamento que é uma nova intervenção informacional a pessoa atingida, portanto, igualmente exige lei autorizativa lastreada em critério e requisitos.

Destarte, como se vê a aludida disposição do art. 10, IV, § 4º, da lei n.º 13.675/2018, não observa a lógica aqui delineada de compartimentação de atividades de inteligência, segurança pública e persecução penal consoante seus respectivos fins e, tão pouco, necessidade de justificação formal (lei específica e clara, limites materiais e procedimentais) e justificação material (princípio da proporcionalidade), logo, a mencionada disposição é inconstitucional.

Dessa maneira, a Defensoria Pública, enquanto órgão vocacionado a defesa ampla do direito fundamental à proteção de dados pessoais, pode representar as Instituições que são legitimadas a propor ADPF

⁴⁵ *Ibid.*, p. 52. Ainda retomando o caso Marielle Franco, percebe-se que os métodos investigativos pleiteados *geo-fencing* e *Fishing expedition* pelos órgãos de persecução penal atuantes naquele processo não observaram a compreensão exposta pelos autores, quanto a não impor aos cidadãos medidas interventivas sem um ensejo específico, ou seja, sem que haja uma base fática que dê substância a uma suspeita.

para que a proponham⁴⁶ e/ou também pode instar ao Congresso Nacional para que edite a LGPD Penal alterando os aludidos dispositivos para consignar que o compartilhamento de dados se dará nos termos previsto na LGPD Penal, tal como já consta no art. 45 e ss. da minuta de anteprojeto da comissão de juristas.

Em síntese, vale destacar, como acima se mencionou, que o princípio da separação informacional de poderes traz uma distinção que até então não era bem considerada no direito brasileiro relativa à diferença entre Segurança Pública e Persecução Penal. Essas atividades eram e são ainda comumente confundidas como se destinassem as mesmas finalidades, o que não é o caso, pois a persecução penal se dirige a uma ou algumas pessoas concretas, identificadas, que estão respondendo por um fato passado, já as atividades de segurança pública são desempenhadas para afastar perigos futuros e a formulação de políticas públicas também para o futuro no campo macro e não se dirigem a intervenções individuais contra pessoas por fatos passados.

Isso altera totalmente os pressupostos legais de intervenção, assim nas atividades de Segurança Pública o Estado deve saber mais, porque pode atuar menos concretamente contra dada pessoa. Já no plano da Persecução Penal, em que o Estado está autorizado a propor medidas cautelares pessoais bastantes interventivas de forma concreta e individualizada, o Estado deve poder saber menos, porque pode mais. Quem tudo sabe não deve poder tudo, e quem pode quase tudo, não pode saber de quase tudo. Essa é inclusive uma divisão fundante do direito alemão,

⁴⁶ A ação de controle de constitucionalidade a ser proposta é Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) e não Ação Direta de Inconstitucionalidade face o precedente estabelecido na ADI 4.163/SP convertida em ADPF.

e ela é respirada no anteprojeto da comissão de juristas cognominado de LGPD Penal⁴⁷.

Por outro lado, tem-se também o direito à garantia da confidencialidade e integridade dos sistemas informáticos que também compõem o direito fundamental à proteção de dados, cujo reconhecimento é igualmente atribuído ao TCFA, no âmbito do julgamento BVerfG, julgamento do Primeiro Senado de 27 de fevereiro de 2008, 1 BvR 370/07, parágrafo 1-333,⁴⁸.

No caso em tela o TCFA assinalou que:

200

No entanto, o direito à autodeterminação informacional não leva em conta plenamente as ameaças à personalidade que decorrem do fato de o indivíduo depender do uso de sistemas de tecnologia da informação para o desenvolvimento de sua personalidade e confiar dados pessoais ao sistema ou, inevitavelmente, fornece-o simplesmente através do seu uso. Um terceiro que acesse esse sistema pode obter um banco de dados potencialmente extremamente grande e significativo sem ter que depender de outras medidas de coleta e processamento de dados. Tal acesso, em seu peso para a personalidade do interessado, vai além da coleta individual de dados, contra a qual protege o direito à autodeterminação informativa,

201

d) [...] Tal como o direito à autodeterminação informativa, este direito baseia-se no artigo 2.º, n.º 1, em conjugação com o artigo 1.º, n.º 1, da Lei Básica; protege a esfera de vida pessoal e privada dos titulares de direitos fundamentais do acesso estatal no campo da tecnologia da informação.

[...]

⁴⁷ No mesmo sentido GRECO, Luís. **Introdução**. In: WOLTER, Jünger. **O inviolável e o intocável no direito processual penal**: reflexões sobre a dignidade humana, proibições de prova, proteção de dados (e separação informacional de poderes) diante da persecução penal. Organização, introdução e tradução Luís Greco; tradução Alaor Leite, Eduardo Viana. 1ª edição. São Paulo: Marcial Pons, 2018, p. 45.

⁴⁸ Disponível em: <https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2008/02/rs20080227_1bvr037007.html>. Acesso em: 21 jun. 2022.

203

O direito fundamental de garantir a integridade e confidencialidade dos sistemas informáticos, por outro lado, aplica-se se a autorização de a intervenção abranger sistemas que, por si só ou nas suas redes técnicas, possam conter dados pessoais do interessado em uma extensão e variedade que o acesso ao sistema permite obter uma visão de partes essenciais da vida de uma pessoa ou mesmo obter uma imagem significativa da personalidade. Tal possibilidade existe, por exemplo, ao acessar computadores pessoais, independentemente de serem instalados permanentemente ou operados móveis. Não apenas quando usado para fins particulares, mas também no caso de uso comercial, características ou preferências pessoais podem ser inferidas regularmente do comportamento de uso. A proteção específica dos direitos fundamentais estende-se também, por exemplo, aos telemóveis ou agendas eletrônicas que possuem uma vasta gama de funções e podem registar e armazenar uma grande variedade de dados pessoais.

204

bb) Protegido pelo direito fundamental de garantir a confidencialidade e integridade dos sistemas informáticos é, antes de mais, do interesse do utilizador que os dados gerados, tratados e armazenados por um sistema informático abrangido pelo âmbito de proteção permaneçam confidenciais. A violação desse direito fundamental também deve ser presumida se a integridade do sistema de tecnologia da informação protegido for comprometida pelo acesso ao sistema de forma que seus serviços, funções e conteúdos de memória possam ser utilizados por terceiros; então o obstáculo técnico decisivo para espionar, monitorar ou manipular o sistema foi superado (tradução nossa).

Pela passagem acima do julgamento do TCFA que reconheceu o direito à garantia da confidencialidade e integridade dos sistemas informáticos, restou anotado que houve a necessidade desse reconhecimento face o direito à autodeterminação informacional não compreender proteção ao utilizador de sistemas informáticos quanto

aos dados gerados, tratados e armazenados nos mencionados sistemas permanecerem confidenciais.

Outrossim, esclarecendo acerca do que versou o debate no TCFA Luís Greco e Orlandino Gleizer, anotam:

o estado alemão de Renânia do Norte-Vestfália inseriu, em sua Lei de Proteção à Constituição de 2006 [*Verfassungsschutzgesetz*] dispositivo que autorizaria a medida. A rigor, não se tratava aqui de processo penal, e sim de *direito dos serviços de inteligência*. No direito alemão, o Serviço de Proteção à Constituição realiza a atividade de inteligência estatal contra o extremismo político. O direito de inteligência, cuja finalidade é a *coleta de informações* em momento prévio à existência de perigos, é um ramo autônomo, que não se confunde com o processo penal. Fala-se em um imperativo de separação [*Trennungsgebot*]: perseguição e inteligência, direito processual penal (repressivo, fundado na suspeita) e o direito de inteligência (que se orienta pela precaução) não podem misturar-se, doutro modo, cair-se-ia na Gestapo.²⁴ A norma em questão não autorizava a infiltração online, portanto, com finalidade de busca de provas para o processo penal, mas para antecipar-se a crimes ainda não ocorridos.

Essa norma foi objeto, em 2008, da primeira decisão do BVerfG sobre a infiltração online.²⁵ Dentre outras coisas, a Corte declarou inconstitucional o dispositivo, criou um novo *direito fundamental à garantia da confiabilidade e integridade de sistemas informáticos*, derivando-o do direito geral de personalidade (Art. 2 Abs. 1 c/c Art. 1 Abs. 1 GG) e formulando os pressupostos materiais e procedimentais mínimos para a legitimidade da medida. Retornaremos a essa decisão fundamental logo em seguida (abaixo, 2.).

As exigências da corte serviram de base para a criação, em 2008, de norma autorizativa de infiltração online na Lei do Ofício Criminal Federal (Gesetz über das Bundeskriminalamt, BKA-Gesetz), uma lei de polícia preventiva, que não se aplica ao processo penal, de orientação repressiva.²⁶ Essa norma, então submetida a novo escrutínio da corte em 2016,²⁷ foi declarada parcialmente constitucional. Em 2017, o legislador criou norma autorizativa para a infiltração online como medida de investigação no processo penal (§

100b StPO). A constitucionalidade dessa norma, por sua vez, encontra-se atualmente submetida a nova avaliação do BVerfG. Enquanto essa decisão é aguardada, as únicas considerações da corte sobre a infiltração online são aquelas relativas ao âmbito do direito de inteligência e do direito de polícia.⁴⁹

No Brasil, essa decisão pode vir a ter especial interesse na medida em que o Ministério da Justiça abriu edital de licitação visando aquisição de software espião “pegasus”⁵⁰.

Ademais, o dia a dia forense vem demonstrando o surgimento de novos métodos investigatórios utilizadores de meios tecnológicos que tem sido pleiteados pelos órgãos de persecução penal, sendo exemplo, o debate estabelecido no REsp 1.802.792/SP⁵¹ no qual o STJ declarou ilegal determinação judicial que obrigava a operadora de telefonia a entregar uma segunda linha do terminal aos promotores do caso, possibilitando que estes se substituíssem ao investigado e realizasse controle total do terminal (SIM SWAPPING).

De igual maneira, apenas sob outro conteúdo, mas envolvendo busca de acesso a sistema informático é o RHC 99.735/SC, 6a Turma, rel. Laurita Vaz, j. em 27/11/2018 (espelhamento de whatsapp); AgRg no RHC 133.430/PE, rel. Nefi Cordeiro, 6a Turma, j. em 23/02/2021 (print de tela não autorizado) e HC 79.848/PE.

⁴⁹ GRECO, Luís; GLEIZER, Orlandino. **A infiltração online no processo penal** – Notícia sobre a experiência alemã. Rev. Bras. de Direito Processual Penal, Porto Alegre, v. 5, n. 3, p. 1483-1518, set./dez. 2019, p. 1490-1491.

⁵⁰ Matéria disponível em: < <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2021/05/19/senadores-pedem-ao-tcu-auditoria-sobre-compra-de-software-espiao-pelo-ministerio-da-justica>>. Acesso em: 28 jul. 2022.

⁵¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1806792/SP, 2019/0103023-2, 6ª T., Relª Min. Laurita Vaz, DJ 11.05.2021, DJe 25.05.2021.

Outra medida polêmica também, e que já vem sendo utilizada em 20 (vinte) unidades da federação e cogitado a respectiva implementação, é o uso da tecnologia do reconhecimento facial no âmbito da segurança pública.⁵²

Sem explicitar maiores questões de mérito a Defensoria Pública pode interagir nessa temática averiguando acerca de observância de lei autorizativa para intervenção restritiva no direito fundamental à proteção de dados, assim como, quanto a justificação material atinente ao princípio da proporcionalidade, pois, considerando a aplicação da tecnologia ter por base o objetivo de capturar foragidos e procurados da Justiça, sendo que até o dia 16 de junho de 2021, apenas 209 procurados tinham sido presos com o auxílio da tecnologia (o Banco Nacional de Mandados de Prisão possui cerca de 333,5 mil foragidos e procurados da Justiça), tem-se que os valores gastos são elevadíssimos para a realização do fim visado de maneira diminuta.

Há situações relacionadas também ao fato de que nenhum algoritmo desenvolvido até o momento, oferece 100% de precisão. Todos estão sujeitos a erros. No caso da população negra, as possibilidades de reconhecimentos falhos são ainda maiores.

Noutro norte, vale dizer que o anteprojeto da comissão de juristas regula as tecnologias de monitoramento e tratamento de dados de elevado risco (art. 42 e ss.), tal como é o caso do reconhecimento facial, desenhando diversos procedimentos e garantias para que a respectiva implementação, se for o caso, seja após pleno amadurecimento da decisão, bem como que tenha o devido acompanhamento na aplicação.

⁵² Matéria disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2021/07/sob-criticas-por-vies-racial-reconhecimento-facial-chega-a-20-estados.shtml?origin=folha>>. Acesso em: 28 set. 2021.

Situação também problemática são as autorizações judiciais para acesso as informações do banco de dados da Monitoração Eletrônica de Pessoas.

4 A DEFENSORIA PÚBLICA COMO INSTITUIÇÃO COM PERFIL PARA DEFESA AMPLA DO DIREITO FUNDAMENTAL A PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS DO TRATAMENTO REALIZADO POR AUTORIDADES COMPETENTES DE SEGURANÇA PÚBLICA E PERSECUÇÃO PENAL.

Tem-se debatido já a algum tempo acerca de quem é o destinatário final da atuação da Defensoria Pública, pois, pergunta-se: só os que demonstrem insuficiência de recurso, nos termos do art. 5º, inc. LXXIV, da Constituição Federal de 1988, é que são assistidos da Defensoria Pública?

Peremptoriamente pode-se com toda segurança afirmar que não, inclusive a atuação na seara do processo criminal de conhecimento quando nomeado para o ato e outras hipóteses de nomeação tal como a curadoria especial para pessoas com condições financeiras já demonstraria a relativização da resposta dada a supramencionada pergunta.

Também, mister destacar a inserção da Defensoria Pública como órgão de execução (art. 61, VIII c.c. art. 81-A e 81-B, da LEP) e que nessa condição lhe é permitido atuar em qualquer processo e pleitear direitos mesmo daqueles que possuam recursos financeiros. Tal, normalmente acontecerá nas ocasiões em que a Instituição verificar a assunção de um direito por um recluso sem o devido pedido, desse modo, considerando a vulnerabilidade do preso, bem como o fato de que as demandas na seara prisional/execucional são individuais de reflexo coletivo, a Instituição poderá atuar em qualquer processo mesmo aquele que tenha advogado.

A lei n.º 11.448/2007, a qual alterou a Lei da Ação Civil Pública alcançando a Defensoria Pública como legitimada ativa a propositura deste tipo de ação, é mais um diploma legal a permitir ao órgão beneficiar pessoas mesmo com condições financeiras, haja vista que o conceito nesse âmbito coletivo é de hipossuficiência/vulnerabilidade organizacional, além do que a letra da própria lei explicita que basta que o resultado da demanda possa beneficiar grupo de pessoas hipossuficientes (Art. 4º, VII, da LC n. 80/94), portanto, o conceito vai bem além de pessoa com dificuldade econômica.

Outrossim, a Lei Complementar n.º 132/2009, que alterou a LC n. 80/94, expande claramente a definição do destinatário final da atuação da Defensoria quando assinala no art. 4º, inc. X e XI, o que segue:

Art. 4º São funções institucionais da Defensoria Pública, dentre outras:
[...]

X – **promover a mais ampla defesa dos direitos fundamentais** dos necessitados, abrangendo seus direitos individuais, coletivos, sociais, econômicos, culturais e ambientais, **sendo admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela;** (Redação dada pela Lei Complementar n.º. 132, de 2009).

XI – **exercer a defesa dos interesses individuais e coletivos da criança e do adolescente**, do idoso, da pessoa portadora de necessidades especiais, da mulher vítima da violência doméstica e familiar e de outros grupos sociais vulneráveis que mereçam proteção especial do Estado; (Redação dada pela Lei Complementar n.º. 132, de 2009).

Não obstante, embora se reconheça ter havido evolução no que tange a expansão do conceito do destinatário final da atuação da Defensoria Pública, no contexto da alteração da Lei Orgânica da Defensoria Pública, esta ainda não contempla a dicção do art. 5º, inc. LXXIV, da Constituição Federal de 1988.

Diz-se isto, pois, como demonstraremos, este dispositivo confere atribuição mínima e preferencial ao órgão em favor de quem demonstre carência de recursos financeiros.

Atribuição mínima e preferencial no sentido de os destinatários da atuação da Defensoria Pública serem pessoas com insuficiência de recursos de forma mínima, mas sem dúvida em caráter preferencial, permitindo assim ao órgão atuação para pessoas que tenham condições financeiras, desde que verificada a condição de hipossuficiência jurídica ou interesse social (a situação alusiva a afetados que tenham contra si diligências investigativas ocultas relativas a obtenção de dados se enquadra perfeitamente nesse cenário).

Mencionada interpretação se extrai do próprio dispositivo, tendo em vista que não se vedou ao Estado a prestação de assistência jurídica a quem tenha condições financeiras, logo cabendo aqui a máxima pela qual se o legislador não vedou não cabe ao intérprete fazê-lo.

Esse entendimento ganha mais reforço quando se observa sua topografia no plano da Constituição Federal, qual seja, no Título dos direitos e garantias fundamentais e no capítulo dos direitos e deveres individuais e coletivos.

As disposições previstas neste Título nunca devem ser interpretadas para diminuir ou anular direitos, mas ao contrário deve ter o caráter de expandi-los, sendo isso que se propõe neste texto.

Neste sentido, não com a amplitude ora argumentada, mas já com uma perspectiva evolutiva do conceito do destinatário da atuação da Defensoria Pública, o Supremo Tribunal Federal na ADI 558/RJ, Tribunal Pleno, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 23/03/1993, julgou:

Certo, a própria Constituição da República giza o raio da atuação institucional da Defensoria Pública, incumbindo-a da orientação jurídica e da defesa, em todos os graus dos necessitados (art. 134).

Daí, contudo, não se segue a vedação de que o âmbito da assistência judiciária da Defensoria Pública se estenda ao patrocínio dos ‘direitos e interesses dos [...] coletivos dos necessitados’, a que aludi o art. 176, *caput*, da Constituição do Estado: é obvio que o serem (*sic*) direitos e interesses coletivos não afasta, por si só, que sejam necessitados os membros da respectiva coletividade.

[...]

A Constituição Federal, impõe sim, que os Estados prestem assistência judiciária aos necessitados. Daí decorre a atribuição mínima compulsória da Defensoria Pública. Não, porém o impedimento a que os seus serviços se estendam ao patrocínio de outras iniciativas processuais em que se vislumbre interesse social que justifique este subsídio estatal. (grifo nosso).

Estabilizado esse entendimento ampliativo de atuação da Defensoria Pública, cabe-nos também a realização de um paralelo com o texto do art. 5º, XXXVIII, da Constituição Federal de 1988, o qual define dentre outros aspectos a competência do Tribunal do Júri.

Interpretando o dispositivo em tela Fernando Capez, anota:

Na atual Carta Magna, é reconhecida a instituição do Júri com a organização que lhe der a lei, assegurado como princípios básicos: a plenitude de defesa, sigilo das votações, a soberania dos veredictos e a **competência mínima para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida**.

O Júri na atual Constituição encontra-se disciplinado no art. 5º, XXXVIII, inserido no capítulo dos direitos e garantias individuais.

Sua finalidade é a de ampliar o direito de defesa dos réus, funcionando como uma garantia individual dos acusados pela prática de crimes dolosos contra a vida e permite que, em lugar do juiz togado, preso a regras jurídicas, seja julgado pelos seus pares.

Como o direito e garantia individual, não pode ser suprimido nem por emenda constitucional, constituindo verdadeira cláusula pétrea (núcleo constitucional intangível). Tudo por força da limitação material explícita contida no art. 60, § 4º, da Constituição Federal.

[...]

A competência mínima para julgar os crimes dolosos contra a vida não impede que o legislador infraconstitucional a amplie para outros crimes.⁵³(grifo nosso).

Desse modo, observa-se que o aludido autor entende ser o preceito que trata da competência do Tribunal do Júri norma de competência mínima podendo ser ampliada por meio de lei, para além dos crimes dolosos contra a vida.

Isto acontece por ser norma de competência jurisdicional se inter-relacionando assim com as normas do art. 5º, XXXVII e LIII, do texto supremo, as quais fazem consignar no sistema jurídico brasileiro o princípio do juiz natural.

Portanto, só Lei Federal consoante previsão do art. 22, I, da *Magna Carta*, poderia realizar a supramencionada ampliação.

Logo, a criação de competência jurisdicional ao Tribunal do Júri por meio de lei no nosso ordenamento vem para atender ao princípio do juiz natural em razão do caráter geral e abstrato daquela afastando assim a casualidade, fenômeno que o princípio visa eliminar.

De outro norte, quando se trabalha quem seja o destinatário da atuação de um órgão criado no plano constitucional mais adequada é a exegese extraída pelas linhas constitucionais do dispositivo que o inaugura no ordenamento jurídico.

⁵³ CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 29ª ed. São Paulo: Saraiva, 2022, p. 792-793 e 795.

No caso da Defensoria Pública, esta foi criada no art. 134, *caput*, da Constituição Federal de 1988, no capítulo das funções essenciais à justiça, mas sendo remetido quem seria o destinatário de sua atuação ao art. 5º, LXXIV, do mesmo diploma legal.

Assim, desnecessário se faz lei para criar o destinatário da atuação da Defensoria Pública bastando para tanto a interpretação da disposição constitucional.

Neste diapasão, a expressão “necessitado” constante no referido art. 134 ganha o contorno de hipossuficiente jurídico, ou seja, qualquer pessoa com condições financeiras ou não, mas incapaz de postular o seu direito judicial ou extrajudicialmente de forma individual ou coletiva, sempre se ressalvando o caráter preferencial aos que comprovem insuficiências de recursos.

Essa flexibilidade de atuação se faz relevante em razão de existirem causas individuais que se revestem de importância social como são as demandas envolvendo presos, consumidores, afetados no seu direito à proteção de dados, entre outras, em que a ofensa ao direito de um indivíduo, se não for sanada, pode refletir na coletividade.

Nesse contexto, podendo o cidadão ser defendido pela Defensoria Pública haverá mais possibilidade do direito ser garantido, por conseguinte repercutindo em melhoria na entrega dos serviços para a sociedade.

Logo, observa-se que essa mudança de paradigma quanto ao destinatário final da atuação da Defensoria Pública, sendo aquela pessoa hipossuficiente jurídica nos termos acima alinhavados, ensejou em uma afirmação do que se propõe nossa democracia, ou seja, efetivação da igualdade substancial.

Portanto, igualdade é permitir o acesso de todos a defesa de seus direitos com o ensejo de se consubstanciar a verdadeira ordem jurídica justa, pois a mera existência de direitos, não permite a um país de chamar-se Estado Democrático tal como é circunscrito no preâmbulo da Constituição Cidadã de 1988.

Outrossim, Mauro Cappelletti e Bryant Garth destacam:

Interesses “difusos” são interesses fragmentados ou coletivos, tais como o direito ao ambiente saudável, ou à proteção do consumidor. O problema básico que eles apresentam – a razão de sua natureza difusa – é que, ou ninguém tem o direito à corrigir a lesão a um interesse coletivo, ou o prêmio para qualquer indivíduo buscar essa correção é pequeno demais para induzi-lo a tentar uma ação.⁵⁴

A última parte do texto deixa claro o que já se mencionou acerca de causas individuais com interesse social e a necessidade da atuação da Defensoria Pública nessas demandas, pois como Mauro Cappelletti e Bryant Garth bem colocam existem causas em que o prêmio para qualquer indivíduo buscar a correção é pequeno demais para induzi-lo a tentar uma ação.

Quando foi asseverada esta assertiva, se direcionava a temas de direito ambiental e do consumidor, porém a essência do entendimento é elucidativa e aplicável ao direito fundamental à proteção de dados, pois, igualmente a aqueles ramos do direito já destacados, as demandas individuais de tratamento de dados se revelam importantes para o todo, seja na perspectiva da cidadania ou da democracia.

⁵⁴ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor, 1988, p. 26.

Nesse passo, repisa-se, a Defensoria Pública será o instrumento de salvaguarda do direito daquelas pessoas em situação de hipossuficiência jurídica, tal como acontece com o afetado (suspeitos ou insuspeitos) em investigações criminais sigilosas, bem assim em prol da coletividade na fiscalização de sistemas de segurança pública que utilizam algoritmos trabalhando com inteligência artificial (sistemas de aprendizagem algorítmica) e *big data*, além de outras situações que sempre estão surgindo nesse plano do tratamento de dados pessoais.

CONCLUSÃO

O desenvolvimento do presente estudo possibilitou uma análise das novas atribuições da Defensoria Pública e do caminho percorrido de construção do direito à privacidade até o direito à proteção de dados pessoais e os respectivos reflexos desses direitos na seara da Segurança Pública e Persecução Penal, tendo se percebido um déficit institucional de defesa do indivíduo e da sociedade no que tange ao tratamento de dados pessoais realizado naqueles campos da vida.

Nesse contexto, como resultado dessa análise, verificou-se possuir a Defensoria Pública perfil para defesa ampla do direito fundamental à proteção de dados pessoais do tratamento realizado por autoridades competentes de Segurança Pública e Persecução Penal.

Após a promulgação da Constituição Federal de 1988, o constituinte derivado logrou robustecer o órgão com a concessão de autonomia funcional e administrativa e a iniciativa de sua proposta orçamentária, além do que expandiu as suas atribuições, incumbindo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a promoção dos direitos humanos.

Nesse ensejo, no plano infraconstitucional, teve-se o advento de inúmeras leis conferindo novas atribuições a Instituição, provocando uma necessária reinterpretação e repaginação do campo de atuação do órgão, tendo-se agregado ao exercício tradicional de representação individual processual de partes, a possibilidade da defesa de um interesse alheio em nome próprio (legitimidade extraordinária ou no plano da execução penal legitimação social) na tutela individual ou coletiva.

Sob os mesmos auspícios seguiu a jurisprudência solidificando a posição legislativa e a doutrina que além de estabilizar as conquistas legislativas e jurisprudenciais, tem indicado novos direcionamentos de atuação do órgão visando fortalecer os sistemas de garantias de direitos que tem a atuação da Instituição, nesse desiderato dentre outros aspectos decorreu este trabalho.

Por outro lado, se no que toca a defesa do direito à privacidade, seus contornos e conteúdo em âmbito nacional estão mais ou menos delineados, o novel direito fundamental à proteção de dados pessoais inserido por meio da emenda constitucional n.º 115/2022, está com o debate plenamente aberto.

Outrossim, potencializa-se essa abertura de construção dos contornos e conteúdo do direito à proteção de dados quando se pensa a sua aplicação nas searas da Segurança Pública e Persecução Penal, haja vista existir até mesmo vácuo legislativo nesse âmbito, pois o art. 4º, III, “a” e “d”, da lei n.º 13.709, de 14 de agosto de 2018, Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), anota que a LGPD não se aplica aquelas temáticas. Não obstante, há anteprojeto elaborado por comissão de juristas plenamente apto a ser debatido no Congresso Nacional e posteriormente votado.

Tem-se, nesse sentido, uma janela de oportunidade quanto a ser propositivo, sendo essa perspectiva também trabalhada neste texto.

Dessa forma, de maneira específica no contexto de investigações sigilosas nas quais haja requerimento de diligências que envolvam o acesso a dados pessoais de suspeitos ou insuspeitos, entende-se que se deve criar na legislação, no código de processo penal, revogando-se a disposição do art. 22 e 23 do marco civil da internet, a necessidade de manifestação da Defensoria Pública, no prazo de 5 (cinco) dias, quanto a observância do pleito em relação ao direito à proteção de dados.

Igualmente, vislumbra-se oportuno acrescentar capítulo na futura LGPD Penal relativo a Defensoria Pública de maneira a ampliar no próprio campo normativo a função que já consta no anteprojeto da comissão de juristas no art. 29, § 2º, para a Instituição.

Possibilitar uma maior participação do Órgão na LGPD Penal que será votada no Congresso Nacional garantirá aos cidadãos e a sociedade que aquela lei observará o necessário equilíbrio na busca pela maior eficiência da prevenção do crime e o aprimoramento dos meios de esclarecimento dos fatos delituosos com a contenção dessas ferramentas para que não haja invasão nas esferas dos direitos à privacidade e do novel direito fundamental à proteção de dados pessoais.

Outrossim, a não observância de controle do braço criminal estatal em sentido amplo, nessa seara tão sensível, possui o condão de gerar um Estado Vigilante com feições totalitárias ou também chamado Estado Georgeliano, afetando, portanto, diretamente o valor democracia, que a Instituição Defensoria Pública como expressão e instrumento do regime democrático visa proteger.

Por fim, se compreendeu que a Defensoria Pública do Brasil possui perfil normativo, estrutural e finalístico para defender o cidadão e a sociedade de forma ampla quanto ao hígido tratamento de dados pessoais no âmbito da Segurança Pública e Persecução Penal.

REFERÊNCIAS

- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.529/DF. Relator: Min. Alexandre de Moraes. Data da Liminar 16/12/2019. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/verImpressao.asp?imprimir=true&incidente=5814977>>. Acesso em: 27 set. 2021.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal (plenário). Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.163/SP convertida em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Relator Min. Cezar Peluso. DJ 29/02/2012. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3451439>>. Acesso em: 27 set. 2021.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 143641/SP, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJ 24.10.2018, DJe-228 26.10.2018.
- BRASIL. Superior Tribunal Justiça. AgInt nos EDcl no REsp 1.529.933/CE, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, Primeira Turma, julgado em 20/5/2019, DJe 22/5/2019.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADIn 6387/DF, 0090566-08.2020.1.00.0000, Tribunal Pleno, Relª Rosa Weber, DJ 07.05.2020, publ. 12.11.2020.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1806792/SP, 2019/0103023-2, 6ª T., Relª Min. Laurita Vaz, DJ 11.05.2021, DJe 25.05.2021.
- BUENO, Cássio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil, vol. 1: teoria geral do direito processual civil: parte geral do código de processo civil.** 9ª edição. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.
- CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal.** 29ª ed. São Paulo: Saraiva, 2022.
- CAPPELETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça.** Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.
- DONEDO, Danilo. **Da privacidade à proteção de dados pessoais:** Fundamentos da lei geral de dados. São Paulo: Thomson Reuters Brasil Conteúdo e Tecnologia LTDA, 2ª edição revista e atualizada, 2020. Edição do Kindle.
- FERRAZ JÚNIOR, T. S. **Sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado.** Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, [S. l.], v. 88, p. 439-459, 1993. Disponível em: <<https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67231>>. Acesso em: 27 set. 2021, p. 440.

- FRAGOSO, Nathalie; RODRIGUES, Gabriel Brezinski. **Protodefesa à brasileira: Contraditório e Ampla Defesa em Investigações Sigilosas**. Revista de Direito Público, Brasília, v. 18, n. 100, p. 581-605, out./dez. 2021.
- GLEIZER, Orlandino. **A proteção de dados por duas portas nas intervenções informacionais. A declaração de inconstitucionalidade pelo Tribunal Federal Constitucional alemão de regras garantidoras de acesso estatal a dados constitutivos de serviço de telecomunicação (Bestandsdatenauskunft II)**. Revista de Estudos Criminais, Porto Alegre, v. 19, n. 79, 2020.
- GLEIZER, Orlandino; MONTENEGRO, Lucas; VIANA, Eduardo. **O direito de proteção de dados no processo penal e na segurança pública**. 1 ed. Rio de Janeiro: Marcial Pons, 2021.
- GONÇALVES FILHO, Edilson Santana; ROCHA, Jorge Bheron; MAIA, Maurílio Casas. **Custos Vulnerabilis: A Defensoria Pública e o equilíbrio nas relações político-jurídicas dos vulneráveis**. Belo Horizonte: CEI, 2020.
- GRECO, Luís. **Introdução**. In: WOLTER, Jünger. **O inviolável e o intocável no direito processual penal**: reflexões sobre a dignidade humana, proibições de prova, proteção de dados (e separação informacional de poderes) diante da persecução penal. Organização, introdução e tradução Luís Greco; tradução Alaor Leite, Eduardo Viana. 1ª edição. São Paulo: Marcial Pons, 2018.
- GRECO, Luís; GLEIZER, Orlandino. **A infiltração online no processo penal** – Notícia sobre a experiência alemã. Rev. Bras. de Direito Processual Penal, Porto Alegre, v. 5, n. 3, p. 1483-1518, set./dez. 2019.
- HOFFMANN-RIEM, Wolfgang. **Teoria Geral do Direito Digital**. Forense. Edição do Kindle.
- MAIA, Maurílio Casas. **Luigi Ferrajoli e o Estado Defensor enquanto magistratura postulante e Custos Vulnerabilis**. Revista Jurídica Consulex, Brasília, Ano XVIII, v. 425, p. 56-58, out. 2014.
- SCHÜNEMANN, Bernd. **As bases do processo penal transnacional**. In: GRECO, Luís (Coord.). **Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito**. São Paulo: Marcial Pons, 2013.
- SCHWABE, JÜRGEN. **Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão**. In: MARTINS, Leonardo (org. e intr.). Tradução Beatriz Hennig,

Leonardo Martins, Mariana Bigelli de Carvalho, Tereza Maria de Castro e Vivianne Galdes Ferreira. Montivideo: Konrad Adenauer – Stiftung E. V., 2005.

SILVA NETO, Arthur Corrêa da. **Legitimação Extraordinária na Tutela Individual da Criança e do Adolescente.** *Revista Jurídica Consulex*, Brasília, ano XIV, n.º 327, p. 54-56, set. 2010a.

SILVA NETO, Arthur Corrêa da. **Legitimação Extraordinária na Tutela Individual da Criança e do Adolescente – A atuação da Defensoria Pública.** Tese aprovada. In: XXIII Congresso Associação Brasileira de Magistrados, Promotores de Justiça e Defensores Públicos da Infância e Juventude, 2010b, Brasília. Disponível em: http://www.abmp.org.br/biblioteca/teses_e_experiencias/legitimacao_extraordinaria_na_tutela_individual_da_crianca_e_do_adolescente__a_atuacao_da_defensoria_publica.html. Acesso em: 20 out. 2013.

SILVA NETO, Arthur Corrêa da. **Legitimação Extraordinária na Tutela Individual da Criança e do Adolescente – A atuação da Defensoria Pública.** Tese aprovada. In: 1º Congresso Nacional de Defensores Públicos da Infância e Juventude, 2010, São Paulo: Anais, São Paulo: Defensoria Pública do Estado de São Paulo, 2010c, p. 62-67.

SILVA NETO, Arthur Corrêa da. **Legitimação extraordinária na tutela individual de pessoas que compõem grupos sociais vulneráveis: a atuação da Defensoria Pública conforme o novo código de processo civil – CPC/2015.** In: Silva, Franklyn Roger Alves (Org.). **CPC/2015: Perspectiva da Defensoria Pública.** Salvador: JusPodivm, 2018.

SILVA NETO, Arthur Corrêa da. **Tornozeleira Eletrônica:** análise comparada (Brasil x EUA x Portugal) dos parâmetros e limites constitucionais da utilização da monitoração eletrônica. Curitiba: Jurua Editorial, 2021.

Rodotà, Stefano. **A vida na sociedade de vigilância:** a privacidade hoje. Organização, seleção e apresentação de Maria Celina Bodin de Moraes. Tradução: Danilo Doneda e Luciana Cabral Doneda, Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

Rodotà, Stefano. **Tra diritti fondamentali ed elasticità della normativa: il nuovo codice sulla privacy.** In: Europa e Diritti Privato, fasc. 1, p. 1-11, Milão: Giuffrè, 2004.

WARREN, Samuel D.; BRANDEIS, Louis D. **The Right to Privacy.** *Harvard Law Review*, v. 4, n.º 5, p. 193-220, dec. 15, 1890. Disponível em: <<http://louisville.edu/law/library/special-collections/the-louis-d.-brandeis-collection/the-right-to-privacy>>. Acesso em: 03 nov. 2020.

WOLTER, Jünger. **O inviolável e o intocável no direito processual penal**: reflexões sobre a dignidade humana, proibições de prova, proteção de dados (e separação informacional de poderes) diante da persecução penal. Organização, introdução e tradução Luís Greco; tradução Alaor Leite, Eduardo Viana. 1ª edição. São Paulo: Marcial Pons, 2018.

2

A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA PORTUGUESA NA CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS PODE FAZER USO DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS RELATIVOS AO EXERCÍCIO DE PODERES PÚBLICOS?

*Arthur de Souza Bastos*¹

*Ricardo Oliveira da Silva Júnior*²

INTRODUÇÃO

O presente trabalho busca esclarecer se a Administração Pública na efetivação dos direitos fundamentais pode recorrer aos contratos administrativos relativos ao exercício de poderes públicos. Dessa forma, o presente estudo abrangerá de forma introdutória e com escopo de responder tal questionamento algumas mudanças que têm acontecido no âmbito do Direito Administrativo, baseadas em novas demandas práticas que tem surgido, assim como, o modo utilizado pela Administração na concretização dos direitos fundamentais, estabelecendo a relação entre os direitos de liberdade e de concorrência, com o instituto dos contratos administrativos.

¹ Doutorando em Direito Público pela Universidade de Coimbra (2018-2023). Mestre em Ciências Jurídico-Políticas com menção em Direito Constitucional pela Universidade de Coimbra. Graduado em Direito pela Universidade Federal de Goiás. Advogado (OAB/GO 47.759). Assessor Jurídico do Município de Silvânia/GO. Professor Adjunto do curso de Direito e Gestão Pública do Centro Universitário UniAraguaia.

² Doutorando em Direito Civil pela Universidade de Coimbra (2017-2022). Mestre em Direito do Trabalho pela Universidade de Coimbra. Especialista em Direito do Trabalho pelo Centro Universitário Internacional-Uninter. Graduado em Direito pelo Centro Universitário de João Pessoa-Unipe. Advogado (OAB/GO 61.101). Professor Adjunto dos cursos de Direito do Centro Universitário UniAraguaia e da Faculdade Estácio de Sá/Goiás. Parecerista da Revista Civilística.

Estabelecida a primeira relação, serão observadas em seguida, algumas especificidades relativas a admissibilidade dos contratos sobre o exercício do poder público em Portugal, abarcando a compreensão inicial que o instituto possuía, a forma como foi inserido no ordenamento jurídico, consoante as primeiras disposições normativas advindas do Código de Procedimento Administrativo e da forma como o Código de Contratos Públicos rege essa modalidade de contratos.

Em um terceiro momento, a preocupação é em superar alguns argumentos negativos à aceitação dos contratos sobre o exercício de poderes públicos. As dificuldades encontradas são fundamentadas em princípios da atividade administrativa, nomeadamente ao princípio da irrenunciabilidade e inalienabilidade das competências da Administração Pública, princípio da igualdade e imparcialidade da Administração Pública, princípio da proporcionalidade; e como último ponto de interesse, são apontadas determinadas complexidades sobre os contratos obrigacionais.

Ao final, é concedida atenção especial ao regime jurídico vigente, que é aplicável aos contratos sobre o exercício de poderes públicos. São feitas considerações a respeito do sistema consagrado no CCP, assim como, apontamentos de algumas críticas as disposições do CCP e são colocadas algumas sugestões de alterações que poderiam ser enriquecedoras e pertinentes para a construção de um regime que atenda os contratos em apreciação.

1. BREVES NOTAS RELATIVAS A CONCRETIZAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS E AS ATIVIDADES DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

É notório que a Administração Pública tem passado por mudanças e entre os principais aspectos que são alvo de novas exigências, está a

atenção a novos interesses públicos, como as demandas relacionadas ao meio ambiente, direitos humanos, energia, dentre outros. Dessa forma, os mecanismos tradicionais utilizados administrativamente não têm conseguido atender completamente as novas necessidades, sendo considerado a existência de um novo direito administrativo, que se relaciona em vários aspectos com os correntes aspectos do direito público. Na atualidade, é preponderante a necessidade de se atuar conforme os requisitos de eficácia e definição do melhor conteúdo nas decisões, optando por critérios de eficiência, de atenção das consequências das atitudes tomadas e da sustentabilidade³.

Nesse sentido, relaciona-se, também, com as atividades da administração a efetivação, manutenção e prossecução dos direitos fundamentais como fator preponderante. Deve ser ressaltado que tais direitos realizam a defesa dos cidadãos em relação aos poderes públicos de duas formas, a primeira insere-se no âmbito jurídico-objetivo, constituindo normas de atuação negativa para tais poderes, ou seja, é vedado que sejam feitas interferências no que diz respeito a individualidade jurídica de cada qual; por outro lado, há uma aplicabilidade jurídico-subjetiva, que se relaciona as liberdades, as quais estão embutidas o exercício positivo de direitos fundamentais (liberdade positiva) e a via da liberdade negativa, que requer a omissão do poder público para que não aconteçam lesões às partes⁴. Nesse sentido, quando se trata das empresas que desenvolvem serviços de interesse econômico de amplitude geral, estas devem estar submetidas as regulações públicas que

³ SILVA, Suzana Tavares da, *Um novo Direito Administrativo?*, Coimbra, Imprensa da Universidade de Coimbra, 2010. p. 11-12.

⁴ CANOTILHO, J.J. Gomes, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7.ª edição, 15.ª Reimpressão, Coimbra, Almedina. 2003. p. 408.

estabelecem as normas que envolvem as suas atividades, pretendendo assegurar a concorrência e também a efetividade de direitos sociais que são dependentes de tais atividades⁵.

Consoante tal exposição, observa-se que a Constituição da República Portuguesa – CRP, estabelece no artigo 18.º o regime dos direitos, liberdades e garantias, vinculando-os as entidades públicas, estabelecendo que estas devem respeitar e satisfazer os direitos fundamentais. Estende-se tal regra ao Estado quando atua na forma de sujeito de direito privado⁶.

Dentro destes preceitos de realização de atividades por parte do Estado, está também o conteúdo pertinente à liberdade de iniciativa econômica privada, resguardada na CRP como um direito fundamental, que se aplica no sentido do indivíduo exercer o direito de criar uma empresa, de realizar um investimento; quanto a um direito institucional de organizar, gerir e realizar as atividades da empresa. Contudo, ambas podem ser alvo de limites e restrições, como por exemplo, a condição de que aquela empresa venha a desempenhar uma atividade que tenha interesse geral e que atenda a requisitos, como por exemplo, a defesa do ambiente, da utilização racional de recursos naturais (artigos 66.º e 93º, n.º 1, d) da CRP)⁷.

Ademais, nesse sentido de efetivação da liberdade de iniciativa econômica privada e da sua relação com direitos e obrigações consagrados no texto constitucional, há ainda que ser feita uma análise conforme a constituição econômica da União Europeia, se preocupando com as

⁵ CANOTILHO, J.J. Gomes, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Ob. Cit., p. 353.

⁶ CANOTILHO, J. J. Gomes, MOREIRA, Vital, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Volume I. 4ª edição revista, Coimbra, Coimbra Editora. 2007. p. 383.384.

⁷ CANOTILHO, J. J. Gomes, MOREIRA, Vital, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Ob. Cit., p. 789-791.

normas direcionadas às liberdades fundamentais – liberdade de circulação de capitais, liberdade de estabelecimento em todo o território comunitário – ; e, das normas de concorrência. Sobre o conteúdo das liberdades, o direito comunitário prevê expressamente restrições baseadas nas regras de não discriminação, ou seja, evitar que os particulares, ou empresários sejam vistos de forma igualitária nas relações que venham ou pretendam realizar no âmbito europeu⁸.

Por sua vez, o princípio da concorrência é assumido pelos Estados e possui relação direta com o princípio constitucional da eficiência dos mercados, no que tange a liberdade de que sejam constituídas empresas. Assim, é necessário atentar-se ao artigo 119.º, n.º 1, do TFUE que institui o princípio de uma economia de mercado aberto e de livre concorrência, assim como, no artigo 101.º e seguintes e 107.º seguintes do TFUE, são estabelecidas regras concorrenciais⁹. As normas relativas a concorrência são parâmetros que permitem a liberdade econômica, propiciam maior acesso dos atuantes no mercado, bem como, buscam eliminar fatores restritivos. Nesse sentido, a liberdade econômica pode também contar com os ditames advindos de entidades de regulação pública, instituídas pelo Estado, na forma de autoridades administrativas independentes e que atuam intervindo nas atividades das empresas para suprir falhas do mercado, situações de monopólio e verificação do interesse econômico geral¹⁰.

Portanto, o princípio da concorrência possui uma acepção de proteção ao interesse público financeiro, que deve ser estendida à uma

⁸ CANOTILHO, J. J. Gomes, MOREIRA, Vital, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Ob. Cit., p. 792.

⁹ MIRANDA, Jorge, MEDEIROS, Rui, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I, 2.ª edição, Coimbra, Coimbra Editora. 2010. p. 1188.

¹⁰ CANOTILHO, J. J. Gomes, MOREIRA, Vital, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Ob. Cit., p. 796.

concepção de ferramenta que torna possível a participação em situações de concorrência, o que requer novas soluções legislativas no sentido de permitir a participação dos interessados¹¹.

Para operacionalizar e tornar mais perceptível as normas relativas ao princípio da concorrência no âmbito das atividades administrativas, o legislador português, consagrou tal princípio na criação do Código de Contratos Públicos - CCP, ao circunscrever o âmbito de aplicação do regime de contratação pública vigente. Dessa forma, além das disposições advindas dos tratados, entende-se que foi feita uma transposição crítica das Diretivas n.º 2004/18/CE e 2004/17/CE¹².

Ademais, acompanhando as mudanças existentes na efetivação dos direitos fundamentais e de instrumentos que a Administração Pública faz uso na prossecução dos interesses públicos, é necessária atenção ao fato de que no final do século XX, vários sistemas de administração executiva na Europa, passaram a admitir a figura dos contratos entre a administração e os particulares, indo além de situações que envolviam construções e infraestruturas, mas se estendendo a áreas que envolviam poderes de autoridade, gerenciamento e comando, passando assim, a configuração de uma realidade onde nem todas as responsabilidades e atribuições são do Estado, uma vez que, passa a existir em diversas situações o compartilhamento de atribuições entre o público e o privado¹³.

¹¹ GONÇALVES, Pedro Costa. *Direito dos Contratos Públicos*. Vol. 1, 2.ª edição, Coimbra, Almedina. 2018. p. 334.

¹² MEDEIROS, Rui. "Âmbito do novo regime de contratação pública à luz do princípio da concorrência", in: *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 69, Braga, Cejur. 2008. p. 3

¹³ CORREIA, Jorge Alves, "O valor *a priori* da Ideia do Contrato no Direito Público: do Contratualismo Constitucional ao Contratualismo Administrativo", in: *Revista de Direito Público*, Ano VII, n.º 14 - julho/dezembro de 2015. Lisboa. p. 28.

É o que aconteceu com a prestação de serviços públicos, os quais durante muito tempo, só podiam ser desenvolvidos por entidades públicas, contudo, hoje, há empresas que prestam serviços públicos. Isso se deu em razão da liberação dos serviços públicos que ocasionou à sua “*empresarialização*”, já que aconteceu o desenvolvimento das empresas públicas. Contudo, o que importa aqui é ressaltar que as empresas do setor privado podem ser incumbidas de realizar tarefas de interesse público, uma vez que sejam estabelecidas concessões de serviços públicos, ou seja, o poder público pode deixar de ele mesmo realizar certas tarefas, não sendo mais um estado empresário, para ser um estado que regula e supervisiona as empresas privadas. Importa ressaltar que as empresas de setor privado, continuam a ser de direito privado, mas estarão enquadradas em um regime de controle público¹⁴.

A regulação passa a ser uma das formas do Estado continuar a fazer suas intervenções em áreas que são essenciais para o desenvolvimento econômico, como aconteceu com áreas que deixaram de terem serviços prestados por empresas públicas. O direito da regulação, implementou um conjunto de institutos jurídicos inovadores (contratos de regulação, tarifas reguladoras, supervisão); surgimento das autoridades reguladoras; e, além de outras mudanças que se deram no direito administrativo, a citar os contratos públicos de parcerias público-privadas¹⁵.

Dessas mudanças realizadas um instrumento que recebe muita força e necessidade de estudo doutrinário são os contratos administrativos, que se tornam uma inovação no âmbito da Administração Pública, uma vez que é a principal ferramenta na definição dos interesses

¹⁴ CANOTILHO, J. J. Gomes, MOREIRA, Vital, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Ob. Cit., p. 986.

¹⁵ SILVA, Suzana Tavares da, Ob. Cit., p. 44.

públicos e privados. Deve ser destacado que os contratos assumem um papel importante no direito administrativo haja vista que a instituição de políticas por esta via, permitem que os objetivos das medidas tomadas, sejam mais bem controlados, tendo consequências no âmbito dos recursos financeiros do Estado¹⁶.

Sobre isto, Jorge Alves Correia esclarece que está se dando um *ne-contratualismo administrativo*, que na atualidade é um dos itens mais recentes no percurso da admissibilidade do contrato na atuação pública, no qual, hoje, o seu conteúdo é resolvido entre a Administração e o particular que entrará em negociação no andamento de um procedimento administrativo¹⁷. Em Portugal o CCP consiste em um importante instrumento, que exprime as disciplinas referentes aos contratos administrativos e consagra a visão de que este é um instrumento de colaboração entre Estado e a sociedade na prossecução do melhor interesse público e no que tange as privatizações¹⁸.

No que diz respeito especificamente aos contratos administrativos sobre o exercício de poderes públicos, como será abordado à frente, sua inserção no ordenamento jurídico português exigiu atenção da doutrina e demandou estudos que objetivassem responder aos questionamentos e dificuldades que foram constatados em relação a sua conformidade com o sistema jurídico vigente. Ademais, adianta-se que inicialmente tal matéria foi vista com resistência, sendo mais recentes os estudos que contribuíram para que fossem ultrapassadas as barreiras de conformidade e os princípios da atividade administrativa chegando na

¹⁶ SILVA, Suzana Tavares da, Ob. Cit., p. 60.

¹⁷ CORREIA, Jorge André. Contrato e Poder Público Administrativo - em especial, os "novos" contratos com objecto passível de regulamento administrativo. in: *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor J.J. Gomes Canotilho*, Vol. IV, Coimbra, 2012, p. 198.

¹⁸ SILVA, Suzana Tavares da, Ob. Cit., p. 62.

admissibilidade de tais contratos, conforme as disposições normativas atuais.

Ressalta-se que o legislador tem realizado inúmeras assertivas no sentido de permitir que o ordenamento jurídico administrativo venha a resolver por meio de contrato conteúdos de poder administrativo, ou seja, aqueles de matéria decisória e regulamentar. Podem ser enumeradas algumas situações exemplificadoras: i) em sede de concessão de benefícios fiscais no artigo 37.º da Lei Geral Tributária e artigo 41.º do Estatuto dos Benefícios Fiscais e Decreto-Lei n.º 250/2009, de 23 de setembro; ii) sobre o controle prévio de operações urbanística dos artigos 24.º, n.º 2, al. b) e 5, 25.º, n.ºs 1,3,4 e 6 do Regime Jurídico da Urbanização e Edificação; iii) de expropriação por utilidade pública, artigos 33.º a 37.º do Código das Expropriações; iv) do planeamento urbanístico, conforme artigos 6.º-A e 6.º-B do Regime Jurídico dos Instrumentos de Gestão Territorial; v) da reabilitação urbana, nos artigos 16.º e 26.º do Regime Jurídico da Reabilitação Urbana; da proteção do meio ambiente consoante artigos 35.º da Lei de Bases do Ambiente, 17.º, n.º4, do Decreto-Lei n.º 352/90, de 9 de Novembro, e 78.º, n.º 3, do Decreto-Lei n.º 236/98, de 1 de fevereiro¹⁹. Podem ser citados ainda situações em que os contratos sobre o exercício de poderes públicos em que são tratados acordos com regulamento de Direito Constitucional e de processo penal²⁰.

Portanto, constata-se que inúmeras atividades desempenhadas pela Administração Pública estão sendo atribuídas por meio de

¹⁹ CORREIA, Jorge André. "Contrato e Poder Público Administrativo - em especial,..." Ob. Cit., p. 200-201.

²⁰ PORTOCARRERO, Marta, *Contratos sobre o exercício de poderes públicos, transação e arbitragem – Ensaio sobre a disponibilidade e indisponibilidade do poder administrativo*. Porto. Universidade Católica do Porto. 2015. p. 61.

contratos públicas, atendendo a uma nova realidade que advém do conteúdo da CRP, das mudanças trazidas pelo direito da União Europeia, bem como da necessidade de resolver novos problemas que o Direito Administrativo veio a ter. Assim, cientes da admissibilidade dos contratos sobre o exercício de poderes públicos e das tarefas aos quais estes podem ser instrumento de efetivação de direitos, é necessário dedicar especial atenção a sua configuração e enquadramento jurídico em Portugal.

2. OS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS SOBRE PODERES PÚBLICOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO PORTUGUÊS

Ao realizar o estudo dos contratos administrativos, percebe-se as discussões relativas à admissibilidade dos contratos sobre poderes públicos, que anteriormente, eram tratados pela doutrina consoante a seguinte designação: “contrato com objeto passível de ato administrativo”²¹. Tais contratos são compreendidos como aqueles que se ocupam do desenvolvimento de poderes públicos, uma vez que, por meio destes é feita a previsão do modo de execução dos poderes referidos, assim como, por fixarem as consequências jurídicas públicas²².

Os debates concernentes a este tipo de contratos, muito embora assentes em estudos doutrinários, veio a ser alvo de discussões, principalmente, em razão da sua materialização expressa na legislação, via de regra, em leis que regem os procedimentos administrativos, portanto, estão associadas a circunstâncias de formação do ato administrativo.

²¹ Tal nomenclatura consta no artigo 185.º, n.º 3, a) do Código de Procedimento Administrativo. Decreto-Lei n.º 442/91, alterado e republicado pelo Decreto-Lei n.º 6/96 de 31 de janeiro.

²² CALVÃO, Filipa Urbano, “Contratos sobre o exercício de poderes públicos”, in: *Estudos de Contratação Pública – I. Org.* Pedro Gonçalves, Coimbra, Coimbra Editora. 2008. p. 327-328.

Justifica-se tal afirmação, no fato de que nesse tipo de situação, o contrato sobre o exercício de poderes públicos consistir em uma forma de conclusão do procedimento que não o ato administrativo e, em outros, é a formalização de um procedimento que seria realizado por meio de um ato administrativo. Dessa forma, compreende-se que esse tipo de contrato evidencia uma outra via que não a realização de um ato administrativo, ou resulta em uma forma de ajuste um ato administrativo, se dando em situações que a Administração, exerceria um poder público unilateral²³.

Essa modalidade de contrato foi prevista expressamente no recente CCP²⁴ que entrou em vigor em 2008. Contudo, mesmo que o contrato sobre poderes públicos esteja previsto no CCP, sendo visto como uma novidade legislativa em Portugal, é perspicaz discurrir sobre as discussões relativas à sua admissibilidade no ordenamento jurídico português e algumas notas sobre o direito estrangeiro quanto a sua aceitação, para que, oportunamente, seja realizada a análise de alguns questionamentos atuais sobre tais contratos no âmbito do Direito Administrativo e do seu regime prático.

Ressalta-se que o primeiro aspecto em comum entre os ordenamentos jurídicos consiste na discussão da possibilidade de o poder administrativo vir a ser negociado e contratualizado. Nesse sentido, Marcelo Rebelo de Sousa, em obra anterior a entrada em vigor do atual CCP, comenta que o Estado social teve como consequência a generalização do contrato administrativo em âmbitos que seriam restritos ao ato

²³ GONÇALVES, Pedro, *O Contrato Administrativo: uma instituição do Direito Administrativo do nosso tempo*. Reimpressão da 1.ª Edição de janeiro de 2003, Coimbra, Almedina, 2004. p. 76.

²⁴ Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de janeiro, alterado e republicado pelo Decreto-Lei n.º 111-B/2017, de 31 de agosto.

administrativo, tendo sido recusado expressamente pela doutrina alemã e italiana, e de forma implícita no cenário francês, sendo necessário saber se a administração poderia escolher celebrar um contrato ao invés de um ato administrativo nos casos em que tivesse habilitação específica ou se seria uma vertente de atuação com base em uma disposição genérica²⁵.

A negativa inicial, fundamentada no dogma do Estado soberano, a eventual dúvida quanto a consideração de uma alienação dos poderes administrativos e o choque com alguns princípios da atividade administrativa, como por exemplo imparcialidade, igualdade e transparência, veio a ser substituída pela aceitação destes contratos na década de 1970, como foi o caso alemão. Ressalta-se que em alguns ordenamentos, tais dúvidas ainda não foram supridas²⁶.

Na Alemanha, o primeiro passo que se deu foi o reconhecimento jurisprudencial de tais contratos na área do urbanismo, que se deu em 1966, e, posteriormente, a Lei do Procedimento Administrativo, que entrou em vigor em 1976, passou a prever que a autoridade administrativa está autorizada a contratar administrativamente com aquele que seria destinatário de um ato administrativo, sendo possíveis, os contratos administrativos de subordinação. O mesmo veio a acontecer na Itália²⁷, Espanha²⁸ e, como já afirmado, em Portugal também. Na Inglaterra não há consenso sobre o problema, mas existem importantes considerações

²⁵ REBELO DE SOUSA, Marcelo. SALGADO DE MATOS, André, *Direito Administrativo Geral*, Tomo III – *Actividade Administrativa*, Lisboa, Dom Quixote, 2007. p. 286.

²⁶ KIRKBY, Mark Bobela-Mota, *Contratos sobre o Exercício de Poderes Públicos: o exercício contratualizado do poder administrativo de decisão unilateral*, 1.ª Edição, Coimbra Editora, 2011. p. 185.

²⁷ Artigo 11.º, n.º 1, da Lei n.º 241, de 7 de agosto de 1990 – *Nueve Norme sul procedimento amministrativo*, alterada pela Lei n.º 15/2005, de 11 de fevereiro de 1990.

²⁸ Artigo 88.º, n.º 1, da Lei n.º 30/1992, de 26 de novembro – *Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*.

de que devem ser validados e reconhecidos poderes para a Administração atue como contratante, sendo flexibilizado o regime contratual em favor da mesma²⁹.

Em Portugal, deve ser considerado que a versão original do Código de Procedimento Administrativo - CPA, em seu artigo 179.º estabelecia que os órgãos administrativos poderiam, mediante o objetivo de realizar as atribuições que lhe são próprias, celebrar contratos administrativos, contudo, a exceção se daria caso houvesse alguma outra disposição legal específica contrária. Sendo assim, compreende-se que foi aberta a possibilidade dos contratos de subordinação no ordenamento português, uma vez que o CPA não fazia nenhuma diferenciação entre contrato de colaboração e de subordinação, sendo passível se compreender das disposições normativas que o artigo 179.º abarcaria diversos tipos de contratos administrativos de colaboração³⁰.

Deve ser esclarecido que tal regra foi o resultado de avultados estudos doutrinários, de onde se extraiu o entendimento de um “*princípio geral de utilização do contrato como forma de actuação administrativa ou um princípio geral de autonomia pública contratual*”, sendo possível, a partir de então, que não havendo obrigatoriedade legal do uso do contrato como ferramenta de atuação administrativa, pode ser que a Administração, recorra ao mesmo³¹.

Consiste em mudança paradigmática no ordenamento português, as alterações feitas pela reforma de 1996, pois o artigo 185.º do CPA passou a admitir o *contrato com objecto passível de ato administrativo*, e da interpretação desse artigo com o artigo 179.º, constata-se, que em

²⁹ KIRKBY, Mark Bobela-Mota. Ob. Cit., p. 186.

³⁰ KIRKBY, Mark Bobela-Mota. Ob. Cit., p. 297-298.

³¹ CALVÃO, Filipa Urbano, “Contratos sobre o exercício de poderes públicos”. p. 331.

Portugal é permitido que contratos administrativos venham a concluir trâmites que seriam feitos por atos administrativo, o que resulta na admissão do exercício concertado de poderes típicos da Administração, que passaram a ser exercidos com os particulares³²⁻³³.

A luz do que dispôs a Lei de Procedimento Administrativo Alemã, de 1976, a autoridade administrativa poderia deixar de praticar um ato administrativo e realizar um contrato público com o particular a qual se destinaria o ato administrativo. Contudo, a regra do CPA, se assemelhava ainda com o modelo francês, uma vez que os contratos indicados no artigo 178.º, n.º 2 do CPA, são condizentes com tal modelo, assim como, as normas de seleção das partes, dos artigos 182.º e 183.º, não havendo uma permissão tão elementar como foi feita na lei alemã. Mesmo assim, o que aconteceu com o CPA de Portugal, no âmbito do artigo 179.º, n.º 1, foi um passo na admissibilidade destes contratos, designando os contratos administrativos com objeto passível de ato administrativo, remetendo à fonte alemã³⁴. Acrescenta-se que os contratos sobre o exercício de poderes públicos, incluem os chamados contratos regulatórios, que abrangem os setores vinculados a regulação pública, que a Administração Pública, representada pelas autoridades reguladoras do setor,

³² CALVÃO, Filipa Urbano, "Contratos sobre o exercício de poderes públicos". p. 331.

³³ Importa acrescentar que: "É evidente que, para além dos casos em que, assim, se tornou lícito à Administração recorrer ao contrato administrativo em substituição da prática de um acto administrativo ou da celebração de um contrato de direito privado, existem também – e são esses os casos típicos de contrato administrativo – aqueles casos em que a produção do respectivo efeito jurídico está prevista na lei, como sendo própria de um contrato desses. Podemos, portanto, afirmar que além dos contratos administrativos *com objecto próprio ou exclusivo*, haverá então, hoje, contratos desses *com objecto próprio de acto administrativo* ou *com objecto próprio de contratos de direito privado*". OLIVEIRA, Mário Esteves de, GONÇALVES, Pedro Costa, AMORIM, João Pacheco de. *Código do Procedimento Administrativo – Comentado*, 2.ª Edição, Coimbra, Almedina, 1997. p. 817.

³⁴ GONÇALVES, Pedro, *O Contrato Administrativo: uma instituição do Direito Administrativo...* Ob. Cit., p. 76-77.

formaliza com as autoridades reguladas, fixando as metas e pretensões das políticas públicas desempenhadas³⁵.

Contudo, com a entrada em vigor do CCP, o artigo 278.º consagra a possibilidade de que a Administração venha a realizar quaisquer contratos administrativos, a não ser que a lei determine outro critério ou que a natureza prática daquela ação, se volte a uma outra forma. Após a entrada em vigor do CCP, Marcelo Rebelo de Sousa, esclarece que o artigo 278.º, mesmo não contendo uma ideia de alternatividade entre os atos administrativos e os contratos administrativos, é possível compreender que foi realizada uma permissão genérica para a celebração dos contratos administrativos, incluindo os contratos substitutivos de atos administrativos, mediante uma análise do artigo 278.º, n.º 1; 310.º, n.º 1 e 337.º, n.º 1, do CCP, que mesmo se referindo aos acordos endocontratuais, estes também são contratos substitutivos de atos administrativos em conteúdo de execução contratual³⁶.

Considera-se que o artigo 278.º do CCP, foi além das cláusulas abertas do artigo 179.º do CPA, consoante a sua redação de que “*na prossecução das suas atribuições ou dos seus fins, os contraentes públicos podem celebrar quaisquer contratos administrativos, salvo se outra coisa resultar da lei ou da natureza das relações a estabelecer*”. Contudo, o artigo 336.º do CCP compreende que: “*Nos contratos com objeto passível de ato administrativo e demais contratos sobre o exercício de poderes públicos, as partes têm a faculdade de fixar livremente o respetivo prazo de vigência e os pressupostos da sua modificação, caducidade, revogação ou resolução, salvo*

³⁵ GONÇALVES, Pedro, *O Contrato Administrativo: uma instituição do Direito Administrativo...* Ob. Cit., p. 78.

³⁶ REBELO DE SOUSA, Marcelo. SALGADO DE MATOS, André, *Contratos Públicos - Direito Administrativo Geral*, Tomo III, Lisboa, Dom Quixote. 2009. p. 42.

quando se trate de direitos ou interesses legalmente protegidos indisponíveis, ou quando outra coisa resultar da lei ou da natureza do poder exercido através do contrato". Dessas disposições, surgem as dúvidas relativas a abrangência do contrato administrativo, ou seja, se este poderia ir mais longe do que o ato administrativo que seria realizado na mesma situação e, também, quais seriam os efeitos jurídicos da invalidade desse contrato, caso tivesse sido tomada a via de concretização de um ato administrativo. Na opinião de Mark Borbela-Mota Kirkby, o CCP estaria aumentando a autonomia pública contratual, que na vigência do antigo CPA, estaria diminuída pelo regramento de invalidade que constava no artigo 140.º, n.º 1, alínea b), do CPA, que dispunha sobre a revogação de atos constitutivos de direitos e interesses que estão protegidos pela lei³⁷.

Ademais, diante da consagração da possibilidade dos contratos sobre poderes públicos no ordenamento jurídico português, abrangendo os contratos substitutivos de atos administrativos e os contratos obrigacionais, considera-se necessário verificar alguns questionamentos que são feitos com relação a possíveis contradições com alguns princípios fundamentais da atividade da Administração Pública e algumas especificidades desse tipo de contratos, como é feito a seguir, antes de passar para o estudo do regime jurídico.

3. PRINCIPAIS QUESTIONAMENTOS RELATIVOS À ADMISSIBILIDADE DESSE TIPO DE CONTRATO

Os contratos sobre poderes públicos, como foi explicitado, anteriormente, passaram antes de serem admitidos no ordenamento jurídico, tiveram de ultrapassar alguns questionamentos realizados pela

³⁷ KIRKBY, Mark Bobela-Mota. Ob. Cit., p. 300-301.

doutrina, envolvendo as finalidades, adequação com princípios basilares da atividade administrativa e problemas de utilização. Primeiramente, pode ser afirmado que dois fatores foram preponderantes no seu reconhecimento legal, que são o interesse em se atingir a realização do interesse público de forma mais eficiente e a indispensabilidade de se conferir maior legitimidade à atuação da Administração Pública³⁸.

Nesse sentido, é condizente realçar que o modelo de Administração Pública fundada somente no ato administrativo tem sido substituído pelo que Pedro Gonçalves nomeia *Administração de consenso* e de *governança partilhada* passando a existir negociação entre os entes públicos e privados, sendo possível que ambas se manifestem e procurem atingir a finalidade pretendida com tal decisão. É justamente por isso que o contrato administrativo, visto como instrumento que formaliza conteúdos discutidos entre as partes, realça outro modo de serem concretizados as relações administrativas e de nenhuma forma o que se pretende é a substituição do ato administrativo – que também possui a propriedade de ser o resultado de um consenso –; tendo os contratos e os atos administrativos a propriedade de a Administração Pública, manter a exigência da prevalência do interesse público³⁹.

Condizente a estas características do contrato administrativo, objetivando uma maior colaboração entre a Administração Pública e os privados, privilegiando que se acompanhe mais de perto as necessidades advindas do interesse público, especificamente sobre os contratos de poderes públicos, questionou-se a sua admissibilidade por uma

³⁸ CALVÃO, Filipa Urbano, "Contratos sobre o exercício de poderes públicos". Ob. Cit., p. 335.

³⁹ GONÇALVES, Pedro, *O Contrato Administrativo: uma instituição do Direito Administrativo...* Ob. Cit., p. 24-25.

possível contradição com alguns princípios da atividade administrativa, conforme será abordado a seguir⁴⁰.

3.1. PRINCÍPIOS DA IRRENUNCIABILIDADE E INALIENABILIDADE DAS COMPETÊNCIAS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

O princípio da irrenunciabilidade e inalienabilidade das competências da Administração Pública, é consagrado, atualmente, no artigo 36.º do CPA, de onde se extrai que as competências distribuídas entre os órgãos da Administração devem ser determinadas por lei (em alguns casos é admitido que o regulamento faça tal distinção), formalizando assim a ideia de que por a lei fixar a competência, não há como renunciar e alienar a mesma. Assim, não há impedimento de que se use o direito privado para exercer certas competências, contudo, isto só é possível, quando a lei permite tal situação, uma vez que se ocorreu tal permissão é porque o interesse público foi determinante para isto⁴¹.

É notória a prevalência deste princípio, tendo servido como base para a suscitação de dúvidas relativamente a aceitação do contrato sobre o exercício de poderes públicos, já que o receio era que de o uso do contrato por parte da Administração, seria uma forma de alienar os seus poderes e que ao firmar um contrato, não seria mais possível ser feita uma nova análise e adequação de interesse público⁴².

No ordenamento jurídico português, com a entrada em vigor do artigo 127.º do CPA, foram resolvidas duas questões que traziam problemas, primeiramente, se a Administração poderia celebrar um contrato

⁴⁰ OTERO, Paulo, *Manual de Direito Administrativo*, Vol. I, Coimbra, Almedina. 2013. p. 361.

⁴¹ MONCADA, Luiz S. Cabral, *Código de Procedimento Administrativo: anotado*, Coimbra, Coimbra Editora. 2015. p. 175-177.

⁴² Para uma maior compreensão das especificidades das discussões ver KIRKBY, Mark Bobela-Mota. Ob. Cit., p. 53 e seguintes.

e não um ato administrativo somente quando estaria especificamente habilitada; e, se a celebração de um contrato substitutivo deveria ser sempre fundamentada. O atual artigo 127.º do CPA é considerado, portanto, um instrumento de capacitação feito por via normativa, de que os contratos substitutivos de atos administrativos que consolidam procedimentos (desde que a lei não disponha especificamente nada em contrário) não precisam de fundamentação para validar tal escolha. Dessa forma, os contratos substitutivos de atos administrativos acabam por possuir um regime procedimental e substantivo diferente do que acontece aos contratos obrigacionais, já que um dos fatores problemáticos sobre tais contratos envolve a disponibilidade de regimes jurídicos⁴³.

Ademais, nos artigos 200 e 201, n.º 3 do CPA, encontra-se soluções específicas sobre os contratos administrativos. O primeiro artigo, esclarece que a Administração Pública, ao celebrar contratos administrativos, pode condicioná-los a um regime de direito administrativo ou a regime de direito privado, sendo que os contratos administrativos são os descritos e contidos no CCP ou em lei especial; e, é permitido que para realizar as suas atribuições a Administração Pública celebre os contratos administrativos, salvo se outra coisa resultar da lei. Por sua vez, o artigo 201, n.º 3 do CPA, atesta que não ausência de lei própria sobre a formação de contratos administrativos, serão aplicados os ditames advindos do regime geral do procedimento administrativo, contido no CPA⁴⁴.

⁴³ CORREIA, Jorge Alves. *Contrato e Poder Público Administrativo*. Tese de Doutoramento em Direito – Direito Público, orientada pelo Professor Doutor Pedro Costa Gonçalves, e apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Junho de 2015. p. 689.

⁴⁴ MONCADA, Luiz S. Cabral. Ob. Cit., p. 696-697.

Dessa forma, na atualidade, o uso do contrato no exercício do poder público não significa que a administração estaria fazendo uma “renúncia” dos seus poderes discricionários, pois o objetivo do acordo de vontades não possui como objetivo contratualizar o seu poder, mas a forma, o cabimento ou as condições em que será feito o exercício do poder no caso concreto⁴⁵. Nesse sentido, deve-se ter em consideração que o ato de contratar não resulta em alienação ou renúncia do poder público, desde que a Administração tenha atuado no uso de sua discricionariedade, objetivando agir conforme o interesse público fixado na norma, escolhendo qual a forma mais apropriada e hábil ou eficiente⁴⁶.

3.2. PRINCÍPIO DA IGUALDADE E IMPARCIALIDADE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Nesse diapasão, à luz do que dispões o artigo 201, n.º 2 do CPA, quando se trata da formação dos contratos, dentre outros princípios, deve ser aplicado o da igualdade. Sobre o princípio da igualdade foi questionado se os contratos sobre exercício de poderes públicos, por talvez envolverem situações diferenciadas dos efeitos, estaria desrespeitando este princípio⁴⁷. Deve-se ter em consideração que é fundamento da atividade administrativa o princípio da igualdade e que sua aplicabilidade é feita tanto no acesso aos procedimentos, quanto ao tratamento dos participantes nos trâmites realizados⁴⁸. Contudo, uma

⁴⁵ CORREIA, Jorge Alves. *Contrato e Poder Público Administrativo*. Tese de Doutorado... Ob. Cit., p. 630.

⁴⁶ CALVÃO, Filipa Urbano, “Contratos sobre o exercício de poderes públicos”. Ob. Cit., p. 340.

⁴⁷ KIRKBY, Mark Bobela-Mota. Ob. Cit., p. 59.

⁴⁸ Pedro Gonçalves explica que: “Por força do princípio em análise, devem as entidades adjudicantes assegurar a igualdade de tratamento dos concorrentes na apresentação, na comparação e na avaliação das propostas, enquanto princípio estruturante dos procedimentos pré-contratuais. Os concorrentes

vez que este princípio abrange toda a atividade da Administração, considera-se que na configuração dos atos administrativos, o princípio da igualdade está garantido, ou seja, o mesmo poderia ser questionado com relação as decisões unilaterais, porém, deve ser privilegiado e considerado que a igualdade é princípio orientador em todas as atividades da Administração Pública⁴⁹.

O princípio da imparcialidade da administração, é um outro fator que sustentava as discussões sobre admissibilidade dos contratos em apreciação, contudo, entendimento é de que as dúvidas suscitadas não conseguem sustentar a negativa da aplicabilidade dos contratos sobre o exercício de poderes públicos. A argumentação defensiva compreende que quaisquer contratos que forem celebrados devem se atentar as orientações legais dos regimes jurídicos e administrativos respectivos, e tais normas buscam consagrar os princípios e normas gerais do Direito Administrativo⁵⁰.

3.3 PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

O princípio da proporcionalidade está evidenciado no artigo 149, I do CPA⁵¹ e o CCP, em seu artigo 1.º-A, trata dos princípios que devem ser respeitados na formação e execução dos contratos públicos, esclarecendo que os mesmos são oriundos do Direito Constitucional, dos

devem dispor das mesmas chances na formulação dos termos das suas propostas, o que implica que todas estas sejam submetidas às mesmas regras e condições." GONÇALVES, Pedro Costa. *Direito dos Contratos Públicos*, Ob. Cit., p. 338.

⁴⁹ CALVÃO, Filipa Urbano, "Contratos sobre o exercício de poderes públicos". Ob. Cit., p. 342.

⁵⁰ KIRKBY, Mark Bobela-Mota. Ob. Cit., p. 59-60.

⁵¹ Artigo 149, n.º 1, CPA: Os atos administrativos podem ser sujeitos, pelo seu autor, mediante decisão fundamentada, a condição, termo, modo ou reserva, desde que estes não sejam contrários à lei ou ao fim a que o ato se destina, tenham relação direta com o conteúdo principal do ato e respeitem os princípios jurídicos aplicáveis, designadamente o princípio da proporcionalidade.

Tratados da União Europeia e do CPA, mencionando entre estes, mais uma vez a proporcionalidade.

O princípio da proporcionalidade é o resultado do zelo com as questões de concorrência da contratação pública, o que na prática se torna evidente na forma de meios de critérios a serem seguidos entre as entidades que participam dos trâmites, para evitar excessos daquele que ocupa a posição de superioridade⁵².

Quando analisado sua aplicabilidade nos contratos sobre o exercício de poderes públicos, evidencia-se que a doutrina questionava se a parte privada, no ato das negociações não se sentiria obrigada a aceitar as condições estabelecidas pelo contratante público, se estaria em causa a possibilidade da Administração fazer uso de seus poderes e pressionar o particular, no sentido de requerer contributos indevidos para que seja feito uso ou não dos seus poderes. Contudo, é lembrado que independente disso, se uma negociação não resultar no que a Administração pretendia, a mesma, no uso de suas atribuições poderia vir a emitir um ato administrativo resolvendo aquilo unilateralmente⁵³.

Dirimindo tal questão, se torna necessário que haja cuidado no modo como é constituído o regime jurídico aplicável aos contratos sobre o exercício de poderes públicos, principalmente no que diz respeito aos limites das obrigações que são impostas aos particulares⁵⁴, o qual será estudado a frente e observando o modo como foi resolvida tal questão. Por enquanto, no que diz respeito as preocupações existentes, ressalta-se as palavras de Filipa Urbano Calvão que atesta que os limites

⁵² GONÇALVES, Pedro Costa. *Direito dos Contratos Públicos*. Ob. Cit., p. 345.

⁵³ CORREIA, Jorge Alves. *Contrato e Poder Público Administrativo*. Tese de Doutoramento... Ob. Cit., p. 55-56.

⁵⁴ CORREIA, Jorge Alves. *Contrato e Poder Público Administrativo*. Tese de Doutoramento... Ob. Cit., p. 57.

existentes para a Administração em sede de agir contratual, consistem em fatores que não permitiriam que fossem ultrapassados limites em desfavor do particular⁵⁵.

3.4. ALGUMAS DIFICULDADES ESPECÍFICAS DOS CONTRATOS OBRIGACIONAIS

Devida atenção deve ser concedida aos acordos endoprocedimentais, contidos no atual artigo 57.º do CPA, sendo possível extrair dois tipos de acordos. Os primeiros são os contratos de conteúdo procedimental em sentido estrito ou aqueles que servem para integrar o procedimento administrativo, conforme disposição dos números 1 e 2 do artigo 57.º. Do n.º 1, se extrai que está abrangida a possibilidade de conformação de condutas que serão exercidas durante o processo, como por exemplo, o valor que será dado a alguns documentos em detrimento a outros que serão apresentados, ou seja, o que se possibilita é a participação dos envolvidos no modo como será feito o processo⁵⁶. Por sua vez, o n.º 2 dispõe que é possível que sejam feitas reuniões, com defesas orais privilegiando o contraditório dos participantes que venham a se contrapor em relação a uma decisão⁵⁷.

Ocorre que, ainda no artigo 57.º consta o n.º 3, de onde se extrai que: “*durante o procedimento, o órgão competente para a decisão final e os*

⁵⁵ CALVÃO, Filipa Urbano, “Contratos sobre o exercício de poderes públicos”. Ob. Cit., p. 343.

⁵⁶ MONCADA, Luiz S. Cabral. Ob. Cit., p. 175-177.

⁵⁷ Ainda sobre isto: “Na maior parte das vezes, os contratos de mero conteúdo procedimental dizem respeito ao modo como o poder público administrativo é exercido (discricionariedade procedimental e formal) e não ao respetivo conteúdo, pois não determinam o conteúdo do ato final do procedimento, nem o substituem. No entanto, os mesmos podem ter conteúdo substantivo quando o órgão administrativo e os interessados acordem termos do procedimento e estabeleçam a valoração autónoma de conceitos indeterminados.” Cfr. CORREIA, Jorge Alves. *Contrato e Poder Público Administrativo*. Tese de Doutoramento em Direito... Ob. Cit., p. 682.

interessados também podem celebrar contrato para determinar, no todo ou em parte, o conteúdo discricionário do ato administrativo e praticar no termo do procedimento”.

Essa disposição normativa atesta a possibilidade de que sejam feitos contratos obrigacionais, que consistem em instrumentos de celebração de acordos das pretensões e que definem parcialmente ou totalmente qual o conteúdo discricionário que será admitido no ato administrativo que será feito ao final do procedimento. Sendo assim, os contratos obrigacionais de exercício procedimental do poder discricionário, conterão disposições sobre a imposição de que no futuro se concretize ou não se concretize um certo ato administrativo, sendo criada nos particulares uma sensação de confiança de cumprimento daquele contrato. Contudo, tais contratos só podem ser realizados em situações de exercício antecipado do respectivo poder discricionário, ou seja, a Administração Pública, já deve ter analisado os pressupostos abstratos e concretos daquela situação⁵⁸⁻⁵⁹.

Ademais, os contratos obrigacionais sobre o exercício de poderes públicos foram admitidos no artigo 337.º, n.º 2, do CCP, que dispõe: “os contratos pelos quais o contraente público se vincula praticar, ou não praticar, um ato administrativo com certo conteúdo extinguem-se por força da alteração ou da impossibilidade superveniente de concretização dos pressupostos que ditariam o exercício da discricionariedade no sentido

⁵⁸ CORREIA, Jorge Alves. *Contrato e Poder Público Administrativo*. Tese de Doutoramento... Ob. Cit., p. 682-683.

⁵⁹ Em relação aos contratos obrigacionais, diante da relação que se estabelece antecipadamente, dúvidas surgiam quanto a violação contida na Constituição e na lei de que os interessados devem ser ouvidos e do princípio da imparcialidade, uma vez que, tais contratos seriam um elemento de risco para o particular e o contraente público estaria assumindo obrigações de meios e não de resultado. Para maiores considerações ver CALVÃO, Filipa Urbano, “Contratos sobre o exercício de poderes públicos”. Ob. Cit., p. 343-345.

convencionado”. Portanto, o compromisso firmado contratualmente de modo prévio, só será mantido, quando não tenham nenhuma mudança de direito ou de fatos que se materializaram posteriormente a celebração do contrato e que naquele momento havia justificativa para se realizar tal formalização sobre a discricionariedade. Agora com o regramento do artigo em apreciação, fica vedado que o contrato seja realizado de modo a infringir a legalidade, por falta de conteúdo legal permissivo ou por falta de pressupostos de fato, uma vez que, os efeitos traçados sejam condizentes com e legislação existente⁶⁰.

Em uma situação prática, se a administração tiver se vinculado a emitir ou não emitir um ato, ou se proferiu de modo diferente com o estabelecido no contrato, estará em causa uma incoerência jurídica quando se analisa o ato e o respectivo contrato, sendo cabível a impugnação daquele ato administrativo, ou ainda, o particular pode intentar propor uma ação especial para condenação à prática de ato. Por outro viés, se o descumprimento for por parte do particular, é possível que a administração faça resolução do contrato ou proponha uma ação exigindo o cumprimento do contrato, forçando que o contrato seja executado pelo particular⁶¹.

Ademais, considerando que várias das dificuldades encaradas relativamente a aceitação dos contratos sobre o exercício de poderes públicos, observou-se a relação com os princípios. As novidades trazidas pelo CPA e pelo CCP, bem como as novas orientações da doutrina, permitem compreender pela sua admissibilidade, consoante a esta

⁶⁰ CORREIA, Jorge Alves. *Contrato e Poder Público Administrativo*. Tese de Doutoramento... Ob. Cit., p. 682-685.

⁶¹ CORREIA, Jorge Alves. *Contrato e Poder Público Administrativo*. Tese de Doutoramento... Ob. Cit., p. 682-685.

admissibilidade e existência no ordenamento jurídico português, torna-se necessário verificar o regime ao qual estes contratos estão submetidos.

4. PROBLEMAS RELACIONADOS AO REGIME JURÍDICO APLICÁVEL AOS CONTRATOS SOBRE O EXERCÍCIO DE PODERES PÚBLICOS

Como foi desenvolvido anteriormente, os contratos sobre o exercício de poderes públicos, enfrentaram algumas dificuldades e questionamentos, com relação a coerência com alguns princípios basilares da Administração Pública, os quais foram considerados superados. Contudo, ao passarmos para o regime aplicável aos mesmos, observa-se que com a entrada em vigor do CCP, compreende-se que do artigo 278.º CCP se extrai o princípio geral da utilização do contrato administrativo como um instrumento das ações da Administração Pública, contudo, a devida ressalva deve ser feita no sentido de que não foi permitido que o contrato sobre poderes ou competências sejam utilizados de forma aleatória, uma vez que necessita-se que seja permitido aquela atribuição por meio de contrato administrativo⁶².

O CCP deu maiores passos em relação ao CPA, ao prever em seu artigo 310.º, ao tratar dos acordos endocontratuais, atesta no n.º 1 a possibilidade da administração e do contraente realizar, formalmente, um acordo com disposições relativas a execução do contrato ou que retratem o que foi definido sobre o conteúdo do ato administrativo que será feito. Ainda assim, como já foi mencionado anteriormente, o artigo 337.º admite os contratos substitutivos de atos administrativos.

⁶² CALVÃO, Filipa Urbano, "Contratos sobre o exercício de poderes públicos". Ob. Cit., p. 348.

Por sua vez, o artigo 287.º, n.º 1 atesta que a eficácia do contrato nesses atos “*depende da emissão dos atos de aprovação, de visto, de publicidade, ou de outros atos integrativos de eficácia exigidos por lei, quer em relação ao próprio contrato, quer ao tipo de ato administrativo que o mesmo eventualmente substitua, no caso de se tratar de contrato com objeto passível de ato administrativo*”. As circunstâncias relativas à caducidade estão contidas no artigo 337.º, n.º 1, conforme dispõe que “*os contratos com objeto passível de ato administrativo extinguem-se por força da verificação dos factos determinantes da caducidade dos atos administrativos que aqueles substituem*”.

No que tange as negociações contratuais, são compreendidas no artigo 336.º. Por sua vez, o artigo 5.º trata das situações em que a contratação é excluída, atestado no n.º 1 que: “*a parte II não é aplicável à formação de contratos cujo objeto abranja prestações que não estão nem sejam suscetíveis de estar submetidas à concorrência de mercado, designadamente em razão da sua natureza ou das suas características, bem como da posição relativa das partes no contrato ou do contexto da sua formação*”.

Mesmo que tal regime tenha sido configurado, questiona-se a possibilidade de que alguns casos práticos venham a ser regidos pela Parte II do CCP. Sobre isto, Jorge Alves Correia, atesta que a questão pode ser resolvida consoante os parâmetros advindos da fungibilidade e ou infungibilidade do co-contratante, portanto, são feitos agrupamentos de alguns casos práticos. O primeiro grupo, abrange aqueles em que os contratos sobre o exercício do poder regulamentar, em que o contratante seria um destinatário único desde o começo, uma vez que reúne as exigências básicas, não se enquadrando então a necessidade do cumprimento do princípio da concorrência, portanto, não seria aplicável a

parte II do CCP⁶³, isso se daria em decorrência do artigo 5.º, n.º 1 atesta que: *“a parte II não é aplicável à formação de contratos cujo objeto abranja prestações que não estão nem sejam suscetíveis de estar submetidas à concorrência de mercado, designadamente em razão da sua natureza ou das suas características, bem como da posição relativa das partes no contrato ou do contexto da sua formação”*.

Outro viés que pode ser notado, é quando há vários possíveis contraentes, que almejam a celebração do contrato, ou seja, a Administração terá que fazer uma escolha, ocorrendo então a necessidade de se verificar as normas de concorrência de mercado, logo, da leitura combinada do artigo 16, n.º 2 e do já mencionado artigo 5.º, n.º 1, deve ser aplicada a Parte II do CCP⁶⁴.

O terceiro grupo de atenção se relaciona com as situações em que são feitas combinações nos modos jurídicos dos procedimentos administrativos, o que resulta em um conjunto de prestações ou cláusulas sobre a prática de um ato administrativo, que pode envolver normas regulamentares e outras prestações, mas que estão no mesmo contrato administrativo. Ocorre que isso poderia ser feito em relações únicas, realizando processos de adjudicação e respeitando as normas de contratação pública. Nesses casos, devida atenção deve ser dada as Diretivas n.º 93/37/CEE, do Conselho de 14 de junho e a n.º 2004/18/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de março, bem como ao CPP, no artigo 16, n.º 2 que determina a sujeição as normas de contratação pública⁶⁵.

⁶³ CORREIA, Jorge André. “Contrato e Poder Público Administrativo - em especial,...” Ob. Cit., p. 221.

⁶⁴ CORREIA, Jorge André. “Contrato e Poder Público Administrativo – em especial,...” Ob. Cit., p. 223.

⁶⁵ CORREIA, Jorge André. “Contrato e Poder Público Administrativo – em especial,...”. Ob. Cit., p. 224-225.

Diante da entrada em vigor do CCP, com as novidades consagradas a respeito da caracterização do contrato administrativo, Mario Aroso de Almeida, entende que o legislador, ao estabelecer o conteúdo do Título I da Parte III do CCP, configurando um quadro para os contratos administrativos em geral, estabeleceu um regime unitário, que no seu entendimento, não é coerente, devendo ser feita uma revisão, pois os contratos administrativos de colaboração subordinada dos particulares na prossecução das atribuições das entidades públicas, não deve se aplicar aos contratos sobre o exercício de poderes públicos⁶⁶.

Nesse escopo, seguindo o entendimento do referido autor, o Título I da Parte III possui o equívoco de pretender explicitar os contratos administrativos em geral, contudo, das disposições que são feitas, a maior parte trata dos contratos de colaboração subordinada. Em razão dessa discrepância a sugestão é de que o Título I da Parte III do CCP, deveria ter um primeiro capítulo sobre os “contratos administrativos em geral”, em que o legislador buscaria explicitar questões que aplicam a todos os contratos, ou seja, a qualquer categoria, no que tange a regime de aplicação. Para atender os contratos administrativos de colaboração, deveria ser dedicado um capítulo II, sobre o regime destes. E, por último, o terceiro capítulo sobre o regime dos contratos sobre o exercício de poderes públicos, com disposições relativas a especificidades que não estariam já colocadas no capítulo I⁶⁷.

Com tais alterações, seria oportunidade de o legislador melhor explicar o que seriam os “contratos com objeto passível de ato

⁶⁶ ALMEIDA, Mario Aroso de. “Breves notas para um novo regime do CCP em matéria de contratos sobre o exercício de poderes públicos”, in: *A Transposição das Diretivas Europeias de 2014 e o Código de Contratos Públicos*, Coord.: Maria João Estorninho, Lisboa, Instituto das Ciências Jurídico-Políticas da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. 2016, p. 88-89.

⁶⁷ ALMEIDA, Mario Aroso de. “Breves notas para um novo regime do CCP...” Ob. Cit., p. 89-90.

administrativo e demais contratos sobre o exercício de poderes públicos”, sendo necessário fazer a criação de duas seções, uma versando sobre contratos substitutivos de atos administrativos e outra sobre contratos obrigacionais, já que existem questões pertinentes a cada qual e que merecem esclarecimento⁶⁸.

Contudo, o CCP passou por uma reforma no ano de 2017 e dentre as alterações que foram feitas, nenhuma se ateve diretamente aos contratos sobre o exercício de poderes públicos e ao seu regime.

É problemático o quadro dos contratos sobre o exercício de poderes públicos, já que estes possuem a propriedade de determinar ou estabelecer futuramente os efeitos jurídicos dos seus termos, esse fator enseja outros requisitos que não são colocados a outros contratos públicos, haja vista que precisa justificar a sua consonância com o princípio da legalidade, com o exercício dos seus poderes. O artigo 278.º CCP que firma o princípio geral da utilização do contrato administrativo como um instrumento das ações da Administração Pública, pode ser visto, ainda, como um instrumento incompleto, podendo ser visto apenas como uma regra de competência da administração⁶⁹.

Algumas dificuldades são postas com relação ao regime do artigo 336.º no que diz respeito aos contratos substitutivos de atos administrativos, já que pode ser considerado ambíguo. Dá leitura inicial é possível depreender que as partes podem dispor sobre as matérias que não são objeto de disponibilidade, sendo isto equivocado, já que a real compreensão do artigo, deve ser de que tais contratos podem ser resolvidos, somente quando tenham superiores fatores de ordem pública,

⁶⁸ ALMEIDA, Mario Aroso de. *Breves notas para um novo regime do CCP...* Ob. Cit., p. 91.

⁶⁹ ALMEIDA, Mario Aroso de. *O problema do Contrato Administrativo: no quadro normativo decorrente do Código de Contratos Públicos Revisto*, Coimbra, Almedina. 2018. p. 121-122.

como está disposto no CPA no que tange a revogação dos atos administrativos com aquele conteúdo⁷⁰.

Quanto ao regime dos contratos que estabelecem exercício de poderes futuros, conforme já foi dito anteriormente, a administração deve estar munida de preenchimento de alguns pressupostos antes de firmar um contrato desse tipo. Contudo, sob a ótica do artigo 337.º n.º 2, do CPP, surge a necessidade de saber se o conteúdo dos contratos obrigacionais pode ser firmado, somente, quando já está em andamento um procedimento com certa finalidade – que é previsto no artigo 57.º, n.º 3 do CPA, ou seja, na forma de um contrato endoprocedimental –; ou, se é possível um acordo pré-procedimental – aquele que é celebrado antes do início do procedimento. Diante disso, Mario Aroso de Almeida entende que não possível que isso seja feito⁷¹, ao passo que, Mark Bobela-Mota Kirkby, atestava também tal impossibilidade, com fulcro nos preceitos constitucionais e no artigo 181.º do CPA, mas o seu entendimento mudou em razão do artigo 337.º, n.º 2 do CCP, considerando, por fim, que estes são admissíveis⁷².

Ademais, são colocados também problemas relativos ao regime que circunscreve as situações de invalidade dos contratos sobre o exercício de poderes públicos. O CCP, trata nos artigos 283.º e 284.º das circunstâncias que dão causa a invalidade dos contratos, enquanto o artigo 285.º se propõe a verificar o regime da invalidade. Da letra do artigo 285.º, n.º 1 do CCP, atesta-se que os contratos sobre o exercício de poderes públicos estão sujeitos ao regime de invalidade dos atos administrativos, atualmente, previsto no artigo 161.º e 163.º do CPA.

⁷⁰ ALMEIDA, Mario Aroso de. *O problema do Contrato Administrativo...* Ob. Cit., p. 127.

⁷¹ ALMEIDA, Mario Aroso de. *O problema do Contrato Administrativo...* Ob. Cit., p. 129.

⁷² KIRKBY, Mark Bobela-Mota. Ob. Cit., p. 361-365.

Além disso, o artigo 285.º, n.º 3 admite que os contratos públicos nulos podem ser reduzidos ou convertidos, conforme os artigos 292.º e 293.º do Código Civil⁷³. Essas disposições do regime de invalidade são consideradas demasiados complexas e com certas incoerências, que prejudicam a compreensibilidade dos institutos⁷⁴.

Nos estudos de Mario Aroso de Almeida são encontrados uma série de apontamentos que sugerem mudanças sobre os contratos sobre o exercício de poderes públicos. Os primeiros aspectos evidenciados se relacionam a melhor consagração de algumas circunstâncias, com o objetivo de se evitar certas inseguranças, adaptações interpretativas e práticas que sejam incoerentes, o primeiro aspecto, se prende a necessidade de o legislador procurar consagrar no texto que o contrato substitutivo de ato administrativo está de fato abrangido pelo regime de legalidade que se aplica aos atos administrativos, uma vez que o artigo 336.º do CPP, não faz menção expressa a isto. Ainda assim, deveria constar que a opção por fazer uso do contrato não possui a finalidade de impor ao contraente particular determinados encargos e exigências, que também não poderiam ser feitas por cláusulas contidas no ato que deixou de ser realizado, uma vez que os contratos constitutivos de direitos para os particulares podem ser alterados ou extinguidos por razões de interesse público que estejam de acordo com os aspectos legais traçados para revogação dos atos administrativos⁷⁵.

Atentando-se a situação dos contratos obrigacionais, sabe-se da necessidade de que a Administração tenha consciência sobre os fatores

⁷³ CALVÃO, Filipa Urbano, "Contratos sobre o exercício de poderes públicos". Ob. Cit., p. 367.

⁷⁴ Sobre o regime de invalidade dos contratos de subordinação à luz do CPA e com a entrada em vigor do CCP, conferir: KIRKBY, Mark Bobela-Mota. Ob. Cit., p. 381-389.

⁷⁵ ALMEIDA, Mario Aroso de. "Breves notas para um novo regime do CCP..." Ob. Cit., p. 91-92.

que fundamentem a decisão, devendo se atentar a legislação existente, assim como, não pode deixar de lado o poder discricionário que lhe é próprio. A proposta é de que venha a ser feita uma disposição que exija que o resultado que se pretende naquele procedimento que trata de exercício futuro de poderes, seja compatível com a realidade que permeia aquele momento inicial do procedimento⁷⁶.

No que diz respeito a invalidade dos contratos sobre o exercício dos poderes públicos, o referido autor, diante das atuais dificuldades, atesta que seria necessário dedicar uma atenção especial a isto, bem como a regulação atinente as circunstâncias de modificação e extinção desses contratos. Mesmo que o atual n.º 2 do artigo 337.º do CPP disponha sobre alterações advindas objetivamente, deveria ser incluída a possibilidade de alterações objetivas, que favoreça ambas as partes no sentido de modificar o contrato⁷⁷.

Posteriormente, ao apontamento das dificuldades, das críticas ao sistema vigente e dos apontamentos de possíveis sugestões de alterações, ressalta-se que a preocupação com relação aos contratos sobre o exercício de poderes públicos não se prende a questão da sua admissibilidade. Diante das disposições da Parte III do CCP, que atende aos contratos administrativos, há um regramento que se conexas com a estrutura dos contratos administrativos advindos do modelo francês, ao passo que os contratos em apreciação são fruto dos estudos germânicos. Esse é um dos problemas fundamentais relativos ao regime vigente, já que é caracterizado um sistema em que a Administração Pública goza de uma supremacia em detrimento ao seu contratante, sendo necessário

⁷⁶ ALMEIDA, Mario Aroso de. *"Breves notas para um novo regime do CCP..."* Ob. Cit., p. 93.

⁷⁷ ALMEIDA, Mario Aroso de. *"Breves notas para um novo regime do CCP..."* Ob. Cit., p. 93.

uma reforma sobre tal regramento para atender as exigências e necessidades desse tipo de contratos⁷⁸.

As respostas aos problemas que permeiam os contratos sobre o exercício de poderes públicos podem ser resolvidas diante de maior análise do tema, mediante a dedicação para a consolidação de um entendimento mais bem delineado, que irá se materializar em normas aplicáveis que sejam dotados de maior completude estrutural e coerência com o ordenamento jurídico de Portugal.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme os estudos realizados, constata-se a admissibilidade dos contratos sobre o exercício de poderes públicos no ordenamento jurídico lusitano. Observa-se que as novas exigências e demandas que têm recaído sobre a atividade da Administração Pública, seja no aspecto de ter funções de execução e zelo de atividades públicas, quanto a necessidade de organizar formas de atuação consoante as novas áreas de atenção, proporcionam a evolução do Direito Administrativo. Deve-se ter em consideração também a importância da relação advinda do Direito Constitucional e das normas de Direito Comunitário, ou seja, na perspectiva dos direitos de liberdade de iniciativa privada, de atenção ao princípio da concorrência, que orientam toda a atividade administrativa.

Nesse compasso, o contrato administrativo recebeu grande importância e se tornou objeto de aplicabilidade prática e de estudo doutrinário. Dentre as especificidades relativas a admissibilidade dos contratos sobre o exercício dos poderes públicos, consta que estes

⁷⁸ CORREIA, Jorge Alves. *Contrato e Poder Público Administrativo*. Tese de Doutorado... Ob. Cit., p. 728.

constituem uma forma da Administração Pública garantir que sejam estabelecidos um modo, os objetivos e a execução de atividades que estão advindas da configuração relativa aos direitos fundamentais de seus cidadãos, bem como na outra via, da garantia de que os privados, consigam ter estrutura constitutiva das suas empresas e acesso aos procedimentos de concertação abertos pelos órgãos administrativos.

Sobre a admissibilidade dos contratos em apreço, observou-se que os princípios que orientam a atividade administrativa, foram fonte de discussões relativas a consonância de tais contratos em Portugal, contudo, deve ser visto que os próprios princípios não são fator de choque, mas sim formas de resolução dos conflitos que antes eram elencados e apontados, ou seja, a força de cada qual e as disposições contidas na lei, asseguram a coerência e a confiança dessas relações.

Condizente a isto, os contratos sobre o exercício de poderes públicos, advindos de uma configuração baseada na fonte alemã, foram inseridos em Portugal, de onde o regime dos contratos administrativos se baseiam na matriz francesa. Essa configuração determinou dificuldades que a doutrina não conseguiu sanar e que mesmo o CCP, no momento em que dispõe sobre tais contratos, estabeleceu um regime que é criticado pela doutrina, é considerado problemático, requerendo possíveis alterações futuras, dentre as quais, que sejam feitas normas que se atentem a configuração de um quadro com regime próprio para tais contratos.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Mario Aroso de. “Breves notas para um novo regime do CCP em matéria de contratos sobre o exercício de poderes públicos”, in: *A Transposição das Diretivas Europeias de 2014 e o Código de Contratos Públicos*, Coord.: Maria João Estorninho,

Lisboa, Instituto das Ciências Jurídico-Políticas da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. 2016. p. 88-94.

CALVÃO, Filipa Urbano, “Contratos sobre o exercício de poderes públicos”, in: *Estudos de Contratação Pública – I*. Org. Pedro Gonçalves, Coimbra, Coimbra Editora. 2008. p. 327-370.

CANOTILHO, J.J. Gomes, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7.^a edição, 15.^a Reimpressão, Coimbra, Almedina. 2003.

CANOTILHO, J. J. Gomes, MOREIRA, Vital, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Volume I. 4.^a edição revista, Coimbra, Coimbra Editora. 2007.

CORREIA, Jorge Alves. Contrato e Poder Público Administrativo - em especial, os “novos” contratos com objecto passível de regulamento administrativo. in: *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor J.J. Gomes Canotilho*, Vol. IV, Coimbra, 2012, p. 195-225.

_____. *Contrato e Poder Público Administrativo*. Tese de Doutoramento em Direito – Direito Público, orientada pelo Professor Doutor Pedro Costa Gonçalves, e apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Junho de 2015.

_____. “O valor *a priori* da Ideia do Contrato no Direito Público: do Contratualismo Constitucional ao Contratualismos Administrativo”, in: *Revista de Direito Público*, Ano VII, nº 14 – julho/dezembro de 2015. Lisboa. p. 7-40.

GONÇALVES, Pedro Costa. *Direito dos Contratos Públicos*. Vol. 1, 2.^a edição. Coimbra. Almedina. 2018.

_____. *O Contrato Administrativo: uma instituição do Direito Administrativo do nosso tempo*. Reimpressão da 1.^a Edição de janeiro de 2003, Coimbra, Almedina, 2004.

KIRKBY, Mark Bobela-Mota. *Contratos sobre o Exercício de Poderes Públicos: o exercício contratualizado do poder administrativo de decisão unilateral*. 1.^a Edição. Coimbra Editora. 2011.

MEDEIROS, Rui. “Âmbito do novo regime de contratação pública à luz do princípio da concorrência”, in: *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 69, Braga, Cejur. 2008. p. 3-29.

MIRANDA, Jorge, MEDEIROS, Rui, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I, 2.^a edição, Coimbra, Coimbra Editora. 2010.

MONCADA, Luiz S. Cabral, *Código de Procedimento Administrativo: anotado*, Coimbra, Coimbra Editora. 2015.

OLIVEIRA, Mário Esteves de, GONÇALVES, Pedro Costa, AMORIM, João Pacheco de. *Código do Procedimento Administrativo – Comentado*, 2.^a Edição, Coimbra, Almedina, 1997.

OTERO, Paulo, *Manual de Direito Administrativo*, Vol. I, Coimbra, Almedina. 2013.

PORTOCARRERO, Marta, *Contratos sobre o exercício de poderes públicos, transação e arbitragem – Ensaio sobre a disponibilidade e indisponibilidade do poder administrativo*. Porto. Universidade Católica do Porto, 2015.

REBELO DE SOUSA, Marcelo. SALGADO DE MATOS, André, *Direito Administrativo Geral*, Tomo III – Actividade Administrativa, Lisboa, Dom Quixote. 2007.

_____. *Contratos Públicos - Direito Administrativo Geral*, Tomo III, Lisboa, Dom Quixote. 2009.

SILVA, Suzana Tavares da, *Um novo Direito Administrativo?*, Coimbra, Imprensa da Universidade de Coimbra, 2010.

3

SIGILO BANCÁRIO E FISCALIZAÇÃO TRIBUTÁRIA

*Carlos André Soares Nogueira*¹

1. INTRODUÇÃO

A questão fulcral que se coloca neste trabalho – acerca da inconstitucionalidade (ou não) das normas legais que criam ou ampliam hipóteses de acesso da Administração Tributária às informações financeiras de pessoas físicas e jurídicas sob sigilo bancário, sem prévia manifestação do Poder Judiciário, com a finalidade de apurar as bases de cálculo de tributos – remete à tradicional função jusfundamental de defesa do particular diante da poderosa atuação do Estado.

Entretanto, embora vetusta, a matéria se coloca hodiernamente com novos contornos e renovada força, provocando relevantes debates doutrinários e jurisprudenciais.

A controvérsia e a revisão de sentidos e âmbitos de proteção são típicas da história dos direitos fundamentais, que são sensíveis às alterações históricas, políticas, sociais e econômicas que afetem a condição humana². Assim, quando há substancial mudança no contexto jurídico e material em que estão inseridos os direitos fundamentais, mesmo as questões clássicas são novamente postas sob exame da doutrina e da

¹ Mestre em Ciências Jurídico-Políticas com menção em Direito Constitucional pela Universidade de Coimbra. Especialista em Direito Tributário. Conselheiro do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais. Auditor Fiscal da Receita Federal do Brasil.

² Sobre a evolução histórica dos direitos fundamentais, sentidos, e âmbitos de proteção, ver ANDRADE, 2016, p. 52 – 70; MIRANDA, 2016, p. 231 – 238; SILVA, 2005, p. 149 – 172.

jurisprudência, especialmente quando estão em causa outros bens jurídicos constitucionalmente protegidos.

Na primeira parte do estudo, traz-se a lume a questão dos limites para o exercício de direitos fundamentais em conflito com outros princípios, direitos e deveres fundamentais. Em seguida, passa-se ao exame mais detalhado do direito à privacidade e à intimidade, seu objeto, conteúdo e âmbito de proteção. A partir deste quadro, faz-se a análise dos sigilos bancário e fiscal como garantias do direito à privacidade e à intimidade.

Para exame das questões constitucionais suscitadas, propõe-se a aplicação do princípio da proporcionalidade, tendo, como contraponto ao direito à privacidade, os bens jurídicos constitucionalmente relevantes que são inerentes à atuação da Administração Tributária no seu mister de prover os recursos necessários para o funcionamento do Estado, combater a evasão e promover a justiça fiscal.

Embora este estudo limite-se à análise da compatibilidade constitucional das normas legais, não se deve olvidar que a atuação da Administração Tributária não está apenas vinculada ao princípio da estrita legalidade – podendo agir tão-somente conforme as previsões legais – mas, também, encontra-se obrigada a interpretar a lei de modo a garantir a efetividade dos direitos fundamentais dos administrados e, caso não haja previsão legal ou esta seja insuficiente, a atuar de modo a garanti-los, numa vinculação direta aos preceitos constitucionais jus-fundamentais³.

Por fim, nos comentários do *case* representativo da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal brasileiro, é necessário ressaltar a atuação

³ ANDRADE, 2016, p. 224 – 225.

dos tribunal como garantia imprescindível para que os direitos fundamentais não fiquem “à mercê da vontade do legislador”⁴.

2. NOTAS SOBRE O CONTEXTO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA ATUALIDADE

Inicialmente, é preciso traçar alguns balizamentos teóricos, a respeito do quadro dos direitos fundamentais na atualidade⁵.

Devem ser afastadas as considerações de cunho jusnaturalista. Os direitos fundamentais surgiram originalmente como produtos culturais de cunho filosófico e religioso, tendo como ideia legitimadora uma certa ordem de *direitos naturais* que assistiriam ao homem em decorrência de sua condição humana racional⁶. Sob esta perspectiva, caracterizavam-se como “direitos absolutos, imutáveis e intemporais, inerentes à qualidade de homem dos seus titulares”⁷. O recorte atende o alerta de Vieira de Andrade⁸ sobre a tendência de se buscar em categorias pertencentes à ordem moral e cultural, uma dimensão *fundamentante* para legitimar e iluminar os preceitos constitucionais, “sempre que há deficiências ou dificuldades na aplicação das normas positivas referentes a direitos fundamentais”.

Afastado o jusnaturalismo⁹, trabalha-se com uma perspectiva positiva dos direitos fundamentais constitucionalmente erigidos. Não se

⁴ MENDES, 1998, p. 29.

⁵ Desbordaria do estrito escopo deste estudo fazer uma ampla abordagem dos direitos fundamentais. Assim, as notas trazidas nesta fundamentação são aquelas adequadas ao objeto escolhido e à metodologia aplicada.

⁶ SILVA, 2005, p. 173 – 174.

⁷ ANDRADE, 2016, p. 19.

⁸ ANDRADE, 2016, p. 19.

⁹ Segundo José Afonso da Silva (2005, p. 180 – 181), afastada a concepção jusnaturalista, de onde promana a ideia de que os direitos fundamentais seriam *inatos, absolutos, invioláveis (intransferíveis) e imprescritíveis*, surgiram as seguintes características: (1) *Historicidade*: rechaça toda fundamentação

nega a importância dos valores e referências éticas subjacentes aos direitos positivados, tampouco reduz-se a importância da dimensão utópica ou idealista que carregam as Cartas Políticas nacionais¹⁰. O direito é um sistema aberto semanticamente e, portanto, aberto às formulações das linguagens social, política, filosófica, antropológica, psicológica. A disciplina dos direitos fundamentais é sensível às mudanças do mundo “do ser” que afetem a condição humana. Contudo, o direito é fechado sintaticamente. Em sua função deontica, o direito não trabalha com absolutos e imutáveis. Trabalha com relações de coordenação e hierarquia das normas, com fontes do direito, com interpretação e aplicação das normas válidas e vigentes em determinado momento histórico. Tem como elemento essencial a norma jurídica¹¹, construída a partir de categorias próprias, que não se confundem com as das outras linguagens.

Assim, à evidência, princípios e direitos fundamentais, como o princípio da dignidade da pessoa humana, essencial para a compreensão do sistema jusfundamental, trazem forte carga de utopia. Entretanto, a dimensão que aqui interessa é a carta jurídica, fundante e fonte de validade de uma ordem jurídica positiva^{12/13/14}.

baseada no direito natural, na essência do homem ou na natureza das coisas; (2) *Inalienabilidade*: não têm conteúdo econômico-patrimonial; (3) *Imprescritibilidade*; (4) *Irrenunciabilidade*. O caráter histórico afastaria o caráter absoluto. Vale destacar que o próprio autor reconhece que não é posição pacífica na doutrina brasileira, mencionando a posição de Pontes de Miranda, para quem haveria direitos fundamentais absolutos e relativos.

¹⁰ Ver MIRANDA, 2016a, p. 235.

¹¹ CARVALHO, 2011, p. 34 – 35.

¹² Sobre a constitucionalização dos direitos fundamentais, ver CANOTILHO, 2003, p. 377 e ss.

¹³ Sobre a qualidade da CRP/1976 como lei constitucional, ver CANOTILHO e VITAL MOREIRA, 2014, p. 57.

¹⁴ Ver ANDRADE, 2016, p. 105 – 106.

Os direitos fundamentais, como direitos positivados de índole constitucional, têm força cogente e estão sujeitos à interpretação jurídica típica das normas constitucionais¹⁵. Neste sentido – e não como direitos naturais do ser humano – estão garantidos pelos mecanismos de justiça constitucional¹⁶.

Segundo Gomes Canotilho e Vital Moreira¹⁷, os direitos fundamentais integram o conjunto da ordem constitucional, organicamente ligados aos restantes domínios constitucionais e formam um todo coerente com as outras componentes da “decisão constituinte”, particularmente a componente democrática e a social.

Traçado o contexto dos direitos fundamentais, é necessário definir seu domínio, dando-lhe autonomia institucional¹⁸.

Comumente, a doutrina utiliza um conceito formal de direitos fundamentais, vinculando-os à sua enunciação (explícita ou implícita) no texto constitucional¹⁹. Entretanto, os textos constitucionais²⁰ levam à necessidade de se forjar um conceito material de direito fundamental, visto que se abrem para a matéria de direitos fundamentais veiculados em textos normativos infraconstitucionais e em instrumentos de direito internacional. Na falta de um conceito material, corre-se o risco de hipertrofia, por conta do processo de diversificação e acumulação

¹⁵ Ver SILVA, 2005, p. 179 – 180.

¹⁶ Neste sentido, ver ANDRADE, 2016, p. 38.

¹⁷ 2014, p. 306.

¹⁸ ANDRADE, 2016, p. 79.

¹⁹ SILVA, 2005, p. 180: “São direitos constitucionais na medida em que se inserem no texto de uma constituição ou mesmo de simples declaração solenemente estabelecida pelo poder constituinte”.

²⁰ Constituição da República Portuguesa, artigo 16, nº 1, e Constituição da República Federativa do Brasil, artigo 5º, § 2º.

característico do sistema jusfundamentalista²¹ em função de sua abertura a novos direitos.

Para lançar bases para a compreensão do conceito material de direito fundamental, recorre-se aos ensinamentos de Vieira de Andrade²²:

Em primeiro lugar, pela importância do seu radical subjetivo. O núcleo estrutural da matéria dos direitos fundamentais é constituído por posições jurídicas subjetivas consideradas fundamentais e atribuídas a todos os indivíduos ou a categorias abertas de indivíduos. [...] Em segundo lugar, a função de todos os preceitos relativos aos direitos fundamentais há de ser a proteção e a garantia de determinados bens jurídicos das pessoas ou de certo conteúdo das suas posições ou relações na sociedade que sejam considerados essenciais ou primários. Os preceitos que não atribuam posições jurídicas subjetivas só pertencem à matéria dos direitos fundamentais se contiverem normas que se destinem diretamente e por via principal a garantir essas posições jurídicas. Em terceiro lugar, a consagração de um conjunto de direitos fundamentais tem uma intenção específica, que justifica a sua primariedade: explicitar uma ideia de Homem [...] que, no âmbito da nossa cultura, se manifesta juridicamente num princípio de valor, que é o primeiro da Constituição portuguesa: o princípio da dignidade da pessoa humana.

Ainda segundo Vieira de Andrade, a autonomia dos direitos fundamentais, no contexto constitucional descrito, é irrecusável e limitada²³, porque o homem

[...] tem também deveres fundamentais de solidariedade para com os outros homens e para com a sociedade, obrigando-se a suportar as restrições e compressões indispensáveis à acomodação dos direitos dos outros e à

²¹ ANDRADE, 2016, p. 67 – 68.

²² ANDRADE, 2016, p. 79 – 80.

²³ ANDRADE, 2016, p. 80 – 81.

realização dos valores comunitários, ordenados à felicidade de todos. E não só: a liberdade real de cada indivíduo, incluindo a liberdade de participação e a liberdade perante a necessidade e o medo, só pode ser conseguida nos tempos de hoje através de uma ordenação política democrática e pluralista e da garantia pública de um nível mínimo de justiça social.

3. DIREITO FUNDAMENTAL À PRIVACIDADE E À INTIMIDADE

3.1 PRIVACIDADE E INTIMIDADE: DISPOSITIVOS CONSTITUCIONAIS

Preambularmente, é preciso destacar que o Estado brasileiro tem como fundamento a dignidade da pessoa humana. É o que determina de forma expressa o artigo 1º, inciso III, da Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB/1988).

Faz-se mister, portanto, na interpretação dos preceitos constitucionais relacionados abaixo, que tratam do direito à privacidade e à intimidade, ter em mente que não podem ser compreendidos de forma isolada, descontextualizada do conjunto da ordem constitucional e do subsistema jusfundamental.

Neste contexto, a CRFB/1988 prevê no art. 5º, inciso X, que são *invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação*. Como garantias dos direitos fundamentais à privacidade e à intimidade, os incisos XI e XII do mesmo artigo determinam a inviolabilidade da casa e do sigilo da correspondência, de dados e das comunicações telefônicas.

3.2 CONTEÚDO, NÚCLEO ESSENCIAL E CAMADAS ENVOLVENTES

Nesta etapa do estudo, interessam as normas que atribuem às pessoas o direito fundamental subjetivo à privacidade e à intimidade. É a partir da posição jurídica subjetiva fundamental que se deve organizar o sistema de respeito, proteção e promoção deste aspecto da dignidade da pessoa humana²⁴.

Incumbe, avaliar qual o âmbito de proteção da norma²⁵, ou seja, quais os bens jurídicos protegidos e qual a extensão desta proteção. A construção jurídica do âmbito de proteção de um direito subjetivo fundamental exige árduo trabalho de interpretação, uma vez que não é determinado em todas as suas nuances pelo constituinte. Nesse trabalho, o intérprete deverá tratar com diversos limites, nomeadamente a distinção entre núcleo essencial e camadas envolventes, limites iminentes, limites decorrentes da colisão com outros direitos fundamentais, com deveres fundamentais e outros bens jurídicos constitucionalmente protegidos.

O núcleo essencial de um direito fundamental corresponde à projeção do princípio da dignidade da pessoa humana naqueles aspectos que a Constituição visa em primeira linha proteger e que caracteriza e justifica a sua existência autônoma^{26/27}. Portanto, mesmo que se admita a possibilidade de restrição legal do núcleo essencial – nas hipóteses autorizadas, sempre em caráter geral e abstrato, respeitada a

²⁴ ANDRADE, 2016, p. 161.

²⁵ CANOTILHO, 2014, p. 1275.

²⁶ ANDRADE, 2016, p. 165.

²⁷ A este respeito, preceitua Jorge Miranda (2016, p. 310 - 311) que o núcleo essencial configura "barreira última e efetiva contra o abuso do poder, como barreira que o legislador, seja qual for o interesse (permanente ou conjuntural) que prossiga, não deve romper".

proporcionalidade – que afete as pessoas em determinadas circunstâncias, a restrição não poderá ser ilimitada no tempo, nem poderá abranger a generalidade dos domínios da vida destas^{28/29}.

As camadas envolventes incluem valores não essenciais que o preceito também visa assegurar, sujeitos a uma proteção constitucional de menor intensidade³⁰. O domínio de proteção é delimitado por limites imanescentes³¹, que podem ser *materiais*, relativos ao bem jurídico ou à parcela da realidade objeto do preceito, ou *jurídicos*, relativos ao conteúdo, ou seja, às situações, formas ou modos de exercício do direito protegidos.

Portanto, para saber, *prima facie*, se são inconstitucionais (ou não) as hipóteses de acesso administrativo, sem prévia decisão judicial, é preciso realizar um esforço exegético para determinar se os dados pessoais de natureza financeira, que estão sob sigilo bancário, encontram-se (ou não) sob o manto do direito à privacidade e à intimidade, considerados os limites imanescentes. Caso positivo, se se inserem no núcleo essencial da norma e se estão sujeitos à restrição ou à harmonização por parte do legislador ordinário³².

Ensinam Gomes Canotilho e Vital Moreira^{33/34} que o direito à reserva da intimidade da vida privada e familiar desdobra-se em dois

²⁸ ANDRADE, 2016, p. 286.

²⁹ Sobre proteção do núcleo essencial, proibição de restrições casuísticas e aplicação do princípio da proporcionalidade em matéria de direitos fundamentais na ordem constitucional brasileira, ver MENDES, 1998, p. 34 – 40.

³⁰ ANDRADE, 2016, p. 166.

³¹ ANDRADE, 2016, p. 271 – 272.

³² ANDRADE, 2016, p. 166.

³³ 2014, p. 467 - 468.

³⁴ Em sentido semelhante, assevera José Afonso da Silva (2005, p. 208) que são dois os atentados ao segredo da vida privada: (i) a divulgação de eventos relevantes da vida pessoal e familiar; e (ii) a investigação de acontecimentos referentes à vida pessoal e familiar (incluída a conservação de documentos obtidos de forma ilícita).

direitos menores, a saber, “(a) o direito de impedir o acesso de estranhos a informações sobre a vida privada e familiar e (b) o direito a que ninguém divulgue as informações que tenha sobre a vida privada e familiar de outrem”. Fortes na ideia de dignidade da pessoa humana, pontificam que o âmbito normativo do direito deve contemplar a um conceito de “vida privada” adequado à vida contemporânea.

Na esteira desses ensinamentos, o presente trabalho está estruturado para estudar como o acesso a dados financeiros sob sigilo bancário por parte da administração tributária pode afetar os dois direitos em que se subdivide o direito à privacidade e à intimidade.

Gomes Canotilho e Vital Moreira³⁵ assinalam que o artigo 26º da CRP/1976, cuja epígrafe é *outros direitos pessoais*, elenca nove direitos fundamentais distintos que têm como traço comum “estarem directamente ao serviço da protecção da esfera nuclear das pessoas e da sua vida, abarcando fundamentalmente aquilo que a literatura juscivilista designa por direitos de personalidade”. A partir da premissa de direito da personalidade, os autores, ao tratarem do direito à reserva da intimidade da vida privada e familiar³⁶ remetem à ideia de “*direito ao segredo do ser*” e alertam para a dificuldade de se incluir as informações financeiras no escopo da protecção constitucional por ser tratar de “*direito ao segredo do ter*”. Prosseguem os autores argumentando que a esfera do *segredo do ter* estaria mais sujeita a restrições do que o *segredo do ser*, além de mais sujeita a concordâncias práticas com outros interesses constitucionalmente relevantes, nomeadamente o combate à fraude fiscal, ao branqueamento de capitais e a outros ilícitos penais.

³⁵ 2014, p. 461.

³⁶ CANOTILHO e VITAL MOREIRA, 2014, p. 468 – 469.

Sobre essa distinção, cabe citar as palavras do Ministro Carlos Ayres Britto³⁷:

Os dados do ter, do patrimônio, dos rendimentos, as atividades econômicas, na sua objetividade, tudo isso é vocacionado para uma abertura. O futuro não vai preservar senão os dados do ser. Os dados do ter serão cada vez mais escancarados, porque patrimônio e renda são obtidos da sociedade, e a sociedade precisa saber o modo pelos quais esses bens, conversíveis em pecúnia, foram obtidos e em que eles consistem. Isso é da lógica natural de uma sociedade que faz da transparência e da visibilidade verdadeiros pilares da democracia.

Esta não é uma posição pacífica na doutrina, como se pode ver nas argumentações de Maria Eduarda Azevedo³⁸ e Paula Elisabete Barbosa³⁹, que defendem que a garantia da confidencialidade bancária é uma dimensão do direito à reserva de privacidade.

Apesar das críticas, a reflexão sobre o segredo do “ser” e do “ter”, à qual este trabalho está alinhado, traz luz à questão sob exame e revela um critério juridicamente válido de distinção de parcela da realidade sujeita a menor intensidade de proteção.

Quando se examina os dados financeiros sob a forma de saldos ou montantes agregados, a informação obtida é essencialmente patrimonial. Mas, quando se examina individualmente os lançamentos a débito e a crédito, surgem dados sobre as fontes dos recursos recebidos e os beneficiários de pagamentos. Tais dados não revelam diretamente, mas

³⁷ STF, RE nº 389.808/PR, em 15/12/2010.

³⁸ 2012, p. 14: “Por conseguinte, quando a generalidade dos cidadãos goza do estatuto de cliente bancário e se assiste a um recurso maciço à utilização dos bancos, tanto para a realização de operações financeiras de grande porte, como para operações normais do cotidiano, a garantia de confidencialidade bancária torna-se ainda mais importante, assumida como uma dimensão essencial do direito à reserva de privacidade”.

³⁹ 2005, p. 1236.

podem ser indicativos de comportamentos, atitudes, opiniões da pessoa e demandam maior proteção jurídica do que a dispensada aos saldos e valores agregados das contas.

Utilizando-se as categorias até o momento expostas é de se concluir que as informações financeiras das pessoas, pertencentes ao mundo do “ter”, nos termos expostos acima, mesmo que se considere que estejam sob o manto constitucional da proteção à privacidade e à intimidade, não pertenceriam ao seu núcleo essencial, merecendo um grau menos intenso de proteção. Desta forma, o direito ao sigilo seria mais sujeito às restrições e concordâncias práticas em vista de outros bens jurídicos constitucionalmente protegidos.

Neste diapasão, o artigo 6º da Lei Complementar nº 105/2001 (Brasil) autoriza o Fisco, em determinadas condições, a requisitar dados financeiros, bem como outros documentos apresentados pela pessoa ao banco, desde que relevantes para a determinação da ocorrência do fato jurídico tributário nos seus critérios material, temporal, espacial, pessoal e, em especial, o *quantum debeat*. Contudo, a ordem constitucional do Brasil não autoriza que a lei atribua à administração tributária poder para realizar “devassas” nas vidas das pessoas, nos mais variados âmbitos de sua personalidade (do “ser”), sob pena de ferir o núcleo essencial do direito fundamental à privacidade e à intimidade.

3.3 BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE O REGIME JURÍDICO DO DIREITO À PRIVACIDADE E À INTIMIDADE

A CRFB/1988 determina no parágrafo 1º do artigo 5º que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais, dentre as quais está o direito à privacidade e à intimidade, têm aplicação imediata.

A posição jurídica individual é oponível ao Estado brasileiro, que têm o dever jurídico de não violar a intimidade e a privacidade das pessoas. Todavia, conforme a fundamentação apresentada, o direito à privacidade e à intimidade, no Estado democrático de direito, tem seu âmbito de proteção condicionado por outros direitos e deveres fundamentais.

No Brasil, especificamente quanto ao âmbito de proteção dos dados relativos à privacidade e à intimidade, o constituinte limitou-se a enunciar a inviolabilidade da correspondência e da comunicação⁴⁰. Não há menção expressa ao dever do Estado de legislar sobre a matéria.

Porém, é digna de registro a reserva à lei complementar das normas gerais atinentes ao lançamento tributário⁴¹. Interpretado o lançamento como procedimento tendente a apurar a ocorrência do fato jurídico tributário⁴², essa reserva significa que as normas gerais atinentes aos procedimentos de fiscalização tendentes à identificação do patrimônio, dos rendimentos e da atividade econômica⁴³ que afetem o direito fundamental à privacidade e à intimidade teriam de ser introduzidas no sistema nacional por meio de leis complementares⁴⁴.

3.4 E AS PESSOAS JURÍDICAS?

A questão que se coloca neste tópico é se as pessoas jurídicas, especialmente sociedades empresárias⁴⁵, são titulares de direito

⁴⁰ Artigo 5º, inciso XII, da CRFB/1988.

⁴¹ Artigo 146, inciso III, alínea b, da CRFB/1988.

⁴² Nos termos do artigo 142 do Código Tributário Nacional.

⁴³ Artigo 145, § 1º, CRFB/1988.

⁴⁴ Pode ser necessário entender essas normas gerais como atinentes à limitação ao poder de tributar.

⁴⁵ Artigo 982 do Código Civil brasileiro.

fundamental à privacidade e à intimidade e, caso positivo, qual o âmbito de proteção que lhes é conferido pelo preceito constitucional.

Vieira de Andrade⁴⁶ ensina que os direitos fundamentais são em essência atributos da personalidade humana e que a extensão destes às pessoas coletivas decorre da proteção da dignidade das pessoas singulares nas formações sociais onde exercem a sua personalidade. Aplica-se o princípio da especialidade, segundo o qual as pessoas coletivas têm capacidade de gozo de direitos necessários ou convenientes à realização de seus fins, e que o âmbito de proteção constitucional comporta restrições legislativas mais profundas.

No Brasil, afirma José Afonso da Silva⁴⁷ que, em princípio, os direitos fundamentais de que trata o artigo 5º da CRFB/1988 são dirigidos às pessoas físicas, mas pode-se constatar que diversos direitos são estendidos às pessoas jurídicas.

Considerando o estreito escopo deste trabalho, faz-se um recorte pertinente ao princípio da especialidade para tratar tão-somente das sociedades empresárias, tendo em vista sua importância na atividade econômica e nas controvérsias judiciais sob exame.

Nas sociedades empresárias, o sigilo bancário não se presta à proteção do desenvolvimento da personalidade das pessoas físicas, sejam sócios ou administradores. Embora possa haver considerações do interesse de segredos comerciais, a atividade econômica desenvolvida por essas sociedades está essencialmente voltada para o público e localiza-se definitivamente fora do âmbito a proteção da privacidade. O sigilo bancário é, destarte, sujeito à restrição por parte do legislador

⁴⁶ 2016, p. 118 - 121.

⁴⁷ 2005, p. 191 - 192.

ordinário. É de se apontar que, em diversas situações, o direito ao sigilo da situação patrimonial das sociedades já é parcialmente derogado, nomeadamente no caso daquelas que estão obrigadas a publicar seus balanços, como as sociedades anônimas de capital aberto.

Ademais, no ponto que interessa especificamente a este estudo, as sociedades empresárias estão obrigadas a apresentar à Administração Tributária os livros contábeis e fiscais, bem como os documentos que lhes dão suporte⁴⁸ (eventualmente, a contabilidade pode ser substituída por uma escrita simplificada, mas que sempre inclui a movimentação financeira). Ora, na escrita contábil devem estar espelhadas todas as informações que constam dos registros individualizados dos lançamentos a débito e a crédito nas contas bancárias. Na contabilidade devem estar consignados os beneficiários de pagamentos, as fontes de recursos recebidos, as naturezas das operações, os montantes, as datas. Todos os dados relevantes para a apuração da ocorrência do fato jurídico tributário devem estar espelhados na contabilidade, revestindo-se os documentos bancários, neste caso, da qualidade de meros documentos comprobatórios dos registros contábeis. Não há como – licitamente – a sociedade empresária argumentar que, ao acessar tais dados sob sigilo bancário, a Administração Tributária obtenha qualquer informação que ela não tivesse o dever de registrar na contabilidade.

A apresentação de documentos bancários que dão suporte aos lançamentos contábeis e fiscais é inerente às obrigações tributárias acessórias das sociedades empresárias.

É forçoso concluir que as informações financeiras e patrimoniais dessas sociedades não são sigilosas perante o Fisco, estando fora do

⁴⁸ Artigo 195 do Código Tributário Nacional (CTN) e artigo 31º, nº 2, da Lei Geral Tributária (LGT).

âmbito de proteção constitucional de que trata o direito à privacidade e à intimidade. Neste diapasão, vale citar as palavras do conselheiro Vitor Gomes na declaração de voto anexa ao Acórdão nº 442/2007 do Tribunal Constitucional português:

Considero que a inclusão do sigilo bancário de que sejam titulares pessoas colectivas no âmbito de protecção do direito à reserva da intimidade da vida privada, consagrado no n.º 1 do artigo 26.º da Constituição, não será apenas problemática, como o acórdão concede (n.º 16.2, último parágrafo), mas é, mais radicalmente, de afastar. E, como só na medida em que constitui refracção deste direito à reserva da privacidade se me afigura possível dar guarida ao sigilo bancário no elenco dos direitos fundamentais, entendo que o legislador não está subordinado, no reconhecimento e conformação do sigilo bancário relativamente a pessoas colectivas (e entes equiparados), ao regime constitucional dos direitos, liberdades e garantias.

Portanto, as considerações que serão feitas ulteriormente acerca do sigilo bancário como direito-garantia do direito fundamental à privacidade e à intimidade não alcançam as sociedades comerciais, conforme o contexto traçado neste tópico.

4 O SIGILO COMO PROTEÇÃO DA PRIVACIDADE

4.1 O SIGILO BANCÁRIO

O sigilo⁴⁹ impõe às instituições bancárias, seus administradores, prepostos e empregados, o dever de se abster de divulgar os dados que lhes são confiados pelos clientes, bem como os relativos às operações financeiras realizadas.

⁴⁹ Para uma síntese da vinculação histórica entre o sigilo bancário e a atividade bancária, ver AZEVEDO, 2012, p. 9 – 10 e BARBOSA, 2005, p. 1233.

O dever de sigilo⁵⁰, de forma geral, pode ser motivado por interesses particulares, como a preservação da intimidade, e por interesses gerais, como a preservação da confiança nas instituições e no sistema [bancário, no caso]. Mas, além das razões de fundo ético para a preservação da privacidade, o sigilo bancário tem relevante importância econômica no incentivo à poupança e ao investimento, na medida que confere mais segurança ao cliente⁵¹.

É o caráter de proteção desses legítimos interesses que fundamenta a juridicidade que o direito atribui ao sigilo bancário, cujo descumprimento implica sanções⁵² [de natureza administrativa, civil e penal].

O sigilo bancário é um direito-garantia⁵³ inerente ao direito fundamental à privacidade e à intimidade. Trata-se de um direito que confere ao seu titular a prerrogativa de exigir do Estado prestações jurídicas com o objetivo de preservar-lhe a integridade frente ao descumprimento por parte dos destinatários da norma jurídica, garantindo-lhe a posição primária de reserva da privacidade.

Mas, o direito ao sigilo bancário não é um absoluto. Sendo um direito-garantia do direito fundamental à privacidade e à intimidade, tem a mesma sorte que este em relação ao âmbito de proteção e à possibilidade de ceder espaço em função de restrição ou harmonização com outros bens jurídicos constitucionalmente relevantes.

Mas, a possibilidade de restrição ou de harmonização do direito não pode levar à aniquilação ou mesmo à limitação excessiva. O direito

⁵⁰ BARBOSA, 2005, p. 1233 - 1234.

⁵¹ BARBOSA, 2005, p. 1237.

⁵² AZEVEDO, 2005, p 11.

⁵³ Sobre direitos-garantia, ver VIEIRA DE ANDRADE, 2016, p. 114 - 115.

de sigilo há de ceder apenas o necessário, mantendo-se seu núcleo essencial, com respeito ao princípio da proporcionalidade.

Argumenta Azevedo⁵⁴ que, embora o sigilo bancário possa ceder espaço para o enfrentamento de atos de criminalidade organizada, nomeadamente operações de branqueamento de capitais, e para a correta aplicação da lei fiscal, é preciso observar a extensão e as condições para seu afastamento [em face das instituições públicas responsáveis pelo combate aos ilícitos mencionados].

De fato, o sigilo bancário já cedeu espaço⁵⁵: no direito bancário, para a garantia do regular funcionamento das instituições bancárias; na área civil, para a devida prossecução da justiça; na área criminal, para o combate ao crime; e no domínio da fiscalidade, para a justa tributação e o combate à evasão e fraudes fiscais.

Em apertada síntese, Barbosa argumenta, em relação aos direitos civil/processual civil e penal/processual penal⁵⁶, que o sigilo bancário cedeu espaço para garantir a eficácia dos processos judiciais, a boa-fé das partes e combater crimes, em respeito ao valor da justiça e de outros direitos. Em grande parte, sua argumentação favorável à compressão do direito ao sigilo bancário reside no cometimento ao Poder Judiciário da competência para, no caso concreto, fazer ceder o direito ao sigilo.

Em relação ao direito tributário, porém, a posição da autora se altera significativamente⁵⁷.

De um lado, argumenta que é justificável a derrogação do sigilo bancário em respeito aos princípios e fins fiscais, mesmo que signifique

⁵⁴ 2005, p. 14 – 15.

⁵⁵ BARBOSA, 2005, p. 1238.

⁵⁶ BARBOSA, 2005, p. 1240 – 1244.

⁵⁷ BARBOSA, 2005, p. 1244 – 1247.

em certa medida o sacrifício do direito à reserva da intimidade da vida privada e familiar. Para fundamentar, argumenta que tanto o sigilo bancário quanto a correta tributação atuam em favor do desenvolvimento econômico e social; que a “boa tributação” favorece a satisfação das necessidades financeiras do Estado; e, a “boa tributação” favorece a identificação do rendimento real para a distribuição da carga fiscal de acordo com a capacidade contributiva de cada um. Acrescenta que os dados passam a estar protegidos pelo sigilo fiscal.

De outro lado, a crítica situa-se na falta de decisão judicial prévia, que distingue a derrogação no âmbito do direito tributário das situações anteriores, principalmente, nas hipóteses em que o recurso à decisão administrativa não tem efeito suspensivo⁵⁸.

No mesmo sentido, mas em termos mais incisivos, defende Azevedo⁵⁹ que

o acesso directo sem dependência de autorização judicial prévia, atribui à Administração fiscal um poder forte – porventura excessivo –, tendo presente que esta é parcial na defesa dos interesses económicos e financeiros que representa, ao invés dos tribunais que são instâncias independentes, cuja única tarefa é a salvaguarda do Direito, enquanto complexo de direitos e deveres e eixo basilar do Estado Democrático.

4.2 O SIGILO FISCAL

Assim como o sigilo bancário, o sigilo fiscal também é um direito-garantia, corolário do direito à privacidade e à intimidade, cabendo ao administrado o direito subjetivo de exigir do Estado o seu cumprimento.

⁵⁸ BARBOSA, 2005, p. 1271.

⁵⁹ 2012, p. 35 – 36

Dentre os dados que compõem as informações relevantes para a apuração de tributos, em especial do imposto sobre a renda das pessoas físicas, há aqueles relativos à vida pessoal e familiar, como identificação de dependentes e de alimentandos, a ocorrência de doenças que justifiquem o gozo de isenções, despesas com tratamentos médicos e educação, etc. Pode-se formular, então, que o objeto do sigilo fiscal é a generalidade das informações relativas ao “ser” e ao “ter” que são fornecidas pelos particulares ou obtidas de ofício pela Administração Tributária⁶⁰.

É possível asseverar que, sem o sigilo fiscal, não seria juridicamente viável possibilitar o acesso da Administração Tributária aos dados dos contribuintes sob sigilo bancário. Sem a garantia do sigilo fiscal, revogar-se-ia o sigilo bancário por via transversa, o que está fora da competência do legislador infraconstitucional, pelo menos no atual patamar de desenvolvimento civilizatório. Em linha com esse pensamento, verifica-se que as legislações que trouxeram hipóteses de acesso administrativo aos dados sob sigilo bancário trouxeram, também, reforços às garantias relativas ao sigilo fiscal⁶¹.

O rigor dos procedimentos e as sanções administrativas, civis e penais pelo descumprimento do sigilo fiscal integram a forma como o direito atende ao princípio da proporcionalidade na compressão do direito à privacidade por meio do acesso da Administração Tributária às informações bancárias.

⁶⁰ Não serão tratadas neste trabalho as disposições sobre dados considerados fora dos limites iminentes do direito ao sigilo, tendo em vista que não se referem a dados originalmente sob sigilo bancário. Quanto às exceções ao dever de sigilo fiscal, ver, no Brasil, artigos 198, § 1º, e 199 do CTN e, em Portugal, artigo 64º, nº 2, da LGT

⁶¹ No Brasil, artigo 10 da Lei Complementar nº 105/2001.

5 A POSSIBILIDADE JURÍDICA DE ACESSO DA ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA AOS DADOS SOB SIGILO BANCÁRIO

5.1 O DESDOBRAMENTO DO DIREITO AO SIGILO BANCÁRIO

O direito à privacidade e à intimidade desdobra-se em dois direitos menores, a saber, o direito de impedir o acesso de estranhos e o direito a que ninguém divulgue as informações. Sendo o direito ao sigilo bancário um direito-garantia do direito fundamental à privacidade e à intimidade, também impende examiná-lo sob estes dois aspectos.

5.1.1 O DEVER DE SIGILO PERANTE TERCEIROS

O primeiro aspecto do sigilo bancário a se analisar é o *direito a que ninguém divulgue as informações que tenha sobre a vida privada e familiar de outrem*.

Conforme desenvolvido no item 4.2 acima, o sigilo fiscal – reforçado nos casos de dados originalmente sob sigilo bancário – reveste-se da qualidade de garantia dos administrados⁶². As exceções ao sigilo fiscal são restritas, protegendo a generalidade dos dados inerentes à personalidade e ao patrimônio dos administrados confiados ou obtidos de ofício pela Administração Tributária.

Importa que as informações sigilosas transitem num sistema estanque, cujos procedimentos reduzam as possibilidades de vazamentos ou usos indevidos e que os descumprimentos estejam sujeitos às devidas sanções administrativas, civis e penais.

Oportuno mencionar as palavras do Ministro Dias Toffoli⁶³:

⁶² D'ALTE, Sofia Tomé, 2002, p. 500 e ss.

⁶³ STF, ADI nº 2858/DF, 24/02/2016.

Nessa transmutação, importa salientar que inexistente qualquer distinção entre uma e outra espécie de sigilo que possa apontar para uma menor seriedade do sigilo fiscal em face do bancário. Ao contrário, os segredos impostos às instituições financeiras (muitas das quais, de natureza privada), se mantêm, com ainda mais razão, com relação aos órgãos fiscais integrantes da Administração Pública, submetidos que são à mais estrita legalidade.

5.1.2 O SIGILO COMO LIMITE À ATUAÇÃO DO ESTADO

O aspecto central de todo este estudo reside justamente no exame do sigilo bancário como *direito de impedir o acesso de estranhos a informações sobre a vida privada e familiar*. O estranho, no caso, é o Estado, por meio da Administração Tributária.

Já se adiantou que o presente trabalho está alinhado com a reflexão feita por Gomes Canotilho, Vital Moreira e Ayres Britto sobre a distinção dos dados da personalidade (do “ser”) e do patrimônio (do “ter”). A estas, junta-se o argumento de Luís Máximo dos Santos⁶⁴ acerca da necessidade de distinguir as situações em que há revelação de fatos da vida pessoal daquelas em que tal não ocorre.

Não se afirma neste trabalho que os dados financeiros, mesmo aqueles exclusivamente patrimoniais, estejam fora do manto jusfundamental do direito constitucional à privacidade e à intimidade. Entretanto, é possível, com base na fundamentação apresentada, concluir que pertencem às camadas envolventes periféricas, de menor proteção.

Atendendo à questão posta por Luís Máximo dos Santos de graduação do âmbito de proteção, os dados individualizados de débitos e créditos, que revelem fontes de recursos recebidos e beneficiários de

⁶⁴ 2008, p. 269.

pagamentos, que podem, indiretamente, trazer informações pessoais, merecem maior proteção do que os exclusivamente patrimoniais e, deste modo, devem atender a critérios mais rígidos de motivação, procedimento e uso.

Por fim, os dados pessoais que não tenham relevância para a apuração do fato jurídico tributário devem estar rigorosamente protegidos da bisbilhotice do Estado.

Resta, então saber, (i) como se aplica, conforme exigência doutrinária e constitucional, o princípio da proporcionalidade, fazendo o direito ao sigilo ceder aos bens jurídicos constitucionalmente relevantes inerentes à atividade de fiscalização tributária e (ii) se pode o legislador, de forma abstrata e geral, determinar as hipóteses de acesso, ou se estas devem ser sempre determinadas, caso a caso, pelo Poder Judiciário.

5.2 A OBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

Segundo Suzana Tavares da Silva⁶⁵, “o princípio da proporcionalidade é hoje o instrumento jurídico mais relevante e frequente no controle judicial dos atos do poder público, particularmente quando contêm e, sobretudo, quando restringem ou limitam direitos fundamentais”.

Há três tipos de litígios em que o princípio da proporcionalidade é necessário⁶⁶: (i) quando haja uma colisão de direitos em concreto, que pressupõe um juízo judicial do direito; (ii) quando o legislador, intencionalmente, decide restringir um direito, com o propósito de solucionar

⁶⁵ 2014, p. 49.

⁶⁶ TAVARES DA SILVA, 2014, p. 50.

em abstrato um conflito potencial entre dois direitos ou um direito e outro valor relevante; e (iii) quando o legislador, ao agir como regulador econômico ou social, acaba por limitar direitos fundamentais.

A primeira hipótese acima amolda-se ao controle jurisdicional prévio – individual e concreto – do acesso da administração aos dados sob sigilo bancário, como foi defendido por parte da doutrina. A segunda e a terceira, que tratam da restrição ou harmonização de direitos fundamentais pelo legislador, referem-se de forma mais direta à apreciação em abstrato das normas legais que constituem o objeto deste estudo.

Neste trabalho, opta-se pela formulação da metódica da proporcionalidade nos seguintes termos: cabe analisar a *adequação* da norma “no sentido de que nenhuma medida restritiva de um direito deve ser admitida se com ela não se visar a promoção de um outro direito ou interesse geral” e a *necessidade* no sentido de que “a medida não pode ser substituída por outra igualmente adequada (eficaz), mas menos gravosa”⁶⁷ e, por sua vez, o exame da *proporcionalidade estrita* deve ser visto como um exame de razoabilidade, no sentido de defensabilidade exposto por Vieira de Andrade⁶⁸.

Sobre *adequação*, ensina Ana Paula Dourado⁶⁹ que “a abertura do sigilo bancário para efeitos fiscais [...] é entendida atualmente, pela maior parte dos ordenamentos da OCDE, como o instrumento mais adequado para assegurar a tributação segundo o princípio da igualdade ou capacidade contributiva”.

Quanto à *necessidade*, não se vislumbra outra medida igualmente eficaz e menos gravosa para a verificação das rendas e patrimônios que,

⁶⁷ TAVARES DA SILVA, 2014, p. 52 – 53.

⁶⁸ 2016, p. 288.

⁶⁹ 2012, p. 242.

conforme mencionado anteriormente, na atualidade, circulam e são acumulados especialmente no sistema financeiro.

A *proporcionalidade em sentido estrito*, critério jurídico, depende de exame dos valores inerentes à atividade da administração tributária que estão consagrados de forma explícita nos textos constitucionais, como se pode observar especialmente nos artigos 37, XXII, e 145, § 1º, da CRFB/1988⁷⁰.

A ponderação da *proporcionalidade em sentido estrito* será objeto de comentário à frente.

6 PODE O LEGISLADOR BALIZAR A ATUAÇÃO ADMINISTRATIVA SEM NECESSIDADE DE TUTELA JURISDICIONAL PRÉVIA?

Há críticas contundentes às normas legais que trazem hipóteses de acesso da administração tributária às informações sob sigilo bancário sem decisão judicial prévia. A crítica está centrada na noção de parcialidade do Fisco, que age em nome do Estado para lançar e cobrar os créditos deste, em contraposição a uma posição mais neutra e equidistante do juiz.

No sistema jurídico brasileiro, não há uma delegação expressa para o legislador infraconstitucional conformar o direito à privacidade e à intimidade. Contudo o artigo 145, § 1º, da Lei Maior traz um possível conflito ao prever que é facultado à administração tributária, especialmente para conferir efetividade aos objetivos de pessoalidade do tributo em função da capacidade contributiva, identificar, respeitados os

⁷⁰ Atividade essencial ao funcionamento do Estado; sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte, facultado à administração tributária, especialmente para conferir efetividade a esses objetivos, identificar, respeitados os direitos individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte.

direitos individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte.

Ou seja, a Constituição remete à lei determinar os termos em que a administração tributária poderá identificar o patrimônio, rendimentos, atividades econômicas, todas informações do “ter”, intimamente ligadas aos dados sob sigilo bancário. Diante desse quadro, recorre-se à lição de José Afonso da Silva⁷¹ acerca da eficácia das normas de direitos fundamentais para dizer que as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, por regra, têm eficácia contida e aplicabilidade imediata. Podem, portanto, ter o âmbito de proteção restringido pelo legislador [com todos os cuidados e limites expostos].

Em que pese o argumento de que o juiz, no caso individual e concreto, seja mais neutro e equidistante, na divisão de poderes típica do Estado democrático de direito, é o Poder Legislativo que representa a pluralidade da sociedade e tem legitimidade para, de forma geral e abstrata, determinar hipóteses, procedimentos e limites para a atuação da Administração Pública frente aos conflitos entre um direito fundamental dos administrados e outros direitos e deveres fundamentais.

Não obstante, tanto a norma legal, geral e abstrata, quanto o ato administrativo, individual e concreto, estão sujeitos ao controle do Poder Judiciário. É a justiça constitucional⁷² que vai que vai fiscalizar a observância por parte do legislador dos princípios e regras constitucionais e, assim, atuar como garante da “observância dos direitos fundamentais, tanto nas relações entre os cidadãos e o poder público, como nas relações jurídico-privadas”. Já os atos administrativos

⁷¹ 2005, p. 180.

⁷² CORREIA, 2016, p. 19 – 20, 42 – 46 e 123 - 124.

individuais e concretos têm a sua legalidade submetida ordinariamente à justiça comum⁷³.

7 COMENTÁRIOS À JURISPRUDÊNCIA CONSTITUCIONAL

7.1 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL DO BRASIL

No Brasil, houve significativa alteração das disposições legais derogadoras do sigilo bancário em face da atuação do Estado por meio da administração tributária. Entretanto, este estudo ficará centrado na apreciação do disposto no artigo 6º da Lei Complementar nº 105, de 10 de janeiro de 2001.

Como referência do posicionamento do plenário do Supremo Tribunal Federal sobre a matéria, foram selecionados os acórdãos exarados no Recurso Extraordinário nº 389.808/PR e na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2859/DF.

Recurso Extraordinário nº 389.808/PR – A matéria foi submetida ao controle difuso de constitucionalidade exercido pelo Supremo Tribunal Federal, nos termos do artigo 102, inciso III, alínea “a”, da CRFB/1988.

Chama atenção neste julgado que há duas fundamentações distintas entre os ministros que deram provimento ao recurso e, incidentalmente, consideraram inconstitucional a norma jurídica emanada do artigo 6º da Lei Complementar nº 105/2001.

A primeira é a do relator, Ministro Marco Aurélio Mello, que examinou a questão à luz do inciso XII do artigo 5º da CRFB/1988. Em reflexão substancialmente garantidora da privacidade, destacando

⁷³ CORREIA, 2016, p. 188.

argumentos relativos ao primado do judiciário e à prerrogativa de foro, o relator concluiu, com fulcro na parte final do inciso, que o afastamento do sigilo bancário somente pode ocorrer por decisão judicial⁷⁴ e exclusivamente para fins de investigação criminal ou instrução processual penal. Diferentemente, o Ministro Celso de Mello, argumentou que o afastamento da proteção constitucional ao sigilo bancário requereria a constatação de perigo evidente e atual (no caso concreto) a um interesse público, exigindo decisão judicial prévia, mas não necessariamente em sede de processo penal. Também o Ministro Gilmar Mendes entendeu não ser necessária a decisão judicial ser tomada em sede de processo penal.

O Tribunal, por apertada maioria, entendeu que a norma que possibilitava o acesso administrativo aos dados sob sigilo bancário, sem decisão judicial prévia, era inconstitucional e deu provimento ao recurso.⁷⁵

Vê-se que o STF adotou posição bastante restritiva para a compressão do direito ao sigilo bancário perante a fiscalização tributária, exigindo decisão judicial em sede de processo penal. A decisão acerca da necessidade de decisão judicial indicou que o tribunal considerava que o sigilo bancário tinha posição central no âmbito de proteção do direito à privacidade. E a exigência de processo penal – defendida especialmente pelo ministro relator – tinha suporte na dicção do inciso XII do artigo 5º da CRFB/1988, que, na visão do ministro Ayres Britto referia-

⁷⁴ Ou de Comissão Parlamentar de Inquérito.

⁷⁵ No caso, consta da parte dispositiva da decisão a finalidade específica de instrução de procedimento ou processo penal, apesar de não ter sido essa a fundamentação usada pela maioria dos ministros que acolheram o recurso. Vale destacar uma distinção relevante no funcionamento do Tribunal Constitucional português, pois, para a formação de uma convicção positiva de inconstitucionalidade é necessária uma maioria não apenas em relação à parte dispositiva, mas, também em relação à fundamentação. Sobre o tema, ver CORREIA, 2016, p. 143.

se à comunicação de dados e não ao acesso a dados depositados na instituição bancária. Ao contrário do que ocorreu no Tribunal Constitucional português, referido alhures, não houve nos votos proferidos pelos ministros do STF qualquer menção à distinção do âmbito de proteção do direito à privacidade entre as pessoas físicas e jurídicas.

Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2859/DF – A matéria voltou a ser examinada pelo STF – desta vez em controle concentrado – no julgamento da ADI nº 2859/DF, à qual foram juntados outros feitos com o mesmo objeto.

Prevaleceu neste julgamento o entendimento de que o acesso da administração tributária às informações sob sigilo bancário não constituía derrogação deste último, mas tão-somente a “transferência de dados sigilosos de um determinado portador, que tem o dever de sigilo, para outro, que mantém a obrigação de sigilo, permanecendo resguardadas a intimidade e a vida privada do correntista, exatamente como determina o art. 145, § 1º, da Constituição Federal”. Para desvelar os bens jurídicos constitucionalmente relevantes, que fundamentariam tal transferência de dados sem prévia decisão judicial, o STF elencou o dever fundamental de pagar impostos, que é necessário para que o Estado possa dar efetividade aos direitos dos cidadãos, e os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil acerca de “padrões internacionais de transparência e de troca de informações bancárias, estabelecidos com o fito de evitar o descumprimento de normas tributárias, assim como combater práticas criminosas”.

Releva registrar que a Lei Complementar traz normas gerais, de aplicação nacional, e, portanto, a decisão do STF implica, também, a possibilidade de acesso das administrações tributárias dos estados, Distrito Federal e municípios aos dados sob sigilo bancário. Assim, o STF,

estipulou critérios mínimos de garantia para os cidadãos, em respeito à proporcionalidade, para que os entes federados possam editar normas constitucionalmente válidas⁷⁶.

O entendimento adotado na decisão conflita em parte com a fundamentação deste estudo. Conforme consignado anteriormente, o direito à privacidade e à intimidade desdobra-se em dois direitos: vedação ao acesso e vedação de divulgação. A tese da transferência dos dados do sigilo bancário para o sigilo fiscal supre apenas o segundo. O primeiro poderia ser resolvido com base na metódica da proporcionalidade, levando-se em consideração o dever fundamental de pagar imposto; o dever jurídico atribuído pela constituição à fiscalização tributária de conhecer a renda e o patrimônio do contribuinte para dar eficácia aos princípios da capacidade contributiva e da pessoalidade do tributo (corolários do princípio da igualdade); e os compromissos internacionais (e mesmo a necessidade interna) de combater crimes tributários e a movimentação de dinheiro com origem ilegal e crimes como a lavagem de dinheiro.

A consideração de que o sigilo das informações financeiras não está inscrito no núcleo essencial do direito à privacidade e à intimidade – asseverada pelo ministro Luís Roberto Barroso – possibilita a aplicação

⁷⁶ São eles: i) pertinência temática entre as informações bancárias requeridas na forma do art. 6º da LC nº 105/01 e o tributo objeto de cobrança no processo administrativo instaurado; ii) prévia notificação do contribuinte quanto à instauração do processo (leia-se, o contribuinte deverá ser notificado da existência do processo administrativo previamente à requisição das informações sobre sua movimentação financeira) e relativamente a todos os demais atos; iii) submissão do pedido de acesso a um superior hierárquico do agente fiscal requerente; iv) existência de sistemas eletrônicos de segurança que sejam certificados e com registro de acesso, de modo que torne possível identificar as pessoas que tiverem acesso aos dados sigilosos, inclusive para efeito de responsabilização na hipótese de abusos; v) estabelecimento de mecanismos efetivos de apuração e correção de desvios; vi) amplo acesso do contribuinte aos autos, garantindo-lhe a extração de cópias de quaisquer documentos e decisões, de maneira a permitir que possa exercer a todo tempo o controle jurisdicional dos atos da administração, segundo atualmente dispõe a Lei 9.784/1999.

do princípio da proporcionalidade para a restrição ou harmonização dos direitos em conflito.

A meu juízo, os critérios mínimos de garantia para os cidadãos estabelecidos na decisão do STF trazem elementos de equilíbrio entre o direito fundamental que é restringido e a promoção do dever fundamental de pagar impostos.

CONCLUSÃO

De todo o exposto, vê-se que a esfera de privacidade e intimidade das pessoas físicas e famílias⁷⁷ – fundamental para o desenvolvimento da personalidade – tem cedido espaço para a atuação do Estado, mormente no exercício da atividade de fiscalização tributária. Essa mudança pode ser observada na legislação e, também, no entendimento recentemente adotado pelo Supremo Tribunal Federal do Brasil.

A legislação objeto deste estudo traz hipóteses restritas nas quais a administração tributária pode requisitar informações diretamente às instituições financeiras, bem como rígidos controles para procedimentos, garantias e sanções para o descumprimento das normas de sigilo fiscal^{78/79}. Dessa forma, possibilita maior segurança ao administrado e melhor controle repressivo por parte do judiciário, embora no Brasil, tais normas tenham sido veiculadas por meio de decreto e não pela lei.

Mas, novos desafios estão no horizonte, especialmente com os compromissos internacionais de trocas de informações bancárias sigilosas entre as Administrações Tributárias de diversos Estados por força

⁷⁷ Excetuem-se as sociedades empresárias e comerciais, conforme item 3.4.

⁷⁸ Sobre a não inconstitucionalidade do artigo 63º-B da LGT, ver DOURADO, 2012, p. 245.

⁷⁹ Sobre a não inconstitucionalidade do artigo 6º da Lei Complementar nº 105/2001, ver SANTI, 2010, p. 60.

de tratados internacionais, como é o caso do *Foreign Account Tax Compliance Act (FATCA)*. A compreensão do âmbito de proteção do direito fundamental e a aplicação do princípio da proporcionalidade permitem estabelecer critérios jurídicos válidos de “progressividade” da proteção dos dados financeiros, partindo-se daqueles de cunho essencialmente patrimonial até os que sejam mais sensíveis em relação ao livre desenvolvimento da personalidade.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. 5ª ed. Coimbra: Almedina, 2016.

AZEVEDO, Maria Eduarda. *O segredo bancário e a fiscalidade: a perspetiva portuguesa*. In: Autoridade Tributária e Aduaneira. *Ciência e técnica fiscal*. v. 428, Centro de Estudos Fiscais e Aduaneiros, 2012. p. 7 – 39.

BARBOSA, Paula Elisabete Henriques. *Do valor do sigilo – o sigilo bancário, sua evolução, limites: em especial o sigilo bancário no domínio fiscal – a reforma fiscal*. In: *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*. v. XLVI. nº 2. Lisboa, 2005. p. 1229 – 1292.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003.

_____. MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada*. v. 1. 4ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2014.

CARRAZZA, Roque. A. *Curso de Direito Constitucional Tributário*. 19ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*. 23ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

CORREIA, Fernando Alves. *Justiça constitucional*. Coimbra: Almedina, 2016.

- D'ALTE, Sofia Tomé. *O sigilo fiscal: um direito da administração tributária e uma garantia dos administrados*. In: *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*. v. XLIII, n.º 1. Lisboa, 2002. p. 491 – 510.
- DOURADO, Ana Paula. *Sobre o sigilo bancário*. In: *Revista de finanças públicas e direito fiscal*. Ano 5, n.º 3. Coimbra: Almedina, 2012.
- MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1998.
- MIRANDA, Jorge. *Curso de direito constitucional*. v 1. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2016.
- _____. *Curso de direito constitucional*. v 2. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2016.
- SANTI, Eurico Marcos Diniz de. *Fundamento Jurídico Constitucional do Direito à Prova, as Obrigações Acessórias e o Sigilo Bancário*. In: NEDER, Marcos Vinícius; SANTI, Eurico Marcos Diniz de; FERRAGUT, Maria Rita. (Coord.). *A Prova no Processo Tributário*. São Paulo: Dialética, 2010.
- SANTOS, Luís Máximo dos. *Derrogação do segredo bancário no âmbito do procedimento de reclamação graciosa e do processo de impugnação judicial: anotação ao acórdão do Tribunal Constitucional n.º 442/2007, de 14 de gosto*. In: *Revista de Finanças públicas e direito fiscal*. ano 1, n.º 1. Coimbra: Almedina, 2008.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 25ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005.
- _____. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007.
- SILVA, Suzana Tavares da. *Direitos Fundamentais na arena global*. 2ª ed. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2014.

4

BREVES CONSIDERAÇÕES ACERCA DOS FINS DO ESTADO

*Ednan Galvão Santos*¹

1. INTRODUÇÃO

Este artigo é dedicado a Paulo Bonavides (1925-2020) e Dalmo de Abreu Dallari (1931-2022) – dois dos maiores estudiosos brasileiros da Teoria Geral do Estado – e tem por desiderato tecer, à luz da tradição do pensamento jurídico-político, específicas considerações a respeito dos fins estatais. Este tema tem “o seu justo lugar na teoria do Estado, pertencendo a uma categoria de problemas que, fora de toda a dúvida, retoma posição de merecido prestígio no campo da filosofia estatal” (BONAVIDES, 2012, p. 113). Constitui matéria “de grande importância prática, sendo impossível chegar-se a uma ideia completa de Estado sem ter consciência de seus fins” (DALLARI, 2007, p. 103).

Convergem a simplicidade finalística e a estrutura de abordagem proposta pelo presente estudo, que apresenta, além desta introdução e das considerações finais, três tópicos de desenvolvimento: o primeiro aborda o Estado como fenômeno cultural e teleológico; o segundo trata das diferentes teorias sobre os fins estatais; o terceiro atine à inserção da finalidade no rol de elementos constitutivos do conceito de Estado.

¹ Mestre em Ciências Jurídico-Políticas com menção em Direito Constitucional e Doutorando em Direito Público pela Universidade de Coimbra. Doutorando em Filosofia pela Universidade do Porto. Professor universitário, pesquisador e advogado.

Antes, no entanto, de dar início ao desenvolvimento destas temáticas, é imperioso explicitar os propósitos didáticos ou pedagógicos ensejadores e legitimadores deste empreito. Na medida em que o senso comum teórico dos juristas tem revelado, amiúde, certo descuido quanto aos pressupostos teóricos das mais variadas disciplinas inseridas no grande ramo do Direito Público, este artigo pretende lançar um olhar – a título de contribuição – sobre uma matéria fundamental para os estudos jurídico-políticos. Com efeito, determinados pressupostos de compreensão – se bem edificados – desembaraçam as investigações dos juristas sobre assuntos derivados, correlatos ou, simplesmente, afins. Eis a razão pela qual este artigo se propõe a examinar uma temática elementar a respeito do Estado.

2. O ESTADO COMO FENÔMENO CULTURAL E TELEOLÓGICO

O Estado está inserido no infindável grupo das criações humanas. Resta evidente que ele não existia, e nem poderia logicamente ter existido, em período anterior à existência humana. Eis a razão pela qual pode ser definido como uma invenção dos homens e mulheres, um produto cultural, uma expressão do espírito humano.

José Afonso da Silva, em obra intitulada *Teoria do Conhecimento Constitucional*, enfatiza o caráter cultural do Estado. “O Estado é um objeto de cultura, porque é uma criação do espírito humano. Vale dizer, portanto, que é um objeto que só apareceu com a evolução da Humanidade” (SILVA, 2014, p. 50). Em seguida, o autor relaciona a ideia de constituição ao modo de ser do Estado: “Antes de seu aparecimento não havia como falar em constituição estatal – chamemo-la assim –, ou seja, a constituição como modo de ser do Estado” (SILVA, 2014, p. 50). E

arremata: “o Estado é fenômeno sociocultural que surgiu numa fase bastante avançada no desenvolvimento da Humanidade. Houve por largos séculos uma organização meramente social, sem que se pudesse vislumbrar nela o poder político, fenômeno cultural caracterizador das sociedades politicamente organizadas” (SILVA, 2014, p. 51).

O Estado é, portanto, um fenômeno cultural. Constitui, outrossim, uma instituição teleológica, na medida em que se estrutura para a consecução de determinados fins. Urge tecer, neste ponto, uma advertência etimológica. Afirmar o Estado como instituição teleológica significa preconizá-lo como instituição finalística, com fulcro na tradução de *τέλος* (*télos*) como finalidade, meta, objetivo, desiderato. Sem embargo, registre-se o entendimento segundo o qual “*télos* não diz nem a meta a que se dirige a ação, nem o fim em que a ação finda, nem a finalidade a que serve a ação. *Télos* é o sentido, enquanto sentido implica princípio de desenvolvimento, vigor de vida, plenitude de estruturação” (LEÃO, 1992, p. 156).

Pese embora a referida linha de tradução, o presente artigo acolhe o tradicional uso do termo. Nesse diapasão, preleciona Paulo Bonavides, em capítulo intitulado *Dos Fins do Estado*: “o problema da teleologia estatal voltou, nos últimos anos, a prender o interesse do direito e da sociologia” (BONAVIDES, 2012, p. 111).

Definido o Estado como fenômeno cultural e teleológico, cumpre indagar a respeito de seus fins. Neste passo, propõe-se o tópico seguinte a examinar as diferentes teorias dedicadas à temática em tela.

3. TEORIAS SOBRE OS FINS DO ESTADO

Importantes autores recusaram centralidade à teleologia estatal no estudo da Teoria do Estado. Segundo Hans Kelsen, o problema do fim estatal escapa ao objeto da aludida teoria, sendo irrelevante perquirir qual é o desiderato estatal, haja vista a sua compreensão do Estado como meio para a consecução de todos os fins sociais possíveis (KELSEN, 1934, p. 52).

Qual teria sido a razão dessa indiferença de Kelsen quanto ao problema dos fins do Estado? Paulo Bonavides ilumina esta questão:

“A nosso ver, explica-se a indiferença de Kelsen ao problema da teleologia estatal pelo caráter mesmo de sua doutrina normativista, situada na esfera do positivismo jurídico. Ocupando-se, em última análise, do problema do *que* é no direito, o *sein* dos alemães, para dele extrair a norma, tal qual se apresenta, sem indagar-lhe do conteúdo como objeto de justificação, à maneira do que faziam os pensadores jusnaturalistas, e sem conhecer outro direito senão o pertinente às comunidades humanas (...), despreocupou-se Kelsen inteiramente do *sollen*, do dever ser, e transferiu para o campo da metafísica as indagações a esse respeito” (BONAVIDES, 2012, p. 115).

A referência inaugural a Hans Kelsen nesta questão se justifica pela sua importância para a Ciência do Direito. Impende trazer à baila, em segundo lugar, o posicionamento de Georg Jellinek, “a quem se deve, afinal, a criação de uma Teoria Geral do Estado, como disciplina autônoma, tendo por objeto o conhecimento do Estado” (DALLARI, 2007, p. 3-4)².

² Conforme preleciona Dalmo de Abreu Dallari, “a obra fundamental de Jellinek, intitulada precisamente ‘Teoria Geral do Estado’, foi publicada pela primeira vez no ano de 1900, alcançando, desde logo, notável repercussão. A obra de Jellinek foi traduzida para várias línguas, tendo-se divulgado no Brasil especialmente as seguintes edições: *L’État Moderne et son Droit*, edição francesa em dois volumes, de 1911; *Teoria Generale dello Stato*, edição italiana de 1921, com uma valiosíssima introdução escrita por V.

Georg Jellinek também negou centralidade ao problema da teleologia estatal, constituindo, segundo seu entendimento, assunto secundário no âmbito da Teoria Geral do Estado (JELLINEK, 1922, p. 230). Mais uma vez, insta indagar: como se explica esse posicionamento? Co-lhe-se, também aqui, a lição de Paulo Bonavides:

“A posição de Jellinek decorre, por sua vez, da influência organicista, que constitui de certo modo o norte do seu subjetivismo jurídico, sem embargo de haver Stammler metido esse pensador na corrente do empirismo jurídico, de natureza relativista, ao lado de Mueller-Erzbach, Radbruch, Weber, Bendix e outros. E o organicismo, consoante veremos, reputa o Estado nada menos que um fim em si mesmo” (BONAVIDES, p. 115).

Em sentido contrário a Kelsen e Jellinek coloca-se Leonard Nelson³, para quem “ou conhecemos o fim do Estado ou o não conhecemos” (NELSON, 1949, p. 36). Este teórico pode ser classificado, de acordo com Paulo Bonavides, como partidário do “neonaturalismo jurídico”, na medida em que as suas ideias, “aderentes à discussão construtiva dos fins do Estado, revelam sulcos profundos da velha doutrina do direito natural, rediviva em sua angustiosa obra *A Ciência do Direito sem Direito*”. Acresce o autor que “as doutrinas teleológicas, que atribuem ao Estado finalidade absoluta e específica, pertencem quase todas ao

E. Orlando; uma edição argentina, sob o título *Teoría General del Estado*, do ano de 1954, contendo um prólogo bastante elucidativo, de autoria de Fernando de Los Rios Urruti” (DALLARI, 2007, p. 4).

³ Paulo Bonavides explica a refutação que Nelson faz a Jellinek: “Segundo Nelson, se perfilhássemos o pensamento de Jellinek, acabaríamos por abdicar de qualquer doutrina do fim do Estado. Na teoria de Jellinek – esclarece-nos Nelson – mudam os fins do Estado consoante as concepções vigentes em determinada época histórica. Caberia assim à Teoria Geral do Estado averiguar tão-somente ‘quais os fins que, nesta ou naquela época, neste ou naquele Estado, efetivamente se buscara’. Seria, por conseguinte, impossível estabelecer distinção qualitativa dos fins da ordem estatal. Quando muito, se chegaria à representação filosófica ou teórica do estabelecimento dos fins; nunca, porém, à apreciação prática dos fins em si mesmos” (BONAVIDES, 2012, p. 115).

jusnaturalismo dos séculos XVII e XVIII, e conhecem o início de sua superação na filosofia hegeliana do século passado” (BONAVIDES, 2012, p. 116).

Verifica-se na doutrina francesa, especialmente com Marcel de la Bigne de Villeneuve, argumentos favoráveis à interpretação teleológica da atividade estatal. Esse autor imputa às correntes positivistas do direito a circunstância de ter a teleologia estatal perdido espaço no debate jurídico e coloca como alvos precípuos de sua crítica os postulados de Kelsen e de Carré de Malberg, para quem o direito público não deveria se ocupar de referências finalísticas por entender que o elemento teleológico escaparia à seara do conceito jurídico de Estado (MALBERG, 2003, p. 249).

Segundo Villeneuve, o raciocínio antiteleológico é frágil e deve ser superado tanto no direito privado quanto no direito público, pois sem o estudo da finalidade seria inviável investigar, de maneira exata, os efeitos das instituições jurídicas. E arremata: “o fim é um dos elementos rigorosamente necessários, talvez o elemento primordial à compreensão da verdadeira natureza do Estado” (VILLENEUVE, 1954, p. 11).

Der Zweck ist der Schoepfer des ganzem Rechts. O fim é o criador de todo o direito, afirma Rudolf von Jhering. Para este notável teórico, a vontade humana é a verdadeira força criadora do mundo, sendo o fim a alavanca dessa força, pois “no fim encontram-se o homem, a humanidade e a história” (JHERING, 1904, p. 18). Destarte, caberá sempre à ciência jurídica afirmar a natureza teleológica do Estado.

Dentre os critérios metodológicos para aferição dos fins do Estado, Paulo Bonavides afirma: “O mais acertado critério metodológico, a nosso ver, para se chegar à consideração do problema seria situá-lo historicamente, e daí submetê-lo às reflexões da filosofia, da história, da

política e do direito”. Segundo o autor, “teríamos assim por único ponto de partida o histórico, que, uma vez admitido, permitiria o subsequente exame da matéria debaixo de todos os possíveis ângulos de indagação” (BONAVIDES, 2012, p. 119-120).

Após sugerir o método histórico como o mais adequado à colocação do problema da definição da finalidade estatal, o autor faz uma síntese da evolução do pensamento teleológico na doutrina do Estado, a começar pelo organicismo da Antiguidade. Bonavides destaca a importância dos filósofos da Antiguidade clássica, precisamente do mundo ático, “que viram no Estado um fim em si”. Após mencionar Aristóteles e sua consideração do Estado como uma comunidade perfeita, formada pela pluralidade de grupos comuns, refere-se à “formulação indestrutível do organicismo, com a ideia do Estado como ser natural e anímico, anterior ao indivíduo em que o todo tem precedência sobre as partes”. Em seguida, enfatiza o organicismo platônico, que comparou “o Estado ao homem, sendo o primeiro uma ampliação do segundo”, concluindo com o posicionamento de Ahrens segundo o qual “Platão não dá nenhuma finalidade precisa ao Estado”. Passa, então, a examinar a perspectiva romana, átimo em que cita Cícero, o qual ocupa-se da teleologia estatal, “mas se limita a associar, mediante generalizações, o direito ao eudemonismo”, *i.e.*, perspectiva que defende a felicidade como desiderato da vida humana. Por fim, Bonavides analisa “a reação doutrinária da Igreja ao pensamento absolutista da idade greco-romana” para afirmar que “a constante do pensamento cristão da época cifrou-se, pois, em considerar o Estado como meio para a realização dos fins espirituais da Igreja, partindo sempre da premissa de que ao poder temporal deverá sobrepor-se o poder sobrenatural, a ordem de Deus à ordem terrena” (BONAVIDES, 2012, p. 121-124).

Muitas são as teorias sobre as finalidades do Estado, como nos revela o olhar histórico. Ao longo de diferentes períodos históricos, o problema da teleologia estatal foi examinado por uma plêiade de pensadores. Organizar todas essas teorias em um esquema classificatório encerra missão hercúlea tão bem executada por Dalmo de Abreu Dallari. Com precisão, o autor reúne as mais diversas elaborações teóricas acerca da teleologia estatal em três classificações precípuas: uma primeira, que considera a clivagem entre fins objetivos e fins subjetivos do Estado; uma segunda, que acentua o relacionamento do Estado com os indivíduos e divide os fins estatais entre expansivos, limitados e relativos; e, ainda, uma terceira classificação, que propõe a divisão entre fins exclusivos e fins concorrentes do Estado.

A primeira classificação distingue os fins objetivos dos fins subjetivos. Platão e Aristóteles encontram-se entre os teóricos que sustentam os fins universais objetivos. Segundo Dalmo de Abreu Dallari, é este o entendimento da maioria dos autores, tendo logrado “grande impulso com o cristianismo, que, apesar de buscar na teologia os fins do Estado, teve o mérito de conceber os fenômenos da História como o desenvolvimento de uma atividade que se propõe alcançar um objetivo, não como ordem resultante da sucessão espontânea de fatos humanos” (DALLARI, 2007, p. 104). Sem embargo, a finalidade objetiva foi refutada pela teoria organicista – que vê no Estado um fim em si mesmo – e pela doutrina mecanicista, segundo a qual “a vida social é uma sucessão de acontecimentos inelutáveis, que não podem ser dirigidos para certo fim”. Há, ainda, o entendimento objetivista que nega o caráter universal, afirmando a existência de fins particulares objetivos, i.e., “cada Estado tem seus fins particulares, que resultam das circunstâncias em

que eles surgiram e se desenvolveram e que são condicionantes de sua história” (DALLARI, 2007, p. 105).

Os cultores das finalidades subjetivas dos Estados preconizam “o encontro da relação entre os Estados e os fins individuais”. Seria o Estado uma síntese ou unidade resultante do “desejo de realização de inúmeros fins particulares”. Segundo este entendimento, “isso é o que explica a existência de instituições do Estado e a diferença de concepções a respeito das mesmas instituições, de época para época” (DALLARI, 2007, p. 105).

A segunda classificação divide os objetivos do Estado em fins expansivos, fins limitados e fins relativos. Os primeiros são enfatizados por teorias que estão na base do totalitarismo, “dando grande amplitude aos fins do Estado, preconizam o seu crescimento desmesurado, a tal ponto que se acaba anulando o indivíduo”. Aqui inserem-se as teorias utilitárias, “quando indicam como bem supremo o máximo desenvolvimento material, mesmo que isso se obtenha com o sacrifício da liberdade e de outros valores fundamentais da pessoa humana”, bem como as teorias éticas, as quais, “também favoráveis aos fins expansivos, rejeitam o utilitarismo e preconizam a absoluta supremacia de fins éticos”. Por defenderem a moral oficial e condenarem todos os comportamentos que se afastem desta, “estas teorias levam ao totalitarismo, porque dão ao Estado a condição de fonte da moral, onipotente e onipresente” (DALLARI, 2007, p. 106).

Os fins limitados, igualmente inseridos nesta segunda classificação, são afirmados por teóricos que reduzem ao mínimo as atividades estatais, atribuindo ao Estado “a posição de mero vigilante da ordem social, não admitindo que ele tome iniciativas, sobretudo em matéria econômica” (DALLARI, 2007, p. 106). Cumpre ressaltar que esta

perspectiva, liberal por excelência, não se coaduna com o modelo constitucional dirigente, o qual exige do Estado a intervenção no plano social e no domínio econômico, almejando a proteção dos mais vulneráveis e a redução das desigualdades sociais.

Entre os adeptos da posição acima referida encontram tanto aqueles que preconizam a função estatal exclusiva de segurança (Estado-polícia) quanto os que defendem a função de proteção da liberdade individual (Estado-liberal), com inspiração na filosofia política de John Locke, teórico crítico do pensamento de Hobbes e consagrado por rechaçar o absolutismo inglês. Essa diretriz política liberal exerceu “grande influência prática, associada ao liberalismo econômico de Adam Smith” (DALLARI, 2007, p. 106).

Os defensores do Estado de Direito enquanto “aplicador rigoroso do direito, e nada mais do que isso”, enquadram-se, outrossim, no rol de teorias partidárias dos fins estatais limitados. Esse ponto de vista deriva do pensamento contratualista. Segundo Dallari, “a aplicação prática desses preceitos levou a uma concepção puramente formal do direito, pois se há ou não injustiça, isso fica em plano secundário, interessando apenas a obediência aos preceitos que são formalmente jurídicos” (DALLARI, 2007, p. 107).

A última categoria desta segunda classificação de Dallari inclui os teóricos que advogam os fins relativos do Estado, tais como Jellinek, Clóvis Beviláqua e Groppali. Esta perspectiva tem por base a ideia de solidariedade, sendo, por esta razão, alcunhada “teoria solidarista”. Não se trata, assinala Dallari, de uma teoria eclética, pois esses autores não propõem um meio-termo entre expansão e limitação, mas, antes, sugerem um novo ponto de vista, com fulcro na referida ideia-base. O que caracteriza o Estado, segundo esta teoria, “são as manifestações da vida

solidária dos homens”, podendo a vida estatal ser reduzida em três grandes categorias: conservar, ordenar e ajudar. Destarte, “as ações humanas são a expressão de uma solidariedade que existe no íntimo dos indivíduos, e só quando essa solidariedade se externa é que cai no círculo das atividades essenciais do Estado” (DALLARI, 2007, p. 107).

A derradeira classificação proposta por Dallari concerne à distinção entre fins exclusivos e fins concorrentes. São exclusivos os fins que só competem ao Estado e eles abrangem a segurança externa e a segurança interna. Os fins concorrentes, pese embora a sua importância social, não exigem, pela própria natureza que os caracteriza, que o Estado os trate com exclusividade, achando-se, por isso, identificados com os fins de outras sociedades (ressalte-se que o Estado, à luz da Teoria Geral do Estado, constitui uma espécie de sociedade: a sociedade política ou de fins gerais). Dallari cita Gropali e Ranalletti como partidários desta visão, “com pequenas variações”, mas estes autores preferem atribuir aos fins exclusivos a nomenclatura “fins essenciais”, que se diferem dos “fins complementares ou integrativos”, os quais devem ser buscados “para favorecer o desenvolvimento e o progresso da vida social” (DALLARI, 2007, p. 108).

Feitas estas considerações a respeito das teorias que abordam o problema da teleologia estatal, insta passar à análise da finalidade enquanto elemento constitutivo do Estado. É justamente este o objeto do tópico seguinte.

4. A FINALIDADE COMO ELEMENTO CONSTITUTIVO DO ESTADO

A abordagem analítica sobre o conceito de Estado, que se dedica à explanação de seus elementos constitutivos, não se revela uníssona. Existem diferentes posicionamentos doutrinários acerca desta questão.

Congruente síntese das apreciações doutrinárias mais relevantes é apresentada por Dalmo de Abreu Dallari: “a maioria dos autores indica três elementos, embora divirjam quanto a eles. De maneira geral, costuma-se mencionar a existência de dois elementos materiais, o território e o povo, havendo grande variedade de opiniões sobre o terceiro elemento, que muitos denominam *formal*. O mais comum é a identificação desse último elemento com o poder ou alguma de suas expressões, como autoridade, governo ou soberania” (DALLARI, 2007, p. 71). Em seguida, o autor cita alguns teóricos consagrados nessa temática, tais como Del Vecchio – para quem os três elementos são o povo, o território e o vínculo jurídico) e Donato Donati, segundo o qual esse terceiro elemento é a “pessoa estatal”, dotada de capacidade para exercício de uma soberania pessoa, exercida sobre o povo, e uma territorial, incidente sobre o território.

Paulo Bonavides preconiza que o conceito de Duguit – que identifica no Estado elementos de ordem formal (o poder político na sociedade, que surge do domínio dos mais fortes sobre os mais fracos) e de ordem material (o elemento humano, que se qualifica em graus distintos, como população, povo e nação, isto é, em termos demográficos, jurídicos e culturais, bem como o elemento território) – “é o que melhor revela os elementos constitutivos que a teoria política ordinariamente reconhece no Estado”, mas faz uma objeção ao autor francês, decorrente

do juízo de valor contido na assertiva de que o poder implica sempre a dominação dos mais fracos pelos mais fortes:

“Admitir essa dominação por inerente a todo ordenamento estatal, isto é, por fato sociológico incontestável, equivaleria decerto a excluir a possibilidade de um Estado eventualmente acima das classes sociais e dotado de características neutras que pudessem em determinadas circunstâncias convertê-lo no juiz ou disciplinador correto e insuspeito de arrogantes interesses rivais” (BONAVIDES, 2003, p. 66).

Bonavides propõe, assim, uma substituição do conceito de Duguit por outro, que se afigura, em sua visão, “tão completo quanto aquele em enumerar também os elementos constitutivos do Estado”. Refere-se ao conceito de Jellinek – Estado “é a corporação de um povo, assentada num determinado território e dotada de um poder originário de mando” –, que reputa “irrepreensível” (BONAVIDES, 2003, p. 67). Esse conceito, entretantes, ignora a finalidade como elemento constitutivo. Como abordado alhures, Jellinek negou centralidade ao problema da teleologia estatal. A questão finalística, em sua visão, constituiria assunto secundário no âmbito da Teoria Geral do Estado.

A finalidade aparece como quarto elemento constitutivo do Estado na doutrina de Groppali. Segundo Dallari, duas razões justificam esse entendimento de Groppali: em primeiro lugar, o fato de que “as pessoas só se integram numa ordem e vivem sob um poder, em função de um fim a atingir”; em segundo lugar, a lógica de que, se o Estado é dotado de ordem própria e poder também próprio, “é evidente que deverá ter uma finalidade peculiar, que justifique sua existência” (DALLARI, 2007, p. 72).

Ataliba Nogueira também é referido por Dallari como defensor da finalidade como um dos elementos estatais. Para Nogueira, no entanto,

são cinco as notas características do Estado: dois elementos materiais (território e povo), dois aspectos do poder (soberania e poder de império), como desdobramentos do elemento formal, e a finalidade, assente na regulação global da vida social.

No entendimento de Dalmo de Abreu Dallari, há quatro notas características do Estado: a soberania, o território, o povo e a finalidade. Eis a configuração, segundo o autor, mais realista, “porque considera todas as peculiaridades verificáveis no plano da realidade social” (DALLARI, 2007, p. 72). Esta é a posição seguida por Lenio Streck e Bolzan de Moraes, que consideram indispensáveis à caracterização do Estado os elementos materiais (povo e território), o formal (governo independente e soberano) e o teleológico (finalidade). Estes autores também adotam o entendimento de Dallari quanto à definição da finalidade estatal, referindo-se à “realização de um fim comum” (STRECK; MORAIS, 2012, p. 164). Neste sentido, afirma Dalmo Dallari que a finalidade do Estado é o bem comum, “entendido este como o conceituou o Papa João XXIII, ou seja, o conjunto de todas as condições de vida social que consintam e favoreçam o desenvolvimento integral da personalidade humana”. E arremata: o Estado “busca o bem comum de um certo povo, situado em determinado território”, circunstância que “determina uma concepção particular de bem comum para cada Estado, em função das peculiaridades de cada povo” (DALLARI, 2007, p. 108).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em que pese o entendimento contrário de importantes teóricos, o problema da teleologia estatal – *i.e.* a indagação sobre as finalidades estatais – constitui, a nosso sentir, temática fundamental da Teoria Geral

do Estado. Possui relevância, ainda, para os estudos jurídicos, especialmente em sede de Direito Público e suas ramificações de jaez epistemológico e didático, como, v.g. o Direito Constitucional e o Direito Administrativo. Com efeito, a compreensão de uma série de institutos jurídicos passa necessariamente pelo exame de determinados pressupostos, dentre os quais se incluem o desiderato estatal e o conceito analítico de Estado, cujo rol de elementos constitutivos açambarca o ingrediente finalístico.

Na contramão de autores notáveis na tradição jurídico-política, como Georg Jellinek e Hans Kelsen, que negaram centralidade à análise finalística do Estado, verifica-se hodiernamente um crescente interesse pelo estudo da teleologia estatal, presente na maioria dos manuais de Teoria Geral do Estado e Ciência Política e, ainda, em parcela importante de obras de Direito Público. Confirma essa tendência a inserção dessa temática nas ementas de unidades curriculares de cursos de graduação e pós-graduação, no Brasil e no exterior.

A proeminência cada vez mais reconhecida à teleologia estatal constitui um acerto dos autores e acadêmicos envolvidos no processo de produção do conhecimento jurídico-político. Afinal, como afirmado alhures, seria inviável chegar-se a uma ideia completa de Estado sem ter consciência de seus fins. Neste sentido, espera-se das gerações subsequentes que se dediquem ao desenvolvimento da matéria em comento. Com efeito, o estudo sobre o Estado sempre exigirá, como pressuposto, a consciência de sua dimensão teleológica.

Cumpre salientar, por fim, o caráter aberto do problema da teleologia estatal. Sujeita-se, por certo, à historicidade. *I.e.*, todos os avanços teoréticos já realizados devem ser levados a sério, como legítimos contributos aos estudiosos, mas não exaurem o debate, razão pela qual

terão sempre lugar os novos desdobramentos ensejados pelas porvindouras circunstâncias históricas, sociais, políticas e jurídicas.

REFERÊNCIAS

BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. 10 ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. *Teoria Geral do Estado*. 9 ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

DALLARI, Dalmo. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. 26 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

JELLINEK, Georg. *Allgemeine Staatslehre*. Berlin: Springer, 1922.

JHERING, Rudolf von. *Der Zweck im Recht*, 4. Auflage, Leipzig, 1904.

KELSEN, Hans. *Teoría General del Estado*. Trad. Luis Legaz Lacambra. Barcelona: Labor, 1934.

LEÃO, Emmanuel Carneiro. O Problema da Poética de Aristóteles. In: *Aprendendo a pensar II*. Petrópolis: Vozes, 1992.

MALBERG, Carré de. *Contribution à la Théorie Générale de l'État*. Paris: Dalloz, 2003.

NELSON, Leonard. *Die Rechtswissenschaft ohne Recht*. Götttingen-Hamburg: Öffentliches Leben GmbH, 1949.

SILVA, José Afonso da. *Teoria do Conhecimento Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2014.

STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. *Ciência Política e Teoria do Estado*. 7 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

VILLENEUVE, Marcel de la Bigne de. *L'Activité Étatique*. Paris: Recueil Sirey, 1954.

5

PRINCÍPIO DA COMPLEMENTARIDADE COMO FUNDAMENTO DA JURISDIÇÃO DO TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL: BREVE ANÁLISE SOBRE OS (POSSÍVEIS) CRIMES DE GUERRA PRATICADOS PELAS TROPAS RUSSAS NO CONFLITO NA UCRÂNIA

*Gabriela Borghi Affonso*¹

INTRODUÇÃO

No decurso dos últimos séculos, sobretudo durante a 2ª Guerra Mundial, milhões de crianças, homens e mulheres foram vítimas de atrocidades inimagináveis, de tamanha gravidade que constituem uma ameaça à paz, à segurança e ao bem-estar da humanidade.

Diante disso, reconheceu-se a necessidade de responsabilizar internacionalmente os autores de crimes de maior gravidade que afetam a comunidade internacional em seu conjunto, uma vez que a impunidade, que historicamente acompanha contextos de violações graves e sistemáticas de direitos humanos, acaba por favorecer a repetição crônica dessas violações e trazer consigo a incapacidade das vítimas e de seus familiares de defender seus direitos (LA TORRE, 2017, p. 46).

Inicialmente, a jurisdição internacional penal foi exercida por meio de tribunais *ad hoc*, instituídos *ex-post-facto*, para julgamento de fatos e pessoas determinadas, a exemplo dos Tribunais Militares de Nuremberg e Tóquio, bem como dos Tribunais para a ex-Iugoslávia e para

¹ Mestre em Ciências Jurídico-Criminais pela Universidade de Coimbra. Professora universitária. Advogada. Pesquisadora.

Ruanda. Entretanto, a história demonstrou que referidos tribunais foram criados com objetivos políticos e militares específicos, constituindo verdadeiros tribunais de exceção, sem qualquer garantia de imparcialidade.

Nesse contexto, as múltiplas violações aos direitos humanos que continuaram a ocorrer ao longo dos anos, somadas às críticas axiomáticas feitas aos tribunais *ad hoc*, fomentaram e fundamentaram a necessidade de criação de um tribunal penal permanente e independente em âmbito internacional.

Em 1998, por meio da aprovação do Estatuto de Roma, foi constituído o Tribunal Penal Internacional (TPI), primeiro órgão com jurisdição internacional penal permanente, o que certamente importou um marco diplomático para o Direito Internacional, sobretudo no âmbito da proteção e realização efetiva dos direitos humanos e no combate à impunidade dos autores de crimes internacionais, contribuindo para a prevenção de tais crimes e para a efetiva aplicação do princípio da justiça universal.

Nessa ordem de ideias, o presente estudo analisa a evolução histórica do Direito Internacional Penal, abordando a responsabilidade penal individual, os precedentes históricos do TPI e a criação desse tribunal por meio do Estatuto de Roma.

Posteriormente, realiza-se uma análise crítica do princípio da complementaridade, fundamento da jurisdição do TPI, e as obrigações dele decorrentes, tais como o dever de adequação das legislações nacionais, o dever de exercício da respectiva jurisdição penal sobre os responsáveis por crimes internacionais e o dever de cooperação dos Estados nas investigações realizadas pelo tribunal.

Por fim, este estudo se debruça sobre a análise dos possíveis crimes de guerra cometidos pelas tropas russas no conflito que atualmente está em curso na Ucrânia, a fim de delinear a possibilidade de soldados e líderes russos serem processados e julgados pelo TPI por tais crimes.

1. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO INTERNACIONAL PENAL

1.1 A JUSTIÇA INTERNACIONAL PENAL: BREVE ABORDAGEM HISTÓRICA

No Direito Internacional clássico, instituído após a Paz de Vestefália (1648), no contexto de uma sociedade descentralizada e pouco institucionalizada, os únicos sujeitos de Direito Internacional eram os Estados, entidades destinatárias diretas de normas jurídicas internacionais e detentoras de capacidade jurídica internacional.

Nesse contexto, a responsabilidade internacional era imputada apenas aos Estados, enquanto entidades coletivas, uma vez que as pessoas físicas não eram reconhecidas enquanto sujeitos de Direito Internacional. Ademais, a responsabilidade não tinha dimensão punitiva ou sancionatória, mas meramente reparatória, e estendia-se apenas aos Estados diretamente envolvidos no conflito, ainda que as consequências de tais questões refletissem em Estados terceiros.

A ideia de situar o indivíduo como sujeito de direitos e deveres no plano internacional floresce no âmbito do moderno Direito das Gentes, em oposição à noção corrente de que o Direito Internacional deve restringir-se à disciplina da relação entre Estados soberanos.

No entanto, foi apenas com o término da 2ª Guerra Mundial e as consequentes alterações sofridas pela sociedade internacional, que se concedeu personalidade jurídica internacional às pessoas físicas (MEDEIROS, 2000). A emergência do indivíduo como sujeito de Direito

Internacional manifesta a tendência de humanização do Direito Internacional, que cada vez mais volta-se aos ideais humanistas de sua origem.

A partir dessa mudança paradigmática, foram criados instrumentos normativos que concedem direitos aos indivíduos, visando a proteção e realização efetiva dos direitos humanos, bem como lhes impõem obrigações, sobretudo no que tange à responsabilidade internacional penal.

Desde uma perspectiva histórica, a primeira tentativa de estabelecimento de uma jurisdição internacional penal ao fim da 1ª Guerra Mundial, com a assinatura do Tratado de Versalhes (1919), o qual foi ratificado pelas potências ocidentais aliadas e teve como principal finalidade o julgamento e punição de líderes militares alemães pela perpetração de crimes de guerra, em especial, o Imperador alemão Wilhem II. No entanto, os esforços para estabelecer uma justiça internacional criminal acabaram não prosperando² e a impunidade decorrente desse período histórico é reconhecida como um dos fatores que impulsionou a eclosão da 2ª Guerra Mundial (AFFONSO, 2020, p. 36).

Posteriormente, em circunstâncias históricas similares, no rescaldo da 2ª Guerra Mundial, foi elaborada a Carta de Londres (1945), resultado de um acordo firmado entre o Governo Provisional da República Francesa, o Governo dos Estados Unidos da América, o Governo do

² Conforme ensinamentos de CASSESSE (2001, p. 26), de fato, não foi estabelecida uma corte internacional e o Imperador alemão nunca foi efetivamente julgado. Ademais, apenas 12 dos 895 supostos perpetradores de violações de direitos humanos foram trazidos a juízo, perante uma corte nacional alemã, sendo que 6 deles foram absolvidos. Cabe ainda pontuar que os Estados da Tríplice Aliança não tinham a obrigação de julgar seus próprios militares por violações similares, o que acabou por acentuar a impunidade decorrente desse período.

Reino Unido da Grã-Bretanha e da Irlanda do Norte e o Governo da União das Repúblicas Socialistas Soviéticas (GARIBIAN, 2001, p. 195).

Referido acordo instituiu o Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, visando a punição dos grandes criminosos de guerra das potências europeias do Eixo, e positivou, em seu art. 6º, com caráter inédito em um instrumento convencional, os elementos constitutivos dos crimes cometidos no contexto da 2ª Guerra Mundial, quais sejam: crimes contra a paz, crimes de guerra e crimes contra a humanidade (ALMEIDA, 2009, p. 29).

Pontue-se, por oportuno, que no contexto das atrocidades praticadas durante a 2ª Guerra Mundial, foram elaboradas duas outras formulações legais que permitiam e regulamentavam a criação de tribunais penais internacionais *ad hoc*, compassadas no curto íterim temporal de um ano, a Lei do Conselho de Controle nº 10³, ainda em 1945, e a Carta de Tóquio⁴, em 1946.

Com efeito, o Tribunal de Nuremberg foi o primeiro a reconhecer a responsabilidade individual por infrações de ordem internacional, rejeitando a ideia plenamente aceita até então de responsabilidade coletiva e engendrando a convicção de que o Estado constitui mera forma de organização e não pode ocultar o fato de que os crimes

³ A Lei nº 10 do Conselho de Controle dos Aliados de dezembro de 1945 autorizou os tribunais alemães a julgar crimes contra a humanidade cometidos durante os anos de guerra por cidadãos alemães contra outros cidadãos alemães ou contra apátridas na Alemanha.

⁴ Consoante ensinamentos de ALMEIDA (2009, p. 46), "quanto à Carta de Tóquio – ou Carta do Tribunal Militar Internacional para o Extremo Oriente –, ela não foi, ao contrário de sua homóloga ocidental, produto de um tratado concluído entre os aliados. Derivou antes de uma proclamação unilateral do General Douglas MacArthur, sob a forma de Ordem Geral, na sua qualidade de Comandante Supremo dos Aliados para o Teatro do Pacífico. Tribunal Militar Internacional para o Extremo Oriente, mais exactamente um Tribunal Militar dos Estados Unidos que contava entre os seus membros pessoas indicadas pelos Estados signatários do instrumento de rendição do Japão, foi incumbido do julgamento dos grandes criminosos de guerra japoneses".

internacionais são cometidos por pessoas singulares e não por entidades abstratas (ALMEIDA, 2009, p. 132).

A despeito das contundentes críticas formuladas em relação a esses tribunais, sobretudo no que diz respeito à manipulação da lei e à seletividade arbitrária na persecução penal, o que os fez serem considerados como verdadeiros tribunais de exceção, sem qualquer garantia de imparcialidade, não se pode negar que eles constituíram um marco na justiça internacional penal, uma vez que evidenciaram a importância de determinação da responsabilidade penal individual, para além da mera responsabilização do Estado, formaram a base para o desenvolvimento e consolidação dos direitos humanos internacionais e definiram padrões a serem observados e respeitados mesmo em períodos de paz, o que certamente contribuiu para a prevenção de futuros violações à dignidade humana. (CASSESE, 2011, p. 267)

Embora a proposta de criação de um tribunal penal internacional permanente tenha surgido no imediato pós-guerra, ela restou paralisada durante toda a Guerra Fria, em razão da divisão ideológica que marcou esse período, voltando a ter lugar na agenda da ONU apenas em 1989, com a queda do muro de Berlim, no contexto histórico de consenso internacional que caracterizou o fim da Guerra Fria (AFFONSO, 2020, p. 38).

Com efeito, o início da década de 90 traz uma mudança profunda na teoria e na *praxis* do Direito Internacional, com o reconhecimento e atribuição de maior legitimidade às normas de Direito Internacional dos Direitos Humanos e de Direito Internacional Humanitário, o que traz a lume a imperiosa necessidade reprimir e punir ataques massivos à dignidade humana.

Ademais, a globalização no âmbito econômico demanda a correspondente globalização no campo dos Direitos Humanos, sendo evidente que a efetivação universal de tais direitos requer instâncias jurídicas capazes de julgar os violadores dos direitos da pessoa humana, sobretudo em um momento no qual o mundo assiste o ressurgimento de inúmeros conflitos armados decorrentes de questões étnicas, políticas e religiosas (MIRANDA, 2015).

Como resposta a esses conflitos, o Conselho de Segurança das Nações Unidas instituiu os Tribunais *ad hoc* para a antiga Iugoslávia e para o Ruanda⁵, nos anos de 1993 e 1994, respectivamente, com o propósito de processar e julgar perpetradores de graves violações de direitos humanos, “*haja vista que o sistema judicial interno de ambos os países se encontrava colapsado e, portanto, sem capacidade para administrar a justiça de forma imparcial, justa e efetiva*” (AFFONSO, 2020, p. 39).

A despeito dos esforços envidados, não foram poucas as críticas formuladas em relação aos tribunais supramencionados, sendo as mais emblemáticas: i) a localização geográfica, o que impediu a participação efetiva de vítimas e familiares nos processos e julgamentos; ii) o grau de seletividade nas persecuções penais, o que fomentou o sentimento de discriminação em determinados grupos étnicos; iii) o distanciamento ontológico do tribunal com a comunidade diretamente atingida pelo conflito, sua cultura, seus hábitos e suas necessidades; iv) o alto custo para seu estabelecimento e manutenção; v) a natureza do tribunal (*ad hoc*) e; vi) o momento do exercício da jurisdição (*ex-post-facto*) (AFFONSO, 2020, p. 40).

⁵ A título de informação, oportuno consignar que o Tribunal *ad hoc* para Ruanda foi o primeiro tribunal internacional autorizado a processar criminosos durante um conflito armado não-internacional.

Diante das críticas e adversidades enfrentadas, a comunidade internacional vislumbrou a necessidade de criar um tribunal permanente, com jurisdição global e atuação em uma esfera supranacional. Nesse indigitado cenário, a adoção do ETPI, em julho de 1998, no âmbito da Conferência de Roma, representa o mais recente e emblemático marco no desenvolvimento normativo na progressiva afirmação do combate aos crimes internacionais e na proteção e promoção de direitos humanos.

1.2 A CRIAÇÃO DO TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL: UM MARCO DIPLOMÁTICO

A criação de um tribunal internacional com jurisdição penal permanente implica importantes vantagens para a comunidade internacional como um todo, seja em razão da economia de recursos de instalação e da estabilidade institucional, seja pela garantia de legitimidade, imparcialidade, igualdade e uniformidade na aplicação do direito (MACHADO, 2001, p. 457).

Nesse indigitado cenário, a Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas estudou a possibilidade de criação de um tribunal permanente e apresentou seu projeto em 1994. *A posteriori*, seguiu-se a criação de um comitê preparatório *ad hoc* e a preparação da *Conferência Diplomática de Plenipotenciários das Nações Unidas sobre o Estabelecimento de um Tribunal Penal Internacional* de caráter permanente, realizada no ano de 1998, na cidade de Roma, a qual contou com a presença de representantes de mais de 150 Estados.

No último dia de conferência foi criado o TPI, mediante a aprovação do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional (ETPI), o qual define as regras e princípios a serem observados pelo tribunal quando

do exercício de sua jurisdição. O Estatuto entrou em vigor na data de 1º de julho de 2002, após atingir o quórum de 60 ratificações.

A título de conhecimento, oportuno pontuar que a aprovação do ETPI não foi unânime, ele foi subscrito por 120 Estados, com 21 abstenções e somente 7 votos contra. Os Estados Unidos, por exemplo, não são signatários do Estatuto do Roma, pois foram contra à ideia de um tribunal absolutamente independente, reclamando pela criação de um tribunal internacional com poderes limitados e controlados pelo Conselho de Segurança da ONU. Alegaram, ainda, que, por serem um dos Estados que mais leva forças militares às operações de paz, quando essas se fazem necessárias, isso deveria lhes conferir prioridade quando da decisão de processar ou não alguém. À época, seguiram esse posicionamento os Estados da China, Rússia e França (DAHER, 2009).

A despeito das opiniões díspares, não restam dúvidas de que a criação de um tribunal internacional, dotado de personalidade jurídica própria e com jurisdição permanente, mediante a participação equitativa e imparcial dos Estados em uma conferência internacional e não por meio de ato unilateral do Conselho de Segurança da ONU ou de vencedores de conflitos, representa um marco diplomático de proporções históricas para o Direito Internacional, sobretudo no âmbito da proteção dos direitos humanos, afirmação da justiça na ordem internacional e combate à cultura de impunidade dos crimes internacionais (JARDIM, 2000).

O preâmbulo do Estatuto proclama a determinação dos Estados em criar um Tribunal Penal Internacional, com caráter permanente e independente, complementar das jurisdições penais nacionais e que exerça competência sobre indivíduos, no que diz respeito aos crimes mais graves que afetam a comunidade internacional em seu conjunto.

Com efeito, a comunidade internacional buscou, por meio da criação de um tribunal penal permanente, capaz de se sobrepor às jurisdições internas de cada país, uma aplicação mais efetiva do princípio da jurisdição universal. No ponto, cabe ressaltar que essa jurisdição não é estrangeira, mas internacional, da qual todo Estado parte é titular, de modo que admitir a jurisdição do TPI não significa sacrificar a soberania nacional, mas sim complementar os esforços para a efetivação dos direitos humanos tão valorizados pelas Constituições e normas internas (MIRANDA, 2000).

Durante a Conferência de Roma, o HUMAN RIGHTS WATCH (1998) apresentou documento no bojo do qual foram nomeados sete parâmetros a serem estabelecidos pelo Estatuto para que o TPI seja uma instituição independente, imparcial e eficaz, quais sejam: i) um regime de competência livre de qualquer requisito de consentimento por parte dos Estados; ii) independência do Conselho de Segurança da ONU; iii) atuação como fiscal do cumprimento da lei e capacidade de iniciar investigações *ex officio*; iv) complementaridade, restando assegurada a prioridade das investigações legítimas a nível nacional; v) jurisdição sobre crimes de guerra, sejam eles cometidos em conflitos internacionais ou internos; vi) obrigação clara de que os Estados partes devem cumprir os pedidos de cooperação do tribunal; vii) estabelecimento dos critérios mais altos de justiça internacional, respeitando-se os direitos do acusado e a proteção adequadas das testemunhas.

Embora a realidade fática tenha revelado grande dificuldade no que tange à observância de alguns dos parâmetros acima apontados, não restam dúvidas de que todos esses preceitos foram devidamente observados quando da elaboração do ETPI, com o escopo de atingir, da

maneira mais ampla possível, a independência, eficácia e imparcialidade do Tribunal.

Outrossim, o estabelecimento do TPI representa um marco importante nos esforços da comunidade internacional para pôr fim à impunidade dos autores de crimes internacionais, em termos repressivos e preventivos, sobretudo quando tais perpetradores são autoridades políticas ou militares, o que frequentemente se verifica em casos de crimes de guerra ou de desestruturação do sistema legal interno. Ainda, o estabelecimento de uma corte internacional penal permanente tem o condão de proporcionar a reconciliação social, a tranquilidade e confiança às vítimas e à comunidade afetada, mediante investigação e julgamento dos responsáveis por crimes internacionais; retificar limitações políticas e jurídicas inerentes aos tribunais penais internacionais *ad hoc*, sobretudo no que tange ao viés político das escolhas do Conselho de Segurança da ONU para instaurá-los e, por fim, mais não menos importante, tornar o TPI um modelo de justiça penal e de julgamento justo, constituindo um patamar institucional (*standard-setting institution*) para a implementação interna e internacional de normas de proteção da pessoa humana (LAWYERS COMMITTEE FOR HUMAN RIGHTS, 1996).

Com efeito, a criação do TPI não significa apenas o estabelecimento de uma nova instituição internacional dotada de competências específicas, mas insere-se na evolução do Direito Internacional como sistema de coexistência e cooperação entre Estados, trazendo em seu âmago a discussão acerca dos contornos e limites da soberania dos Estados no âmbito da sociedade internacional contemporânea.

Consoante ensinamentos de BASSIOUNI e WISE (1995, p. 28), do interesse comum na repressão de crimes internacionais decorre a ideia de que os Estados devem ser vistos como uma unidade internacional

singular que expressa o senso de solidariedade humana e postula certos objetivos universais como imperativos morais que devem observados como limite à ação dos Estados e das pessoas físicas em geral. Outrossim, esse interesse comum na repressão de crimes internacionais também deve ser compreendido como fomento à cooperação interestadual, visando o bem comum da comunidade internacional, da qual cada um de nós é fundamentalmente parte.

2. A JURISDIÇÃO DO TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL

2.1 A COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL

A competência do TPI define-se, primeiramente, em razão da matéria (*ratione materiae*), restando circunscrita aos crimes mais graves que afetam a comunidade internacional como um todo, também denominados *core crimes*, tipificados no artigo 5º do Estatuto de Roma, a saber: genocídio, crimes contra a humanidade, crimes de guerra e crime de agressão⁶.

Lado outro, a competência do tribunal ainda resta delimitada em razão do tempo (*ratione temporis*), nos termos do art. 11º do ETPI, o qual preleciona que o tribunal só terá competência relativamente aos crimes cometidos após a entrada em vigor do referido Estatuto (art. 11, §1º) e, em relação ao Estado que se torne parte depois de sua entrada em vigor, o tribunal só poderá exercer a sua competência em relação aos crimes cometidos depois da ratificação do Estatuto por esse Estado, salvo declaração em contrário (art. 11, §2º). Pontue-se, por oportuno, que essa

⁶ O art. 5º do Estatuto de Roma enumera os crimes de competência do TPI, enquanto os artigos subsequentes trazem definições das condutas que configuram os crimes de genocídio (art. 6º), crimes contra a humanidade (art. 7º), crimes de guerra (art. 8º) e crime de agressão (art. 8º, bis).

limitação temporal tem como fundamento o princípio da não retroatividade da norma.

Por fim, a jurisdição do tribunal é limitada em razão da pessoa (*ratione personae*), estendendo-se, a princípio, apenas aos Estados signatários do Estatuto de Roma. O art.12º do ETPI dispõe sobre as condições prévias ao exercício da jurisdição, asseverando que, ao se tornar parte no Estatuto, o Estado aceitará a jurisdição do TPI sobre todos os crimes de sua competência. No ponto, importante ressaltar que o Estatuto de Roma deve ser aceito em sua totalidade, sendo vedadas reservas, nos termos do art.120.

Ainda, no que tange à competência do TPI, o art. 12, §2º, alíneas *a* e *b*, prelecionam que o Tribunal poderá exercer sua jurisdição quando os crimes sejam cometidos no território de Estados signatários, incluindo-se aeronaves e navios, ou quando a pessoa a quem é imputado um crime seja nacional de um Estado parte do Estatuto, em conformidade com os princípios tradicionais da territorialidade e da nacionalidade.

Nos termos do art. 13, o Tribunal poderá exercer a sua jurisdição se um Estado parte denunciar ao Procurador uma situação em que haja indícios da prática de crimes internacionais (art. 13, *a*) ou se o próprio procurador tiver dado início a um inquérito de ofício (art. 13, *b*), desde que respeitados os princípios da territorialidade e nacionalidade supramencionados.

A regra, portanto, é que os Estados que não sejam signatários do Estatuto de Roma não estão sujeitos à jurisdição do TPI. Visando o preenchimento dessa lacuna, o art. 13, alínea *b*, estabelece que o Tribunal poderá exercer sua jurisdição sobre um Estado que não seja parte no ETPI se o Conselho de Segurança denunciar ao Promotor uma situação em que haja indícios da ocorrência de crimes internacionais, nos termos

do Capítulo VII da Carta das Nações Unidas, que dispõe sobre a jurisdição universal⁷.

Como cediço, o direito penal tradicionalmente assenta-se no princípio da territorialidade, segundo o qual os crimes devem ser processados e julgados no *locus delicti*, independentemente da nacionalidade do agente, de modo que a aplicação do princípio da jurisdição universal se justifica no caso do TPI em razão da natureza *jus cogens* e *erga omnes* dos crimes de sua competência (ALMEIDA, 2009, p. 162). No entanto, a norma do art. 13, alínea *b*, ainda que louvável, não pode ser vista de forma acrítica, pois não se pode olvidar que o Conselho de Segurança, não raras vezes, age sob a égide da seletividade política.

Por fim, o art.12, §3º, dispõe sobre a possibilidade de que um Estado que não seja parte no Estatuto de Roma aceite a competência do Tribunal em relação a um determinado crime.

Feitas essas considerações, cabe ainda pontuar que os Estados parte no ETPI deverão cooperar plenamente com o Tribunal na investigação e julgamento de crimes de sua competência, bem como assegurar que o ordenamento jurídico interno preveja procedimentos aplicáveis a todas as formas de cooperação especificadas no Estatuto.

2.2 O PRINCÍPIO DA COMPLEMENTARIDADE

Conforme consignado anteriormente, o Estatuto de Roma estabelece o TPI como uma instituição permanente, com jurisdição sobre indivíduos responsáveis por crimes de maior gravidade com alcance internacional e complementar às jurisdições penais nacionais,

⁷ Mencione-se, por oportuno, que os Tribunais *ad hoc* para a ex-Iugoslávia e para Ruanda foram estabelecidos com fundamento no poder proveniente do Capítulo VII da Carta das Nações Unidas.

assinalando que a repressão desses crimes deve ser efetivamente assegurada por meio da adoção de medidas a nível nacional e do reforço da cooperação internacional.

O princípio da complementaridade, positivado no §10 do Preâmbulo e no art. 1º do Estatuto de Roma, constitui o alicerce do próprio conceito de uma jurisdição internacional penal permanente. Referido princípio declara que o TPI deve possuir uma atuação indireta, limitada e secundária no julgamento de crimes internacionais, reservando-se aos tribunais nacionais a primazia no julgamento de tais crimes, em respeito ao princípio da soberania dos Estados (ALMEIDA, 2009, p. 147).

Reconduzido à hipótese da *Civitas Maxima*, o princípio da complementaridade decorre da necessidade de fortalecimento da cooperação interestadual na repressão de crimes internacionais, posto que tais crimes, ainda que cometidos no âmbito territorial de um determinado Estado, acabam por afetar os povos de todos os demais Estados (ALMEIDA, 2009, p. 152).

Outrossim, a asserção de que o princípio da complementaridade representa uma norma de *jus cogens*⁸ significa sublinhar a importância crucial desse princípio para uma efetiva repressão dos crimes internacionais (BASSIOUNI; WISE, 1995, p. 51). Assim, tendo o princípio da complementaridade como fundamento da jurisdição do TPI, o Estatuto de Roma preleciona que serão admissíveis perante o tribunal apenas os casos nos quais se verifique a falta de vontade (*unwillingness*) ou a incapacidade (*inability*) do Estado para genuinamente processar autores de crimes internacionais (BEKOU, 2005, p. 64).

⁸ Esclareça-se, por oportuno, que o termo *jus cogens* é usualmente utilizado para referir-se a um conjunto de normas imperativas e peremptórias que, em razão de sua magnitude e primordial importância, não podem ser declinadas em razão de consentimento ou acordo entre as partes de um tratado, ou seja, não são passíveis de derrogação.

Nos termos do art. 17, §1º, do ETPI, o tribunal não poderá exercer sua jurisdição se i) o caso for objeto de inquérito ou de processo no Estado que tenha jurisdição, salvo se esse não estiver disposto a devidamente prosseguir a investigação ou não tiver capacidade efetiva para fazê-lo; ii) o caso tiver sido objeto de inquérito pelo Estado que exerça a jurisdição e esse decidiu por não dar prosseguimento ao procedimento criminal, ao menos que essa decisão resulte do fato de que o Estado não queira ou não possua meios para fazê-lo; iii) o acusado em causa já tenha sido anteriormente julgado pela conduta a que se refere a denúncia; iv) o caso não for suficientemente grave para justificar a ulterior intervenção do tribunal.

No que tange à definição de *falta de vontade* ou *incapacidade* do Estado de agir em um determinado caso, a distinção estrutural entre esses conceitos reside no fato de que, enquanto no primeiro caso há uma manipulação sistema judicial em funcionamento, a fim de gerar a impunidade de autores poderosos ou influentes, ou seja, o *Estado não quer*; no último caso, referido sistema não existe fisicamente, encontra-se colapsado de maneira substancial ou não está disponível, de modo que o *Estado não possui meios* para realizar o julgamento (AFFONSO, 2020, p. 90).

A fim de determinar se um Estado demonstra ou não *vontade de agir*, o art. 17, §2º, do ETPI preleciona que o tribunal, considerando as garantias do devido processo legal reconhecidas pelo Direito Internacional, deve verificar i) se o processo foi instaurado ou se a decisão nacional foi proferida com o propósito de subtrair o acusado à sua responsabilidade criminal; ii) se houve demora injustificada no processamento ou; iii) se o processo não foi ou não esteja sendo conduzido de forma imparcial ou independente, mas de uma maneira que,

dadas as circunstâncias, seja inconsistente com o intuito de trazer o acusado à justiça.

Lado outro, para determinar se há *incapacidade de agir*, o Tribunal deve verificar se o Estado, por colapso total ou substancial da respectiva administração da justiça ou por indisponibilidade dessa, não reúne as condições para adequadamente realizar o julgamento de crimes internacionais, consoante art. 17, §3º do Estatuto. Referida norma alberga situações de instabilidade política, conflito armado ou outras circunstâncias que resultem na falência ou debilidade do sistema judiciário, conforme se verificou em países como Cambodia, Afeganistão, Ruanda, Somália e El Salvador (BEKOU, 2005, p. 76).

A gravidade do caso, no sentido do artigo 17, §1º, alínea *d*, deve ser determinada conforme as especificidades da situação concreta, invocando-se critérios como a natureza e o impacto social destes crimes (sistemáticos ou em grande escala), o modo de execução (com particular brutalidade ou crueldade, por exemplo), o *status* e a atividade dos suspeitos (maiores responsáveis pelas violações perpetradas ou ofensores de médio e baixo escalão) (AFFONSO, 2020, p. 92).

Não se afigura difícil de perceber que o art. 17 possui um conteúdo variável que, por sua própria natureza, suscita problemas referentes à sua determinação. Cabe à Corte, portanto, realizar esse exercício interpretativo de forma individual e pormenorizada em cada caso concreto, uma vez que não há uma fórmula geral a ser aplicada para todas as situações (BEKOU, 2005, p. 78).

Nessa ordem de ideias, depreende-se que o TPI não substitui as jurisdições penais nacionais, tampouco representa uma instância hierarquicamente superior aos tribunais nacionais, mas sim uma instância complementar, subsidiária e de *ultima ratio*, que atua em

situações nas quais o Estado não assente condições de assegurar uma investigação e um julgamento que cumpram os princípios do devido processo legal internacionalmente reconhecidos ou quando não queira fazê-lo (HUMAN RIGHTS WATCH, 1998).

A jurisdição complementar do TPI pode ser analisada de duas perspectivas: a da comunidade internacional e a dos Estados. Na perspectiva da comunidade internacional, o princípio da complementaridade é realização do princípio da jurisdição universal para os crimes graves, haja vista que o fundamento precípua do TPI é impedir que, por razões políticas, interesses econômicos subjacentes ou problemas estruturais das jurisdições internas, os acusados de crimes internacionais fiquem sem julgamento.

Sob a perspectiva dos Estados, o princípio da complementaridade se traduz na obrigação de adequarem suas legislações internas e promoverem mecanismos processuais eficazes para o julgamento de acusados do cometimento de crimes internacionais, nos termos do §6º do preâmbulo do ETPI, o qual preleciona que é “*dever de cada Estado exercer a respectiva jurisdição penal sobre os responsáveis por crimes internacionais*”.

Embora se trate de uma ideia bastante difundida, esse enunciado não impõe uma obrigação, limitando-se a declarar o dever de todos os Estados, inclusive aqueles que não sejam parte no Estatuto, de exercer sua jurisdição sobre os *core crimes*. (AFFONSO, 2020, p. 89). Consoante ensinamentos de CAEIRO (2010, pg. 381), a norma em epígrafe limita-se a expressar aqueles que são, na perspectiva dos Estados signatários, os deveres de todos os Estados na repressão de crime internacionais.

Outrossim, resta evidenciado o interesse da comunidade internacional em ver fortalecida a adesão dos Estados aos *standards*

internacionais, assim como o desenvolvimento de seus aparatos jurisdicionais internos, de modo que o TPI estabelece, por meio do princípio da complementaridade, uma relação dialética entre direito interno e direito internacional.

O princípio da complementaridade ratifica, portanto, que cabe aos tribunais nacionais processar e julgar crimes internacionais, de modo que se faz necessária uma convergência de esforços para implementação de preceitos e mecanismos legais necessários para o exercício da jurisdição criminal de forma efetiva (CASSESSE, 2003, p. 452).

Nos termos das orientações propostas pela Comissão de Direitos Humanos da ONU (2005), os Estados devem assegurar o pleno cumprimento das obrigações provenientes de sua adesão ao ETPI, inclusive, quando necessário, mediante a promulgação de leis internas que possibilitem a satisfação dessas obrigações (Princípio 20).

Esse processo de adequação legislativa (complementaridade positiva) oportuniza a formação de novas perspectivas sobre a responsabilidade penal, sobretudo em duas vertentes principais, a saber: a obrigação geral de cooperar com o Tribunal e o fortalecimento do ordenamento jurídico nacional para satisfazer as exigências do teste de complementaridade (ROBINSON, 2002, p. 1850). Com efeito, a eficácia do TPI não deve ser medida apenas pelo número de casos que chega à Corte. Ao contrário, a ausência de julgamentos pelo Tribunal, como consequência do funcionamento efetivo dos sistemas de justiça nacionais, é que deve ser considerada um sucesso ainda maior.

Feitas essas considerações, oportuno assinalar, a título de encerramento deste tópico, que o efetivo funcionamento do TPI depende, em última instância, da cooperação dos Estados com o Tribunal, uma vez que esse não dispõe de *poderes diretos de coerção* e, tampouco, de um

mecanismo organizado que lhe permita proceder às investigações e fazer cumprir suas ordens e decisões (CAEIRO, 2004, p. 70). Justamente por isso, o Estatuto impõe aos Estados signatários a obrigação geral de cooperar plenamente com o Tribunal (art. 86).

Ante o exposto, depreende-se que a premissa da complementaridade é uma solução provisória e instrumental para a harmonização do direito internacional penal entre as ordens jurídicas internas, tendo como finalidade precípua o fomento dos sistemas jurídicos nacionais e o desenvolvimento de mecanismos processuais eficazes para a realização da justiça em relação aos crimes internacionais, de modo a construir nessas sociedades a capacidade de conduzir investigações e procedimentos criminais de maneira independente e imparcial, conforme os *standards* da justiça internacional penal (STEFANI, 2005, p.58)

3. OS (POSSÍVEIS) CRIMES DE GUERRA PRATICADOS PELAS TROPAS RUSSAS E A JURISDIÇÃO DO TPI

Tecidas essas considerações de cunho teórico, este último tópico tem como escopo realizar uma breve análise de acerca da responsabilidade das tropas russas pelo cometimento de crimes de guerra na guerra da Ucrânia, conflito que segue em curso quando da elaboração deste estudo, bem como a possibilidade de seus líderes virem a ser submetidos a julgamento perante o TPI.

O conflito em comento teve início em 24 de fevereiro de 2022, quando Wladimir Putin deu início à invasão do território ucraniano, justificando a ofensiva com o argumento de haveria ocorrendo um genocídio em curso, promovido por tropas neonazistas do país contra russos étnicos e separatistas da região, concentrada majoritariamente na parte leste do território, na região de Donbass (GALVANI, 2022).

Sobre a justificativa russa, cabe esclarecer que em 16 de março de 2022, por 13 votos contra 2, a Corte Internacional de Justiça (CIJ) invalidou o argumento de que estaria ocorrendo um genocídio de russos na Ucrânia e ordenou que Putin interrompa a guerra e remova suas tropas, decisão que foi completamente ignorada pelo líder russo (ESTADÃO, 2022).

Dede então, a guerra avançou e se aprofundou com uma crescente evidência do cometimento de crimes de guerra pelas tropas russas, denúncias essas que foram reforçadas no início do mês de abril, quando jornalistas conseguiram adentrar a cidade de Bucha, que estava ocupada por tropas da Rússia desde o mês de março (WATSON, 2022).

A título de esclarecimento, mas sem qualquer pretensão de esgotar o assunto, cumpre tecer breves considerações acerca dos crimes de guerra, tipificados no art. 8º, do ETPI. Além do Estatuto de Roma, os crimes de Guerra também encontram previsão legal nas Convenções de Genebra e seus Protocolos Adicionais, de 12 de agosto de 1949, documentos que constituem o núcleo do Direito Internacional Humanitário (DIH), o qual regula a condução dos conflitos armados e busca limitar os seus efeitos, visando a proteção de pessoas que não participam e as que deixaram de participar das hostilidades.

Consoante inteligência do art. 8º do Estatuto de Roma, são tipificadas como crimes de guerra, dentre outras condutas, causar intencionalmente grande sofrimento ou ofensas graves à integridade física ou à saúde (art. 8º, §2º, a, iii); destruição ou a apropriação de bens em larga escala, quando não justificadas por quaisquer necessidades militares e executadas de forma ilegal e arbitrária (art. 8º, §2º, a, iv); privação intencional de um prisioneiro de guerra ou de outra pessoa sob proteção do seu direito a um julgamento justo e imparcial (art. 8º, §2º,

a, vi); dirigir intencionalmente ataques a civis que não participem diretamente nas hostilidades ou bens civis que não sejam objetos militares (art. 8º, §2º, b, i e ii); dirigir intencionalmente ataques ao pessoal, instalações, material, unidades ou veículos que participem numa missão de manutenção da paz ou de assistência humanitária (art. 8º, §2º, b, iii); utilizar gases asfixiantes, tóxicos ou outros gases ou qualquer líquido, material ou dispositivo análogo (art. 8º, §2º, b, xviii); cometer atos de violação, escravidão sexual, prostituição forçada, gravidez à força, esterilização à força e qualquer outra forma de violência sexual (art. 8º, §2º, b, xxii).

No caso concreto *sub examine*, as acusações de cometimento de crimes de guerra pelas tropas russas envolvem um assassinato em massa ocorrido em março de 2022, decorrente do bombardeio a um teatro em Mariupol, o qual tinha a palavra *crianças* escrito em letras gigantes do lado de fora do prédio (G1, 2022), bem como o ataque aéreo a um hospital infantil localizado também em Mariupol (LISTER, 2022). Referidas condutas estão previstas no art. 8º, §2º, b, v e ix, do ETPI, os quais tipificam como crimes de guerra as seguintes condutas: *“atacar ou bombardear, por qualquer meio, cidades, vilarejos, habitações ou edifícios que não estejam defendidos e que não sejam objetivos militares”* e *“dirigir intencionalmente ataques a edifícios consagrados ao culto religioso, à educação, às artes, às ciências ou à beneficência, monumentos históricos, hospitais e lugares onde se agrupem doentes e feridos, sempre que não se trate de objetivos militares”*.

No entanto, a principal denúncia do cometimento de crimes de guerra veio à tona no início do mês de maio, quando repórteres conseguiram adentrar a cidade de Bucha, 37 km a noroeste de Kiev, e encontraram diversos corpos em trajes civis nas ruas da cidade, os quais

aparentavam ter sido mortos à queima-roupa ou com balas na cabeça e na nuca, alguns com as mãos amarradas atrás das costas, outros envolvidos em plástico e amarrados com fita adesiva e jogados em uma vala (WATSON, 2022). Ainda, em 5 de abril de 2022, o jornal *The New York Times* revelou imagens inéditas de militares russos abrindo fogo contra um ciclista que andava por uma rua de Bucha (BROWNE, KHAVIN, 2022). Tal conduta configura o crime previsto no art. 8º, §2º, b, i, do Estatuto de Roma, que tipifica como crime de guerra “*dirigir intencionalmente ataques à população civil em geral ou civis que não participem diretamente nas hostilidades*”. Somam-se a isso denúncias de estupro contra mulheres e crianças.

O embaixador da Rússia na ONU, Vassily Nebenzia, alegou que as acusações eram mentiras e afirmou que “*nem um único civil sofreu qualquer tipo de violência*”. A porta-voz do Ministério das Relações Exteriores da Rússia, Maria Zakharova, afirmou que as cenas foram encomendadas pelos Estados Unidos e pelo governo ucraniano, mas não apresentou provas disso (DIAS, 2022).

No que diz respeito à competência para julgamento dos supostos crimes de guerra supramencionados, a regra é que o julgamento seja carreado pelo tribunal interno do país. Com efeito, o presidente ucraniano Volodymyr Zelensky criou um órgão especial para investigar os massacres na cidade de Bucha (AFP, 2022).

Outrossim, o Ministério Público da Ucrânia apresentou em maio de 2022 a primeira denúncia formal por crime de guerra contra um combatente russo de 21 anos, Vadim Shishimarin, acusado de ter matado a tiros um civil de 62 anos desarmado que andava de bicicleta nos arredores de Kiev. O soldado russo, que é o primeiro julgado por crimes de guerra na Ucrânia, se declarou culpado em julgamento realizado no dia

18 de maio de 2022, durante sessão em um Tribunal de Kiev. O caso é o primeiro de ao menos 10.000 suspeitas de crimes de guerra que a Ucrânia disse ter identificado desde o início dos ataques da Rússia ao país (G1, 2022a).

No que tange à possibilidade de referidos crimes serem julgados pelo TPI, cumpre esclarecer alguns pontos. Conforme já consignado anteriormente, o TPI possui jurisdição subsidiária, de modo que uma acusação será admitida perante o Tribunal quando houver evidências claras de que os tribunais nacionais falharam no julgamento do caso, seja por incapacidade, negligência, omissão ou falta de interesse político, conforme dispõe o art. 17 do Estatuto de Roma (AFFONSO, 2022).

Além disso, via de regra, o Tribunal só pode julgar cidadãos dos países que ratificaram o ETPI e, por conseguinte, aceitaram de maneira voluntária a jurisdição. Em relação às partes envolvidas no conflito, a Ucrânia não é um Estado Parte do TPI, entretanto, em duas declarações feitas em 2014 e 2015, o país concedeu ao Tribunal jurisdição sobre crimes cometidos em seu território, retroativamente até 21 de novembro de 2013. A Rússia, por sua vez, chegou a ser signatária do Estatuto de Roma, mas retirou sua assinatura em 2016, o que não impede o exercício da jurisdição pelo Tribunal, haja vista a previsão do art. 14 do ETPI⁹, mas certamente o torna bem mais difícil (ROSEN, 2022).

In casu, a possibilidade de o TPI exercer sua jurisdição a partir de uma denúncia do Conselho de Segurança das Nações Unidas é inviável na prática, uma vez que a Rússia é membra permanente do Conselho de

⁹ Conforme já consignado no tópico acima, o TPI pode exercer jurisdição após o recebimento de uma denúncia por um Estado Parte ou pelo Conselho de Segurança agindo sob o Capítulo 7 da Carta das Nações Unidas (artigo 14).

Segurança e certamente exerceria seu poder de veto contra um eventual encaminhamento da questão ao Tribunal (AFFONSO, 2022).

A investigação que atualmente está curso no TPI, lançada em 2 março de 2022, é um raro episódio de mobilização internacional, já que ela se iniciou a partir de um pedido da Ucrânia e da denúncia apresentada por 41 países. Segundo o promotor-chefe do TPI, o advogado britânico Karim Khan QC, há uma base razoável para acreditar que crimes de guerra foram cometidos na Ucrânia, sendo certo que as investigações irão analisar as acusações passadas e presentes, desde 2013, antes da anexação da Crimeia pela Rússia (ROSEN, 2022).

O atual cenário – de meados de agosto de 2022 – revela que os crimes de guerra atribuídos aos combatentes russos estão sendo investigados e podem levar seus responsáveis a condenações em Tribunais penais nacionais ou até mesmo perante o TPI. No entanto, o desfecho de tais casos certamente não será célere, seja pela complexidade da questão *per si*, seja em razão de variáveis políticas que inevitavelmente afetam a investigação e o julgamento.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao contrário do que pensam alguns poucos críticos, o Estatuto de Roma não configura restrição ou diminuição da soberania dos países aderentes, uma vez que a ratificação de uma convenção multilateral como essa tem como escopo promover a segurança, a justiça e a paz social que a comunidade internacional tanto almeja, uma vez que o fundamento precípua do TPI é impedir que, por razões políticas, interesses econômicos subjacentes ou problemas estruturais internos, os autores de crimes internacionais permaneçam impunes.

É inquestionável o fato de que os crimes internacionais afetam interesses vitais da comunidade internacional, infringindo valores universais e princípios humanitários nos quais se fundam todos os sistemas de justiça penal internos e, justamente por isso, o seu julgamento não depende do local do cometimento do crime.

Restou devidamente demonstrado que os tribunais nacionais possuem primazia na investigação e julgamento de crimes internacionais, enquanto o TPI possui competência complementar, que não substitui as jurisdições nacionais, mas opera apenas na ausência de atuação ou quando verificada a incapacidade dos Estados em responder isoladamente a essas demandas globais.

Assim, a adoção do princípio da complementaridade como fundamento da jurisdição do TPI visa suprir a falta de institucionalização no plano internacional, fomentar o adensamento das legislações internas e o desenvolvimento de mecanismos processuais eficazes para a realização da justiça em relação aos crimes tipificados no ETPI, fortalecer a cooperação interestadual no domínio da repressão desses crimes, visando elidir a impunidade de seus autores e, assim, contribuir para a prevenção de crimes internacionais e para a realização efetiva dos direitos humanos.

Outrossim, a despeito das críticas contundentes feitas em relação à efetividade do TPI, é irrefutável que a criação de Tribunal Penal Internacional com jurisdição permanente compreende um avanço significativo para o Direito Internacional Penal.

No que tange ao caso concreto analisado no presente estudo, pode-se afirmar que há, de fato, indícios razoáveis de que crimes de guerra foram cometidos na Ucrânia por parte dos combatentes russos, os quais

estão sendo investigados e podem levar seus responsáveis a condenações em Tribunais penais nacionais ou até mesmo perante o TPI.

No entanto, até o presente momento não há como tirar conclusões mais concretas acerca da responsabilidade penal de tais combatentes e dos próprios líderes russos. Tais acusações demandam investigação séria e imparcial, que analise as idiossincrasias do caso concreto e a responsabilidade individual de cada acusado, a fim de trazer para as vítimas e para a comunidade internacional como um todo verdadeiro sentimento de justiça e de realização das normas e princípios de Direito Internacional.

REFERÊNCIAS

AFFONSO, Gabriela Borghi. *O Dever de Perseguir e Punir Crimes Internacionais no Âmbito da Justiça de Transição.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

AFFONSO, Gabriela Borghi. *Crimes de Guerra: as tropas russas e a jurisdição do TPI.*

Spotify: Giro Mundial: 18 mai. 2022. Disponível em: https://open.spotify.com/episode/46gHYaBlADI1GTBr1bpOhI?si=SvQPB6JuTRuNTZ5BRcN61A&utm_source=whatsapp . **Acesso em: 25 jul. 2022.**

AFP. Guerra na Ucrânia: Zelensky chama soldados russos de assassinos. Exame: 04 abr. 2022. Disponível em: <https://exame.com/mundo/guerra-ucrania-zelensky-soldados-russos-assassinos/>. Acesso em: 25 jul. 2022.

ALMEIDA, Francisco Antonio de Macedo Lucas Ferreira de. *Os crimes contra a humanidade no actual direito internacional penal* (Tese de Doutoramento em Ciências Jurídico-Políticas pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra). Edições Almedina, 2009.

BASSIOUNI, M. Cherif; WISE, Edward M. *Aut Dedere Aut Judicare: The Duty to Extradite or Prosecute in International Law.* Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, 1995.

BEKOU, Olympia. *Complementarity and the ICC: A dangerous gamble? The International Criminal Court: Challenges and Prospects: proceedings of an international*

conference organised by the European Inter-University Centre for Human Rights and Democratisation (EIUC). 1. ed. Venice: Marsilio, 2005.

BROWNE, Malachy; KHAVIN, Dmitriy. Un nuevo video muestra que las fuerzas rusas dispararon contra un ciclista en Bucha. *The New York Times*: 05 abr. 2022. Disponível em: <https://www.nytimes.com/es/2022/04/05/espanol/bucha-cuerpos-rusia.html>. Acesso em: 25 jul. 2022.

CAEIRO, Pedro. *Fundamento, Conteúdo e Limites da Jurisdição do Estado – O caso Português*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

CAEIRO, Pedro. *O procedimento de entrega previsto no Estatuto de Roma e a sua incorporação no Direito Português (Separata de: O Tribunal Penal Internacional e a Ordem Jurídica Portuguesa)*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

CASSESE, Antonio. *International Criminal Law*. Oxford: Oxford University Press, 2003.

CASSESE, Antonio. *International criminal law: cases and commentary*. Oxford: Oxford University Press, 2011.

DAHER, Marlusse Pestana. *Tribunal Penal Internacional: O Estatuto*. Portal Jurídico Investidura, Florianópolis/SC, 07 set. 2009. Disponível em: <http://www.investidura.com.br/biblioteca-juridica/doutrina/direitocivilgeral/4387-tribunal-penal-internacional--o-estatuto>. Acesso em: 05 ago. 2022.

DIAR, Gabriel. *Evidências se acumulam: o que faria a Rússia responder por crimes de guerra*. UOL: 08 abr. 2022. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/internacional/ultimas-noticias/2022/04/08/afinal-o-que-e-considerado-crime-de-guerra.htm>. Acesso em: 25 jul. 2022.

ESTADÃO, Redação. *Corte Internacional de Justiça ‘ordena’ que Rússia suspenda invasão à Ucrânia*: 16 mar. 2022. Disponível em: <https://www.estadao.com.br/internacional/corte-internacional-de-justica-ordena-que-russia-suspenda-invasao-a-ucrania/>. Acesso em: 25 jul. 2022.

GALVANI, Giovanna. *Entenda a Guerra da Ucrânia em 10 pontos*. CNN Brasil: 25 de março de 2022. Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/internacional/entenda-a-guerra-da-ucrania-em-10-pontos/>. Acesso em: 25 jul. 2022.

GARIBIAN, Sévane. *“O recurso ao direito internacional para a repressão dos crimes do passado. Uma visão perspectiva sobre os casos Touvier (França) e Simon*

(Argentina)". In. *Revista Anistia Política e Justiça de Transição*, 2011, n° 6, p. 190-210. Disponível em: <https://archive-ouverte.unige.ch/unige:24367>. Acesso em: 02 ago. 2022.

G1 Mundo. O que se sabe sobre o ataque a teatro em Mariupol que pode ter matado 300 pessoas. 25 mar. 2022. Disponível em: <https://g1.globo.com/mundo/ucrania-russia/noticia/2022/03/25/o-que-se-sabe-sobre-o-ataque-a-teatro-em-mariupol-que-pode-ter-matado-300-pessoas.ghtml> . Acesso em: 25 jul. 2022.

G1 Mundo. Primeiro julgado por crime de guerra na Ucrânia se declara culpado. 18 mai. 2022a. Disponível em: <https://g1.globo.com/mundo/noticia/2022/05/18/tribunal-de-kiev-retoma-primeiro-julgamento-por-crime-de-guerra.ghtml>. Acesso em: 25 jul. 2022.

HUMAN RIGHTS WATCH. *Resumen de las disposiciones claves del Estatuto de la Corte Penal Internacional*. Disponível em: https://www.hrw.org/legacy/campaigns/icc/docs/stat_sum_ltrhd_sp.pdf . Acesso em: 25 jul. 2022.

JARDIM, Tarciso dal Maso. “As posições brasileiras sobre o TPI”. In. In. O que é o Tribunal Penal Internacional. Comissão dos Direitos Humanos. Câmara dos Deputados, 2000. Disponível em: http://www.dhnet.org.br/dados/cartilhas/dh/tpi/cartilha_tpi.htm . Acesso em: 03 ago. 2022.

LA TORRE, Ignacio Berdugo Gómez de. La Justicia transicional en Brasil. El caso de la Guerrilla de Araguaia. Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca, 2017.

LAWYERS COMMITTEE FOR HUMAN RIGHTS. *Establishing an International Criminal Court: Major Unresolved Issues in the Draft Statute*. New York: LCHR, International Criminal Court Briefing Series, volume I, number I, 1996.

LISTER, Tim. Autoridades ucranianas afirmam que três morreram no ataque a maternidade em Mariupol. CNN Brasil: 10 mar. 2022. Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/internacional/autoridades-ucranianas-afirmam-que-tres-morreram-no-ataque-a-maternidade-em-mariupol/>. Acesso em: 25 jul. 2022.

MACHADO, Jónatas. *Direito Internacional – do paradigma clássico ao 11 de setembro*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

MEDEIROS. Antônio Paulo Cachapuz de. “O Tribunal Penal Internacional e a Constituição Brasileira”. In. *O que é o Tribunal Penal Internacional*. Comissão dos

- Direitos Humanos. Câmara dos Deputados, 2000. Disponível em: http://www.dhnet.org.br/dados/cartilhas/dh/tpi/cartilha_tpi.htm . Acesso em: 03 ago. 2022.
- MIRANDA, Nilmário. “Apresentação”. In. *O que é o Tribunal Penal Internacional*. Comissão dos Direitos Humanos. Câmara dos Deputados, 2000. Disponível em: http://www.dhnet.org.br/dados/cartilhas/dh/tpi/cartilha_tpi.htm. Acesso em: 03 ago. 2022.
- ONU: CDH (2005)**. *Updated Set of principles for the protection and promotion of human rights through action to combat impunity*. **E/CN.4/2005/102/Add.1**.
- ROBINSON, Darryl. “The Rome Statute and its Impact on National Law” In. CASSESE, Antonio; GAETA, Paola; JONES, John R. W. (eds.). *The Rome Statute of the International Criminal Court: a commentary*. Vol. 2. p. 1849-1868. Oxford: Oxford University Press, 2002.
- ROSEN, Natalie. As perspectivas e os obstáculos para que presidente russo responda à justiça através de mecanismos do direito penal internacional. Nexo: 30 abr. 2022. Disponível em: <https://www.nexojornal.com.br/ensaio/2022/A-guerra-na-Ucr%C3%A2nia-e-a-responsabiliza%C3%A7%C3%A3o-penal-de-Putin>. Acesso em: 25 jul. 2022.
- STEFANI, Paolo de. *The ICC Prosecutor and the Complementarity Game*. The International Criminal Court: Challenges and Prospects: proceedings of an international conference organised by the European Inter-University Centre for Human Rights and Democratisation (EIUC). 1. ed. Venice: Marsilio, 2005.
- WATSON, Angus. Ucrânia exige investigação do Tribunal de Haia sobre civis mortos em Bucha. CNN Brasil: 04 abr. 2022. Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/internacional/ucrania-exige-investigacao-do-tribunal-de-haia-sobre-civis-mortos-em-bucha/>. Acesso em: 25 jul. 2022.

6

O PRINCÍPIO DA GESTÃO PROCESSUAL PARA A CONSTRUÇÃO DO PROCESSO COOPERATIVO NA PERSPECTIVA DEMOCRÁTICA

*Isabella Fabris*¹

1. INTRODUÇÃO

A forma como se organiza o processo, mais especificamente no que concerne ao papel atribuído a cada um dos atores processuais, tem estreita relação com o modelo estatal prevalente em determinado período histórico².

A esse respeito, Miguel Teixeira de Sousa ensina que “a evolução verificada nas relações entre o juiz e as partes é particularmente significativa da influência de algumas opções políticas no processo”³.

No período do liberalismo, o processo foi amplamente influenciado pelas ideias liberais, de forma a conferir-lhe características eminentemente privadas. Temas atinentes à instrução da causa e investigação dos fatos, por exemplo, dependiam, exclusivamente, da manifestação das partes, não dispondo o tribunal de poderes para tal⁴.

No que tange às provas, a liberdade do órgão jurisdicional era bastante limitada, em função da existência de um sistema que impunha

¹ Mestre em Ciências Jurídico-Civilísticas com menção em Direito Processual Civil pela Universidade de Coimbra. Advogada.

²GALINDO, Maíra Coelho Torres. Princípio da cooperação: dever de consulta e a proibição das decisões-surpresa. Dissertação (Mestrado). Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2014, p. 28.

³ SOUSA, Miguel Teixeira de. Introdução ao processo civil. Lisboa: Lex, 2000. p. 24

⁴ SOUSA, Miguel Teixeira de, ob. cit., p. 24.

uma rigorosa “regulação positiva” no exame probatório⁵. Assim, a apreciação da verdade pelo magistrado restringia-se à versão suscitada pelas partes. Ao juiz cumpria, apenas, decidir acerca da questão litigiosa trazida pelos contendores, sem qualquer possibilidade de intervenção⁶.

Nesse contexto liberal, o modelo processual era dominado pelo princípio do dispositivo, voltando-se primordialmente à consecução de interesses privados. Considerava-se ausente qualquer interesse estatal na resolução das demandas submetidas ao judiciário. A liberdade das partes era tamanha que se estendia para além da relação jurídica substancial, alcançando, também, a processual. Ao órgão jurisdicional competia, por consequência, tão somente assegurar a “legitimidade da decisão, pela observância das regras e pressupostos processuais”⁷.

Essa realidade restou evidenciada quando da promulgação do *Code de procédure civile*, de 1806. O processo regulado no referido diploma legal expressava a concepção liberal pela configuração de um processo “oral, público e sem regras de preclusão, dado que cabia às partes determinar a ordem dos actos processuais”⁸.

Em Portugal, o modelo processual, eminentemente liberal, foi o que prevaleceu até a reforma operada pelo Decreto n.º 12.353, de 22 de setembro de 1926. Consoante às características típicas daquele modelo estatal, também nesse país o modelo processual pressupunha o império da vontade das partes ao longo de todo o procedimento judicial, cabendo ao magistrado tão somente decidir sobre o que lhe fora pedido⁹.

⁵ GALINDO, Maíra Coelho Torres, ob. cit., p. 28.

⁶ GALINDO, Maíra Coelho Torres, ob. cit., p. 30

⁷ GALINDO, Maíra Coelho Torres, ob. cit., p. 30

⁸ SOUSA, Miguel Teixeira de, ob. cit., p. 25.

⁹ GOUVEIA, Mariana França. Os poderes do juiz cível na acção declarativa: em defesa de um processo civil ao serviço do cidadão. *Julgar*, Lisboa, n. 1, 2007., p. 48

Ocorre que mudanças significativas no pensamento jurídico-processual marcaram o final do século XIX. Nesse período, surge um novo paradigma sobre a jurisdição, que passa a ser tratada como “expressão da soberania”. É nesse contexto que se dá o movimento de transição da concepção liberal de processo – predominante à época – para uma “visão socializadora”, que passa a conceber o processo como instrumento do Estado para a resolução de litígios, pela aplicação da lei¹⁰.

Nesse cenário, a figura do magistrado ganha protagonismo, sendo-lhe atribuídos poderes para a condução do processo. O órgão julgador assume um papel de verdadeiro “canal de comunicação entre a carga axiológica da sociedade em que vive e as normas jurídicas”. A consequência, para o processo, da elevação do juiz a um *status* salvacionista é a mitigação da necessária observância ao contraditório, no decorrer do procedimento judicial. A construção dos provimentos judiciais, nesse contexto, pauta-se em um pretense “senso inato de justiça do decisor”, o que reduz, sobremaneira, a dialogicidade.¹¹

O movimento de reforma legislativa com fins de ampliar os poderes do juiz na direção do processo foi observado em diferentes países. José Carlos Barbosa Moreira¹² faz questão de ressaltar que as aludidas reformas pretendiam, em última análise, viabilizar a efetiva prestação

¹⁰ ANDRADE, Francisco Rabelo Dourado de., FARIA, Guilherme Henrique Lage. O modelo social de processo: conjecturas sobre suas origens, desenvolvimento e crise frente ao novo paradigma do Estado Democrático de Direito. Disponível em <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=c59115e88a6dbe2f>. Acesso em: 13/04/2018

¹¹ ANDRADE, Francisco Rabelo Dourado de., FARIA, Guilherme Henrique Lage, ob. cit. Acesso em: 13/04/2018

¹² A respeito da relação entre regime político e ordenamento jurídico, o autor posiciona-se de forma bastante particular, advogando contra o que chama de “exagero de simplificação”, que associa a existência de um regime político autoritário a um ordenamento jurídico inteiramente desvinculado da noção de democracia., Para maior aprofundamento acerca do referido posicionamento doutrinário, ver MOREIRA, José Carlos Barbosa. O neoprivatismo no processo civil. Revista Direito Privado, Braga, n. 10. Abril/Junho, p. 3-12, 2005.

jurisdicional (proferimento de uma decisão justa) no menor tempo possível¹³.

Como se vê, é notória a existência de relação entre um regime político e o ordenamento processual. Assim, regimes autoritários são, comumente, associados à edição de leis (processuais ou não) desvinculadas do devido respeito às garantias democráticas¹⁴. Consoante a esse entendimento, Dierle Nunes lembra da estreita relação entre a ascensão do nazismo, na Alemanha, e a reforma de 1933, que pretendeu um considerável reforço nos poderes dos juízes no processo¹⁵.

Mariana França Gouveia lembra, inclusive, que a ditadura que se instituiu em Portugal, entre os anos de 1926 e 1974, culminou em uma reforma legislativa no âmbito processual com vistas a fazer prevalecer, também nessa seara, um perfil ideológico autoritário, condizente com o regime político então vigente¹⁶.

Nesse modelo processual autoritário, o juiz passa a figurar como ator central no processo, sendo-lhe atribuídos poderes formais e materiais, inclusive para determinar, oficiosamente, a investigação de fatos alegados¹⁷.

Do Projeto Florença de Acesso à Justiça resultou o relatório alemão assinado por Rolf Bender e Cristoph Strecker, em que foram enunciados os fundamentos do Modelo Stuttgart. O professor Fritz Baur foi o responsável por descrever a base teórica do referido modelo processual.

¹³ MOREIRA, José Carlos Barbosa. O neoprivatismo no processo civil. Revista Direito Privado, Braga, n 10. Abril/Junho, 2005, p. 3.

¹⁴ MOREIRA, José Carlos Barbosa, ob. cit., p. 3.

¹⁵ NUNES, Dierle José Coelho. Processo jurisdicional democrático. Curitiba: Editora Juruá, 2012. p. 80

¹⁶ GOUVEIA, Mariana França, ob. cit., p. 49.

¹⁷ GOUVEIA, Mariana França, ob. cit., p. 49

Baur, para além de constatar a insuficiência dos meios processuais até então instituídos (oralidade e ativismo judicial), com fins de fomentar a rapidez procedimental, ousou ao sugerir - contrariando o discurso prevalente à época - que a demora nos trâmites processuais não poderia ser atribuída, exclusivamente, aos juízes e advogados. O autor prelecionou no sentido de que a realidade processual se mostrava complexa e que era primordial considerar a existência de “dificuldades objetivas e subjetivas” que interferiam no procedimento.

O professor ainda asseverou que a busca incessante por decisões judiciais rápidas poderia implicar em grave prejuízo à qualidade (tanto em relação à materialidade como no que tange à juridicidade) das sentenças¹⁸. Foi nesse contexto que Baur inovou ao tecer as primeiras “considerações acerca da importância da participação processual”¹⁹.

(...) é uma utopia acreditar que se possa recorrer apenas a juristas altamente qualificados. Mas, mesmo sem levar em conta isso, ocorre que o desenrolar do processo depende não apenas do juiz, mas de todos os implicados no processo (...). Isso significa, em nosso contexto: o processo tem de se constituir de leis fortes, de modo a que ele possa ser a garantia de um bom e rápido andamento jurídico, de modo que não seja possível, para todos os envolvidos no processo, que se tomem atalhos que levem à irresolução e ao comodismo²⁰.

Na Alemanha, Baur sugeriu que a demora no trâmite processual não ocorria somente pelo demasiado lapso temporal entre a propositura da ação e a primeira audiência, mas também pela ausência do necessário

¹⁸ BAUR, Fritz. *Wege zu einer Konzentration der mündlichen Verhandlung im Prozeß*. Berlin: Walter de Gruiter & co., 1966 *apud* NUNES, Dierle José. *Comparticipação e Policentrismo: horizontes para a democratização do processo civil*. Tese de doutoramento. Belo Horizonte, 2008. p.78

¹⁹ NUNES, Dierle José. *Comparticipação e Policentrismo: horizontes para a democratização do processo civil*. Tese de doutoramento. Belo Horizonte, 2008. p.79.

²⁰ BAUR, Fritz, ob. cit., p.79

debate entre os interessados, de forma a viabilizar a adequada preparação para audiência oral. Isso porque, à época, era admissível a apresentação de inúmeras petições, inclusive com a arguição, em separado, das alegações de fato e de direito²¹.

2. A COOPERAÇÃO COMO MODELO PROCESSUAL E COMO PRINCÍPIO

2.1 A COOPERAÇÃO COMO PRINCÍPIO JURÍDICO

A noção de colaboração como princípio jurídico remonta à promoção de um determinado “estado de coisas”. O cumprimento de seu fim materializa-se, então, na organização de um “processo justo idôneo a alcançar decisão justa”, pela garantia de que os atores processuais assumam posições equilibradas no decorrer do procedimento²².

Entendimento semelhante foi sustentado por Reinhard Greger no âmbito de suas considerações a respeito do princípio da cooperação. Para esse autor, “os princípios processuais são mais do que apenas instruções para as partes no processo – eles são ideais fundamentais que determinam globalmente o termo e o caráter de um processo judicial e definem o conjunto de orientações ao comportamento das partes”²³.

O princípio da cooperação tem duas vertentes que devem ser consideradas: a primeira refere-se à atribuição de deveres às partes; a segunda, de deveres ao magistrado. A esse respeito, Mariana França Gouveia pontua uma interessante percepção dessas duas realidades: “quando acentuamos os deveres de cooperação das partes, sublinhamos

²¹ NUNES, Dierle José, ob. cit., p.80.

²² MITIDIERO, Daniel. Colaboração no processo civil como prêt-à-porter? Um convite ao diálogo para Lenio Streck. Revista de Processo. Ano 36. v. 194, 2011, p. 61.

²³ GREGER, Reinhard. Cooperação como princípio processual. Revista de Processo, São Paulo, v. 206, abr. 2012, p. 125.

o caráter autoritário do processo; quando acentuamos os deveres de cooperação do juiz, atenuamos o cunho autoritário”²⁴.

José Lebre de Freitas e Isabel Alexandre²⁵, em anotação ao artigo 7º do Código de Processo Civil português de 2013, posicionam-se de forma a relacionar os princípios da gestão processual e da cooperação, especificamente no que se refere à atuação do magistrado.

Nesse sentido, chamam a atenção para o disposto no nº 4 do referido artigo²⁶, e correlacionam-no com o dever de gestão processual (disposto no artigo 6º do mesmo diploma legal), de forma a admitir que o princípio da cooperação, para o juiz, manifeste-se, também, pelo exercício do dever de gestão processual.

De fato, a existência do poder-dever de gestão confere ao juiz mais instrumentos para levar a efeito seu dever de cooperação no âmbito do processo. No entanto, embora os conceitos possam parecer equivalentes, não nos parece prudente estabelecer entres eles qualquer relação de dependência. Ainda que o magistrado possa, utilizando-se do poder de gestão, atuar no sentido de favorecer a pronta remoção de um obstáculo ao “exercício de faculdade ou o cumprimento de ónus”²⁷ processual – um dos elementos que, nos termos legais, compõem o princípio da cooperação – não convém nos desviarmos do sentido mais amplo de que se reveste a cooperação no âmbito do processo: o equilíbrio de forças entre os sujeitos processuais, de forma a evitar protagonismos.

²⁴ GOUVEIA, Mariana França, ob. cit., p. 52.

²⁵ FREITAS, José Lebre de; ALEXANDRE, Isabel. Código de Processo Civil Anotado. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2014, p. 25.

²⁶ Art. 7º, n.4 – “sempre que alguma das partes alegue justificadamente dificuldade séria em obter documento ou informação que condicione o eficaz exercício de faculdade ou o cumprimento de ónus ou dever processual, deve o juiz, sempre que possível, providenciar pela remoção do obstáculo”.

²⁷ Art. 7º, n.4 do Código de Processo Civil português de 2013.

O dever de gestão processual pode, sim, ser bastante útil na condução da nova organização processual e é a visão que perseguimos neste trabalho. Mas, conceber a possibilidade de atuação oficiosa do juiz sobre a remoção de obstáculos, para justificá-la no dever de cooperação, nos parece fugir à noção implícita à aplicação do princípio no processo, qual seja, a de viabilizar a comparticipação dos atores envolvidos.

Em síntese, a colaboração impõe aos atores processuais deveres deontológicos, ou seja, responsabiliza todos os sujeitos processuais pela construção de um espaço procedimental que preza pela lealdade de uns para com os outros²⁸.

É importante pontuar que a participação é fundamento basilar do Estado Democrático e isso, por si só, já confere status constitucional ao princípio da colaboração. Conclui-se, pois, que, em um Estado Democrático, não há que se falar em processo justo sem colaboração²⁹.

Daniel Mitidiero lembra que, na doutrina brasileira, o princípio da colaboração começou a receber alguma atenção na década de 1980, mas foi só posteriormente que Álvaro de Oliveira introduziu o tema de uma forma mais efetiva. Esse autor propôs um processo civil cooperativo, que sugeria uma postura diretiva do juiz sem, no entanto, pressupor a existência de um protagonismo dominante³⁰.

Para Humberto Theodoro Junior, o princípio da cooperação é um desdobramento do princípio moderno do contraditório, assegurado constitucionalmente, e que confere aos sujeitos da relação processual a

²⁸ GALINDO, Máira Coelho Torres. Princípio da cooperação: dever de consulta e a proibição das decisões-surpresa. Dissertação (Mestrado). Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2014, p. 40.

²⁹ MITIDIERO, Daniel. Colaboração no processo civil como prêt-à-porter? Um convite ao diálogo para Lenio Streck. Revista de Processo. Ano 36. v. 194, 2011 p. 61.

³⁰ MITIDIERO, Daniel. Colaboração no processo civil [livro eletrônico] 1 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

possibilidade de influir sobre a formação da decisão judicial, não obstante seja, também, um consectário do princípio da boa-fé objetiva. O mesmo autor ainda preceitua ser consenso hoje a existência de íntima conexão entre os princípios constitucionais da democracia e do contraditório, o que repercute no campo da jurisdição e do processo. Para o autor, exige-se, com isso, uma nova fase metodológica para o direito processual, denominada “contraditório democrático”³¹.

Em artigo dedicado ao princípio do contraditório, Dierle Nunes nos lembra que, tradicionalmente, o referido princípio é tratado como garantidor de um direito bilateral na audiência, em que às partes é assegurada a informação e conseqüente “possibilidade de reação”. O autor ressalta, no entanto, que o respeito ao contraditório, sob esse prisma, por não encontrar “ressonância na estrutura procedimental e no conteúdo das decisões”, não configura senão uma participação “fictícia e aparente”³².

Diante da percepção de insuficiência desse conceito de contraditório para o processo civil moderno, emerge a necessidade de configurá-lo a partir de uma visão mais dinâmica, estabelecendo-o como o centro do processo³³.

Nessa perspectiva, Nicola Picardi assevera que a atividade jurisdicional se organiza como processo, uma espécie de procedimento de estrutura policêntrica em que cada um dos sujeitos desempenha um papel específico. É essa estrutura subjetiva complexa que impõe um desenvolvimento dialético do procedimento³⁴.

³¹ THEODORO JUNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil. vol. 1. 58ed. Rio de Janeiro: Gen Editora, 2017, p. 81

³² NUNES, Dierle José Coelho. O princípio do contraditório. Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil, Porto Alegre, v. 5, jun. 2004, p. 76.

³³ NUNES, Dierle José Coelho, ob. cit., p76

³⁴ PICARDI, Nicola. Manuale del processo civile. 2. ed. Milano: Giuffrè Editore, 2010, p.226

O autor ainda nos elucida que é exatamente a atribuição de poderes específicos a cada um dos sujeitos processuais, especialmente no que tange à relação de uns para com os demais, que permite falar em paridade de armas. Assim, às partes é admissível não somente participar, de forma paritária, do reconhecimento dos pressupostos, mas também assegurar possibilidades iguais de influência sobre o convencimento do juiz. O resultado é a configuração de um equilíbrio dinâmico, desde a propositura da ação até o proferimento da decisão, pela “equivalência abstrata de chances”³⁵ (*tradução livre nossa*), a que se denomina princípio do contraditório.

Cumpre-nos destacar que a leitura que se faz do princípio do contraditório e de sua relação com os sujeitos processuais é significativamente diferente, a depender do ordenamento jurídico considerado. Na França, por exemplo, o contraditório opera não somente como uma garantia, quando do embate entre as partes, mas também consolida-se como um dever para o magistrado que, proibido de fundamentar suas decisões em questões suscitadas de ofício sem a devida manifestação dos interessados, fica obrigado a provocar o debate sobre todas as questões de fato ou de direito que possam influenciar na resolução da lide³⁶.

O ordenamento jurídico alemão, tal como o francês, também estendeu os efeitos da fiel observância ao princípio do contraditório para além do confronto entre as partes, atribuindo ao juiz um dever de promover o “debate preventivo³⁷”, sobre todo os aspectos que serão considerados quando do proferimento da decisão³⁸.

³⁵ PICARDI, Nicola, ob. cit., p.227.

³⁶ NUNES, Dierle José Coelho, ob. cit., p 77.

³⁷ Dierle Nunes enuncia a existência de dois modos de exercício do contraditório, quais sejam, o (i) preventivo, aquele que se dá durante o procedimento de formação da decisão judicial, e o (ii) sucessivo, manifestado para assegurar a eficácia e controle da sentença. (NUNES, 2004, p. 80).

³⁸ NUNES, Dierle José Coelho, ob. cit., p 78.

Em síntese, o que resta evidente é que o contraditório ganha protagonismo no “*inter procedimental formador do provimento*”, de forma a assegurar a participação de todos os sujeitos processuais. Nessa perspectiva, fica clara, também, a relação do contraditório com a garantia de fundamentação das decisões, haja vista que a sentença só terá legitimidade quando levar em consideração os debates promovidos entre os interessados³⁹.

A reconstrução do princípio do contraditório evidenciou a necessidade de estruturação de um processo mais dialético, mais participativo. Assim, o objetivo passou a ser incentivar o diálogo entre o juiz e as partes. Foi a partir dessa nova perspectiva do contraditório que a doutrina invocou a existência do princípio da cooperação⁴⁰.

Reinhard Greger, em artigo dedicado ao princípio da cooperação, elucida algumas questões atinentes ao tema, a partir da análise do diploma processual alemão. Nesse sentido, o autor relaciona alguns dispositivos legais que consagram o princípio da cooperação naquele ordenamento.

No que tange aos magistrados, Greger menciona poderes-deveres impostos pelo Código de Processo Civil Alemão, no sentido de conferir-lhe postura colaborativa, quais sejam: (i) deveres de indicação que, segundo defende, não se prestam à inquisição judicial, mas, sim, ao pleno exercício “da liberdade pelas partes”; (ii) “a determinação do comparecimento pessoal das partes”, que, na sua opinião, presta-se à melhor compreensão das alegações por elas arguidas; (iii) a possibilidade de o

³⁹ NUNES, Dierle José Coelho, ob. cit., p. 80

⁴⁰ CUNHA, Leonardo Carneiro da. Negócios jurídicos processuais no processo civil brasileiro. Disponível em: <http://www.academia.edu/10270224/Neg%C3%B3cios_jur%C3%ADdicos_processuais_no_processo_civil_brasileiro>. Acesso em: 23 jun. 2018

juiz ordenar a apresentação de documentos, desde que limitada àqueles já referenciados pelas partes; (iv) a prerrogativa de o magistrado “determinar de ofício apresentação ou avaliação”, uma vez que isso possibilitaria a melhor apreciação dos argumentos das partes; (v) a possibilidade de realização, de ofício, de interrogatório das partes⁴¹.

Quando da análise dos enunciados da zpo (Zivilprozessordnung – Código de Processo Civil Alemão), Reinhard Greger avalia que o dever de cooperação atribuído às partes pelo referido diploma legal é menos evidente. De toda sorte, ressalta que a reforma de 1976 fez constar, de forma expressa, o “dever geral de cooperação das partes”. Assevera, no entanto, que a lei estimula a cooperação das partes pela imposição de inquestionáveis “desvantagens processuais em razão da falta de cooperação”⁴².

A despeito dessas considerações acerca das regras impostas pelo Código de Processo Civil Alemão, Greger posiciona-se favorável à existência da cooperação como princípio regente do processo e fundamenta seu entendimento alegando que os princípios processuais têm função primordial para a orientação do diploma legal. O autor chama a atenção para papel dos princípios – em especial o da cooperação – para a resolução de casos concretos para os quais não exista regulamentação expressa⁴³.

Para além disso, Greger também atribui aos princípios processuais outro importante efeito prático, qual seja, repercutir um valor social de forma a conferir-lhe mais alcance e aceitação⁴⁴.

⁴¹ GREGER, Reinhard. Cooperação como princípio processual. Revista de Processo, São Paulo, v. 206, abr. 2012, p. 127.

⁴² GREGER, Reinhard, ob. cit., pp. 127-128

⁴³ GREGER, Reinhard, ob. cit., p. 128.

⁴⁴ GREGER, Reinhard, ob. cit., p. 128

2.2 O MODELO COOPERATIVO DE PROCESSO

O modelo de Stuttgart, tal como preconizado por Baur⁴⁵, começa a ganhar adeptos e, conseqüentemente, difundir-se na prática forense, a partir de 1967⁴⁶. Dierle Nunes lembra que no Tribunal Estadual de Stuttgart, mais especificamente na 20^a Câmara Civil, “por obra do juiz Rolf Bender e seus pares”, teve início a aplicação da sistemática processual preconizada por Baur⁴⁷.

A ascensão desse novo modelo procedimental coincide com a frustração gerada pelo insucesso de reformas processuais que pretenderam aumentar a rapidez dos trâmites judiciais. Embora questões relativas ao tempo de tramitação tenham sido o cerne das discussões envolvendo o modelo de Stuttgart, outro aspecto que merece menção, embora pouco comentado, é o fato de o procedimento idealizado por Baur preconizar o proferimento de uma decisão mais coerente com os fatos e, portanto, mais justa⁴⁸.

⁴⁵ Síntese das ideias de Baur: “A ideia de base é simples; após a propositura da ação, realiza-se uma troca de peças escritas entre as partes, sob a direção do tribunal; ela se destina à exposição das questões de fato e à indicação dos meios de prova. O tribunal influi na exposição escrita das partes, na medida em que lhe indica pontos que lhe parecem importantes para completo esclarecimento da matéria de fato. Depois dessa troca de escritos, o tribunal marca a audiência, ordena sempre o comparecimento pessoal das partes e provê no sentido de que todos os meios de prova estejam presentes à audiência. Nessa única audiência (comparável à “audiência principal do processo penal), o tribunal discute primeiro as questões de fato com as partes, pessoalmente presentes: nessa ocasião, apontam-se obscuridades e equívocos nas exposições das partes, que devem ser logo esclarecidos. Muitas vezes, já nesse primeiro estágio, surge de encerrar-se o processo mediante transação. Se não se chegar a tanto, realiza-se de imediato – na presença das partes – a colheita de provas. Também os peritos estão pessoalmente presentes, mesmo quando já tenham antes apresentado laudo escrito. Após a conclusão da atividade instrutória, têm as partes e os advogados oportunidade de arazoar. O tribunal discute abertamente a situação de fato e de direito com as partes, de maneira que estas não fiquem em dúvida sobre a opinião do órgão. Isso conduz, em muitos casos, a uma transação. Quando não, o tribunal, depois de conferenciar, profere a sentença.” (BAUR, 1976, p. 61-62).

⁴⁶ BENDER, Rolf; STRECKER, Christoph. Access to justice in the Federal Republic of Germany. In: CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryan. Access to justice – a world survey. Milano: Giuffrè, 1978. V. I, livro II, p. 552.

⁴⁷ NUNES, Dierle José Coelho. Processo jurisdicional democrático. Uma análise crítica das reformas processuais. Curitiba: Juruá Editora, 2012, p. 120.

⁴⁸ BENDER, Rolf; STRECKER, Christoph. Access to justice in the Federal Republic of Germany. In: CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryan. Access to justice – a world survey. Milano: Giuffrè, 1978. V. I, livro II, p. 553.

A esse respeito, Bender e Strecker asseveram que o método Stuttgart permite a melhor compreensão do procedimento pelos cidadãos que levam suas demandas ao judiciário. A participação do indivíduo no decorrer da construção do provimento final confere-lhe a sensação de que seu caso está, efetivamente, a ser discutido. Além disso, o interessando ainda testemunha o trabalho de seu advogado e tem a exata noção do empenho do Tribunal para a construção de uma decisão justa. Da mesma forma, pode presenciar, por exemplo, a falha de uma de suas testemunhas. Por tudo isso, ao final, torna-se possível que, mesmo perdedora, a parte perceba os motivos que culminaram no indeferimento de seu pedido⁴⁹.

Os já referenciados autores ainda ressaltam que, tão fundamental quanto tudo o que já foi até aqui exposto, acerca do modelo Stuttgart, é a preocupação do método em tornar possível a demonstração da verdade. Para tanto, chamam a atenção que o procedimento visa, prioritariamente, à determinação dos fatos. Os argumentos jurídicos tornam-se pouco úteis quando não se compatibilizam com os fatos arguidos no caso concreto.

Assim, torna-se primordial viabilizar as melhores condições para produção de provas. É fato que a reconstrução de um evento passado, por si só, não é tarefa simples. No entanto, a tarefa torna-se ainda mais árdua sob determinadas condições como, por exemplo, a realização de várias audiências de instrução ou a presença de diferentes julgadores nos diversos momentos procedimentais. A demonstração da verdade só acontece pela efetiva participação de todos os atores processuais, em genuína discussão oral de todos os assuntos relacionados ao caso⁵⁰.

⁴⁹ BENDER, Rolf; STRECKER, Christoph, ob. cit., p. 554.

⁵⁰ BENDER, Rolf; STRECKER, Christoph. Access to justice in the Federal Republic of Germany. In: CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryan. Access to justice – a world survey. Milano: Giuffrè, 1978. V. I, livro II, p. 554.

Resta notório, pois, que a noção de cooperação (ou colaboração) que ora se alude não se restringe à que pressupõe uma certa organização interna do processo. Ela vai além. Traz consigo uma percepção positiva que sugere a atuação de uma pluralidade de pessoas trabalhando, simultaneamente e em conjunto, para alcançar um resultado final que não seria possível pela atuação de um único indivíduo⁵¹.

A estrutura de um procedimento desenvolvido sobre bases cooperativas vislumbra uma atuação das partes (autor, réu e juiz) sobre os mesmos elementos fáticos e jurídicos, de forma a submeter as questões a um “laboratório processual”, antes do proferimento de decisão pelo magistrado⁵².

Quando consideramos um cenário em que todos os sujeitos processuais intervêm na construção do provimento, pelo diálogo (único instrumento capaz de intermediar o encontro de diferentes perspectivas), pode-se aventar o resultado como produto de uma “colaboração processual total”⁵³.

Para o processo civil alemão, a experiência do Modelo de Stuttgart significou a adoção de uma nova configuração procedimental, que previa no “início da audiência principal, antecedida por uma fase preparatória desta, a observância de uma explanação judicial sobre os pontos controvertidos e aqueles que se consideram importantes para o julgamento da causa”. Assim, restam incentivados os debates orais que permitirão o melhor esclarecimento dos aspectos de fato e de direito arguidos no âmbito da controvérsia. Vedam-se, pois, às decisões

⁵¹ GRASSO, Eduardo. La collaborazione nel processo civile. *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, v. 21, 1966, p. 586.

⁵² GRASSO, Eduardo, ob. cit., p. 587

⁵³ GRASSO, Eduardo, ob. cit., p. 587.

surpresa, fundamentadas em argumentos não submetidos ao contraditório⁵⁴.

Aproveitemo-nos de um exemplo prático para ilustrar a importância do contraditório com fins de evitar decisões surpresa. Trata-se de recurso apresentado nos autos de uma ação de reivindicação, julgada, no despacho saneador, inepta pelo juízo *a quo*.

O fundamento da apelação foi, em síntese, que, diante do proferimento de uma decisão surpresa, o despacho haveria de ser considerado nulo – haja vista que a questão relativa à eventual inaptidão da petição inicial, com o fundamento de falta de alegação dos fatos constitutivos do direito, não foi submetida ao contraditório.

O Tribunal da Relação de Lisboa⁵⁵ acolheu a tese dos apelantes e julgou procedente o recurso, para revogar a decisão proferida.

Um dos fundamentos do acórdão foi o disposto no artigo 3º do Código de Processo Civil português⁵⁶, que veda, expressamente, que o juiz profira decisão sobre questões de fato ou de direito, mesmo as de conhecimento oficioso, sem que às partes tenha sido oportunizada manifestação.

Na perspectiva de processo cooperativo, o princípio do contraditório ganha contornos dinâmicos, tornando-se protagonista para a

⁵⁴ NUNES, Dierle José Coelho. Processo jurisdicional democrático. Uma análise crítica das reformas processuais. Curitiba: Juruá Editora, 2012, p. 122

⁵⁵ Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 7/04/2016 (Ilídio Sacarrão Martins). Disponível em: <http://www.dgsi.pt>. Acesso em 12/11/2018.

⁵⁶ Artigo 3.º Necessidade do pedido e da contraditório

1 - O tribunal não pode resolver o conflito de interesses que a ação pressupõe sem que a resolução lhe seja pedida por uma das partes e a outra seja devidamente chamada para deduzir oposição.

2 - Só nos casos excepcionais previstos na lei se podem tomar providências contra determinada pessoa sem que esta seja previamente ouvida.

3 - O juiz deve observar e fazer cumprir, ao longo de todo o processo, o princípio do contraditório, não lhe sendo lícito, salvo caso de manifesta desnecessidade, decidir questões de direito ou de facto, mesmo que de conhecimento oficioso, sem que as partes tenham tido a possibilidade de sobre elas se pronunciarem.

4 - Às exceções deduzidas no último articulado admissível pode a parte contrária responder na audiência prévia ou, não havendo lugar a ela, no início da audiência final.

garantia de influência das partes no decorrer do procedimento e no resultado final⁵⁷. É essa a conotação adotada no processo alemão após a *supra* referenciada reforma pelos influxos do Modelo de Stuttgart, que contraria a visão estática do referido princípio – em que a garantia se restringia a assegurar a bilateralidade do procedimento pela informação e posterior possibilidade de reação das partes⁵⁸.

Isso posto, transcrevemos passagem de Tocker, citada por Dierle Nunes, e que sintetiza didaticamente as considerações tecidas até aqui:

(...) ao cidadão a sensação de encontrar no “guardião da lei” [o juiz] um verdadeiro interlocutor que aceita a cooperação para a formação da decisão, e não um simples representante do Poder Público que, do alto, emite uma pronúncia vinculante. Em tal sentido, o diálogo garante a democratização do processo e impede que o princípio do *iura novit curia* seja fonte de uma atitude autoritária ou instrumento de opressão⁵⁹.

Outro resultado imediatamente percebido dessa nova configuração processual é que, ao contrário do que era preconizado pela concepção instrumentalista de processo, a jurisdição perde o protagonismo central da teoria processual. O processo passa, então, a ocupar esse lugar de destaque, o que permite o desenvolvimento de uma “concepção mais pluralista e consentânea à feição democrática ínsita ao Estado Constitucional”⁶⁰.

⁵⁷ NUNES, Dierle José Coelho. O princípio do contraditório. Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil, Porto Alegre, v. 5, jun. 2004, p. 78.

⁵⁸ NUNES, Dierle José Coelho, ob. cit., p. 75.

⁵⁹ TROCKER, Nicolo. Processo civile e costituzione. Problemi de diritto tedesco e italiano. Milano: Giuffré, 1974, p.670 *apud* NUNES, Dierle José Coelho. Processo jurisdiccional democrático. Uma análise crítica das reformas processuais. Curitiba: Juruá Editora, 2012, p. 123.

⁶⁰ MITIDIERO, Daniel. Colaboração no processo civil como prêt-à-porter? Um convite ao diálogo para Lenio Streck. Revista de Processo. Ano 36. v. 194, 2011, p. 58.

Leonardo Carneiro da Cunha considera que o modelo cooperativo de processo é um modelo intermediário entre os modelos social e garantista: o magistrado mantém poderes, mas fica obrigado à observância do dever de cooperação, do qual resultam os deveres de prevenção, esclarecimento, auxílio e consulta das partes. Com isso, há inevitável diminuição do protagonismo judicial, sem que isso implique a volta a uma condição de mero espectador no processo.

Nas palavras do agora referenciado doutrinador:

o modelo cooperativo baseia-se na ideia de que o Estado deve propiciar condições para a organização de uma sociedade livre, justa e solidária, com vistas a atender à dignidade humana, caracterizando-se pelas posições coordenadas do indivíduo, da sociedade civil e do Estado⁶¹.

Encontramos nas premissas habermasianas fundamentos para convalidar nosso posicionamento em favor do processo cooperativo. Muitos dos enunciados de Habermas preceituam a construção da “verdade” pela “perspectiva de participação democrática das partes no desenvolvimento do processo e de influência na convicção do magistrado”, quando do proferimento da decisão⁶². Isso corrobora o entendimento de que somente a partir de um “modelo procedimental democrático e ético” é possível a construção da “verdade” e, por consequência, da decisão, “dotada de legitimidade”, justiça, efetividade e segurança, não só para as partes, mas para toda a sociedade que, direta ou indiretamente, sofrerá os reflexos da sentença⁶³.

⁶¹ CUNHA, Leonardo Carneiro da. Negócios jurídicos processuais no processo civil brasileiro. Disponível em: <http://www.academia.edu/10270224/Neg%C3%B3cios_jur%C3%ADdicos_processuais_no_processo_civil_brasileiro>. Acesso em: 23 jun. 2018.

⁶² MACHADO, Vitor Gonçalves. A busca da “verdade” para Jürgen Habermas e seus reflexos no novo código de processo civil brasileiro. Revista Portuguesa de Filosofia, Braga, n. 4, 2014, p. 829.

⁶³ MACHADO, Vitor Gonçalves, ob. cit., p.831-832.

2.2.1 PROCESSO COOPERATIVO EM PORTUGAL

É certo que a introdução do princípio da cooperação no ordenamento jurídico português, pela reforma de 1995/96, abriu um debate doutrinário sobre a superação (ou não) do, até então, vigente paradigma autoritário. Há, a partir da entrada em vigor do novo diploma processual, aqueles que defendem que a reforma legislativa representou a instituição de um processo amplamente renovado, o início de um novo paradigma jurídico. Por outro lado, há que se mencionar o posicionamento de alguns doutrinadores que identificaram o novo diploma como mera evolução do modelo processual anteriormente vigente⁶⁴.

O que resta consolidado, de forma unânime, no que concerne à evolução processual civil portuguesa, é a existência de um processo de características liberais, até 1926, quando suas concepções foram definitivamente afastadas. A partir de então, houve um significativo incremento no papel do magistrado dentro do processo, “sendo-lhe atribuídos poderes em diversos níveis”. Nesse contexto, emergiu a noção de colaboração entre o juiz e as partes, e dessas umas para com as outras. Nota-se que, nesse novo cenário, embora o juiz perca certa autoridade, cumpre-lhe, ainda, a direção do processo⁶⁵.

Mariana França Gouveia justifica toda essa incerteza, quando da entrada em vigor do CPC 95/96, pela insatisfatória discussão – não somente por ocasião da reforma legislativa, mas também das que a sucederam – acerca do que, efetivamente, representava para o ordenamento jurídico, a incorporação do princípio da cooperação. Para a autora, o resultado da carência de debate a esse respeito implicou reiteradas alterações legislativas

⁶⁴ GOUVEIA, Mariana França, ob. cit., p. 50.

⁶⁵ GOUVEIA, Mariana França, ob. cit., p. 50.

que retiraram “a coerência, sistemática, e [fizeram] daquele diploma um mero somatório de regras processuais, ou pior, procedimentais”⁶⁶

Dierle Nunes ressalta que a imposição do princípio da cooperação no ordenamento jurídico português foi fortemente influenciado pela reforma alemã de 1976, e criou para o juiz “os deveres de prevenção⁶⁷, esclarecimento⁶⁸, assistência às partes⁶⁹ e, principalmente, consulta⁷⁰ aos litigantes sobre os pontos fáticos e jurídicos” relativos à demanda⁷¹.

Foi com fundamento na inobservância dos deveres de consulta e prevenção das partes que, em última instância, representam desrespeito ao princípio da cooperação (positivando no artigo 7º do atual diploma processual lusitano⁷²), que o Supremo Tribunal de Justiça de Portugal, em

⁶⁶ GOUVEIA, Mariana França, ob. cit., p. 51.

⁶⁷ O dever de prevenção é um dever atribuído ao magistrado que se reveste de um fim assistencial. O referido dever materializa-se no “convite ao aperfeiçoamento pelas partes dos seus articulados e/ou das conclusões das suas alegações de recurso” (SOUSA, Miguel Teixeira de. Estudos sobre o novo processo civil, 1997, p. 66).

⁶⁸ O dever de esclarecimento caracteriza-se por um dever recíproco que se estabelece entre juiz e parte. O magistrado pode, a qualquer tempo, no processo, ouvir as partes (ou seus procuradores) com fins de requerer esclarecimentos sobre os fatos ou os direitos alegados. Da mesma forma, ficam as partes obrigadas a prestar os esclarecimentos solicitados pelo tribunal. (SOUSA, Miguel Teixeira de. Estudos sobre o novo processo civil, 1997, p. 65).

⁶⁹ O dever de auxílio consistiria na tarefa de o juiz contribuir para que as partes consigam superar eventuais dificuldades no exercício de seus direitos e deveres processuais, sempre que haja demonstração, pelo interessado, da necessidade da intervenção do órgão jurisdicional (MEDEIROS NETO, Elias Marques de; MACHADO, Pedro Antonio de Oliveira., eds – Princípio da cooperação no processo civil, 2016, p. 180).

⁷⁰ O dever de consulta, tal como o de prevenção, tem caráter assistencial do tribunal para com as partes, e caracteriza-se pela obrigatoriedade de o magistrado, mesmo diante de questões que admitam o conhecimento oficioso, assegurar a manifestação das partes, antes do proferimento de qualquer decisão. Evitam-se, assim, as decisões surpresa. (SOUSA, Miguel Teixeira de. Estudos sobre o novo processo civil, 1997, p. 66).

⁷¹ NUNES, Dierle José Coelho, ob. cit., p. 126.

⁷² Artigo 7.º Princípio da cooperação

1 - Na condução e intervenção no processo, devem os magistrados, os mandatários judiciais e as próprias partes cooperar entre si, concorrendo para se obter, com brevidade e eficácia, a justa composição do litígio. 2 - O juiz pode, em qualquer altura do processo, ouvir as partes, seus representantes ou mandatários judiciais, convidando-os a fornecer os esclarecimentos sobre a matéria de facto ou de direito que se afigurem pertinentes e dando-se conhecimento à outra parte dos resultados da diligência.

sede de Recurso de Revista, revogou o acórdão recorrido e anulou a decisão de 1ª instância, que julgou deserta a instância, sob alegação de “ter havido negligência dos Autores ao não darem impulso ao processo”⁷³.

Dentre as teses apresentadas pelos Recorrentes, e acolhidas pelo Tribunal, está a falta de notificação, previamente à prolação de sentença, do decurso de prazo para a deserção da instância – argumento que fundamentou a alegação de inobservância ao dever de prevenção que caberia ao juízo.

Neste ponto, é importante lembrar a distinção entre as cooperações material e formal, proposta por José Lebre de Freitas. O doutrinador português defende que os sujeitos processuais – partes e juízes – devem cooperar, com fins de viabilizar para que o processo cumpra sua função em prazo razoável.

No mesmo sentido, enfatiza que a realização da função processual demanda a colaboração, inclusive dos intervenientes no processo, com fins de que nele se apure a verdade sobre os fatos alegados e possibilite a adequada decisão de direito. Tratar-se-ia, pois, de uma cooperação no sentido material.

A cooperação em sentido formal, por sua vez, requer colaboração, no sentido de se evitarem dilações inúteis e de forma a permitir que a decisão seja proferida no menor tempo, compatível com o processo⁷⁴.

3 - As pessoas referidas no número anterior são obrigadas a comparecer sempre que para isso forem notificadas e a prestar os esclarecimentos que lhes forem pedidos, sem prejuízo do disposto no n.º 3 do artigo 417.º

4 - Sempre que alguma das partes alegue justificadamente dificuldade séria em obter documento ou informação que condicione o eficaz exercício de faculdade ou o cumprimento de ónus ou dever processual, deve o juiz, sempre que possível, providenciar pela remoção do obstáculo.

⁷³ Cfr. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 22/05/2018 (Henrique Araújo). Disponível em: <http://www.dgsi.pt>. Acesso em 12/11/2018.

⁷⁴ FREITAS, José Lebre de. Introdução ao processo civil: conceito e princípios gerais à luz do novo código, p. 186, 2013

2.2.2 PROCESSO COOPERATIVO NO BRASIL

Quanto à estruturação do processo, em regra, a doutrina processual reconhece a existência de dois modelos (embora cumpra-nos assinalar que haja divergências quanto à caracterização de cada um deles): o modelo adversarial e o modelo inquisitorial. O primeiro caracteriza-se por uma disputa entre dois adversários, que sujeitam o conflito à apreciação de um órgão jurisdicional pouco intervencionista e que, praticamente, limita sua participação ao proferimento de uma decisão em favor de uma das partes⁷⁵. O que fundamenta o modelo adversarial de processo é o princípio do dispositivo, que atribuiu às partes a responsabilidade pela condução e instrução do processo.

O modelo inquisitorial, por sua vez, coloca o órgão jurisdicional como principal protagonista do processo, a quem cabem poderes para conduzir a prática de atos ao longo do procedimento⁷⁶.

Fredie Didier Jr lembra que a “dispositividade” ou “inquisitividade” podem manifestar-se, de forma independente, em relação a diferentes temas no processo. Sendo assim, é admissível considerar a hipótese de que, em um determinado ordenamento jurídico, dois temas diversos encapem, respectivamente, os princípios do inquisitivo e do dispositivo. Para uma melhor compreensão de como esse tipo de situação pode se apresentar na prática, o referido autor, considerando as disposições do Código de Processo Civil Brasileiro de 1973, assevera que a “instauração do processo e a fixação do objeto litigioso eram, em regra, atribuições

⁷⁵ DIDIER JUNIOR, Fredie. Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 198, ago. 2011, p. 208.

⁷⁶ DIDIER JUNIOR, Fredie, ob. cit., p. 209.

das partes (...) já em relação à investigação probatória, o CPC admite que o juiz determine a produção de provas *ex officio*⁷⁷.

Didier ainda ressalta que, sob o prisma do antigo CPC brasileiro, não era possível afirmar que o modelo processual adotado era o dispositivo ou o inquisitivo. O que se observava, de fato, era uma predominância de um ou outro princípio, a depender do tema considerado⁷⁸.

Mais recentemente, a doutrina tem se dedicado à caracterização de um novo modelo processual – o terceiro – emerso da necessidade de obtenção de uma “decisão de mérito mais justa e efetiva”, construída pela participação e colaboração de todos os atores processuais, a partir de uma comunidade de trabalho⁷⁹. Trata-se do modelo cooperativo⁸⁰ (ou colaborativo) de processo.

O modelo cooperativo é por muitos considerado uma “superação dos modelos dispositivo e inquisitório”. Daniel Mitidiero, no entanto, opta por situar esse modelo processual considerando as perspectivas de modelos isonômico e assimétrico. O autor justifica a opção utilizando-se de dois argumentos: (1) primeiramente, considera que a classificação que subdivide os modelos processuais em “dispositivo” e “inquisitório”

⁷⁷ DIDIER JUNIOR, Fredie, ob. cit., p. 209.

⁷⁸ DIDIER JUNIOR, Fredie, ob. cit., p. 210.

⁷⁹ PEIXOTO, Juliene de Souza. A gestão processual como mecanismo de efetividade e de eficiência. 2016. 118 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Mestrado Direito, Universidade de Coimbra, Coimbra, 2016, p. 24.

⁸⁰ Em sua tese de doutoramento, Dierle Nunes utiliza o termo “comparticipação” para tratar da possibilidade de influência de todos os atores processuais na decisão judicial. Na percepção do referido autor, o processo democrático requerer o afastamento da noção de que o julgador é um ser dotado de “privilegio cognitivo”. A partir disso, torna-se possível a implementação de um “fluxo discursivo de todos os participantes (do imparcial e dos parciais)” (NUNES, 2008, p. 146). Nunes enxerga o processo democrático como uma “estrutura de legitimação e formação dos provimentos, balizada por princípios processuais constitucionais dinâmicos” (NUNES, 2008, p. 146). O autor defende, assim, que é essa estrutura dialética que assegura “a participação constante e efetiva dos sujeitos de direito” e, em última instância, “permite uma colaboração na formação dos provimentos dos quais sofrerão os efeitos” (NUNES, 2008, p. 147).

são limitantes, já que retratam, tão somente, a posição dos atores processuais (partes e juiz), quando do trâmite da demanda; (2) em segundo lugar, Mitidiero assevera que o processo cooperativo mantém traços dispositivos e inquisitivos⁸¹.

O Novo Código de Processo Civil Brasileiro adotou como “norma fundamental”⁸² o dever de cooperação e instituiu um modelo processual que, como bem enunciado por Medeiros Neto e Machado, exige, além da participação efetiva de todos os atores processuais, a colaboração da sociedade na construção de processos équos e justos⁸³.

Leonardo Carneiro da Cunha defende que o NCPC adotou um modelo cooperativo de processo em que a intenção foi valorizar a vontade das partes e equilibrar a atuação dos atores processuais. O mesmo autor ainda assevera que o novo código pretendeu estimular o consenso e criar um espaço processual em que fosse possível mais do que simplesmente o julgamento de uma causa, mas “a resolução de conflitos”⁸⁴, o que “propicia um redimensionamento e democratização do próprio papel do Poder Judiciário e do modelo de prestação jurisdicional pretendido”⁸⁵.

⁸¹ MITIDIERO, Daniel. Colaboração no processo civil [livro eletrônico] 1 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015

⁸² Art. 6º Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva (Código de Processo Civil Brasileiro 2015)

⁸³ MEDEIROS NETO, Elias Marques de; MACHADO, Pedro Antonio de Oliveira. Princípio da cooperação no processo civil. Revista Thesis Juris, São Paulo, v. 5, n. 1, p.163-191, 2016., p. 173.

⁸⁴ CUNHA, Leonardo Carneiro da. Negócios jurídicos processuais no processo civil brasileiro. Disponível em: <http://www.academia.edu/10270224/Neg%C3%B3cios_jur%C3%ADdicos_processuais_no_processo_civil_brasileiro>. Acesso em: 23 jun. 2018.

⁸⁵ CUNHA, Leonardo Carneiro da, ob. cit. Acesso em: 23 jun. 2018.

3. GESTÃO PROCESSUAL NA CONSTRUÇÃO DO PROCESSO COOPERATIVO

A formatação do Estado Democrático exigiu a adaptação dos institutos emersos sob diferentes modelos de organização estatal – e consolidados ao longo dos anos – às novas demandas sociais. Nessa seara, estão inovações introduzidas pelo Estado Social e que precisaram moldar-se à uma nova sociedade, que não se contentava mais com um papel passivo de mero recipiente das ações estatais, mas, ao contrário, exigia a efetiva participação dos cidadãos na consecução dos propósitos políticos⁸⁶.

O que houve, em última análise, foi a evolução “de uma democracia representativa para uma democracia participativa, que passou a exigir uma constante mutação e ampliação dos conteúdos do Estado e do Direito, não mais bastando a limitação ou a promoção da atuação do Estado⁸⁷.”

A noção de democracia que permeia a sociedade atual não admite mais a existência de uma justiça autoritária, que desconsidera o interesse privado em favor de uma “ideia pública de verdade”. Da mesma forma, torna-se também inaceitável um órgão jurisdicional que, alheio à realidade social, julga as demandas que lhe são submetidas⁸⁸.

Oportunamente, cumpre-nos trazer considerações tecidas por Mariana França Gouveia, na seara de discussão acerca da necessária reconstrução dos fundamentos do sistema judiciário, sob o prisma democrático, e do impacto disso sobre a compreensão do princípio da colaboração:

⁸⁶ GALINDO, Maíra Coelho Torres. Princípio da cooperação: dever de consulta e a proibição das decisões-surpresa. Dissertação (Mestrado). Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2014, p. 32.

⁸⁷ GALINDO, Maíra Coelho Torres, ob. cit., p. 32.

⁸⁸ GOUVEIA, Mariana França, ob. cit., p. 55.

Uma justiça democratizada tem necessariamente de ser uma justiça próxima, de alguma forma pedagógica, que explique às pessoas a razão de ser dos seus actos e das suas decisões. Um sistema distante, embrulhado no seu próprio formalismo, no seu ritual opaco, não consegue justificar-se como legítimo perante os seus utentes, mesmo se estes forem pessoas informadas. É nesta perspectiva ou, se se quiser, com este fim que deve ser pensado o princípio da colaboração.⁸⁹

O processo cooperativo, como modelo que pressupõe a fiel observância ao princípio da cooperação, impõe ao magistrado uma igualdade de posição com as partes, sem com isso retirar-lhe a responsabilidade pela efetiva resolução do litígio posto em discussão⁹⁰.

É preciso que haja uma correspondência entre a verdade suscitada no processo e “a realidade extra-processual”, com fins de promover a efetiva tutela jurisdicional. A esse respeito, inclusive, Mariana França Gouveia posiciona-se no sentido de que “o juiz não pode limitar-se a analisar aquilo que consta do processo, fechando os olhos à realidade que, em certo momento da tramitação, *máxime* na produção da prova, lhe aparece”⁹¹. A assertiva parece-nos um precedente para admitir a interferência do juiz em questões de ordem material.

Ainda nos ensinamentos da autora, encontramos manifestação consoante à hipótese que nos propusemos a analisar no decorrer desta pesquisa, qual seja, avaliar a compatibilidade da gestão processual com o processo cooperativo democrático. Isso porque a professora assevera que a legitimidade da decisão só é alcançada quando as partes a

⁸⁹ GOUVEIA, Mariana França, ob. cit., p. 55

⁹⁰ GOUVEIA, Mariana França, ob. cit., p. 55.

⁹¹ GOUVEIA, Mariana França, ob. cit., p. 55.

compreendem, independentemente de concordarem ou não com ela. “Só a compreensão permite a aceitação, ainda que contrariada.”⁹²

Antonio Santos Abrantes Geraldés considera um “verdadeiro paradoxo” o fato de o legislador português, nas sucessivas alterações do Código de Processo Civil, a despeito de pretender acentuar o papel do juiz no processo, ter mantido a “regra da recorribilidade” para a grande parte das decisões, mesmo “proferidas ao abrigo dos referidos poderes de direcção ou no exercício dos deveres de inquisitorialidade”⁹³.

Não podemos concordar com aquele autor, quando da referência a existência de ambiguidade na opção do legislador em positivar a gestão processual e, concomitantemente, manter enunciados legais que preveem a possibilidade de recurso. Isso porque, consoante à premissa que defendemos ao longo deste trabalho, os poderes conferidos aos juízes pelo Diploma Legal devem guardar, necessariamente, pertinência com todo o ordenamento jurídico, sob pena – aí sim – de ambiguidade.

Não nos esqueçamos que o legislador (e aqui, ainda nos atendo ao caso português) que conferiu poderes de gestão aos magistrados o fez a partir de uma perspectiva de processo cooperativo.

Prossigamos, pois, na nossa análise: um contexto processual com o devido cumprimento dos deveres de gestão, sob o prisma de um processo cooperativo – consoante ao enunciado do CPC Português de 2013 (vide artigo 6º) – não pode ser paradoxal quando confrontado com a existência de um princípio que assegura a recorribilidade das decisões, e por uma razão muito simples: o “desestímulo” ao uso do recurso deve

⁹² GOUVEIA, Mariana França, ob. cit., p. 55.

⁹³ GERALDES, Antonio Santos Abrantes. Reforço dos poderes do juiz na gestão e na dinamização do processo. Disponível em <https://www.mjd.org.pt/default/storage/content/150/attachments/reforco-dos-poderes-do-juiz-na-gestao-e-na-dinamizacao-do-processopdf.pdf>. Acesso em 4/05/2018.

se dar pela construção (em cooperação) de uma decisão justa – nos moldes já citados, por ocasião da merecida menção aos ensinamentos de Mariana França Gouveia, quando trata da questão relativa à justiça da decisão – por todos os atores processuais e não pela inadmissibilidade legal de questionar a sentença. Cercear o direito à recorribilidade é, em alguma medida – e por todas as premissas aqui já defendidas – afrontar a democracia, pela restrição ao pleno exercício da cidadania.

Dierle Nunes afirma, inclusive, que a vedação às decisões surpresa – aquelas que se fundamentam em argumentos que não foram submetidos ao contraditório – potencializam a utilização das vias recursais⁹⁴. E é exatamente por isso que as sentenças proferidas ao abrigo da fiel observância ao princípio da cooperação podem contribuir para reduzir o número de recursos e, conseqüentemente, diminuir a morosidade judicial.

Um processo, para refletir valores democráticos, não admite um juiz essencialmente passivo, que atua como mero árbitro em um conflito de interesses privados. Tampouco é compatível com o Estado Democrático, um juiz cujas funções limitam-se à constatação do descumprimento de preceitos legais e à imposição das cominações cabíveis⁹⁵.

Como bem pontuado por Daniel Mitidiero, defender o processo cooperativo implica, antes de tudo, um redimensionamento de poderes no processo, pela necessária revisão da cota de participação que se defere a cada um dos sujeitos ao longo da marcha processual⁹⁶. Dessa forma,

⁹⁴ NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático. Uma análise crítica das reformas processuais*. Curitiba: Juruá Editora, 2012, p. 123.

⁹⁵ GALINDO, Maíra Coelho Torres, ob. cit., p. 40.

⁹⁶ MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil como prêt-à-porter? Um convite ao diálogo para Lenio Streck*. *Revista de Processo*. Ano 36. v. 194, 2011. p. 62.

faz-se imprescindível que a doutrina se debruce sobre a questão relativa ao papel do juiz nesse modelo processual, emerso de uma sociedade amplamente distinta daquelas a que se amoldaram os modelos anteriores.

Oportuna se faz menção a posicionamento de Reinhard Greger, para quem a consagração do princípio na cooperação no processo civil deve ser compreendida de uma perspectiva ampla, que não só atribui às partes a obrigação de colaborar, mas impõe, também, responsabilidade de correta gestão do processo pelo juiz, a quem cabe assegurar a plena participação de todos os sujeitos⁹⁷. Nesse sentido, o autor assevera que

a compreensão correta da cooperação, em relação ao papel do juiz, significaria que esse não tem de conduzir o processo passiva nem autoritariamente. Ele deve se comportar, na interação com as significativas atividades das partes, de modo que se possa alcançar o propósito do processo o mais fácil, rápida e completamente possível⁹⁸.

O processo cooperativo democrático requer um juiz ativo para assegurar a sua efetividade que, no nosso entender – e nesse ponto concordamos com Rosemiro Pereira Leal - vai além da mera resolução do conflito. É certo que pacificar uma questão litigiosa é, também, um objetivo perseguido no processo, mas a ele não se restringe. Mais fundamental do que a simples composição é conferir à decisão a devida legitimidade, de modo a considerá-la justa.

Tal como já asseveramos, a conotação *justa* de que se pretende revestir o proferimento judicial depende da fiel observância ao devido processo constitucional que, em última análise, implica no respeito aos

⁹⁷ GREGER, Reinhard. Cooperação como princípio processual. Revista de Processo, São Paulo, v. 206, abr. 2012, p. 126.

⁹⁸ GREGER, Reinhard, ob. cit., p. 126.

princípios do contraditório, ampla defesa e isonomia quando da construção do proferimento final, em coparticipação, pelos sujeitos processuais.

O dever de gestão processual atribuído aos magistrados pode, sim, facilitar a construção da pretendida comunidade de trabalho e, mais do que isso, assegurar o fiel cumprimento aos preceitos que conferirão o sentido de justiça à decisão final. Para tanto, torna-se fundamental que a atuação judicial encontre limites nesses mesmos, já referenciados, princípios asseguradores do devido processo.

Em outras palavras, os atos de gestão praticados pelo juiz devem assegurar um devido processo constitucional, preceituado pelo respeito a todas as garantias processuais elencadas na Constituição.

Sobre isso manifestou-se Dierle Nunes, em reflexões tecidas no âmbito da positivação da gestão processual ainda no regime especial experimental português, implementado pelo Decreto-lei 108, de 08.06.2006: “(...) caso ocorra a utilização do princípio da cooperação intersubjetiva e do contraditório, possuirá [a gestão processual] chance de obter os resultados de eficácia e constitucionais almejados”⁹⁹.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A consolidação dos Estados constitucionais e do regime democrático reabriu os debates com vistas a uma readequação dos sistemas processuais à nova realidade. Ganharam especial relevância, nessa discussão, questões atinentes ao protagonismo judicial, que representava o viés diferenciador dos dois modelos de processo mais amplamente difundidos: o liberal e o social.

⁹⁹ NUNES, Dierle José Coelho, ob. cit., p. 129.

No contexto dos debates sobre novos modelos de processo, ganharam destaque as teorias habermasianas (no âmbito filosófico e do direito) e as premissas enunciadas por Baur (no campo do direito processual). Ambos, a partir de uma análise crítica hermenêutica do direito, inspirada na Escola Mineira de Processo, auxiliaram a fundamentação de nosso trabalho, que, em última análise, pretendeu promover uma reflexão sobre o papel do processo civil nos Estados democráticos e, em especial, sobre o papel dos magistrados nessa perspectiva.

Os preceitos da Escola Mineira de Processo nos pareceram bastante interessantes para a condução da reflexão a que nos propusemos. Isso porque qualquer análise que se pretenda fazer de uma realidade com o grau de complexidade como a que ora observamos não deve se basear no reducionismo positivista que um dia foi, em alguma medida, considerada suficiente para compreender o papel do processo para a sociedade.

O direito comparado foi de extrema importância para a análise a que nos propusemos. Aproveitamo-nos da experiência germânica para descrever a inserção das primeiras premissas norteadoras do processo cooperativo. O ordenamento jurídico português serviu-nos não somente para inspirar as reflexões acerca do processo cooperativo, mas, principalmente, para estabelecer as bases da gestão processual e de sua positivação em um contexto legislativo fundamentalmente cooperativo.

Conclui-se, pois, que é necessário refletir sobre o processo civil contemporâneo, especialmente no que tange à atuação dos magistrados.

A consolidação dos estados democráticos clama pela existência de um sistema processual que contribua para assegurar os valores emersos dessa nova realidade social.

Assim, é certo que a organização do processo, tal como aquelas preceituadas pelos dois principais modelos (liberal e social), não atende mais aos anseios da sociedade contemporânea.

Mister é, então, repensar a dinâmica processual sob outra perspectiva, qual seja, o processo cooperativo, cuja principal característica repousa sobre uma organização que, ao contrário do que acontecia até agora, não pressupõe a existência de protagonismos ou subordinação entre os atores processuais.

No sentido de conduzir nossas reflexões sobre o papel dos magistrados no processo contemporâneo, utilizamos como paradigma para a caracterização das atribuições dos juízes no processo a “gestão processual”.

Embora, em um primeiro momento, os deveres de gestão tenham sido positivados com o condão de aumentar o poder de influência dos magistrados no procedimento, há que se ressaltar que toda e qualquer reflexão que se pretenda conduzir a respeito do referido instituto deve considerar as peculiaridades de um determinado contexto político-social e legislativo.

Quando pensamos a “gestão processual” com o pano de fundo dos estados constitucionais democráticos, é possível notar que essa pode ser, sim, uma alternativa para possibilitar a formatação de um novo padrão de atuação judicial. No entanto, o sucesso da empreitada só se concretizaria de forma democrática, mediante a fiel observância dos preceitos constitucionais pela construção de um processo cooperativo.

Em síntese, a gestão processual efetivada sobre bases democráticas deve assegurar o respeito às garantias processuais constitucionais e possibilitar o pleno exercício da cidadania, pela comparticipação.

REFERÊNCIAS

- ANDRADE, Francisco Rabelo Dourado de., FARIA, Guilherme Henrique Lage. *O modelo social de processo: conjecturas sobre suas origens, desenvolvimento e crise frente ao novo paradigma do Estado Democrático de Direito*. Disponível em <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=c59115e88a6dbe2f>. Acesso em: 13/04/2018
- CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryan. *Access to justice – a world survey*. Milano: Giuffrè, 1978. V. I, livro II, p. 554.
- CLARO, Roberto del. *Direção material do processo*. 2009. 271 f. Tese (Doutorado) - Curso de Doutorado em Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009. Disponível em: <<https://pt.scribd.com/document/371883752/Tese-Versao-Integral-Roberto-Del-Claro>>. Acesso em: 17 jun. 2018.
- CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Negócios jurídicos processuais no processo civil brasileiro*. Disponível em: <http://www.academia.edu/10270224/Neg%C3%B3cios_jur%C3%ADdicos_processuais_no_processo_civil_brasileiro>. Acesso em: 23 jun. 2018.
- DIDIER JR., Fredie. *Fundamentos do princípio da cooperação no Direito Processual Civil Português*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.
- DIDIER JR., Fredie. Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 198, p.207-217, ago. 2011.
- FREITAS, José Lebre de. *Introdução ao processo civil: Conceito e princípios gerais à luz do novo código*. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2013.
- FREITAS, José Lebre de. Em torno da revisão do direito processual civil. *Revista da Ordem dos Advogados*, Lisboa, p.5-18, 1995.
- FREITAS, José Lebre de; ALEXANDRE, Isabel. *Código de Processo Civil Anotado*. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2014.
- GALINDO, Máira Coelho Torres. *Princípio da cooperação: dever de consulta e a proibição das decisões- surpresa*. Dissertação (Mestrado). Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2014
- GERALDES, Antonio Santos Abrantes. *Reforço dos poderes do juiz na gestão e na dinamização do processo*. Disponível em <https://www.mjd.org.pt/default/storage/>

content/150/attachments/reforco-dos-poderes-do-juiz-na-gestao-e-na-dinamizacao-do-processopdf.pdf . Acesso em 4/05/2018.

GOUVEIA, Mariana França. Os poderes do juiz cível na ação declarativa: em defesa de um processo civil ao serviço do cidadão. *Julgar*, Lisboa, n. 1, p.47-65, 2007.

GRASSO, Eduardo. La collaborazione nel processo civile. *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, v. 21, p.580-609, 1966.

GREGER, Reinhard. Cooperação como princípio processual. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 206, p.123-133, abr. 2012. Tradução Ronald Kochem.

HATOUM, Nida Saleh; BELLINETTI, Luiz Fernando. Aspectos relevantes dos negócios jurídicos processuais previstos no art. 190 do CPC/2015. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 260, p.1-13, out. 2016. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produto_s/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RPro_n.260.02.PDF>. Acesso em: 18 jun. 2018.

JAUERNING, Othmar. *Direito Processual Civil*. 25. ed. Coimbra: Almedina, 2002. 480 p. Tradução de F.Silveira Ramos.

JORGE, Nuno de Lemos. Os poderes instrutórios do juiz: alguns problemas. *Julgar*, Lisboa, v. 3, p.61-84, 2007.

LEAL, André Cordeiro. *Instrumentalidade do processo em crise*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2008. 164 p.

LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo*. 13. ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2016. 504 p.

LOPES, Jose Domingos Rodrigues. As duas propostas contemporâneas de abordagem do processo civil brasileiro: Instrumentalismo x Neoinstitucionalismo. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, p.1-5, 2014. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/34573/as-duas-propostas-contemporaneas-de-abordagem-do-processo-civil-brasileiro-instrumentalismo-x-neoinstitucionalismo>>. Acesso em: 19 jun. 2018.

LOURENÇO, Haroldo. *O neoprocessualismo, o formalismo-valorativo e suas influências no novo CPC*. Disponível em: <<http://www.agu.gov.br/page/download/index/id/11458405>>. Acesso em: 23 jun. 2018.

- MACHADO, Vitor Gonçalves. A busca da "verdade" para Jürgen Habermas e seus reflexos no novo código de processo civil brasileiro. *Revista Portuguesa de Filosofia*, Braga, n. 4, p.811- 832, 2014.
- MATOS, José Igreja. A gestão processual: um radical regresso às raízes. *Julgar*, Lisboa, v. 10, p.123-137, 2010.
- MESQUITA, Miguel. A morte do princípio do dispositivo. *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, Coimbra, v. 4007, n. 147, p.86-119, 2017.
- MESQUITA, Miguel. Princípio da Gestão Processual: o Santo Graal do Novo Processo Civil. *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, Coimbra, v. 3995, n. 145, p.78-108, 2015.
- MITIDIERO, Daniel. *Bases para construção de um processo civil cooperativo: o direito processual civil no marco teórico do formalismo-valorativo*. 2007. 147 f. Tese (Doutorado) - Curso de Programa de Pós-graduação em Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2007. Disponível em: <<http://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/13221/000642773.pdf>>. Acesso em: 3 jul. 2018.
- MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil* [livro eletrônico] 1 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.
- MITIDIERO, Daniel. Colaboração no processo civil como prêt-à-porter? Um convite ao diálogo para Lenio Streck. *Revista de Processo*. Ano 36. v. 194, p 55-68, 2011.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. O neoprivatismo no processo civil. *Revista Direito Privado*, Braga, n 10. Abril/Junho, p. 3-12, 2005.
- MEDEIROS NETO, Elias Marques de; MACHADO, Pedro Antonio de Oliveira. Princípio da cooperação no processo civil. *Revista Thesis Juris*, São Paulo, v. 5, n. 1, p.163-191, 2016.
- NUNES, Dierle José Coelho. *Comparticipação e Policentrismo: Horizontes para a democratização processual civil*. 2008. 217 f. Tese (Doutorado) - Curso de Pós-graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2008.
- NUNES, Dierle José Coelho. *Processo Jurisdicional Democrático: Uma análise crítica das reformas processuais*. 4. ed. Curitiba: Juruá Editora, 2012.

NUNES, Dierle José Coelho. O princípio do contraditório. *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, Porto Alegre, v. 5, p.73-85, jun. 2004.

PEIXOTO, Juliene de Souza. *A gestão processual como mecanismo de efetividade e de eficiência*. 2016. 118 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Mestrado Direito, Universidade de Coimbra, Coimbra, 2016.

PICARDI, Nicola. *Manuale del processo civile*. 2. ed. Milano: Giuffrè Editore, 2010.

SOUSA, Miguel Teixeira de. *Estudos sobre o novo processo civil*. Lisboa: Lex, 1997.

SOUSA, Miguel Teixeira de. *Introdução ao processo civil*. Lisboa: Lex, 2000.

THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. vol. 1. 58ed. Rio de Janeiro: Gen Editora, 2017.

JURISPRUDÊNCIA

PORTUGAL, STJ. Acórdão de 11/02/2015, Processo 607/06.2TBCNT.C1.S. Disponível em: <http://www.dgsi.pt>. Acesso em 12/11/2018.

PORTUGAL, Tribunal da Relação de Lisboa. Acórdão de 7/04/2016, Processo 1004/09.3TBAGH.L1-8. Disponível em: <http://www.dgsi.pt>. Acesso em 12/11/2018.

PORTUGAL, STJ. Acórdão de 22/05/2018, Processo 3368/06.1TVLSB.L1.S1. Disponível em: <http://www.dgsi.pt>. Acesso em 12/11/2018.

LEGISLAÇÃO

BRASIL, Código de Processo Civil de 2015. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm.

PORTUGAL, Código de Processo Civil de 2013. Disponível em http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1959&tabela=leis.

PORTUGAL, Código de Processo Civil de 1995. Disponível em http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=570&tabela=leis.

7

A TEORIA DA ANOMIA: DA SOCIOLOGIA DE DURKHEIM À CRIMINOLOGIA DE MERTON

Paloma Marita Cavol Klee ¹

Vinícius Wildner Zambiasi ²

INTRODUÇÃO

A teoria da anomia foi introduzida na sociologia na segunda metade do século XIX³, possuindo a palavra “anomia” o sentido etimológico de “ausência de normas”. Contudo, ao longo do tempo e conforme cada criminólogo que se propôs a estudá-la, atribuiu-se a esta expressão diferentes significados. Devido a isso, não existe uma padronização do seu sentido. Dessarte, o presente trabalho limitar-se-á a utilizar o conceito de anomia apenas no seu sentido sociológico⁴.

¹ Advogada. Mestra em Ciências Jurídico-Políticas pela Universidade de Coimbra. Especialista em Direito Público e em Direito Agrário do Agronegócio, ambas pela Fundação Escola Superior do Ministério Público. Bacharel em Direito pela Universidade de Passo Fundo. palomaklee@gmail.com.

² Advogado. Professor no Centro Universitário de Cascavel – UNIVEL. Mestre em Ciências Jurídico-Criminais pela Universidade de Coimbra. Especialista em Direito Público pela Fundação Escola Superior do Ministério Público. Bacharel em Direito pela Universidade de Passo Fundo. viniciuszambiasi@gmail.com.

³ SABADELL, Ana Lúcia. Atualidade da anomia e sua repercussão no direito penal. In: *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, v. 6, n. 23, jul./dez. 2006. p. 64. Ressalta-se, ainda, outros dois fatores que marcaram o início dos estudos sobre a anomia nesta época: os movimentos sociais que demarcaram o final do século XVIII e o início do século XIX, e o progresso do capitalismo, que modificou a organização do espaço laboral.

⁴ DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. *Criminologia: o homem delinquente e a sociedade criminógena*. 1ª edição (reimpressão), Coimbra Editora: Coimbra, 2013, p. 311-312. Existe também um sentido psicológico, que foi construído por dois autores: Robert Maciver e David Riesman. Referem que a anomia é um estado de espírito que não se enxerga mais como inerente à sociedade, nem obrigado moral e socialmente com a mesma, e desta forma age de modo avulso, sem se vincular a um grupo ou ter determinadas obrigações.

Com isso, a teoria estrutural funcionalista⁵ da anomia é abrangida pela teoria sociológica da criminologia, onde se procurou estudar e compreender os efeitos que a ordem social causa nos indivíduos. Representou o rompimento com a visão individualista patológica das primeiras teorias positivistas, onde se investigava a pessoa do delinquente, considerando o crime consequência das anomalias humanas⁶.

O desenvolvimento teórico principal foi realizado primeiramente por ÉMILE DURKHEIM, e posteriormente foi evoluído por ROBERT MERTON. Posto isto, iniciou como hipótese explicativa de uma forma específica de suicídio (obra de DURKHEIM), e acabou por se elevar à categoria de teoria geral da criminalidade e das formas mais variadas de comportamento desviante (alcoolismo, drogadição, doença mental, etc.) através de MERTON⁷.

De acordo com DIAS e ANDRADE⁸, a teoria da anomia é considerada como “(...) o ponto de chegada da evolução da racionalidade própria das teorias etiológicas-explicativas do crime, (...) [e] constitui a réplica mais significativa às teorias igualmente sistêmicas e estruturais de obediência marxista”. Ademais, os mencionados autores explicitam que através dessa teoria, procurou-se compreender como determinadas estruturas sociais influenciam o comportamento de certas pessoas na sociedade,

⁵ SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia*, 4ª edição, Revista dos Tribunais: São Paulo, 2012, p. 187. A teoria funcionalista é “o ramo de análise em ciências sociais que se refere a uma orientação metodológica e teórica em que as consequências de um dado conjunto de fenômenos empíricos, em vez de suas causas, constituem o centro da atenção analítica”.

⁶ BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: Introdução à Sociologia do Direito Penal*, 3ª edição, Editora Revan: Rio de Janeiro, 2002, p. 59. O criminólogo Alessandro Baratta ressalta que os ideais representados pela Teoria da anomia colocaram em dúvida o até então confiável e em certa medida confortador para as sociedades da época, princípio do bem e do mal.

⁷ DIAS, Jorge Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. *Criminologia...*p. 313.

⁸ Idem, *Ibidem*, p. 313-315.

fazendo com que estas adotem condutas denominadas *não conformistas*, ao invés de *conformistas*.

Percebe-se assim o envolvimento da teoria da anomia com o determinismo sociológico e com o minimizado papel concedido ao delinquente, e até mesmo ao homem em geral, distanciando-se drasticamente do modelo médico (positivista) de compreensão do crime⁹. Consequentemente, conclui-se que as causas do desvio, que impulsionam o cometimento de delitos, não devem ser analisadas a partir de fatores bioantropológicos ou caracterológicos do ser humano¹⁰.

Ainda, importa ressaltar a percepção de que o delito, para esta teoria, é um fenômeno funcional, natural, e até mesmo necessário para o equilíbrio da ordem social, somente sendo considerado negativo para a estrutura social no momento em que ultrapassar determinados limites pré-fixados. Neste ponto, vislumbra-se o que é denominado “estado de anomia”.

Diante da aniquilação do sistema de preceitos comportamentais, as regras até então vigentes perdem sua força e legitimidade, e até que ocorra a afirmação de um novo sistema, a sociedade ingressa em um estado onde não se tem certeza do que é possível ou até mesmo justo¹¹.

Importante ressaltar que o enfraquecimento das normas não representa a ausência de lei, mas sim a possibilidade da sua violação, pois uma conduta anômica faz com que um indivíduo não se sinta mais pertencente a um grupo, e por consequência as regras que regem este grupo não movem mais suas condutas.

⁹ DIAS, Jorge Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. *Criminologia...* p. 315.

¹⁰ BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica...*, p. 59.

¹¹ Idem, *Ibidem*, p. 59-60.

Assim, o problema fulcral que a teoria da anomia procura entender e desvendar é como as pressões advindas da ordem social induzem algumas pessoas a buscar soluções denominadas de *desviantes* ao invés de seguirem as soluções *não desviantes*. Isto é, “(...) trata-se, assim, de indagar como é que o sistema produz o crime e o produz como resultado normal – esperado e funcional – do seu próprio funcionamento”¹².

I – O CONCEITO DE ANOMIA E A CONCEPÇÃO DE CRIME EM ÉMILE DURKHEIM

O conceito de anomia em ÉMILE DURKHEIM é multicompreensivo, não se limitando à etiologia do crime. Como referido anteriormente, o termo deriva do grego: *a* = prefixo de negação; *nomos* = regra, lei. Assim, o seu significado etimológico é de ausência de *normas*; normas, estas, não apenas em seu sentido jurídico, positivo, mas principalmente econômico, laboral, familiar, etc.

Antes de proceder à análise desse importante fenômeno, entretanto, faz-se mister expor, ainda que sucintamente, dois conceitos prévios fundamentais para a compreensão da teoria social do mestre francês, a fim de que se possa compreender a anomia inserida no contexto do sistema elaborado por DURKHEIM. São eles: o de solidariedade e o de consciência coletiva.

A *solidariedade* é aqui entendida não enquanto categoria moral ou religiosa, mas sociológica - i.e., como o principal fator de coesão social. Comprovar-se-ia, sobretudo, pela distribuição em sociedade dos bens produzidos em determinado agrupamento humano, a qual permite a destinação dos excedentes, derivados do trabalho de determinado

¹² DIAS, Jorge Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. *Criminologia*...p. 314.

indivíduo ou grupo específico, àqueles indivíduos ou grupos que não os produzem, ou fazem-no de modo insuficiente. Pode ser de dois tipos: a) *mecânica*, própria das sociedades primitivas, em que não há marcante divisão do trabalho social (senão por fatores meramente biológicos, como sexo e idade), e os indivíduos estão indiferenciados¹³; b) *orgânica*, presente nas sociedades desenvolvidas, em que há divisão do trabalho por critérios de especialização, e o indivíduo se diferencia enquanto tal, diverso da coletividade que integra¹⁴.

Por sua vez, a *consciência coletiva* seria “o conjunto de crenças e dos sentimentos comuns à média dos membros de uma mesma sociedade”¹⁵. Consistiria, em síntese, no complexo do imaginário e dos valores médios predominantes no organismo social. Por essa razão, a escolha da ação hipotética objeto de reprimenda pelo direito penal, e o modo de reprimir (sanção), seriam dados reveladores da consciência coletiva, e quanto mais forte fosse essa consciência, maior seria a indignação com o crime e a sua reprimenda¹⁶.

¹³ “Na solidariedade mecânica cada indivíduo permanece largamente inconsciente de seu ‘isolamento’ como indivíduo já que, dominado pela *“conscience collective”*, ele compartilha traços similares com outros membros da sociedade; os limites da sua autonomia estão estritamente confinados”. (GIDDENS, 1998, p. 43)

¹⁴ FREITAG, Barbara. *Itinerários de Antígona: a questão da moralidade*. São Paulo: Papirus, 1992, p. 125. Em excelente sumário, a autora explicita: “Nas sociedades simples, predominam a divisão natural (biológica) do trabalho, a solidariedade mecânica e o direito punitivo. Nas sociedades complexas, predominam a divisão do trabalho social (econômica), a solidariedade orgânica e o direito restitutivo (...). Durkheim afirma, ainda, que a forma simples contém a explicação para a forma mais complexa. Em outras palavras, a solidariedade mecânica revela o funcionamento e a finalidade da solidariedade orgânica: a coesão social”.

¹⁵ SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia*, 4ª edição, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2012, p. 189. Esse conceito é bastante controverso entre os sociólogos, pois acabaria por caracterizar “um sistema determinado que tem sua vida própria”, ou seja, ganharia um *status* de categoria sociológica pura, como se pudesse existir distintamente ao fenômeno social em si.

¹⁶ GIDDENS, Anthony. *Política, sociologia e teoria social: encontros com o pensamento social clássico e contemporâneo*. UNESP, São Paulo, 1998, p. 43. O autor anota que a consciência coletiva nas sociedades orgânicas é, como ele mesmo define, “mediada” pelas classes corporativas: “(...) A característica da solidariedade orgânica, por outro lado, estava no fato de que o vínculo do indivíduo com a *“conscience collective”* era mediado pelos seus laços com outros grupos, especialmente, é claro, os criados pela

Ante o exposto, já se pode compreender por que, para DURKHEIM¹⁷, a pena possuiria eficácia sobretudo extrajurídica, sociológica: pois ela seria a medida necessária para manutenção da coesão social, a preservação da solidariedade e da consciência coletiva. Como afirma em seu livro *Da divisão do trabalho social*, a pena “não serve, ou não serve senão secundariamente para corrigir o culpado ou intimidar seus imitadores possíveis” – ou seja, não possuiria prioritariamente escopo preventivo especial ou geral, pois “sua verdadeira função é manter intacta a coesão social mantendo toda a vitalidade da consciência comum”.

Na qualidade de sociólogo funcionalista, portanto, DURKHEIM¹⁸ analisa o crime principalmente sob o ponto de vista de seus efeitos, e não de suas causas (quer dizer, como uma *função*). Além disso, para ele, “o anormal não é a existência do delito, senão um súbito incremento ou decréscimo dos números médios ou das taxas de criminalidade (...)”. O crime enquanto fenômeno “natural” não interessaria ao sociólogo: apenas as anomalias estatísticas que se verificassem em certos contextos sociais.

Porém, quando a anomia se verifica? Em que consiste, precisamente?

Como explica SHECAIRA¹⁹, há três manifestações possíveis da anomia na sociedade humana, conforme a teoria de DURKHEIM: a) a mera transgressão pontual, concreta, da norma; b) o conflito real de normas,

especialização ocupacional na divisão do trabalho”. Destarte, também a indignação com o crime seria, por assim dizer, “especializada”, tendo maior repercussão na classe social em que a vítima se integrava.

¹⁷ SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia...*, p. 193.

¹⁸ SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia...*, p. 193.

¹⁹ Idem, *Ibidem*, p. 189.

em abstrato; c) a existência de um conflito social questionador da legitimidade da norma, o qual demonstra a sua ausência efetiva, enquanto tal²⁰.

Assim, “haverá anomia, compreendida como ausência ou desintegração das normas sociais, sempre que os mecanismos institucionais reguladores do bom gerenciamento da sociedade não estiverem cumprindo seu papel funcional”²¹. Isso normalmente ocorreria nos períodos de fortes mudanças, seja dos padrões morais, sejam das técnicas de produção e organização econômica da sociedade.

Nesses momentos de grande mutabilidade, criar-se-ia um “gap” entre a realidade e os sistemas normativos, o qual fomenta a sensação de desamparo e de ausência de limites, geradora de muitos conflitos. Por essa razão, o interesse de DURKHEIM no aumento repentino das taxas de criminalidade acima referido, porquanto ele se deveria exatamente a esse “desmoronamento das normas vigentes em dada sociedade”²².

Em sua obra *O Suicídio*, DURKHEIM faz notar, sempre buscando amparo em dados oficiais, que as taxas de suicídio aumentam consideravelmente em períodos de grave crise ou de súbito crescimento econômico, o que demonstra não ser a pobreza o principal fator de infelicidade (na verdade, ele faz demonstrar exatamente o contrário, ou

²⁰ Idem, *Ibidem*. Afirma o professor catedrático de criminologia da Universidade de São Paulo: “podem-se resumir, em face das diferentes acepções que a palavra contempla, três diferentes ideias que são importantes para este estudo: a situação existente de transgressão das normas por quem pratica ilegalidades - é o caso do delinquente; a existência de um conflito de normas claras, que tornam difícil a adequação do indivíduo aos padrões sociais; a existência de um movimento contestatório que descortina a inexistência de normas que vinculem as pessoas num contexto social”.

²¹ Idem, *Ibidem*, p. 191.

²² Idem, *Ibidem*, p. 192.

seja: que nas regiões mais ricas da Europa, naquele período, o número de suicídios era maior).

Segundo ele, portanto, o tormento gerador de suicídio não estaria relacionado a problemas materiais, mas de ordem psíquica, isto é, à falta de limitação do desejo, de regras sobre o que é razoável ou não desejar, visto que no ser humano não há limite material, físico, para essa satisfação: ela é sobretudo psicológica.

Essa ilimitação do desejo, a angústia decorrente da impossibilidade de contentamento, é uma característica eminentemente moderna, inúmeras vezes retratada na literatura ocidental. Desde a famosa acedia do Dr. Fausto, diante do desejo humano insaciável, tentado por Mephistópheles na clássica obra de GOETHE, inúmeros são os retratos desse dilema existencial humano pela arte. Sobre ela, escreveu magistralmente Fernando PESSOA²³ o poema “Quinto Império”, num de seus mais belos livros, *Mensagem* (1937):

Triste de quem vive em casa
 Contente com o seu lar,
 Sem que um sonho, no erguer de asa
 Faça até mais rubra a brasa
 Da lareira a abandonar.

Triste de quem é feliz,
 Vive porque a vida dura.
 Nada na alma lhe diz
 Mais que a lição da raiz -
 Ter por vida a sepultura.

Eras sobre eras se somem

²³ PESSOA, Fernando. *Mensagem*. Brasília: Thesaurus, 2006, p. 84.

No tempo que em eras vem:
 Ser descontente é ser homem
 Que as forças cegas se domem
 Pela visão que a alma tem. (...)

Nada obstante toda a evocação estética da poesia e da literatura a essa complexa experiência humana, para o autor francês a insaciabilidade seria doentia e antinatural, pois “desejos ilimitados são insaciáveis por definição, e não é sem razão que se considera a insaciabilidade como sinal de morbidez”. Coroa, então, o seu argumento com uma saborosa alegoria, própria dos gênios da língua: “Uma sede inextinguível é um suplício perpetuamente renovado”²⁴.

Por essa razão, seria imprescindível “que as paixões sejam limitadas”²⁵. Entretanto, como não há no indivíduo essas barreiras naturais, elas precisariam ser impostas por instâncias externas, que padronizem os objetivos sociais e delimitem fronteiras ao desejo²⁶. Destarte, para que não houvesse mais a anomia, seria necessária a imposição externa de regras objetivas, limitadoras do desejo, ordenadoras da vida privada e das relações de trabalho, prevenindo-se todos os aspectos “disfuncionais” da sociedade, como o crime e o suicídio²⁷.

²⁴ DURKHEIM, Émile. *O Suicídio*. WMF Martins Fontes: São Paulo, 2019, p. 313.

²⁵ Idem, *Ibidem*, p. 315.

²⁶ A ideia de uma força externa que limite o desejo, embora de natureza não identificada, é muito clara em DURKHEIM: “como não há nada no indivíduo que lhes possa fixar um limite, este lhes deve necessariamente vir de alguma força exterior ao indivíduo (...) é preciso que uma força reguladora desempenhe para as necessidades morais o mesmo papel que o organismo para as necessidades físicas”.

²⁷ CAETANO, Érica. *A Divisão do Trabalho: uma Análise Comparativa das teorias de Karl Marx e Émile Durkheim*. Disponível em: <<<https://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/26190-26192-1-PB.pdf>>>. Acesso: 30.08.2021. Lamentava-se DURKHEIM de que a anomia seria a o principal causador das “desordens de todo tipo de que o mundo econômico nos dá o triste espetáculo”. Segundo ele, “(...)como nada contém as forças em presença e não lhes atribui limites que sejam obrigados a respeitar elas tendem a se desenvolver sem termos e acabem se entrecrocando, para se reprimirem e se reduzirem mutuamente (...). As paixões humanas só se detêm diante de uma força moral que elas respeitam. Se qualquer autoridade desse gênero inexistente, é a lei do mais forte que reina e, latente ou

Naturalmente, essa linha de pensamento foi alvo de duras críticas após a morte de DURKHEIM²⁸, apontada como precursora do corporativismo e do fascismo. Apesar disso, são inegáveis os avanços empreendidos por ele, entre os quais a superação do ponto-de-vista médico-repressivo do crime, passando-se a apontar na delinquência causas psicológico-sociais, ao invés de biológicas ou ecológicas. Com efeito, embora se possa dizer que o pai da sociologia, desde o início, filiou-se ao positivismo metodológico (visto que todas as suas conclusões se baseiam em um campo empírico formado por dados oficiais), não se pode acusá-lo de limitar o seu campo de pesquisa e pensamento às supostas causas endógenas do crime, paradigma vigente à época.

II – A TEORIA CRIMINOLÓGICA DE ROBERT MERTON

ROBERT KING MERTON foi um sociólogo estadunidense, conhecido por ter desenvolvido a teoria funcionalista da anomia a partir do conceito evidenciado por ÉMILE DURKHEIM. Suas principais obras que versam sobre o tema são *Social Structure and Anomia* (1938) e *Social Theory and Social Structure* (1968), onde o autor buscou apontar quais são as fontes estruturais do chamado “comportamento desviante”, bem como analisou a relação e consequências sociais da desproporcional existência entre objetivos a serem perseguidos e meios legitimamente aceitos para tanto²⁹.

Da mesma forma que ÉMILE DURKHEIM, ROBERT MERTON também embasou seus estudos se opondo à ideia individualista e patológica do delinquente, pensamento comum às primeiras teorias da criminologia

agudo, o estado de guerra é necessariamente crônico”. Estado de guerra que só poderia ter como consequência, além da luta de classes, o aumento do número de crimes.

²⁸ CAETANO, Érica. *A Divisão do Trabalho...*, p. 2-3.

²⁹ DIAS, Jorge Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. *Criminologia...* p. 312.

positivista. Além disso, o conceito de anomia é reaproveitado por MERTON, seguindo no mesmo sentido de ausência de normas, conforme DURKHEIM emprega em sua obra. Entretanto, importante pontuar que nos ensinamentos do sociólogo estadunidense, a anomia assume um viés de ruptura ou desmoralização da estrutura cultural preexistente, o que significa que para se verificar o grau de anomia presente em determinada sociedade, é necessário que se faça um juízo de reflexão, a fim de verificar a ausência de consenso acerca das normas legítimas, e a conseqüente insegurança nas relações sociais que isso ocasiona³⁰.

Seguindo na linha das divergências existentes entre as duas teorias, importante destacar que MERTON aplica um caráter sistemático à sua obra, ou seja, analisa as variações na estrutura do sistema a fim de explicar o comportamento desviante. Outrossim, rompe com o conceito de ambições humanas insaciáveis que DURKHEIM usa, partindo da premissa de que na realidade os estímulos indutores de comportamentos humanos são impulsionados pelo meio social.

Esta concepção simboliza a ruptura de MERTON com a ideia de DURKHEIM, pois o sociólogo estadunidense defende que não é a falta de limites na ambição humana que poderá ocasionar a sensação de anomia, e sim o desequilíbrio entre os objetivos impostos (pelo meio social) e meios disponíveis (socialmente aceitos), conforme será mais bem analisado no decorrer deste trabalho.

Pontuadas tais questões precípuas, é oportuno lembrar o contexto histórico e geográfico que esta teoria foi desenvolvida: MERTON viveu no mundo ocidental capitalista, mais precisamente nos Estados Unidos do século XX, em meio à expansão do ideal de *american dream*,

³⁰ BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica...*, p. 62.

onde o dinheiro e suas benesses (status, poder, ascensão social, acúmulo de bens materiais, etc.) eram tidos como os principais objetivos a serem alcançados (embora relegadas ao segundo plano, outros objetivos também podem ser citados, como a produção científica ou conquistas amorosas), ocasionando em uma busca quase que desenfreada por este respeitado símbolo econômico e social, que como consequência condiciona e classifica o “sucesso” ou o “fracasso” de determinado sujeito de acordo com o seu poderio financeiro.

Neste sentido, MERTON³¹ vale-se dos ensinamentos de H. F. CLARK, a fim de demonstrar que os estadunidenses querem sempre 25% a mais do que possuem, independente do padrão de vida ostentado, já que a cultura do acúmulo material associado ao sucesso é propagada em diversos segmentos da sociedade, em especial nas famílias, escolas e locais de trabalho, que não coincidentemente são os principais mecanismos de modelamento da personalidade e formação de objetivos do indivíduo (em segundo plano, poder-se-ia citar filmes, imprensa e outros meios de comunicação como também responsáveis por fomentar este panorama).

Adentrando especificamente na teoria da anomia desenvolvida por MERTON, necessário compreender o significado de três elementos, que representam ponto fundamental na análise de determinada sociedade. São eles: objetivos culturais, estrutura social e normas institucionalizadas.

Os objetivos culturais são definidos pelo autor como as “coisas que valem o esforço”³², e englobam as metas, valores e finalidades

³¹ MERTON, Robert King. *Sociologia: Teoria e Estrutura*, Mestre Jou: São Paulo, 1968, p. 209.

³² Idem, *Ibidem*.

orientadas aos membros da sociedade. Em outras palavras, este conceito representa a influência externa e prévia que atua diretamente no comportamento social do indivíduo.

Por sua vez, as normas institucionalizadas são compreendidas como os meios legítimos e socialmente aceitos de que o sujeito dispõe na perseguição aos objetivos culturais. Isto é, reflete as formas pelas quais o sujeito poderá, de maneira lícita e aprovada pela comunidade, buscar alcançar os propósitos externamente impostos³³.

Por fim, a estrutura social representa o complexo de relações sociais às quais os participantes de um determinado grupo estão inseridos, via de regra, de maneira discrepante. Isto é, a posição que o indivíduo ocupa nesta disposição, influenciará diretamente no grau de dificuldade que terá para alcançar os objetivos culturais por meio das normas institucionalizadas³⁴.

Considerando que estes três elementos independentes entre si, bem como variáveis de acordo com o contexto e momento histórico de cada sociedade, suas oscilações podem gerar o chamado “descompasso estrutural”, que envolve a defasagem da estrutura cultural ou a defasagem entre estrutura cultural e social³⁵.

Primeiramente, a denominada “defasagem da estrutura cultural” é vislumbrada basicamente em duas situações distintas: A primeira

³³ DIAS, Jorge Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. *Criminologia...*, p. 323.

³⁴ DIAS, Jorge Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. *Criminologia...*, p. 323. Nesse mesmo sentido, apontam que “[t]oda a sociedade se analisa, segundo MERTON, numa estrutura cultural e numa estrutura social. A primeira define os objetivos culturais (goals, valores, interesses, propósitos, fins) propostos aos membros da sociedade e define e prescreve os meios legítimos e socialmente aceitáveis da persecução dos objetivos (normas institucionalizadas). A segunda significa o conjunto organizado das relações sociais, isto é, a estrutura das oportunidades reais que condiciona de fato a possibilidade de os membros da sociedade se orientarem para os objetivos culturais, respeitando as normas institucionalizadas”.

³⁵ Idem, *Ibidem*.

circunstância é constatada nas ocasiões em que houver a supervalorização dos objetivos culturais em contrapartida à negligência das normas institucionais, criando-se a ideia de “sucesso a qualquer custo”³⁶.

Ainda, a outra situação de defasagem da estrutura cultural pode ser verificada quando os meios institucionais forem desmedidamente mais evidenciados que os objetivos culturais. Ou seja, quando houver a transformação dos meios em objetivos, relegando as finalidades ao segundo plano, hipótese em que agir em conformidade se torna mais importante que alcançar o propósito. Este quadro pode ser vislumbrado mais facilmente em sociedades caracterizadas pela rígida tradição, ou resistentes a mutações³⁷.

De outro lado, a “defasagem entre estrutura cultural e social” é mais perceptível nas sociedades hodiernas³⁸, uma vez que este fenômeno ocorre quando os mesmos objetivos culturais e normas institucionais forem comuns a todos os sujeitos, independentemente da posição que ocupam na sociedade. Isto é, não obstante os desígnios sejam idênticos em todas as camadas da sociedade, as reais oportunidades de obtenção destes são limitadas e desigualmente distribuídas.

Neste caso, a supramencionada defasagem ocorre porque a estrutura social age como empecilho da estrutura cultural, melhor dito, esta

³⁶ Idem, *Ibidem*, p. 323-324.

³⁷ Idem, *Ibidem*, p. 323-324.

³⁸ As sociedades aqui referidas são especificamente aquelas estruturadas a partir do sistema econômico capitalista e de consumo, que apesar de imporem os mesmos “objetivos” a todos, aceita a desigualdade social, que resulta no desnivelamento de oportunidades e possibilidades dos indivíduos, a depender da posição ocupada no arcabouço social.

exige uma postura que aquela inibe, gerando inquietações sociais, e em um grau mais grave, a própria situação de anomia³⁹.

Consequência deste fenômeno, determinada parcela de indivíduos, via de regra pertencentes às camadas mais desfavorecidas da sociedade, irá apresentar comportamentos chamados de “desviantes”, seja para alcançar os objetivos culturais por intermédio de métodos heterodoxos (uma vez que a própria estrutura cultural nega a sua obtenção através dos meios institucionais, já que estão em posição extremamente desvantajosa em relação aos demais), ou mesmo os afastando da busca pelas finalidades socialmente impostas.

Diante do quadro exposto e conforme será melhor analisado na sequência, MERTON entende que tanto os comportamentos em conformidade, quanto as condutas desviantes às normas institucionais, representam fenômenos naturais da estrutura social (e não patológico do indivíduo), originados pela desproporcionalidade entre as metas culturalmente válidas e os meios legítimos para alcançá-las.

No mesmo sentido, BARATTA⁴⁰ afirma que:

A desproporção que pode existir entre os fins culturalmente reconhecidos como válidos e os meios legítimos, à disposição do indivíduo para alcançá-los, está na origem dos comportamentos desviantes. Esta desproporção, contudo, não é um fenômeno anormal ou patológico, mas dentro de certos limites quantitativos, em que não atinge o nível crítico da anomia, um elemento funcional ineliminável da estrutura social.

Dessa forma, a situação de anomia é responsável por fomentar a criminalidade (denominada de “comportamento desviante”) a partir da

³⁹ SABADELL, Ana Lúcia. Atualidade da anomia e sua repercussão no direito penal. In: *Revista de Estudos Criminais...*, p. 68.

⁴⁰ BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica...*, p. 63.

crise na estrutural social, com a fragmentação entre objetivos culturais e as capacidades dos membros da sociedade em agir conforme as normas sociais.

Nesse mesmo sentido é o posicionamento de SHECAIRA⁴¹, ao afirmar que “o crime decorre da pressão da estrutura cultural e das contradições desta com a estrutura social”.

Destarte, MERTON⁴² aponta o surgimento de três premissas que regem o modo de proceder dos estadunidenses: primeiro, todos devem buscar alcançar os mesmos objetivos, já que (supostamente) estão ao alcance de qualquer um. Em segundo lugar, o fracasso momentâneo nada mais é do que uma fase a ser superada antes do sucesso. E por fim, a aceitação do fracasso constitui o encolhimento ou abandono da ambição do indivíduo. Dito isso, conclui-se que a relação existente entre os objetivos culturais impostos e os meios institucionais existentes proporcionam uma forma de adequação individual do comportamento.

Neste contexto, o autor tece suas críticas à sociedade americana contemporânea, considerando que o conceito de *American Dream*, de maneira equânime a todas as camadas sociais, valoriza determinados objetivos como o êxito monetário e ascensão social, sem atentar que a realidade fática impossibilita que todos os sujeitos consigam alcançá-los através das vias ortodoxas e socialmente aceitas, além de considerar que o fracasso nesta “corrida”, estigmatiza o indivíduo como “vencido” e “insuficientemente capaz”⁴³.

Como já referido anteriormente, destaca-se que essa situação ocorre especialmente em sociedades tidas como “igualitárias”. Isto é, a

⁴¹ SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia...*, p. 198.

⁴² MERTON, Robert King. *Sociologia...*, p. 211.

⁴³ MERTON, Robert King. *Sociologia...*, p. 212.

anomia aparecerá com maior facilidade em contextos sociais que admite a real discrepância entre a ideologia (igualitária) empregada e as oportunidades efetivamente proporcionadas aos seus membros.

Exemplifica-se: há substancial diferença entre a sociedade estadunidense do *American Dream*, onde é vendida a ideia de que todos, do mais pobre ao mais abastado, possuem as mesmas chances de alcançar o “topo da pirâmide”, ao contrário do que se vislumbra em determinados contextos, como em países de terceiro mundo, sociedades feudais ou organizadas em castas, onde a estrutura social é construída sob um rígido escalonamento de classes, e cada uma destas possui objetivos particularmente definidos⁴⁴.

Todavia, a experiência nos mostra que recorrentemente a ideologia igualitária fica restrita somente ao campo formal, uma vez que a estrutura social, do modo como é posta, não proporciona que todos os membros da sociedade, de maneira equitativa, tenham acesso aos mesmos meios legítimos para alcançar os objetivos culturais, sendo maior a dificuldade encontrada conforme menos privilegiada a posição social ocupada pelo sujeito.

Esta situação facilita a ocorrência de distensão entre a estrutura social e os valores culturais impostos, que ocasiona uma ampla gama de possibilidades de comportamentos individuais, sejam eles conformistas ou desviantes em relação às normas institucionais, que nas palavras de MERTON⁴⁵, chamam-se “tipos de adaptação individual”.

Dito isso, chega-se ao ponto alto da teoria de MERTON. O autor classifica em cinco as possibilidades de comportamento que podem ser

⁴⁴ Idem, *Ibidem*, p. 212.

⁴⁵ MERTON, Robert King. *Sociologia...*, p. 212.

esperadas no seio social: conformidade, inovação, ritualismo, apatia/evasão e rebelião.

O comportamento de conformidade é compreendido como o modelo de adequação individual conforme as normas institucionalizadas e os objetivos culturais. É o que garante a estabilidade da sociedade, e, portanto, será obrigatoriamente a conduta dominante, pois caso não fosse assim, o sistema social vigente romperia.

Este comportamento é verificado no indivíduo que aceita os meios institucionais como única forma para alcançar os objetivos culturais, modelando seu modo de proceder em conformidade ao que a sociedade espera de si. Insta salientar que este é o único comportamento conforme, sendo que os demais são considerados desviantes⁴⁶⁴⁷.

Por sua vez, o comportamento chamado de inovação retrata a aceitação dos objetivos culturais, mas sem observar os meios institucionais. É o típico comportamento criminoso, pois o indivíduo visa alcançar aquelas finalidades, mas rompe com o sistema vigente e o faz de maneira desviante (através de condutas eficazes, porém proibidas), ou seja, sem interiorizar as normas institucionais⁴⁸.

MERTON⁴⁹ cita como exemplo a dificuldade e o preconceito enfrentado pelo trabalhador manual sem especialização, que além de ser visto com inferioridade pelos demais membros da sociedade, também encara invencíveis dificuldades para alcançar os objetivos culturais através das normas institucionais, o que gera maior tendência para que este

⁴⁶ SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia...*, p. 197.

⁴⁷ MERTON, Robert King. *Sociologia...*, p. 214.

⁴⁸ DIAS, Jorge Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. *Criminologia...* p. 326.

⁴⁹ MERTON, Robert King. *Sociologia...*, p. 218.

indivíduo apresente o comportamento desviante da inovação, tendo em vista as facilidades proporcionadas na criminalidade.

Conforme já mencionado anteriormente, verifica-se aqui a crítica ao sistema social estadunidense, ante a evidência de que a ideologia igualitária do *American Dream* se restringe somente ao plano formal, considerada a dificuldade enfrentada pelos cidadãos pertencentes às classes mais baixas da estrutura social⁵⁰, uma vez que os baixos rendimentos oriundos do labor honesto são insuficientes para competir com os altos ganhos que a criminalidade pode proporcionar. Assim, não raras vezes o comportamento desviante se mostra como a única possibilidade de ascensão social destes indivíduos⁵¹.

Destaca-se que a pobreza é vista como um dos, e não único vetor responsável por justificar condutas desviantes e criminosas. É a escassez de recursos, conjugada com a ausência de oportunidades legítimas, e com a imposição de determinados objetivos culturais inalcançáveis que poderá resultar no comportamento desviante criminoso⁵².

Para justificar a influência dos objetivos culturais nas condutas desviantes, MERTON faz uma relação entre os índices de criminalidade e pobreza nos Estados Unidos e no sudoeste da Europa, apontando que embora a pobreza seja mais acentuada no continente europeu, os

⁵⁰ Os quais são condenados de antemão (ou desde a "linha de partida") ao fracasso.

⁵¹ Como será melhor retratado no subcapítulo pertinente, uma das críticas dirigidas à esta teoria é referente ao fato de não explicar por qual motivo determinadas pessoas que se encontram em posição socialmente desfavorecida, não cometem delitos para alcançar os objetivos culturais.

⁵² SABADELL, Ana Lúcia. Atualidade da anomia e sua repercussão no direito penal. In: *Revista de Estudos Criminais...*, p. 68. Acerca das desigualdades entre objetivos culturais e meios institucionais, refere que "[e]sta discrepância favorece o comportamento <<inovador>> (anômico) e leva ao crescimento dos casos de desvio: os membros da sociedade são pressionados a atingir determinadas metas (por exemplo: enriquecer e ostentar a riqueza por meio do consumo de luxo), sem que seja possível, para a maioria deles, atingir tais metas de uma forma que seja aceita pela opinião dominante".

índices de criminalidade são consideravelmente superiores no território estadunidense⁵³.

Assim, a grande pressão existente na busca dos objetivos culturais de acúmulo de capitais e poder, junto com a impossibilidade de os alcançar através das vias legais (por conta da disparidade de oportunidades comum à sociedade capitalista), faz com que determinados sujeitos adotem este tipo de comportamento, originando o típico agir criminoso.

Salienta-se que estes mecanismos de controle social atuam sem que a população mais prejudicada perceba, pois do contrário, facilmente poderia se esperar maiores números de indivíduos agindo de acordo com o comportamento de rebelião, que será estudado mais adiante.

O terceiro comportamento, denominado de ritualismo, é exatamente o oposto da inovação, estudada anteriormente. Tal modelo representa o respeito formal aos meios institucionais, ao passo que há desconsideração dos objetivos culturais.

Ou seja, aqui o sujeito age de maneira ritualística, já que condiciona suas atitudes de acordo com os preceitos sociais, porém, como desacredita ser capaz de alcançar as finalidades impostas (riqueza, sucesso e poder), concentra-se somente em agir de acordo com os meios, abdicando a busca pelos objetivos culturais.

O sujeito que age de maneira ritualista, portanto, ao renunciar aos objetivos culturais, ignora a pressão social para que ascenda socialmente ou acumule bens de consumo, ao passo que segue firmemente as normas sociais impostas, “mantendo-se na linha”. Portanto, pode-se afirmar que os indivíduos que mais se enquadram neste perfil de

⁵³ MERTON, Robert King. *Sociologia...*, p. 220.

comportamento são servidores públicos burocratas, ou a classe média baixa em si⁵⁴.

Não obstante a isso, MERTON⁵⁵ admite a necessidade de analisar com maior profundidade este comportamento, uma vez que aparentemente não pode ser encarado como problema social, embora haja a possibilidade deste tipo de conduta levar o sujeito a desenvolver neuroses ou frustrações.

Ainda, há o comportamento desviante denominado de apatia, evasão ou retraimento, que exprime a renúncia tanto dos meios institucionalizados, quanto dos objetivos culturais. Isto é, há uma espécie de fuga da realidade por parte do indivíduo, criando uma imunidade diante da frustração de não alcançar os objetivos culturais⁵⁶.

É possível enquadrar nesta espécie de comportamento os vadios, bêbados, dependentes químicos, *hippies*, mendigos e todos aqueles mais que estão presentes na sociedade, mas dela não fazem parte⁵⁷.

Finalmente, o último comportamento a ser analisado é o chamado de rebelião. Denominado desta forma porque não significa a simples negação aos fins culturais e meios institucionalizados, como também há a sua intenção de substituí-los por outros alternativos⁵⁸.

O sujeito que age dessa maneira, além de renunciar aos meios e objetivos, luta para a implementação de outros ideais, as quais considera mais justas ou benéficas à sociedade, visando a reforma da organização social. Enquadram-se aqui os movimentos de revolução

⁵⁴ DIAS, Jorge Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. *Criminologia...* p. 327.

⁵⁵ MERTON, Robert King. *Sociologia...*, p. 265-266.

⁵⁶ Idem, *Ibidem*, p. 227.

⁵⁷ Idem, *Ibidem*, p. 227.

⁵⁸ SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia...*, p. 198.

social, como anarquismo ou socialismo, que defendem a imprescindibilidade da mudança nos parâmetros sociais a fim de que seja alcançada a plena satisfação pessoal.

Diante do exposto, conclui-se que para MERTON, o comportamento desviante se verifica diante da discrepância entre fins culturais, meios institucionais e estrutura social, podendo ser exteriorizado de maneiras diversas, sendo que a situação de anomia será vislumbrada quando o sujeito se ver incapaz de agir de acordo com as consagradas normas sociais, ou seja, passar a agir de maneira diversa do que a sociedade espera dele⁵⁹.

Como já destacado, a própria sociedade, ao passo que admite a imposição de uma ideologia igualitária meramente formal, ou seja, permeada por elevados níveis de desigualdade social, fomenta a situação de anomia e o comportamento desviante, já que os sujeitos situados nas castas mais desprivilegiadas da sociedade são submetidos à intensa pressão, ante o dever de atingirem objetivos que não estão (licitamente) ao seu alcance.

Como consequência ao quadro geral exposto, a teoria da anomia desenvolvida por MERTON entende que determinados níveis de criminalidade são perfeitamente aceitáveis e ocorrem dentro da normalidade da sociedade. Ademais, a possibilidade ou probabilidade de o sujeito vir a se tornar criminoso não possui relação alguma com suas

⁵⁹ SABADELL, Ana Lúcia. Atualidade da anomia e sua repercussão no direito penal. In: *Revista de Estudos Criminais...*, p. 67. No mesmo sentido a autora aponta que “[o] insucesso em atingir as metas culturais devido à insuficiência dos meios institucionalizados produz a anomia, comportamento no qual “as regras do jogo social” são abandonadas ou contornadas. O indivíduo não respeita as regras de comportamento indicados pelos meios de ação socialmente aceitos. Surge então o desvio, ou seja, o comportamento desviante”.

características biopsicológicas, e sim com os padrões da sociedade que está inserido⁶⁰.

Por fim, é possível concluir que MERTON⁶¹ buscou, através de sua teoria e apontamentos empíricos, explicar a relação dos “comportamentos desviantes” (mormente de indivíduos pertencentes a classes menos favorecidas) com a própria estrutura social, especialmente com a adesão de ideologia igualitária em sociedades marcadas pela desigualdade⁶².

III – CRÍTICAS E CONCLUSÕES

Primeiramente insta salientar algumas semelhanças e diferenças entre os dois autores que foram estudados neste trabalho. Tanto ÉMILE DURKHEIM quanto ROBERT MERTON embasaram suas investigações em oposição à ideia individualista e patológica do delinquente, comum às primeiras teorias da criminologia positivista, bem como ambos atribuíram o mesmo sentido a palavra anomia: ausência de normas.

DURKHEIM entende que o indivíduo necessita da sociedade, e por isso, não existe moralidade fora deste contexto social. O estado de

⁶⁰ SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia...*, p. 187.

⁶¹ MERTON, Robert King. *Sociologia...*, p. 265-266. O autor refere que “os valores culturais podem ajudar a produzir um comportamento que esteja em oposição aos mandatos dos próprios valores”, uma vez que a “estrutura social pressiona os valores culturais, tornando possível e fácil aos indivíduos que ocupam determinadas situações sociais dentro da sociedade, agirem de acordo com os ditos valores e impossível para os outros indivíduos”.

⁶² SABADELL, Ana Lúcia. Atualidade da anomia e sua repercussão no direito penal. In: *Revista de Estudos Criminais...*, p. 70. “[a] teoria de MERTON explica por que os membros das classes desfavorecidas cometem a maior parte das infrações penais: como não possuem acesso aos meios institucionalizados para atingir a riqueza, recorrem à delinquência para realizar os objetivos que a sociedade difunde”.

anomia instaura-se quando não existem valores movendo as condutas, quando a sociedade não direciona os indivíduos com suas regras⁶³.

Por outro lado, para MERTON, a anomia está interligada a uma ideia de desvio, ruptura da estrutura cultural, pois o indivíduo não respeita os meios sociais e aceitos pela sociedade, embora almeje alcançar os mesmos objetivos culturais. Dessa forma, pelo fato de não conseguir atingir os objetivos culturais socialmente impostos, ante a insuficiência dos meios disponibilizados, surge o comportamento desviante, que em casos mais extremados, poderá acarretar no estado de anomia. Assim, MERTON analisa as variações na estrutura desviante para compreender o comportamento desviante.

Outro aspecto é referente ao fato de DURKHEIM partir da premissa de ambições humanas insaciáveis, sendo que justamente essa falta de limites é que gerará a sensação de anomia. MERTON, por outro lado, aponta que o estado de anomia decorre do desequilíbrio entre os objetivos culturais e os meios disponíveis para sua obtenção.

Atentando-se ao que foi exposto acerca dos dois expoentes da teoria da anomia, extrai-se que ambos consideram o crime como fator latente e necessário em cada sociedade, uma vez que historicamente inexistiu sociedade humana que não registrasse comportamentos transgressores.

Ademais, compreende-se que a ocorrência de crimes não é considerada de todo ruim, pois provoca uma reação da sociedade que, ante a verificação de comportamentos transgressores, fomenta e conserva o sentimento coletivo, reconhecendo e fortalecendo determinados

⁶³ SABADELL, Ana Lúcia. Atualidade da anomia e sua repercussão no direito penal. In: *Revista de Estudos Criminais...*, p. 65.

valores culturais inerentes a ordem social, como também possibilita, por outro lado, a renovação destes⁶⁴.

Novamente importa ressaltar que a teoria da anomia galgou uma posição de destaque na criminologia, pois foi a responsável por romper com o pensamento positivista de anomalias biopsicológicas à delinquência, posicionando o delinquente como integrante da sociedade, reconhecendo que este também almeja atingir os mesmos objetivos culturais que os demais, porém diante da posição social desfavorecida que ostenta, não dispõe dos mesmos meios lícitos, e portanto, na perseguição destes objetivos, irá utilizar-se de mecanismos alternativos, dando origem ao comportamento desviante.

Percebe-se com bastante semelhança que sociedades como a brasileira, traçadas pela acentuada desigualdade social (assim como também era a sociedade estadunidense permeada pelo *American Dream*, onde MERTON viveu e se baseou para o desenvolvimento da teoria), que a pressão exercida pela ordem social e cultural, com o intuito que cada indivíduo alcance determinados objetivos (em especial relacionados com o êxito financeiro), mas sem os proporcionar meios legítimos para tanto, acarreta frequentemente na busca de vias alternativas (e consequentemente “desviantes”).

Tal realidade pode ser vislumbrada em diversas músicas brasileiras, especialmente no Rap, conhecido por musicalizar problemas cotidianos enfrentados pela população mais carente, tais como mazelas sociais, dificuldades financeiras, dramas familiares, encarceramento, e o crime.

⁶⁴ SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia...*, p. 199.

Como exemplo, cabe transpor um trecho da música “A vida é um desafio”, de autoria da banda Racionais MC’s⁶⁵:

Sempre fui sonhador, é isso que me mantém vivo.
 Quando pivete, meu sonho era ser jogador de futebol, vai vendo.
 Mas o sistema limita nossa vida de tal forma, que tive que fazer minha escolha: sonhar ou sobreviver.
 Os anos se passaram e eu fui me esquivando do ciclo vicioso.
 Porém, o capitalismo me obrigou a ser bem-sucedido.
 Acredito que o sonho de todo pobre é ser rico.
 Em busca do meu sonho de consumo, procurei dar uma solução rápida e fácil para os meus problemas: o crime.
 Mas é um dinheiro amaldiçoado, quanto mais eu ganhava, mais eu gastava.
 Logo fui cobrado pela lei da natureza, vish, 14 anos de reclusão (...).

Ser empresário não dá, estudar nem pensar.
 Tem que tramar ou ripar pros irmãos sustentar.
 Ser criminoso aqui é bem mais prático, rápido, sádico, ou simplesmente esquema tático.
 Será instinto ou consciência, viver entre o sonho e a merda da sobrevivência.

É possível denotar, através dos trechos supracitados, que os marcos teóricos apresentados por MERTON, acerca da desproporcionalidade entre objetivos culturais e meios legítimos, gerando o comportamento desviante em sujeitos pertencentes a classes desfavorecidas, infelizmente ainda é bastante vislumbrado em países de terceiro mundo, como o Brasil.

Por outro lado, existem algumas críticas pertinentes direcionadas à teoria da anomia. Uma primeira refere que a teoria explica a origem

⁶⁵ RACIONAIS MC’S (interpretação). EDY ROCK (composição). Crime vai e vem. In: Nada como um dia após o outro dia (2002).

de somente alguns comportamentos desviantes (que são considerados criminosos), em especial os delitos contra o patrimônio e por motivações políticas⁶⁶, deixando, por exemplo, de explanar acerca dos delitos praticados por puro prazer/conveniência, ou outras variabilidades empregadas para o atingimento de um fim, como o homicídio passional ou a violação empregada contra animais, por exemplo⁶⁷.

Importa ressaltar que teoria da anomia deixa em aberto algumas interrogações, as quais são ressaltadas por SHECAIRA, como: por qual motivo existem crimes que não são motivados pelo lucro? Ou ainda, por que certos indivíduos, que se encontram em uma situação escassa de recursos (isto é, localizados nas castas desfavorecidas da sociedade), não encontram no comportamento desviante (e delinquente) a solução de seus problemas, ou o meio para alcançar os objetivos culturais?⁶⁸.

Ainda, dentro desta mesma crítica, a teoria da anomia não explica, por exemplo, por qual motivo os índices de criminalidade feminina são baixíssimos em comparação aos delitos cometidos por homens, uma vez que também existem inúmeras mulheres que infelizmente vivem hoje em níveis alarmantes de pobreza ou miséria, e que não recorrem ao

⁶⁶ SABADELL, Ana Lúcia. Atualidade da anomia e sua repercussão no direito penal. In: *Revista de Estudos Criminais...*, p. 70. "[e]m geral, a delinquência por motivos econômicos pode ser bem explicada por meio da teoria da anomia de MERTON. O mesmo ocorre com os crimes de motivação política (terrorismo, manifestações violentas, ocupações, saques) devidos a uma postura de rebelião. Finalmente, o modelo de evasão explica comportamentos desviantes autodestrutivos, como o alcoolismo ou a toxicod dependência".

⁶⁷ Ainda, destaca a autora que "a teoria mertoniana não explica todas as formas de desvio social (exemplos: homicídio "passional", estupro, crueldade contra os animais). Além disto, por ser genérica, tampouco explica as diferenças no comportamento de determinadas categorias sociais, como, por exemplo, a baixíssima criminalidade feminina, mesmo entre as mulheres que pertencem às classes sociais inferiores e, por consequência, são desprovidas de meios institucionalizados para melhorar a sua posição social".

⁶⁸ SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia...*, p. 203.

comportamento desviante, seja para alcançar os objetivos culturais, seja para subsidiar a sua sobrevivência e de sua família⁶⁹.

Distinta crítica é quanto a ideia propagada por ambos os criminólogos, com relação a (falsa) percepção de que efetivamente exista um consenso coletivo (comum a todos). Devido as dimensões e diferentes núcleos sociais existentes em cada sociedade, é muito pouco provável que as normas sociais (seja a eleição de meios institucionais ou de objetivos culturais) seja pautada com base na existência de um consenso coletivo, que parte de, e sirva para todos os membros da sociedade. Pelo contrário, a sociedade pós-moderna mais do que nunca é traçada com base na imposição de uma minoria detentora das formas de controle social (caracterizada pelos poderes econômico, midiático e eleitoral).

Neste sentido, SHECAIRA⁷⁰ conclui que:

(...) o fundamento das normas penais em uma consciência coletiva que não é original significa partir de uma premissa que não é verdadeira. Seria como construir um edifício sobre o primeiro andar, sem serem feitas as fundações subterrâneas.

Por fim, mencione-se uma crítica específica realizada por BARATTA⁷¹ em relação ao crime de colarinho branco. O autor refere que para MERTON, o crime do colarinho branco encaixava-se perfeitamente no comportamento desviante “inovador”, ante a possibilidade de enquadrar os indivíduos que tendencialmente cometem este tipo de delito neste padrão de comportamento. Ou seja, os “homens de negócios” aderem ao fim social mais relevante – no caso, o sucesso econômico – mas

⁶⁹ SABADELL, Ana Lúcia. Atualidade da anomia e sua repercussão no direito penal. In: *Revista de Estudos Criminais...*, p. 70.

⁷⁰ SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia...*, p. 203.

⁷¹ BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica...*, p. 66.

não internalizam as normas institucionais (sendo estas que determinam os meios para conseguir os ditos fins culturais).

Conforme prescreve BARATTA⁷², para MERTON chegar a tal conclusão, foi necessário evidenciar a falta de interiorização das normas institucionais (elemento subjetivo-individual) com o controlado acesso aos meios para se obter o referido sucesso econômico (elemento estrutural objetivo). Ocorre que este último fator sempre apareceu interligado na tese da anomia às classes menos favorecidas, não fazendo sentido interliga-la à explicação do crime de colarinho branco, que em sua grande maioria, envolve pessoas abastadas financeiramente, e que consequentemente ocupam posições privilegiadas na sociedade.

Assim, aponta BARRATA⁷³ que “(...) é fruto de uma visão superficial fazer da criminalidade das camadas privilegiadas um mero problema de socialização e de interiorização das normas”, pois como na criminalidade organizada, há o envolvimento de um processo de produção e circulação do capital angariado que deve ser levado em consideração quanto a sua funcionalidade objetiva.

Finalizando, ressalta-se que até hoje é possível vislumbrar as influências e contribuições obtidas pela teoria da anomia, seja na sua utilização para obter melhor compreensão das formas de organização social, seja para buscar entender o crime e o comportamento criminoso sem que se direcione à eventual patologia ou característica biológica do agente.

⁷² Idem, *Ibidem*, p. 67.

⁷³ BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica...*, p. 67.

REFERÊNCIAS

- BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: Introdução à Sociologia do Direito Penal*, 3ª edição, Editora Revan, Rio de Janeiro, 2002.
- CAETANO, Érica. *A Divisão do Trabalho: uma Análise Comparativa das teorias de Karl Marx e Émile Durkheim*. Disponível em: <<<https://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/26190-26192-1-PB.pdf>>>. Acesso: 30.08.2021.
- DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. *Criminologia: o homem delinquente e a sociedade criminógena*, 1ª edição (reimpressão), Coimbra Editora, Coimbra, 2013.
- DURKHEIM, Émile. *O Suicídio*. WMF Martins Fontes: São Paulo, 2019.
- FREITAG, Barbara. *Itinerários de Antígona: a questão da moralidade*. São Paulo: Papyrus, 1992.
- GIDDENS, Anthony. *Política, sociologia e teoria social: encontros com o pensamento social clássico e contemporâneo*. UNESP, São Paulo, 1998.
- MASI, Carlo Velho; MOREIRA, Renan da Silva. Criminologia cultural e mídia: um estudo da influência dos meios de comunicação na questão criminal em tempos de crise. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 22, n. 108, p. 437-460, mai./jun. 2014.
- MERTON, Robert King. *Sociologia: Teoria e Estrutura*, Mestre Jou, São Paulo, 1968.
- PESSOA, Fernando. *Mensagem*. Brasília: Thesaurus, 2006.
- RACIONAIS MC'S (interpretação). EDY ROCK (composição). Crime vai e vem. In: Nada como um dia após o outro dia (2002).
- SABADELL, Ana Lúcia. Atualidade da anomia e sua repercussão no direito penal. In: *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, v. 6, n. 23, jul./dez. 2006. p. 63-75.
- SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia*, 4ª edição, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2012.

8

A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL COMO GARANTIA DO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DE PODERES

*Pedro Henrique Cavalcanti da Silva*¹

INTRODUÇÃO

No intuito de avaliarmos a proposta da jurisdição constitucional como via adequada para garantir o princípio da separação de poderes é necessário verificarmos a importância deste princípio e por que se insere a luz da justiça constitucional.

Isso sem falar na eventual distinção doutrinária que se faz acerca dos conceitos de jurisdição e justiça constitucional, que nos irá conduzir a denominações de ordem teórica singulares na apreciação da matéria.

Tais considerações são merecedoras de análise uma vez que importa saber a fundamentalidade do princípio da separação de poderes e se este pode ser superado num Estado Democrático de Direito.

Em hipóteses de superação do preceito ora em voga, as consequências disso para o efeito democrático e o respeito da supremacia constitucional configuram uma área nebulosa do direito que tem de ser estudada.

É nesse sentido que se buscará fundamentar a concepção histórica do princípio base deste trabalho, já que influi diretamente nos ordenamentos constitucionais modernos. E para tanto, nos cabe também fazer

¹ Mestre em Ciências Jurídico-Políticas com menção em Direito Constitucional pela Universidade de Coimbra e advogado.

anotações quanto ao documento que atualmente sacramentaliza tal fundamento, a Constituição.

É decorrência da concepção de Constituição e como se referirá adiante, da “vontade de constituição” proposta por Konrad Hesse, que nos Estados nacionais modernos foi consagrado o modelo há séculos já pensado.

Por fim, nos caberá referir exemplos concretos de intervenções indevidas que acabam por violar a principiologia consagrada nas Leis Maiores. A questão que permanece, portanto é a velha máxima de quem controla o controlador, indo ao encontro da notória colocação de Hughes, se referindo a Suprema Corte Americana, “a Constituição é o que os juízes dizem que ela é”².

1. DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

Antes de enfrentarmos os questionamentos fundamentais a que se pretende este tópico, quais sejam as diferenciações e similitudes nas definições de jurisdição e justiça constitucional, avaliaremos uma premissa teórica sem a qual não poderemos sequer avançar, portanto nos centraremos no conceito de Constituição.

Essa perspectiva nos remete a séculos atrás, precisamente o XVIII e XIX, quando da consagração do constitucionalismo³, pois nesta ocasião ocorrera a principal e fundamental evolução no conceito, passando a ser definido nos moldes atuais, em sentido formal e material.

² “We are under a Constitution, but the Constitution is what the judges say it is”, Cfr. CORWIN, Edward Samuel, *The Constitution and what it means Today*, 14ª edição., Princeton, Princeton University Press, 1978, p. 13

³ Cfr. DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya. *Curso de Processo Constitucional*. 3ª Edição. São Paulo, Atlas, 2014, p. 17

Dizer que comporta dois sentidos nada mais é do que afirmar que a aceção formal se traduz no documento “que positiva as normas jurídicas superiores da comunidade do Estado, elaboradas num processo constituinte específico”⁴. Já na referência ao sentido material é relacionado ao conteúdo que o documento prescreve, o que significa dizer “o conjunto de normas que instituem e fixam as competências dos principais órgãos do Estado, (...) as normas que limitam a ação dos órgãos estatais, em benefício da autodeterminação dos indivíduos e grupos que se encontram sob a regência desse Estatuto Político”⁵. Portanto, estabelece-se quanto ao conteúdo, de forma a expressar a organização do Estado, a limitação do Poder Político à instituição e garantia dos direitos fundamentais.

Ressalte-se ainda a concepção de Hesse, acerca da força normativa da constituição, que revolucionou ao se contrapor a tese de Ferdinand Lassale e sua concepção sociológica. É que ao propor essa tese, o autor rechaça a noção de que a Constituição é o que a realidade impõe nos fatores reais de poder, doutrina proposta por Ferdinand Lassale, e realça que “a Constituição Real e a Constituição Jurídica estão em uma relação de coordenação”⁶, e mais, que a “Constituição adquire força normativa na medida em que logra realizar essa pretensão de eficácia”⁷, ou seja, quando consegue adequar-se à realidade.

É fundamental destacar essa concepção ideológica não só pelo fato histórico, mas pelo que representa a nível doutrinário.

⁴ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 6ª Edição. São Paulo. Saraiva. 2011, p.66

⁵ *Ibidem*. p. 64

⁶ HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Porto Alegre, Brasil, Sergio Antonio Fabris Editor, 1991, p. 15

⁷ *Ibidem*. p. 16

De início nos cabe apresentar a diferenciação doutrinária acerca da determinação conceitual a que “jurisdição constitucional” e “justiça constitucional” se inserem, isso porque tecnicamente poderíamos incorrer em erros e para evitá-los devemos ser fiéis a melhor doutrina.

Apesar dos autores que escrevem sobre a temática reconhecerem a dificuldade, em termos de complexidade, que surge em definir a justiça constitucional, há certa convergência num sentido amplo minimamente comum a todos e é neste que iremos nos amparar.

O conceito de jurisdição pode ser interpretado em dois sentidos, como ensina Maria Benedita Urbano, podendo este ser lido a partir de seu caractere formal ou orgânico, mas também noutra perspectiva com a vertente material ou substancial.⁸

Enquanto o conceito formal nos revela a ideia da existência de um conjunto de órgãos criados “para o efeito de realizar a justiça, nomeadamente a resolução de controvérsias ou litígios jurídicos”⁹, o conceito material “nos aponta para o seu objeto, mais concretamente, para o tipo de atividade desenvolvida”¹⁰.

A problemática surge no questionamento da possibilidade de se falar em jurisdição constitucional na concepção material, pois para se responder afirmativamente à indagação proposta dever-se-á levar em consideração algumas condições. Especialmente se destacam três: “dizer o direito no âmbito jurídico-constitucional”¹¹ e “isso implica necessariamente aplicar a ideia da supremacia da Constituição”¹², além

⁸ Cfr. URBANO, Maria Benedita. *Curso de Justiça Constitucional*. 2ª Ed. Coimbra, Almedina, 2016. p. 16

⁹ *Ibidem*. p. 16

¹⁰ *Ibidem*. p. 16

¹¹ *Ibidem*. p. 16

¹² *Ibidem*. p. 16

de se ressaltar que “as questões jurídico-constitucionais são aquelas que decorrem das competências atribuídas pela Constituição ou pela lei ao juiz constitucional”¹³. Ocorre que, caso não sejam respeitadas esses ajustes teríamos uma imperfeição conceitual, já que a visão material se dirige ao objeto.

Já no que tange à classificação orgânica, o conceito se aproxima do que Alves Correia afirma ser a justiça constitucional. Esta corresponde à área que estuda “o conjunto dos órgãos, processos e técnicas de fiscalização jurisdicional da observância das regras e princípios constitucionais pelos órgãos detentores do poder normativo público.”¹⁴ Estamos a tratar, por conseguinte, da análise jurisdicional do cumprimento das regras e princípios da Constituição, a fim de garantir a supremacia desta. Ou ainda, como afirma Reyes, é “a totalidade da atividade judicial de aplicação da Constituição, seja ela realizada por tribunais especializados ou por tribunais ordinários, e seja ela praticada de maneira centrada ou difusa”¹⁵.

Importante esclarecer que a jurisdição constitucional, entendida de forma similar à justiça constitucional, não se limita ao controle de constitucionalidade¹⁶, sendo este apenas um dos componentes do objeto, que também congloba, por exemplo, questão de competência dos tribunais constitucionais.

É digno de nota que o conceito concebe uma denominação global, mesmo que o controle de constitucionalidade seja diferenciado por

¹³ *Ibidem*. p. 16

¹⁴ CORREIA, Fernando Alves. *Justiça Constitucional*. Coimbra, Almedina, 2016. ps. 19 e 20.

¹⁵ REYES, Manuel Aragón. *Estudios de Derecho Constitucional*. 2ª Ed. . Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madri, 2009. p. 237 e 238.

¹⁶ Cfr. URBANO, Maria Benedita. Ob. Cit. p. 14 e 15.

modelos como abstrato ou concreto, difuso ou concentrado, já que independentemente da adoção por determinado modelo estaremos diante do controle de constitucionalidade. E não só isso, pois como já exposto, este é apenas parte do estudo que congloba a jurisdição constitucional.

Apesar da discussão exposta, podemos pensar a jurisdição constitucional a partir de diversos ângulos e chegar a um ponto comum na sua conceituação. “Jurisdição” é resultante de “*juris*” e “*dicere*”, então numa tradução literal podemos afirmar que é o fenômeno de dizer o direito. Portanto, dizer o direito constitucional é a interpretação e a materialização da própria Constituição. É atender aos princípios elencados por ela.

A depender da Constituição de cada Estado os modelos podem variar, mas se é um Estado de Direito será através do acesso à justiça, e do acesso à justiça constitucional que se concretizarão os direitos nela previstos. Neste sentido, afirma Alves Correia acerca do efeito conformador da jurisdição constitucional, sendo este “decorrente da atividade interpretativo-concretizadora das normas da Constituição”¹⁷. Ainda anote-se que a jurisdição constitucional se trata “de uma atividade diversificada, desde logo, porque cada ordenamento jurídico define quais as competências a serem exercidas pelos órgãos da jurisdição constitucional.”¹⁸

A jurisdição constitucional tem o condão de exercer o controle de constitucionalidade, analisar as controvérsias entre órgãos dos poderes, examinar a constitucionalidade das leis e atos normativos primários, garantir os direitos fundamentais, em suma, aplicar o texto

¹⁷ CORREIA, Fernando Alves. Ob. Cit. p. 27

¹⁸ PEREIRA, Ravi Afonso. *Interpretação Constitucional e Justiça Constitucional in “ 35º Aniversário da Constituição de 1976 – Vol. 2.* Coimbra Editora, Coimbra. 2012. p.43 e 44

constitucional. E ainda “à jurisdição constitucional competirá garantir o cumprimento efectivo da Constituição”¹⁹

Superada esta distinção conceitual a nível técnico e doutrinário, passamos a avaliar outro ponto de vital importância, qual seja o princípio da separação de Poderes.

2. DO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DE PODERES

A temática da separação de poderes apesar de tão central e fundamental ao direito constitucional não se apresenta temporalmente recente, isto porque já era pensada desde a Grécia Antiga, quando Aristóteles escrevia. É claro que nesta concepção ainda não havia nada sistêmico como em Montesquieu, por exemplo, todavia manifesta um embrião quanto ao pensamento da matéria.

É importante destacar esta referência histórica a fim de demonstrar que há mais de dois milênios já se voltava a refletir sobre esta questão, que hoje é tão cara ao direito e consagrada no Estado de Direito.

É que Aristóteles já pensava sobre uma separação tripartídica, que na visão do autor se fundamenta na medida em que as três partes do governo quando bem forjadas constituiria o governo ideal.²⁰

Ora, mas a separação de poderes não necessariamente nos remete a noção concebida pelos exemplos ao longo da história de tripartição de poderes. Um não é consequência do outro.

E para fazermos tais considerações, a nível didático nos deteremos à evolução histórica dessas concepções bem como à inserção deste princípio no Estado de Direito.

¹⁹ *Ibidem*, p. 44

²⁰ Cfr. ARISTÓTELES. *A Política*. Hemus Editora. São Paulo. 1966. p. 233

E desde já se esclareça que à rigor deve-se referir a funções típicas de Estado, pois o poder é uno e indivisível, além de ser emanado pelo povo. Nessa perspectiva afirma Gomes Canotilho “quando, apesar da rejeição do conceito no texto constitucional, se utiliza a fórmula poderes do Estado, pretende-se significar os complexos orgânicos do sistema do poder político dotados de funções ditas supremas”²¹. É que, como dito, são partes, funções de um todo, o exercício de competências de um poder que é uno e indivisível. Ainda destaca junto ao professor Vital Moreira que “não se trata de dividir o poder soberano, cujo titular é apenas o povo (art. 3º, 1, CRP) mas da separação das funções do Estado e de sua ordenação e distribuição por vários órgãos de soberania”²².

Não à toa este princípio ser considerado fundamental é que a doutrina o alça a condição de princípio constitucionalmente estruturante.²³

2.1 ORIGEM E EVOLUÇÃO

Já se salientou que houve reflexões desde a época clássica e antes de Cristo no que concerne a divisão de poderes, tendo ao longo da história da humanidade diversos pensadores que registraram seu contributo na formulação de teorias acerca da separação de poderes culminando no que vivemos hoje.

Como exposto de forma simplificada acima, em Aristóteles temos um pensamento tripartidíco do Poder do Estado em três partes, especificamente: a deliberativa acerca dos assuntos públicos, uma

²¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª edição. Coimbra, Almedina, 2003. p. 543

²² CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa: anotada – Volume 2*. 4ª Edição. Coimbra Editora, Coimbra, 2014. p. 45

²³ Neste Sentido, J. J. Gomes Canotilho. Ob. Cit. p. 1185

magistratura, de forma executiva, e a administração da justiça. Reitere-se que este pensamento é um embrião do que viríamos a ter postumamente.

É neste sentido que podemos afirmar que a origem do desenvolvimento da doutrina da separação dos poderes teve por base o pensamento aristotélico, e na linha da boa doutrina sustentar que neste momento se tem “apenas uma ideia que virá a andar associada à doutrina da separação dos poderes, numa fase já adiantada da sua evolução”.²⁴ Ou ainda veicular que “a sua análise é mais matizada e mais subtil do que a de Montesquieu no século XVIII”²⁵, no entanto não logrou muito sucesso porque temporalmente foi sucedida por Roma e a Idade Média, que adotaram regimes políticos que concentravam os três poderes nas mesmas mãos.²⁶

Outro marco significativo para enriquecimento e desenvolvimento da doutrina em análise foi o rompimento com o Estado absolutista, preconizado por John Locke e a *rule of law*. Contudo, é necessário dizer que doutrinariamente há divergência acerca da autoria dessa doutrina²⁷. Há quem entenda por imputar a Montesquieu a autoria exclusiva e perceber em Locke um mero precursor, mas também há quem opte por seguir a linha de não ver nenhum traço da separação de poderes na obra do autor, e sim uma distinção das funções de estado.²⁸ No entanto, esta

²⁴ PIÇARRA, Nuno. *A Separação dos Poderes como Doutrina e Princípio Constitucional*. Coimbra Editora. Coimbra. 1989. p. 36

²⁵ GILISSEN, John. *Introdução Histórica ao Direito*. 8ª Edição. Fundação Calouste Gulbenkian. Lisboa. 2016. p.77

²⁶ Cfr. *Ibidem*. p. 77

²⁷ Cfr. PIÇARRA, Nuno. Ob. Cit. p. 63

²⁸ Cfr. PIÇARRA, Nuno. Ob. Cit. p. 63

polêmica discussão não é o objeto do presente estudo, razão pela qual não se tenderá a tecer novas considerações.²⁹

Superada a polêmica apresentada, fato é que, mesmo que não se coadune na tese de que há organicidade no pensamento lockiano acerca da separação de poderes, alguns traços podem ser extraídos.

Neste diapasão, e com respaldo da história, o Parlamento inglês saiu vitorioso na Revolução Gloriosa de 1689, contudo o rei ainda detinha poder junto aos lordes. No pensamento deste autor, fundamentado no Contrato Social, depreendemos que a premissa inicial é baseada no estado em que os homens se encontram antes de celebrar o contrato, denominado por “estado de natureza”, que se traduz num estado no qual a liberdade é incondicional.³⁰ O que corresponderia a um eventual estado de selvageria na medida em que cada homem é capaz de realizar o que bem entender.

É então dizer que, para impedir que se tenham violações dos direitos alheios se formará o pacto, com intuito de constituir uma comunidade e compor um corpo político.³¹ E nesse contrato, a intenção era romper com o absolutismo e impor um Estado de Direito.

Imperioso destacar ainda nesta concepção, que apesar de não ser muito inovador, a obra do autor inglês se destaca pelo “facto de ter desenvolvido e fundamentado coerentemente, a partir de premissas políticas, uma ideia já implicada na versão da *rule of law* da doutrina da separação de poderes: a supremacia da função legislativa”³². O ato de dar

²⁹ Sobre o assunto ver Robert Shackleton, *Montesquieu, Bolingbroke and the Separation of Powers in "French Studies"*, 3, 1949

³⁰ Cfr. LOCKE, John. *Dois Tratados sobre o Governo*. Martins Fontes. São Paulo. 1998. p. 382

³¹ Cfr. *Ibidem*. p. 393

³² PIÇARRA, Nuno. Ob. Cit. p.74

primazia à função legislativa se destaca pela regência de leis que permitam respeitar o direito alheio a fim de evitar o “estado de natureza”. A ideia nesta oportunidade era fundamentar o poder legislativo, inclusive ao ponto deste estar em desequilíbrio com os demais, restando superior.

Vários são os teóricos que pensam a disciplina, mas foi em Montesquieu que ganhou a relevância, devido a organicidade e sistemática formuladas por ele. A ideia da tripartição tão consagrada em legislativo, executivo e judicial é fundamentada neste teórico, pois “tradicionalmente, a distinção era entre função legislativa e função executiva.”³³ Daí adicionar a função judicial, que já se tinha conhecimento no modelo inglês, para sistematizar sua doutrina.

A distinção central para Locke se dá em não conceber um poder de prerrogativa, pois uma função não poderia ter dupla natureza. Eis que no pensamento do autor inglês haveria uma subordinação dos poderes para com o legislativo. Neste sentido, a doutrina da separação de poderes que percebemos em John Locke está “ao serviço da supremacia do legislador no interior do Estado”.³⁴ É categórica a afirmação do pensador inglês no que concerne a necessidade de subordinação³⁵, ao ponto de que “só pode haver um único poder supremo, o poder legislativo, ao qual todos os outros estão, e têm de estar subordinados”³⁶.

Apesar da separação entre poder legislativo e poder judicial, este não possuía autonomia, sendo mero aplicador literal da lei, de modo que no pensamento do autor francês: “os juízes da nação são apenas a boca

³³ PIÇARRA, Nuno. Ob. Cit. p. 91

³⁴ PIÇARRA, Nuno. Ob. Cit. p.78

³⁵ Cfr. LOCKE, John. *Dois Tratados do Governo Civil*. Edições 70, Textos Filosóficos. Lisboa. 2006. Capítulo XIII, § 149. p.331

³⁶ LOCKE, John. *Dois Tratados do Governo Civil*. Edições 70, Textos Filosóficos. Lisboa. 2006. Capítulo XIII, § 149. p.331

que pronuncia as palavras da lei, seres inanimados que lhe não podem moderar a força nem o rigor”³⁷. Essa visão, se assemelha com a de Locke, na medida em que também há preocupação com uma formulação de um conceito institucional de lei, qual seja, “é a razão humana, governando todos os povos da terra e as leis políticas e civis de cada nação não devem ser senão os casos particulares a que se aplica esta razão humana”³⁸.

O fundamental é destacar que Montesquieu entendia o modelo da tripartição como o ideal para se atingir a liberdade, visto que se as funções fossem reunidas na mesma pessoa ou grupo não haveria liberdade, e deste modo a finalidade não seria atingida.³⁹

Já na declaração da Virgínia em 1776, constou previsão expressa do parágrafo 5º: “que os poderes executivo e legislativo do Estado deverão ser separados e distintos do judiciário.”⁴⁰

E como afirma Gomes Canotilho:

“Além disso, mais do que separação, do que verdadeiramente se tratava era de combinação de poderes: os juízes eram apenas a boca que pronuncia as palavras da lei”⁴¹

Num sequente estágio de evolução da doutrina nos deparamos com o sistema de freios e contrapesos, que pode se expressar pelo equilíbrio dos poderes, com previsões de limites internos disciplinados na própria Constituição, uma fiscalização recíproca entre eles.⁴² Neste sentido,

³⁷ MONTESQUIEU, Charles. *Do Espírito das Leis*. Martin Claret. São Paulo. 2010. p. 175

³⁸ *Ibidem*. p. 26

³⁹ Cfr. DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. 26ª edição. Editora Saraiva. 2007. p.216

⁴⁰ Cfr. DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. 26ª edição. Editora Saraiva. 2007. p. 20

⁴¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Ob. Cit. p. 115

⁴² Cfr. PIÇARRA, Nuno, Ob. Cit. p. 79

podemos afirmar que “hoje, o princípio não configura mais aquela rigidez de outrora”⁴³, uma vez que a dinâmica das atividades estatais se tornaram complexas, e ainda, “a ampliação das atividades do Estado contemporâneo impõe nova visão da teoria da separação dos poderes e novas fórmulas de relacionamento entre os órgãos legislativo e executivo e destes com o judiciário.”⁴⁴

Este é um problema que impregnou e ainda persiste atualmente em diversos ordenamentos jurídicos e tem nítida relação com o ativismo judicial, como se verá notadamente adiante.

Há muito já se utilizavam instrumentos limitadores, tais como o *impeachment* encarado como “o expediente jurídico constitucional de que o Parlamento dispõe para efeitos do controlo dos actos (em princípio executivos) dos ministros do Rei”.⁴⁵ Assim como o veto, que também se destaca já em épocas mais remotas, podendo vir a impedir a entrada de determinado ato legislativo no ordenamento.

Assim, podemos afirmar sem qualquer dúvida que na concepção de Estado Liberal desde Locke a figura central era o poder legislativo. E ao passo em que há um alargamento das prestações estatais e uma evolução no papel do poder executivo, este passa a ser a figura principal diante dos três clássicos poderes, ou melhor, das três funções típicas de Estado. Todavia, presenciamos um momento de supremacia do Estado Constitucional, no qual o poder judiciário detém a prerrogativa de dizer o direito, ganhando, desta forma, a preponderância.

⁴³ SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 35ª edição. Malheiros Editora. São Paulo. 2012. p. 109

⁴⁴ *Ibidem*. p. 109

⁴⁵ PIÇARRA, Nuno. Ob. Cit. p. 82

Portanto, o equilíbrio tão suscitado e almejado na teoria da disciplina, infelizmente, por ordens práticas não foi alcançado. E daí, florescem atualmente problemas ligados a atuação do poder judiciário, como será abordado no momento específico. Por ora, nos basta analisar a inserção deste princípio no Estado Democrático de Direito.

2.2 INSERÇÃO NA ÓTICA DO ESTADO DE DIREITO A PARTIR DO CONCEITO DE CONSTITUIÇÃO

Após a consagração dos Estados Constitucionais de Direito e a elevação da Constituição como norma suprema dos ordenamentos jurídicos, e por conseguinte “parâmetro de validade de todos os atos do poder público”⁴⁶, não há como se pensar um Estado democrático de Direito sem necessariamente adotar o princípio da separação de poderes.

Afinal, um Estado Democrático de Direito é “uma ordem de domínio legitimada pelo povo (...) O princípio da soberania popular é, pois, uma das traves mestras do Estado Constitucional. O poder política deriva do poder dos cidadãos”⁴⁷.

E ainda, há de se referir que o princípio do estado de direito congloba duas ideias ordenadoras, sendo a ordenação subjetiva caracterizada pela garantia de direitos fundamentais aos indivíduos que passam a ter status jurídico, e a segunda, ordenação objetiva “assente no princípio da constitucionalidade, que, por sua vez, acolhe como princípio objetivamente estruturante o princípio da divisão de poderes”⁴⁸.

É adotarmos a concepção de que um poder está constantemente a fiscalizar o outro para evitar abuso e concentração, de modo a cumprir

⁴⁶ CORREIA, Fernando Alves. Ob. Cit. p. 23

⁴⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Ob. Cit. p. 98

⁴⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Ob. Cit. p. 250

os mandamentos emanados das Constituições que delimitam as competências de cada função típica do Estado.

Este princípio tanto na ordem constitucional portuguesa quanto nas demais é considerado, como já referido, princípio constitucional estruturante, quer dizer, “constitutivos e indicativos de ideias diretivas básicas de toda a ordem constitucional”.⁴⁹

É válido considerar ainda, quanto ao caractere fundamental de princípio estruturante, que não é uma disposição isolada e vazia, pelo contrário, estes princípios que são a base do Estado de Direito são materializados através de outros princípios ou subprincípios que os densificam, de forma a esclarecer e concretizar sua valoração jurídico-constitucional e político-constitucional, além de formar um sistema interno em comunhão.⁵⁰ Ainda podem ser materializados através de princípios constitucionais especiais, ou ainda por regras constitucionais.⁵¹

A inserção do princípio da separação de poderes não é uma faculdade para quem pretenda um Estado Democrático de Direito, pois sem a existência desse princípio não há como a democracia prevalecer. É que, de fato, estar-se-ia diante de um Estado que necessariamente teria concentração de poder em algum órgão, ou alguns órgãos. Traduz-se, portanto, numa imposição diante da sua faceta de estabilização entre as funções estatais. Ademais, falar em separação de poderes é necessariamente aludir à principiologia inerente a ela, especialmente ao princípio democrático e da soberania popular.

⁴⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Ob. Cit. p. 1173

⁵⁰ Cfr. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Ob. Cit. p. 1174

⁵¹ Cfr. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Ob. Cit. p. 1174

Tendo por certo o conceito de Constituição, anteriormente já analisado, regressemos a ele para entendermos a razão e a conexão que se estabelecem quanto ao princípio aqui em voga.

É a Constituição que institui os direitos fundamentais e organiza o Estado, mas principalmente limita o poder político. Nestes dois últimos, encontramos a adequação para a separação de poderes, pois apesar do poder ser uno e indivisível, se tem na organização das funções típicas do Estado, quais sejam: legislar, executar e julgar, a limitação e o controle que um detém sobre o outro. É o que a doutrina constitucional denomina de dimensões do princípio da separação de poderes. São duas estas dimensões, a dimensão negativa quando se pretende referir-se à divisão, controle e limite do poder; e a dimensão positiva, que tem sua conotação referente à ordenação e organização do Estado.⁵²

A Constituição da República Portuguesa adota de forma e expressa a separação e interdependência de poderes no artigo 111º, de forma a ter a ordenação de funções pelo regime de repartição de competências entre órgãos do Estado.⁵³ E dessa forma se alcança o objetivo almejado pelo Estado Constitucional, já que “através da criação de uma estrutura constitucional com funções, competências e legitimação de órgãos, claramente fixada, obtém-se um controlo recíproco do poder (*checks and balance*)”.⁵⁴

De forma a referenciar outro Estado, tenhamos em pensamento a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, que em seu

⁵² Cfr. CANOTILHO. José Joaquim Gomes. Ob. Cit. p. 250

⁵³ Cfr. CANOTILHO. José Joaquim Gomes. Ob. Cit. p. 251

⁵⁴ CANOTILHO. José Joaquim Gomes. Ob. Cit. p. 251

artigo 2º tem previsão semelhante⁵⁵, adotando, contudo, terminologia diversa.

Este entendimento acerca da ordenação funcional tem relação direta, com o controle de cada função, mas também com cooperação de funções.⁵⁶ Ou ainda, a fim de ressaltar o *status* apresentado, “hoje se fala em colaboração de poderes, que é a característica do parlamentarismo (...) enquanto, no presidencialismo, desenvolveram-se as técnicas de independência orgânica e harmonia dos poderes”⁵⁷

Ponto que merece relevante destaque é que apesar de denominarmos funções típicas de Estado, todas exercem funções atípicas, de modo que o legislativo pode julgar, o executivo pode legislar e o judiciário pode executar/ legislar. Todavia, isto não implica dizer que estamos diante de violação ao princípio da separação de poderes. Desde que haja compatibilidade com a função típica, não há qualquer violação constitucional.

É fundamental esclarecer que a separação de poderes é um dogma constitucional dado a necessidade de se limitar o poder, uma das funções primordiais da Constituição⁵⁸, e é neste sentido que se afirma a inexistência de um sistema democrático sem a devida limitação do poder, e, conseqüentemente, sem a existência do princípio estruturante ora analisado.

Isso se verifica para além da concepção teórica que pretendemos aqui sustentar, tendo sido referido historicamente na Declaração dos

⁵⁵ “Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário. ”

⁵⁶ Cfr. PIÇARRA, Nuno. Ob. Cit. p. 262

⁵⁷ SILVA, José Afonso. Ob. Cit. p. 109

⁵⁸ Cfr. DALLARI, Dalmo de Abreu. Ob. Cit. p. 219

Direitos do Homem e do Cidadão, de modo que há de forma expressa previsão neste sentido, no artigo 16.⁵⁹ Eis que: “Toda sociedade na qual a garantia dos direitos não está assegurada, nem a separação dos poderes determinada, não tem Constituição.”⁶⁰

É elementar ao trabalharmos com a definição de separação de poderes refletirmos sobre todas as suas consequências na ordem constitucional, quer dizer, seus efeitos diretos e imediatos. Com relação a este ponto, anotam Gomes Canotilho e Vital Moreira a acentuação da divisão das funções políticas, de modo que o princípio distribui o poder político entre diversos órgãos de soberania, neutralizando a centralização do poder.⁶¹ E simultaneamente contribui para a acentuação da diferenciação funcional, podendo ser observadas três situações que a definem. Nesta linha de raciocínio, evidenciam a diferenciação funcional, a estruturação organizatória e a separação pessoal.⁶²

Enquanto na primeira o destaque se dá para a individualização de cada função, ou seja, a delimitação de cada poder; a segunda corresponde à separação dos órgãos de soberania, com as devidas competências de cada qual de previsão constitucional; já o terceiro momento se enquadra nas incompatibilidades de modo a se prevenir e impedir a concentração dos órgãos de soberania.⁶³

Resulta, por todo o exposto e em análise, deste princípio fundamental a delimitação da teoria do núcleo essencial, que disciplina as competências atreladas a cada órgão de soberania previsto na

⁵⁹ Cfr. DALLARI, Dalmo de Abreu. Ob. Cit. p. 220

⁶⁰ Artigo XVI da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789.

⁶¹ Cfr. CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. Ob. Cit. Vol. 2. p. 45

⁶² Cfr. CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. Ob. Cit. Vol. 2. p. 45

⁶³ Cfr. CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. Ob. Cit. Vol. 2. p. 45

Constituição de modo que “a nenhum órgão de soberania podem ser reconhecidas funções das quais resulte o esvaziamento das funções materiais específicas e principalmente atribuídas a outro órgão.”⁶⁴ Por conseguinte, não pode haver qualquer intromissão indevida nas funções de outros órgãos.

3. DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL COMO O MEIO DE EQUILÍBRIO

É fato que já começamos a descrever a jurisdição constitucional em momento anterior, e isso, para podermos chegar a este tópico e explorar nosso objeto propriamente dito, a jurisdição constitucional como meio para se tutelar e garantir o princípio constitucional estruturante da separação de poderes.

A depender da Constituição de cada Estado, temos concepções de modelos de justiça constitucional diversos. No caso da República Portuguesa, compete ao Tribunal Constitucional garantir que seja observada a separação vertical de poderes disciplinada nos termos do artigo 6º, número 1, da Constituição da República Portuguesa.⁶⁵ Cabe, nesta oportunidade, a delimitação do que seja conceitualmente a separação vertical de poderes, pois embora demonstremos com o artigo 6º da Lei Fundamental portuguesa, doutrinariamente podemos denominar por “repartição vertical”, e esta “visa a delimitação das competências e as relações de controle segundo critérios fundamentalmente territoriais”⁶⁷, quer dizer, as competências são ordenadas de acordo com as

⁶⁴ Cfr. CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. Ob. Cit. Vol. 2. p. 46

⁶⁵ Cfr. CORREIA, Fernando Alves. Ob. Cit. p. 360

⁶⁶ Artigo 6º (Estado Unitário) 1. O Estado é unitário e respeita na sua organização e funcionamento o regime autonómico e insular e os princípios da subsidiariedade, da autonomia das autarquias locais e da descentralização democrática da Administração Pública

⁶⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Ob. Cit. p. 556

figuras territoriais que a Constituição disciplina. No caso de Portugal, a ver o Estado Central, as regiões autônomas e as regiões locais. Caso estivéssemos diante de um Estado federal, a distinção seria perante os entes federativos, nomeadamente a União, os Estados, o Distrito Federal, municípios, e eventuais territórios do Estado.

Em Portugal o equilíbrio dos poderes é garantido pelo Tribunal Constitucional, órgão máxime da jurisdição constitucional do país, tendo por irrecorríveis e definitivas suas decisões. Nesse país a estabilidade é exclusivamente solucionada através do controle de constitucionalidade, que se insere na problemática da justiça constitucional.⁶⁸

Neste sentido, podemos afirmar na linha de Alves Correia que “ao resolver as divergências ou conflitos entre entidades e órgãos políticos acerca do âmbito dos respectivos poderes e atribuições, o Tribunal Constitucional assume-se como garante” da preservação do princípio da separação de poderes. Esta hipótese é qualificada pela doutrina por separação horizontal de poderes, consistindo na delimitação de competências perante as funções, designadamente legislação, execução e jurisdição.⁶⁹

A fundamentalidade desse princípio nos Estados Constitucionais é tão significativa que em última instância quem decidirá sobre qualquer controvérsia que a envolva será o Tribunal Constitucional do país.⁷⁰ Caráter também ressaltado por Gomes Canotilho, quando versa sobre a inserção do princípio de forma expressa na Revisão Constitucional de

⁶⁸ CORREIA, Fernando Alves. Ob. Cit. p. 359

⁶⁹ Cfr. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Ob. Cit. p. 556

⁷⁰ Cfr. CORREIA, Fernando Alves. Ob. Cit. p. 360

1997 alocando-o em sede de princípios fundamentais.⁷¹ E ainda pode ser encontrado na doutrina quem o enquadre como “a pedra de toque do constitucionalismo moderno”.⁷²

Como é a Constituição quem disciplina a organização dos poderes e atribui suas competências, qualquer invasão indevida deverá ser analisada. E o mecanismo para essa análise é via jurisdição constitucional, remeter ao poder judiciário em Estados que adotem o modelo difuso de controle de constitucionalidade, ou diretamente ao Tribunal Constitucional nos Estados que optem pelo modelo concentrado de controle de constitucionalidade.

Quanto ao poder legislativo, este além de observar suas competências expressas na Constituição deve ter em consideração que não pode legislar sobre o que bem entender, devendo guardar os valores e direitos assegurados na Constituição. Na mesma linha, se aplica a Administração Pública, uma vez que não pode editar atos de acordo com sua discricionariedade, devendo, pois, guardar estreita relação com o princípio da legalidade, salvo os casos em que expressamente a lei conferir discricionariedade. O poder judiciário não está imune a limites, já que a observância de fundamentação nas decisões é exigida constitucionalmente, assim como deve respeito ao devido processo legal.

Como se vê, todos os poderes possuem limites e a explanação acima se baseia de forma exemplificativa, importando saber que qualquer violação aos limites impostos, caberá análise jurisdicional.

⁷¹Cfr. CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa: anotada* – Volume 1. 4ª Edição portuguesa revista (1ª Edição brasileira). Coimbra Editora e Editora Revista dos Tribunais, Coimbra, 2007. p. 208

⁷²URBANO, Maria Benedita. Ob. Cit. p. 21

Questão central a ser analisada é o equilíbrio, o sistema de freios e contrapesos, ou ainda o já referido “*checks and balance*”, que dizem respeito ao controle interdependente entre os órgãos do poder. Porque se tivermos um desequilíbrio não apenas a harmonização estará em risco, podendo significar também uma sobrerrepresentação, ou ainda “risco de manipulação unilateral da opinião pública e, desta forma, uma grave ameaça para a democracia”⁷³. Nos termos da doutrina do sistema de freios e contrapesos, podem ser praticados dois tipos de atos pelos poderes: atos gerais e atos especiais. Enquanto os atos gerais dizem respeito aos atos do poder legislativo que atua de forma geral e abstrata não interferindo diretamente no cotidiano dos indivíduos, os atos especiais cabem ao poder executivo que após aprovada a norma pelo poder legislativo utilizará de meios concretos para implementar e atuar, estando de igual forma desautorizado de efetuar uma atuação discricionária, já que seus atos estão limitados pelos atos gerais do poder legislativo.⁷⁴

Merecedores de especial atenção são os mecanismos internos previstos nas próprias Constituições, que desde muito tempo se prolongam, no intuito de proporcionar a tão desejada harmonia entre os poderes, tendo por exemplo a hipotética situação: se o legislativo aprova um projeto, cabe ao presidente da república vetá-lo. O instituto do veto nos remonta ao tempo de Locke, como visto, e até hoje permanece assente nos regimes constitucionais. Assim como a Assembleia Nacional, ou Congresso Nacional, pode derrubar o veto por maioria qualificada. Estas influências são sadias aos ordenamentos, e não se inserem no rol das

⁷³ ZIPPELLIUS, Reinhold. *Teoria Geral do Estado*. 3ª edição. Fundação Calouste Gulbenkian. Lisboa. 1997. p. 404

⁷⁴DALLARI, Dalmo de Abreu. *Ob. Cit.* p. 220 e 221

interferências indevidas, dado que não estamos perante usurpação de poder, mas de interdependência entre eles.

A jurisdição constitucional, portanto, será o mecanismo a ser utilizado quando o poder legislativo ou o poder executivo cometerem excessos. Em outras palavras, é a via jurisdicional pela qual se retornará ao estado de harmonia entre os poderes. É o remédio das exacerbações das competências de um poder.

O órgão jurisdicional, por conseguinte, tem a função de manutenção do equilíbrio, manter o *status quo* da estabilidade exigida pela Lei Maior. Qualquer excesso que não seja compatível com as competências estabelecidas na Constituição, e que sejam invasivas a outra função típica do poder, merece e deve ser combatido. E para tanto devemos recorrer a jurisdição constitucional.

Logo, a árdua tarefa de tutelar os ditames constitucionais seja quanto aos direitos fundamentais, ou quanto aos princípios estruturantes, e neles a separação de poderes, cabe justamente à jurisdição constitucional.

O poder judiciário, ou o Tribunal Constitucional, deve ter muito cuidado e cautela ao julgar conflitos entre órgãos dos poderes do Estado, pois corre sérios riscos de invasão das competências de outros órgãos. Eis a hipótese que nos remete àquela máxima já referida anteriormente: quem controla o controlador.

Daí, não obstante guardar tamanha importância e valor ao direito constitucional, ser também suscetível de razoável fragilidade. Nessa linha, afirma Zippellius “nas democracias ocidentais, a divisão dos

poderes é considerada um princípio fundamental, mas não é concretizada rigorosamente de acordo com seu modelo de tipo ideal”.⁷⁵

O problema atual reside na atuação do poder judiciário, mais até do que no legislativo e executivo nacionais. É que se demonstra crescente cada vez mais o ativismo judicial, e principalmente a judicialização da política, com uma conseqüente interferência do poder judiciário em assuntos que dizem respeito aos demais poderes.

4. ANÁLISE COMPARATIVA ENTRE PORTUGAL E BRASIL: CASOS COMPLEXOS

A nossa pretensão é fazer um estudo de casos comparado, demonstrativos do exercício da jurisdição constitucional com relação a temática, em especial a casos gritantes de interferências que não coadunam com o princípio estruturante em voga.

A partir da concepção de um Estado Democrático de Direito, especialmente o Estado Constitucional, é de ressaltar que a apreciação da aplicação e interpretação da Constituição cabe ao poder judiciário, conferindo a este necessariamente uma relevância maior do que os outros.

É neste sentido que se pretende fazer a análise de competências, visto que havendo uma limitação expressa da Lei Maior, não é admissível a inovação aleatória de competências a cada função típica do poder. Em outras palavras, está a se dizer que é possível um alargamento de competências desde que compatíveis com a essência da função típica do Estado.

Nessa perspectiva afirma Canotilho que “a força normativa da Constituição é incompatível com a existência de competências não

⁷⁵ ZIPPELLIUS. Reinhold. *Ob. Cit.*, p. 416

escritas salvo nos casos de a própria Constituição autorizar o legislador a alargar o leque de competências normativo-constitucionalmente especificado”.⁷⁶ Em complemento ao exposto acima, refere ainda acerca da admissibilidade de “uma complementação de competências constitucionais através do manejo de instrumentos metódicos de interpretação (sobretudo de interpretação sistemática ou teleológica)”.⁷⁷

Esse pensamento é cabível no presente momento uma vez que no Estado de Direito haverá a análise judicial, que deve se ater necessariamente ao âmbito de sua função e obedecer necessariamente às competências previstas.

É que se percebe cada vez mais frequente Tribunais Constitucionais alargando suas competências.⁷⁸ E nesse tempo de preponderância do poder judiciário há o fenômeno recente do ativismo judicial, que pode ser visto como decorrência do amplo acesso à justiça. Nessa linha de pensamento, “o criativismo judicial é um fenômeno potenciado pela mudança do paradigma de Estado Constitucional”⁷⁹. A problemática se manifesta pela decisão de juízes sobre critérios políticos, especialmente na conceituação de judicialização da política, que, por sua vez, é um problema global.

Ocorre que o ativismo judicial não necessariamente deva ser considerado em sentido negativo, pois, com efeito, cabe ao juiz interpretar a lei e acima de tudo a Constituição. Não há questionamento com relação

⁷⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Ob. Cit. p. 549

⁷⁷ *Ibidem*. p. 549

⁷⁸ A esse propósito ver PINTO, Hélio Monteiro. Dissertação de Mestrado apresentada à Faculdade de Direito de Coimbra, orientada pelo Professor Doutor Fernando Alves Correia 2015. “*A expansão do Supremo Tribunal Federal através da Judicialização da Política e do Ativismo Judicial: Da Aplicação da Constituição à Assunção de Poderes Constituintes*”

⁷⁹ URBANO, Maria Benedita. “*Criação Judicial e ativismo judicial: as duas faces de uma mesma função?*” in “35º Aniversário da Constituição de 1976 – Vol. 2. Coimbra Editora. Coimbra, 2012. p. 19

a isso. A questão se verifica quando matérias políticas chegam ao judiciário, em especial aos Tribunais Constitucionais. É que daí resultariam duas opções: ou se manifestar sobre a temática política conferindo uma solução que o legislador, titular daquela competência, não se fez legislar, ou então adotar a autocontenção, optando pela deferência ao poder legislativo. Afirma Barroso que a autocontenção “é o oposto de ativismo judicial, conduta pela qual o judiciário procura reduzir sua interferência nas ações de outros poderes”⁸⁰.

Num regime ideal e em sintonia com o princípio da separação de poderes, por vezes a saída mais técnica seria a autocontenção. Contudo, não é isso que temos visto acontecer ultimamente.

Desde já cabe referir que isso (o ativismo judicial e a judicialização da política) é uma potencialidade do regime do Estado Constitucional, não necessariamente isso vai ocorrer, nem deve acontecer. Apenas estamos a referir algo que está sujeito de se operar. Isso é importante na medida em que salientamos que a jurisdição constitucional é a garantia da aplicação do texto da Lei Fundamental, e, nesta ocasião, poderia parecer que estamos nos contradizendo ao sustentar essa negatividade.

É tão simplesmente um olhar crítico sob um fenômeno que é suscetível de ocorrer num Estado Democrático de Direito, que tem no poder judiciário a interpretação das leis e da Constituição. Sem adotarmos técnicas de repetição, mas “o problema de saber quem controla os controladores só não se colocará àqueles que entendem que o direito criado pelos juízes constitucionais é perfeito”⁸¹.

⁸⁰ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 3ª ed. - 2ª tiragem: São Paulo. Saraiva, 2012. P. 7

⁸¹ URBANO, Maria Benedita. “*Criação Judicial e Ativismo Judicial*”, *ob. Cit.* p. 31

Neste momento nos cabe apresentar casos clássicos de sintonia com o princípio da separação de poderes, e situações de invasão de competências a fim de exemplificar a doutrina exposta, os preceitos teóricos envolvidos com aplicação na realidade tanto nos casos do Supremo Tribunal Federal, do Brasil, quanto do Tribunal Constitucional Português.

Por essa razão, se justifica apresentar o ideal de autocontenção do Tribunal Constitucional Português quando da análise do princípio da separação de poderes, e nesta oportunidade cabe referir julgado recente que pleiteava a inconstitucionalidade de norma trabalhista, artigo 564 número 2 do Código do Trabalho, que “concede a um ente administrativo, a ACT, em sede do processo de contraordenação, em cúmulo com a aplicação da coima, a competência para emitir uma “ordem de pagamento dos quantitativos em dívida ao trabalhador”⁸². O questionamento se deu em virtude de interposição de recurso de constitucionalidade por parte do Ministério Público, no qual alegava violação do princípio da separação de poderes. Contudo, adotando a concepção da teoria do núcleo essencial, já aqui apresentada, o Tribunal entendeu por se autoconter e não apreciar a matéria.

E por fim, neste caso se expressou a limitação de poderes diante da situação concreta do mesmo modo que ao ponderar acerca da possibilidade de existência de tal norma no ordenamento jurídico, concluiu positivamente. E por deferência a opção legislativa não atuou, conforme o trecho destacado:

“No entanto, pelas razões expostas, tal proteção, além de constitucionalmente justificada, também não é constitucionalmente proibida, correspondendo antes a uma solução possível concretizadora de

⁸² Acórdão nº 510 de 2016 do Tribunal Constitucional Português.

deveres de proteção, que o legislador democrático definiu no exercício da sua liberdade de conformação.” (Acórdão nº 510 de 2016 do Tribunal Constitucional Português)

Em outras circunstâncias, seja de Constituição, até mesmo de forma de Estado, cabe apresentar uma decisão que ilustra de forma exemplar a violação do princípio pela própria jurisdição. É o que decorre de uma decisão monocrática do ministro Marco Aurélio Mello, do Supremo Tribunal Federal brasileiro. Neste caso houve determinação expressa de ordem para que o presidente da câmara dos deputados, portanto, presidente de um órgão que compõe outro poder, instalasse uma comissão com intuito de apurar crime de responsabilidade do presidente da república. Ocorre que essa decisão só poderia ser tomada pelo próprio presidente da casa legislativa, por força das normas que regem o procedimento.

“Pleiteia o deferimento de medida acauteladora, com a paralisação do processo de impedimento instaurado contra a Presidente da República, a ele vinculado, por conexão e acervo probatório, o requerimento arquivado. No mérito, pretende a concessão da ordem para invalidar o ato do Presidente da Casa Legislativa, determinando-se o implemento de entendimento preliminar nos limites do que prevê o artigo 395 do Código de Processo Penal. (...) Não se está a emitir qualquer compreensão quanto à conduta do Vice-Presidente da República, revelada na edição dos decretos mencionados na petição inicial e no acervo probatório que a acompanha. No caso, a controvérsia envolve controle procedimental de atividade atípica do Poder Legislativo. Em síntese: consignado o atendimento das formalidades legais, cumpria dar seguimento à denúncia, compondo-se a Comissão Especial para a emissão de parecer “[...] sobre se a denúncia deve ser ou não julgada objeto de deliberação [...]” – artigo 20 da lei citada –, para, positiva a manifestação do Colegiado maior, do Plenário, não a arquivando – artigo 22 seguinte –, haver a sequência do processo de impedimento, elaborando a

Comissão, após as diligências cabíveis, novo parecer – parágrafos 2o e 3o do mencionado artigo 22 –, que, então, há de ser submetido ao Plenário para que decreta, ou não, a acusação, com os consecutórios próprios – decretando-a, remeter o processo ao Senado da República e, não o fazendo, arquivá-lo em definitivo.”⁸³ (Medida Cautelar Mandado de Segurança nº34.087)

Não obstante o esforço jurídico para sustentar tal decisão, o que se nota é que a matéria versa sobre atividade exclusiva do presidente da Câmara dos Deputados⁸⁴, sujeita a seu crivo, inclusive passível de recurso no próprio legislativo em caso de indeferimento, razão pela qual não merece qualquer subsistência a decisão supracitada, que por fim ordenou a instalação de uma comissão, como se do legislativo o ministro fosse:

“Defiro parcialmente a liminar para, afastando os efeitos do ato impugnado, determinar o seguimento da denúncia, vindo a desaguar na formação da Comissão Especial, a qual emitirá parecer, na forma dos artigos 20, cabeça, da Lei no 1.079/1950 e 218, § 5o, do Regimento Interno da Câmara dos Deputados.” (Medida Cautelar Mandado de Segurança nº 34.087)

⁸³ Medida Cautelar Mandado de Segurança nº 34.087. Supremo Tribunal Federal. Brasília.

⁸⁴ Interpretação do artigo 51, I, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, em consonância com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, vide Mandado de Segurança nº 33.558, Agravo Regimental, *in verbis*: “Denúncia contra a Presidente da República. Princípio da livre denunciabilidade popular (Lei 1.079/1950, art. 14). Imputação de crime de responsabilidade à chefe do Poder Executivo da União. Negativa de seguimento por parte do presidente da Câmara dos Deputados. Recurso do cidadão denunciante ao plenário dessa Casa Legislativa. Deliberação que deixa de admitir referida manifestação recursal. Impugnação mandamental a esse ato emanado do presidente da Câmara dos Deputados. Reconhecimento, na espécie, da competência originária do Supremo Tribunal Federal para o processo e o julgamento da causa mandamental. Precedentes. A questão do judicial review e o princípio da separação de poderes. Ato interna corporis e discussões de natureza regimental: apreciação vedada ao poder judiciário, por tratar-se de tema que deve ser resolvido na esfera de atuação do próprio Congresso Nacional ou das casas legislativas que o compõem. Parecer da Procuradoria-Geral da República pelo não provimento do agravo. Motivação per relationem. Legitimidade jurídico-constitucional dessa técnica de fundamentação.” Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/artigoBd.asp>. Acesso em 10 de dezembro de 2016.

Além do costume da Casa, nos termos do artigo 218, parágrafo 2º do Regimento Interno daquela casa legislativa.

Ou ainda, numa hipótese mais evidente quanto teórica, o controle prévio de constitucionalidade. É que tem-se em Portugal, por exemplo, previsão constitucional expressa da possibilidade de ser realizado perante o Tribunal Constitucional.⁸⁵ Porém o Supremo Tribunal Federal ampliou seu leque de competências, já que a Constituição é silente, não havendo previsão expressa no rol de competências do Tribunal, por entender cabível ao parlamentar pleitear o direito ao devido processo legislativo, passando a existir a possibilidade de Mandados de Segurança, ação mandamental que tutela direito líquido e certo.

Neste sentido, afirma Dimoulis que “no Brasil se pratica o controle judicial preventivo, pois o STF admite que membros do Congresso Nacional possam impugnar projetos de lei inconstitucionais mediante mandado de segurança”.⁸⁶

Esse entendimento é decorrente desde a Medida Cautelar no Mandado de Segurança 23.047, de relatoria do Ministro Sepúlveda Pertence, de seguinte ementa:

“EMENTA: I. Emenda constitucional: limitações materiais (“cláusulas pétreas”); controle jurisdicional preventivo(excepcionalidade); a proposta de reforma previdenciária (PEC 33-I), a forma federativa de Estado (CF, art. 60, § 1º) e os direitos adquiridos (CF, art. 60, § 4º, IV, c/c art. 5º, 36); alcance das cláusulas invocadas: razões do indeferimento da liminar. II. Mandado de segurança: pedido de liminar: possibilidade de sua submissão ao Plenário pelo relator, atendendo a relevância da matéria e a gravidade das consequências possíveis da decisão.”⁸⁷ (Medida Cautelar no Mandado de Segurança 23.047, Supremo Tribunal Federal)

⁸⁵ Artigo 223º, número 3, combinado com Artigo 11 da Lei 28 de 1982, Lei do Tribunal Constitucional alterada pela lei 13-A de 1988

⁸⁶ DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya. Ob. Cit. p. 77

⁸⁷ Medida Cautelar no Mandado de Segurança 23.047, Supremo Tribunal Federal. Brasília

Ainda é possível destacar outras decisões que caracterizam a Corte máxima brasileira como ativista e num caminho perigoso de judicialização da política. É que por entendimento criado pela própria Corte, não pode ocupar cargo da linha sucessória presidencial quem seja réu em determinadas ações. Nessa linha, decisão monocrática afastou o Presidente do Senado, e no Brasil também o Presidente do Congresso Nacional, de seu cargo. Após remeter à análise do plenário, contudo, reverteram a decisão. O entendimento majoritário da corte foi no sentido de não afastar imediatamente os substitutos do chefe do executivo. É o que se depreende da Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 402. *In verbis*:

“Mais do que isso, o que não havia antes veio a surgir: o hoje Presidente do Senado da República, senador Renan Calheiros, por oito votos a três, tornou-se réu, considerado o inquérito no 2.593. Mesmo diante da maioria absoluta já formada na arguição de descumprimento de preceito fundamental e réu, o Senador continua na cadeira de Presidente do Senado, ensejando manifestações de toda ordem, a comprometerem a segurança jurídica. (...) Urge providência, não para concluir o julgamento de fundo, atribuição do Plenário, mas para implementar medida acauteladora, forte nas premissas do voto que prolatei, nos cinco votos no mesmo sentido, ou seja, na maioria absoluta já formada, bem como no risco de continuar, na linha de substituição do Presidente da República, réu, assim qualificado por decisão do Supremo. 3. Defiro a liminar pleiteada. Faço-o para afastar não do exercício do mandato de Senador, outorgado pelo povo alagoano, mas do cargo de Presidente do Senado o senador Renan Calheiros.” (Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 402, Supremo Tribunal Federal)

A jurisdição constitucional, portanto, deve observar limites, sob pena de contrariar a Constituição e os princípios a que ela tem, por natureza, o condão de preservar. Não se deve levar para o caminho de

ativismo exacerbado decorrente de judicialização da política. Deve-se, no entanto, observar cautelosamente os preceitos constitucionais de modo a atender a autocontenção do poder judiciário em determinadas matérias.

Este caminho nebuloso poderia conduzir a uma crise institucional de grave repercussão, pois o judiciário ditando a política não é salutar em qualquer Estado, ainda mais numa democracia constitucional, regime no qual o Tribunal máximo da jurisdição constitucional teria o dever de proteger.

CONCLUSÃO

Na trajetória de analisar a jurisdição constitucional para estabelecermos que é nela que se centra a via para se tutelar o princípio da separação de poderes, e em última análise, os ditames constitucionais, tivemos que notar alguns aspectos relevantes, notadamente a evolução teórica que se sucedeu.

Daí, notadamente podermos avaliar a contextualização de cada momento histórico fundamental tão caro e oportuno ao princípio analisado.

Ainda não podemos deixar de concluir o grau elevado deste princípio para com a doutrina e com o direito constitucional em si, qual seja, de princípio estruturante. É dizer, por conseguinte, que organiza e estrutura o Estado, elementos primordiais da Constituição.

Esclarecemos o conceito de Constituição, como documento político jurídico que organiza o Estado, limita o poder político e institui os direitos fundamentais. Dentre as duas primeiras funções de uma Constituição se insere a perspectiva do princípio da divisão de poderes.

É fundamental destacar a unicidade e a indivisibilidade do poder, e que este é emanado do povo, com previsões para além da doutrina e teoria do estado, mas, com efeito, em diversas Constituições. Aludimos neste quesito a Constituição da República Portuguesa e a Constituição da República Federativa do Brasil.

Não podemos nos olvidar da qualificação do Estado Democrático de Direito, especialmente o Estado Constitucional, pois é neste modelo que o princípio ganha máximo destaque já que influi diretamente na limitação do poder político.

É, portanto, com a consagração da Constituição como parâmetro de validade para o ordenamento jurídico que se nota a importância de cada função típica do Estado obedecer suas competências sem exacerbá-las. O respeito à limitação do poder se traduz no fiel cumprimento da Lei Fundamental.

O Estado Constitucional se firma pela divisão de poderes, de forma a distribuir o poder político, já que é assim que se garantem os demais princípios estruturantes da Constituição. Em resumo, o Estado Democrático de Direito se fundamenta na divisão de funções porque sem esta estaríamos a retornar aos tempos de ditaduras, do absolutismo, onde a concentração do poder viola a democracia em si.

Vimos, portanto, que não pode haver concentração de poderes em um órgão sob pena de se perder o Estado de Direito. E neste sentido avançou a interpretação e doutrina sobre este princípio.

E nas eventuais hipóteses de desrespeito ao fundamento da repartição do poder, caberá ao poder judiciário a apreciação da disciplina de maneira a atuar como órgão de jurisdição constitucional. É nessa perspectiva que se afirma que cabe a jurisdição constitucional tutelar, ser a

via de proteção da Constituição, e nesse caso, do princípio da separação de poderes.

Observou-se o mecanismo de freios e contrapesos subjacente a divisão das funções para tentar conferir um equilíbrio constitucionalmente previsto, mas que na prática dos séculos tal equilíbrio, de fato, nunca existiu.

E pudemos, por fim, observar a análise crítica que apesar da jurisdição constitucional ser a concretização dos preceitos constitucionais, e nesse mérito ser, de fato, o meio a se equilibrar os poderes, o poder de interpretar e aplicar o direito e a Constituição conferido ao judiciário na tripartição de poderes, o dá uma primazia no Estado Constitucional, de modo que remetemos à velha máxima já referida de quem controla os controladores.

O cuidado com os assuntos judicializados, nomeadamente os políticos, é essencial e nessa oportunidade se destaca o fenômeno do ativismo judicial em contraposição a autocontenção judiciária.

É afirmar, então, que uma decisão ou conduta deferente a outro poder, de modo que seja possível não intervir desnecessariamente, mesmo com a devida análise do mérito, é o caminho constitucionalmente mais adequado, haja vista as consequências de decisões invasivas. Correríamos o risco de sermos conduzidos à uma crise institucional, pois seria a ditadura do judiciário, por assim dizer.

Logo, pudemos perceber a importância deste princípio e o porquê está inserido na ótica constitucional, bem como também resultou a conexão entre a separação de poderes e a jurisdição constitucional. Neste sentido, cumprimos os objetivos primordiais do presente trabalho, destacando a necessidade de retomar a discussão que o circunscreve.

Portanto, para haver democracia, e Estado Democrático de Direito é condição *sine qua non* que se preze e respeite o princípio da separação de poderes, pois não à toa é denominado estruturante.

REFERÊNCIAS

ARISTÓTELES. *A Política*. Hemus Editora. São Paulo. 1966

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 3ª ed. - 2ª tiragem: São Paulo. Saraiva, 2012.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital:

-*Constituição da República Portuguesa: anotada* – Volume 1. 4ª Edição portuguesa revista (1ª Edição brasileira). Coimbra Editora e Editora Revista dos Tribunais, Coimbra, Coimbra Editora. 2007.

-*Constituição da República Portuguesa: anotada* – Volume 2. 4ª Edição., Coimbra, Coimbra Editora. 2014.

CORREIA, Fernando Alves. *Justiça Constitucional*. Almedina, Coimbra, 2016.

CORWIN, Edward Samuel, *The Constitution and what it means Today*, 14ª edição, Princeton, Princeton University Press, 1978.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. 26ª edição. Editora Saraiva. 2007.

DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya. *Curso de Processo Constitucional*. 3ª Edição. São Paulo, Atlas, 2014.

GILISSEN, John. *Introdução Histórica ao Direito*. 8ª Edição. Fundação Calouste Gulbenkian. Lisboa. 2016.

HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Porto Alegre, Brasil, Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

- LOCKE, John. *Dois Tratados sobre o Governo*. Martins Fontes. São Paulo. 1998
- LOCKE, John. *Dois Tratados do Governo Civil*. Edições 70, Textos Filosóficos. Lisboa. 2006
- MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 6ª Edição. São Paulo. Saraiva. 2011
- MONTESQUIEU, Charles. *Do Espírito das Leis*. Martin Claret. São Paulo. 2010
- PEREIRA, Ravi Afonso. *Intepretação Constitucional e Justiça Constitucional in “35º Aniversário da Constituição de 1976” – Vol. 2*. Coimbra Editora, Coimbra. 2012.
- PIÇARRA, Nuno. *A Separação dos Poderes como Doutrina e Princípio Constitucional*. Coimbra Editora. Coimbra. 1989.
- PINTO, Hélio Monteiro. *Dissertação de Mestrado apresentada à Faculdade de Direito de Coimbra, orientada pelo Professor Doutor Fernando Alves Correia 2015. “A expansão do Supremo Tribunal Federal através da Judicialização da Política e do Ativismo Judicial: Da Aplicação da Constituição à Assunção de Poderes Constituintes.”*
- REYES, Manuel Aragón. *Estudios de Derecho Constitucional*. 2ª Ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madri. 2009.
- SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 35ª edição. Malheiros Editora. São Paulo. 2012.
- URBANO, Maria Benedita:
- *Curso de Justiça Constitucional*. 2ª Ed. Coimbra, Almedina, 2016.
 - “*Criação Judicial e activismo judicial: as duas faces de uma mesma função ?*” in “35º Aniversário da Constituição de 1976” – Vol. 2. Coimbra Editora, Coimbra, 2012.
- ZIPPELIUS, Reinhold. *Teoria Geral do Estado*. 3ª edição. Fundação Calouste Gulbenkian. Lisboa. 1997

JURISPRUDÊNCIA

Acórdão do Tribunal Constitucional de Portugal:

- <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20160510.html>. Acesso em 20 de dezembro de 2016.

Acórdãos do Supremo Tribunal Federal do Brasil: - Mandado de Segurança nº33558, Agravo Regimental. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/artigoBd.asp>. Acesso em 10 de dezembro de 2016.

- Mandado de Segurança nº 34.087, Medida Cautelar. Disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/34087MMA.pdf>. Acesso em 11 de dezembro de 2016
- Mandado de Segurança nº 23.047, Medida Cautelar. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2823047%2E+OU+23047%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/htgg38z>. Acesso em 11 de dezembro de 2016.
- Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 402. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=402&classe=ADPF&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>. Acesso em 19 de dezembro de 2016

9

A RETICENTE JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE NO BRASIL: UM MODELO DE DIRETIVIDADE CONSTITUCIONAL SIMBÓLICA AO DIREITO À SAÚDE?

*Rafaella Dias Gonçalves*¹

1. INTRODUÇÃO

A saúde é um direito humano, encontrando-se permeada em toda a ordem jurídica internacional e na generalidade das constituições nacionais, inclusive na brasileira. Ninguém duvida de sua proeminência para o desenvolvimento econômico, social e cultural dos povos, além de se constituir dimensão efetivadora e fundamental do direito à vida e à dignidade da pessoa humana, à integridade física e psíquica e ao bem-estar individual e social.

Mas, não raras são as divergências existentes para a realização do direito à saúde pelos Estados. Nesse particular, a saúde no Brasil vem enfrentando questões delicadas, sobretudo no que diz respeito o acesso à medicamentos, ainda que o país possua um dos programas de saúde mais invejáveis no mundo, com o SUS (Sistema Único de Saúde).

É o caso do fenômeno da Judicialização da Saúde, que numa conceituação apriorística quer dizer um avolumar significativo de ações judiciais no Brasil com um grau demasiado de ativismo judicial, que sobrepuja a esfera normativo-constitucional no que toca o dever do Estado à garantia da saúde através de políticas públicas, ficando ao

¹ Mestre em Ciências Jurídico-Políticas com menção em Direito Constitucional. Advogada e professora universitária.

talante do judiciário o desvio forçado de verbas não negligenciáveis para atender as imposições concretas, sob o alvitre uso da fundamentalidade do direito à saúde em detrimento ao ajuste financeiro do Estado para tal finalidade.

Mesmo antes da deflagração da pandemia pela Covid-19, a qual vem revelando impactos à saúde e aos sistemas econômicos não só no Brasil, mas em todo o mundo, números significativos de ações com temática de saúde já revelavam que no Brasil havia uma tendência generalizada de juízes para, mesmo na ausência da correspondente dotação orçamental e de compreensão suficiente da formatação constitucional e legal do SUS, considerarem-se legitimados a impor coativamente à administração e ao legislador, que aprova o orçamento, a concessão individual de prestações baseadas na titularidade de direitos sociais.

Outrossim, pesem os estudos no combate à judicialização tenham ganhado impulso e notoriedade, através de governança e diálogos institucionais no setor público e privado, ainda não há uma solução harmonizada a nível de pactuação tripartite para a mitigação dos números da judicialização no Brasil, revelando preocupação peculiar na pasta quanto à efetividade prestacional das políticas públicas de saúde, com base na norma programática constitucional de eficácia limitada.

Desse modo, dada a importância do tema e considerando as suas incertezas jurídicas como problemática atemporal, reticente, no Brasil, este artigo tem por objetivo analisar brevemente o fenômeno da judicialização da saúde no Brasil como possível modelo de diretividade constitucional simbólica para o direito social fundamental da saúde.

2. O FENÔMENO DA JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE NO BRASIL

O termo “judicialização” vem estendendo sua capacidade normativa, na medida em que o judiciário se mune de meios e modos para o exercício de intervenção em questões de larga repercussão política ou social que não estão sendo decididas pelas instâncias políticas tradicionais: o Congresso Nacional e o Poder Executivo.

Examina-se o diagnóstico sobre os inéditos papéis exercidos pelo Judiciário nas sociedades contemporâneas. Sublinhou-se, então, o amplo consenso quanto à configuração de um novo panorama mundial, caracterizado pela incapacidade de o Executivo e o Legislativo fornecerem respostas efetivas à exploração das demandas sociais por justiça” (VIANNA, CARVALHO, MELO, BURGOS, 1999, p. 149).

No que toca a judicialização da saúde, dados obtidos pelo Relatório Judicialização e Sociedade, elaborado pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), em 2021, revela que novas demandas ingressadas a Tribunais de Justiça estaduais brasileiros, em 2020, com pedidos na área da saúde, chegaram ao espantoso numerário de 486.423 ações judiciais em comparação a 322.395, no ano de 2015².

Dentre vários, um dos aspectos que fortalece o fenômeno “do gigantismo do Poder Judiciário”³, no levante ao direito à saúde, é a aplicabilidade por parte dos tribunais do art. 6º, conferindo também o efeito imediato à saúde, enquanto direito fundamental na interpretação conjunta do art. 196, todos da Constituição Federal Brasileira (CFB).

² Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/06/Relatorio_Judicializacao-e-Sociedade_2021-06-08_V2.pdf Acesso em 03 de agosto de 2022

³ Expressão do autor JURGEN HABERMANS, que sustenta a tese procedimentalista e critica veementemente a invasão da política e da sociedade pelo Direito, surgidas no pós-guerra. Para maiores elucubrações, Cf. HABERMANS, Jürgen. *Direito e Democracia – entre facticidade e validade*. vol. I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 297-298.

Diferentemente do que ocorre no direito português⁴, não é novidade que o Brasil adotou, em posição majoritária, a tese da “indivisibilidade” de regime dos direitos fundamentais, sendo essa posição sustentada pelos tribunais brasileiros, como pode ser observado através de uma gama de arestos, especialmente do STF⁵.

Para essa quase unânime corrente, todos os direitos fundamentais, incluindo os direitos sociais, possuem a mesma relevância jurídica, pois alguns foram recepcionados pela atual constituição e outros, positivados, baseiam-se na dignidade da pessoa humana e estão subordinados ao mesmo regime jurídico, previsto no (art. 5º, §1º)⁶ da CFB, que lhes confere, sem exceção, a aplicabilidade imediata⁷.

Todavia, essa posição, que tem como defensores, entre tantos outros, SARLET (2008) e MORAIS (2017)⁸, tem vindo ultimamente a ser mais

⁴ Para a doutrina majoritária portuguesa, os direitos sociais são direitos de natureza positiva, sem densidade suficientemente bastante para alcançar o nível de determinabilidade necessária para fruírem do regime dos direitos, liberdades e garantias. Contudo, não se descarta o reconhecimento à força jurídica em referência imediata à dignidade da pessoa humana. Cf. CANOTILHO, Gomes J.J., *Para uma Revisão da Dogmática da Jusfundamentalidade*, in “Estudos em Homenagem a Antonio Barbosa de Melo”, Coimbra, Almedina, 2013, p. 533-554, em especial, p. 539-541. Há também a corrente minoritária da doutrina portuguesa da *dualidade* de regimes constitucionais dos direitos fundamentais, em que seu lídimo defensor é NOVAIS, Jorge Reis, *Direitos Sociais – Teoria Jurídica dos Direitos Sociais Enquanto Direitos Fundamentais*, Coimbra, Wolters Kluwe/Coimbra Editora, 2010, p. 36-86 e 251-331.

⁵ STF, dentre muitos, Cf. RE 668.722 AgR, rel. min. Dias Toffoli, j. 27-8-2013, 1ª T, DJE de 25-10-2013; Al 734.487 AgR, rel. min. Ellen Gracie, j. 3-8-2010, 2ª T, DJE de 20-8-2010.

⁶ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] §1º As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm *aplicação imediata*”. Vide supra nota 82.

⁷ Neste plano, a experiência sul-africana colocou sob a alçada do Tribunal Constitucional a reivindicação dos direitos de subsistência dos excluídos, como grupo, o que foi possível porque a Constituição sul-africana consagra os direitos sociais e dá aos juízes, aí, poder idêntico aos que lhes confere quanto à proteção dos direitos, liberdades e garantias. Cf. a propósito, BILCHITZ, David - *Poverty and Fundamental Rights*, New York, 2007, pág 133 e segs.

⁸ Em uma definição apertada sobre Direitos Fundamentais Sociais “*Direitos sociais são direitos fundamentais do homem, caracterizando-se como verdadeiras liberdades positivas, de observância obrigatória em um Estado Social de Direito, tendo por finalidade a melhoria de condições de vida aos hipossuficientes, visando à concretização da igualdade social, e são consagrados como fundamentos do*

moderada, através de um recuo de alguns dos seus expoentes, que nos convidam a refletir sobre a vigência social do direito à saúde na problemática dos “custos do direito” traduzido pela conhecida noção da “reserva do possível”, a qual tem sido recorrentemente suscitada como limite fático ao controle jurisdicional e na análise do art. 5º, § 1º, da Constituição, que deve ser interpretado como contendo um critério de otimização. Tais aspectos são importantes no atual painel da fundamentalidade do direito social brasileiro, essencialmente quanto ao direito à saúde.

Mas, não seria o direito social à saúde, uma norma constitucional programática e por isso, a sua realização positiva e essencial no plano das obrigações políticas ou morais que impendem sobre os Estados, uma questão com o envolvimento e mobilização de recursos financeiros do Estado, que contemplem, entre outros, o acesso a serviços públicos de saúde e a medicamentos distribuídos pelo governo?

Sim, e por isso mesmo, no fundo, está em causa prestações fáticas para garantia de acesso individual a bens sociais que o particular poderia adquirir ele mesmo, caso dispusesse dos recursos financeiros suficientes e houvesse disponibilidade no mercado para tanto.

3. A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE COMO DESAFIO À NORMA CONSTITUCIONAL PROGRAMÁTICA

À efetividade do direito fundamental à saúde, inserto no art. 6º da CFB/88, a Constituição prevê no art. 196: “a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que

visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”.

Extrai-se da leitura do referido dispositivo que a sua concretização está condicionada à realização de políticas públicas - normas constitucionais programáticas -, atinentes a ações e serviços concernentes à saúde dirigidas à toda a população e de forma igualitária.

Tal, refere-se a uma norma programática. Como cediço, as normas programáticas possuem eficácia limitada não servindo à regulação imediata de determinados interesses, vindo, então, a estabelecer a orientação finalística dos órgãos estatais, através de uma regulação integrativa infraconstitucional para alcançar a sua plenitude.

Verifica-se que com lastro nas normas programáticas constitucionais contidas entre os artigos 196 e 200⁹, a constituição forneceu as bases fundamentais para a construção do Sistema Único de Saúde (SUS) por meio das Leis nº 8.080, de 19 setembro de 1990, preceituando nos artigos 2º, 3º, 6º e 7º, os requisitos para a promoção, proteção e recuperação da saúde, além da organização e funcionamento dos serviços correlatos. Inegavelmente, o SUS é reconhecido, mundialmente, como um dos maiores programas de promoção de saúde pública, fato, devidamente validado no combate da covid-19 no Brasil.

Nesse sentido, a disponibilidade jurídica dos recursos materiais e humanos para promoção da saúde é uma incumbência do Estado,

⁹ No que toca o art. 200 da CFB, especialmente destacamos os incisos I e V que diz respeito diretamente às competências do SUS na participação da produção de medicamentos e o incremento ao desenvolvimento científico e tecnológico e a inovação: “Art. 200. [a] o sistema único de saúde compete, além de outras atribuições, nos termos da lei: I - controlar e fiscalizar procedimentos, produtos e substâncias de interesse para a saúde e participar da produção de medicamentos, equipamentos, imunobiológicos, hemoderivados e outros insumos; V - incrementar, em sua área de atuação, o desenvolvimento científico e tecnológico e a inovação; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 85, de 2015)”.

mediante a elaboração de orçamento público previsto no art. 165 e seguintes da CFB, averiguação da distribuição de receitas e competências tributárias, orçamentárias, legislativas e administrativas, entre outras.

No que toca a garantia da saúde pelo Estado, a própria Constituição estabelece em seu § 1º, do art. 198 que: “[o] sistema único de saúde será financiado, nos termos do art. 195, com recursos do orçamento da seguridade social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes”.

Com efeito, vinculada a tal característica programática, repousa a já conhecida problemática da efetiva disponibilidade do seu objeto, isto é, se o Estado se encontra em condições de dispor da prestação e por isso mesmo que a efetividade, quanto ao direito à saúde, é dependente da real existência dos meios para cumprir com a obrigação demandada.

De há muito se asseverou que o Estado dispõe apenas de capacidade limitada de dispor sobre o objeto das prestações reconhecidas pelas normas que definem os direitos sociais, de modo que a própria limitação dos recursos constitui um limite fático à prestação desses direitos.

Dito isto, a reserva do possível¹⁰, também chamada de “cláusula da reserva do possível”, consolidou-se no Brasil como uma teoria que

¹⁰ A teoria da reserva do possível como limite à intervenção judicial surgiu através do paradigmático caso *numerus clausus*, na Alemanha dos anos 70, versando sobre direito ao ensino superior, em razão de demanda judicial proposta por estudantes que não haviam sido admitidos em escolas de medicina das cidades de Hamburgo e Munique em razão de política pública implementada que visava a limitação do número de vagas em cursos superiores. A jurisprudência firmada pela Corte Constitucional Federal Alemã resolveu com seguinte veredicto: entendeu que o direito a uma prestação positiva (no caso o aumento do número de vagas em cursos superiores, pois a Lei Federal Alemã assegurava o direito de escolha da profissão) encontra-se sujeito a uma reserva do possível, ou seja, daquilo que o indivíduo pode esperar de maneira racional da sociedade. Outrossim, firmou-se entendimento de que a prestação reclamada deve corresponder ao que o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade, mesmo dispondo o Estado dos recursos e tendo o poder de disposição, não se pode falar em uma obrigação de prestar algo que não se mantenha nos limites do razoável. Cf. Tribunal Constitucional Federal Alemão (*Bundesverfassungsgericht*), proferida em 18 de julho de 1972, no caso “*numerus clausus*” (BVerfGE 33, 303).

encerra uma noção artificial¹¹ que exige um mínimo de coerência entre a realidade e ordenação normativa, a qual abrangeria além da efetiva disponibilidade fática dos recursos para a efetivação de direitos fundamentais, como o direito à saúde, outras dimensões tais quais a disponibilidade jurídica dos recursos materiais e humanos, bem como na perspectiva do eventual titular de um direito a prestações sociais, a ponderação entre proporcionalidade, exigibilidade e razoabilidade.

Notadamente, a cláusula de reserva entende que o Judiciário não tem o condão de obrigar o Poder Público a auto onerar de forma desmedida para dispor daquilo, que em tese não possui. Todavia, de revés, há uma grande relativização nessa abordagem, haja vista que a alegação da insuficiência por parte do Estado não pode abrigar-se somente na retórica do “obstáculo artificial”, ou seja, a reserva do possível também não deve constituir-se em um dever-ser de um argumento que se apresenta como obstáculo à concretização do direito à saúde¹².

Mesmo assim, o controle jurisdicional brasileiro não tem sido efetivamente aplicado. O que vimos na realidade é uma tendência generalizada de juízes para, mesmo na ausência da correspondente dotação orçamental e de compreensão suficiente da formatação constitucional e legal do SUS, considerarem-se legitimados a impor coativamente à administração e ao legislador que aprova o orçamento a

¹¹ Como assevera Ana Carolina Lopes Olsen, a reserva do possível é uma noção artificial, fruto da construção humana, uma vez que não há como satisfazer simultaneamente em níveis ótimos todas as necessidades e desejos (cujos estímulos de “necessidade” são, inclusive, estudos sobre a publicidade) e que, portanto para a realidade exige-se um mínimo de coerência entre a realidade e a ordenação normativa, objeto de regulação jurídica.

¹² A este propósito, cf. a ADPF 45/DF e Informativo/STF nº 345/2004, em que a despeito de “obstáculos artificiais” impostos pelo Poder Público à efetividade do direito à saúde: “Não se mostrará lícito, contudo, ao Poder Público, em tal hipótese, criar obstáculo artificial que revele – a partir de indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa – o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência”.

concessão individual de prestações baseadas na titularidade de direitos sociais, como o direito à saúde, sob os auspícios do art. 6º combinado com art. 196, todos da CFB.

Então, na lógica interpretativa, os magistrados arrogam, quase sempre, na aplicação imediata do direito à saúde, através da eficácia irradiante dos direitos fundamentais¹³, sobretudo para a proteção de um “mínimo existencial”, segundo o qual o direito a saúde (como direito positivo) estaria numa umbilical relação ao núcleo essencial que seria sempre e imediatamente tutelável, entre eles: o direito à vida e a dignidade da pessoa humana¹⁴.

Mas, atuando em casos concretos, essas decisões judiciais não validam a universalidade e a igualdade material, princípios do direito social à saúde e inevitavelmente, acabam por determinar uma realidade constitucional desjustificante, na ausência de integração suficiente entre o programa normativo (dados linguísticos) e âmbito ou domínio normativo (dados reais).

4. A RETICENTE JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE NO BRASIL: UM MODELO DE DIRETIVIDADE CONSTITUCIONAL SIMBÓLICA?

A expressão “Constituição Simbólica” foi cunhada pelo constitucionalista Marcelo Neves, em que concebe que há uma certa deturpação do conceito jurídico-dogmático de normas constitucionais programáticas, sobretudo com fins sociais. Para NEVES (2016), as Constituições

¹³ Na lição de Alexy, os direitos fundamentais “fornecem impulsos e diretrizes para a aplicação e interpretação do direito infraconstitucional.

¹⁴ Para a doutrina portuguesa de Vieira de Andrade, embora os direitos sociais não integrem o regime jurídico dos direitos fundamentais de liberdades e garantias, dispõem de um “conteúdo nuclear, onde há de reconhecer-se uma especial força jurídica, pela sua referência imediata à dignidade da pessoa humana, fundamento de todo catálogo dos direitos fundamentais”.

simbólicas, dentre elas, a brasileira de 1988, para além da expressão “simbólica”, atinente nos ideais de “liberdade”, “igualdade” e “democracia”, encerram juridicamente em um grau elevado de direcionamento de suas condutas em interferência intersubjetiva e das expectativas de comportamentos.

No ideal de igualdade material e universalidade, arrefecidos pela norma programática constitucional do direito à saúde, o inquietante fenômeno da judicialização da saúde, em um país que possui um dos sistemas mais completos de promoção social à saúde, com o SUS, revela-se invariavelmente uma perspectiva de constitucionalidade simbólica, pois muito embora satisfaça os titulares que tiveram ganho no pleito, além de não resolver o problema de todos, acaba por afetar todo o sistema e a própria Constituição.

Ainda, o impacto da judicialização da saúde pode agravar as desigualdades sociais, haja vista que recursos que poderiam ser utilizados na compra de medicamentos pelo SUS, bem como em inovação no setor dos fármacos, por exemplo, são alocados a tratamentos mais caros e geralmente “consumidos” por pessoas com alguns recursos: pois essa massa de excluídos não vem ao sistema, não recorre a tribunais, não pode fazer um uso alternativo do direito, porque sequer tem condições subjetivas e objetivas para tanto.

Para NOVAIS (2016) quem, à primeira vista, beneficia-se, então, da redistribuição dos fundos políticos assim operada pelas demandas judiciais na área da saúde é preferencialmente uma camada social instruída, organizada sindicalmente ou economicamente mais forte, que pode pagar advogados que dominam as debilidades do sistema e que pode pagar uma justiça que não está no alcance de todos” 128.

Com efeito, ainda na tese da constitucionalização simbólica e dos seus efeitos em Estados periféricos, a judicialização da saúde demonstra a condução de normas constitucionais a uma baixa efetividade para determinados grupos, arrematando com o conceito de “subcidadania” para os excluídos pela alopoiese¹⁵ do sistema, uma expressão firmada na Teoria dos Sistemas de Luhmann.

Para SOUZA (2012) a subcidadania é um conceito baseado nas características econômicas dos grupos sociais e a possibilidade de interação e participação entre as classes, observando, no caso brasileiro, a existência de diversos vácuos governamentais que levam a esta divisão entre cidadanias, onde alguns têm acesso aos serviços do Estado, enquanto outros apenas sofrem os desmandos dos agentes públicos.

Nesse sentido, CANOTILHO (2002) já havia verberado críticas, em que entende que a constituição programática constitui um modelo de “diretividade constitucional”, arrogante na pretensão de “fixar a própria órbita das estrelas e dos planetas”. Assim: “o rosto normativo da utopia”.

BONAVIDES (2009) também ao abordar a temática, afirmou que as críticas que acometem a juridicidade das normas programáticas se concentram em três pontos vulneráveis: O fato das normas programáticas terem por conteúdo princípios implícitos do ordenamento jurídico, a circunstância de enunciarem programas políticos não vinculantes e, finalmente, por estamparem fórmula genérica, vaga e abstrata, que escapam de toda aplicação positiva.

¹⁵ O significado imposto à palavra “alopoiese” é o de influência assistêmica de subsistemas sociais, dentro dos conceitos de Luhmann expostos por Marcelo Neves no seu artigo “Da Autopoiese à Alopoiese do Direito” (1995).

A partida em que a judicialização da saúde se torna tema de debate em toda a sociedade, com uma construção pautada em diálogos institucionais para mitigação de sua crescente, vê-se a possibilidade de criação de uma real consciência cidadã que não esteja subconcretizada, abandonando a lógica meramente formal da norma jurídica simbólica e adentrando a materialização efetiva dos direitos fundamentais.

Com efeito, as normas programáticas atinentes à saúde, na Constituição brasileira, participaram do processo de concretização normativa do texto constitucional e direcionam o legislador ordinário a condutas e interferências de suma importância para o desiderato da saúde.

Contudo, a judicialização da saúde constitui um dos grandes desafios no cenário jurídico brasileiro, em que ações judiciais contundentes, já são um “camuflado” sucesso no domínio da proteção à saúde. Logo, representam um peso considerável no conjunto de verbas disponíveis para o setor, levando o objetivo político das decisões favoráveis a um efeito invariavelmente proporcional ou maior de retrocesso nas políticas públicas de saúde, concebendo a reflexão de que uma legislação infraconstitucional mal concedida e uma norma programática constitucional mal interpretada, pode transformar esta última em uma promessa constitucional inconsequente ou uma diretividade constitucional simbólica.

CONCLUSÃO

Conclui-se que o fenômeno da judicialização da saúde, cada vez mais fortalecido na interpretação da fundamentalidade da saúde por

efeito imediato, opera-se em números já contundentes de ações judiciais no país, camuflando um êxito no domínio da proteção à saúde.

Contudo, não é hostil pensar que essa circunstância é sem dúvida injusta para a sociedade, pois a “judicialização” da saúde caracteriza-se como um paliativo à inacessibilidade de medicamentos por conceder o seu fornecimento apenas a uma determinada parcela da população que, na sua grande maioria, possui recursos suficientes para manejar a pretensão através de escritórios de advocacia especializados na questão em causa.

De revés, a coesão social é afetada na medida em que políticas públicas para o próprio setor, de caráter universal, são desprivilegiadas em razão do desvio forçado de verbas não negligenciáveis para conter a “sangria” dessas demandas judiciais

Então, ao passo que o judiciário brasileiro se apresenta sensível às aspirações e exigências da população no levante da saúde, verifica-se com a mesma intensidade a doutrina apontar o judiciário ativo como “o” (ênfase adicionada) problema até mesmo de incompetência funcional.

Mas, os avanços sobre no combate à judicialização da saúde no Brasil, embora tenham ganhado impulso e notoriedade, através de governança e diálogos institucionais no setor público e privado, ainda se encontram resilientes, carecendo de maior exploração no meio acadêmico e no debate social, conduzindo-nos a analisar o fenômeno de acordo com a realidade constitucional desjustificante que o contempla, na ausência de integração suficiente entre o programa normativo da saúde (dados linguísticos) e âmbito ou domínio normativo no número vultoso da judicialização da saúde no Brasil (dados reais).

Com efeito, chegou-se a uma brevíssima dedução que relativamente ao direito constitucional social à saúde, a judicialização da saúde

acaba por revelar um modelo de diretividade constitucional simbólica, no que toca à norma programática defendida pela constituição no desiderato da saúde, em que a própria sociedade civil brasileira quem arca com o ônus da ineficiência administrativa e legiferante causados pela erupção orçamentária por via de consequência dessas decisões judiciais em demasia, uma vez que os ideais de igualdade propostos pela norma programática, encerram juridicamente em um grau elevado de direcionamento de suas condutas em interferência intersubjetiva e das expectativas de comportamentos, nem sempre concretizados conforme idealizados pelo constituinte à eficácia do direito fundamental constitucional.

REFERÊNCIAS

ALEXY, R. (2008). *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm . Acesso em 07/08/2022.

BRASIL. *Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990*. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm . Acesso em 04/08/2022.

CANOTILHO, Gomes J.J, *Para uma Revisão da Dogmática da Jusfundamentalidade*, in “Estudos em Homenagem a Antonio Barbosa de Melo”, Coimbra, Almedina, 2013.

_____ *O Estado adjetivado e a teoria da Constituição*. In: Revista da procuradoria-geral do estado. V. 25, n. 56, 2002.

- CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Judicialização e saúde: ações para acesso à saúde pública de qualidade / Conselho Nacional de Justiça; Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento*. – Brasília: CNJ, 2021.
- KRELL, Andreas. *Controle judicial dos serviços públicos básicos na base dos direitos fundamentais sociais*. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *A Constituição Concretizada – Construindo pontes para o público e o privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.
- MENDES, Gilmar Ferreira. *A Doutrina Constitucional e o Controle de Constitucionalidade como Garantia da Cidadania – Necessidade de Desenvolvimento de Novas Técnicas de Decisão: Possibilidade da Declaração de Inconstitucionalidade sem a Pronúncia de Nulidade no Direito Brasileiro*. In: *Caderno de Direito Tributário e Finanças Públicas*, nº. 3. 1993.
- MORAES, Alexandre de – *Direito Constitucional*, 33ª ed., São Paulo, Atlas, 2017.
- MORAIS, Carlos Blanco de Moraes – *Curso de Direito Constitucional, Teoria da Constituição em Tempo de Crise do Estado Social*, Tomo II, Vol. 2, Coimbra, Coimbra Editora, 2011.
- NOVAIS, J.R. (2016). *Direitos Sociais – Teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais AAFDL – 2016 – 2ª Edição Revista e Reformulada*, Lisboa.
- NEVES, Marcelo, - *A Constitucionalização Simbólica: uma síntese*. In: *Estudos em homenagem aos 20 anos da Constituição de 1976*. STVDIA IVRIDICA 46, COLLOQUIA – 5, Universidade de Coimbra, Coimbra Editora, 2016.
- _____. *Da Autopoiese à Aलोpoiese do Direito*. In: *Anuário de Mestrado em Direito da Universidade Federal de Pernambuco*, n. 5. Recife: Universitária, jan./jun. 1995.
- SARLET, Ingo Wolfgang e SAAVEDRA, Giovanni Agostini – *Judicialização, Reserva do Possível e Compliance na Área da Saúde* -, R. Dir. Gar. Fund, Vitória, v. 18, n.1, 2017.
- _____. *Os Direitos Sociais como Direitos Fundamentais: contributo para um balanço aos vinte anos da Constituição Federal de 1988* – *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica. 20 Anos de Constitucionalismo Democrático – E Agora?* Porto Alegre-Belo Horizonte, 2008.
- OLSEN, Ana Carolina Lopes. *Direitos fundamentais sociais: efetividade frente a reserva do possível*. Curitiba: Juruá, 2008.

SOUZA, Jessé. *A construção social da subcidadania: para uma sociologia política de modernidade periférica*. 2 ed. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2012.

SILVA, José Afonso da. – *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*, 2ª ed., São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais.

VIANNA, L. W., Carvalho, M. A. R., MELO, M. P. C., e BURGOS, M. B. (1). *Corpo e Alma da Magistratura Brasileira*. Revista CEJ, 3(7) 164. Recuperado de //revistacej.cjf.jus.br/cej/index.php/revcej/article/view/775.

VIEIRA DE ANDRADE. (2009). *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 4ª Edição Reimpressão da Edição de Fevereiro de 2009, Almedina, Coimbra, 2009.

10

CORRUPÇÃO DESPORTIVA, COMPLIANCE E RESPONSABILIDADE PENAL À LUZ DA LEI 10.671/03

*Túlio Felipe Xavier Januário*²

INTRODUÇÃO

Em dezembro de 2013, um dos sócios do FC Barcelona, Jordi Cases, faz uma denúncia contra o então presidente do clube, Sandro Rosell, questionando a falta de informações relacionadas ao contrato celebrado com o jogador brasileiro Neymar. Ainda que posteriormente a queixa tenha sido retirada, o procedimento criminal continuou e foram imputados crimes fiscais ao presidente, seu sucessor, Josep Bertolomeu, ao clube, ao atleta e a alguns outros agentes (GARCÍA-HERRERA, 2017, p.

¹ Os resultados da presente investigação foram apresentados oralmente no III Congresso de Pesquisa em Ciências Criminais do IBCCRIM, realizado entre os dias 28 e 30 de agosto de 2019. A íntegra deste trabalho, que fora objeto de algumas breves atualizações, foi previamente publicada nos Anais do evento, nomeadamente em: JANUÁRIO, Túlio Felipe Xavier. Das especificidades dos programas de compliance no setor desportivo e seus possíveis reflexos na responsabilidade penal pelos crimes da Lei 10.671/03. In: IBCCRIM. *Anais do III CPCRIM: III Congresso de Pesquisa em Ciências Criminais, de 28 a 30 de agosto de 2019*. São Paulo: IBCCRIM, 2019, p. 218-239. Salienta-se, ainda, que as ideias aqui desenvolvidas são fruto de parte das investigações levadas a cabo no âmbito do Programa de Mestrado em Direito – menção em Ciências Jurídico-Criminais – da Universidade de Coimbra, que resultaram na Dissertação devidamente defendida e aprovada pelo júri, intitulada “*Criminal compliance e corrupção no fenómeno desportivo: particularidades e reflexos na responsabilidade penal em face da Lei 50/2007, de 31 de Agosto*” e que, após algumas necessárias alterações, resultou na obra “*Criminal compliance e corrupção desportiva: um estudo com base nos ordenamentos jurídicos do Brasil e de Portugal*”, publicada em 2019, pela Editora Lumen Juris. Para um tratamento mais detido, assim, dos temas aqui abordados, recomendamos a consulta destas obras, devidamente mencionadas nas referências bibliográficas.

² Doutorando e Mestre em Direito pela Universidade de Coimbra (Portugal), com período de investigação financiado pelo Programa “ERASMUS+”, na Georg-August-Universität Göttingen (Alemanha). Especialista em Direito Penal Internacional pelo Instituto Siracusa (Itália). Especialista em Direito Penal Económico e Teoria do Delito pela Universidad de Castilla-La Mancha (Espanha). Pós-graduado em Direito do Desporto pelo IDET/IDPEE – Coimbra (Portugal). Especialista em Compliance e Direito Penal pelo IDPEE/Coimbra (Portugal). Pós-graduado em Direito Penal – Parte Geral pelo IBCCRIM/IDPEE – Coimbra (Portugal). Graduado em Direito pela Universidade Estadual Paulista – UNESP Franca. Bolsista de Doutorado da Fundação para a Ciência e a Tecnologia – FCT. tuliofxj@gmail.com

10). A suspeita seria a de que o valor declarado pela compra do jogador teria sido inferior ao realmente pago, com a finalidade de reduzir os tributos. O clube catalão celebrou um acordo de conformidade com a *fiscalía* espanhola, se comprometendo ao pagamento de uma multa de 5.500.000 € (cinco milhões e quinhentos mil euros) (EUROPA PRESS, 2016), enquanto ainda pende de julgamento definitivo o processo contra o atleta.

Esse caso é somente mais um dos que exemplificam que, muito embora o esporte ainda seja uma das principais atividades de lazer e entretenimento das pessoas em geral, trata-se de um setor que não mais pode ser analisado tão somente por um viés recreativo, consubstanciando-se, para além disso, em uma área de confluência de interesses econômicos de agentes provenientes dos mais variados ramos, tais como emissoras de televisão, empreiteiras, patrocinadores, empresários de atletas, governos interessados em sediar megaeventos, para além, é claro, dos jogadores, comissão técnica, dirigentes e torcedores (JANUÁRIO, 2018a, p. 15).

Aliás, conforme estudo promovido pela KPMG (2015, p. 12), constatou-se que somente no ano de 2013, o impacto do futebol profissional no produto interno bruto da Espanha ultrapassou a marca de 3.600.000.000,00 € (três bilhões e seiscentos milhões de Euros), o que equivale a cerca de 0,35 % (zero vírgula trinta e cinco por cento) do produto interno bruto espanhol daquele ano. Já no âmbito da FIFA, por sua vez, a entidade obteve uma receita bruta de US\$ 4.826.000,00 (quatro milhões, oitocentos e vinte e seis mil dólares) com a Copa do Mundo de 2014, sendo que destes, US\$ 2.428.000,00 (dois milhões, quatrocentos e vinte e oito mil dólares) foram provenientes da venda de direitos de transmissão das partidas (FIFA, 2015).

Esse aspecto econômico das atividades desportivas, somado ao fato de estas se encontrarem em um setor de relativa vulnerabilidade ante a condutas ilícitas³, contribuiu para com que a divulgação de escândalos relacionados ao âmbito dos esportes fosse cada vez mais frequente. No Brasil, por exemplo, tornou-se notório o caso da “Máfia do Apito”, em 2005, quando fora descoberto um esquema de manipulação de resultados por árbitros, visando favorecer apostadores, e que levou à anulação de 11 (onze) partidas do Campeonato Brasileiro. Há que se ressaltar, porém, que à época, ainda não era tipificada criminalmente a corrupção desportiva no país, tendo sido, os envolvidos, processados – mas não condenados – pelo crime de “Estelionato”, previsto no Artigo 171 do Código Penal.

Coincidentemente ou não⁴, pouco tempo após o trancamento da Ação Penal relativa à “Máfia do Apito” e também na iminência da realização de dois megaeventos desportivos no Brasil, quais sejam, a Copa do Mundo de 2014 e as Olimpíadas do Rio de Janeiro, de 2016, inaugurou-se a intervenção penal no esporte brasileiro (DE BEM, 2014, p. 352), através da Lei 12.299/10, que introduziu profundas modificações na Lei 10.671/03 – Estatuto do Torcedor – passando a tipificar, dentre outras condutas, as modalidades ativa e passiva de corrupção desportiva. Em seus artigos 41-C e 41-D, são previstas as penas de reclusão de 02 a 06 anos para aqueles que solicitarem ou aceitarem – no caso da modalidade

³ Neste sentido, Fausto de Sanctis (2014, p. 29-30) cita como fatores que ajudariam a justificar esta vulnerabilidade, a (I) influência econômica de pessoas provenientes de diversos setores; (II) a facilidade de ocultação de condutas ilícitas; (III) o caráter transnacional de algumas transações; (IV) a grande quantidade de dinheiro que é movimentada; (V) as dificuldades de *accountability* inerentes a estas operações.

⁴ Muito embora acreditemos que este caso tenha, de fato, influenciado a aprovação da lei em comento, existem posicionamentos tais como o de Leonardo Schmitt de Bem (2014, p. 352), que vão no sentido de que o principal fundamento para esta Lei foi a proximidade dos megaeventos supracitados.

passiva – e darem ou prometerem – na hipótese de corrupção ativa – vantagem ou promessa de vantagem, patrimonial ou não, com a finalidade de alterar ou falsear o resultado de competição desportiva ou evento a ela associado (BRASIL, 2003).

Uma vez que estas condutas se dão num ambiente bastante complexo de atividades, não restrito tão somente aos clubes e torcedores, mas também envolvendo diversos interesses econômicos e políticos de pessoas físicas e jurídicas de muitos outros setores, os programas de *compliance* podem se mostrar como ferramentas cruciais de autorregulação das entidades atuantes nesta seara, auxiliando na promoção de uma cultura de cumprimento normativo e na prevenção de fatos ilícitos no setor.

Neste sentido, o objetivo do presente trabalho é analisar as particularidades dos programas de *compliance* quando implantados em entidades atuantes no setor dos esportes, bem como suas eventuais implicações na aferição da responsabilidade penal pelos crimes de corrupção desportiva. Para tanto, porém, investigaremos inicialmente, a eventual compulsoriedade destes mecanismos para as entidades desportivas ou outros instrumentos estatais de incentivo para sua adoção, conforme será exposto no tópico subsequente.

1 DA EVENTUAL COMPULSORIEDADE DOS PROGRAMAS DE COMPLIANCE PARA ENTIDADES DESPORTIVAS

Os programas de *compliance* são instrumentos que foram sendo desenvolvidos como uma ferramenta empresarial aliada à governança corporativa, através da qual, a partir do espaço de liberdade oferecido pelo Estado, as pessoas jurídicas buscaram se autorregular, almejando a redução dos riscos empresariais. Entre seus propósitos imediatos, se

encontram a promoção de uma cultura ética e de cumprimento normativo, bem como a prevenção, investigação e eventual repressão interna de práticas ilícitas cometidas no cerne da corporação. De maneira mediata, busca-se a manutenção e perpetuação do bom nome empresarial, com a continuidade dos negócios e potencialização dos lucros, assim como o resguardo da companhia de eventuais responsabilizações judiciais, inclusive no âmbito criminal (JANUÁRIO, 2019a, p. 85-86).

Para analisar especificamente a relevância e as particularidades destes programas em determinado setor, que no presente caso, será o desportivo, o primeiro questionamento que deve ser feito diz respeito à existência ou não, de alguma norma que obrigue as entidades desta seara a adotar estes mecanismos, e em caso negativo, quais seriam os incentivos estatais para esta implantação.

Conforme explica Marc Engelhart (2014, p. 67-68), a promoção da ética empresarial desacompanhada de incentivos por parte do poder público, pode acabar sendo colocada de lado em momentos de dificuldades concretas em uma companhia. Por essa razão, é muito importante que para além da autorregulação baseada tão somente nos interesses da empresa na manutenção de sua boa-reputação, hajam incentivos estatais concretos, tais como a definição de estandartes regulatórios e de prevenção de delitos no cerne da atuação empresarial.

Segundo o autor, para além da ampla autorregulação, livre de qualquer influência estatal (1), existem outros 05 possíveis níveis de influência na promoção da regulação empresarial: (2) o apoio informal do Estado, quando não há instrumentos legais de *enforcement*, mas sim, a promoção de instruções e cursos voltados para a empresa, bem como a utilização dos programas como um pré-requisito para a atuação em determinado setor; (3) a previsão de “recompensas” às pessoas jurídicas

que implantem um mecanismo efetivo, as quais podem ser concedidas na fase de investigação, processual e de julgamento, tendo como exemplos os *settlements* e a redução de penas; (4) o sancionamento pela inexistência ou ineficácia dos programas de *compliance*; (5) a exclusão da responsabilidade penal da pessoa jurídica quando adotados estes mecanismos; (6) a imposição legal de um dever geral, a todas as empresas, de implantação de mecanismos de *compliance* (ENGELHART, 2014, p. 67-71).

Conforme destaca o autor supracitado, apesar de se desconhecer qualquer ordenamento jurídico que imponha uma obrigação geral de implantação de programas de *compliance* a todas as pessoas jurídicas, existem deveres setoriais, ou seja, tão somente para entidades atuantes em determinados âmbitos, os quais, a depender do caso, podem ser considerados arriscados (ENGELHART, 2014, p. 72). No caso das entidades desportivas no Brasil, esta vinculação setorial pode ser identificada na Lei de Lavagem de Dinheiro, quando após as modificações inseridas pela Lei 12.683/12, o Artigo 10, III, passou a impor deveres de adoção de políticas, procedimentos e controles internos, sob pena de responsabilidade administrativa. Dentre estes deveres, tem-se o desenvolvimento de programas de *compliance* que viabilizem o cumprimento das obrigações previstas na presente lei (BADARÓ; BOTTINI, 2013, p. 39-41; CARDOSO, 2015, p. 88). No rol de pessoas obrigadas, consta expressamente, nos incisos XIV, alínea “f”, e XV do artigo 9º., aquelas que atuem nas atividades de assessoria, consultoria, contadoria, auditoria, aconselhamento ou assistência na alienação ou aquisição de direitos sobre contratos relacionados a atividades desportivas, bem como na promoção, intermediação, comercialização, agenciamento ou negociação de direitos de transferências de atletas. Desta forma, ainda que não diga

respeito especificamente aos crimes de corrupção desportiva, as entidades atuantes neste setor acabarão por ter que implantar programas de *compliance* visando o atendimento da lei em comento, visando evitar sanções administrativas – vinculação de nível (4).

Uma vinculação de nível (5), no ordenamento jurídico brasileiro, resta ainda, infelizmente, muito prejudicada. Inicialmente porque, de *lege data*, o instituto da responsabilidade penal das pessoas jurídicas ainda se restringe tão somente ao âmbito dos crimes ambientais, tal conforme previsão do Artigo 3º. da Lei 9.605/98. Desta feita, ao contrário do ordenamento jurídico português, por exemplo, não há previsão de responsabilidade penal para entes coletivos, por crimes de corrupção desportiva (JANUÁRIO, 2019a, p. 145).

Poder-se-ia argumentar que, com a eventual aprovação do PLS 236/2012, que propõe a reforma do Código Penal Brasileiro, o rol dos crimes passíveis de responsabilização penal das pessoas jurídicas seria ampliado para os “atos praticados contra a administração pública, a ordem econômica, o sistema financeiro e o meio ambiente”, conforme expressa previsão do Artigo 41. Contudo, ainda que venham a pairar algumas dúvidas relativas a quais serão os crimes efetivamente abrangidos por este tipo⁵, é nítido que as condutas antidesportivas não estão inseridas neste rol.

Não bastasse isso, o próprio modelo de imputação penal das pessoas jurídicas adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro, relega os programas de *compliance* a um papel de quase irrelevância (JANUÁRIO,

⁵ Conforme explica Alamiro Velludo Salvador Netto (2018, p. 325-326), a opção do legislador pela menção aos bens jurídicos, ao invés da expressa previsão de quais seriam os tipos penais concretamente abrangidos pelo instituto da responsabilidade penal das pessoas jurídicas, provavelmente ensejará dúvidas relativas a “se o bem jurídico protegido pela norma penal deriva de sua tópica legislativa (formal) ou do valor de fato atingido pela conduta (material)”.

2019b, p. 345 e ss.). Isto porque, ao fundamentar a responsabilidade penal da entidade coletiva na “decisão de seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado, no interesse ou benefício da entidade”, conforme prevê a Lei 9.605/98, ele se aproxima dos mais exordiais modelos de “heterorresponsabilidade”⁶, desconsiderando por completo qualquer análise da concreta organização empresarial (NETTO, 2018, p. 292-294).

Esta situação não é alterada com o Projeto de Novo Código Penal, uma vez que, apesar da ampliação dos crimes pelos quais podem responder as pessoas jurídicas, o modelo de imputação é praticamente idêntico ao já vigente para os crimes ambientais, inobstante sua declarada tentativa de dissociação da responsabilidade penal dos entes coletivos, da análise da atuação de seus membros.

Pelo exposto e em definitivo, observa-se que não há atualmente no ordenamento jurídico brasileiro, a possibilidade de exclusão da responsabilidade penal das pessoas jurídicas pela implantação de programas de *compliance*, apesar da importância dos mesmos no hodierno contexto empresarial.

No que se refere a uma eventual vinculação de nível (3), ainda que não haja uma previsão específica para o setor desportivo, a Lei 12.846/13 – popularmente conhecida como “Lei Anticorrupção” – prevê expressamente em seu Artigo 7º, VIII, benefícios na aplicação das eventuais sanções administrativas para as pessoas jurídicas que possuam

⁶ Os chamados “modelos de heterorresponsabilidade penal das pessoas jurídicas” são aqueles que, de alguma forma fundamentam a responsabilidade do ente coletivo na atuação de uma pessoa física, cumprido alguns requisitos, como no caso brasileiro, a atuação no interesse ou benefício daquele. Contrapõem-se aos chamados modelos de “autorresponsabilidade”, que buscam na própria organização e atuação empresarial, os fundamentos de sua responsabilidade. Para uma exposição mais detalhada destas teorias, conferir em: JANUÁRIO, 2018b, p. 6-7; 2016, p. 165-172; CANESTRARO; JANUÁRIO, 2018, p. 269-272; SOUSA, 2019, p. 89 e ss.

mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades, bem como para as que apliquem, efetivamente, códigos de ética e de conduta (SILVEIRA, 2015, p. 190; BARRILARI, 2018, p. 213). Os termos da subtração do valor da eventual multa são previstos pelo Artigo 23 do Decreto nº 11.129/22, chegando a: “até cinco por cento no caso de comprovação de a pessoa jurídica possuir e aplicar um programa de integridade, conforme os parâmetros estabelecidos no Capítulo V⁷.”

⁷ Para fins do Decreto nº 11.129, o conceito de programa de integridade é dado por seus Artigos 56 e ss., segundo os quais “programa de integridade consiste, no âmbito de uma pessoa jurídica, no conjunto de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e na aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta, políticas e diretrizes, com objetivo de: I - prevenir, detectar e sanar desvios, fraudes, irregularidades e atos ilícitos praticados contra a administração pública, nacional ou estrangeira; e II - fomentar e manter uma cultura de integridade no ambiente organizacional. Parágrafo único. O programa de integridade deve ser estruturado, aplicado e atualizado de acordo com as características e os riscos atuais das atividades de cada pessoa jurídica, a qual, por sua vez, deve garantir o constante aprimoramento e a adaptação do referido programa, visando garantir sua efetividade”. Este Diploma prevê ainda os critérios de avaliação do programa, nestes termos: “Art. 57. Para fins do disposto no inciso VIII do caput do art. 7º da Lei nº 12.846, de 2013, o programa de integridade será avaliado, quanto a sua existência e aplicação, de acordo com os seguintes parâmetros: I - comprometimento da alta direção da pessoa jurídica, incluídos os conselhos, evidenciado pelo apoio visível e inequívoco ao programa, bem como pela destinação de recursos adequados; II - padrões de conduta, código de ética, políticas e procedimentos de integridade, aplicáveis a todos os empregados e administradores, independentemente do cargo ou da função exercida; III - padrões de conduta, código de ética e políticas de integridade estendidas, quando necessário, a terceiros, tais como fornecedores, prestadores de serviço, agentes intermediários e associados; IV - treinamentos e ações de comunicação periódicos sobre o programa de integridade; V - gestão adequada de riscos, incluindo sua análise e reavaliação periódica, para a realização de adaptações necessárias ao programa de integridade e a alocação eficiente de recursos; VI - registros contábeis que reflitam de forma completa e precisa as transações da pessoa jurídica; VII - controles internos que assegurem a pronta elaboração e a confiabilidade de relatórios e demonstrações financeiras da pessoa jurídica; VIII - procedimentos específicos para prevenir fraudes e ilícitos no âmbito de processos licitatórios, na execução de contratos administrativos ou em qualquer interação com o setor público, ainda que intermediada por terceiros, como pagamento de tributos, sujeição a fiscalizações ou obtenção de autorizações, licenças, permissões e certidões; IX - independência, estrutura e autoridade da instância interna responsável pela aplicação do programa de integridade e pela fiscalização de seu cumprimento; X - canais de denúncia de irregularidades, abertos e amplamente divulgados a funcionários e terceiros, e mecanismos destinados ao tratamento das denúncias e à proteção de denunciante de boa-fé; XI - medidas disciplinares em caso de violação do programa de integridade; XII - procedimentos que assegurem a pronta interrupção de irregularidades ou infrações detectadas e a tempestiva remediação dos danos gerados; XIII - diligências apropriadas, baseadas em risco, para: a) contratação e, conforme o caso, supervisão de terceiros, tais como fornecedores, prestadores de serviço, agentes intermediários, despachantes, consultores, representantes comerciais e associados; b) contratação e, conforme o caso, supervisão de pessoas expostas politicamente, bem como de seus familiares, estreitos colaboradores e pessoas jurídicas de que participem; e c) realização

Cumprе destacar que, no que tange às eventuais vinculações de nível (2), observamos no ordenamento jurídico brasileiro, algumas medidas que, muito embora não possam ser consideradas estritamente de *compliance*, visam a boa gestão das entidades desportivas mediante a transparência e a responsabilidade fiscal e trabalhista (JANUÁRIO, 2019a, p. 134). É o caso, por exemplo, do Artigo 18 da Lei 9.615/98 – “Lei Pelé” – que restringe a obtenção de isenções fiscais e o repasse de recursos públicos federais da administração direta e indireta, às entidades do Sistema Nacional do Desporto que atenderem, dentre outros requisitos, à viabilidade e autonomia financeira, à regularidade fiscal e trabalhista e à compatibilidade entre as ações desenvolvidas para melhoria da respectiva modalidade e o Plano Nacional do Desporto (TONIETTI et. al., 2018, p. 440-443).

O Artigo 18-A do referido Diploma prevê ainda, alguns requisitos adicionais para o recebimento de recursos da administração pública federal direta e indireta, dentre os quais, a transparência da gestão em matéria financeira, econômica, de contratos, patrocinadores e outros, bem como o estabelecimento em seus respectivos estatutos, dos

e supervisão de patrocínios e doações; XIV - verificação, durante os processos de fusões, aquisições e reestruturações societárias, do cometimento de irregularidades ou ilícitos ou da existência de vulnerabilidades nas pessoas jurídicas envolvidas; e XV - monitoramento contínuo do programa de integridade visando ao seu aperfeiçoamento na prevenção, na detecção e no combate à ocorrência dos atos lesivos previstos no art. 5º da Lei nº 12.846, de 2013. § 1º Na avaliação dos parâmetros de que trata o caput, serão considerados o porte e as especificidades da pessoa jurídica, por meio de aspectos como: I - a quantidade de funcionários, empregados e colaboradores; II - o faturamento, levando ainda em consideração o fato de ser qualificada como microempresa ou empresa de pequeno porte; III - a estrutura de governança corporativa e a complexidade de unidades internas, tais como departamentos, diretorias ou setores, ou da estruturação de grupo econômico; IV - a utilização de agentes intermediários, como consultores ou representantes comerciais; V - o setor do mercado em que atua; VI - os países em que atua, direta ou indiretamente; VII - o grau de interação com o setor público e a importância de contratações, investimentos e subsídios públicos, autorizações, licenças e permissões governamentais em suas operações; e VIII - a quantidade e a localização das pessoas jurídicas que integram o grupo econômico. § 2º A efetividade do programa de integridade em relação ao ato lesivo objeto de apuração será considerada para fins da avaliação de que trata o caput” (BRASIL, 2022).

princípios da gestão democrática, dos instrumentos de controle social, da transparência da movimentação de recursos, da fiscalização interna, dentre outros (JANUÁRIO, 2019a, p. 135-136)⁸.

Em 2015, foi criado o Programa de Modernização da Gestão e de Responsabilidade Fiscal do Futebol Brasileiro – PROFUT –, através da Lei 13.155/15, com o objetivo de, nos termos de seu Artigo 2º., promover a gestão transparente e democrática e o equilíbrio financeiro das entidades desportivas profissionais do futebol. Esta normativa prevê em seu Artigo 4º., como requisitos para a manutenção de uma entidade no programa, dentre outros, a regularidade trabalhista e tributária, a existência e autonomia do conselho de fiscal e expressa previsão do

⁸ “Art. 18-A. Sem prejuízo do disposto no art. 18, as entidades sem fins lucrativos componentes do Sistema Nacional do Desporto, referidas no parágrafo único do art. 13, somente poderão receber recursos da administração pública federal direta e indireta caso: I - seu presidente ou dirigente máximo tenham o mandato de até 4 (quatro) anos, permitida 1 (uma) única recondução; II - atendam às disposições previstas nas alíneas “b” a “e” do § 2o e no § 3o do art. 12 da Lei no 9.532, de 10 de dezembro de 1997; III - destinem integralmente os resultados financeiros à manutenção e ao desenvolvimento dos seus objetivos sociais; IV - sejam transparentes na gestão, inclusive quanto aos dados econômicos e financeiros, contratos, patrocinadores, direitos de imagem, propriedade intelectual e quaisquer outros aspectos de gestão; V - garantam a representação da categoria de atletas das respectivas modalidades no âmbito dos órgãos e conselhos técnicos incumbidos da aprovação de regulamentos das competições; V - garantam a representação da categoria de atletas das respectivas modalidades no âmbito dos órgãos da entidade incumbidos diretamente de assuntos esportivos e dos órgãos e conselhos técnicos responsáveis pela aprovação de regulamentos das competições; VI - assegurem a existência e a autonomia do seu conselho fiscal; VII - estabeleçam em seus estatutos: a) princípios definidores de gestão democrática; b) instrumentos de controle social; c) transparência da gestão da movimentação de recursos; d) fiscalização interna; d) mecanismos de controle interno; e) alternância no exercício dos cargos de direção; f) aprovação das prestações de contas anuais por conselho de direção, precedida por parecer do conselho fiscal; e g) participação de atletas nos colegiados de direção e na eleição para os cargos da entidade; e h) colégio eleitoral constituído de todos os filiados no gozo de seus direitos, observado que a categoria de atleta deverá possuir o equivalente a, no mínimo, 1/3 (um terço) dos votos, já computada a eventual diferenciação de valor de que trata o inciso I do caput do art. 22 desta Lei; i) possibilidade de apresentação de candidatura ao cargo de presidente ou dirigente máximo da entidade com exigência de apoio limitado a, no máximo, 5% (cinco por cento) do colégio eleitoral; j) publicação prévia do calendário de reuniões da assembleia geral e posterior publicação sequencial das atas das reuniões realizadas durante o ano; e k) participação de atletas nos colegiados de direção e no colégio eleitoral por meio de representantes de atletas eleitos diretamente e de forma independente pelos atletas filiados da entidade; e VIII - garantam a todos os associados e filiados acesso irrestrito aos documentos e informações relativos à prestação de contas, bem como àqueles relacionados à gestão da respectiva entidade de administração do desporto, os quais deverão ser publicados na íntegra no sítio eletrônico desta”.

afastamento e inelegibilidade do administrador ou dirigente que praticar gestão temerária. No que toca aos órgãos de administração do desporto, bem como às ligas, são previstas obrigações referentes à publicação das prestações de contas e demonstrações contábeis, as quais deverão ser previamente submetidas a uma auditoria independente, bem como à existência e autonomia de um conselho fiscal e de sanções internas para o eventual descumprimento das obrigações previstas no Artigo 4º. Estes mecanismos de sancionamento interno são previstos também pelo Artigo 26, no que toca aos dirigentes que eventualmente venham a praticar gestão temerária ou irregular (JANUÁRIO, 2019a, p. 137-138).

Conforme já mencionado, estas previsões não podem ser estritamente consideradas como de *compliance*. Contudo, em uma leitura mais ampla, são medidas que podem ser adotadas no cerne destes mecanismos, podendo estas previsões legais serem consideradas, assim, como vinculações de “nível 2”, uma vez que condicionam o auferimento de benefícios fiscais e a manutenção no “PROFUT” à adoção das medidas supracitadas (JANUÁRIO, 2019a, p. 140).

Em definitivo, observa-se que, tomando por base a classificação progressiva proposta por Engelhart (2014, p. 67-71), o nível máximo dos incentivos apresentados pelo ordenamento jurídico brasileiro às entidades desportivas, para a implantação de programas de *compliance*, é de nível 4, quando no âmbito da prevenção de crimes de lavagem de dinheiro, conforme as obrigações previstas na Lei 9.613/98. Pende, porém, da previsão de responsabilidade penal das pessoas jurídicas por crimes desportivos, não sendo aplicável, conseqüentemente, uma vinculação de nível 5.

2 ESTRUTURAÇÃO CONCRETA DOS PROGRAMAS DE COMPLIANCE NO ÂMBITO DESPORTIVO

Sendo certo que a estruturação concreta de um programa de *compliance*⁹ dependerá de alguns fatores que variarão de empresa para empresa, tais como os setores nos quais cada qual atua, os quais influenciarão diretamente nos riscos aos quais elas se verão submetidas, nos ateremos no presente trabalho, aos elementos nos quais observamos maiores particularidades nos programas de cumprimento quando implantados em entidades que atuam no setor desportivo.

A partir da classificação adotada por Marc Engelhart (2012, p. 711-719), podemos subdividir a concreta implantação dos programas de *compliance* em três “colunas”. A primeira delas seria caracterizada pelo trinômio (I) detectar – definir – estruturar, momento no qual deve ser feita a análise e valoração dos riscos, a definição de medidas de prevenção, detecção, e comunicação, assim como a definição dos valores que nortearão a atuação empresarial, criando, ainda, a estrutura de *compliance* propriamente dita (VERÍSSIMO, 2017, p. 277).

Assim, mostram-se como elementos básicos e imprescindíveis nesta fase dos programas de *compliance*, as atividades de avaliação e análise dos riscos¹⁰, permitindo a racional alocação de recursos para aquelas áreas que demandam maior atenção da empresa. No que tange aos riscos em matéria penal, a função do especialista é a de apontar, com

⁹ Sobre alguns dos elementos essenciais aos programas de *compliance*, conferir: RODRIGUES, 2020, p. 97 e ss.

¹⁰ Segundo Adán Nieto Martín (2018, p. 184), muito embora sejam muitas vezes tratadas como se indistintas fossem, as atividades de análise e avaliação dos riscos representam fases diferentes do procedimento. Através da análise de riscos, busca-se detectar a existência e a probabilidade do risco, enquanto que através da avaliação, é averiguada a necessidade de medidas específicas quanto aos riscos já detectados.

relação a cada delito, as diferentes formas através das quais eles podem ocorrer no cotidiano empresarial (NIETO MARTÍN, 2018, p. 181-182).

Para tanto, as fases deste procedimento a serem atendidas, segundo Adán Nieto Martín (2018, p. 182-186), são: (I) a fixação do objeto, especificando qual será o setor da atividade empresarial no qual, naquele momento, os riscos serão analisados e avaliados; (II) a identificação das possíveis infrações – penais, administrativas e também do código de ética – que podem afetar o setor; (III) a probabilidade dos riscos, aferindo-se qual é a probabilidade de ocorrência de determinada infração, através de análise do histórico desta e de outras empresas do ramo, dos controles dos quais elas dispõem e também de estimativas subjetivas; (IV) a avaliação dos riscos, com a consequente classificação dos mesmos em razão de sua relevância; (V) o tratamento dos riscos, definindo-se medidas de mitigação dos mesmos ou até mesmo proibição de determinadas atividades; e a (VI) revisão, com a constante reavaliação dos riscos. Nesta fase do procedimento, é importante a elaboração do chamado “mapa de riscos penais”, ou “inventário de riscos”, através dos quais são identificadas e avaliadas continuamente e qualitativamente as possibilidades de perdas e danos no setor (KROMSCHRÖDER; LÜCK, 1998, p. 1574; NIETO MARTÍN, 2018, p. 188).

No que toca à análise e gerenciamento de riscos das entidades atuantes no setor desportivo, algumas particularidades do mesmo devem ser observadas. Inicialmente, há que se levar em conta não apenas o elevado montante financeiro que é movimentado nesta seara, como também a própria dificuldade de aferição da razoabilidade dos valores destas transações, o que deixa o setor vulnerável para a ocultação de condutas ilícitas (DE SANCTIS, 2014, 29-30; JANUÁRIO, 2019a, p. 148-

150)¹¹. Além disso, muitas vezes os clubes e demais entidades desportivas enfrentam dificuldades financeiras, o que pode fazer com que tratem de maneira prioritária as necessidades econômicas em desfavor de deveres éticos. Este quadro de vulnerabilidades também se dá, muitas vezes, com os atletas, não apenas no viés financeiro, mas também cultural e intelectual, diante das dificuldades de acesso às necessárias informações para a aferição da licitude ou não de sua atuação (FATF-GAFI, 2009, p. 15-16).

A própria seleção dos mais diversos agentes – pessoas físicas e jurídicas – deve ser feita de maneira criteriosa, haja vista que muitos riscos decorrem justamente desta escolha. Para além dos atletas, comissão técnica, diretoria e torcedores, há muitos outros envolvidos com as atividades desportivas, tais como patrocinadores, empresas de telecomunicação, marketing, construção civil, dentre outras, cada qual com seus respectivos interesses, os quais podem entrar em conflito entre si e também para com as diretrizes éticas e legais da entidade (FATF-GAFI, 2009, p. 14; DE SANCTIS, 2014, p. 29-30).

É fato que, muitas vezes, inexistem, por parte das pessoas jurídicas desportivas, critérios minuciosos para a seleção dos agentes com quem irão negociar, de quem receberão investimentos e até mesmo que irão compor seu quadro administrativo, uma vez que, conforme estudo do FATF-GAFI (2009, p. 14), a profissionalização no setor, quando existente, ainda é muito recente.

¹¹ “A título de exemplificação, como se aferir, de maneira objetiva, que a transação de determinado atleta ultrapassa seu verdadeiro valor, podendo estar encobrendo uma operação de branqueamento? Ou que o resultado de determinada partida não poderia corresponder com a real qualidade das equipes, podendo ser decorrente do pagamento de vantagens indevidas para determinado atleta ou árbitro?” (JANUÁRIO, 2019a, p. 150).

Todos estes fatores devem ser considerados na análise e avaliação dos riscos, em conjunto com os respectivos aspectos legais derivados não apenas do ordenamento jurídico nacional, mas também de normativas supranacionais e estrangeiras, se for o caso, a fim de se aferir as possibilidades e probabilidade de ocorrência de ilícitos e violações ao Código de Ética, especialmente, no que toca aos interesses do presente trabalho, de solicitação, aceite, dádiva ou promessa de vantagem com a finalidade de alteração ou falseamento do resultado de competição ou evento a ela associado, aptos incorrer nas penas previstas para as modalidades ativa e passiva de corrupção desportiva, nos termos dos Artigos 41-C e 41-D da Lei 10.671/03.

Ainda nesta primeira fase da estruturação do programa de *compliance*, é necessária a elaboração de um Código de Ética e de Conduta¹², através do qual a empresa imporá os estandartes de atuação para seus agentes e assumirá compromissos de respeito aos direitos trabalhistas, humanos, ambientais, penais, dentre outros (NAVAS MONDACA, 2013, p. 112-113). Nele estarão previstos desde noções principialistas, tais como as missões e valores da empresa, como também padrões de comportamento e mecanismos sancionatórios. Eduardo Saad-Diniz (2019, p. 166-169) explica a necessidade da implantação também, de um manual de *compliance*, no qual serão previstas as operações, procedimentos e processos de tomadas de decisões¹³.

¹² Sustentando a essencialidade destes instrumentos, Antonio Lascuráin (2013, p. 129) atribui a eles o caráter de norma fundamental da pessoa jurídica, vinculante aos seus empregados e diretores.

¹³ Explica o autor, que “o manual de *compliance* deveria ser concebido como um dos principais ativos da empresa. Deve poder apresentar a todos os *stakeholders* a forma como a empresa lida com as infrações éticas e se organiza para a promoção da cooperação, tolerância e solidariedade em sua atividade empresarial” (SAAD-DINIZ, 2019, p. 169).

É evidente que a concreta configuração do Código de Conduta variará de entidade para entidade. De maneira geral, porém, no âmbito desportivo, é importante a definição dos limites subjetivos de sua aplicação, ou seja, das pessoas para os quais as suas previsões são dirigidas, rol este, porém, que entendemos não poder ser demasiadamente restrito, diante da diversidade de agentes que de uma forma ou de outra, podem estar envolvidos com as atividades da entidade. Além disso, no que tange aos interesses do presente trabalho, são importantes as previsões relacionadas a condutas que podem vir a configurar corrupção, em especial aquelas que definem os limites objetivos e subjetivos de permissibilidade quanto à oferta e aceite de presentes, hospitalidade, ingressos, dentre outros agrados. Uma vez que estes são muito comuns nesta seara, é fundamental a atenção da entidade quanto a estas condutas, diante da real possibilidade de configuração dos crimes de corrupção desportiva (JANUÁRIO, 2019a, p. 151-158).

Assim como ocorre nos programas de *compliance* dos demais setores, deve ser implantado, na entidade desportiva, um canal de denúncias e orientação¹⁴, que garanta o anonimato e a segurança de colaboradores e pessoas externas à pessoa jurídica, que decidam reportar situações problemáticas (SCHÄFER; PAETZEL, 2015, p. 155). No caso, estes canais devem ser abertos para eventuais interessados de todos os setores da entidade, bem como externos a ela (JANUÁRIO, 2019a, p. 158-159).

Ainda no plano da primeira coluna, faz-se necessária a definição das competências dos agentes envolvidos com o mecanismo (GARCIA

¹⁴ Destacamos também seu papel de orientação, servindo estes canais como uma importante ferramenta de auxílio aos trabalhadores que se vejam em situações problemáticas. É o caso, por exemplo, do *Help Desk* da Siemens, o qual pode ser contactado por funcionários do mundo inteiro para esclarecimento de dúvidas. A frequência das eventuais dúvidas se tornam um importante indicador das questões mais problemáticas por eles enfrentadas (MOOSMAYER, 2010, p. 90).

CAVERO, 2014, p. 39), sendo que estas devem estar expressamente previstas no código de ética e/ou no manual de *compliance*. A depender da complexidade da instituição, poderão as atividades de *compliance* ser delegadas a uma única pessoa – que pode ser o caso de entidades menos complexas, tais como os clubes –, ou então se fazer necessária a criação de todo um departamento para tanto – para o caso de federações internacionais, por exemplo (JANUÁRIO, 2018, p. 108-109).

A segunda coluna da classificação adotada por Engelhart (2012, p. 711-719) é caracterizada pelo trinômio “comunicar – promover – organizar” e engloba os mecanismos de comunicação, treinamento e promoção da cultura de *compliance* no cerne da pessoa jurídica. No âmbito das entidades desportivas, essa fase é crucial, diante da ampla diversidade de agentes atuantes na entidade, mas também pela alta rotatividade dos mesmos, especialmente de atletas e comissão técnica. Assim, aos novos membros deve ser sempre proporcionado conhecimento das políticas da entidade e do conteúdo do programa, a fim de potencializar seu cumprimento (JANUÁRIO, 2018, p. 109-110).

Por fim, na terceira coluna, definida pelo trinômio “reagir – sancionar – aperfeiçoar”, se encontram os mecanismos de investigação e sancionamento interno, bem como de melhoramento contínuo do programa (ENGELHART, 2012, p. 711-719). Diante já mencionada rotatividade dos agentes, estes últimos são fundamentais, uma vez que os riscos aos quais determinada pessoa jurídica encontra-se submetida costumam se alterar com a troca de um agente, ou com a celebração de um novo contrato, por exemplo. Desta feita, o programa deve ser constantemente revisado e atualizado (JANUÁRIO, 2019a, p. 163-164).

3 DO PAPEL DOS PROGRAMAS DE COMPLIANCE NA AFERIÇÃO DA RESPONSABILIDADE PENAL POR CRIMES DE CORRUPÇÃO DESPORTIVA

No que se refere aos eventuais efeitos dos programas de compliance na aferição da responsabilidade penal pelos crimes de corrupção desportiva, previstos pelo Estatuto do Torcedor, feita a ressalva de que são um pouco menos acentuados do que em outros ordenamentos jurídicos (tais como o de Portugal), não apenas pela própria estrutura do tipo, mas também pela inexistência de responsabilidade penal das pessoas jurídicas por estes delitos no Brasil, algumas considerações devem ser feitas.

Conforme explica Wolfgang Frisch (2004, p. 106; 117; 134), há setores na sociedade que possuem diversos tipos de regulamentação, os quais podem influenciar na imputação normativa. Neste sentido, observamos, por exemplo, algumas condutas que são regulamentadas por normas “pré-jurídicas”, “pré-jurídico-penais” e aquelas que não são reguladas por qualquer norma de cuidado. As normativas internas de uma determinada pessoa jurídica, dentre as quais, o código de ética, enquadram-se, no nosso entender, no primeiro grupo, uma vez que fazem parte daquelas derivadas de normas ou diretrizes desenvolvidas por associações profissionais ou membros de determinado setor de atividade que formam uma espécie de *lex artis* (JANUÁRIO, 2019a, p. 166-167).

Estas normas pré-jurídicas de redução de riscos, segundo Frisch (2004, 128-129), tem caráter de norma primária de redução de riscos, de maneira paralela às normas estatais não-penais, devendo ser levadas em conta na aferição da tipicidade do comportamento. Isso quer dizer que quando um determinado agente atuar de acordo com esta normativa – no caso, o código de ética – e este puder ser considerado, sob uma

perspectiva *ex ante*, suficiente e adequado para a redução dos riscos concretamente afetados, não poderá ser considerada típica a conduta. Quando, porém, já no momento da conduta, a idoneidade da normativa interna para a tutela do bem jurídico efetivamente colocado em risco for questionável, o seu mero cumprimento não será suficiente para afastar a tipicidade, fazendo-se necessária uma análise do caso concreto para aferir se o risco básico fora ou não ultrapassado (JANUÁRIO, 2019a, p. 167).

Conforme já exposto, são muito rotineiros, no setor desportivo, a oferta e o recebimento de presentes e agrados, sendo certo, porém, que nem todos podem ser considerados ilícitos. Neste sentido, a normativa empresarial pode ser fundamental na delimitação entre as condutas aceitáveis e aquelas que devem ser proibidas, em razão de serem aptas a colocar em perigo a verdade e a lealdade da competição desportiva ou evento associado, representando assim, um risco de corrupção proibido (JANUÁRIO, 2019a, p. 168).

Ademais, diante da imperiosidade da realização de constantes treinamentos, cujos *feedbacks* são obtidos mediante testes e afins, os programas de *compliance* podem se mostrar também muito relevantes na aferição da “bagagem de conhecimentos” do agente, através de dados externamente observáveis, análise esta que se mostra importante, não apenas no juízo de previsibilidade a ser feito sobre a conduta do agente que viola a norma primária de cuidado – no caso, o código de ética –, mas também para aferir os elementos subjetivos do tipo, em especial, a finalidade de alteração ou falseamento do resultado, sem hipotéticas incursões “na mente” do agente (JANUÁRIO, 2018, p. 118-123).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme restou demonstrado no decorrer do trabalho, a seara desportiva hodierna representa um complexo setor de intersecção de interesses não unicamente vinculados à modalidade em questão, mas também econômicos, financeiros e políticos, fato este que está na base da crescente divulgação de escândalos envolvendo ilícitos perpetrados no cerne das entidades desportivas.

Com base nisso, os programas de *compliance* mostram-se como mecanismos de autorregulação corporativa de grande importância também neste setor, atuando como um instrumento de promoção da ética e de uma cultura de cumprimento normativo neste ambiente, bem como auxiliando na prevenção, investigação e repressão interna de ilícitos.

No ordenamento jurídico brasileiro, porém, os incentivos à adoção destes programas pelas entidades do setor em comento ainda são tímidos. Há previsões de instrumentos de apoio Estatal informal, benefícios na aplicação de eventuais sanções administrativas e a previsão de algumas sanções setoriais para o caso de descumprimento destas obrigações, tais como no caso da Lei de Lavagem de Dinheiro. Pende, porém, da responsabilidade penal das pessoas jurídicas por crimes desportivos e conseqüentemente, de uma vinculação de nível 5, consubstanciada pela possibilidade de exclusão desta responsabilidade pela adoção de eficientes programas de cumprimento.

Conforme demonstramos, algumas especificidades devem ser observadas na estruturação e implantação dos programas das entidades desportivas. As principais se encontram no plano do gerenciamento de riscos, da elaboração do código de ética e do manual de *compliance*, do

canal de denúncias, da definição das competências, dos treinamentos referentes ao programa e dos mecanismos de atualização do mesmo, diante da inegável dinamicidade do setor no que toca às trocas de atletas e demais agentes desportivos.

No que tange aos eventuais reflexos da adoção destes programas na aferição da responsabilidade penal pelos crimes de corrupção desportiva, demonstramos que seu aproveitamento se dá no plano da tipicidade objetiva, nomeadamente na consideração das normativas empresariais internas como verdadeiras normas primárias de redução de riscos, colaborando na delimitação entre o risco proibido e o risco básico tolerado. Uma vez, ainda, que devem constar destes mecanismos os constantes treinamentos a respeito do programa e das normas legais e internas da companhia em questão, os programas de *compliance* podem auxiliar também na aferição da tipicidade subjetiva do comportamento do agente, uma vez que através de elementos externos observáveis, é possível analisar a bagagem de conhecimentos do sujeito e averiguar se o mesmo realizou um compromisso com a lesão do bem jurídico tutelado, no caso, a verdade e a lealdade nas competições desportivas e eventos associados.

REFERÊNCIAS

- ANTONIO LASCURAÍN, Juan. Compliance, debido control y unos refrescos. In: ARROYO ZAPATERO, Luis; NIETO MARTÍN, Adán (dir.). *El derecho penal económico en la era compliance*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013. p. 111-136.
- BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais penais: comentários à Lei 9.613 com as alterações da Lei 12.683/2012*. 2.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

BARRILARI, Claudia Cristina. *Crime empresarial, autorregulação e compliance*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

BRASIL. *Decreto Nº. 11.129, de 11 de julho de 2022*: Regulamenta a Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013, que dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2022/Decreto/D11129.htm>. Acesso em 01 de agosto de 2022.

BRASIL. *Lei Nº. 10.671, de 15 de maio de 2003*: dispõe sobre o Estatuto de Defesa do Torcedor e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/l10.671.htm>. Acesso em 27 de abril de 2019.

BRASIL. *Lei Nº. 12.683, de 9 de julho de 2012*: altera a Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998, para tornar mais eficiente a persecução penal dos crimes de lavagem de dinheiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12683.htm#art2>. Acesso em 22 de setembro de 2019.

BRASIL. *Lei Nº. 12.846, de 1º de Agosto de 2013*: dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12846.htm>. Acesso em 23 de setembro de 2019.

BRASIL. *Lei Nº. 13.155, de 4 de Agosto de 2015*: estabelece princípios e práticas de responsabilidade fiscal e financeira e de gestão transparente e democrática para entidades desportivas profissionais de futebol; institui parcelamentos especiais para recuperação de dívidas pela União, cria a Autoridade Pública de Governança do Futebol - APFUT; dispõe sobre a gestão temerária no âmbito das entidades desportivas profissionais; cria a Loteria Exclusiva - LOTEEX; altera as Leis nº 9.615, de 24 de março de 1998, 8.212, de 24 de julho de 1991, 10.671, de 15 de maio de 2003, 10.891, de 9 de julho de 2004, 11.345, de 14 de setembro de 2006, e 11.438, de 29 de dezembro de 2006, e os Decretos-Leis nº 3.688, de 3 de outubro de 1941, e 204, de 27 de fevereiro de 1967; revoga a Medida Provisória nº 669, de 26 de fevereiro de 2015; cria programa de iniciação esportiva escolar; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13155.htm>. Acesso em 24 de setembro de 2019.

BRASIL. *Lei Nº. 9.605, de 12 de fevereiro de 1998*: dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá

outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9605.htm>. Acesso em 22 de setembro de 2019.

BRASIL. *Lei Nº. 9.613, de 3 de Março de 1998*: dispõe sobre os crimes de "lavagem" ou ocultação de bens, direitos e valores; a prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos previstos nesta Lei; cria o Conselho de Controle de Atividades Financeiras - COAF, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9613.htm>. Acesso em 22 de setembro de 2019.

BRASIL. *Lei Nº. 9.615, de 24 de Março de 1998*: institui normas gerais sobre o desporto e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9615consol.htm>. Acesso em 24 de setembro de 2019.

CANESTRARO, Anna Carolina; JANUÁRIO, Túlio Felipe Xavier. Responsabilidade penal da pessoa coletiva e princípio da culpabilidade: análise crítica do modelo português. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, Porto Alegre*, n. 39, p. 261-285, dez. 2018. Disponível em: <<https://doi.org/10.22456/0104-6594.77092>>. Acesso em 23 de setembro de 2019.

CARDOSO, Débora Motta. *Criminal compliance na perspectiva da lei de lavagem de dinheiro*. São Paulo: LiberArs, 2015.

DE BEM, Leonardo Schmitt. A corrupção e as fraudes no cenário esportivo brasileiro. In: DE BEM, Leonardo Schmitt; DE VICENTE MARTÍNEZ, Rosário (coord.). *Direito desportivo e conexões com o direito penal*. Curitiba: Juruá Editora, 2014. p. 351-377.

DE SANCTIS, Fausto. *Football, gambling and Money laundering: a global criminal justice perspective*. Heidelberg: Springer International Publishing Switzerland, 2014.

ENGELHART, Marc. Corporate criminal liability from a comparative perspective. In: BRODOWSKI, Dominik; DE LOS MONTEROS DE LA PARRA, Manuel Espinoza; TIEDEMANN, Klaus; VOGEL, Joachim (ed.). *Regulating Corporate Criminal Liability*. Heidelberg: Springer, 2014. p. 53-78.

EUROPA PRESS. *Caso Neymar: el Barça ratifica el acuerdo de conformidad con Fiscalía y ve cerrado el 'Caso Neymar 1'*. 14 de dezembro de 2016. Disponível em: <<http://www.rtve.es/deportes/20161214/barca-ratifica-acuerdo-conformidad-fiscalia-ve-cerrado-caso-neymar-1/1453900.shtml>>. Acesso em 30 de setembro de 2019.

- FATF-GAFI. FATF Report: *Money laundering through the Football Sector*. Paris, FATF/OECD, 2009.
- FIFA. *Financial report 2014*. Zurique, 2015. Disponível em: <<http://www.fifa.com/governance/finances/index.html>>. Acesso em 07 de fevereiro de 2018.
- FRISCH, Wolfgang. *Comportamiento típico e imputación del resultado*. Traducción de la edición alemana por Joaquín Cuello Contreras; José Luis Serrano González de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2004.
- GARCIA CAVERO, Percy. *Criminal compliance*. Lima: Palestra Editores, 2014.
- GARCÍA-HERRERA, Alicia. Prevenir la corrupción en la gestión de federaciones y clubes de fútbol: la eficacia de las prácticas de buen gobierno y del compliance penal. *Revista internacional transparencia e integridad*, n. 4, mai./ago. 2017. Disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6409956>>. Acesso em 20 de setembro de 2019.
- JANUÁRIO, Túlio Felipe Xavier. *Criminal compliance e corrupção desportiva: um estudo com base nos ordenamentos jurídicos do Brasil e de Portugal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019a.
- JANUÁRIO, Túlio Felipe Xavier. *Criminal compliance e corrupção no fenômeno desportivo: particularidades e reflexos na responsabilidade penal em face da Lei 50/2007, de 31 de Agosto*. 2018a. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de Coimbra.
- JANUÁRIO, Túlio Felipe Xavier. Da (ir)relevância dos programas de compliance no modelo brasileiro de responsabilidade penal das pessoas jurídicas: considerações críticas ao Projeto de Novo Código Penal. *Revista Direito e Liberdade*, Natal, v. 21, n. 2, p. 327-357, maio/ago. 2019b. Disponível em: <http://www.esmarn.tjrj.jus.br/revistas/index.php/revista_direito_e_liberdade/article/view/1951>. Acesso em 23 de setembro de 2019.
- JANUÁRIO, Túlio Felipe Xavier. Da teoria do delito para as pessoas jurídicas: análise a partir da teoria construtivista de “autorresponsabilidade” dos entes coletivos. *Revista de Estudos Jurídicos UNESP*, Franca, ano 20, n. 32, p. 161-191, jul./dez. 2016. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.22171/rej.v20i32.2155>>. Acesso em 23 de setembro de 2019.
- JANUÁRIO, Túlio Felipe Xavier. Das especificidades dos programas de compliance no setor desportivo e seus possíveis reflexos na responsabilidade penal pelos crimes da

Lei 10.671/03. In: IBCCRIM. *Anais do III CPCRIM: III Congresso de Pesquisa em Ciências Criminais, de 28 a 30 de agosto de 2019*. São Paulo: IBCCRIM, 2019c, p. 218-239.

JANUÁRIO, Túlio Felipe Xavier. Dos limites do risco permitido para as pessoas jurídicas: uma análise do defeito de organização como um problema de imputação objetiva. *Conpedi law review*, Zaragoza, v. 4, n. 1, p. 1-23, jan./jun. 2018b. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.26668/2448-3931_conpedilawreview/2018.v4i1.4514>. Acesso em 23 de setembro de 2019.

KPMG SPORTS. *Impacto socio-económico del fútbol profesional en España*. 2015. Disponível em: <<https://home.kpmg.com/es/es/home/tendencias/2015/05/impacto-socio-economico-futbol-profesional-espana.html>>. Acesso em 07 de fevereiro de 2018.

KROMSCHRÖDER, Bernhard; LÜCK, Wolfgang. Grundsätze risikoorientierter Unternehmensüberwachung. *Der Betrieb*, v. 51, n. 32, p. 1573-1576, 1998.

MOOSMAYER, Klaus. Das Compliance Programm von Siemens: Vorbeugen (Prevent) – Aufdecken (Detect) – Reagieren (Respond) und fortlaufende Verbesserung (Continuous Improvement). *Neue Kriminologische Schriftenreihe: Wirtschafts kriminalität*, Mönchengladbach, v. 112, p. 83-96, 2010.

NAVAS MONDACA, Iván. Los códigos de conducta y el derecho penal económico. In: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María (dir.); MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel (coord.). *Criminalidad de empresa y compliance: prevención y reacciones corporativas*. Barcelona: Atelier, 2013. p. 111-130.

NETTO, Alamiro Velludo Salvador. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

NIETO MARTÍN, Adán. Código de ética, avaliação de riscos, educação e treinamento. In: NIETO MARTÍN, Adán; SAAD-DINIZ, Eduardo; GOMES, Rafael Mendes. *Manual de cumprimento normativo e responsabilidade penal das pessoas jurídicas*. 1.ed. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018. p. 163-198.

RODRIGUES, Anabela Miranda. *Direito penal económico: uma política criminal na era compliance*. 2.ed. Coimbra: Almedina, 2020.

SAAD-DINIZ, Eduardo. *Ética negocial e compliance: entre a educação executiva e a interpretação judicial*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

- SCHÄFER, Ralf; PAETZEL, Ullrich. Kernelemente eines Compliance-Management-Systems. In: ZENKE, Ines; SCHÄFER, Ralf; BROCKE, Holger (Hrsg.). *Risikomanagement, Organisation, Compliance für Unternehmer*. Berlin: De Gruyter, 2015. p. 113-172.
- SENADO FEDERAL. *Projeto de Lei do Senado Nº 236, de 2012: Anteprojeto de Código Penal*. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/106404>>. Acesso em 22 de setembro de 2019.
- SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Autorregulação, responsabilidade empresarial e *criminal compliance*. In: SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; SAAD-DINIZ, Eduardo. *Compliance, direito penal e lei anticorrupção*. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 25-239.
- SOUSA, Susana Aires de. *Questões fundamentais de direito penal da empresa*. Coimbra: Almedina, 2019.
- TONIETTI, Diego Oliveira. et al. Compliance no Esporte. In: LEMOS, Bruno Espiñeira; GONÇALVES, Carlos Eduardo; HÖHN, Ivo; QUINTIERE, Victor Minervino. (orgs.). *Compliance e temas relevantes de direito e processo penal: estudos em homenagem ao advogado e professor Felipe Caldeira*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018. p. 433-457.
- VERÍSSIMO, Carla. *Compliance: incentivo à adoção de medidas anticorrupção*. São Paulo: Saraiva, 2017.



A Editora Fi é especializada na editoração, publicação e divulgação de produção e pesquisa científica/acadêmica das ciências humanas, distribuída exclusivamente sob acesso aberto, com parceria das mais diversas instituições de ensino superior no Brasil e exterior, assim como monografias, dissertações, teses, tal como coletâneas de grupos de pesquisa e anais de eventos.

Conheça nosso catálogo e siga as nossas páginas nas principais redes sociais para acompanhar novos lançamentos e eventos.



www.editorafi.org

contato@editorafi.org