

ROGÉRIO GESTA LEAL
ANIZIO PIRES GAVIÃO FILHO
ORGANIZADORES

**COLETÂNEA DO
III SEMINÁRIO
INTERNACIONAL
TUTELAS À EFETIVAÇÃO
DE DIREITOS
INDISPONÍVEIS**

Porto Alegre • 2019



ROGÉRIO GESTA LEAL
ANIZIO PIRES GAVIÃO FILHO
ORGANIZADORES

CONSELHO ADMINISTRATIVO

David Medina da Silva – Presidente

Cesar Luis de Araújo Faccioli – Vice-Presidente

Fábio Roque Sbardellotto – Secretário

Alexandre Lipp João – Representante do Corpo Docente

DIREÇÃO DA FACULDADE DE DIREITO

Fábio Roque Sbardellotto

COORDENADOR DO CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

Luis Augusto Stumpf Luz

CONSELHO EDITORIAL

Anizio Pires Gavião Filho

Fábio Roque Sbardellotto

Guilherme Tanger Jardim

Luis Augusto Stumpf Luz

COLETÂNEA DO III SEMINÁRIO INTERNACIONAL TUTELAS À EFETIVAÇÃO DE DIREITOS INDISPONÍVEIS

Porto Alegre • 2019



© FMP 2019

CAPA: Barbara Tejada

DIAGRAMAÇÃO: Liquidbook | tecnologias para publicação

REVISÃO DE TEXTO: Liquidbook | tecnologias para publicação

EDITOR: Rafael Martins Trombetta | Liquidbook

RESPONSABILIDADE TÉCNICA Patricia B. Moura Santos

Fundação Escola Superior do Ministério Público

Inscrição Estadual: Isento

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

Porto Alegre – RS – CEP 90010-350

Fone/Fax (51) 3027-6565

E-mail: fmp@fmp.com.br

Website: www.fmp.edu.br

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação

CIP-Brasil. Catalogação na fonte

S471 Seminário Internacional Tutelas à Efetivação de Direitos Indisponíveis (3. : 2019 : Porto Alegre, RS)
Coletânea do III Seminário Internacional Tutelas à Efetivação de Direitos Indisponíveis [recurso eletrônico] / Rogério Gesta Leal, Anizio Pires Gavião Filho, organizadores. – Porto Alegre: FMP, 2019. 746 p.

Modo de acesso: <<http://www.fmp.edu.br/publicacoes>>
ISBN 978-85-69568-15-5

1. Direitos Fundamentais. 2. Constitucionalidade.
3. Direitos Subjetivos. I. Leal, Rogério Gesta.
II. Gavião Filho, Anizio Pires. III. Título.

CDU: 342:7

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

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

Apresentação

Colapsos da democracia e metamorfoses normativas redefinindo as funções democráticas dos sistemas jurídicos

Tempos de crises institucionais, políticas e econômicas, de modo geral, colocam na agenda dos debates internacionais e nacionais grandes e sérios perigos a determinadas conquistas, princípios e liberdades constitucionais da Democracia. Em tais contextos, a tentação de desrespeitar tais direitos e garantias encontra-se em seu apogeu, enquanto os seus tradicionais mecanismos de efetivação e proteção estão em baixa.¹

Em meio a tais turbulências, garantias constitucionais são colocadas à prova, razão pela qual os compromissos permanentes em preservar e manter direitos e liberdades devem estar constantemente equalizados/convergentes com os cuidados de transmutar a Constituição em um pacto suicida, na expressão do juiz da Suprema Corte Norte-americana, Robert H. Jackson. O juiz Robert U. Jackson, em 1949, no caso *Terminiello v. Chicago*, no qual a maioria dos magistrados decidiu que uma lei municipal de Chicago que proibia o discurso de provocar a ira do público, convidar a disputas, provocar situação de inquietação ou criar um distúrbio estaria violando as Primeira e Décima Quarta Emendas à Constituição Norte-americana. O juiz a dissentiu sob o argumento de que:

Esta Corte foi longe em aceitar a doutrina de que a liberdade civil significa a remoção de todas as restrições dessas multidões e que todas as tentativas locais de manter a ordem são impedimentos da liberdade do cidadão. A escolha não é entre ordem e liberdade. É entre liberdade com ordem e anarquia sem qualquer um. Há o perigo de que, se

¹ Cf. GROOM, Brian. Detaining suspects not abuse of Human Rights. *Financial Times*, London, nov. 12, 200.

a Corte não temperar sua lógica doutrinária com um pouco de sabedoria prática, converterá a Carta de Direitos constitucional em um pacto de suicídio.²

O problema é que os cenários de emergências, crises, riscos e perigos são cada vez mais recorrentes, derivando sequelas de multiníveis, aumentando os custos de manutenção de liberdades públicas, direitos e garantias políticas tradicionais e gerando tensões de dimensões trágicas entre valores democráticos e respostas a emergências políticas, sociais e institucionais. Basta analisarmos – usando exemplo radical – algumas situações envolvendo nações democráticas em face de sérias ameaças terroristas que colapsam, por vezes, o exercício de liberdades públicas dos seus cidadãos.³

Ao mesmo tempo, exigências e crises agudas têm desafiado vários conceitos centrais da democracia constitucional e de sistemas jurídicos tradicionais, surgindo, desse modo, preocupações sobre qual a extensão e em que medida podem ser justificadas violações de valores fundamentais em nome da sobrevivência da própria democracia e da ordem constitucional. Em outras palavras, em que medida governos republicanos e democráticos podem justificar ações nessas direções sem transformar-se em regimes autoritários?

Quando exigências extremas surgem, de forma quase invariável, governos republicanos deixam nas mãos do Poder Executivo a responsabilidade imediata de seus enfrentamentos, levando ao fortalecimento deste enquanto poder de Estado,

e isto não somente em face dos demais poderes estatais, mas também diante de direitos individuais e liberdades públicas.⁴

Será que a habilidade do governo em agir rapidamente (por vezes secretamente) e decisivamente contra ameaças à sociedade transforma-se, diante de riscos e perigos iminentes, em questão superior que, inclusive, pode, de maneira controlada e responsável, ir de encontro a alguns princípios de limitação dos poderes governamentais e mesmo de direitos individuais? Será que crises econômicas, políticas e sociais tendem a resultar na expansão de poderes governamentais que vem, em regra, justificada como necessária para atendê-las?

Por outro lado, se o Poder Executivo tem assumido protagonismo diferenciando no confronto de cenários de crises sociais envolvendo principalmente riscos e perigos trágicos e iminentes, e isto, a despeito da vontade ou mesmo reação dos outros poderes de Estado, também ocorre justamente porque o tempo e a forma tradicionais de tomada de decisões na Democracia representativa ordinária, por vezes, não atende minimamente – por serem mais morosos – as expectativas e necessidades de determinadas demandas comunitárias marcadas por níveis de complexidade e emergências imediatas. Como nos diz Acemoglu e Robinson:

While such expansions and concentrations of powers are not unique to times of crisis, but rather are part of the modernization of society and the need for governmental involvement in an ever-growing number of areas of human activity, it can hardly be denied that such phenomena have been accelerated tremendously (and, at times, initiated) during emergencies. Our acceptance of the growing role of the executive branch as natural may be attributed, in part, to our conditioning during times of emergency.⁵

2 Do original: This Court has gone far toward accepting the doctrine that civil liberty means the removal of all restraints from these crowds and that all local attempts to maintain order are impairments of the liberty of the citizen. The choice is not between order and liberty. It is between liberty with order and anarchy without either. There is danger that, if the Court does not temper its doctrinaire logic with a little practical wisdom, it will convert the constitutional Bill of Rights into a suicide pact.). In *Terminiello v. City of Chicago*, 337 U.S. 1 (1949), p. 24. Ver na mesma linha o texto de BELLESILES, Michael A. Suicide Pact: New Readings of the Second Amendment. **Constitutional Commentary** 764, Minneapolis, v. 16, p. 247-261, 1999. Disponível em: <https://scholarship.law.umn.edu/concomm/764> Acesso em: 21 jan. 2019.

3 Cf. ARREGUIN-TOFT, Ivan. **How the weak win wars**: a theory of asymmetric conflict. New York: Cambridge University Press, 2005; WOLIN, Sheldon S. **Democracy incorporated**: managed democracy and the specter of inverted totalitarianism. New Jersey: Princeton University Press, 2008.

4 Cf. ROSENTHAL, Peter. The New Emergencies Act: Four Times the War Measures Act. **Manitoba Law Journal**, n. 563, p. 576-80, 1991. Disponível em: <https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/manitob20&div=44&id=&page=>. Acesso em: 11 fev. 2019.

5 ACEMOGLU, Daron; ROBINSON, James. The Role of Institutions in Growth and Development. **Review of Economics and Institutions**, University of Perugia, v.1, n. 2, 2010, p. 16. Disponível em: <http://www.rei.unipg.it/rei/article/view/14>. Acesso em: 18 fev. 2019.

Em face disto, dois vetores aparentemente antitéticos estão em constante tensão. De um lado está a existência de necessárias restrições e limitações aos poderes governamentais, as quais constituem atributos fundamentais dos regimes democráticos modernos; de outro lado, as ideias deste modelo de Democracia representativa, como os direitos individuais, a legitimidade dos poderes instituídos, a *accountability* social e os sistemas de controles dos poderes, os quais sugerem que, em tempos difíceis de instabilidades econômicas, políticas e sociais, podem surgir oportunidades em que o Governo, por vezes, precisa valer-se de medidas adequadas – sob o ponto de vista de suas efetividades – para dar conta de problemas de alta gravidade.

A fragilização do interesse no problema de lidar com emergências de variadas naturezas a partir de ações racionais e deliberadas publicamente tem levado à criação de fórmulas e pautas muito mais reativas e curativas do que preventivas dos problemas surgidos.⁶

O fenômeno ocorrido após o 11 de Setembro nos EUA efetivamente é um marco político e jurídico muito interessante para evidenciarmos essa fragilização, não somente pelos exageros cometidos em termos de violações de tratados internacionais e leis nacionais de proteção de direitos e garantias humanas, mas também pelo fato dos efeitos em cadeia que gerou em parte significativa do Ocidente, os quais replicaram do mesmo modo o tratamento a pessoas suspeitas de atos de terrorismo, ampliando radicalmente o que poderia ser entendido como tal.⁷

6 Lembremos do apoio esmagador que o Congresso Norte-americano deu ao *USA Patriot Act*, medida enviada pelo Presidente após apenas seis semanas dos ataques de 11 de setembro a despeito das inúmeras críticas que vários setores organizados da Sociedade Civil e da Imprensa fizeram a respeito das desnecessárias medidas violadoras de direitos individuais e humanos que estavam autorizando ao Poder Executivo a fazer. Como nos diz MCCARTHY, Michael T. Recent Developments - *USA Patriot Act*. *Harvard Law Review*, v. 39, n. 435, 2002, p. 38, neste episódio: “Established legislative procedures—such as the committee process and floor debate—were abandoned in the name of speedy process”. Ainda é interessante o registro que faz RICH, Frank. Wait Until Dark. *New York Times*, nov. 24, 2001, A27, argumentando que o “Congress passed the U.S.A.- Patriot Act before anyone could read it”.

7 No Reino Unido, nove meses depois do *USA Patriot Act*, como resposta aos eventos ocorridos no 11 de Setembro, o Governo apresentou ao Parlamento um pacote imenso de medidas para combater o terrorismo, o qual passou pela Câmara dos Comuns em apenas seis horas. É bem verdade que os britânicos já tinham tido experiência em menor escala com o episódio do *Bri-*

Em meio a esses cenários tormentosos, o Poder Judiciário é visto como o baluarte dos direitos e garantias fundamentais da cidadania, notadamente contra as ameaças que os Estados por vezes provocam, mesmo que em nome de riscos e perigos trágicos cada vez mais recorrentes, os quais, efetivamente, testam aquelas proteções cotidianamente, tornando as Cortes Judiciais cada vez mais vigilantes e atuantes, o que também provoca certos exageros de decisões (preventivas e curativas) em nome da proteção de prerrogativas defraudadas. Como nos lembra Rubin:

Notwithstanding statements about the courts’ role in safeguarding human rights and civil liberties precisely when those rights and liberties are most at risk, when faced with national crises, the judiciary tends to “go to war”. Judges, like the general public and its political leaders, “like to win wars” and are sensitive to the criticism that they impede the war effort. Thus, in states of emergency, national courts assume a highly deferential attitude when called upon to review governmental actions and decisions. Both domestic and international judicial bodies share this systemic failure.⁸

Para além disto, quando os sentidos estão à flor da pele a antiga dialética volta à tona. Falamos da evidenciada pelo binômio beligerante nós/eles, que passa a ter várias funções, permitindo que as pessoas destilem medo e raiva diante de contingências do medo (físicas e simbólicas), dirigindo energias emocionais negativas em relação a grupos ou indivíduos identificados como diferentes.⁹

O mesmo tema também explica a maior disposição em conceder poderes emergenciais a governos quando os outros estão bem definidos e claramente separados entre os membros da comunidade. A clareza da distinção entre nós/eles e a

tish Parliament’s enactment of the first Prevention of Terrorism (Temporary Provisions) Act of 1974 (PTA), decorrente da explosão de bombas no Birmingham pub que mataram 21 pessoas. A consolidação destes documentos está disponível em: https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/265689/4178.pdf. Acesso em: 25 fev. 2019.

8 RUBIN, Alvin B. *LA Law Review*, v. 40, n. 1, 1979. Disponível em: <https://digitalcommons.law.lsu.edu/lalrev/vol40/iss1/6>. Acesso em: 25 fev. 2019. p. 18.

9 Cf. WALZER, Michael. *Guerras Justas e Injustas*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

grande ameaça que eles representam a nós empodera governos para assumir medidas de emergência e, por vezes, usar ideologicamente ou estrategicamente estes cenários, normalizando exercícios ilegítimos e abusivos de poder. Como adverte Abranches:

Esse tipo particular de polarização responde a estímulos que levam as pessoas a sentir que pertencem a um grupo com identidade própria e antagônico a outro, em um contexto de perda generalizada de referências. A radical separação entre “nós aqui” e “eles lá” alimenta uma visão do outro fortemente estereotipada, preconceituosa e belicosa. Um ingrediente tóxico nas relações sociais e políticas. A toxicidade aparece no rompimento de amizades, na separação de famílias, na forte discriminação de todos que são vistos como do “outro lado” em todas as ocasiões sociais. Na política, no limite, leva à violência e à formação de milícias, digitais e reais.¹⁰

O fato de que os alvos dos mecanismos de contra emergência são percebidos como excluídos da sociedade, sendo, frequentemente, alguns estrangeiros, tem implicações importantes quando comunidades inteiras partem para o ataque dos níveis de balanceamento entre liberdade e segurança. Enfrentar com dureza os excluídos significa, por vezes e sob uma perspectiva mais liberal, que os benefícios percebidos ou reais de luta contra algumas atividades criminosas, como o terrorismo e a violência, reverterem para todos os *cidadãos de bem*, e os custos destas ações parecem surgir para distinguir, de forma ostensiva, os diferentes grupos sociais existentes.

Nesses ambientes marcados por incertezas e instabilidades categoriais e sociais, os institutos do Direito e as funções deste são postos à prova, notadamente em face de bens e interesses jurídicos transindividuais e públicos incondicionados,

objetos de discussões e reflexões do III Seminário Internacional sobre Direitos Indisponíveis, do Mestrado em Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público (FMP/RS), agora veiculados no formato de artigos científicos decorrentes dos grupos de trabalho que se deram na instituição.

Uma boa leitura a todos.

Anizio Pires Gavião

Rogério Gesta Leal

Coordenação do Mestrado em Direito da FMP

¹⁰ ABRANCHES, Sérgio. Polarização radicalizada e ruptura eleitoral. In: **Democracia em Risco** – 22 ensaios sobre o Brasil de hoje. São Paulo: Companhia das Letras, 2019. p. 35. Ainda aduz o autor que: “Appiah argumenta que toda identidade social contém estereótipos e preconceitos e é construída de modo permeável ao exagero e à radicalização. O confronto entre visões identitárias e contraidentitárias tem alta probabilidade de se polarizar, alimentar sentimentos de repulsa e violência, medo e ódio” (p. 38). Ver também o interessante estudo de STANLEY, Jason. **Como funciona o fascismo**. A política do nós e eles. Porto Alegre: L&PM, 2019.

Sumário

DEVERES HUMANOS E EFETIVAÇÃO DE DIREITOS TRANSINDIVIDUAIS

Adriano Sant’Ana Pedra..... 15

CIRCUNSTANCIAS AGRAVANTES ESPECIALES DE LA LEY Nº 20.000. UNA REVISIÓN DOCTRINARIA Y JURISPRUDENCIAL DE SUS ALCANCES

Rodrigo Ríos Álvarez..... 29

EFEITOS PERVERSOS DA CORRUPÇÃO EM FACE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Rogério Gesta Leal
Carlos Ignacio Aymerich Caño 69

A ECONOMIA COLABORATIVA NO BRASIL E O DIREITO DE INFORMAÇÃO DO CONSUMIDOR

Cristina Stringari Pasqual
Antonia Espindola Longoni Klee 85

CONSIDERAÇÕES SOBRE O CONTEÚDO E VALOR DA TESE CLÁSSICA DOS DIREITOS SUBJETIVOS

Maren Guimarães Taborda 103

DAS MANIFESTAÇÕES DE 2013 ÀS ALTERAÇÕES DO MARCO LEGAL DA TERRA: BALANÇO DOS RETROCESSOS NA POLÍTICA URBANA DO BRASIL

Betânia de Moraes Alfonsin 121

A LEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO NO MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO

Handel Martins Dias
José Tadeu Neves Xavier
Marina Gomes de Souza 143

CRIMES CULTURALMENTE MOTIVADOS E MODELOS DE DIREITO PENAL: O TRATAMENTO JURÍDICO-PENAL CONFERIDO AOS POVOS INDÍGENAS

Anuska Leochana Menezes Antonello 169

O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE COMO MEIO DE TUTELA DE PLANOS DIRETORES

Thales Borges Delapieve
Luiza Haupt Gonçalves 183

O PAPEL CONTRAMAJORITÁRIO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Anuska Leochana Menezes Antonello 197

ESTABILIZAÇÃO DA TUTELA PROVISÓRIA E AS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS

Gabriel Roque Ienerich
Mardjiolaine Eberhart Figur..... 211

ANÁLISE CRÍTICA DA DECISÃO DO TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL NO REGISTRO DE CANDIDATURA DE LUIZ INÁCIO LULA DA SILVA À PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA


Marília Medeiros Piantá 227

A LEGITIMIDADE ATIVA DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL PARA A AÇÃO CIVIL PÚBLICA

Fernanda Rosa Coelho 243

DEVERES HUMANOS E EFETIVAÇÃO DE DIREITOS TRANSINDIVIDUAIS¹

Adriano Sant'Ana Pedra²

- 
- ¹ Este estudo repercute a palestra proferida no III Seminário Internacional “Tutelas à Efetivação de Direitos Indisponíveis”, realizado nos dias 30 e 31/10/2018, em Porto Alegre (RS), sob os auspícios do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito – Mestrado – da Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público (FMP).
 - ² Doutor em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Mestre em Direitos e Garantias Fundamentais pela Faculdade de Direito de Vitória (FDV). Professor do Curso de Direito e do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* – Mestrado e Doutorado – em Direitos e Garantias Fundamentais da FDV. Procurador Federal. E-mail: adrianopedra@fdv.br.

“Falámos muito ao longo destes últimos anos (e felizmente continuamos a falar) dos direitos humanos; simplesmente deixámos de falar de uma coisa muito simples, que são os deveres humanos, que são sempre deveres em relação aos outros, sobretudo. E é essa indiferença em relação ao outro, essa espécie de desprezo do outro, que eu me pergunto se tem algum sentido numa situação ou no quadro de existência de uma espécie que se diz racional. Isso, de facto, não posso entender, é uma das minhas grandes angústias”.

José Saramago

1. Considerações iniciais

Geralmente, as constituições preveem a existência de deveres fundamentais em seu texto. Todavia, durante bastante tempo os estudos ocuparam-se precipuamente dos direitos fundamentais, havendo, assim, certo esquecimento das questões relativas aos deveres fundamentais da pessoa humana. Isso ocorreu, especialmente, em razão da influência liberal, com o desprezo da solidariedade, e em razão do temor de que os deveres servissem a regimes autoritários como forma de reação aos horrores praticados contra a humanidade. No Brasil, o momento constituinte que sucedeu a ditadura militar fez com que o texto constitucional de 1988 fosse rico na previsão de direitos e pobre na abordagem de deveres.

Não obstante, aos deveres fundamentais é reservado um nobre papel. Em muitas situações, a atuação estatal não é suficiente para assegurar os direitos fundamentais de uma pessoa, o que só ocorre com a prestação de um dever por parte de outra pessoa. É o que sucede, por exemplo, com o dever da coletividade de defender e preservar o meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Este ensaio busca analisar o papel dos deveres humanos na efetivação de direitos fundamentais, especialmente os direitos transindividuais. Apesar da menção feita aos deveres humanos, ou seja, aos deveres fundamentais da pessoa humana,

o desenvolvimento aqui construído também pode ser aplicado aos deveres fundamentais da pessoa jurídica, no que couber. Assim, busca-se avaliar a legitimidade da exigibilidade de deveres impostos aos particulares pela Constituição com o fim de assegurar direitos fundamentais³.

Esta investigação leva em conta uma abordagem do dever fundamental não como uma prestação egoística e individualista, mas, sim, sob uma perspectiva sob a qual se respeita e se inclui o outro. Na perspectiva da solidariedade, o comportamento ético faz com que o sujeito se coloque a serviço do outro, o que resulta na efetivação dos direitos fundamentais.

2. Fundamentalidade dos deveres humanos e exigibilidade de esforços pessoais para proteção e promoção de direitos transindividuais

Em decorrência do objetivo de edificação de uma sociedade livre, justa e solidária, os indivíduos dessa sociedade devem ter condutas compatíveis com a concretização desses valores. Daí o estabelecimento, pela Constituição, de deveres fundamentais compatíveis com a promoção desses ideais.

Assim, por um lado, é necessária uma previsão constitucional (fundamentalidade formal) acerca dos deveres fundamentais, pois estes devem ser estabelecidos por normas com força jurídica própria da supremacia constitucional. Segundo Martínez (1987, p. 335), “o dever jurídico tem que estar reconhecido por uma norma pertencente ao ordenamento”. Esse é um fundamento lógico de inserção no texto constitucional, criado pelo poder constituinte (originário ou derivado) e decorrente da expressão da soberania popular.

Vale destacar que a Constituição pode estabelecer deveres fundamentais tanto explicitamente como implicitamente. Há

³ Cf. PEDRA, 2014, p. 13-28.

também, tal como os direitos, outros decorrentes do regime e dos princípios adotados pela Constituição, bem como dos tratados internacionais⁴ dos quais a República Federativa do Brasil seja parte, nos termos do artigo 5º, § 2º, da Constituição Federal, o que nos remete à ideia de bloco de constitucionalidade⁵.

Por outro lado, a fundamentalidade material leva em conta a relevância do dever no sentido de suprir as necessidades básicas essenciais de uma pessoa – de si, de outrem ou da coletividade – e volta-se à defesa e promoção de direitos fundamentais. Assim, é possível afirmar que os deveres fundamentais estão diretamente ligados “à necessidade de os homens – seres gregários por natureza – viverem em comunidade, a qual exige a contribuição de todos para que os objetivos comuns sejam alcançados” (SCHWAN; PEDRA, 2011, p. 178).

De fato, os autores que se debruçam sobre o tema dos deveres fundamentais destacam que é preciso compreendê-los não como um contraponto ou mitigador de direitos, senão como um promotor destes. Segundo Nabais,

os deveres fundamentais constituem uma categoria jurídico-constitucional própria colocada ao lado e correlativa da dos direitos fundamentais, uma categoria que, como correctivo da liberdade, traduz a mobilização do homem e do cidadão para a realização dos objectivos do bem comum. (NABAIS, 2009, p. 64).

Embora constitua uma categoria autônoma, os deveres fundamentais são correlacionados com os direitos fundamentais, haja vista que estes são tanto limitados quanto assegurados por aqueles (DUQUE; PEDRA, 2012, p. 18). De fato, é justificável o vínculo entre direitos e deveres fundamentais, pois o direito de um indivíduo leva ao surgimento de pelo menos um dever para os demais (GONÇALVES; PEDRA, 2011, p. 209), seja o de não impedir a realização do direito ou até mesmo o de promovê-lo.

4 Vide, por exemplo, o dever de instrução previsto no artigo XXXI da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, aprovada na Nona Conferência Internacional Americana, em Bogotá, no ano de 1948: “Toda a pessoa tem o dever de adquirir, pelo menos, a instrução primária”.

5 VIEIRA; PEDRA, 2013, p. 9.

Neste momento, merece ser trazido o conceito de dever fundamental adotado neste estudo:

Dever fundamental é uma categoria jurídico-constitucional, fundada na solidariedade, que impõe condutas ponderadas àqueles submetidos a uma determinada ordem política, passíveis ou não de sanção, com a finalidade de assegurar direitos fundamentais a ele correlacionados⁶.

Deve-se enfatizar que o dever imposto a alguém não deve corresponder a um esforço exorbitante para essa pessoa. Mesmo em decorrência da ideia de solidariedade não se pode impor ao sujeito do dever um sacrifício extraordinário – ou desproporcional – com o fim de salvaguardar determinado direito. Somente será possível exigir do sujeito do dever um “sacrifício trivial” (VALDÉS, 1986, p. 17). O ônus imposto ao sujeito do dever não pode ser excessivo – exorbitante –, o que é uma vedação relativa e que deve ser aferida no caso concreto, nunca em abstrato, ponderando-se o que se busca alcançar com aquela obrigação imposta.

A trivialidade do esforço dependerá não apenas do sujeito do dever, como também do direito fundamental correlacionado que se busca proteger, o que torna possível falar-se em ponderação subjetiva e em ponderação objetiva, respectivamente. Uma carga tributária poder ser excessiva ou não, a depender da capacidade do sujeito contribuinte (ponderação subjetiva) ou a depender de haver uma situação de guerra ou paz (ponderação objetiva), por exemplo.

É necessário haver equidade na onerosidade assumida por cada pessoa. Sobretudo naquelas situações nas quais o ônus incide especificamente em alguns poucos indivíduos e tem a coletividade como sua beneficiária, o ordenamento jurídico deve prever, tanto quanto possível, a redistribuição dessa onerosidade para com os demais membros da sociedade⁷. É o que

6 Conceito cunhado coletivamente pelos membros do Grupo de Pesquisa Estado, Democracia Constitucional e Direitos Fundamentais, coordenado pelos professores Adriano Sant'Ana Pedra e Daury Cesar Fabriz, do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* – Mestrado e Doutorado – em Direitos e Garantias Fundamentais da Faculdade de Direito de Vitória (FDV).

7 A fim de serem proporcionados meios ao indivíduo para que ele cumpra o seu dever, em alguns casos o ônus do sujeito do dever não é dividido com a coletividade, mas com certas pessoas, como,

acontece, por exemplo, quando há uma redução da carga tributária nas hipóteses de tombamento (dever fundamental de defender e preservar o patrimônio histórico e cultural, previsto no artigo 216, § 1º, da Constituição) ou ainda nas hipóteses de manutenção de reservas florestais (dever fundamental de defender e preservar o meio ambiente ecologicamente equilibrado, previsto no artigo 225 da Constituição). Tais compensações devem ocorrer para que a sociedade também arque com tais ônus ao financiar a proteção de tais bens constitucionalmente protegidos.

3. Deveres como normas de baixa densidade normativa e a questão da (des) necessidade de integração legislativa

As normas constitucionais que estabelecem deveres fundamentais são, em geral, normas com baixa densidade normativa, o que, aliás, é próprio das normas constitucionais. De fato, em razão de sua natureza e função, os textos constitucionais são mais abertos do que aqueles que veiculam os demais comandos jurídicos. A linguagem utilizada pela Constituição é dotada de um elevado grau de abstração semântica que “autoriza o operador normativo a atuar com maior grau de liberdade na fixação da extensão e da profundidade dos institutos inseridos no corpo da Norma Fundamental” (SANTOS, 2008, p. 195). Em razão de sua própria estrutura e função, “a norma constitucional quase sempre aparece mais indefinida e fragmentária do que as demais normas dos sistemas jurídicos dogmáticos modernos” (ADEODATO, 2006, p. 218).

por exemplo, com o seu empregador e a parte em um processo, conforme dispõe o artigo 419 do CPC: “Art. 419. A testemunha pode requerer ao juiz o pagamento da despesa que efetuou para comparecimento à audiência, devendo a parte pagá-la logo que arbitrada, ou depositá-la em cartório dentro de 3 (três) dias. Parágrafo único. O depoimento prestado em juízo é considerado serviço público. A testemunha, quando sujeita ao regime da legislação trabalhista, não sofre, por comparecer à audiência, perda de salário nem desconto no tempo de serviço” (BRASIL, 2015).

A abertura da Constituição, conforme Canotilho (2001, p. 147), pretende salientar a necessidade de a Constituição “se furta a uma espécie de ‘totalitarismo constitucional’, traduzido na codificação global e detalhada das matérias constitucionais e na rigidez absoluta do clausulado constitucional”. Ao deixar, conscientemente, de regular certas tarefas e ao optar por uma técnica normativa de normas abertas a Constituição constitui um instrumento democrático que possibilita confrontações políticas (PEDRA, 2012, p. 35).

Além disso, a abertura do sistema constitucional significa a incompletude e a provisoriedade do conhecimento científico (CANARIS, 1996, p. 106). O jurista, como qualquer cientista, deve estar preparado para colocar em causa o sistema até então elaborado, para alargá-lo ou modificá-lo com base em uma melhor consideração. Com este intuito, a textura aberta da linguagem constitui uma vantagem porque considera tanto a necessidade de certeza quanto a necessidade de deixar certas questões em aberto para que sejam apreciadas no tempo adequado. Daí surge a necessidade (relativa) de integração legislativa.

Embora se esteja aqui utilizando a expressão em seu sentido lato, convém registrar que a doutrina normalmente faz distinção entre interpretação da Constituição e integração da Constituição⁸. Conforme leciona Bastos (2002, p. 80), a interpretação ocorre dentro do campo normativo e cuida de “extrair a significação do preceito normativo diante de uma hipótese por ele regulada. Já na integração, busca-se encontrar uma solução normativa para uma hipótese que não se encontra regulada pela lei”. Não obstante tais considerações, a interpretação é uma atividade criativa. Assim, é necessário que o legislador interprete as normas constitucionais que versam sobre deveres fundamentais, mesmo aquelas normas com aparência de clareza.

Embora haja textos normativos redigidos claramente e precisamente, até mesmo estes necessitam ser interpretados para melhor esclarecimento do seu conteúdo, pois uma norma jurídica não é desde já aplicável como pretende um positivismo

8 Vale dizer que “a integração não se confunde com a interpretação”. Cf. BASTOS, 2002, p. 80.

com base na clareza do texto (SILVA, 2000, p. 417). Os textos normativos necessitam de interpretação não apenas por não serem unívocos ou evidentes, isto é, destituídos de clareza, mas também porque devem ser aplicados a situações concretas (GRAU, 2006, p. 29).

A imprescindibilidade da interpretação ocorre porque o sistema jurídico deixa várias possibilidades em aberto e não contém ainda qualquer decisão sobre qual dos interesses em jogo é o de maior valor, mas deixa a decisão de determinação da posição relativa dos interesses a um ato de produção normativa que ainda será posto. O que se pode exigir de cada membro da sociedade a partir do seu dever de amparar as pessoas idosas (art. 230 da Constituição Federal) ou de promover e proteger o patrimônio cultural brasileiro (art. 216, §1º, da Constituição Federal)?

Convém acrescentar, ainda, que a suposta clareza não é uma propriedade do texto, mas fruto da interpretação dele. Ou seja, até para se afirmar que um enunciado normativo é claro faz-se necessário interpretá-lo. Dessa forma, a inércia do legislador para estabelecer os comportamentos obrigatórios que o sujeito do dever deve seguir acaba por prejudicar os direitos fundamentais que deveriam ser protegidos por tais prestações.

Existe, por exemplo, uma omissão inconstitucional do legislador federal que não institui o imposto sobre grandes fortunas previsto no artigo 153, VII, da Constituição. Este prejudica a realização de inúmeras prestações estatais – pois os recursos públicos são escassos e os direitos têm custos⁹ – e faz com que os contribuintes que não possuem “grandes fortunas” fiquem mais onerados do que deveriam. A não criação desse imposto, longe de ser um alívio para o contribuinte, é uma grande injustiça. O legislador só poderia deixar de instituir o mencionado tributo se este fosse desnecessário, o que não é o caso. Mesmo na hipotética e improvável situação em que as receitas públicas fossem suficientes para atender todas as demandas da sociedade, ainda assim o imposto sobre grandes fortunas deveria

ser instituído a fim de desonerar os contribuintes menos afortunados que pagam impostos sobre consumo, renda de trabalho assalariado, etc.

É possível apontar inúmeras outras omissões inconstitucionais do legislador para regulamentar condutas, e até mesmo para estabelecer sanções para o seu descumprimento, que serviriam para proteger e promover direitos fundamentais. Não obstante, apesar de haver vozes destoantes¹⁰, o neoconstitucionalismo indica uma visão de que sem a intermediação do legislador ordinário, mesmo as normas constitucionais que veiculam deveres fundamentais devem ter aplicação direta tanto quanto necessário e possível.

Vale trazer o exemplo da construção judicial criativa feita pelo Supremo Tribunal Federal (STF) no julgamento da ADPF nº 132/RJ e da ADI nº 4.277/DF, as quais reconheceram que o regime jurídico das uniões estáveis também se aplica às uniões homoafetivas, promovendo uma nova leitura do artigo 226, § 3º, da Constituição. Além do reconhecimento de direitos inerentes à união estável, houve também a criação de deveres fundamentais – como, por exemplo, deveres conjugais (artigo 226, § 5º, da Constituição) de mútua assistência – para pessoas em união estável homoafetiva, o que não havia até a decisão do STF em maio de 2011.

Entretanto, será necessária a mediação legislativa para imposição de sanção por descumprimento de algum dever¹¹, pois normalmente tais sanções não são previstas no texto constitucional, o que não poderá operar efeitos retroativos¹². Vale destacar, ainda, que a sanção é importante porque é um elemento coercitivo, mas não é imprescindível para a eficácia de um dever fundamental. Entretanto, mesmo que não haja sanções, é natural haver consequências jurídicas em decorrência do descumprimento de um dever fundamental, haja vista a sua normatividade.

10 Cf. CHULVI, 2001, p. 49; LLORENTE, 2001, p. 21; DIMOULIS; MARTINS, 2012, p. 66.

11 SARLET, 2007, p. 244.

12 BERNARDO SEGUNDO; PEDRA, 2011, p. 203.

9 Cf. HOLMES, SUNSTEIN, 2011.

4. Considerações finais

Para muitas pessoas, o vocábulo “dever” ainda remete à ideia de limitação de direitos, castração de liberdades individuais e autoritarismo estatal¹³. De fato, os deveres fundamentais restringem as liberdades das pessoas a quem os deveres são impostos. Contudo, o enfrentamento do tema dos deveres fundamentais tem servido para mostrar o outro lado da moeda: os deveres prestam-se para realizar direitos fundamentais, inclusive os transindividuais. Ademais, a consolidação dos estudos sobre os deveres fundamentais evidencia a necessidade de ponderar o sacrifício de cada pessoa para que não haja exorbitância nas prestações positivas ou negativas exigidas do sujeito do dever.

O ordenamento jurídico deve prever prestações alternativas para aqueles indivíduos que não podem cumprir o comportamento originalmente exigido, quando há uma onerosidade excessiva para a pessoa, como ocorre, por exemplo, nas hipóteses de objeção de consciência decorrente de crença religiosa e convicção filosófica ou política.

As pessoas cumprem o seu dever e adequam o seu comportamento quando percebem que as prestações que lhe são exigidas são legítimas. Entretanto, no Brasil, verifica-se a ausência de um sentimento constitucional em razão de um cenário legislativo distante da realidade social e de raízes herdadas do processo de colonização, com a imposição das normas do ordenamento jurídico pelos governantes sem que haja qualquer interação ou manifestação social, gerando um sentimento de não pertencimento (SANTOS; FITTIPALDI; BINDA, 2013, p. 248).

O exemplo tributário é frequente. Em “terras tupiniquins”, a resistência ao dever de contribuir com os gastos públicos dá-se por diversos aspectos, dentre eles a ausência de discussão pública e transparência quanto à destinação dos valores arrecadados, à elevada carga tributária, à má administração dos recursos e à corrupção que assola o país (MACHADO; PEDRA, 2012, p. 2-3).

As pessoas, em geral, não respeitam a lei se não a reconhecem como legítima. E isso significa que o indivíduo deve perceber que os encargos moderados que lhe são impostos são distribuídos de forma mais ou menos equitativa (HOLMES; SUNSTEIN, 2011, p. 197) e contribuem para a realização dos seus próprios direitos fundamentais, de seus familiares ou da coletividade da qual faz parte.

Referências

- ADEODATO, João Maurício. **Ética e retórica**: para uma teoria da dogmática jurídica. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.
- ALEXY, Robert. Direitos fundamentais no Estado constitucional democrático: para a relação entre direitos do homem, direitos fundamentais, democracia e jurisdição constitucional. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 217. jul.-set. 1999.
- BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 4. ed. 2. tir. São Paulo: Saraiva, 2002.
- BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**: limites e possibilidades da Constituição brasileira. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- BASTOS, Celso Ribeiro. **Hermenêutica e interpretação constitucional**. 3. ed. São Paulo: Celso Bastos, 2002.
- BERNARDO SEGUNDO, Ronaldo Louzada; PEDRA, Adriano Sant'Ana. Limites ao dever de tolerância. In: BUSSINGUER, Elda Coelho de Azevedo (org.). **Direitos fundamentais**: pesquisas. Curitiba: CRV, 2011.
- BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 5 out. 1988.

¹³ TAVARES; PEDRA, 2013, p. 203-223; TAVARES; PEDRA, 2012, p. 170.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 17 mar. 2015.

CANARIS, Claus Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. 2. ed. Tradução Antonio Menezes Cordeiro. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1996.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas**. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2001.

CHULVI, Cristina Pauner. **El deber constitucional de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos**. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. Deveres fundamentais. In: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang; CARBONELL, Miguel (org.). **Direitos, deveres e garantias fundamentais**. Salvador: Juspodivm, 2011.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

DUQUE, Bruna Lyra; PEDRA, Adriano Sant'Ana. Os deveres fundamentais e a solidariedade nas relações privadas. In: BUSSINGER, Elda Coelho de Azevedo (org.). **Direitos e deveres fundamentais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

VALDÉS, Ernesto Garzón. Los deberes positivos generales y su fundamentación. **Doxa**, n. 3, p. 17-33, 1986.

GONÇALVES, Luísa Cortat Simonetti; PEDRA, Adriano Sant'Ana. Deveres fundamentais: a ressocialização enquanto dever do próprio apenado. In: BUSSINGUER, Elda Coelho de Azevedo (org.). **Direitos fundamentais: pesquisas**. Curitiba: CRV, 2011.

GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. **El costo de los derechos: por qué la libertad depende de los impuestos**. Tradução Stella Mastrangelo. Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2011.

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. Tradução José Lamego. 3. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1997.

LLORENTE, Francisco Rubio. Los deberes constitucionales. **Revista Española de Derecho Constitucional**, a. 21, n. 62, mai./ago. 2001.

MACHADO, Álvaro Augusto Lauff; PEDRA, Adriano Sant'Ana. A redução das alíquotas do IPI incidente na comercialização de veículos automotores: uma (in)justificável relativização do dever fundamental de contribuir com os gastos públicos. In: BUS-SINGER, Elda Coelho de Azevedo (org.). **Direitos e deveres fundamentais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

MARTÍNEZ, Gregório Peces-Barba. Los deberes fundamentales. **Doxa**, n. 4, p. 329-341, 1987.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. 4. ed. t. 2. Coimbra: Coimbra, 2000.

NABAIS, José Casalta. **O dever fundamental de pagar impostos: contributo para a compreensão constitucional do estado fiscal contemporâneo**. Coimbra: Almedina, 2009.

PEDRA, Adriano Sant'Ana. **A Constituição viva: poder constituinte permanente e cláusulas pétreas na democracia participativa**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

PEDRA, Adriano Sant'Ana. **Mutação constitucional: interpretação evolutiva da Constituição na democracia constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

SALGADO, Joaquim Carlos. Os direitos fundamentais. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, Belo Horizonte, n. 82, jan. 1996.

SANTOS, André Filipe Pereira Reis dos; FITTIPALDI, Paula Ferreira; BINDA, Rosana Júlia. O problema da legitimidade social do direito e da justiça numa sociedade desigual: considerações sociológicas a partir da realidade brasileira. **Revista de Direitos Fundamentais e Democracia**, Curitiba, v. 13, n. 13, p. 235-249, jan./jun. 2013.

SANTOS, Sergio Roberto Leal dos. **Manual de teoria da Constituição**. São Paulo: RT, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SCHWAN, Felipe Teixeira; PEDRA, Adriano Sant'Ana. A democracia brasileira e o dever fundamental de votar. In: BUSSINGUER, Elda Coelho de Azevedo (org.). **Direitos fundamentais: pesquisas**. Curitiba: CRV, 2011.

SILVA, Kelly Susane Alflen da. **Hermenêutica jurídica e concretização judicial**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2000.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

TAVARES, Henrique da Cunha; PEDRA, Adriano Sant'Ana. As obrigações tributárias acessórias e a proporcionalidade na sua instituição: uma análise a partir da teoria dos deveres fundamentais. **Revista Tributária e de Finanças Públicas**, a. 21, v. 109, p. 203-223, mar./abr. 2013.

TAVARES, Henrique da Cunha; PEDRA, Adriano Sant'Ana. Obrigações tributárias acessórias na perspectiva do dever fundamental de contribuir com os gastos públicos: uma reflexão acerca dos critérios para sua instituição. In: ALLEMAND, Luiz Cláudio da Silva (coord.). **Direito tributário: questões atuais**. Brasília: OAB, 2012.

TORRES, Ricardo Lobo. A cidadania multidimensional na era dos direitos. In: TORRES, Ricardo Lobo (org.). **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

VIEIRA, Pedro Gallo; PEDRA, Adriano Sant'Ana. O rol de deveres fundamentais na Constituição como *numerus apertus*. **Derecho y Cambio Social**, a. 10, v. 31, p. 1-14, jan./mar. 2013.

CIRCUNSTANCIAS AGRAVANTES ESPECIALES DE LA LEY N° 20.000. UNA REVISIÓN DOCTRINARIA Y JURISPRUDENCIAL DE SUS ALCANCES¹

SPECIAL AGGRAVATING CIRCUMSTANCES OF THE LAW N° 20.000. A DOCTRINAIRE AND JURIPRUDENTIAL REVIEW OF HIS SCOPES

Rodrigo Ríos Álvarez²

1 Este texto toma como base una parte de la tesis titulada *Manifestaciones del Derecho Penal del Enemigo en la Ley N° 20.000*, elaborada por el autor para optar al grado de Magíster en Derecho con Mención en Derecho Público, en la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile.

2 Abogado. Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales y Magíster en Derecho, con mención en Derecho Público, Facultad de Derecho, Universidad de Chile. Profesor de Derecho Procesal Penal, Facultad de Derecho, Universidad Finis Terrae. Correo electrónico: rriosa@uft.edu.

Resumen

La Ley N° 20.000 contempla en su artículo 19, un catálogo de agravantes especiales de responsabilidad criminal. Este trabajo pretende mostrar los alcances de dichas modificatorias de responsabilidad penal, haciendo un recorrido por lo sostenido tanto por nuestra doctrina, como por nuestros tribunales con competencia en materia penal.

Palabras claves: Ley N° 20.000, agravantes especiales, tráfico de drogas

Abstract

The Law N ° 20.000 meditates in his article 19, a catalogue of special aggravating circumstances of criminal responsibility. This work tries to show the scopes of said circumstances of penal responsibility, doing a tour for the supported so much for our doctrine, since for our courts with competition in criminal matter.

Keywords: Law N° 20.000, special aggravating circumstances, drug traffic

1. Aspectos generales

El artículo 19 de la Ley N° 20.000 -que sanciona el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas-, establece un catálogo especial de agravantes de responsabilidad criminal en materia de delitos de tráfico de drogas, disponiendo que "tratándose de los delitos anteriormente descritos, la pena deberá ser aumentada en un grado si concurre alguna de las circunstancias siguientes: a) Si el imputado formó parte de una agrupación o reunión de delincuentes, sin incurrir en el delito de organización del artículo 16; b) Si se utilizó violencia, armas o engaño en su comisión; c) Si se suministró, promovió, indujo o facilitó el uso o consumo de drogas o sustancias estupefacientes o sicotrópicas a menores de dieciocho años de edad, o a personas con sus facultades mentales disminuidas o perturbadas; d) Si el delito se cometió por funcionarios públicos aprovechando o abusando de su calidad de tales; e) Si el delito se cometió valiéndose de personas exentas de responsabilidad penal; f) Si el delito se cometió en las inmediaciones o en el interior de un establecimiento de enseñanza o en sitios a los que escolares y estudiantes acuden a realizar actividades educativas, deportivas o sociales; g) Si el delito se perpetró en una institución deportiva, cultural o social, mientras ésta cumplía sus fines propios; o en sitios donde se estaban realizando espectáculos públicos, actividades recreativas, culturales o sociales; h) Si el delito fue cometido en un centro hospitalario, asistencial, lugar de detención o reclusión, recinto militar o policial. Si concurren dos o más de las circunstancias señaladas precedentemente, la pena podrá ser aumentada en dos grados"³.

Así, se contemplan en el artículo en comento una serie de agravantes especiales aplicables a la mayoría de los delitos

contemplados en la Ley N° 20.000⁴ que tienen como principal aptitud el hecho de que ante la concurrencia de una cualquiera de ellas la pena deberá ser aumentada en un grado, y en el evento de concurren dos o más de ellas la pena podrá ser aumentada en dos grados. Desde la perspectiva del delito de tráfico ilícito de drogas del artículo 3° de la Ley N° 20.000, el cual tiene asignada una pena de crimen que va de presidio mayor en su grado mínimo a medio, esto es, de cinco años y un día a quince años de presidio, la concurrencia de una o más de estas agravantes eleva la pena en uno o dos grados tal como se señaló previamente, llevando en términos prácticos a convertir este tipo de conductas en una de las que tienen aparejadas una de las más altas penas en nuestro sistema penal. Desde otra perspectiva, resulta del todo cuestionable la aplicación de este tipo de agravantes a las conductas constitutivas de tráfico ilícito de drogas en pequeñas cantidades (artículo 4° de la Ley N° 20.000), ilícito que constituye sólo un simple delito⁵, lo que en términos concretos conlleva tratar en términos idénticos conductas constitutivas de crímenes con otras constitutivas sólo de simples delitos, y en la imposibilidad real de hacer mercedores de beneficios alternativos al cumplimiento efectivo de las penas a aquellas personas que sean condenadas por microtráfico perjudicándolos a su respecto alguna(s) de la(s) agravante(s) del citado artículo 19, por exceder los límites de pena que hacen aplicable tales beneficios alternativos, principalmente el acceso al beneficio de la libertad vigilada, cuando en la determinación de pena, ésta quede en el rango del presidio menor en su grado máximo, de no concurrir este tipo de agravantes especiales.

Lo que sí resulta claro, es que la inserción de estas agravantes en esta ley especial, viene a configurarse como

3 "Este artículo, que recoge y amplía buena parte de las agravaciones del anterior artículo 23 de la Ley N° 19.366, suprimiendo una (la de su N° 6° -prevalimiento de la posición de garante-) y agregando otra (pertenencia a una agrupación de delincuentes, art. 19 letra a)". POLITOFF, Sergio, MATUS, Jean Pierre y RAMÍREZ, Cecilia, "Lecciones de Derecho Penal Chileno". Parte Especial, Segunda edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, año 2006, p. 613.

4 Principalmente a los delitos de elaboración de sustancias estupefacientes, tráfico de drogas, microtráfico y cultivo de especies del género cannabis sativa, entre otras, ya que el propio artículo 19 de la Ley N° 20.000 señala de manera expresa que estas agravantes se aplican a los "delitos anteriormente descritos", esto es, a aquellos ilícitos tipificados entre el artículo 1° y el artículo 18 de la Ley N° 20.000. En ese escenario, quedan excluidas del ámbito de aplicación de estas agravantes especiales todos los tipos penales que se encuentran contemplados por sobre el artículo 19 de la Ley N° 20.000, por ejemplo los artículos 29, 31 inciso 2°, 35 inciso 3° y 4°, 37, 38 inciso 3°, y 42.

5 La pena asignada por la ley al delito de tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas en pequeñas cantidades es la de presidio menor en sus grados medio a máximo y multa de diez a cuarenta unidades tributarias mensuales.

una excepción al régimen general de aplicación de las penas contemplado en el Código Penal, en especial al contenido de los artículos 67⁶ y 68⁷ de dicho cuerpo normativo, supuestos en que la concurrencia de cualquier agravante de dicho régimen general no tiene la aptitud para elevar la pena en uno o dos grados, como si ocurre en la Ley N° 20.000 con sus agravantes especiales, así como tampoco la posibilidad de efectuar una compensación racional de las mismas cuando concurra con atenuantes de responsabilidad generales del Código Penal⁸. En caso de concurrir dos de estas agravantes, la excepcionalidad también se hace patente, ya que en el contexto del régimen general del Código Penal no se contempla en caso alguno la elevación en dos grados de la pena asignada al delito por la concurrencia de dos de dichas circunstancias modificatorias de

responsabilidad penal. En este último caso, eso sí, este aumento es facultativo para el tribunal⁹.

Del tenor del artículo 19 podemos apreciar que al concurrir una de ellas el tribunal “deberá” subir en un grado la pena, lo cual constituye un mandato que no permite discrecionalidad en su aplicación: De configurarse una de estas agravantes especiales el tribunal estará obligado por mandato legal a elevar la pena en un grado, para luego recién allí analizar la concurrencia –e incidencia- de las circunstancias modificatorias de responsabilidad penal generales establecidas en el Código Penal. En lo que respecta a la forma de elevar la pena ante la concurrencia de estas agravantes especiales, pueden apreciarse dos marcadas posturas al respecto: La primera de ellas, sostenida por los profesores Politoff, Matus y Ramírez, establece que “el efecto de esta calificación consiste en elevar toda la pena prevista, conservando un marco penal de igual cantidad de grados, puesto que el texto legal no contempla una limitación como la del artículo 68 CP en cuanto a la forma en que ha de hacerse el aumento que señala la ley. Así, si por concurrir alguna de estas circunstancias se aumenta en un grado la pena del delito de tráfico de drogas susceptibles de causar graves efectos tóxicos del inc. 2° del art. 3° de la ley N° 20.000 –presidio mayor en sus grados mínimos a medio-, el resultado será un marco penal de presidio mayor en su grado medio a máximo. Además, para hacer más “efectivas” estas agravaciones, ha dispuesto el inc. final de este art. 19 que “si concurren dos o más de ellas”, “la pena podrá aumentarse en dos grados”, facultad que habrá de tomarse con mucha prudencia si no quiere llegarse al paroxismo penológico de castigar estas conductas con penas que pueden llegar hasta la de ¡presidio perpetuo!”¹⁰.

6 El artículo 67 del Código Penal dispone que: “Cuando la pena señalada al delito es un grado de una divisible y no concurren circunstancias atenuantes ni agravantes en el hecho, el tribunal puede recorrer toda su extensión al aplicarla. Si concurre sólo una circunstancia atenuante o sólo una agravante, la aplicará en el primer caso en su mínimo, y en el segundo en su máximo. Para determinar en tales casos el mínimo y el máximo de la pena, se divide por mitad el período de su duración: la más alta de estas partes formará el máximo y la más baja el mínimo. Siendo dos o más las circunstancias atenuantes y no habiendo ninguna agravante, podrá el tribunal imponer la inferior en uno o dos grados, según sea el número y entidad de dichas circunstancias. Si hay dos o más circunstancias agravantes y ninguna atenuante, puede aplicar la pena superior en un grado. En el caso de concurrir circunstancias atenuantes y agravantes, se hará su compensación racional para la aplicación de la pena, graduando el valor de unas y otras”.

7 Por su parte el artículo 68 del Código Penal establece que: “Cuando la pena señalada por la ley consta de dos o más grados, bien sea que los formen una o dos penas indivisibles y uno o más grados de otra divisible, o diversos grados de penas divisibles, el tribunal al aplicarla podrá recorrer toda su extensión, si no concurren en el hecho circunstancias atenuantes ni agravantes. Habiendo una sola circunstancia atenuante o una sola circunstancia agravante, no aplicará en el primer caso el grado máximo ni en el segundo el mínimo. Si son dos o más las circunstancias atenuantes y no hay ninguna agravante, el tribunal podrá imponer la pena inferior en uno, dos o tres grados al mínimo de los señalados por la ley, según sea el número y entidad de dichas circunstancias. Cuando, no concurriendo circunstancias atenuantes, hay dos o más agravantes, podrá imponer la inmediatamente superior en grado al máximo de los designados por la ley, a menos que dicha pena fuere la de muerte, en cuyo caso el tribunal no estará obligado a imponerla necesariamente. Concurriendo circunstancias atenuantes y agravantes, se observará lo prescrito en los artículos anteriores para casos análogos”.

8 En este punto puede consultarse la sentencia de la ltma. Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N° 2428-2008, de 30 de enero de 2009, que en conocimiento de un recurso de nulidad interpuesto por el Ministerio Público en contra de la sentencia definitiva del Segundo Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago, acoge el mismo, por haber el tribunal compensado racionalmente la calificante prevista en la letra b) del artículo 19 de la Ley N° 20.000 con atenuantes generales contempladas en el mencionado artículo 11, entendiendo la Corte que dicho proceder constituye una errónea aplicación del derecho que ha influido sustancialmente en lo dispositivo de la sentencia.

9 Dentro del artículo 19 de la Ley N° 20.000 hemos visto que para la concurrencia de una agravante se contempla un mandato imperativo para el juez, y en caso de concurrir dos de estas agravantes especiales el tribunal tendrá la facultad de subir en dos grados la pena. Si bien el tenor de esta última regla es que se entrega al tribunal la facultad de subir en dos grados la pena, no es menos cierto que siempre deberá a lo menos subir en un grado la misma sea cual sea el número de agravantes especiales que concurren en el caso concreto, por lo que el margen de discrecionalidad del tribunal siempre tendrá como piso la pena ya aumentada en un grado.

10 POLITOFF, MATUS y RAMÍREZ, cit. nota n. 1, p. 614.

Una postura distinta a la anterior ha sido sostenida por parte de nuestra jurisprudencia, en el sentido de entender que la elevación de la pena en uno o dos grados en los términos del artículo 19 de la Ley N° 20.000 se debe realizar no aumentando el marco penal del delito en cuestión –por ejemplo el de presidio mayor en sus grados mínimos a medio en el delito de tráfico de drogas del artículo 3°- sino que dentro de los márgenes de dicho marco penal, deba aplicarse el máximo –en el caso citado, aplicar el presidio mayor en su grado medio-, por lo que sólo en caso de que el tribunal facultativamente decida elevar la pena en dos grados, recién allí pasaríamos a un grado superior al previsto por la ley al delito en cuestión¹¹.

Creemos que no hay fundamentos de texto legal que de respaldo a la tesis jurisprudencial antes citada, es más, el propio carácter imperativo del inciso primero de la Ley N° 20.000, impide que estas agravantes especiales entren en las compensaciones que establecen los artículos 67 y 68 del Código Penal¹², en caso de concurrir junto con estas agravantes

especiales circunstancias atenuantes de responsabilidad criminal pertenecientes al régimen general contemplado en el Código Penal¹³. En definitiva, creemos que tal como aconteció en la época de vigencia de la Ley N° 19.366¹⁴, los tribunales intentan con esta manera de actuar, morigerar el excesivo rigor punitivo que conlleva la aplicación de la norma del artículo 19 de la Ley N° 20.000. Pasaremos ahora a analizar cada una de las agravantes especiales contempladas en el artículo 19 de la Ley N° 20.000, recurriendo en cada caso a los criterios jurisprudenciales que han surgido en la materia, en el contexto de la vigencia de la reforma procesal penal en nuestro país.

2. Análisis particular de las agravantes del artículo 19

1. Artículo 19 letra a)

La primera de estas agravantes especiales establece que “si el imputado formó parte de una agrupación o reunión de delincuentes, sin incurrir en el delito de organización del artículo

¹¹ Para corroborar esta forma de entender la agravación de las penas cuando concurre una circunstancia agravante especial –en este caso la de la letra a) del artículo 19 de la Ley N° 20.000- véase el fallo del 6° Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de San Miguel, RUC N° 0600038747-7, RIT N° 132-2007, de fecha 7 de julio de 2007. Véase también el fallo del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Colina, RUC N° 0700754556-2 RIT N° 21-2008, de fecha 11 de abril de 2008, el cual en su considerando décimo octavo dispone lo siguiente: “Regulación de la pena. Que el delito de tráfico ilícito de pequeñas cantidades de drogas o sustancias psicotrópicas establecido en el artículo 4° de la ley N° 20.000 conlleva la pena de presidio menor en su grado medio a máximo y multa de 10 a 40 unidades tributarias mensuales. Que en la especie por aplicación del artículo 19 letra h) de la Ley N° 20.000 corresponde aumentar en un grado la pena respecto de ambas acusadas, quedando en el marco del presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo”. También a nivel jurisprudencial pueden encontrarse fallos que recepcionan la primera de las interpretaciones expuestas, como ocurre por ejemplo con el fallo de la Iltma. Corte de Apelaciones de Arica Rol N° 134-2007, de fecha 22 de agosto de 2007, en cuyo considerando cuarto se sostiene que: “La norma contenida en la letra a) del artículo 19 de la Ley N° 20.000, como lo ha señalado en fallos anteriores esta Corte, constituye una norma de aplicación de pena, al darse por establecido en este caso, que los imputados forman parte de una agrupación, lo que implica que “la pena deberá ser aumentada en un grado”, y siendo la prevista para el caso, la del artículo 3 en relación con el inciso primero del artículo 1, ambos del citado cuerpo legal, que contempla las de presidio mayor en sus grados mínimo a medio, por concurrir dicha circunstancia, debe elevarse obligatoriamente a presidio mayor en su grado máximo, en el que deben operar la circunstancias modificatorias de responsabilidad penal respectivas, en relación a cada uno de los imputados, y de ningún modo ser considerada como una circunstancia agravante que permite ser tratada en los términos de los artículos 67 y 68 del Código Punitivo”.

¹² “Se estima que en el evento de concurrir agravantes o atenuantes comunes conjuntamente con estas agravantes especiales, y dado su especial poder agravatorio, resulta ineludible graduar la pena conforme las modificatorias comunes, pero habiendo aplicado previamente la agravante

especial. Ello debido a que la propia ley establece un efecto agravatorio especial consistente en el aumento obligatorio o facultativo de uno o dos grados respectivamente, sin considerar o no la presencia de atenuantes, permitiéndose así que con una sola agravante y aunque concurren atenuantes, la pena deba aumentarse en un grado. Como ya se adelantara precedentemente no tendría lugar, en otras palabras, la compensación de circunstancias”. Oficio Fiscal Nacional N° 084, Instructivo N° 10 de la Ley N° 20.000, de 16 de febrero de 2005, p. 14. Disponible en <http://www.ministeriopublico.cl/RepositorioMinpu/Archivos/Minpu/Delitos%20ley%20de%20drogas/084.doc>. Fecha consulta: 19 de agosto de 2018.

¹³ En este sentido, aunque refiriéndose al antiguo artículo 21 de la Ley N° 18.403, Héctor Hernández Basualto. *Las Drogas Ilegales en el Derecho Penal Chileno*, Tesis de Grado, U. Católica de Chile, 1992, p. 364, citado en Oficio, cit. nota n. 9.

¹⁴ Tal como se señaló más arriba, el hecho de que no existiera una figura intermedia entre el tipo penal de tráfico ilícito de estupefacientes o sustancias sicotrópicas (antiguo artículo 5° de la Ley N° 19.366) y la falta de porte o consumo (antiguo artículo 41) llevaba a los jueces a evitar la aplicación de dicho artículo 5° a aquellas conductas que estuvieran relacionadas con “pequeñas cantidades de drogas”, por entender de manera tácita que habría una respuesta punitiva desproporcionada ante una afectación menor del bien jurídico protegido, sancionando estas conductas con una pena de crimen. Esta fue una de las principales razones que llevaron a sustituir la Ley N° 19.366 por la Ley N° 20.000, la cual contempla un tipo privilegiado de tráfico de drogas, a saber, el microtráfico, lo que vendría a hacerse cargo de la disfunción antes citada.

16". Esta agravante es una de las innovaciones que contempla la Ley N° 20.000 en relación con la antecesora ley de drogas¹⁵. Esta agravante se construye de manera residual del contenido típico del artículo 16 de la Ley N° 20.000¹⁶, en el sentido de que si no se pudo configurar el delito de asociación ilícita para el tráfico de drogas –o de cualquiera de los delitos de la ley de drogas- podrá en último término agravarse la responsabilidad del sujeto activo de estas conductas, aumentándose en un grado la misma –y eventualmente en dos- si se formó parte de una "reunión o agrupación de delincuentes"¹⁷. De esta forma, se puede apreciar que el estándar probatorio para tener por configurada la agravante es mucho menor que el exigido para configurar el tipo penal del artículo 16 de la ley de drogas. Ahora bien, cuál es el fundamento que justifica configurar una agravante especial en este sentido. La respuesta siempre tendrá que partir del cimiento que nace de la clase de delitos que constituyen aquellos tipificados en la ley de drogas, esto

es, delitos de peligro, y también por el bien jurídico por ellos protegidos, a saber, la salud pública, perteneciente a la clase de bienes supraindividuales o colectivos, donde el titular del mismo se torna del todo difuso. Antes esta premisa, resulta evidente que toda estructura que revista ciertos caracteres de jerarquía y organización pondrá en mayor medida en entredicho al bien jurídico protegido. Dado que el resultado pasa a segundo plano en este tipo de delitos, la peligrosidad potencial asociada a estas estructuras organizadas es mayor que si se la compara con el actuar individual de un sujeto que realice alguna de las conductas tipificadas en la ley de drogas¹⁸.

En términos empíricos, se ha sostenido que "las organizaciones criminales destinadas al narcotráfico, en ocasiones, se forman para una transacción en concreto, no permanecen en el tiempo, emplean a individuos ocasionales, siendo además dificultoso determinar las jerarquías dentro de la organización ocasional, resultando de ello que estas conductas de organización criminal no son castigadas, no obstante su capacidad para afectar la salud pública"¹⁹. Entonces, se persigue sancionar con esta agravante conductas que están a "medio camino" entre la coautoría del artículo 15 N° 3 del Código Penal y la asociación ilícita del artículo 16 de la Ley N° 20.000, en otras palabras se requiere algo más que el mero concierto previo para delinquir, y algo menos que la jerarquía y estructura de la asociación ilícita para tener por configurada la agravante de la letra a) del artículo 19, es decir, que haya una pluralidad de sujetos unidos para un fin en común: traficar, y que respondan a una organización jerárquica, con división de funciones (a lo menos en los términos del artículo 15 N° 3 del Código Penal), pero no permanente en el tiempo –de ser así estaríamos en presencia de una asociación ilícita del artículo 16-, o bien concurriendo la

15 En el Oficio N° 084 antes citado, se señala en torno a la historia del establecimiento de esta agravante especial que "la nueva agravante fue propuesta por el proyecto de ley original del ejecutivo, exigiendo la redacción original no conservada en el texto definitivo, que esta agrupación agregase una mayor criminalidad al comportamiento de los malhechores, sin hacerse mayores alusiones en el mensaje presidencial. El fundamento de su formulación parece haber sido de carácter político criminal, y estribaría en la necesidad de combatir con mayor severidad la criminalidad organizada debido a su carácter peligroso, ya que la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado suprimió, por superflua, la parte final, ya citada, consistente en haber agregado mayor criminalidad, toda vez que en su opinión era innecesario explicitar esa razón de política criminal, bastando exigir que el imputado haya formado parte de una agrupación o reunión de delincuentes, sin incurrir en el delito de organización contemplado en el artículo 16", Oficio, cit. nota n. 9, pp. 9 y 10.

16 El artículo 16 de la Ley N° 20.000 tipifica el delito de asociación para el tráfico de drogas, estableciendo que: "Los que se asociaren u organizaren con el objeto de cometer alguno de los delitos contemplados en esta ley serán sancionados, por este solo hecho, según las normas que siguen: 1.- Con presidio mayor en sus grados medio a máximo, al que financie de cualquier forma, ejerza el mando o dirección, o planifique el o los delitos que se propongan. 2.- Con presidio mayor en su grado mínimo a medio, al que suministre vehículos, armas, municiones, instrumentos, alojamientos, escondite, lugar de reunión o cualquiera otra forma de colaboración para la consecución de los fines de la organización. Si el autor, cómplice o encubridor del delito establecido en este artículo cometiere, además, alguno de los delitos contemplados en esta ley, se estará a lo dispuesto en el artículo 74 del Código Penal para los efectos de la aplicación de la pena".

17 En este punto sostienen POLITOFF, MATUS y RAMÍREZ que "la circunstancia de haber formado parte del imputado de "una agrupación o reunión de delincuentes", es la única circunstancia propiamente nueva agregada por la ley N° 20.000, y su inclusión parece responder a una finalidad práctica: lograr la imposición de penas mayores en caso de no comprobarse la existencia de una asociación de personas que no llega a configurar las características de una asociación ilícita". POLITOFF, MATUS y RAMÍREZ, cit. nota n. 1, p. 614.

18 La agravación parte de la potencialidad del riesgo y extensión del tráfico de todo proceso organizado y del mayor menosprecio a la norma que toda organización con fines delictivos implica, por lo que sólo debería apreciarse en los supuestos en que la existencia de la organización o asociación potencie la gravedad o se facilite la conducta de tráfico en cuestión. Oficio, cit. nota n. 9, pp. 9 y 10.

19 Oficio, cit. nota n. 9, pp. 9 y 10.

permanencia en el tiempo²⁰, pero faltando la jerarquía o bien existiendo una división de funciones difusa²¹.

Por último, un punto del todo relevante en esta agravante especial dice relación con el alcance del término “delincuentes” empleado por la norma en comento. Aquí, se reproduce en términos similares la discusión que se origina en torno a la interpretación de la agravante existente en los delitos contra la propiedad, a saber, en el N° 3 del artículo 456 bis del Código Penal, en torno al concepto de “malhechores”. Entonces las posturas que reclaman competencia en el alcance que deba darse a esta noción, serán aquellas que postulan que el

20 En lo que dice relación con la permanencia en el tiempo como elemento configurador de esta agravante especial, podemos citar el fallo de la Corte de Apelaciones de Antofagasta, Rol N° 291-2010, de fecha 8 de octubre de 2010, en su considerando sexto: “Luego, si bien el tribunal yerra cuando en el motivo vigésimo tercero exige para la concurrencia de la agravante una jerarquía, o bien instrucciones precisas, definidas y concluyentes, o funciones o roles específicos o particulares, desde que se trata de elementos propios del delito de asociación ilícita, no es menos cierto que no basta la mera hipótesis de coautoría para que la conducta de los autores se vea agravada pues siempre se requiera, como cuestión básica, que la reunión tenga una cierta permanencia temporal y una finalidad ilícita. Es precisamente este el elemento temporal, el que no se dio por acreditado en el juicio y no existen antecedentes que permitan establecerlo y, por el contrario, los sentenciadores expresamente concluyeron que ello no fue acreditado. La falta de este supuesto fáctico es determinante para rechazar la alegación del ente acusador que, en todo caso, pretende que se estime concurrente la agravante sin necesidad de algún tipo de permanencia en el tiempo lo que, como se vio, es improcedente”.

21 “La agrupación a que se refiere esta circunstancia, teniendo una existencia más o menos permanente en el tiempo, derivada de la identidad de los fines perseguidos por sus miembros, no puede considerarse una asociación ilícita, porque carece de la jerarquización y organización propios de ésta: jefes, reglas propias, y el reflejo de su existencia en los medios que a ella se destinan”. Politoff, Matus y Ramírez, cit. nota n. 1, p. 614. Como señala el Fiscal Nacional en su Oficio N° 084, “el cauce natural que abarcará esta agravante será aquella agrupación de personas que no alcance a constituirse en una asociación ilícita por presencia de la mayoría de sus elementos, pero por ausencia alternativa y únicamente de una organización jerárquica, o por la ausencia de la respectiva división de funciones, o finalmente, por ausencia de permanencia en el tiempo debido a su carácter transitorio”, Oficio, cit. nota n. 9, pp. 10 y 11. A nivel jurisprudencial, podemos citar un fallo del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Temuco, RUC N° 0700853796-2, RIT N° 21-2009, de fecha 8 de abril de 2009, el cual en su considerando décimo tercero establece a propósito de la concurrencia de esta agravante especial que: “Se trata de una situación intermedia entre la co-participación, que requiere de un acuerdo de voluntades, y la asociación a que se refiere el artículo 16. Ésta supone la vinculación de personas que persiguen un fin común, reguladas por un conjunto de normas en función de fines determinados. En cambio aquélla sólo corresponde al conjunto de personas agrupadas o reunidas con algún fin. Vale decir, el grupo se forma para un mismo fin, en este caso, distribuir, vender, colocar la marihuana que recibían entre terceros que a su vez la adquirirían para venderla en forma minorista, sin concurrir las circunstancias que comprende la figura del artículo 16. Por eso, se ha dicho que la agrupación o reunión de delincuentes, más allá de la existencia de un concierto o acuerdo de voluntades o división de roles, propios de una coparticipación, exige un sentido de pertenencia al grupo, el que, si bien carece de una estructura reglamentada, funciona materialmente como tal”.

concepto de “delincuentes” dice relación con aquellas personas que registran anotaciones prontuariales anteriores²² (donde se diferencian dos variantes, una que apunta a la comisión de delitos en términos generales, y la otra con el hecho de que se haya cumplido efectivamente una pena de manera previa), o bien que la expresión “delincuentes” apunta única y exclusivamente a un parámetro cuantitativo, es decir, a la mera concurrencia de parte del sujeto activo a una agrupación de personas que comparten la finalidad de delinquir²³. Creemos que el énfasis de la agravante está dado por la reunión o agrupación, lo que tiñe el alcance que deba darse al concepto de “delincuentes”, en el sentido de entenderlo como una concurrencia a la realización del delito, compartiendo una finalidad en común con el resto de los partícipes, sin necesidad de efectuar exigencias probatorias en torno a acreditar la existencia de antecedentes penales pretéritos de parte de cada uno de los partícipes del delito²⁴.

22 En el fallo de la Corte de Apelaciones de Antofagasta, Rol 85-2010, de fecha 19 de abril de 2010, se destaca en el considerando segundo que la defensa sostuvo para desvirtuar la configuración de la agravante de la letra a) del artículo 19, el hecho de que su representado “al no tener antecedentes penales, no se encuadraría en tal calidad”.

23 “Por otra parte, la voz “delincuente” a que esa disposición alude ha de ser considerada en su sentido natural y obvio, pues el legislador no la definió, refiriéndose, entonces, a la calidad de ejecutores del acto ilícito”. Considerando décimo tercero del fallo del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Temuco, citado en la nota al pie N° 17. En ese mismo sentido el considerando 12° de la sentencia del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Angol, RUC N° 0800963008-3, RIT N° 52-2009, de fecha 9 de agosto de 2009, señala que: “La voz, “delincuente” la jurisprudencia la ha entendido al igual que para aplicar el artículo 456 bis n° 3 del C. Penal respecto de la pluralidad de “malhechores”, no siendo necesario que ellos tengan antecedentes penales o anotaciones pretéritas para configurar la referida agravante. La agravante solo se refiere a “agrupación de delincuentes”, entendiéndose por ellos los que delinquen en ese acto”. Criterio que también ha sido ratificado por la ltma. Corte de Apelaciones de Arica en su fallo Rol N° 31-2006, de fecha 28 de febrero de 2006. Respecto de la finalidad requerida en este tipo de agrupaciones, véase sentencia de la Corte de Apelaciones de Antofagasta, Rol N° 90-2010, de 25 de mayo de 2010.

24 La Corte Suprema ha sostenido que “para el solo efecto de poner en evidencia la diferencia existente entre la simple agrupación o reunión de delincuentes, que constituye la agravante contenida en la letra a) del artículo 19 de la ley 20.000, y el delito especial de asociación u organización del artículo 16, valga decir que, conceptualmente, existe entre ambas acepciones diferencias no menores. Agrupación o reunión, de acuerdo al diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, corresponde al conjunto de personas o cosas agrupadas, o de personas reunidas; pero donde lo distintivo y relevante, es el hecho de juntar las personas o cosas, con algún fin. En cambio, la asociación u organización, conforme se conceptualiza en ese mismo diccionario, responde más que a la simple conjunción de personas, porque supone la asociación de personas, pero regulada por un conjunto de normas en función de los fines determinados”, Rol N° 3206-2007, Segunda Sala (Penal), de fecha 3 de septiembre de 2007. Ratificando este mismo parecer, puede verse el fallo de la ltma. Corte de Apelaciones de Antofagasta, Rol N° 291-2010, cit. nota n. 17.

Un buen argumento a favor de esta interpretación es la vinculación que se genera entre los artículos 16 y 19 de la Ley N° 20.000, por el hecho de que el segundo de estos artículos llena su contenido con la referencia expresa que hace del artículo 16 –en clave negativa-, artículo este último que no hace mención alguna a la calidad de las personas que conforman la asociación ilícita allí descrita. En otras palabras, si partimos de la base de que existe una relación residual entre ambos artículos, mal podríamos interpretar los requisitos de la norma del artículo 19 de manera más estricta que los contenidos en el artículo 16, si para la asociación ilícita los intervinientes no requieren una calificación especial en torno a su pasado delictual, mal podríamos entender existente la misma en la configuración de la agravante especial de la letra a) del artículo 19 de la Ley N° 20.000, porque de lo contrario perdería sentido la referencia y reenvío que se produce entre ambas normas.

2. Artículo 19 letra b)

La segunda de las agravantes contempladas en el artículo 19 de la Ley N° 20.000 dispone la agravación “si se utilizó violencia, armas o engaño en su comisión”. En relación con las regulaciones anteriores a la Ley N° 20.000, la letra b) del artículo 19 agrega la utilización de armas como una de las hipótesis de comisión que configuran esta agravante, sumándose así a las ya existentes modalidades de uso de violencia y engaño, haciendo eco de esta manera a lo contemplado en la Convención de Viena de 1988²⁵, la cual fue ratificada por Chile y promulgada mediante Decreto N° 543 del Ministerio de Relaciones Exteriores, publicado en el Diario Oficial del 20 de agosto de 1990.

Relacionado con el uso de armas, nace la duda en torno al concurso que surge de la concurrencia de esta agravante

²⁵ La Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas, aprobada en Viena, el 19 de diciembre de 1988, dispone en su artículo 3.5 que “las Partes dispondrán lo necesario para que sus tribunales y demás autoridades jurisdiccionales competentes puedan tener en cuenta las circunstancias de hecho que den particular gravedad a la comisión de los delitos tipificados de conformidad con el párrafo 1 del presente artículo, tales como: d) el recurso a la violencia o el empleo de armas por parte del delincuente”.

especial de la ley de drogas y la agravante del N° 20 del artículo 12 del Código Penal²⁶ -y su referencia al artículo 132²⁷ del mismo cuerpo normativo-, lo cual debe ser resuelto por consunción, y de esa manera la regulación especial que contiene el artículo 19 de la ley de drogas subsuma a la regulación genérica contenida en el Código Penal²⁸.

Luego, se ha planteado a nivel de crítica, que el concepto de violencia subsumiría el uso de armas en la comisión del delito, por lo que su incorporación no tendría mayores efectos prácticos, pero creemos que el verdadero sentido de su agregación “puede ser vinculado con el mero porte y exhibición de armas como medio intimidatorio, destinado a coaccionar a terceros en la ejecución del delito”. Clásico ejemplo de esto lo constituyen las quitadas de drogas, o bien conocidas en la práctica delictual como “mexicanas”, conductas que se caracterizan por el empleo de armas de fuego al momento de concretar la sustracción de drogas²⁹, hipótesis que entendemos perfectamente subsumibles en los márgenes de la agravación de la letra b) en análisis³⁰. Tal

²⁶ Artículo 12 del Código Penal dispone que: “Son circunstancias agravantes: 20°. Ejecutarlo portando armas de fuego o de aquellas referidas en el artículo 132”. Esta circunstancia fue agregada al régimen general de agravantes del Código Penal, por el artículo 1°, N° 1 letra b) de la Ley N° 19.975, de fecha 5 de octubre de 2004.

²⁷ El artículo 132 del Código Penal dispone que: “Cuando en las sublevaciones de que trata este Título se supone el uso de armas, se comprenderá bajo esta palabra toda máquina, instrumento, utensilio u objeto cortante, punzante o contundente que se haya tomado para matar, herir o golpear, aun cuando no se haya hecho uso de él”.

²⁸ Lo mismo debe entenderse respecto de la relación concursal que pueda existir entre la agravante de la letra b) del artículo 19 de la Ley N° 20.000 y las amenazas y/o coacciones que puedan realizarse con motivo de la utilización de violencia o armas.

²⁹ Oficio, cit. nota n. 9, p. 12. Continúa dicho Oficio haciendo mención al hecho de que “resulta plausible sostener también que el fenómeno observado cada vez más creciente, de las denominadas “quitadas” de droga, o “mexicanas”, esto es, el apoderamiento mediante violencia o intimidación, y con el empleo de armas de fuego, de una banda rival de traficantes a otra, fue un aspecto considerado en la ampliación de esta agravante, debido a la ejecución violenta y a las consecuencias lesivas de estas acciones”, Oficio, cit. nota n. 9.

³⁰ En este sentido, podemos citar la sentencia del Segundo Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago, RUC N° 0700868108-7, RIT N° 140-2008, de 19 de noviembre de 2007, considerando décimo séptimo: “Que (...) el tribunal acogerá la agravante contenida en la letra b) del artículo 19 de la Ley 20.000, esto es la utilización de armas para la comisión del delito, la que ha resultado acreditada con, además de la prueba rendida por el ente persecutor, con los testimonios de los acusados, sin que se trate en este caso de una agravante personal, toda vez que existió a ese efecto, un dolo común. En efecto, se ha acreditado por el ente persecutor y con los testimonios de los encausados que la quitada de droga con arma de fuego fue planificada por el XX, que éste fue quien entregó las armas a quienes la utilizaron y que de todo ello tenía pleno conocimiento YY, quien los condujo al hotel y se quedó esperando mientras realizaban el designio criminal, para

como sostienen Politoff, Matus y Ramírez, “el problema que presenta esta calificante es precisar el ámbito en que debe utilizarse la violencia o el engaño para su configuración. Según Hernández, este ámbito sólo puede referirse a la ejecución material de la conducta incriminada, reduciéndolo prácticamente a las situaciones de inducción al consumo mediante violencia o engaño, de ordinaria ocurrencia”³¹.

Un punto no menos problemático surge de las relaciones concursales que puedan originarse entre la regulación que contempla la ley de drogas y las infracciones tipificadas en la Ley N° 17.798 sobre control de armas (delitos de porte y tenencia de armas de fuego, tanto convencionales como prohibidas), donde no resulta del todo pacífico el subsumir en la regulación agravada que contempla el artículo 19 de la Ley N° 20.000 el contenido de injusto de las infracciones de la ley sobre control de armas, por tratarse de bienes jurídicos protegidos de distinta naturaleza. Como ejemplo de esta última problemática podemos citar el fallo del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Angol, RUC N° 0600863531-3, RIT N° 88-2007, de fecha 16 de diciembre de 2007, el cual en su considerando décimo octavo sostuvo: “Que... se acogerá la agravante especial de la letra b) del artículo 19 de la Ley N° 20.000, en atención a que resultó justificado, en virtud del testimonio de los funcionarios policiales ..., que al momento de llevar a cabo la transacción de drogas efectuada en las inmediaciones del parque cementerio de la ciudad de Angol y el traslado, porte, posesión y guarda de 15 bolsas de clorhidrato de cocaína en el vehículo en que se desplazaba, este encausado, utilizó un arma de fuego, más precisamente una pistola marca

sacarlos del lugar con la droga, teniendo entre todos el dominio funcional del hecho ligados entre sí por un dolo común de realizar el ilícito, existiendo un mayor desvalor de acto, puesto que la forma de comisión del ilícito acordada, genera un mayor peligro para la seguridad de la víctima y de todos aquellos que estuvieron en las inmediaciones al momento de comisión”.

31 POLITOFF, MATUS y RAMÍREZ, cit. nota n. 1, p. 615. A nivel jurisprudencial podemos citar el fallo del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Punta Arenas RUC N° 0500125434-2, RIT N° 64-2005, de 9 de noviembre de 2005, el cual en su considerando décimo estableció en relación con esta agravante especial que: “Si se utilizó violencia, armas o engaño en su comisión. Esta agravante no puede considerarse, pues es inherente a la comisión del delito, según lo indica el artículo 63 del Código Penal. Tanto es así que para traficar sustancias prohibidas, tal como lo expusieron los Policias, los imputados tiene un modo de operar, esto es habitualmente, no utilizan su nombre, sino que en utilizan una “chapa”, esto es el carnet de otra persona, para no ser descubierto”.

Vecta, calibre 765, la que de acuerdo a lo informado por el perito balístico ..., se encontraba apta para generar un disparo, lo que provoca que en virtud del principio de especialidad, la citada disposición legal, desplace a la disposición general contenida en el artículo 9 de la Ley de Control de Armas, invocada por su defensa, teniendo presente que de acuerdo a lo informado por el comandante de la guarnición militar de Angol, (el imputado), no registra armas inscritas a su nombre y tampoco autorización para portarlas”.

En una hipótesis similar, se ha resuelto en sentido opuesto al antes destacado, pudiendo citar como ejemplo de aquello la sentencia definitiva dictada por el Segundo Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago, en RIT N° 140-2008, que en su considerando décimo sexto estableció que “no es efectivo como lo sostiene el persecutor penal, que el principio de especialidad opere a favor de la agravante del artículo 19 letra b), por cuanto el bien jurídico protegido en el delito de tráfico es la salud pública, a diferencia del porte ilegal de armas de fuego en donde el bien jurídico protegido es la seguridad pública, objeto jurídico que evidentemente es más cercano a la ley de control de armas que la salud pública”³².

Tal como destacamos previamente, entendemos que la agravación contemplada en la letra b) en comento, debe necesariamente estar asociada a la conducta desplegada por el autor del delito tipificado en la Ley N° 20.000, esto es, que el arma de fuego sea utilizada a propósito de la comisión del delito de tráfico de drogas, y no como una hipótesis separada temporal y espacialmente de dicho delito, supuesto en el cual deberíamos entender que estamos en presencia de un concurso real de delitos, entendiendo que habrían dos conductas diversas que afectarían bienes jurídicos de distinta naturaleza.

32 Sentencia del Segundo Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago, RUC N° 0700868108-7, RIT N° 140-2008, de 1° de abril de 2009. En un fallo que rechaza la concurrencia de la agravante de la letra b) del artículo 19, el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Los Andes RUC N° 0901120081-5, RIT N° 14-2011, de 13 de enero de 2012, desecha el tribunal dicha agravación por entender que la mera posesión de un arma en el domicilio de uno de los acusados no satisface la exigencia de la agravante de la letra b) citada, por cuanto se exige que el arma en cuestión sea empleada en la comisión del delito de tráfico que se trate.

3. Artículo 19 letra c)

La tercera de estas agravantes se configurará "si se suministró, promovió, indujo o facilitó el uso o consumo de drogas o sustancias estupefacientes o psicotrópicas a menores de dieciocho años de edad, o a personas con sus facultades mentales disminuidas o perturbadas". Como hemos señalado, por el hecho de que los delitos que tipifica la Ley N° 20.000 son esencialmente delitos de peligro, esta agravante especial viene a conjugar de manera aun más intensa la protección que esta regulación penal persigue, esto es, protección de los menores de edad y de personas con facultades mentales disminuidas. Ambos grupos de personas comparten el hecho de no poseer las aptitudes suficientes para poder determinarse a sí mismos³³ -o bien el legislador presupone aquello, sobre todo respecto de los menores de edad en etapa de adolescencia- careciendo en definitiva de la suficiente responsabilidad para poder tomar decisiones relevantes para su vida, como sería el hecho de consumir sustancias estupefacientes o sicotrópicas –recordando que hay supuestos de consumo atípicos-, y que por otro lado el acceso de este tipo de personas a las sustancias estupefacientes o sicotrópicas supone un mayor grado de riesgo en torno a la dependencia que pueda generarse en ellas en relación con el consumo de dichas sustancias.

En lo que dice relación con la agravación vinculada a la minoría de edad, tal como se dijo respecto de la agravante anterior –en cuanto a la utilización de armas- aquí también se hace una ratificación de lo contemplado en la Convención de Viena contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas, la cual en el artículo 3.5 letra f) establece como circunstancia que reviste especial gravedad en la comisión de delitos de tráfico de drogas la victimización o utilización de menores de edad, lo cual deberá ser tomado en cuenta por

³³ Lo cual podría ser discutible respecto de personas menores de edad, pero cercanas a los dieciocho años, en el sentido de que podría aplicarse la agravante respecto de la promoción de consumo respecto de una persona de diecisiete años de edad, y no hacerlo respecto de una persona que acaba de cumplir los dieciocho años. Sin duda que la decisión legislativa aporta la certeza de conocer de antemano los límites temporales de la agravación, pero deja un rango de aplicación que difícilmente puede justificarse en base al espíritu de la ley.

los tribunales y demás órganos jurisdiccionales. El legislador chileno en este punto, y en comparación con la regulación que hace la Organización de Naciones Unidas, hizo un agregado a esta agravante en lo que dice relación con la protección de las personas con su salud mental disminuida o perturbada, ampliando de esta manera las hipótesis que pueden caer dentro del rango de aplicación de esta agravante especial.

Como ya anticipábamos, los principales problemas que pueden surgir en la determinación de esta agravante, vienen dados por aquellos "casos difíciles" en los cuales no se pueda tener una certeza en torno a la minoría de edad o a la perturbación o disminución de las facultades mentales de la persona a quien se está suministrando, promoviendo, induciendo o facilitando el uso o consumo de drogas, esto es, los casos de error de parte del sujeto activo de los delitos tipificados en la Ley N° 20.000, en torno a estas cualidades³⁴. Creemos que para tener por configurada esta modificatoria especial de responsabilidad deben dejarse de lado parámetros objetivos que apunten única y exclusivamente a corroborar si aquel que es receptor de las conductas desplegadas por el sujeto activo es o no menor de edad, o si se trata o no de una persona con facultades mentales perturbadas, cuando estas cualidades requieran determinarse con algún correlato que vaya más allá de la simple percepción que pueda obrar por parte de cualquier sujeto medio. Entonces, para dar por concurrente esta agravante, entendemos que el examen debe efectuarse por el intérprete desde la perspectiva del sujeto activo, subjetivizando los parámetros de análisis³⁵,

³⁴ "La solución en estos casos, tratándose de una figura calificada no puede ser otra que la del error de tipo excluyente de la culpabilidad respecto a la calificación, por falta de dolo, tanto si se trata de un error invencible como de uno vencible, ya que no existen figuras culposas correspondientes", POLTOFF, MATUS y RAMÍREZ, cit. nota n. 1, p. 616.

³⁵ En este sentido podemos citar el fallo del 2° Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago, RUC N° 0600077766-6, RIT N° 59-2006, de fecha 6 de octubre de 2006, que en su considerando décimo cuarto sostuvo que: "En lo referente a la circunstancia agravante invocada por el Ministerio Público, prevista en la letra c) del artículo 19 de la ley 20.000, consistente en suministrar, promover, inducir o facilitar el uso o consumo de drogas a menores de 18 años, será rechazada por el Tribunal, por estimar que en la especie no concurren las exigencias subjetivas que la harían aplicable. En efecto, la norma en comento no establece una situación de "responsabilidad objetiva", que resulte aplicable ante la sola verificación de que el comprador es un menor de 18 años de edad. Por el contrario, al consistir en una circunstancia agravante, ella constituye un mayor reproche penal a la conducta de quien efectúa la venta y, en esa medida, la circunstancia de tratarse de un menor de

para de esa manera superar de mejor manera aquellos casos difíciles en los cuales resulta complejo poder apreciar la minoría de edad o la perturbación de las facultades mentales por el simple empleo de los sentidos³⁶.

Como alegación vinculada con esta agravante, algunas defensas han levantado el argumento en relación a que la aplicación de la misma debe estar determinado por la pluralidad de menores de dieciocho años de edad, o personas con sus facultades mentales disminuidas o perturbadas, sosteniendo que es improcedente la agravación cuando se esté en presencia de un solo menor de edad o una sola persona con facultades mentales disminuidas³⁷. No compartimos en lo absoluto este llamativo argumento, por cuanto el sentido que el legislador ha empleado en la tipificación de esta agravante, busca esencialmente castigar de manera más rigurosa el suministro, promoción, inducción o facilitación del uso o consumo de drogas de menores de edad o personas con capacidades mentales

edad debe estar cubierta por el dolo del agente pues de otra manera se afectaría el principio de culpabilidad que se encuentra en la base del sistema penal. En el caso que nos ocupa, por lo que pudieron percibir estos jueces en la audiencia, no se puede percibir a simple vista que el testigo que depuso en la causa bajo medida de protección -de 17 años de edad-fuera una persona menor de 18 años según establece la norma, no concurrió a comprar vistiendo uniforme escolar u otro atuendo que al menos diera indicios de su minoría de edad, a lo que se debe sumar el hecho que la acusada tiene problemas a la vista -a lo menos un ojo casi cerrado-de modo que no puede atribuírsele un mayor reproche a su conducta como el que se viene comentando, de manera que no se hará lugar a la aplicación de la circunstancia agravante invocada por el Ministerio Público”.

36 En este sentido Politoff, Matus y Ramírez señalan que “puede considerarse suficiente conocimiento a estos efectos uno equivalente al dolo eventual, esto es, la duda seguida de la aceptación del riesgo. En cambio, no podrá estimarse esta agravante si la menor edad o enfermedad mental de la víctima no son directamente apreciables por los sentidos de una persona puesta en la realidad (como sería el caso de que ellas debieran determinarse mediante certificados o pericias especiales)”. Politoff, Matus y Ramírez, cit. nota n. 1, pp. 616 y 617. En este mismo sentido, el fallo del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Antofagasta, RUC N° 060041806-0, RIT N° 190-2006, de fecha 13 de enero de 2007, en su considerando décimo cuarto señaló que: “La misma –agravante especial del artículo 19 letra c) de la Ley N° 20.000- no se la estima concurrente, ya que conforme a lo que se pudo apreciar en la audiencia, el desarrollo físico de los menores no devela a simple vista que estos tengan menos de 18 años de edad. Por el contrario por su apariencia física los jóvenes impresionaban ser mayores de la antedicha edad. Así las cosas, no resulta plausible exigir al acusado el conocimiento previo de tal circunstancia, dado además que los mismos menores que declararon en la audiencia, dejaron expresa constancia que era primera vez que tomaban contacto con el acusado. Así una interpretación lógica de la norma en comento, sólo aparece como exigible dicho conocimiento, si la apariencia física externa del menor lo deja de manifiesto en forma notoria, debiendo además ello apreciable a simple vista”.

37 Argumento destacado en la sentencia de la Iltma. Corte de Apelaciones de Temuco, Rol N° 1012-2010, de 24 de enero de 2011.

disminuidas en base a la situación de desmedro en la cual se encuentran, ya sea por su desarrollo etario o por su desarrollo mental, pero en caso alguno se ha buscado discriminar dicha protección en atención al número de personas afectadas, esto es, que la protección de la norma y su consecuencial castigo agravado sólo puedan gatillarse si estamos en presencia de más de una persona afectada, al contrario, argumentos de lógica apuntan a la conclusión opuesta, en torno a que la agravante de la letra c) del artículo 19 es aplicable sea cual sea el número de personas afectadas, lo cual implica que basta la concurrencia de una de ellas para que potencialmente estemos en condiciones de dar aplicación a la agravación que analizamos. Concordamos en este sentido plenamente con la Corte de Apelaciones de Temuco, la que se ha pronunciado al respecto, en Rol N° 1012-2010, sosteniendo que “ha sido adecuada la aplicación de la circunstancia agravante contenida en el artículo 19 letra c) de la ley 20.000, para el caso que nos ocupa. En efecto, si bien en la norma en comento se hace referencia a la locución “menores”, su alcance debe entenderse en forma amplia, pues, de seguir el razonamiento del recurrente resultaría inocua y contradictoria su aplicación, toda vez que, solo resultaría pertinente ser considerada esa causal de agravación cuando se cumplieran las hipótesis contempladas en la norma antes referida pero con respecto a pluralidad de menores; sin embargo, cuando un menor fuere objeto de este quehacer criminógeno sería menos gravosa la conducta del agente. Idea, que a juicio de los sentenciadores, se aparta de toda lógica y ecuanimidad en la aplicación de la circunstancia agravante de que se trata y se aleja de una interpretación armónica. Por otra parte, dable es consignar cuando la ley se refiere a este grupo etario siempre utiliza la locución “menores”. De otro lado, lo que se cautela al concebir como más grave la conducta criminógena del delincuente en esta clase de ilícito por el legislador es la salud pública y en el caso de que se trata indubitablemente el interés superior del niño, sin discriminar, si en la especie se trata de

uno y/o de varios menores afectados por el tráfico ilícito de estupefacientes”³⁸.

4. Artículo 19 Letra d)

El artículo 19 también establece una agravación de la pena para los funcionarios públicos, estableciendo la siguiente circunstancia: “Si el delito se cometió por funcionarios públicos aprovechando o abusando de su calidad de tales”³⁹. Esta agravante, tal como ha sido con las anteriormente analizadas, tiene también su fuente en la Convención de Viena de 1988, en la cual se establece en el artículo 3.5 letra e) “el hecho de que el delincuente ocupe un cargo público y de que el delito guarde relación con ese cargo”, como una de las circunstancias que deben considerar los tribunales y demás órganos jurisdiccionales para efectos de agravar las penas en delitos de tráfico de drogas. Responde esta agravación al hecho de exigir el legislador un mayor estándar de comportamiento a quienes realicen funciones públicas⁴⁰ por sobre el resto de las personas que no realizan dichas funciones, y que quedan fuera del ámbito de aplicación de esta agravante especial por no revestir la condición antes señalada, respondiendo de esa manera a las características propias de las agravantes personales⁴¹. Una vez

38 Considerando segundo, sentencia Corte de Apelaciones de Temuco, cit. nota n. 35

39 El artículo 23 de la Ley N° 19.366, establecía una disposición similar al señalar que: “Las penas contempladas en esta ley para crímenes y simples delitos serán aumentadas en un grado: 5° si el delito se cometiere por funcionarios públicos aprovechándose de su investidura o de las funciones que desempeñan”.

40 Sea cual sea la forma de vinculación con el Estado, en el sentido de que será indiferente la manera en que dicho funcionario esté ligado con la administración del Estado, sino que lo esencial para determinar si se está o no en presencia de un funcionario público será la función que éste ejerza en términos concretos. Aquí debe tenerse presente lo establecido en el artículo 260 del Código Penal, que establece un criterio funcional y amplio de lo que debemos entender por funcionario público, al señalar que “se reputa empleado todo el que desempeñe un cargo o función pública, sea en la administración central o en instituciones o empresas simifiscales, municipales, autónomas u organismos creados por el Estado o dependientes de él, aunque no sean del nombramiento del Jefe de la República ni reciban sueldo del Estado. No obstará a esta calificación el que el cargo sea de elección popular”.

41 El artículo 64 del Código Penal reconoce de manera expresa la existencia de este tipo de modificatorias de responsabilidad de carácter personal al establecer que “las circunstancias atenuantes o agravantes que consistan en la disposición moral del delincuente, en sus relaciones particulares con el ofendido o en otra causa personal.

que se establezca que el sujeto activo cumple con este carácter especial requerido por la ley –que ejerza una función pública– deberá determinarse en un segundo momento si tal funcionario aprovechó o abusó de tal característica para la realización de alguno de los delitos agravados por el artículo 19 de la Ley N° 20.000, sea que logre o no sus objetivos, agregando de esta manera un matiz subjetivo a la configuración de esta modificatoria, toda vez que no bastará acreditar la condición de empleado fiscal⁴² para que automáticamente el tribunal deba aumentar en un grado la pena a aplicar en el caso concreto, sino que el legislador ha establecido de manera adicional un segundo requisito subjetivo, que debe cumplirse para recién allí elevar el marco penal, por lo que no deja de ser relevante el entendimiento de la agravante desde esta perspectiva, toda vez que quedarán excluidas de su ámbito de competencia todas aquellas conductas desplegadas por el funcionario “fuera del ámbito temporal y espacial de ejercicio de sus funciones públicas”⁴³, reduciendo de esa manera considerablemente las hipótesis subsumibles en la letra d) del artículo 19⁴⁴, por lo que

Servirán para atenuar o agravar la responsabilidad de sólo aquellos autores, cómplices o encubridores en quienes concurran”. Determina también esta norma lo que ocurre en relación con la comunicabilidad, en caso de existir dos o más responsables, ya que dada la naturaleza personal de este tipo de agravantes, sólo afectan a aquellos en quienes concurran dichas características, en este caso, afectaría solamente a aquel que realice funciones públicas.

42 Lo que en términos probatorios vendría dado, por ejemplo, con el acompañamiento del decreto de nombramiento o bien el contrato que lo liga con el Estado.

43 “Pero aun cuando su conducta se despliegue dentro del ámbito de la función pública que desempeñe, ella será punible de manera calificada sólo en caso de estar motivada por fines ajenos a dicha función. Esto excluiría la punibilidad calificada de quien cumpliendo labores de asistencia social, por ejemplo, suministrase pequeñas cantidades de sustancias prohibidas a las personas que atiende, si fuesen toxicómanos, y siempre que el suministro tuviese como finalidad superar una crisis de abstinencia o una situación de necesidad similar”. Politoff, Matus y Ramírez, cit. nota n. 1, p. 617.

44 Para ilustrar de mejor manera este segundo requisito –el de aprovecharse o abusar de su calidad de funcionario público– exigido por esta agravante especial, podemos citar como ejemplo una sentencia de la Excma. Corte Suprema en la cual, a propósito de la participación de un funcionario de la Policía de Investigaciones de Chile en un delito de Tráfico ilícito de estupefacientes regulado por la Ley N° 19.366, se señaló que “ha quedado establecido que este último participó en la comisión del delito materia de estos autos interceptando el vehículo que transportaba la droga con un carro institucional, en compañía de dos funcionarios de la Policía de Investigaciones, uno de los cuales permaneció con él mientras allanaba e interrogaba a los tripulantes del taxi y lo registraba, en tanto que el otro funcionario le prestaba cobertura a distancia, actos que dejan en evidencia el aprovechamiento de su investidura y de las funciones de inspector que desempeñaba, lo que

de no satisfacerse esta exigencia a nivel subjetivo, tendría que rechazarse por el tribunal correspondiente la concurrencia de esta modificatoria especial de responsabilidad penal⁴⁵. Bastante ilustrativo resulta para estos efectos el fallo del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de San Bernardo, RIT N° 34-2010, que dispone en su considerando octavo “que en esa calidad, de funcionario público, utilizando los medios proporcionados por el Estado de la República de Chile, no sólo utilizó los medios materiales a su disposición para el fiel cumplimiento de su cargo, sino que además violó la información privilegiada de que dispone la institución para el resguardo y seguridad de la ciudadanía, como la que consultó ingresando a la red de Intranet de Carabineros de Chile y al Sistema Biométrico, proporcionando valiosos antecedentes reservados y privilegiados a un grupo de personas que se dedicaban a actividades ilícitas a cambio de fuertes sumas de dinero, de este modo aprovechando su función abusó de ella participando en un delito de tráfico de drogas, por lo tanto, el aprovechamiento o abuso de su calidad de funcionario público,

constituye la causal de agravación de la pena contemplada en el numeral 5 del artículo 23 de la ley 19.366. Sólo alguien que tiene una calidad e investidura como la del condenado... puede hacer uso de medios humanos y materiales de la policía para quitar a terceros una maleta con droga, con fines ilícitos”. Fallo de la Excmá Corte Suprema, Rol 1189-04, de fecha 5 de mayo de 2004, en causa por el delito de tráfico ilícito de estupefacientes caratulada “Fisco de Chile con Carlos Landívar Arias y otros considerando 2° de la Sentencia de reemplazo. Citado en Oficio del Fiscal Nacional N° 107, Instructivo N° 13 de la Ley N° 20.000, op. cit., pp. 11 y 12. Puede consultarse también el fallo de la Cuarta Sala de la Iltma. Corte de Apelaciones de San Miguel Rol N° 1009-2007, de 6 de agosto de 2007, fallo en el cual se sostiene que “la causal de agravación de responsabilidad de la letra d) del artículo 19 de la Ley ya citada, se trataría de una situación fáctica que atribuye mayor reproche a la actuación de quienes formando parte de la organización criminal y contribuyendo a sus fines, tengan precisamente la calidad de funcionarios públicos y se aprovechen para ello de tal calidad”. Otro fallo de interés, es aquel dictado por el 4° Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago RUC N° 0600490191-4, RIT N° 96-2007, de 8 de septiembre de 2007, en la cual se condenó a un funcionario de Gendarmería de Chile como autor del delito de tráfico ilícito de drogas, por ingresar drogas hasta el interior de un centro de cumplimiento penitenciario, mientras desempeñaba funciones en dicho lugar. El fallo en comento tiene por establecidas las agravantes de las letras d) y h) del artículo 19 de la Ley N° 20.000.

45 “Que de la misma forma no se considerará la circunstancia agravante descrita en el artículo 19 d) de la Ley 20.000, por cuanto tampoco se pudo acreditar fehacientemente que González Campos, hubiese realizado conductas de aprovechamiento o abuso de su calidad de funcionario público, toda vez que de las diligencias tendientes a la determinación del ilícito y los responsables del mismo, no existió por parte del acusado ningún despliegue, manifestado por conductas en calidad de funcionario, destinado a entorpecer o proteger su actuar delictivo, motivo por el cual esta circunstancia de agravación no será considerada”. Considerando vigésimo tercero, sentencia del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Cañete, RUC 0900790340-2, RIT N° 21-2010, de 12 de julio de 2010.

ha quedado justificado con la utilización ilegal que de los medios materiales e inmateriales a los que accedió con ocasión de su investidura. Estos medios son su uniforme, su casaquilla operativa y todos los elementos de cargo que tenía, y todo ello para facilitar el transporte de la droga. Además de ello, la sola presencia del funcionario en el transporte de la droga, utilizando su uniforme, su casaquilla operativa, le otorgaba sin duda, un autoritario manto de impunidad para el transporte de la sustancia ilícita, la mera presencia de un funcionario con esa investidura unida a su grado ciertamente que inhibe a cualquier otro funcionario de carabineros de menor rango, para que efectuar algún tipo de control al vehículo donde él se desplazaba y que era justamente donde se encontraba la mayor cantidad de droga”⁴⁶.

La importancia práctica del establecimiento de esta agravante especial en la ley de drogas radica en el hecho de que de no contar con su tipificación, los supuestos de hecho que cumplan con los requisitos por ella exigidos habrían caído en el rango de aplicación de la agravante general establecida en la circunstancia 8ª del artículo 12 del Código Penal, esto es, “prevalerse del carácter público que tenga el culpable”, con lo que la incidencia en la determinación de la pena, de una u otra agravante, es radicalmente distinta, ya que en el primer caso, tal como hemos señalado, el tribunal está obligado a elevar el marco penal en un grado, pudiendo llegar incluso a elevar en dos grados la pena en caso que concurra junto a otra(s) agravante(s) del artículo 19, en cambio en el segundo caso, se deberá dar aplicación a las reglas generales de determinación de pena que contempla el código penal, principalmente en sus artículos 67 y siguientes, donde ninguna agravante tiene por sí sola la aptitud siquiera de poder elevar en un grado el marco penal asignado al delito en cuestión, es más, en caso de concurrir en conjunto con circunstancias atenuantes de responsabilidad criminal, el legislador permite que se efectúe una compensación racional entre ellas, pudiendo incluso el tribunal en dicho evento recorrer

46 Sentencia del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de San Bernardo, RUC N° 0700837095-2, RIT N° 34-2010, de 14 de mayo de 2010.

toda la extensión de la pena para determinar finalmente la pena a aplicar en el caso en concreto. En el escenario actual, con la existencia de una regulación especial, debe entenderse entonces que la agravante del artículo 19 letra d) desplaza a la agravante general del artículo 12 del Código Penal, por aplicación del principio de especialidad.

5. Artículo 19 letra e)

“Si el delito se cometió valiéndose de personas exentas de responsabilidad penal”⁴⁷. Esta agravante hace alusión a un “caso especialmente penado y agravado de autoría mediata”⁴⁸, no siendo relevante para efectos de configurar la agravante especial la mera presencia de personas exentas de responsabilidad, sino que es necesario que el sujeto activo se valga de estos inimputables para efectos de perpetrar el delito, esto último es lo que justifica la elevación de la pena. Entonces, no puede soslayarse el contenido del artículo 10 del Código Penal⁴⁹,

47 Aquí la Ley N° 20.000 se diferencia de su antecesora en cuanto no contiene una limitación en su aplicación a los tres primeros casos contemplados en el artículo 10 del Código penal, utilizando en cambio una fórmula amplia “personas exentas de responsabilidad criminal”.

48 HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor. Las Drogas Ilegales en el Derecho Penal Chileno, Tesis de Grado, U. Católica de Chile, 1992, p. 366, citado en Oficio cit. nota n. 9, p. 12.

49 El artículo 10 del Código Penal señala quienes están exentos de responsabilidad criminal, y en ese sentido enumera las siguientes hipótesis: “1° El loco o demente, a no ser que haya obrado en un intervalo lúcido, y el que, por cualquier causa independiente de su voluntad, se halla privado totalmente de razón. 2° El menor de dieciocho años. La responsabilidad de los menores de dieciocho años y mayores de catorce se regulará por lo dispuesto en la ley de responsabilidad penal juvenil. 4° El que obra en defensa de su persona o derechos, siempre que concurran las circunstancias siguientes: Primera. Agresión ilegítima. Segunda. Necesidad racional del medio empleado para impedir la o repelerla. Tercera. Falta de provocación suficiente por parte del que se defiende. 5° El que obra en defensa de la persona o derechos de su cónyuge, de sus parientes consanguíneos legítimos en toda la línea recta y en la colateral hasta el cuarto grado inclusive, de sus afines legítimos en toda la línea recta y en la colateral hasta el segundo grado inclusive, de sus padres o hijos naturales o ilegítimos reconocidos, siempre que concurran la primera y segunda circunstancias prescritas en el número anterior, y la de que, en caso de haber precedido provocación de parte del acometido, no tuviere participación en ella el defensor. 6° El que obra en defensa de la persona y derechos de un extraño, siempre que concurran las circunstancias expresadas en el número anterior y la de que el defensor no sea impulsado por venganza, resentimiento u otro motivo ilegítimo. Se presumirá legalmente que concurren las circunstancias previstas en este número y en los números 4° y 5° precedentes, cualquiera que sea el daño que se ocasione al agresor, respecto de aquel que rechaza el escalamiento en los términos indicados en el número 1° del artículo 440 de este Código, en una casa, departamento u oficina habitados, o en sus dependencias, o, si es de noche, en un local comercial o industrial y del que impida o trate de impedir la consumación de los delitos señalados en los artículos 141, 142, 361, 362, 365 bis, 390, 391, 433 y 436 de este Código. 7° El que para

en cuanto establece quiénes están exentos de responsabilidad criminal, así como el artículo 15 N° 2 del mismo cuerpo normativo, el cual regula la autoría mediata⁵⁰. La primera, permitirá determinar qué causal de exención de responsabilidad concurre (minoría de edad, enfermedad mental, fuerza irresistible, cumplimiento de un deber, etcétera) en el ejecutor material no doloso, y la segunda permitirá construir responsabilidad a nivel de autoría respecto de aquel que utiliza al sujeto inimputable. Por otra parte, tampoco puede pasarse por alto la relación que pueda surgir con el artículo 72 del Código Penal, que regula de manera general la concurrencia en la realización de un delito de personas mayores de dieciocho años y menores de esa edad, cuando los adultos se hayan prevalido de los menores para perpetrar el delito, aumentándose en un grado la pena para los mayores de edad⁵¹.

Tal como acontece con otros casos que hemos visto previamente, la regulación que efectúa la Ley N° 20.000, por principio de especialidad, prevalecerá en relación con aquella que realiza el Código Penal de manera general, es más, la letra e) del artículo 19 abarca mayor cantidad de hipótesis, no sólo circunscribiendo la elevación de la pena al empleo de menores de edad en la realización del delito, sino que va más allá, extendiendo la misma al empleo de cualquier persona que se encuentre exenta de responsabilidad criminal.

evitar un mal ejecuta un hecho que produzca daño en la propiedad ajena, siempre que concurran las circunstancias siguientes: 1a. Realidad o peligro inminente del mal que se trata de evitar. 2a. Que sea mayor que el causado para evitarlo. 3a. Que no haya otro medio practicable y menos perjudicial para impedirlo. 8° El que con ocasión de ejecutar un acto lícito, con la debida diligencia, causa un mal por mero accidente. 9° El que obra violentado por una fuerza irresistible o impulsado por un miedo insuperable. 10. El que obra en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, autoridad, oficio o cargo. 12. El que incurre en alguna omisión, hallándose impedido por causa legítima o insuperable. 13. El que cometiere un cuasidelito, salvo en los casos expresamente penados por la ley”.

50 Artículo 15 del Código Penal: “Se consideran autores: 2°. Los que fuerzan o inducen directamente a otro a ejecutarlo”.

51 Específicamente dispone el artículo 72 del Código Penal que “en los casos en que aparezcan responsables en un mismo delito individuos mayores de dieciocho años y menores de esa edad, se aplicará a los mayores la pena que les habría correspondido sin esta circunstancia, aumentada en un grado, si éstos se hubieren prevalido de los menores en la perpetración del delito, pudiendo esta circunstancia ser apreciada en conciencia por el juez”.

Ejemplo habitual de discusión en torno a la concurrencia de este tipo de agravante de la letra e) del artículo 19, lo encontramos en supuestos en que acusados actúan acompañados de menores de edad, generalmente sus hijos, al momento de realizar las conductas sancionadas en la ley. Aquí podemos encontrar fallos acogiendo⁵² o rechazando⁵³ dicha agravante.

En lo que dice relación con la justificación de su inclusión dentro del catálogo de agravantes especiales, tal como sostienen Politoff, Matus y Ramírez, esta disposición busca evitar que “se burle la eficacia de la ley (...) la calificante puede justificarse

52 A modo de ejemplo, podemos citar el fallo del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Copiapó, RUC N° 0500250630-2, RIT N° 14-2006, de 10 de abril de 2006, el cual en su considerando décimo acogió la agravante en comento, estableciendo al respecto que: “Estos juzgadores acogen la agravante especial de la responsabilidad penal alegada por el Ministerio Público, en cuanto el delito se cometió valiéndose de personas exentas de responsabilidad penal, contenida en el artículo 19 letra e) de la Ley N° 20.000, toda vez que conforme a las pruebas aportadas por la Fiscalía, en especial copia de la sentencia definitiva de fecha dieciocho de julio de dos mil cinco en causa Rol N° 18.296 del Juzgado de Menores de Copiapó, que declaró sin discernimiento al menor (...), se encuentra acreditado que la acusada (...) era acompañada por un impúber que resultó ser su hijo, lo anterior, tal como lo ha sostenido el Señor Fiscal, con el único propósito de hacer toda una puesta en escena o “pantalla”, tendiente a representar una situación como total y absolutamente normal, es decir, que un hijo acompañaba a su madre para la venta de ropa, escondiendo ante los ojos del resto su verdadera “misión”, cual era colaborar en el transporte de la droga, más aún, cuando parte de la misma, específicamente dos bolsas plásticas, fueron descubiertas al interior de la mochila que llevaba consigo ese día, no obstante que, según los dichos de (...) ella “ni tocó la droga luego que se la entregaron”, lo que no resulta verosímil ni creíble, a la luz de los hechos que sucedieron al momento de su detención. Lo anterior, independiente del conocimiento que pueda haber tenido ese menor sobre la sustancia que se transportaba, pues ello no es necesario para configurar la agravante en estudio”. Véanse también los fallos del 2° Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago, RUC N° 0500643640-6, RIT N° 71-2006, de fecha 18 de noviembre de 2006, y el del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Chillán, RUC N° 0700790962-9, RIT N° 19-2009, de fecha 13 de abril de 2009, en los cuales se acoge esta agravante por prevalerse los sentenciados de menores de edad para realizar la conducta de traficar drogas.

53 Sentencia del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Chillán, RUC N° 1000977455-1, RIT N° 72-2011, de 23 de mayo de 2011, considerando décimo tercero: “Que, asimismo, no ha quedado acreditado por la prueba rendida por el Ministerio Público, de que a la acusada le afecte la agravante de la letra e) del artículo 19 de la Ley N° 20.000, esto es, “si el delito se cometió valiéndose de personas exentas de responsabilidad penal”, pues si bien se estableció que (...) llegó al sitio de la cita con su comprador, acompañada de sus hijos de 12 y 8 años de edad llevando en un coche a su hijo de un año y meses de edad, donde mantenía oculta la droga, ésta sola circunstancia objetiva no denota la utilización de los menores por parte de su madre en la perpetración del delito en los términos exigidos por la norma citada, toda vez que queda claro que si bien todos ellos transitaban en dirección al supermercado Líder, la prueba de cargo no logró establecer fehacientemente que la madre se haya valido de ellos desde el momento de la adquisición de la droga en esta misma ciudad, para el transporte de la misma, ni que éstos tuvieran un papel protagónico o, por lo menos distractivo de las acciones de su progenitora, ni los funcionarios policiales apreciaron en ellos alguna acción distinta a la de acompañarla o algún acto positivo de intervención en el ilícito de que se trata, ni demuestra que ellos hayan tenido conciencia que con su madre participaban de un hecho ilícito”.

por sí sola atendido el peligro que para el desarrollo del menor y la seguridad del inimputable, constituye su introducción en la comisión del delito y la consiguiente exposición al riesgo particular de generar una dependencia a las sustancias que, en sentido amplio, se trafiquen”⁵⁴.

6. Artículo 19 letras f), g) y h)

Las últimas tres agravantes contempladas en el artículo 19 dicen relación con espacios físicos donde ha de realizarse la conducta desplegada por el autor para efectos de hacer operante la agravación de la pena. Así la agravante contemplada en la letra f) establece que “si el delito se cometió en las inmediaciones o en el interior de un establecimiento de enseñanza o en sitios a los que los escolares y estudiantes acuden a realizar actividades educativas, deportivas o sociales”. Por su parte la letra g) dispone que “si el delito se perpetró en una institución deportiva, cultural o social, mientras ésta cumplía sus fines propios; o en sitios donde se estaban realizando espectáculos públicos, actividades educativas, deportivas o sociales”. Por último la agravante de la letra h) señala que “si el delito fue cometido en un centro hospitalario, asistencial, lugar de detención o reclusión, recinto militar o policial”. Como dijimos, estas agravantes especiales contempladas en el artículo 19 de la Ley N° 20.000 comparten el hecho de construirse en torno al lugar de realización del delito, por lo que resulta del todo conveniente el tratamiento conjunto de las mismas.

El legislador en las letras f, g y h del artículo 19 antes citado hace recepción de la circunstancia contemplada en el artículo 3.5 letra g) de la Convención de Viena de 1988, el cual dispone que debe considerarse para la agravación de la pena “el hecho de que el delito se haya cometido en establecimientos penitenciarios, en una institución educativa o en un centro asistencial o en sus inmediaciones o en otros lugares a los que escolares y estudiantes acudan para realizar actividades educativas, deportivas y sociales”. Algo similar ocurría con la anterior regulación

54 POLITOFF, MATUS y RAMÍREZ, cit. nota n. 1, p. 618.

contemplada en la Ley N° 19.366, salvo que la actual Ley N° 20.000 amplía la hipótesis referida a los establecimientos educacionales, incorporando también los sitios a los que estudiantes acuden para realizar actividades deportivas, sociales o educativas, los centros hospitalarios, los lugares de reclusión y los sitios donde se estaban realizando actividades recreativas, culturales o sociales⁵⁵.

Como puede apreciarse, nuestra ley de drogas separa las hipótesis contempladas en la Convención de Viena y las agrupa en torno al lugar de comisión de que se trate: primero lugares destinados a actividades educacionales, en segundo término aquellos lugares destinados a actividades sociales (recreativas), y finalmente recintos de asistencia y reclusión. Se busca con ello agravar las penas de quienes realicen conductas tipificadas en la ley de drogas en lugares en que, en términos generales, el peligro de difusión y masificación del uso o consumo de drogas se torna patente por la existencia de un gran número de personas que en dichos lugares se reúnen, ya sea por motivos educacionales, ya sea por fines recreativos o bien por motivos obligatorios de salud o de cumplimiento de sanciones penales, haciendo más fácil la distribución de las sustancias ilícitas, poniendo en definitiva en riesgo la salud de un mayor número de personas en comparación a si el delito se realizare en otro tipo de lugares, o bien en los mismos descritos pero sin la presencia de las personas que deban acudir o permanecer en ellos. Por otra parte, se ha sostenido que esta agravación mira también el aspecto beneficioso que conlleva al sujeto activo de esta clase de delitos el realizar las conductas típicas en lugares con aglomeración de personas, ya que le permitiría de esa manera poder “pasar inadvertido en el tumulto”⁵⁶. Tenemos entonces que el legislador efectúa un juicio de peligrosidad que finalmente recae en la agravación de la responsabilidad del sujeto activo

55 El artículo 23 de la antigua ley de drogas regulaba en conjunto estas hipótesis agravadas por el lugar de comisión señalado en su numeral 3° que las penas se aumentarán en un grado “si el delito se cometiere en las inmediaciones o en el interior de un establecimiento de enseñanza, centro asistencial, lugar de detención, recinto militar o policial, institución deportiva, cultural o social, o sitios donde se realicen espectáculos o diversiones públicas”.

56 ARAVENA, Patricio, citado por POLITOFF, MATUS y RAMÍREZ, cit. nota n. 1, p. 619.

del delito de tráfico⁵⁷, por el riesgo potencial que su conducta conlleva por realizarse en determinados lugares concurridos por un número importante de personas.

Yendo al análisis en concreto de cada una de las hipótesis, tenemos que la letra f) del artículo 19 de la Ley N° 20.000 que agrava las conductas realizadas en “las inmediaciones o en el interior de un establecimiento de enseñanza o en sitios a los que los escolares y estudiantes acuden a realizar actividades educativas, deportivas o sociales”, presenta problemas interpretativos en torno al alcance que deba darse al concepto de “inmediaciones”. Qué criterios deben emplearse para determinar su alcance es la pregunta que genera las dudas. Pueden sostenerse criterios espaciales de delimitación, pero ello generaría más dudas que certezas, por lo que lo razonable sería determinar su alcance tomando como base el aspecto teleológico que subyace a esta norma, esto es, cuál es la finalidad que el legislador persiguió al momento de crear esta agravante especial. En este sentido la razón de la protección viene dada por el peligro de masificación y difusión del uso o consumo de drogas entre los escolares y estudiantes, este criterio debe asirse a la hora de interpretar el concepto de “inmediaciones”, por lo que esencial para tener por configurada esta agravante es que en las proximidades de los lugares mencionados deban necesariamente estar presentes escolares o estudiantes, ya que de no darse la presencia de estas personas al momento de la comisión del delito la agravación en cuestión no podría justificarse por no satisfacerse de esa forma el fin de protección antes aludido⁵⁸.

57 “Como señala la CS, en la antigua agravante del N° 3 del art. 23 de la Ley N° 19.366 de cometer el delito “en las inmediaciones o en el interior de un establecimiento de enseñanza, centro asistencial, lugar de detención, recinto militar o policial, institución deportiva, cultural o social, o sitios donde se realicen espectáculos o diversiones públicas”, el factor común de la enumeración es “que el momento de cometerse el delito haya personas en su interior o en sus inmediaciones, ya que es precisamente la aglomeración de individuos la que facilita la distribución y consumo de la droga” (SCS 01.10.1996)”. Politoff, Matus y Ramírez, cit. nota n. 1, p. 618.

58 Tal como señalan Politoff, Matus y Ramírez “el objetivo de protección de la norma, parece referirse a las proximidades de los lugares que señala, donde los escolares o estudiantes se aglutinan en número indeterminado al entrar o salir de ellos, o por donde necesariamente deben pasar a esos efectos, y siempre que al momento de la comisión del delito estén presentes”, Politoff, Matus y Ramírez, cit. nota n. 1, p. 619. en este mismo sentido véase fallo del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Chillán, de fecha 21 de octubre de 2009, RUC N° 0801003942-9, RIT N° 108-2009, El cual en su considerando décimo cuarto acoge esta agravante especial, señalando al respecto que:

Esta finalidad comparte en lo fundamental lo recogido en la letra c) del artículo 19 (en lo referido a los menores de edad), por lo que no resultará posible la concurrencia de ambas agravantes cuando estas se superpongan, por prohibirlo el artículo 63 del Código Penal⁵⁹, y el principio del non bis in ídem⁶⁰.

Respecto de la letra g) del artículo 19 de la Ley N° 20.000, que dice relación con la comisión de delitos tipificados en dicha ley en “una institución deportiva, cultural o social, mientras ésta cumplía sus fines propios; o en sitios donde se estaban realizando espectáculos públicos, actividades educativas, deportivas o sociales”, el énfasis de protección derechamente apunta al lugar de comisión y a la referencia que se hace en el mismo respecto de las personas que pudiesen estar presentes en tales lugares o en sus inmediaciones como hace la letra antes analizada, por lo mismo la clave para entender el alcance de esta modificatoria vendrá dado por el hecho de que la institución “esté cumpliendo sus funciones”, y que en los sitios aludidos por la norma “se esté efectivamente realizando” alguna de las actividades allí señaladas⁶¹. Por lo que si no se dan estas características no se

configurará la agravante, como sería el caso de realizar un delito de tráfico en una institución deportiva cuando esta se encuentre fuera de funcionamiento, o en algún recinto donde se efectúan espectáculos públicos generalmente, en un día donde no se contempla espectáculo alguno, y por ende no haya concurrencia de personas, lo que conlleva la inexistencia de peligro para el bien jurídico protegido.

Por último, respecto de la letra h) del artículo 19 de la Ley N° 20.000, al igual que la letra anterior, no se hace mención a la calidad de las personas que se encuentren en el lugar de comisión, sino que única y exclusivamente el énfasis viene dado por la naturaleza del espacio físico donde se realiza el delito (“si el delito fue cometido en un centro hospitalario, asistencial, lugar de detención o reclusión, recinto militar o policial”). En lo que dice relación con los lugares de detención o reclusión, debe entenderse la agravante dirigida a aquellas personas que no revisten el carácter de detenido o recluso, por cuanto respecto de ellos resulta también aplicable el artículo 63 del Código Penal en torno al principio de inherencia⁶², que implica que tales personas no están en condiciones fácticas de poder realizar el delito en otro lugar, por ejemplo, no podría considerarse agravada la conducta de transferir drogas desplegada por un interno de un recinto penitenciario con la agravante de la letra h) del artículo 19, de la Ley N° 20.000, siendo acogida esta interpretación de manera mayoritaria por nuestra doctrina y jurisprudencia⁶³, no

“El delito se cometió en las inmediaciones de un establecimiento de educación, estableciéndose distancias entre el lugar donde estaba estacionado el vehículo y el imputado portando la droga, no más de 10 metros de la escuela, en día de semana, aproximadamente a las 11:00 horas, día de actividades de enseñanza, por ende, con alumnos en su interior”. Fallo del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de San Bernardo, RUC N° 0500355422-K, RIT N° 40-2006, de fecha 9 de junio de 2006 el cual acoge esta agravante especial en atención a la ubicación del “lugar” en cuestión, siendo irrelevante la presencia de personas en dicho lugar, el fallo aludido señaló en lo pertinente que: “Por lo demás, la circunstancia calificante a que se refiere la letra f) del artículo 19 de la Ley N° 20.000, alude también a sitios donde acuden los escolares y estudiantes a realizar actividades deportivas o sociales, y quedó establecido en la causa con lo dicho por los policías y la propia acusada, que la casa donde se comercializaba droga queda enfrente de una plazuela (registrada en el vídeo) y en forma contigua se ubica una cancha de fútbol”.

59 El artículo 63 del Código Penal dispone que “no producen el efecto de aumentar la pena las circunstancias agravantes que por sí mismas constituyen un delito especialmente penado por la ley, o que ésta haya expresado al describirlo y penarlo. Tampoco lo producen aquellas circunstancias agravantes de tal manera inherentes al delito que sin la concurrencia de ellas no puede cometerse”.

60 “No se puede juzgar (ne bis in ídem) ni tampoco penar dos veces a una persona por el mismo hecho”. Zaffaroni, Eugenio Raúl, Slokar, Alejandro y Alagia, Alejandro, Manual de Derecho Penal, Parte General, Segunda edición, Ediar, Buenos Aires, 2006, p. 114.

61 Por ejemplo el fallo del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Punta Arenas, RUC N° 0500112746-4, RIT N° 53-2006, de fecha 4 de agosto de 2006, acoge la agravante especial de la letra g) del artículo 19 en comentario referida a hechos que daban cuenta de la venta de droga por parte de uno de los funcionarios de una biblioteca pública a un agente revelador, así el tribunal sostuvo para acoger la agravante lo siguiente: “Que logró acreditarse que el delito tuvo su principio de ejecución, en el interior de la Biblioteca pública N° 6 de esta ciudad, esto es, se perpetró en una institución

cultural, mientras esta cumplía sus fines propios”. Fallo posteriormente ratificado por la Corte de Apelaciones de Punta Arenas, en conocimiento de recurso de nulidad interpuesto, Rol N° 119-2006.

62 “Cuando la circunstancia agravante es de tal manera inherente al delito, que sin su concurrencia éste no puede cometerse...La doctrina mayoritaria en Chile sostiene que este supuesto comprende dos situaciones diferentes: a.1.3.1. La Inherencia de la agravante al delito se encuentra implícita en el tipo penal. Este sería el caso del tipo de la apropiación indebida (art. 470 N° 1), que contiene implícitamente la circunstancia de abuso de confianza (art. 12 N° 7), y por tanto ella no surtirá efecto agravante. Lo mismo ocurre en los delitos funcionarios (L. II, Tít. III, § 4) respecto de la agravante que consiste en prevalerse el delincuente de su carácter público (art. 12 N° 8)...a.1.3.2. La Inherencia de la agravante al delito derivada de las circunstancias concretas en las que se comete. La inherencia supone en estos casos que no está en manos del autor modificar esas circunstancias o que su modificación no le incumbe: si alguien ataca sexualmente a una mujer, no podrá imputársele, además, la agravante 18° del art. 12, aunque la ley no distinga en cuanto al sexo del sujeto pasivo en los delitos sexuales”, POLITOFF, RAMÍREZ y MATUS, cit. nota n. 1, pp. 524 y 525.

63 Véase en este sentido el fallo del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Punta Arenas, RUC N° 0600741374-0, RIT N° 29-2007, de fecha 9 de junio de 2007, en el cual se señala a propósito de la droga incautada en poder de dos internos del centro penitenciario que: “En cuanto al aumento de

obstante existir algunos fallos sosteniendo lo contrario, en torno a hacer aplicable también esta agravación a personas que se encuentren cumpliendo condena en el interior de un centro penitenciario, por cuanto se argumenta que el legislador no habría hecho distinción alguna en relación a la vinculación espacial del sujeto activo del delito –interno o visita- con el centro de reclusión respectivo⁶⁴.

En este sentido señalan Politoff, Matus y Ramírez que “el lugar donde se cometen tales delitos es de tal manera inherente a ellos que de otro modo no se habrían podido cometer o se encuentra expresamente señalado por la ley al castigar el hecho”⁶⁵. Más claro en este punto es el artículo 51 de la misma Ley N° 20.000 que hace referencia a que la falta allí prevista y sancionada debe ser cometida por personas “ajenas” a los recintos allí mencionados, en particular dicho artículo señala que “Si la falta de que hace mención el artículo anterior –falta de porte o consumo de drogas- se cometiere en un lugar de detención, recinto militar o policial por personas ajenas a él o en un establecimiento educacional o de salud por quienes se desempeñen como docentes o trabajadores, la sanción pecuniaria se

la letra h). No resulta aplicable, por cuanto se acreditó en el juicio que Cristian Muñoz y Marcos Díaz portaban la droga ilícita en el Centro de Cumplimiento Penitenciario, lugar donde ellos permanecen en calidad de internos, ellos no accedieron a la cárcel con sustancias ilícitas, no la ingresaron al recinto penal, esa sustancia la ingresaron otras personas. Como tampoco se acreditó que ellos hubieren solicitado que se les llevaran las sustancias ilícitas incautadas”. El mismo criterio ha sido sostenido por la ltma. Corte de Apelaciones de San Miguel, en Rol N° 739-2007, de 18 de junio de 2007, considerando duodécimo “Que teniendo presente lo dicho, no resulta lógico ni razonable pretender aplicar esta hipótesis de agravación de pena a quienes se encuentran reclusos en un recinto penitenciario, que por esa razón no están en condiciones de elegir el espacio físico en el cual pueden cometer el delito de tráfico. Más aún, quien se encuentra privado de libertad en una cárcel está obviamente imposibilitado de obtener o premeditarse directamente de sustancias estupefacientes en el medio libre. La única manera de tener acceso a esas sustancias es que le sean proporcionadas por personas ajenas al recinto”. En el mismo sentido, el fallo del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Valparaíso, RUC N° 0700767846-5, RIT N° 237-2009, de 15 de octubre de 2009 y sentencia en procedimiento abreviado, del 7° Juzgado de Garantía de Santiago, RUC N° 0500248514-3, RIT N° 73-2005, de 28 de febrero de 2006.

64 “Que esta Corte desestima esta argumentación, en especial que la agravante sea de exclusiva aplicación a las personas ajenas a los centros de reclusión, toda vez que el legislador no hizo esa distinción sino que fue más gravoso con la ejecución de esos delitos dentro de los recintos carcelarios, por las consecuencias a la salud inherente a ese delito, pero también a la seguridad de los penales. No resulta difícil admitir el riesgo que implica el consumo de drogas en un recinto penitenciario”, sentencia de la ltma. Corte de Apelaciones de Talca, Rol N° 540-2012, de 4 de enero de 2013.

65 POLITOFF, MATUS y RAMÍREZ, cit. nota n. 1, p. 620.

aplicará en su máximo”. Quizás hubiese resultado recomendable que la letra h) del artículo 19 hubiese utilizado esta misma técnica legislativa, circunscribiendo la agravante sólo a personas ajenas a los recintos penitenciarios y a los trabajadores de los recintos hospitalarios o educacionales”, evitando de esa manera interpretaciones que tensionen el principio de inherencia consagrado en el artículo 63 del Código Penal.

Por otra parte, es pacífico concluir que sí es subsumible en la norma en comento la conducta efectuada por aquella persona que ingresa droga al interior del recinto penitenciario en su calidad de visita, por no serle aplicable a esta persona la limitación originada del principio de inherencia, pero aquí ha surgido el debate en torno a si puede tenerse por configurada esta agravante cuando la persona que va como “visita” al recinto penitenciario es descubierta por funcionarios de gendarmería en las zonas destinadas a control de las visitas, más no ha logrado penetrar al interior del centro penitenciario como tal, tomando contacto con la población penal, por lo que no habría puesto en peligro de ninguna manera el bien jurídico protegido, por lo que se argumenta que desde un punto de vista espacial (la zona de visitas no pueden ser consideradas como recintos de reclusión) y desde la perspectiva del nulo peligro de contacto con la población penal, la elevación de la pena no podría justificarse. Nuestra jurisprudencia ha sido de la idea de interpretar esta agravante de una manera más bien objetiva, dejando de lado a si efectivamente se tomó o no contacto con la población penal, entendiéndose que basta la realización de cualquiera de las conductas tipificadas en la ley de drogas dentro de los márgenes de los recintos penitenciarios para dar aplicación a la letra h) en comento⁶⁶.

66 Pueden consultarse los siguientes fallos en los cuales se ha planteado la discusión antes mencionada, a saber, sentencia condenatoria del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de de Antofagasta de Antofagasta, RUC N° 0700390115-1, RIT N° 170-2008, de fecha 27 de septiembre de 2008; En este sentido también podemos citar el fallo del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Calama, RUC N° 0700256512-3, RIT N° 119-2007, de fecha 8 de enero de 2008, el cual en su considerando noveno resume la posición de la defensa en juicio, y que plasma esta forma de entender la agravante de la letra h), a saber: “Que, la Defensa en su alegato de clausura, señaló que no alegaría la absolución, toda vez que ya se le reconoce la atenuante del artículo 11 N° 9 del Código Penal y su declaración fue en ese sentido. Sin perjuicio de ello, cree que es pertinente hacerse cargo de la circunstancia agravante del artículo 19 letra h) de la ley 20.000. Con los antecedentes y la declaración de la imputada, esta agravante se agrupa junto a otras referida a recintos de concurrencia de personas

En un plano intermedio, se encuentran aquellas hipótesis que dicen relación con internos que gozan de beneficios carcelarios de salidas diarias o de fines de semana, sujetos que tienen el carácter de internos penitenciarios por el cumplimiento de sus condenas respectivas, pero que al gozar de estos beneficios carcelarios interactúan con el medio libre, estando potencialmente como persona ajenas al centro de reclusión cada vez que deban volver a su régimen general de cumplimiento de condena, y que en esas circunstancias sean sorprendidos portando drogas con la finalidad de ingresarlas al centro penitenciario en el cual cumplen su penas corporales. Entendemos que en estos supuestos es perfectamente aplicable la agravante de la letra h) del artículo 19, por cuanto el interno al ser sorprendido en esas circunstancias, independiente de su condición de condenado rematado, se sitúa temporalmente como una persona ajena al recinto penitenciario⁶⁷.

indeterminadas. Al cometerse el delito debe haber personas en su interior y la aglomeración de individuos es lo que permite el delito, consiste en valerse de la multitud de personas para distribuir más fácilmente la droga. Luego, no puede aplicarse por la sola naturaleza del delito de que se trate. La imputada no pudo ingresar al recinto penal, hay un lugar físico de revisión previa de las encomiendas, es un espacio en donde la persona debe estar presente pero no tiene contacto físico con ningún interno". También acogiendo esta agravante en términos objetivos, tratándose de una persona ajena al recinto penitenciario, fallo del Sexto Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago, RUC N° 0801046454-5, RIT N° 466-2009, de 16 de octubre de 2009.

⁶⁷ Como ejemplo de esta aplicación de la agravante en comento, podemos citar la sentencia en procedimiento abreviado del Juzgado de Garantía de Punta Arenas, RUC N° 0500658727-7, RIT N° 835-2006, de 15 de septiembre de 2006, considerando octavo que sostuvo que: "En cuanto a la agravante especial establecida en la letra h) del artículo 19 de la Ley 20.000, invocada por el Ministerio Público, se debe tener presente que es un hecho establecido que (...) fue sorprendido al interior del complejo penitenciario de esta ciudad y en los momentos que regresaba del beneficio de la salida de fin de semana. Así las cosas fluye con claridad que el delito se cometió en un centro de reclusión, vulnerándose con mayor gravedad el bien jurídico tutelado, por lo que ha de entenderse concurrente la citada circunstancia. Cabe precisar al efecto, que para lo anterior no resulta pertinente atender al principio de ejecución del delito, pues ello sólo revestirá importancia para determinar la competencia del Tribunal y el grado de desarrollo del delito".

Bibliografía

1. Libros

Politoff, Sergio, Matus, Jean Pierre y Ramírez, Cecilia y, "Lecciones de Derecho Penal Chileno. Parte Especial", Segunda edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, año 2006.

Zaffaroni, Eugenio Raúl, Slokar, Alejandro y Alagia, Alejandro, Manual de Derecho Penal, Parte General, Segunda edición, Ediar, Buenos Aires, 2006.

2. Jurisprudencia por orden de referencia

1. Sentencia de la Itma. Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N° 2428-2008, de 30 de enero de 2009.

2. Sentencia del 6° Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de San Miguel, RUC N° 0600038747-7, RIT N° 132-2007, de 7 de julio de 2007.

3. Sentencia del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Colina, RUC N° 0700754556-2, RIT N° 21-2008, de 11 de abril de 2008.

4. Sentencia de la Itma. Corte de Apelaciones de Arica Rol N° 134-2007, de 22 de agosto de 2007.

5. Sentencia de la Itma. Corte de Apelaciones de Antofagasta, Rol N° 291-2010, de 8 de octubre de 2010.

6. Sentencia del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Temuco, de 8 de abril de 2009, RUC N° 0700853796-2, RIT N° 21-2009.

7. Sentencia de la Itma. Corte de Apelaciones de Antofagasta, Rol 85-2010, de 19 de abril de 2010.

8. Sentencia del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Angol, RUC N° 0800963008-3, RIT N° 52-2009, de 9 de agosto de 2009.

9. Sentencia de la Itma. Corte de Apelaciones de Arica, Rol N° 31-2006, de 28 de febrero de 2006.

10. Sentencia de la Itma. Corte de Apelaciones de Antofagasta, Rol N° 90-2010, de 25 de mayo de 2010.
11. Sentencia de la Excm. Corte Suprema Rol 3206-2007, Segunda Sala (Penal), de 3 de septiembre de 2007.
12. Sentencia del Segundo Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago, RUC N° 0700868108-7, RIT N° 140-2008, de 1° de abril de 2009.
13. Sentencia del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Punta Arenas, RUC N° 0500125434-2, RIT N° 64-2005, de 9 de noviembre de 2005.
14. Sentencia del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Angol, RUC N° 0600863531-3, RIT N° 88-2007, de 16 de diciembre de 2007.
15. Sentencia del Segundo Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago, RUC N° 0700868108-7, RIT N° 140-2008, de 19 de noviembre de 2007.
16. Sentencia del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Los Andes RUC N° 0901120081-5, RIT N° 14-2011, de 13 de enero de 2012.
17. Sentencia del 2° Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago, RUC N° 0600077766-6, RIT N° 59-2006, de 6 de octubre de 2006.
18. Sentencia de la Itma. Corte de Apelaciones de Temuco, Rol N° 1012-2010, de 24 de enero de 2011.
19. Sentencia del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Antofagasta, RUC N° 060041806-0, RIT N° 190-2006, de 13 de enero de 2007.
20. Sentencia de la Excm. Corte Suprema, Rol N° 1189-04, de 5 de mayo de 2004.
21. Sentencia de la Itma. Corte de Apelaciones de San Miguel Rol N° 1009-2007, de 6 de agosto de 2007.
22. Sentencia del 4° Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago RUC N° 0600490191-4, RIT N° 96-2007, de 8 de septiembre de 2007.

23. Sentencia del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Cañete, RUC 0900790340-2, RIT N° 21-2010, de 12 de julio de 2010.
24. Sentencia del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de San Bernardo, RUC N° 0700837095-2, RIT N° 34-2010, de 14 de mayo de 2010.
25. Sentencia del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Copiapó, RUC N° 0500250630-2, RIT N° 14-2006, de 10 de abril de dos mil 2006.
26. Sentencia del 2° Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago, RUC N° 0500643640-6, RIT N° 71-2006, de 18 de noviembre de 2006.
27. Sentencia del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Chillán, RUC N° 0700790962-9, RIT N° 19-2009, de 13 de abril de 2009.
28. Sentencia del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Chillán, RUC N° 1000977455-1, RIT N° 72-2011, de 23 de mayo de 2011.
29. Sentencia del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Chillán, RUC N° 0801003942-9, RIT N° 108-2009, de 21 de octubre de 2009.
30. Sentencia del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de San Bernardo, RUC N° 0500355422-K, RIT N° 40-2006, de 9 de junio de 2006.
31. Sentencia del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Punta Arenas, RUC N° 0500112746-4, RIT N° 53-2006, de 4 de agosto de 2006.
32. Sentencia de la Itma. Corte de Apelaciones de Punta Arenas, Rol N° 119-2006, de 16 de septiembre de 2006.
33. Sentencia del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Punta Arenas, RUC N° 0600741374-0, RIT N° 29-2007, de fecha 9 de junio de 2007.
34. Sentencia de la Itma. Corte de Apelaciones de San Miguel, Rol N° 739-2007, de 18 de junio de 2007.

35. Sentencia del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Valparaíso, RUC N° 0700767846-5, RIT N° 237-2009, de 15 de octubre de 2009.

36. Sentencia del 7° Juzgado de Garantía de Santiago, RUC N° 0500248514-3, RIT N° 73-2005, de 28 de febrero de 2006.

37. Sentencia de la Iltma. Corte de Apelaciones de Talca, Rol N° 540-2012, de 4 de enero de 2013.

38. Sentencia del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de de Antofagasta, RUC N° 0700390115-1, RIT N° 170-2008, de 27 de septiembre de 2008.

39. Sentencia del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Calama, RUC N° 0700256512-3, RIT N° 119-2007, de 8 de enero de 2008.

40. Sentencia del Sexto Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago, RUC N° 0801046454-5, RIT N° 466-2009, de 16 de octubre de 2009.

41. Sentencia del Juzgado de Garantía de Punta Arenas, RUC N° 0500658727-7, RIT N° 835-2006, de 15 de septiembre de 2006.

EFEITOS PERVERSOS DA CORRUPÇÃO EM FACE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Rogério Gesta Leal¹
Carlos Ignacio Aymerich Caño²

1 Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, doutor em Direito. Professor titular da Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC) e da Fundação Escola Superior do Ministério Público (FMP).

2 Doutor em Direito pela Universidad da Coruña, Espanha, e Professor Adjunto desta mesma Universidade.

1. Considerações iniciais

Pode-se afirmar que o fenômeno da corrupção demanda terreno fértil de instalação e desenvolvimento, seja na forma da tolerância, indiferença ou mesmo cumplicidades individuais e sociais. Esta gera consequências desastrosas para os Direitos Fundamentais, razão pela qual se tem referido que políticas públicas nacionais e internacionais de efetivação desses Direitos podem ajudar a minimizar as oportunidades corruptivas e auxiliar em medidas de responsabilização jurídica e política em face dos agentes corruptivos.³

De igual sorte, os Direitos Fundamentais também permitem chamar a atenção para aqueles que se encontram em risco maior por decorrência de atos corruptivos, gerando, em face disto, elementos-guia para o desenho e a implementação de políticas anticorrupção tanto no plano doméstico de cada Estado-Nação como no plano internacional.

Neste texto tratar-se-á de algumas ocorrências de violações de Direitos Fundamentais já detectadas pela experiência internacional e nacional que estão conectadas com o fenômeno da corrupção, para que assim possam ser discutidos cenários mais ampliados de tratamento da matéria.

2. Qual corrupção

Sempre é interessante lembrar que o termo corrupção advém da expressão latina *corruptio*, que significa decadência moral, comportamentos perversos. De igual sorte, o conceito pode ter também uma referência física, no sentido de algo ser deteriorado em face de sua desintegração ou mesmo decom-

posição repugnante (putrefação).⁴ Por certo que esta primeira definição serve tão somente para se ter em mente os sentidos – todos – negativos que a corrupção traz em si, causando sensações de alta reprovabilidade categorial e social.

É curioso que Johnston (2005, p. 11) alerte para o fato de que “In rapidly changing societies the limit between what is corrupt and what is not is not always clear and the term corruption may be applied broadly”. E é assim mesmo, não tanto em face das mudanças sociais rápidas, mas por a corrupção ser um fenômeno de natureza extremamente complexa que possui múltiplas e variadas causas e consequências, razão pela qual vem sido estudada por múltiplos campos do conhecimento, como ciência política, economia, antropologia, psicologia, etc..⁵

Cada campo de pesquisa referido sobre o tema tem, por sua vez, diferentes percepções deste fenômeno e, por conta disto, diferentes formas de tratamento dos seus nexos causais e possibilidades de tratamentos, gerando-se a partir daí o que se pode chamar de definições operacionais de contexto. Estas ampliam a abordagem da questão e, ao mesmo tempo, demarcam progressivamente seus contornos com mais exatidão, criando densificações de matéria e de sentido da corrupção em casos concretos.

Em nome destas definições operacionais de contexto é que parte da literatura inglesa e norte-americana tem distinguido a grande corrupção (*grand corruption*) e a corrupção insignificante (*petty corruption*). A primeira está associada com a corrupção praticada por chefes de Estado, ministros e oficiais de alto escalão na administração pública, envolvendo grande quantidade de bens e dinheiro; já a segunda modalidade é aquela que se considera como corrupção de baixa intensidade, ou ainda corrupção ordinária praticada no cotidiano das pessoas (*low ou street corruption*), em especial alcançando relações de serviços

3 Sobre este ponto, Cf. STOKER, 2006, p. 71. Diz ainda o autor que “Identifying the specific links between corruption and human rights may persuade key actors – public officials, parliamentarians, judges, prosecutors, lawyers, business people, bankers, accountants, the media and the public in general – to take a stronger stand against corruption. This may be so even in countries where reference to human rights is sensitive”.

4 Cf. OXFORD ENGLISH DICTIONARY, 1978, p. 1024-1025.

5 Cf. LEAL, 2013. É interessante como Klitgaard (2002) define a relação entre economia e corrupção dizendo que ela se apresenta com a seguinte equação: Corrupção = Monopólio + Discricionariedade – Prestação de Contas.

públicos de saúde, escola, segurança pública, sistema tributário de pequena monta, etc.⁶

Tal distinção, mais do que conceitual, é fundamentalmente empírica e descritiva, devido ao simples fato de que efetivamente é assim que o fenômeno da corrupção opera em larga ou pequena escala. Isto implica, mais tarde, em saber se é possível sustentar níveis de tolerância em face da corrupção de baixa intensidade e em face de quais argumentos.⁷

Há distinções conceituais da corrupção que configuram certas tipologias em face dos agentes envolvidos, como a *corrupção política*, orquestrada com inteligência, organização e hierarquia operacional por monarcas, ditadores ou legisladores e pelos Poderes Executivo e Judiciário, dentre outros. Há nesta espécie de corrupção uma lógica de reciprocidades entre os protagonistas. Os servidores públicos procuram criar condições e possibilidades de gerar trocas corruptivas em detrimento do interesse e patrimônio públicos – nem todas condizentes com recursos financeiros em pecúnia, eis que o objeto de troca pode ser favores, tráfico de influência, gerenciamento de interesse de terceiros, etc.

É comum também a noção de *corrupção administrativa*, aqui entendida como o uso de propinas e favoritismos por parte de servidores públicos para conferir benefícios tributários, isenções de fiscalização de obras, contratos, serviços, fornecimentos de bens, todos indevidamente. Estes influenciam oportunidades nas quais o patrimônio e orçamento públicos são impactados

⁶ Cf. ANTI-CORRUPTION RESOURCE CENTRE, [20-].

⁷ É assustadora a posição de alguns Tribunais sobre esta matéria, ex vi decisão do Superior Tribunal de Justiça do Brasil: AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. AUSÊNCIA DE MÁ-FÉ DO ADMINISTRADOR PÚBLICO. 1. A Lei 8.429/92 da Ação de Improbidade Administrativa, que explicitou o cânone do art. 37, § 4º da Constituição Federal, teve como escopo impor sanções aos agentes públicos incurso em atos de improbidade nos casos em que: a) importem em enriquecimento ilícito (art.9º); b) que causem prejuízo ao erário público (art. 10); c) que atentem contra os princípios da Administração Pública (art. 11), aqui também compreendida a lesão à moralidade administrativa. 2. Destarte, para que ocorra o ato de improbidade disciplinado pela referida norma, é mister o alcance de um dos bens jurídicos acima referidos e tutelados pela norma especial. 3. No caso específico do art. 11, é necessária cautela na exegese das regras nele insertas, porquanto sua amplitude constitui risco para o intérprete induzindo-o a acoiar de ímprobos condutas meramente irregulares, suscetíveis de correção administrativa, posto ausente a má-fé do administrador público e preservada a moralidade administrativa. STJ - RESP nº 480387 – São Paulo. Rel. Min. Luiz Fux – DJ 24.05.2004. Grifos meus.

por vias transversas, uma vez que se deixa de arrecadar recursos financeiros importantes e de receber devidamente objetos contratados.

Há que se reconhecer de igual sorte a chamada *corrupção corporativa* – antes tarde do que nunca reconhecida pela literatura e legislatura especializadas. Esta ocorre entre segmento(s) do mercado privado que são fornecedores e clientes do setor público, os quais, estando as estratégias de gestão dos atos corruptivos mais nas mãos de setor privado, contam com a cumplicidade e co-autoria de agentes públicos.⁸

De acordo com a Agência Norte-Americana para o Desenvolvimento Internacional (United States Agency for International Development – USAID), em sua publicação *Handbook for Fighting Corruption* (1999), a corrupção pode assumir várias formas, englobando abusos unilaterais praticados por agentes públicos, fraudes, nepotismo, tráfico ilícito de influência, dentre outros, surgindo em instâncias políticas e burocráticas do Estado como um todo (Legislativo, Executivo e Judiciário) e podendo ser grande ou insignificante, nacional e internacional, organizada ou desorganizada.⁹

Veja-se que em termos normativos as próprias convenções e os tratados internacionais também têm suas preocupações conceituais. Alguns deles usam o termo corrupção alternadamente como a expressão que evidencia explícita natureza criminal: suborno, o que acontece na Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, na Convenção Civil contra a Corrupção do Conselho da Europa, na Convenção da Luta contra a Corrupção envolvendo Servidores da Comunidade Européia ou Servidores dos Estados Membros da União Européia e na Convenção da Rede de Decisões da União Européia no Combate a Corrupção no Setor Privado. De igual sorte a Convenção da

⁸ Neste ponto o Brasil, recentemente, teve edital da Lei nº. 12.846/2013, conhecida como Lei Anticorrupção Empresarial. Cf. CLINARD; YEAGER, 2009.

⁹ Lembrando sempre o conceito ampliado que a United Nations Convention Against Corruption (UNCAC) tem sobre agente público, a saber: “any person who performs a public function or provides a public service as defined in the domestic law of the State Party and as applied in the pertinent area of law of that State Party” (UNITED NATIONS OFFICE ON DRUGS AND CRIME, 2003).

Organização para a Cooperação Econômica e Desenvolvimento (OECD) para o Combate ao Suborno de Servidores e Agentes Públicos Estrangeiros em Negócios e Transações Internacionais segue a mesma linha referida.¹⁰

É óbvio que qualquer uma destas formas ou conceitos de corrupção leva à certeza de que os resultados de comportamentos desta natureza são sempre danosos à sociedade, em especial em face dos direitos fundamentais individuais e sociais.

3. As estreitas relações entre a violação de direitos fundamentais e a corrupção

Em verdade, quando as pessoas se tornam mais conscientes dos danos que a corrupção provoca a interesses públicos e privados (veja-se os prejuízos que mercados têm com o alto custo para manter vínculos corruptivos, os quais se afiguram como instáveis e inseguros) elas ficam sensibilizadas com medidas de enfrentamento e tratamento desta patologia. Para além disto, um claro e ampliado entendimento das conexões práticas entre atos corruptivos e Direitos Fundamentais pode empoderar aqueles que têm legitimidade para o tratamento desta matéria, além de criar novas possibilidades de utilização dos mecanismos nacionais, regionais e internacionais que existem para monitorar e cobrar as obrigações estatais para com eles.¹¹

Este empoderamento está relacionado aos princípios já internacionais da não discriminação, da participação lato senso de todos que estão comprometidos com aqueles Direitos e que, portanto, não dizem respeito tão somente aos que se encontram

10 Almond e Syfert (1997, p. 389-447) ainda lembram que "A third group of conventions distinguishes corruption as a term to group criminal acts more explicitly from actual acts that involve corruption. Two such conventions are the Economic Community of West African States (ECOWAS) Protocol on the Fight against Corruption (ECOWAS Protocol against Corruption), and the Inter-American Convention against Corruption (IACAC). In Article 6, entitled "Acts of Corruption", both conventions provide a list of acts that constitute it, but provides a general definition of corruption".

11 Fala-se, por exemplo, da Corte Européia de Direitos Humanos, da Corte Africana de Direitos Humanos, da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Cf. LEAL, 2009.

em situações de hiposuficiência protetiva.¹² Ao mesmo tempo, é certo que a sociedade civil precisa contar com estímulos públicos para o envolvimento necessário na espécie, não só porque por vezes está cética em face dos níveis de corrupção e impunidade relacionada a eles, mas também pelo fato de já ter várias demandas de caráter individual a atender em seu cotidiano.¹³

Daí a importância da transparência dos atos da administração pública e dos níveis de publicidade eficientes desses, criando condições de acesso inteligível à população da gestão pública ordinária, ampliando sua legitimidade política e incrementando a participação e o controle social. Vê-se que, no plano internacional, o Direito à Informação é tido como Fundamental:

Until recently this right was interpreted as an obligation on states not to obstruct the flow of information. In 2002, however, the African Commission on Human and Peoples' Rights introduced explicitly the notion of a positive obligation to have access to information, and in 2006 the Inter-American Court of Human Rights (I/A Court H.R.) ruled unambiguously in favor of a right to access to public information. According to this ruling, states should make administrative documents public. (KLITGAARD, 2002, p. 21).

Pode-se até dizer que se cria como política de combate à corrupção um Direito Fundamental a Conhecer, sendo este conhecimento qualificado pela fonte confiável da informação (que tem responsabilidades por isto) e pelo seu caráter inteligível em termos conjunturais (não se pode imaginar que a simples postagem de informações orçamentárias codificadas em rubricas e números contábeis possa ser aceita como publicidade e transparência eficiente ao conhecimento social/popular).

Aderir a estes princípios e cenários implica identificar e superar obstáculos, tais como os das diferenças linguísticas, culturais, raciais e de gênero, que fazem as pessoas mais vulneráveis

12 Lembra Warren (2004) que "Where political rights are not effectively protected, opportunities for corruption increase. Low political participation creates conditions for impunity and corruption. The effective exercise of political rights counterbalances state power and its abuse, including corruption".

13 Como dizem HUTHER e SHAH (2000): "A human rights perspective requires policy-makers to ask how the design or implementation of anticorruption program will affect people who are marginalized or impoverished, subject to social discrimination, or disadvantaged in other ways".

à corrupção exatamente porque estas perdem a percepção de pertencimento social.

Veja-se que a corrupção tem diferentes formas de impacto entre homens e mulheres, de forma que perpetua as iniquidades de gênero existentes, até mesmo em nível de políticas públicas efetivadoras de Direitos Fundamentais. Agravam-se mais ainda no âmbito, por exemplo, de menores, principalmente em três grandes temas: nas situações de adoção, de tráfico, de exploração sexual e de trabalho (por vezes escravo) infantil.

Os segmentos mais pobres da sociedade sofrem de maneira mais intensa os efeitos que a corrupção causa no sistema econômico e nas políticas públicas, isto porque aquela desencoraja investimentos privados (passou-se, de certa forma, o tempo em que a corrupção era sinônimo de bons investimentos, por não ter fim ela acaba sujeitando os corruptores a permanentes aportes financeiros para alimentá-la), o que reduz a circulação de moeda e, inevitavelmente, afeta e distorce a formatação e execução de políticas públicas sociais, desviando recursos públicos de investimentos em infraestruturas, os quais são cruciais às alternativas para superar a pobreza.¹⁴ Anechiarico e Jacobs lembram que

The human rights framework gives particular attention to the participation of groups that are disadvantaged or vulnerable. Public engagement in elections is only one aspect of participation: it is equally important to ensure that indigenous people participate in decisions relating to the use of their land and that slum dwellers participate in development decisions that affect their homes, and so forth. (ANECHIARICO; JACOBS, 2002, p. 53).

Da mesma forma, as comunidades indígenas de várias partes do mundo são atingidas pela corrupção, notadamente em face de ações privadas – e públicas – que exploram e até mesmo

14 O estudo das Nações Unidas dá conta de que: “Where corruption is generalized, for example, poor people are as exposed as others to the small-scale bribery of public officials (notably in the healthcare, law enforcement and judicial sectors) but the effect on their purse will be heavier. Large-scale corruption, meanwhile, damages the quality of public services on which the poor depend particularly, to meet basic needs. Here again they are disproportionately affected” (UNITED NATIONS, 2006).

se apossam de suas terras (as quais deveriam estar protegidas por políticas públicas de Estado). Claro que isto se deve também ao fato de muitas comunidades indígenas ter frágil acesso à educação e informação, resultando em uma população menos consciente de seus direitos e garantias; por outro lado, em processos de cooptação mercantil, alguns membros de tribos se associam com interesses privados violadores daqueles direitos.¹⁵

O meio ambiente também sofre danos sérios causados por atos corruptivos, basta vermos as situações envolvendo até relações internacionais de descarte de lixo tóxico em outros países. Conforme notícias da imprensa internacional, pode ficar evidente de que em várias partes do globo organizações criminosas elegem territórios habitados por pessoas para descarte de resíduos tóxicos, como é o caso do conhecido *triângulo da morte*, região ao norte de Nápoles onde isto ocorre. No local se tem identificado um número preocupante de casos de câncer.¹⁶

Aliás, no que diz com direito à informação, desde setembro de 2006 a Corte Interamericana de Direitos Humanos ratificou expressamente o direito de todo e qualquer cidadão buscar e receber do Estado qualquer informação (art. 13, da Convenção Americana de Direitos Humanos) – por certo que guardadas as restrições daquelas que tenham permissão de sigilo fundamentado, normatizadamente estabelecidas –, o que implica, necessariamente, na obrigação positiva do Estado em providenciar e fornecer tal informação, adotando para tanto os procedimentos necessários (art.10). Ademais, atenta-se ao fato de que, para o exercício deste Direito, não se exige provar interesse direto ou pessoal envolvido, o que é essencial à constituição de mais uma ferramenta de transparência e controle da corrupção.¹⁷

15 Como diz o relatório, “Since indigenous voices are rarely heard in policy discussions, these populations often have little influence on the design and implementation of anti-corruption policies and programmes that could improve their status” (UNITED NATIONS, 2006, p. 08).

16 Um grupo ambiental estima que 10 milhões de toneladas de lixo tóxico foram ilegalmente enterradas desde o começo dos 1990, gerando bilhões de dólares de lucro para a Máfia. Estes resíduos contaminaram de forma perigosa o solo e a água (MENDONÇA, 2014).

17 Refere a decisão da Inter-American Court of Human Rights (2006), em seu parágrafo 77, que “In this way, the right to freedom of thought and expression includes the protection of the right of access to State-held information, which also clearly includes the two dimensions, individual and social, of

Neste sentido a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção (UNCAC)¹⁸ identificou várias categorias de informações que se afiguram como necessárias para estarem disponíveis ao público em geral, visando o enfrentamento com maior intensidade da corrupção ao mesmo tempo em que amplia a participação social na gestão pública. Assim, pode isto funcionar como mecanismo de redução das violações dos Direitos Humanos e Fundamentais, Individuais e Sociais geralmente atingidos em ambientes corruptivos, a saber:

(a) Política de gestão de servidores públicos: no sentido de que deve haver plena transparência sobre os processos de recrutamento, contratação, promoção e aposentadoria de servidores públicos, pois o art. 7 da Convenção referida estabelece inclusive alguns critérios para a gestão dos servidores públicos, dentre os quais estão mérito, qualidade e aptidão para e no exercício das funções, assim como remuneração adequada com tabelas salariais equitativas;

(b) Política de gestão de conflitos de interesses: no sentido de que os Estados-Partes declinem esforços para adotar, manter e reforçar sistemas de promoção da transparência administrativa à prevenção de conflitos de interesses entre o setor público e privado;

(c) Políticas Públicas Administrativas: no sentido de que os Estados-Partes são chamados a ampliar a transparência no âmbito da organização, do funcionamento e dos processos de tomada de decisões públicas (art. 10 e 13(1, a));

(d) Políticas Públicas de Finanças: no sentido de que os Estados-Partes são provocados para melhorar suas formas de transparência e accountability no gerenciamento das finanças – art. 9 (2) –, o que pode ser feito com algumas medidas específicas, tais como procedimentos de publicidade e informação do orçamento – formatação, definições, execução e avaliação; relatórios periódicos sobre receitas e despesas; um sistema de normas de contabilidade, auditoria e fiscalização das contas

públicas transparente; e um eficiente e efetivo sistema de gerenciamento de riscos e controles internos;

(e) Políticas de Assessoria Jurídica Adequada: no sentido de que os Estados-Partes são obrigados a garantir que o sistema de gerenciamento jurídicos dos assuntos da administração seja transparente, o que pode ser atingido, dentre outras formas, com acesso a informações permanentes sobre os atos e negócios jurídicos administrativos que envolvem receitas públicas (contratos) e informações publicamente disponíveis sobre os convites à apresentação de propostas para contratação com o Poder Público, o que implica regras claras sobre licitações e contratos (em especial envolvendo critérios confiáveis de decisões sobre esta matéria);

(f) Políticas de Financiamento de Partidos e Campanhas Eleitorais: no sentido de que o art. 7 (3) é claro em demandar que os Estados-Partes tenham políticas transparentes de financiamento de partidos políticos e eleições, exatamente para evitar os níveis de corrupção que se tem assistido no mundo todo.

Todos estes elementos são ferramentas e políticas públicas importantes para evitar que a corrupção ganhe terreno no cotidiano das pessoas. Eles podem também ampliar os níveis de controle social e institucional sobre os impactos que atos corruptivos possam causar a Direitos Fundamentais Individuais e Sociais, isto porque há certo consenso público no sentido de que

When corruption is widespread, people do not have access to justice, are not secure and cannot protect their livelihoods. Court officials and the police pay more heed to bribes than to law. Hospitals do not heal people because the medical staffs give better treatment to patients who pay backhanders or because clinics lack supplies due to corrupt public contracting procedures. Poor families cannot feed themselves because social security programmes are corrupt or distorted to support a patronage network. Schools cannot offer their students a sound education because the education budget has been looted and as a result teachers cannot be paid and books cannot be purchased. Farmers and market sellers cannot earn a living because po-

the right to freedom of thought and expression that must be guaranteed simultaneously by the State".

18 UNITED NATIONS OFFICE ON DRUGS AND CRIME, 2003.

lice take a cut of their produce and sales. In numerous ways like these, corruption encourages discrimination, deprives vulnerable people of income, and prevents people from fulfilling their political, civil, social, cultural and economic rights. (COOKE; KOTHARI, 2001, p. 51).¹⁹

Em tais cenários resta muito difícil imaginar que se tenham condições objetivas e subjetivas de confiança nas instituições públicas para contribuir com ações de controle preventivo e curativo dos atos corruptivos, razão pela qual tomam relevo políticas públicas de Estado voltadas para tais demandas.

4. Considerações finais

De qualquer sorte, é acertado dizer que os Estados têm responsabilidades pela violação dos Direitos Fundamentais – sejam individuais ou sociais –, notadamente quando se evidencia que as ações ou omissões violadoras caracterizam infringência das normas de direito internacional às quais se obrigam ou mesmo em face daquelas domésticas de cada jurisdição. Mal ou bem, para que se determine dogmaticamente se alguma prática corruptiva viola Direito Fundamental, mister é que se estabeleça com clareza o escopo e conteúdo da obrigação de Direito Fundamental em questão e de onde deriva sua fonte normativa (tratado internacional, ordem jurídica doméstica, convenção, etc.). E mais do que isto, a despeito de já se saber, nunca é o bastante lembrar que estas obrigações estatais são aplicadas a todas as esferas do Poder Público (legislativo, executivo, judiciário) e em todos os níveis (nacional, regional, local).²⁰

Dentre estas obrigações estatais, geralmente se chama a atenção para três em especial: respeitar, proteger e satisfazer.

Mas no que consistem tais comportamentos públicos? Tradicionalmente, a obrigação de respeitar requer dos Estados que se abstenham de quaisquer medidas que possam privar indivíduos da fruição de seus direitos ou de suas habilidades de satisfazer estes direitos por seus esforços próprios. Esta modalidade de obrigação, em regra, está associada aos Direitos Fundamentais Cíveis e Políticos, mas igualmente pode se referir aos Direitos Fundamentais Econômicos, Sociais e Culturais.

Já a obrigação de proteger requer destes Estados ações preventivas de violações de Direitos Fundamentais por terceiros, prevenindo irreparáveis danos a estes direitos da cidadania e da sociedade, o que demanda, dentre outras coisas, prevenir a violação de direitos por indivíduos ou Estados; evitar e eliminar incentivos à violação de direitos por terceiros; e providenciar acesso a remédios jurídicos eficientes quando as violações aqueles direitos tiverem ocorrido, a ponto de prevenir futuras privações.

Da mesma forma, pode caracterizar falha estatal que desencadeia responsabilidade pública o fato de se omitir em criar regras claras de prevenção e punição de atos corruptivos cometidos por corporações privadas – uma vez que tenham sido firmados Tratados Internacionais nos quais se obrigou a fazê-lo.

Por outro lado, enquanto se considera individualmente cada Direito Fundamental, a relação de interdependência entre estes Direitos deve sempre ser mantida em consideração, pois, na prática, a corrupção afeta a fruição de vários direitos simultaneamente. A falha na proteção de Direitos associados à participação política, por exemplo, pode ter significativo impacto em vários direitos de natureza econômica, social e cultural, isto porque restam afetados o desenho e a implementação de políticas públicas e, conseqüentemente, o comprometimento da fruição destes Direitos.

¹⁹ Lembram os autores, por oportuno, que “Because all forms of corrupt practice may in the long-run have an impact on human rights, it cannot be concluded mechanically that a given act of corruption violates a human right. This means that, to apply the human right framework usefully (that is to say, with potential effect in law), it is necessary to distinguish corrupt practices that directly violate a human right from corrupt practices that lead to violation of a human right (but do not themselves violate a right), and from corrupt practices where a causal link with a specific violation of rights cannot practically be established” (COOKE; KOTHARI, 2001). Cf. UNITED NATIONS, 2005.

²⁰ Cf. SEPÚLVEDA, 2003, p. 33.

Bibliografia

- ALMOND, Martin A.; SYFERT, Samuel. Beyond Compliance: Corruption, Corporate Responsibility and Ethical Standards in the New Global Economy. **North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation**, v. 22, p. 389-447, 1997.
- ANECHIARICO, Fernand; JACOBS, Jonh. **The Pursuit of Absolute Integrity: How Corruption Control Makes Government Ineffective**. Chicago: University of Chicago Press, 2002.
- ANTI-CORRUPTION RESOURCE CENTRE. **Corruption Glossary**. [20-]. Disponível em: www.u4.no/document/faqs5.cfm#pettycorruption. Acesso em: 31 mar. 2014.
- 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. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 2 ago. 2013.
- BRASIL. Lei nº. 8.429, de 2 de junho de 1992. Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 3 jun. 1992.
- CLINARD, Marshall; YEAGER, Peter. **Corporate Crime**. New Brunswick: Transaction Publishers, 2009.
- COOKE, Bill; KOTHARI, Uma (ed.). **Participation, the New Tyranny?** London: Zed Books, 2001.
- HUTHER, James; SHAH, Arthur. **Anti-corruption Policies and Programs: A framework for evaluation**. Washington: the World Bank, 2000.
- INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS. **Claude Reyes et al. v. Chile**. 19 sep. 2006.
- JOHNSTON, Michael. **Syndromes of Corruption: Wealth, Power and Democracy**. Cambridge: Cambridge University Press, 2005.

- KLITGAARD, Richard. **Controlling Corruption**. Berkeley: University of California, 2002.
- LEAL, Rogério Gesta. **Patologias corruptivas nas relações entre estado, administração pública e sociedade: causas, consequências e tratamentos**. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2013.
- LEAL, Rogério Gesta. **Perspectivas hermenêuticas dos Direitos Humanos e Fundamentais no Brasil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.
- MACIEL, Ayrton. **Mais Corrupção, Menos Educação**. 20 mar. 2011. Disponível em: <http://pedesenvolvimento.com/2011/03/20/mais-corrupcao-menos-educacao/>. Acesso em: 11 mar. 2014.
- MENDONÇA, José Eduardo. **Portal Planeta Sustentável**. 30 jan. 2014. Disponível em: <http://planetasustentavel.abril.com.br/blog/planeta-urgente/mafia-enterra-lixo-toxico-na-italia/>.
- NEWELL, Peter; WHEELER, Joanna (ed.). **Rights, Resources and the Politics of Accountability**. London: Zed Books, 2006.
- OXFORD ENGLISH DICTIONARY. London: Oxford University, 1978.
- Portal Diário de Notícias. Disponível em: http://www.dn.pt/inicio/globo/interior.aspx?content_id=1915676&seccao=CPLP. Acesso em: 11 mar. 2014.
- Portal Zero Hora. Disponível em: <http://zerohora.clicrbs.com.br/rs/mural/adianta-manifestar-indignacao-com-a-corrupcao-no-pais--111208.html>. Acesso em: 06 mar. 2014.
- RAYMOND, John. Health Effects of Prostitution. In: Hughes, Donna M.; Roche, Claire (ed.). **Making the Harm Visible: Global Sexual Exploitation of Women and Girls. Speaking out and providing services**. Rhode Island: CATW, 2012.
- SEPÚLVEDA, Magdalena. **The nature of the obligations under the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights**. Oxford-Antwerp: Hart/Intersentia, 2003.
- STOKER, George. **Why Politics Matters: Making Democracy Work**. Basingstoke: Palgrave, 2006.

UNITED NATIONS OFFICE ON DRUGS AND CRIME. United Nations Convention Against Corruption. 31 out. 2003. Disponível em: <https://www.unodc.org/unodc/en/treaties/CAC/>. Acesso em: 24 mar. 2014.

UNITED NATIONS. Economic and Social Council. E/CN.4/2006/52/Add.4. §96. **Civil and Political Rights, Including the Questions of Independence of the Judiciary, Administration of Justice, Impunity.** 30 dez. 2005. Disponível em: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G06/100/54/PDF/G0610054.pdf?OpenElement>.

UNITED NATIONS. Economic and Social Council. E/CN.4/2006/67/Add.2, §47. **Rights of the Child.** 27 mar. 2006. Disponível em: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G06/121/61/PDF/G0612161.pdf?OpenElement>.

WARREN, Martin. What does corruption mean in a Democracy? **American Journal of Political Science**, v. 48, i. 2, p. 328-343, 2004.

A ECONOMIA COLABORATIVA NO BRASIL E O DIREITO DE INFORMAÇÃO DO CONSUMIDOR

Cristina Stringari Pasqual¹
Antonia Espindola Longoni Klee²

¹ Professora de Direito Civil da Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul. Advogada.

² Professora de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Pelotas (Rio Grande do Sul). Advogada.

1. Considerações iniciais

O crescimento do acesso à internet fez com que o mercado direcionasse seu olhar a novas formas de contratação, formas capazes de vencer as barreiras da distância e dinamizar as relações, proporcionando um número maior de negócios a um custo mais baixo. Como consequência dessa realidade surgiu o que se denomina de economia de colaboração, ou seja, uma forma de negociar que parte da ideia de compartilhamento do acesso aos bens e serviços com base em processos colaborativos que acabou transformando-se em uma prática comercial.

Esta nova forma de contratação vem gerando muitos debates nos mais diversos sistemas jurídicos. Grandes questionamentos surgem constantemente, já que suas especificidades exigem do intérprete uma mudança de perspectiva em nível negocial. As contratações identificadas como negócios que envolvem dois polos horizontalmente vinculados passam a ter relações triangulares que, apesar de permitirem um negócio final peer-to-peer (P2P), nascem na grande maioria de casos mediante a intervenção de uma plataforma digital que, organizada profissionalmente, proporciona a contratação entre as partes interessadas.

Esta realidade econômica eclodiu há poucos anos no Brasil e com ela muitas indagações vem sendo observadas, em especial quanto à regulamentação aplicável, pois a complexidade dos negócios faz com que se identifique pluralidade de relações entre sujeitos que ocupam a posição ora de fornecedores, ora de consumidores, ora de meros particulares, tendo em comum a busca de um melhor aproveitamento de bens e serviços.

Identifica-se na prática, principalmente, o questionamento quanto à aplicabilidade da lei brasileira protetiva do consumidor como diploma legislativo principal de regulação das relações negociais constituídas.

O Código de Proteção e Defesa do Consumidor (CDC), lei nº. 8.078, de 1990, entrou em vigor no Brasil em uma época em que a internet ainda não era utilizada no país. De nítida inspiração constitucional (art. 5º, XXXII, da Constituição da Re-

pública Federativa do Brasil, de 1988), o CDC tem por objetivo a proteção da dignidade, da saúde, da segurança e do interesse econômico do consumidor, partindo do pressuposto de que todo consumidor é o agente vulnerável da relação de consumo e como tal deve ser protegido.

Tal legislação proporcionou maior segurança e equilíbrio aos consumidores, cumprindo assim seu principal objetivo que é de harmonizar as relações de consumo. Afinal, até sua entrada em vigor, a lei que disciplinava as contratações entre fornecedores e consumidores era o Código Civil, o qual não reconhecia a vulnerabilidade indiscutível do consumidor. Todavia, apesar de o CDC ser uma legislação avançada para sua época e capaz de proporcionar um efetivo equilíbrio às relações estabelecidas entre fornecedores e consumidores, a evolução social, principalmente em decorrência de novas tecnologias e da dinamicidade e complexidade dos negócios, passou a gerar controvérsias e questionamentos sobre se estaria ela sendo suficiente para dirimir, juntamente com o Código Civil, as discussões que paulatinamente surgiam em face da contratação via internet.

Deste modo, como consequência do constante uso da internet nas contratações e de dúvidas e litígios que em decorrência delas acabaram por surgir no Direito brasileiro, entendeu o legislador ser necessário a aprovação de lei disciplinando a matéria, sendo assim aprovada a lei nº. 12.965, de 2014, conhecida como o “Marco Civil da Internet no Brasil”. Essa lei regulamenta a utilização da internet e estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da rede mundial de computadores no país. Todavia, ela não exclui a aplicação do Código Civil ou do CDC, sendo tais normas aplicáveis conjuntamente com a lei nº. 12.965/2014, cada qual na dependência da presença de vínculos civis e empresariais (Código Civil) ou de consumo (CDC), compondo o modelo negocial de economia compartilhada.

No que diz respeito à plataforma digital, tendo em vista tratar-se de pessoa jurídica que exerce atividade de forma organizada, profissional e com fins lucrativos (artigo 5º, VII c/c artigo 15 da lei nº. 12.965/2014 e artigo 3º do CDC), é inegável

sua posição como fornecedora. O que variará será seu papel de atuação na complexa rede contratual.

Da análise da atuação da plataforma digital no modelo da economia compartilhada é possível identificar os deveres de prestação que esta assume perante os usuários dos produtos e serviços por ela disponibilizados, ofertados ou anunciados. Entre os deveres está o de prestar informações, sendo importante identificar quais são os dados, os esclarecimentos e as recomendações que o site ou aplicativo está obrigado a apresentar aos contratantes dos produtos ou serviços compartilhados.

Este artigo tem por objetivo analisar como o direito à informação ao consumidor do compartilhamento se manifesta na economia colaborativa.

2. O dever de informar da plataforma digital

No Brasil, não há legislação disciplinando pontualmente a relação negocial que se constitui no seio da denominada economia colaborativa. Frente a tal realidade, a compreensão mais adequada é a de que pelo menos três diplomas legais devam servir como base para a interpretação das relações jurídicas que se constituem, além de ser necessário que estejam à luz dos princípios fundamentais previstos na Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988. São os diplomas legislativos: o Código de Defesa do Consumidor (CDC), lei nº. 8.078, de 11 de setembro de 1990, que dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências; o Código Civil, lei nº. 10.406, de 10 de janeiro de 2002; e o Marco Civil da Internet no Brasil, lei nº. 12.965, de 23 de abril de 2014, que estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da internet.

No que tange ao dever de informar, o CDC e a Lei do Marco Civil trazem disciplina específica, pondo em destaque a necessidade dos usuários da internet serem esclarecidos quanto a todo conteúdo e efeitos dos negócios que participam. Já pelo disposto no Código Civil, tem-se o dever de informar como um dever anexo decorrente da boa-fé objetiva, que vem esta-

belecida no diploma legal como princípio geral a ser seguido (MIRAGEM, 2016, p. 132).

O CDC consagrou a informação como um dos direitos fundamentais dos consumidores, destacando em seu artigo 6º, III, ser a informação adequada e clara a respeito dos diferentes produtos ou serviços um de seus direitos e conseqüentemente um dos deveres dos fornecedores. Da mesma forma, o artigo 4º do mesmo diploma põe em destaque a relevância da informação para a harmonização dos interesses dos contratantes e a compatibilização da proteção do consumidor, proporcionando o equilíbrio necessário às relações de consumo.

Impôs o referido diploma consumerista maiores deveres aos fornecedores desde a fase de formação do contrato. Ele tem como um de seus princípios norteadores o da transparência, o que significa informação clara e correta sobre o produto ou serviço objeto do negócio, "significa lealdade e respeito nas relações entre fornecedor e consumidor" (MARQUES, 2016).

A informação ao consumidor de forma clara é imprescindível para que tenha ele ciência de todas as características do produto ou serviço, assim como de todo conteúdo do contrato. Conforme destaca Marques (2016), o que o legislador pretendeu foi "evitar qualquer tipo de lesão ao consumidor, pois, sem conhecimento do conteúdo do contrato, das obrigações que estará assumindo, poderia vincular-se a obrigações que não pode suportar ou simplesmente não deseja".

A lei nº. 12.965/2014 (Marco Civil da Internet) se propôs a estabelecer diretrizes para a atuação do Poder Público em matéria de internet, envolvendo ações de inclusão digital e educação para o uso da rede mundial de computadores. Esta também pretende conferir segurança jurídica às relações, servindo como base legal a ser utilizada pelo Poder Judiciário na solução de casos concretos (JESUS, 2014, p. 17-18).

O art. 7º da lei nº. 12.965/2014 confere destacada importância ao texto do contrato celebrado entre as partes. Este deve, além de bem informar os contratantes, esclarecê-los e orientá-los, independentemente de serem tais contratos de consumo, civil ou empresariais. O inciso VI do mesmo artigo estabelece

entre os deveres a serem cumpridos na contratação via internet o de divulgar um conteúdo claro e completo, devendo o usuário dos serviços ser esclarecido quanto a todos os aspectos da contratação. Verifica-se assim que na mesma linha principiológica do Código de Defesa do Consumidor, a Lei do Marco Civil da Internet, no Brasil, impõe ao fornecedor um dever de prestação principal de informação (KLEE, 2014, p. 291-292).

A Lei do Marco Civil da Internet não excluiu a aplicação do Código de Defesa do Consumidor às relações constituídas na internet, longe disto, ela reconheceu que os direitos dos consumidores, previstos no CDC, devem ser observados, respeitados e resguardados na utilização da rede mundial de computadores no Brasil. Assim, deve a lei ser aplicada em conjunto com as disposições constantes do CDC, por isso é correto afirmar que os agentes na economia colaborativa no Brasil devem observar tanto a Lei do Marco Civil da Internet como o Código de Defesa do Consumidor nas relações que envolverem consumidores e fornecedores no mercado de consumo virtual.

A conclusão que se pode chegar, portanto, é a de que, independentemente do tipo de relação que se estabeleça no mundo virtual e, conseqüentemente, nas relações objeto da economia compartilhada, o dever de informar sempre estará presente como um dever de prestação principal. Seja a relação constituída de consumo ou não, a informação integrará a obrigação principal da plataforma digital.

A análise do dever de informar em sede de economia compartilhada, todavia, exige uma compreensão prévia e adequada quanto à posição jurídica ocupada pela plataforma digital na contratação, pois na dependência do papel desenvolvido por ela é que verificar-se-á a extensão de seu dever de informar. Sendo assim, é imprescindível uma compreensão adequada da estrutura contratual que se constitui.

É possível observar que os modelos de negócio que compõem a economia compartilhada na atualidade são bastante diversificados, mas em todos eles constitui-se uma relação triangular. Vincula-se a plataforma, em um dos polos, a um sujeito que deseja viabilizar o fornecimento de um produto ou serviço

de forma eventual ou não e, no outro, com aqueles que visem obter o referido fornecimento (CARVALHO, 2017, p. 41).

Com esta nova forma de contratação pessoas não profissionais (p2p) ou empresários (b2b) vinculam-se, criando, à primeira vista, relações civis ou empresariais ou relações entre privados, as quais buscam um maior aproveitamento dos bens materiais e imateriais, proporcionando experiências, maior economia e sustentabilidade (MELLER-HANICH, 2016, p. 21). Na atualidade, tem sido identificada a utilização deste modelo negocial até mesmo para viabilizar a constituição de contratos de consumo (b2p).

Ocupa, assim, o site ou aplicativo uma posição essencial ao negócio, pois os contratos só se constituem pela intermediação, pela aproximação facilitada gerada por aquele que desenvolve um site ou aplicativo e que por meio dele, no exercício de sua atividade profissional, obtém remuneração de formas direta (percentuais sobre o valor contratado ou valores fixos) ou indireta (mediante publicidades ou constituição de banco de dados).

Da análise de tal realidade contratual e partindo dos modelos de negócios que são observados na prática é possível identificar que o titular do site ou aplicativo nem sempre atuará da mesma forma neste fenômeno negocial. Se quer com isso dizer que apesar de a presença da plataforma digital ser inequívoca e dela exercer uma atividade habitual profissionalmente organizada visando lucro, nem sempre sua atuação será idêntica. Poderá, em certos casos, atuar como um mero veículo, facilitando o negócio; em outros poderá agir como um intermediário, sendo que em tais casos, por vezes, servirá como meio para oferta do produto ou serviço; ou até mesmo será aquele que estrutura o modelo de negócio (MIRAGEM, 2016, p. 562). Pode ainda ocorrer de a plataforma ser a própria prestadora do serviço compartilhado.

Estas distintas formas de intervenção da plataforma digital influenciam diretamente no dever de informar, pois não se pode exigir que o responsável pela plataforma seja detentor de dados ou obrigado a dar esclarecimentos que excedam os limites de sua atuação. Ao mesmo tempo, como é evidente que a plata-

forma digital cria a confiança no usuário, fazendo com que ele decida contratá-la, deve tal confiança ser devidamente tutelada (OLIVEIRA, 2018, p. 479-495).

Como decorrência da tutela da confiança, é indiscutível que tem a plataforma a obrigação de conhecer e divulgar determinadas informações essenciais para a segurança de quem contrata (MARQUES, 2004, p. 255), sendo por isso relevante verificar no caso concreto quando sua intervenção será de um mero veículo ou de um intermediador.

Ao ser uma mera facilitadora da contratação, a plataforma digital não ocupa a posição de fornecedora direta do produto ou serviço ou de responsável pela execução do contrato principal. Pode-se tomar como exemplo os casos nos quais desenvolve atividade equiparável a "classificados digital", como ocorre nos sites de vendas coletivas com a veiculação de anúncios relativos a produtos e serviços de terceiros. Estas plataformas são remuneradas por publicidades pagas que são veiculadas por outros fornecedores ou pelo pagamento de valores pelos usuários do site ou aplicativo para colocar suas ofertas de vendas e prestação de serviços em uma posição privilegiada, ou seja, no "topo" diário ou semanal, republicando-se ofertas que não atingiriam este grau de divulgação na veiculação gratuita. Em tais casos o negócio propriamente dito se perfectibiliza tão somente entre o usuário da plataforma que veiculou o anúncio e aquele que interessou-se pela contratação, estabelecendo-se um contato direto entre ambos sem a participação direta da guardiã da plataforma digital.

Em tais casos as informações a serem prestadas pela plataforma digital quanto ao produto ou serviço divulgado restringe-se ao fornecido pelo titular do produto ou serviço anunciado. Inexiste ingerência da plataforma sobre o que foi divulgado, não há como exigir que o site ou aplicativo apresente informações que sejam essenciais para que o adquirente não incida em erro ou seja prejudicado. Da mesma forma, não se pode responsabilizar a plataforma pela falta de informações relevantes que possa acabar prejudicando o contratante. Não se pode pretender que o site ou aplicativo assumas as mesmas

obrigações do fornecedor efetivo do bem ou serviço, inclusive no que tange ao dever de informar.

Nos casos em que a plataforma presta um serviço de intermediação ou aproximação, tem ela somente que garantir a segurança do modelo de negócio, devendo ser tutelada a confiança despertada aos usuários, mas não se pode pretender que ela responda pela qualidade do produto ou serviço ofertado ou pela satisfação do dever principal de prestação (MIRAGEM, 2016, p. 561-563). Nesse sentido, o dever de informar terá de ser exercido na proporção de sua intervenção.

A título de exemplo, pode-se tomar por base a oferta de serviços de hospedagem. Em tais casos é evidente que a plataforma tem o dever de informar as características do imóvel ofertado para hospedagem, assim como localização, disponibilidade, número de cômodos, entre outros dados que sejam presumíveis como de seu domínio, para que assim o usuário tenha assegurada a expectativa depositada no momento da contratação. Quem prestará o serviço será um terceiro, mas tal serviço somente será viabilizado em razão da intervenção da plataforma, sendo dela o dever de bem informar sobre tudo o que for necessário para garantir a segurança e confiança no meio oferecido para contratação, não podendo, entretanto, estender-se sua obrigação de informar dados que excedam tal limite.

Já nos casos nos quais o site ou aplicativo intermediam a contratação, mas, em razão do tipo de serviço oferecido, acabam por confundir-se com os próprios prestadores, resta indubitável que a plataforma terá dever de disponibilizar todas as informações relativas ao serviço a ser prestado, responsabilizando-se por todos os efeitos decorrentes de vício informativo, conforme termos da legislação aplicável. Em tais casos, como a plataforma estrutura toda a contratação, impondo regras e procedimentos a serem seguidos na prestação do serviço, passa o contratante a ter direito a ser visto como verdadeiro preposto do site ou aplicativo.

As contratações de serviços de transporte pessoal são um claro exemplo de tais situações. A plataforma dita as regras a serem seguidas para toda a contratação, não há somente uma

intermediação. A atividade supera tais limites e por isso transfere-se ao site ou aplicativo todas as obrigações de um fornecedor direto.

Por fim, nos casos nos quais a plataforma é a própria prestadora do serviço, como exemplificativamente no caso de compartilhamento de carros e bicicletas, é indubitável que terá ela de prestar todas as informações necessárias ao pleno esclarecimento dos consumidores.

3. O direito de ser informado na economia compartilhada

A ausência de regulamentação específica para os negócios que compõem o que tem se denominado de economia compartilhada acaba por exigir do operador do direito, e em especial do Poder Judiciário, um trabalho cauteloso na solução das situações que lhe são submetidas à apreciação e decisão. As legislações aplicáveis à matéria, como exposto, são capazes de proporcionar soluções coerentes a este novo sistema negocial complexo que tem ocupado cada vez mais espaço nas relações contratuais cotidianas. Contudo, para tanto é indispensável uma adequada análise do caso concreto e uma interpretação coerente quanto à atuação da plataforma digital nas relações jurídicas que se estabelecem.

Os litígios que envolvem as contratações colaborativas, no Brasil, têm demonstrado a existência de uma grande dificuldade na harmonização dos posicionamentos judiciais quanto à extensão das obrigações que assume a plataforma digital. É possível observar uma forte tendência de transferência de todos os deveres de prestação à plataforma digital, como se ela fosse a responsável pela execução do serviço ou entrega do produto, transferindo-lhe toda a responsabilidade pelo risco do negócio.

Quanto ao direito à informação do contratante nos negócios da economia compartilhada, verificam-se algumas decisões pontuando adequadamente a atuação da plataforma e, con-

sequentemente, delimitando a extensão de sua obrigação de informar. Há, todavia, divergências advindas de forte tendência em apresentar decisões em prol da tutela do consumidor. Em demandas judiciais as quais envolvem as chamadas vendas coletivas, quando a plataforma é utilizada como classificados digital, tem predominado o entendimento de que o site ou aplicativo não pode ser responsabilizado pelos prejuízos que os consumidores venham a sofrer em virtude de práticas de ilícitos pelos vendedores, pois sua posição é de um anunciante que somente proporciona a aproximação entre as partes, não tendo, portanto, obrigação de informar ou esclarecer quais medidas deve o consumidor adotar antes de concluir o negócio diretamente com o vendedor (BRASIL, 2013, 2014, 2016; RIO DE JANEIRO, 2015; SÃO PAULO, 2016, 2017a).

Tal entendimento, todavia, apesar de majoritário, não é unânime. Tem-se como exemplo o decidido em processo no qual o consumidor pleiteava a responsabilidade da plataforma por não ter lhe sido entregue o bem adquirido mediante anúncio veiculado por meio dela. Considerou o julgador que a plataforma assumiu o risco do negócio ao viabilizar a realização da contratação por intermédio de seu ambiente virtual, mesmo que apenas disponibilizando o anúncio (SÃO PAULO, 2015).

Apesar de não ter sido o cerne da discussão na referida decisão monocrática, o direito do consumidor de ser informado, é inequívoco que segundo tal raciocínio, se em decorrência de ausência de algum dado ou esclarecimento considerado essencial, como, por exemplo, alguma característica qualitativa do bem objeto da venda, o consumidor acabar sendo prejudicado, será também o site ou aplicativo responsabilizado.

Em julgados brasileiros relativos a contratações de hospedagem por intermédio de plataforma digital, é predominante o entendimento de que a responsabilidade não se restringirá ao anfitrião. Por ser o site ou aplicativo o divulgador de todas as características do bem, cabe a ele garantir a veracidade das informações, tendo de responder por danos aos consumidores por não cumprir integralmente com o que foi divulgado (SÃO PAULO, 2016b).

Um bom exemplo da responsabilidade da plataforma em prestar informações claras e completas foi o julgado da Turma do Colégio Recursal de Itapeva, no Estado de São Paulo, ao condenar a plataforma a devolver a integralidade do preço ao consumidor que cancelou sua reserva, pois não o advertiu sobre a incidência de multa por desistência na contratação (SÃO PAULO, 2016a).

Também retrata a responsabilidade da plataforma digital decisão proferida em Recurso Inominado (SÃO PAULO, 2016-2017) que em decorrência da ausência de condições de habitabilidade esperada, condenou a plataforma a indenizar o usuário, pois esta tem o dever de bem informar o consumidor sobre as efetivas condições do imóvel, garantindo sua expectativa na contratação. Da mesma forma, foi condenada a plataforma a indenizar pela frustração da confiança do consumidor, o qual foi inadequadamente informado sobre as reais características da acomodação contratada (SÃO PAULO, 2016c).

Por fim, em decisão relativa a serviço de transporte de passageiros oferecido por uma plataforma digital, na qual o consumidor pleiteou a devolução do valor pago a título de taxa de limpeza, foi o aplicativo condenado a devolver o cobrado, pois não foi oportunizado ao transportado o conhecimento da constituição da dívida, sendo a informação constante dos termos de uso insuficientes para tutelar a cobrança realizada.

Verificam-se que as decisões atualmente identificadas no Brasil quanto à matéria evidenciam a preocupação dos tribunais em assegurar uma efetiva proteção à vulnerabilidade dos usuários dos serviços disponibilizados por plataforma quando esta atua como verdadeiro partícipe nas relações que se estabelecem em rede. Impõe-se, deste modo, como consequência, a responsabilização pré-contratual ou contratual, com base no Código de Defesa do Consumidor e na Lei do Marco Civil.

4. Considerações finais

Como destacado, a informação, segundo o Direito brasileiro, pode apresentar-se como dever de prestação principal ou dever anexo, resultante da boa-fé objetiva. No âmbito da economia compartilhada, independentemente da modalidade de contratação que se estabeleça, ou seja, ocupando a plataforma digital posição de veículo, de intermediária ou equiparada ao contratante final, o dever de informar sempre estará presente.

Mesmo inexistindo legislação específica regulando a complexidade deste novo modelo de economia denominada de colaborativa ou compartilhada, há no sistema jurídico brasileiro leis capazes de garantir uma consistente tutela ao consumidor. A legislação protetiva do consumidor (lei nº. 8.078/90) busca garantir a proteção do vulnerável frente aquele que detém o conhecimento, que tem a força econômica, ocupando uma posição mais vantajosa frente ao vulnerável. Da mesma forma, a legislação que regula a relações na internet (lei nº. 12.965/2014) fixa o padrão comportamental a ser seguido pelos contratantes, impondo ao site ou aplicativo o dever de esclarecimento e orientação, reconhecendo-o como partícipe da relação e criando a ele o dever de assegurar que a confiança depositada no site ou aplicativo será garantida sob pena de responder pelos danos que causar caso fira a expectativa do consumidor.

Pondo em destaque os objetivos das legislações existentes, se reconhece o direito do consumidor de ser informado, o qual deve ser respeitado pela plataforma digital, a fim de garantir-se a necessária tutela jurídica. A plataforma digital, ao ofertar serviços ou produtos, tem de proporcionar ao consumidor as informações adequadas, tutelando, assim, a expectativa legítima dos consumidores nas complexas relações que se estabelecem em rede.

Deste modo, surge para os intérpretes e aplicadores do arcabouço legislativo brasileiro a tarefa de bem analisar as relações que se estabelecem nesta nova forma de economia. Proporciona-se, então, a proteção esperada aos destinatários dos serviços contratados que esperam uma contratação se-

gura e eficaz mediante a tutela de seu direito fundamental à informação.

Devem os operadores do Direito buscar a boa técnica, aplicando a lei de forma coerente e sem inviabilizar o desenvolvimento econômico e social e garantindo o direito de informação dos contratantes consumidores. Para tanto, é necessário que aqueles tenham cuidado ao examinar a efetiva atuação da plataforma nas mais diversas formas de negócio que se apresentam no espaço digital, seja como facilitadora ou como verdadeira parte no negócio.

Referências

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 08 out. 1988. Disponível em: <http://legis.senado.leg.br/legislacao/ListaTextoSigen.action?norma=579494&id=16434803&idBinario=16434817&mime=application/rtf>. Acesso em: 8 abr. 2018.

BRASIL. Lei nº. 12.965, de 23 de abril de 2014. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 24 abr. 2014. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2011-2014/2014/Lei/L12965.htm. Acesso em: 8 abr. 2018.

BRASIL. Lei nº. 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 12 set. 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm. Acesso em: 8 abr. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (terceira turma). Recurso Especial nº 1.383.354-SP. Relatora Min. Nancy Andrighi. Julgado em 27 ago. 2013. **Lex**: jurisprudência. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201300742989&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>. Acesso em: 28 nov. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (terceira turma). Agravo Regimental em Agravo no Recurso Especial nº 232.849-SP. Relator Min. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva. Julgado em 23 set. 2014. **Lex**: Jurisprudência. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201201936020&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>. Acesso em: 29 nov. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (terceira turma). Recurso Especial nº 1.444.008-RS. Relatora Min. Nancy Andrighi. Julgado em 25 out. 2016. **Lex**: jurisprudência. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?termo=1.444.008&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&chkordem=DESC&chkMorto=MORTO>. Acesso em: 28 nov. 2018.

CARVALHO, Jorge Morais. **Manual de Direito do Consumo**. 4. ed. Lisboa: Almedina, 2017.

JESUS, Damásio de; MILAGRE, José Antonio. **Marco Civil da Internet**: comentários à Lei nº. 12.965/14. São Paulo: Saraiva, 2014.

KLEE, Antonia Espíndola Longoni. **Comércio Eletrônico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MARQUES, Claudia Lima. A Nova Noção de Fornecedor no Consumo Compartilhado: Um Estudo sobre as Correlações do pluralismo contratual e o acesso ao consumo. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 111, p. 252-254, maio-junho 2017.

MARQUES, Claudia Lima. **Confiança no comércio eletrônico e a proteção do consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**: novo regime das relações contratuais. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MELLER-HANICH, Caroline. Economia Compartilhada e Proteção do Consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 105, p. 19-31, mai./jun. 2016.

MIRAGEM, Bruno. **Curso de Direito do Consumidor**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MIRAGEM, Bruno. **Direito Civil: Obrigações**. São Paulo: Saraiva, 2016.

OLIVEIRA, Amanda Flávio de. Economia Colaborativa e o desafios ao ordenamento jurídico brasileiro: primeiras reflexões. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 115, p. 479-495, jan./fev. 2018.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Apelação Cível nº 0008976-02.2013.8.19.0213. 3ª Câmara Cível. Relatora: Renata Machado Cotta. Julgado em 11 nov. 2018. Disponível em: <http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=0004B62B3CA0F7E45C7243F47E3649FE3BA0C50763335336>. Acesso em: 29 nov. 2018.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação nº 1005968-40.2014.8.26.0604. 36ª Câmara de Direito Privado. Relator: Marcos Ramos. Julgado em 29 jun. 2016. **Lex:** jurisprudência. 2016a. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cposg/show.do?processo.foro=990&processo.codigo=RI0037BJ60000>. Acesso em: 29 nov. 2018.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação nº 1035153-42.2016.8.26.0576. 36ª Câmara de Direito Privado. Relator: Pedro Baccarat. Julgado em 1º fev. 2018. **Lex:** jurisprudência. 2018. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cposg/show.do?processo.foro=990&processo.codigo=RI003YPEO0000>. Acesso em: 29 nov. 2018.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. Recurso Inominado nº 0006160-37.2015.8.26.0577. 3º Turma Cível. Relatora: Marise Terra Pinto Bourgogne de Almeida. Julgado em 21 ago. 2017. **Lex:** jurisprudência. 2017a. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cposgcr/show.do?processo.foro=966&processo.codigo=QU00005JI0000>. Acesso em: 29 nov. 2018.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação Cível nº 1004344-30.2015.8.26.0568. 38ª Câmara de Direito Privado. Relator: Eduardo Siqueira. Julgado em 07 jul. 2017. **Lex:** jurisprudência. 2017b. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cposgcr/show.do?processo.foro=990&processo.codigo=RI0037BJ60000>.

[br/cposgcr/show.do?processo.foro=990&processo.codigo=RI0037BJ60000](https://esaj.tjsp.jus.br/cposgcr/show.do?processo.foro=990&processo.codigo=RI0037BJ60000) Acesso em: 29 nov. 2018.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Procedimento do Juizado Especial Cível nº 1000343-09.2015.8.26.0016. 2ª Vara do Juizado Especial Cível. Juiz Fabio In Suk Chang. Julgado em 15 set. 2015. **Lex:** jurisprudência. 2015. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cposgcr/show.do?processo.foro=16&processo.codigo=0G0003N9S0000>. Acesso em: 29 nov. 2018.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Recurso Inominado nº 1005317-36.2017.8.26.0011. 2ª Turma Recursal Cível. Relator: Júlio Cesar Silva De Mendonça Franco. Julgado em 13 dez. 2017. **Lex:** jurisprudência. 2017c. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cposgcr/show.do?processo.foro=986&processo.codigo=RE0000EW50000>. Acesso em: 29 nov. 2018.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Recurso Inominado nº 0000835-39.2016.8.26.0030. Turma Julgadora do Colégio Recursal. Relator: Heloísa Assunção Pereira. Julgado em 18 ago. 2017. **Lex:** jurisprudência. 2017d. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cposgcr/show.do?processo.foro=969&processo.codigo=QX00000WA0000>. Acesso em: 29 nov. 2018.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Recurso Inominado nº 1001658-74.2015.8.26.0565. Primeira Turma Recursal da 3ª Circunscrição Judiciária de Santo André. Relator José Francisco Matos. Julgado em 26 ago. 2016. **Lex:** jurisprudência. 2016b. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cposgcr/show.do?processo.foro=923&processo.codigo=PN00006660000>. Acesso em: 29 nov. 2018.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Recurso Inominado nº 1011124-90.2015.8.26.0016. Segunda Turma Cível do Colégio Recursal Central da Capital de São Paulo. Relator: Luis Eduardo Scarabelli. Julgado em 21 jun. 2016. **Lex:** jurisprudência. 2016c. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cposgcr/show.do?processo.foro=969&processo.codigo=QX00000WA0000>. Acesso em: 29 nov. 2018.

SCHWARTZ, Fabio. A Economia Compartilhada e a Responsabilidade do Fornecedor Fiduciário. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 111, p. 236-244, mai./jun. 2017.

CONSIDERAÇÕES SOBRE O CONTEÚDO E VALOR DA TESE CLÁSSICA DOS DIREITOS SUBJETIVOS

Maren Guimarães Taborda¹

¹ Doutora e mestre em Direito Público pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Especialista em Gestão Tributária pela Universidad Castilla La Mancha (UCLM). Professora titular da faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul (FMP) na graduação e no programa de mestrado. Professora de Direito Constitucional na Escola Superior de Direito Municipal (ESDM). Procuradora da Prefeitura Municipal de Porto Alegre. Pesquisadora do Grupo de Pesquisa Tutelas à efetivação dos direitos indisponíveis, Linha Tutelas à efetivação de Direitos Transindividuais. Grupo de Pesquisa: Transparência, direito fundamental de acesso à informação e participação na gestão da coisa pública. Orcid.org/0000-0002-2947-7983. E-mail: tabordamaren@yahoo.com.br

1. Introdução

A identificação entre as noções de *pessoa* e de *sujeito de direito*, em um só conceito, o de personalidade ou capacidade de direito, entendido como capacidade de possuir direitos e obrigações, remonta à filosofia prática de Kant,² cujo centro é o conceito de dever que se revela pelo discernimento moral e o de relação de dever, que põe, de um lado, o obrigado, e de outro, aquele para quem o dever existe, que é, no caso do dever jurídico, o titular dos direitos subjetivos respectivos. Os representantes da filosofia clássica alemã, ao adotarem a concepção kantiana de pessoa, lhe forneceram, contudo, uma nova dignidade, no sentido de conceber os direitos subjetivos como atributos necessários do homem enquanto pessoa – ser dotado de liberdade – na medida em que eles garantem o seu agir autônomo (STRANGAS, 1990, p. 128).

A dogmática jurídica europeia do século XVII e as constituições e codificações do século XIX formularam e positivaram a tese de que direito subjetivo é o poder ou faculdade de disposição sobre coisas e pessoas, e que personalidade jurídica é a aptidão para adquirir direitos subjetivos e contrair obrigações na ordem civil. Atualmente, tais construções são alvos de críticas, principalmente as que vêm da doutrina dos *Direitos Humanos*, pois, segundo tal teoria, os direitos humanos são sistematizações das exigências de justiça, expressão da ‘vida boa’, garantia do caráter distributivo do Bem Comum e expressão das exigências da dignidade da pessoa humana. Isto é, ao individualismo liberal se contrapõe o comunitarismo e o personalismo (BARZOTTO, 2005, p. 50-51).

Refazer o *iter* de tais construções é o objetivo deste ensaio. Procurar-se-á verificar o conteúdo e o valor dos conceitos de direitos subjetivos e personalidade jurídica, segundo a Teoria Geral do Direito, assumindo que esses ainda são, em grande

medida, centrais para todos os ramos do Direito e objetos de constantes reelaborações doutrinárias. Para tal fim, é preciso tratar, resumidamente, da atribuição de valor técnico à pessoa (1) e da noção de direito subjetivo conexas à teoria da personalidade jurídica liberal (2), para, só então, discorrer sobre as principais críticas feitas a partir de paradigmas normativista e personalista (3). As conclusões parciais vão sendo apresentadas ao longo do texto e sistematizadas ao final.

2. A atribuição de valor técnico à expressão *persona*

No direito romano antigo, a palavra *pessoa* tinha o significado normal de *homem*, sem qualquer alusão à sua capacidade. Embora largamente empregado, o termo *persona* não tinha um valor técnico, e tanto era *pessoa* o homem livre quanto o escravo – *persona servi* –, ainda que este não fosse considerado sujeito de direito. Para o ser sujeito de direito, além da condição ‘ser homem’, concorriam mais três, a saber: ser livre, cidadão e senhor de si mesmo – *sui iuris*. Somente nos textos pós-clássicos é que emerge um emprego diverso do termo, para exprimir uma noção que se avizinha ao que os modernos entendem por *capacidade jurídica*. Na compilação justinianéia, o termo continuou a ser utilizado de modo genérico e os glosadores civilistas bolonheses continuaram a não lhe atribuir, em referência ao homem, qualquer particular significação jurídica (ORESTANO, 1990, p. 9).

Isto não quer dizer que no âmbito do ordenamento jurídico romano inexistissem soluções para as situações que superam a consideração do homem singular enquanto centro de imputação de relações jurídicas. Orestano (1990), estudando a relação entre as situações com tratamento unificado e os fenômenos de imputação (*Zurechnung*, segundo a terminologia kelseniana) na experiência romana, aponta a importância e antiguidade da configuração material do problema, compreendendo tanto situações pessoais concebidas em sentido material quanto imputações referidas à entidades materiais em sentido próprio ou

2 Dado que, para Kant, todos os homens são iguais na medida em que são sujeitos da lei moral e são dotados de liberdade, todos têm acesso, da mesma forma, aos direitos subjetivos. Daí a identificação da personalidade com a capacidade jurídica (com a capacidade de ter direitos e obrigações) manifestada no Código Civil Alemão, quando este faz da ‘pessoa’ uma abstração (KANT, 2003, p. 66-67; p. 77-78).

a complexos patrimoniais, ou seja, uma concepção que punha as coisas, os bens, no centro das relações de imputação.

Ainda, o autor descreve o caminho por meio do qual uma concepção material e concreta – a da jurisprudência romana –, ao longo de séculos, chegou a uma concepção abstrata, de separação e independência do todo em relação a seus elementos constitutivos (materiais ou pessoais). O exemplo dessa evolução é a noção de *hereditas*, que assume um valor exemplar e paradigmático, pois, de um significado inicial concreto e material – *res* –, passa por uma desmaterialização, no período clássico, para ser considerada *res incorporales*, até chegar, nos textos justinianeus, como *universitas*. Daí não haver, no âmbito da experiência jurídica romana, a abstração da personalidade jurídica referida ao homem singular ou à organização política e associações regidas pelo direito privado (ORESTANO, 1990, p. 106).

Da canonística ao século XVII, a civilística construiu a noção de personalidade jurídica trabalhando sobre o problema da pessoa jurídica, tratando-a segundo uma concepção naturalística e objetiva. Duarenus (1509-1559) aplica o termo *persona* tanto às *universitates* quanto a seus componentes, antecipando, em muitos anos, um conceito unitário de personalidade jurídica. Domat (1625-1696) dedica, nas *Loix civiles*, um único título às *personnes* (comunidades eclesíásticas e laicas), definidas como assembleias de muitas pessoas unidas em um *corpo* formado com a permissão do príncipe, para um bem público permanente e distintas das pessoas particulares (DOMAT, 1841, p. 108).

No final do século XVI apareceram as primeiras tentativas de clarificar a relação entre o elemento naturalístico – o homem enquanto entidade física real – e a sua consideração do ponto de vista do Direito – o homem enquanto entidade juridicamente relevante –, reservando, para este último, a qualificação, cada vez mais específica e técnica, de *persona*. (ORESTANO, 1990, p. 15). Puffendorf (1632-1694) elaborou, finalmente, o conceito unitário de *persona moralis*, destinado a reunir sob uma única noção geral as *personae simplices* e as *personae compositae*, e definiu o Estado como “pessoa moral composta”, cuja vontade, “implícita e unida a partir dos pactos de muitos, se considera

vontade de todos, para que possa servir junto com os recursos e capacidades de todos para a paz e segurança comuns” (PUFFENDORF, 2002, p. 126).

3. A noção de direitos subjetivos segundo a dogmática jurídica

A passagem para um concepção eminentemente subjetivística iniciou no curso do século XVIII, quando, retomando a temática principal do individualismo jusnaturalista, que fez coincidir o *status hominis naturalis* e o *status hominis civilis* – a noção de homem como um dado naturalístico e a noção de pessoa como um dado jurídico –, juristas e filósofos sustentaram que cada homem é, por si mesmo, portador de *direitos subjetivos* que podem se reportar ao seu *poder da vontade*, o qual foi elevado a sinal natural de sua personalidade e a elemento motor das relações jurídicas que estabelece (ORESTANO, 1990, p. 16).

Com efeito, desde Grotius (1583-1645) já se vinha tratando da idéia de direito subjetivo como faculdade de querer ou fazer qualquer coisa, enumerando, inclusive, os vários tipos de direitos que esse poder implica, tais como o poder sobre si mesmo (*potestas in se* – liberdade); o poder sobre outros (*potestas in alios*, como o pátrio poder); e o poder sobre coisas (*potestas in res*, como o domínio/propriedade).

Embora não se possa afirmar com precisão o momento no qual o termo *ius* passou a significar direito subjetivo, o certo é que este é uma noção que marca o nascimento de um tipo de pensamento jurídico de cunho nitidamente individualista, cuja causa longínqua e profunda foi o cristianismo, que, revelando o valor do indivíduo, desenvolveu, na Idade Média, novas categorias jurídicas estabelecidas em função do interesse individual e não mais em função da situação social, como a das pessoas miseráveis (*miserabiles personae*) (VILLEY, 1957, p. 250).

Ainda que se utilizasse, no medievo, a palavra *ius*, ela não se aplicava à faculdade de querer ou de agir, nem denotava a

idéia mesma de faculdade: o *ius* que cada um reivindicava nada mais era que seu estatuto (VILLEY, 1957, p. 271). As primeiras definições claras da noção de direito subjetivo emanaram do grupo de autores da escolástica tardia (Duns Scott e Guilherme d'Occam) e lentamente foram transmitidas a juristas - Grotius e seus comentadores (Pufendorf, Feltmann e Thomasius), até receberem uma completa formulação por filósofos como Hobbes e Gassendi na esteira de um combate da filosofia moderna contra o direito natural concebido por Aristóteles (VILLEY, 1957, p. 279). Para Hobbes, por exemplo, o único direito que pode subsistir no estado selvagem de natureza é o de preservação. Além disso, para ele, o direito não significa outra coisa senão a liberdade que cada um tem de usar suas faculdades naturais conforme a "reta razão" (HOBBS, s.d., p. 101-104).

Scott, relevando o papel da razão para conhecer as verdades mais sublimes, acentuou o indivíduo, o singular, frente ao universal, antecipando a modernidade. Para ele, o fundamento do princípio da individuação e a explicação de porque é conhecido o indivíduo não se deve buscar em um princípio geral ou em algo extrínseco ao indivíduo, senão nele mesmo (objeto individual e singular). A crítica de Occam, de outra parte, reduziu a nada o antigo direito natural imutável, tendo ele insistido sobre a origem humana e, portanto, arbitrária, convencional, do *dominium* e da soberania, a origem arbitrária do direito, obra das vontades humana e divina e a origem arbitrária das sociedades (PANIÁGUA, 1988, p. 89-104). Para Occam, então, a acentuação dos limites da razão adquire caráter extremo até resultar em uma efetiva cisão entre a filosofia e a teologia. O reconhecimento da primazia do indivíduo leva, em Occam, a um conceitualismo que exclui a existência de outros universais fora de seu conceito e mais explícito, ainda, é o voluntarismo com referência a Deus e à acentuação da onipotência divina, até o ponto em que esta se converte na tese básica e chave de toda a sua doutrina filosófica. Assim, se na concepção da Lei e do Direito, em Santo Agostinho predomina um equilíbrio entre a razão e a vontade, em São Tomás, a razão, em Scott, Occam

e os autores espanhóis da renovação tomista, a balança volta a pesar em favor da vontade.

Com isso, ao antigo direito natural objetivo, uma ordem fixa e imutável estabelecida pela razão universal, em que cada instituição social tem uma estrutura fixa, foi contraposto um direito natural novo, cujo conteúdo é negativo: a ausência de vínculos e de regras sociais, de deveres e de comandos, é dizer, o direito de liberdade do indivíduo, cuja origem é puramente humana, convencional. A natureza fez os homens indivíduos, separados e livres e tais liberdades são dados jurídicos primários que a lei e a convenção modelam em direitos subjetivos. Desta forma, a noção primordial do direito é aquele que é dado por natureza aos homens, que as leis civis limitam: é a liberdade, o poder individual.

Essa teorização dos direitos subjetivos respondeu, segundo Weber (1992), às necessidades de uma economia de mercado em expansão, pois, do ponto de vista sociológico e do desenvolvimento da ordem econômica são particularmente importantes as expectativas de que não se estorve uma ação ou omissão, chamadas de faculdades (WEBER, 1992, p. 532-533). Na medida em que tais faculdades importam dois tipos de direitos – os de liberdade, que são o simples asseguramento, dentro do âmbito da conduta juridicamente permitida, contra violações provenientes de terceiros e especialmente da ordem estatal (liberdade de consciência, de trânsito, de disposição, etc.); e os que concedem aos indivíduos a faculdade de regular autonomamente, dentro de certos limites e por meio de negócios jurídicos, suas relações recíprocas (a liberdade de contratação) dependem da extensão que o ordenamento jurídico conceda ao arbítrio dos indivíduos.

Como liberdade, em sentido jurídico, significa ter direitos subjetivos atuais e potenciais, em uma comunidade sem mercado esses direitos não derivam, de modo principal, dos negócios jurídicos, senão de preceitos imperativos e proibitivos do direito objetivo. A troca é, sob o domínio de um sistema de direitos subjetivos, um negócio jurídico: aquisição, cessão e renúncia de pretensões jurídicas. Assim, a soma dos direitos legitima-

mente adquiridos e das obrigações legais de um indivíduo – a sua situação econômica legítima – se determina, “em parte por aquisições hereditárias derivadas de relações de direito familiar e em parte também – direta ou indiretamente – através dos negócios jurídicos” que celebra, assegura Weber (1992, p. 534).

Então, quando da elaboração sistemática da doutrina geral do direito privado, pela Pandectística alemã entre o fim do século XVIII e início do século XIX, em que este foi, segundo o espírito e a doutrina da época, concebido e articulado em torno da noção de direito subjetivo, isto é, como um *sistema de direitos subjetivos*, se consolidou a concepção subjetivística da personalidade jurídica. Tal concepção subjetiva da personalidade, ao identificar a *persona* – sujeito de direito – com o seu substrato material (o homem), comportou duas orientações de pensamento diametralmente opostas e, todavia, ligadas à mesma matriz subjetivística, a saber: a teoria da ficção e a teoria da realidade. A primeira afirma que só o homem, enquanto ser que possui uma vontade, pode ser sujeito de direito com existência real, sendo todos os demais sujeitos artificiais; a segunda procura demonstrar que todos os sujeitos de direito são igualmente dotados de uma existência e vontade reais (ORESTANO, 1990, p. 19-20).

A formulação definitiva do conceito de direito subjetivo, se consolida na obra de Windscheid e Ihering, ligado à noção de vontade, entendida em sentido psicológico com uma visão racionalista do ser humano que detém o poder de querer segundo os ditames da reta razão, em busca de uma convivência ordenada. (REALE, 1987, p. 251). Para Windscheid (1930, p. 108), o direito subjetivo seria “vontade juridicamente protegida”, uma vez que “a vontade do titular é decisiva para o nascimento dos direitos” (WINDSCHEID, 1930, p. 108) não pela atuação, mas pela existência de preceitos da ordem jurídica. Direito subjetivo é, nesta acepção, um poder ou senhorio da vontade, autorizada pelo ordenamento jurídico.

Ihering (2001), em contraposição à Windscheid, assegura que o direito subjetivo não é expressão da vontade, mas do interesse, empregado no sentido mais amplo possível, tal como o

interesse por determinada coisa.³ Desta forma, segundo Ihering (2001), dois elementos constituem o *princípio* do direito: um, de ordem material, que reside no fim prático e que produz utilidade, vantagens, lucros; o outro, de ordem formal, que se refere ao fim unicamente como meio, isto é, a proteção do direito, a ação da Justiça. “Este é o fruto e aquele a envoltura ou casca protetora” (IHERING, 2001, p. 946), assevera Ihering, de modo que a segurança jurídica do gozo é a base jurídica do direito, o remédio jurídico conferido pela ordem jurídica para a proteção do que é devido. O núcleo é o que interessa a alguém. O direito subjetivo é, portanto, interesse juridicamente protegido.

4. Inventário das principais críticas

Estas concepções clássicas não são, todavia, isentas de crítica. A teoria da vontade não é satisfatória porque o direito subjetivo pode existir sem vontade, e, até mesmo, contra a vontade do titular desse direito. Reale (1987), por exemplo, sustenta que, mesmo aos incapazes e aos nascituros correspondem direitos, sem que se possa falar que sejam derivados de sua “vontade”: o exercício desses direitos se dá através de representantes (REALE, 1987, p. 253). Da mesma forma, quanto à teoria do interesse, também é incompleta, vez que nem todos os interesses provocam o surgimento de direito subjetivo. Em alguns casos, como assevera o autor, ainda que exista um interesse juridicamente subjetivo, como na proteção ao patrimônio público, não há, propriamente, um direito subjetivo (REALE, 1987).

A visão normativista se refere aos direitos subjetivos como faculdades de disposição concedidas pelo ordenamento objetivo ou como reflexos de um dever jurídico (direito objetivo), isto é, como atribuições de um direito ou atribuição de poder ou competência (KELSEN, 1979, p. 184-208). Advém daí que, para Kelsen (1979), o conceito de sujeito de direito não é necessá-

³ Nessa visão, ‘interesse’ é a relação do homem com seus bens.

rio para a descrição do direito, mas é um conceito auxiliar que lhe facilita a exposição. A pessoa natural ou jurídica, que tem direitos e deveres, é, então, o complexo desses direitos e deveres cuja unidade é expressa, figurativamente, no conceito de pessoa. Pessoa, desta forma, é uma unidade personificada das normas jurídicas que lhe impõem deveres e lhe conferem direitos, sendo uma construção da Ciência do Direito que acaba por afastar o dualismo entre direito objetivo e subjetivo (KELSEN, 1979, p. 236).

Já segundo a conhecida tese de Jellineck (1912), as pretensões jurídicas que resultam do reconhecimento dos cidadãos (súditos) como sujeitos de direito capazes de reclamar uma tutela efetiva, são o que se designa por *direitos subjetivos públicos*. A partir desta expressão compreendem-se quatro relações possíveis entre o Estado e os administrados: *status subjectionis* (status passivo, de subordinação ou ausência de personalidade); *status libertatis* (status negativo, no qual o indivíduo é titular de liberdade individual, à margem da intervenção estatal); *status civitatis* (status positivo, em que o indivíduo tem direito a prestações); e *status activae civitatis* (situação na qual o indivíduo é sujeito do poder político, tendo o direito de participar do poder) (JELLINECK, 1912, p. 96 et seq.).

Alexy (1997, p. 247), ao discutir as críticas à teoria de Jellineck, refere que se formulam objeções quanto ao seu caráter demasiadamente formalista: Hesse (1995), por exemplo, objeta que essa teoria não considera a pessoa em sua realidade vital concreta, e que, se as normas de direito fundamental contêm uma outorga e um fundamento concretos, a tese de Jellineck deveria ser substituída por um *status jurídico-constitucional do particular*, "fundamentado e garantido pelos direitos fundamentais da Lei Fundamental", isto é, um "*status jurídico material*", cujo conteúdo não está ilimitadamente disponível nem para o particular nem para os poderes estatais (HESSE, 1995, p. 230).

Haberle, por sua vez, considera que a teoria de Jellineck nega aos direitos fundamentais um aspecto "ativo-civil", porque os diferentes status estariam compartimentados no espaço, isolados e rígidos um ao lado do outro. Alexy (1997), contu-

do, argumenta ser a teoria de Jellineck um paradigma que não pode ser desprezado, não só porque tal teoria tem uma enorme importância histórica e é um exemplo de uma excelente conceituação e teorização jurídicas, mas principalmente porque contém partes essenciais que se contam entre os conhecimentos seguros no âmbito dos direitos fundamentais, "algo que já significa muito em um campo tão controvertido" (ALEXY, 1997, p. 247). Considera o autor, então, válida a teoria de Jellineck no que diz respeito à classificação dos direitos fundamentais.

De acordo com Alexy (1997, p. 186-196), os direitos subjetivos podem ser direitos a algo, liberdades ou competências. Segundo os seus objetos, os direitos a algo são direitos de defesa (negativos) ou direitos a prestações (positivos). Esta tese é esclarecedora, na medida em que, aprofundando-se o conteúdo dos direitos de defesa verifica-se que eles são direitos a não impedimentos de ações, pelos quais não se afetem determinadas propriedades ou situações e pelas quais não se eliminem posições. Relativamente ao âmbito de proteção e ao suposto de fato dos direitos fundamentais está aquilo que é protegido sem qualquer consideração a restrições

Quanto às restrições, é preciso observar que os direitos fundamentais submetem-se a um regime geral, aplicável a todos os direitos fundamentais, quer sejam direitos, liberdades ou garantias, e a um regime específico de direitos, liberdades e garantias. No primeiro caso, o regime está constituído pelo princípio da universalidade – os direitos fundamentais são *de todos*, são direitos humanos, embora se possa estabelecer reserva de direitos para os *cidadãos* –; pelo princípio da igualdade na aplicação e na criação do direito – igualdade formal e material –; e pelo princípio do amplo acesso à Justiça.

Já no que diz respeito ao regime específico, os direitos fundamentais vinculam entes públicos e privados, têm um âmbito de proteção delimitado e podem sofrer restrições. Exige-se reserva de lei e autorização constitucional expressa para a restrição. As leis restritivas devem observar o preceito da proporcionalidade e ter os atributos da generalidade e da abstração, além de não poderem ser retroativas. Salvaguarda-se o seu núcleo essencial

e limita-se a possibilidade de suspensão, nos casos de estado de sítio e de emergência (CANOTILHO, 1993, p. 577-578; HESSE, 1998, p. 302 et seq.).

Dado que os direitos fundamentais têm determinados conteúdos que, por vezes, entram em conflito com outros bens⁴ ou direitos constitucionalmente protegidos, impõe-se a observância do postulado da proporcionalidade em sentido estrito – ponderação – para o fim de obter-se a concordância prática entre eles. Por este motivo, muitas vezes, os direitos fundamentais sofrem restrições, isto é, o seu âmbito de proteção pode ser efetivamente limitado. Nesses casos, restringe-se não só o bem protegido pela norma de direito fundamental, mas também um direito *prima facie* garantido.

As restrições só se podem dar por reserva de lei, ou seja, são diretamente constitucionais, ou pela Constituição autorizadas, por meio de cláusulas explícitas de reserva. De qualquer maneira, garante-se o conteúdo essencial do direito restringido, de modo que um direito fundamental não pode ser reduzido a ponto de perder toda a sua importância para a vida social, existindo um núcleo que em nenhum caso pode ser afetado. Nos termos da teoria subjetiva das restrições, tal núcleo essencial é o que remanesce após a ponderação. Sendo assim, um direito fundamental pode ser restringido e limitado por outro direito fundamental ao qual se dá um peso maior (ALEXY, 1997, p. 272).

Barzotto (2005) faz uma crítica radical à tal construção, afirmando que a ideia de direito subjetivo como *poder*, tributária às construções do racionalismo moderno do século XVII e consagrada em textos positivos no século XIX, nada mais é do que uma radicalização do indivíduo de modo que por *direito subjetivo* se entende uma qualidade inerente daquele. Fortemente ideologizada, tal noção está a serviço da visão de que a realidade é conflito: direito subjetivo é submeter outrem ao próprio arbítrio (BARZOTTO, 2005, p. 62; p. 69).

Rompida fica, no particular, a tradição do direito romano, segundo a qual o direito (*ius*) é uma relação e não uma qualida-

de individual. O direito de alguém é exercido *contra* os demais membros da sociedade. No caso da concretização dos direitos fundamentais sociais, isso fica bem evidenciado, pois, entendida a norma de direito fundamental como um princípio, essa necessita de uma otimização fática e jurídica, isto é, sua efetividade depende de condições socioeconômicas que não estão dadas. Assim, uma pessoa requer em juízo que o Estado lhe forneça um medicamento ou tratamento, expressando, então, o direito subjetivo um poder de disponibilidade sobre parte do orçamento de saúde do ente responsável por lhe fornecer a prestação positiva. Vê-se, aí, que o direito subjetivo é determinado à margem da vida social.

De outra parte, a doutrina dos Direitos Humanos, construída a partir da Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 10 de dezembro de 1948, inverte a lógica, porque, tendo como paradigma *a comunidade*, assume que os direitos humanos são relações (art. XXIX), e daí, a questão é saber “o que vale como direito positivo à luz da dignidade da pessoa humana” (BARZOTTO, 2005, p. 48-49). Por isso, o autor formula a hipótese de que é mais adequado pensar os direitos subjetivos como o *justo subjetivo*, remontando à teoria da justiça pré-moderna (aristotélico-tomista) que supõe uma determinada antropologia e uma específica sociologia, qual seja: a pessoa humana, por ser constitutivamente social, é um ser relacional, de modo que o bem do outro é o meu bem, na busca do bem de todos, o Bem Comum. Por Bem Comum, entende-se o conjunto de condições (liberdade, segurança, igualdade, etc.) necessárias à realização de todos. O direito é o objeto da justiça e, por isso, assevera Barzotto (2005, p. 85) que “definir o direito subjetivo como justo subjetivo acarreta duas consequências”. A primeira é a superação da oposição pessoa/sociedade e a segunda é fazer da “igualdade o elemento constitutivo do direito subjetivo” (BARZOTTO, 2005, p. 85).

Tomado como exemplo o mesmo direito fundamental à saúde, na perspectiva comunitarista, é fácil perceber que, se a saúde de X é uma qualidade individual, o *direito à saúde* é uma relação de justiça que X mantém com os outros membros da

⁴ Liberdades, situações e posições de direito ordinário.

comunidade. Se o Estado não dispõe dos recursos, a saúde de X será afetada, mas não o seu direito à saúde. Dito de outro modo, segundo essa concepção, os demais membros da comunidade não devem isso à X. Assim, na definição que Barzotto apresenta, direito subjetivo é “o justo (objeto do direito) adequado a X (titular do direito), assumido como dever de Justiça por X (titular do dever), tendo como fundamento a lei (natural ou humana)” (BARZOTTO, 2005, p. 86).

5. Considerações finais

Em síntese, se a ciência do Direito é ciência normativa aplicada a fenômenos reais porque diz respeito à vida em comum dos seres humanos no grupo social, ao controle, à satisfação e à ordem desses grupos, a visão mais completa a respeito dos direitos subjetivos é aquela que combina as várias formulações, considerando o conjunto de tais direitos como uma esfera intangível da personalidade humana.

Em um exame sumário dos diferentes direitos subjetivos, estes aparecem divididos em duas categorias distintas, conforme um critério patrimonial, de modo que ou são direitos desprovidos de valor econômico, como o direito à honra, à integridade corporal, ao nome, etc. ou são diretamente avaliáveis em *pecúnia*, como os direitos de propriedade e os direitos de crédito. Os primeiros denominam-se direitos subjetivos extrapatrimoniais e são estreitamente ligados à pessoa. Nestes, ainda se pode distinguir duas categorias: os direitos do indivíduo enquanto tal, como o direito ao nome, direito à imagem, direitos de autor sobre sua obra, direitos à privacidade, à honra e à integridade corporal e os direitos do indivíduo na sociedade, como os de exercer autoridade sobre os filhos (poder familiar) – *direitos subjetivos privados* –, o direito de votar e ser votado, o direito à liberdade sindical e à greve, o direito à ação, etc. – *direitos subjetivos públicos* que também se deixam reconhecer como *direitos fundamentais*. Embora sejam tidos como direitos extrapatrimoniais, a ocorrência de violação por parte de

terceiros poderá ensejar uma reparação pecuniária, a título de indenização.

Quanto aos direitos subjetivos privados patrimoniais, estes são diretamente avaliáveis em *pecúnia*, isto é, a eles correspondem valores econômicos. Estes são os bens, corpóreos e incorpóreos – direitos de crédito, direitos reais e direitos à propriedade intelectual. Então, em sentido técnico, patrimônio é o conjunto de direitos subjetivos de uma pessoa que importam em valoração econômica positiva (direitos de crédito, direitos reais) ou negativa (dívidas, ônus de servidão, etc.) em uma construção milenar, que remonta ao Direito Romano.

Tal construção, resultado do trabalho da dogmática jurídica europeia do século XVIII, positivada nas Constituições e Codificações Civis, respondeu às necessidades do mercado em expansão, pois as leis estatutárias e canônicas não poderiam servir de obstáculo à livre circulação dos bens (liberdade contratual) e à aquisição da propriedade privada. Ao direito natural fixo e imutável da época medieval foi contraposto um direito novo baseado na razão. O resultado é a concepção de que os direitos subjetivos são poderes e faculdades exercidos *contra* os outros.

Os horrores da barbárie nazista levaram a uma mudança de paradigma, e os direitos subjetivos começaram a ser pensados como espécie de direitos humanos, os quais têm por objeto o justo natural. Por conseguinte, os direitos subjetivos voltam a ser afirmados como relações, de modo que o outro é a condição de auto-realização de uma pessoa. O debate público, então, fica centrado não em quantos direitos as pessoas têm, mas na ideia de bem-estar geral ou coletivo, isto é, em direitos que se exercem com os demais, cujo núcleo constituinte é a igualdade. Se direitos subjetivos são o justo subjetivo, concreto, há a superação do dualismo pessoa/sociedade e a vida em comum passa a ser compreendida como um empreendimento de todos.

Referências

ALEXY, Robert. **Teoría de los Derechos Fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

BARZOTTO, Luis Fernando. Os direitos humanos como direitos subjetivos: da dogmática jurídica à ética. **Revista do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, n. 56, p. 47-88, 2005. Disponível em: http://www.amprs.com.br/public/arquivos/revista_artigo/arquivo_1273603208.pdf. Acesso em: 18 nov. 2018.

DOMAT, Jean. **Las Leyes Civiles en su Orden Natural**. t. I. Barcelona: Imprenta de José Tauló, 1841.

HESSE, Konrad. **Derecho Constitucional y Derecho Privado**. Madrid: Editorial Civitas, 1995.

HOBBS, Thomas. **Elementos do Direito Natural e Político**. Lisboa: Resjuridica, [s.d.].

IHERING, Rudolf Von. **El espíritu del derecho romano**. v. 4. México: Oxford University Press, 2001.

JELLINECK, Georg. **Diritti Pubblici Subbiettivi**. Milano: Società Editrice Libreria, 1912.

KANT, Immanuel. **A Metafísica dos Costumes**. Tradução Edson Bini. Bauru: EDIPRO, 2003.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 4. ed. Coimbra: Armênio Amado, 1979.

ORESTANO, Riccardo. Il "Probleme delle persone giuridiche" in **Diritto Romano**. Turim: Giappichelli, 1990.

PANIÁGUA, Jose Maria Rodriguez. **Historia del Pensamiento Jurídico**. v. 1. Madrid: Universidad Complutense, 1988.

PUFFENDORF, Samuel. **De los deberes del hombre y del ciudadano según la ley natural, en dos libros**. Madrid: Centro de Estudios Políticos e Constitucionales, 2002.

STRANGAS, Jean. Les implications philosophiques de la notion de sujet de droit. **Archives du Philosophie du Droit**. Paris: Sirey, 1990.

UNESCO. Declaração Universal dos Direitos Humanos. Brasília, DF, 1998.

VILLEY, Michel. Leçons d'Histoire de la Philosophie du Droit. (Les origines de la notion de droit subjetif). Paris: Dalloz, 1957.

WEBER, Max. **Economia y Sociedad. Esbozo de sociología comprensiva**. México: Fondo de Cultura Económica, 1992. Tradução espanhola de *Wirtschaft und Gesellschaft, Grundriss der Verstehender Soziologie*, por José Maria Echavarría et al.

WINDSCHEID, Bernhard. **Diritto delle Pandette**. v. I. Torino: Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1930.

DAS MANIFESTAÇÕES DE 2013 ÀS ALTERAÇÕES DO MARCO LEGAL DA TERRA: BALANÇO DOS RETROCESSOS NA POLÍTICA URBANA DO BRASIL

Betânia de Moraes Alfonsin¹

¹ Doutora em Planejamento Urbano e Regional pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ/IPPUR). Professora da Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público (FMP). Diretora Geral do Instituto Brasileiro de Direito Urbanístico. E-mail: betaniaalfonsin@gmail.com

1. Considerações iniciais

O presente artigo tem por objetivo analisar o movimento pendular de afirmação e fragilização do direito à cidade no Brasil ocorrido entre 2013 e 2018. Em junho de 2013, tendo por mote o aumento do valor de passagens de ônibus intraurbanos, uma série de manifestações políticas eclodiram em diferentes cidades brasileiras. O fenômeno, que envolveu multidões, tem até hoje sua interpretação disputada: o que significou, quais foram as forças e atores sociais que o convocaram e sustentaram, que papel cumpriu nos acontecimentos políticos que ocorreram no país em 2016 e na instauração de uma crise política, social e econômica que persiste até o ano de 2018. Trabalhando com um problema de pesquisa relacionado ao reconhecimento e à efetividade do direito à cidade no Brasil, em termos jurídicos e políticos, o presente artigo sustenta a hipótese de que, paradoxalmente, as jornadas de 2013 foram cruciais tanto para o fortalecimento quanto para o posterior ataque ao direito à cidade no país.

Este artigo utiliza o método hipotético dedutivo de abordagem e o método histórico de procedimento. Serve-se, do mesmo modo, de diversos estudos anteriores sobre o tema da construção do direito à cidade no Brasil a fim de analisar o período de cinco anos entre 2013 e 2018, já que estes foram anos de tensão e de intensas contradições para o direito à cidade no país. Analisando este intervalo de cinco anos, o artigo pretende examinar quatro eventos históricos que, ainda que relacionados entre si, demonstram um movimento de avanços e recuos do direito à cidade no imaginário jurídico, político e social brasileiro.

Analisar-se-ão os seguintes episódios: (i) a emergência do direito à cidade dentre as reivindicações das manifestações de 2013 e a captura da pauta daqueles protestos por atores políticos descontentes com as políticas desenvolvidas pelo governo federal; (ii) a Conferência Habitat III e a aprovação da Nova Agenda Urbana; e, finalmente, (iii) a reforma do marco legal da terra no Brasil com a aprovação da lei 13.465/17. As conclusões do estudo apontam um movimento pendular do direito à cidade

no Brasil, desde as manifestações de 2013, alternando momentos de grande visibilidade e reconhecimento com episódios que representaram derrotas importantes para a efetivação desse direito.

2. As manifestações de 2013: o direito à cidade como gatilho de um movimento de pautas plúrimas

Em uma decisão bastante controversa, o governo brasileiro entrou em uma disputa internacional realizada entre países e cidades para ter a honra de sediar o maior megaevento esportivo do mundo, a Copa do Mundo de Futebol, no ano de 2014. A população não foi consultada a respeito dessa decisão, mas os melhores garotos propaganda foram mobilizados para “vender” o Brasil lá fora e tanto a FIFA (Federação Internacional de Futebol) quanto o COI (Comitê Olímpico Internacional) escolheram o Brasil e o Rio de Janeiro para sediar a Copa do Mundo de Futebol em 2014 e os Jogos Olímpicos de 2016, respectivamente.

Não foi uma disputa difícil, pois o mundo estava em plena crise financeira e o risco de quebrar fez com que muitos países e cidades recusassem dessa aventura cara e de resultados duvidosos. Não foi o caso brasileiro, que, para alívio dos organizadores e investidores internacionais, assumiu todos os riscos, modificou todas as leis internas que representavam algum óbice às regras e exigências da FIFA e seus patrocinadores para que a Copa se realizasse no Brasil. Recursos públicos foram mobilizados, ainda que a contrapartida de empresários e clubes beneficiados tenha sido pífia. O caderno de encargos da FIFA foi altamente detalhado e centenas de obras foram exigidas nas doze cidades-sede da copa. Orçamentos multimilionários (corrigidos para cima a cada semestre) foram aprovados sem maiores dificuldades no Congresso Nacional, nas Assembleias Legislativas e nas Câmaras de Vereadores de todo o país, demonstrando o esforço do

Legislativo em colaborar com os Executivos para a realização do evento.

Quando as obras preparatórias para a Copa começaram, a população moradora das cidades sede percebeu o tamanho do compromisso assumido pelo Brasil junto à FIFA. Para alegria das empreiteiras, um verdadeiro processo de reforma das cidades foi colocado em marcha, com obras estruturais que geraram impactos bastante significativos em todas elas. Enquanto os governantes insistiam em falar em “legados”, a população começou a assistir destruição de várias ambiências urbanas, despejos massivos e, muitas vezes, violento de milhares de famílias, corte de árvores e de vegetação nativa e abertura de vias muitas vezes não projetadas no traçado viário dos planos diretores. Ao lado desses impactos urbanísticos, ambientais e sociais, houve também um total descaso com a população, que mesmo querendo “falar” não encontrava espaço para exercer seu direito democrático à participação nos processos de tomada de decisão. Nessa quadra da história, a “naturalização” da submissão passiva dos cidadãos a toda e qualquer decisão tomada pelos governantes em seu desfavor, passou a ser finalmente questionada, primeiro por meio de redes sociais e, pouco a pouco, nas ruas das grandes cidades.

Quando os estádios de futebol que estavam sendo construídos ou reformados para a Copa de 2014 tiveram suas obras inauguradas para que o Brasil sediasse a Copa das Confederações, em junho de 2013, aquele sentimento represado durante anos nas mentes e nos corações de toda uma geração transbordou de maneira irrefreável. A comparação entre o luxo dos novos estádios com a precariedade dos postos de saúde onde a população é maltratada ao invés de ser adequadamente atendida foi a gota d’água que faltava para o copo transbordar. Toda a indignação contida em anos suportando horas de pé em um ônibus superlotado e caro veio à tona e tomou a cena em todo o Brasil.

Inseridos em um contexto de crise financeira e econômica internacional, no qual protestos foram protagonizados por segmentos indignados da juventude e da classe trabalhadora

em vários países do mundo², as manifestações de junho e julho de 2013 entraram para a História do Brasil como um marco no processo de construção da cidadania no país. De fato, tal como observa Holston (2013), a trajetória histórica da cidadania brasileira promoveu uma disjunção entre a cidadania formal e a distribuição substantiva dos direitos, já que analisada a evolução jurídica do tema se observa que o Brasil foi “universalmente incluído na incorporação e maciçamente desigual na distribuição [de direitos]” (HOLSTON, 2013, p. 28). Ainda segundo o autor, questões como educação, propriedade, raça, gênero e ocupação continuam sendo fatores que proporcionam tratamentos diferentes para categorias diferentes de cidadãos, gerando uma gradação “em que a maioria dos direitos está disponível apenas para tipos específicos de cidadãos, e é exercida como *privilegio* de categorias sociais específicas” (HOLSTON, 2013, p. 28).

Indubitavelmente, as manifestações ocorridas em 2013 romperam com o silêncio que marcava a sociedade brasileira nas duas décadas anteriores, durante as quais a Democracia se consolidou no Brasil. As vozes das cidades emergiram de forma surpreendente em um país onde a cultura do *jeitinho* amalgamou-se à resignação social como forma de gestão cotidiana de problemas relacionados às necessidades fundamentais da população. A emergência das reivindicações populares teve sua agenda marcada por um inequívoco conhecimento, por parte dos manifestantes, dos direitos coletivos e difusos que a Constituição Federal e o ordenamento jurídico brasileiro reconhecem formalmente aos cidadãos.

Tendo seu início em Porto Alegre (Rio Grande do Sul), a onda de manifestações eclodiu em função do aumento do valor da passagem de ônibus intraurbano daquela cidade em vinte centavos³. Pode parecer pouco, mas a mobilização popular contra o aumento foi imediata. Além das manifestações de rua

2 Turquia, Egito, Espanha e Estados Unidos podem ser citados como exemplos importantes da onda de manifestações que marcou a crise financeira internacional revelada ao público em 2008, embora esta já estivesse em gestação há alguns anos nos Estados Unidos.

3 A passagem de ônibus intraurbano de Porto Alegre aumentou de R\$ 2,85 para R\$ 3,05 no mês de março de 2013.

convocadas primeiramente pelo Bloco de Lutas pelo Transporte Público⁴, em sede de ação popular, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (TJRS) reconheceu que o aumento era abusivo e manteve a liminar concedida pelo Juiz Hilbert Maximiliano Obara, da 5ª Vara da Fazenda Pública. Olhando retrospectivamente, a repercussão desta decisão judicial foi muito importante para a sequência dos acontecimentos de 2013, pois, ao ver o sucesso da estratégia de resistência popular em Porto Alegre, outras cidades passaram a organizar também ruidosos protestos contra os aumentos abusivos das tarifas de ônibus. Como um rastilho de pólvora, protestos começaram a aparecer no Brasil inteiro, obtendo adesão massiva da população, ampla cobertura de imprensa e vitórias incontestáveis, como a efetiva redução da tarifa de ônibus em mais de 100 cidades brasileiras.

É interessante notar que a pauta das manifestações, inicialmente centrada na redução do valor das passagens de ônibus, começa a se diversificar em um segundo momento, passando a abarcar uma série de temas relacionados ao exercício da cidadania. Além do direito à mobilidade urbana, entraram em cena vários outros direitos sociais, como o direito à saúde, o direito à educação e o direito à participação política. Quando o aparato de segurança pública de São Paulo exorbitou de seus poderes e feriu dezenas de manifestantes (vários jornalistas, inclusive) durante os protestos entraram em cena reivindicações ainda mais complexas, como o respeito às liberdades democráticas, das quais são exemplo a liberdade de expressão, a liberdade de manifestação e a liberdade de locomoção e de utilização do espaço público.

Em um processo crescente, as vozes das cidades se tornaram um coro polifônico. Reivindicações altamente politizadas passaram a frequentar os cartazes de manifestantes, os quais começaram a ver as manifestações como um espaço político de expressão coletiva de indignação contra a corrupção, contra o abuso de autoridade e contra a impunidade. Alguma manipula-

ção midiática foi observada também, com um rápido desvio do foco inicial das manifestações para outras pautas.

A estas alturas dos acontecimentos, os protestos aconteciam até mesmo em cidades médias e pequenas do interior do país, transbordando das metrópoles e capitais para o Brasil profundo. Décadas de um longo ciclo de calado consentimento com violações de direitos fundamentais por diferentes níveis de governo foram interrompidas por um grito em alto e bom som por respeito e efetividade dos direitos fundamentais conquistados durante o processo constituinte da década de 1980.

É claro que o ciclo de manifestações não foi imune a problemas e distorções. Episódios de vandalismo contra os patrimônios público e privado foram largamente registrados pela imprensa. Tentativas de “infiltração” de indivíduos ligados a grupos de direita ou declaradamente fascistas foram denunciadas por órgãos de imprensa marrom e por diferentes canais de mídia alternativa. Um problema paralelo a estes foi a própria cobertura da imprensa, pois a grande mídia também experimentou a sua dose de perplexidade diante dos fatos e alternou posturas de crítica às manifestações a editoriais que declaravam discreto apoio aos atos de protesto. A emergência de uma mídia alternativa, facilitada pelas redes sociais e pela disseminação dos fatos pelos próprios manifestantes via celular, acabou com o monopólio da grande imprensa na interpretação dos acontecimentos.

Embora seja importante registrar esses conflitos e contradições, nada disso retira a importância das manifestações de rua de junho e julho de 2013. Desde a derrubada do Presidente Collor, após uma poderosa manifestação popular pelo impeachment ocorrido em 1992, o país nunca mais havia assistido a uma mobilização de massas no Brasil. Para entender esse surto de protestos, é preciso lembrar que o ciclo de governos nacionais liderados pelo Partido dos Trabalhadores (PT), iniciado em 2003, tomou várias medidas de melhoria da distribuição de renda no país, retirando da linha da miséria milhões de pessoas. Tais programas, como o Bolsa Família e o Programa Minha Casa Minha Vida, embora tenham trazido inequívocos incrementos à qualidade de vida das pessoas, aumentando seu poder de consumo,

4 O Bloco de Lutas Pelo Transporte Público foi a organização responsável pelas mobilizações contra o aumento da tarifa em Porto Alegre, desde março de 2012. Cf. BLOCO DE LUTA PELO TRANSPORTE PÚBLICO, [201-].

acabaram por deixar ainda mais claros os problemas estruturais da urbanização capitalista vivida pelo Brasil no século passado.

Quando se pôde, enfim, comprar uma geladeira, ficou claro para as famílias beneficiadas por esse incremento de renda que era arriscado conectar esta geladeira a uma ligação clandestina de energia e a ausência de ligação regular à rede de fornecimento de energia elétrica passou a ser um problema muito mais claro do que quando não se tinha a geladeira. Da mesma forma, o jovem que conseguia comprar um tênis percebia o quanto é difícil mantê-lo limpo quando a rua onde se mora não tem pavimentação e vira lama quando chove. A família de classe média que conseguiu comprar um carro, beneficiada pelo IPI reduzido, ficava presa em congestionamentos intermináveis, já que a malha viária não foi alterada de forma significativa nas cidades brasileiras e ainda é a mesma de 1950 em vários municípios, ainda que o número de carros por habitante tenha crescido exponencialmente desde então. Todas as falhas estruturais dos serviços públicos, a irregularidade fundiária, a precariedade, a ausência ou o sucateamento da infraestrutura ficaram muito mais claras para as classes médias e de menor renda no Brasil naquele período.

Como se vê, as vozes das ruas emergiram em um momento no qual os projetos de distribuição de renda implementados no Brasil pelo Governo Federal (desde o programa Fome Zero do Presidente Lula até o atual Bolsa Família) tinham tido resultados tão expressivos que, paradoxalmente, criaram condições para os questionamentos a respeito de seus limites. A compreensão deste fenômeno é fundamental para os desdobramentos dos protestos de 2013, tanto em termos políticos quanto jurídicos. A partir do recrudescimento das manifestações de junho e julho, o governo federal procurou dialogar com as demais instâncias de governo e com os representantes dos próprios movimentos sociais, em uma jogada estratégica para a estabilização do projeto de governo e também para a recuperação da popularidade da Presidenta da República. Os fatos ocorridos nos anos seguintes, com a aceitação do processo de impeachment da Presidenta, no entanto, deixam claro que os protestos de 2013 acabaram sen-

do fermento para o impedi-la. ,Aquele ocorreu em definitivo em 2016, em um processo que, ainda que largamente questionado, produziu efeitos jurídicos, políticos e sociais inegáveis no Brasil.

Há que se compreender o ocorrido em meados de 2013 também em uma perspectiva histórico-jurídica mais ampla. Tal como já apontamos, o Brasil foi um país que, embora tenha sido o último país do mundo a abolir a prática do tráfico negreiro e a legalização da escravatura, viveu um processo relativamente rápido de incorporação formal e universalização de direitos de cidadania à sua população⁵. A universalização do direito ao voto, a conquista de direitos trabalhistas, em 1943, com a Consolidação das Leis do Trabalho, a conquista do direito a um sistema de saúde universal, o Sistema Único de Saúde (SUS), e o acesso gratuito à educação fundamental são ótimos exemplos desse processo.

Qualquer jurista apontaria a Constituição Federal de 1988 como uma das cartas constitucionais mais avançadas do mundo ao elencar de forma generosa os direitos fundamentais reconhecidos aos brasileiros. Emendas Constitucionais aprovadas a posteriori pelo Congresso Nacional ampliaram o rol de direitos sociais para incluir também o direito à moradia e o direito à alimentação como um direito social dos brasileiros.

O problema do acesso ao exercício dos direitos fundamentais no Brasil não está relacionado, portanto, à ausência de previsão constitucional ou de regulamentação legal desses. A legislação existe e é internacionalmente aclamada por seu teor progressista, como claramente dá exemplo o Estatuto da Cidade, lei federal 10.257/01, que estabeleceu as diretrizes para a política urbana brasileira em um sentido claramente comprometido com uma distribuição mais justa dos ônus e benefícios do processo de urbanização. O problema brasileiro está muito mais ligado à questão da efetividade dos direitos, já que sua distribuição é bastante seletiva, em um processo que Holston(2013) chamou de "cidadania diferenciada".

⁵ Um abrangente estudo sobre esse tema foi realizado pelo antropólogo James Holston e publicado no livro *Cidadania Insurgente* em 2013. Cf..HOLSTON, 2013.

A pauta que emergiu das ruas em 2013, embora possa ser observada em uma perspectiva mais ampla como portadora de grande diversidade temática e, portanto, de dispersão, tem um componente muito claro que ainda não foi devidamente analisado. Este elemento diz respeito à emergência do “direito à cidade” ou do “direito à cidade sustentável” tal como o mesmo foi introduzido no Estatuto da Cidade de 2001⁶. Ao estabelecer as diretrizes para a Política Urbana este diploma legal incluiu dentre os objetivos da política urbana brasileira a “garantia do direito a cidades sustentáveis, entendido como o direito à terra urbana, à moradia, ao saneamento ambiental, à infraestrutura urbana, ao transporte e aos serviços públicos, ao trabalho e ao lazer, para as presentes e futuras gerações” (BRASIL, 2001). O conteúdo desta diretriz, e do próprio direito à cidade, merece uma análise mais detalhada devido à profunda relação que tem com as mobilizações ocorridas em meados de 2013 no país.

O direito coletivo à cidade sustentável abarca um feixe de direitos dos que vivem em cidades, já que a técnica legislativa de definição desse direito elencou expressamente o direito à terra urbana, à moradia, ao saneamento ambiental, à infraestrutura urbana, ao transporte e aos serviços públicos, ao trabalho e ao lazer como sendo o núcleo desse direito⁷. Os bens coletivos mencionados na definição legal do direito à cidade tornam os habitantes das cidades titulares desses bens/direitos, os quais podem ser considerados como as “funções sociais da cidade”, tal como menciona a Constituição Federal ao preconizar, em seu artigo 182, que “a política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes” (BRASIL, 1988). O direito à cidade, portanto, só pode ser compreendido a partir deste marco constitucional.

Note-se que a questão do transporte, mote primeiro das jornadas de 2013, está no centro das funções sociais da cidade,

integrando de forma indissociável o conteúdo do direito à cidade sustentável. Este direito implica o direito à mobilidade, a poder acessar o território da cidade como um todo, de forma a garantir a liberdade de ir e vir e de poder desfrutar do espaço público de forma livre e desembaraçada, independentemente de renda. Lembremos que em boa parte das cidades brasileiras, mesmo depois da redução da tarifa em vinte centavos, as mobilizações continuaram, já que a pauta dos organizadores dos eventos não era uma mera diminuição da tarifa, mas, sim, a conquista do passe livre.

Da mesma forma, as questões de acesso à terra urbana, à moradia e à infraestrutura também estiveram presentes nos protestos, especialmente naqueles que mobilizaram as populações atingidas por despejos necessários à abertura e ampliação de ruas e avenidas nas cidades-sede da Copa de 2014⁸. Essas reivindicações estavam estreitamente ligadas ao núcleo do conteúdo jurídico-axiológico do direito à cidade, já que trouxeram à tona a própria questão da função social da propriedade, princípio fundamental a orientar a Política Urbana brasileira, tal como preconiza a Constituição Federal. Neste sentido, os protestos realizados em função da copa de 2014 trouxeram para o centro do debate as muitas violações de direitos humanos perpetradas por diferentes esferas governamentais para garantir a realização do megaevento no Brasil. De fato, em um vexame internacional, o país foi denunciado junto às Nações Unidas pela forma violenta como vários dos despejos necessários às obras da Copa aconteceram.

O direito à cidade, ainda desconhecido do grande público e da imprensa, é um direito ao mesmo tempo coletivo, do qual são titulares todos habitantes das cidades, e um direito plural,

6 Para uma análise aprofundada das relações entre direito à cidade e as manifestações de 2013, Cf. ALFONSIN *et al.*, 2015.

7 Para um estudo mais aprofundado da autora sobre o direito à cidade, Cf. ALFONSIN, 2012.

8 Segundo informações do Portal Popular da Copa e das Olimpíadas, entre 150 e 170 mil pessoas podem ser despejadas em função da realização de obras necessárias para a realização dos dois megaeventos no Brasil. Os dados, ainda que imprecisos, impressionam e foram objeto de denúncia pela relatora do direito humano à moradia, Raquel Rolnik, ao Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas. A ONU, inclusive, emitiu uma resolução sobre a proteção do direito humano à moradia no contexto de megaeventos esportivos. Ao que parece, o Brasil ignorou uma boa parte das recomendações. Cf. PORTAL POPULAR DA COPA E DA CIDADANIA, [20-]; ROLNIK, 2014.

na medida em que abriga vários “direitos a serem exercidos na cidade”. Marcuse chama atenção para:

[...] a importância estratégica de vincular os direitos separados num movimento por um direito único que englobe a todos; uma implicação que começa com o desenvolvimento de coalizões, mas que na realidade é um movimento que une aqueles que, fundamentalmente, têm interesses comuns. As coalizões consistem em grupos que acordam apoiar os interesses separados dos demais para o benefício estratégico mútuo. Um movimento pelo direito à cidade une aqueles que contam com um interesse em comum, embora no início tenham prioridades práticas diferentes. (MARCUSE, 2010, p. 91).

Analisadas as jornadas de 2013 sob essa perspectiva, pode-se afirmar que, ainda que as palavras de ordem, direito à cidade, não tenham surgido explicitamente durante os protestos, sem dúvida alguma o ciclo marcou a emergência do direito à cidade enquanto feixe de direitos e como direito coletivo na pauta de reivindicações da população brasileira. Essa faceta das manifestações precisa ser desvelada inclusive como forma de agregar conteúdo e reconhecer consistência jurídico-política aos eventos de 2013 e às vozes da cidade que então se expressaram. Para o Direito Urbanístico Brasileiro, que tem a tutela do direito à cidade como seu objeto epistemológico central, abriu-se uma oportunidade única paradifundir a agenda da Reforma Urbana e da luta pelo reconhecimento do direito à cidade como um direito humano no plano internacional.

Trazer à tona essa perspectiva analítica dos protestos oferece uma contribuição à interpretação dos fatos ocorridos em 2013, que estão, aliás, ainda hoje, claramente em disputa no Brasil. Como o direito à cidade está inscrito no ordenamento jurídico brasileiro sob a forma de diretriz da política urbana, com um conteúdo abrangente que implica inclusive no direito de participação dos processos de tomada de decisão sobre a cidade, a legitimidade dos protestos fica ainda mais marcada. Além disto, a anamnese do direito à cidade, com a riqueza com que este direito começava a se construir no país, teve consequências importantes: em primeiro lugar, fez com que os analistas fossem

forçados a ver a cidade em sua totalidade e não como um conjunto de segmentos e de demandas estanques e fragmentadas; em segundo lugar, remeteu a análise às causas sistêmicas que fazem com que a cidade seja hoje uma cidade para poucos, diretamente relacionadas ao modelo de urbanização adotado pelo Brasil, estruturalmente excludente em função da centralidade do direito de propriedade no sistema jurídico que lhe dá suporte; e, finalmente, nos lembra que “outra cidade é possível” e que a cidade é também o espaço político onde os habitantes da urbe podem lutar pela própria transformação dela⁹ em uma cidade para todos, que talvez tenha sido a reivindicação de fundo daquelas mobilizações de 2013, ainda que a própria população que foi às ruas ainda não tivesse consciência da importância, do significado e da historicidade do movimento que protagonizou, mesmo que eivado de contradições, para o processo de construção dos direitos de cidadania no Brasil.

3. A conferência Habitat III e a nova agenda urbana

O Brasil, como país, esteve bastante envolvido com o processo preparatório da Conferência HABITAT III, uma conferência internacional sobre desenvolvimento urbano que define, a cada edição¹⁰, uma agenda comum a ser observada pelos países membro da Organização das Nações Unidas (ONU) após o evento. A Conferência HABITAT III aconteceu em Quito, em 2016, e teve como mote central dos debates preparatórios o reconhecimento do direito à cidade como um direito humano pelas Nações Unidas. Conforme explicitado anteriormente, a Conferência deveria aprovar a nova agenda urbana a ser adotada pelos países membros pelos próximos 20 anos. A fim de organizar o debate a ser desenvolvido pelos países membros, as Nações Unidas definiram alguns temas chave, os quais foram

9 Cf. HARVEY, 2013.

10 Para uma análise detalhada do processo de Conferências HABITAT e, muito especialmente, da Conferência HABITAT III, ver ALFONSIN et al., 2017.

divididos entre diversos grupos chamados *PolicyUnits*. A Conferência foi preparada, então, por meio de debate realizado por 10 grupos, cada um deles debatendo uma dessas *PolicyUnits*. O sucesso da discussão sobre direito à cidade já pode ser medido por aí: a primeira *Policy Unit* foi justamente chamada de “The right to the city and cities for all”, sinal inequívoco do compromisso das Nações Unidas em debater o tema na Nova Agenda Urbana.

O documento que resultou desta *Policy Unit* tratou o direito à cidade como “um novo paradigma para o Desenvolvimento Urbano” e como “o centro da nova Agenda Urbana”, além de reconhecer a cidade como “um bem comum”, sendo o texto final claramente influenciado pela Carta Mundial do direito à cidade. Embora a Nova Agenda Urbana não tenha usado nenhuma dessas expressões, o documento final da *Policy Unit* compõe os arquivos públicos da Conferência HABITAT III, podendo ser consultados por todos os países membros e por qualquer pessoa, comprovando a história de construção da Nova Agenda Urbana¹¹ e, para nossos objetivos aqui, revelando a textura histórica do direito à cidade na Agenda HABITAT.

A forma como o direito à cidade foi incluído na Nova Agenda Urbana, ou seja, na plataforma resultante da Conferência HABITAT III, foi bastante detalhada, contemplando muitos de seus componentes historicamente construídos.

No entanto, são cabíveis duas observações de Direito Internacional Público: em primeiro lugar, cumpre salientar que quaisquer agendas, plataformas ou declarações da ONU são documentos de laboriosa construção diplomática. É muito difícil construir um documento a ser firmado por mais de duzentos países de diferentes culturas, influenciados por distintas religiões e que têm realidades econômicas e políticas diversas. A construção de consensos é uma meta que faz com que muitas concessões sejam feitas em meio ao processo. Muitas vezes, o preço a pagar por um documento firmado por um número maior de países, é a obtenção de um documento mais genérico.

A segunda observação diz respeito ao valor legal atribuível a um documento como uma agenda internacional, no caso, à Nova Agenda Urbana. Segundo autores da área do Direito Internacional Público, documentos como a Plataforma resultante da HABITAT III são considerados *soft law*. Estes são fontes de Direito Internacional, mas não são dotados de cogência. De acordo com Accioly (2009, p. 171), um documento caracterizado como *soft law*, “em compensação, **exerce certa pressão política sobre os estados**; se estes se conformarem com a pressão, uma **prática pode desenvolver-se e resultar depois de algum tempo na consciência de que existe obrigação jurídica**” (grifos do autor). No mesmo sentido, para Oliveira e Rodrigues (2010), os documentos de Direito Internacional classificados como *soft law*, mesmo não sendo vinculante para os estados, “permitem regular temas complexos que dificilmente seriam ratificados de outra forma.”

De acordo com essas observações, os Estados membros das Nações Unidas, ao participarem de um processo internacional como o processo preparatório à HABITAT III, assumem compromissos de natureza política, o que fica bastante claro, também, na leitura da agenda e nas formas que ela estabelece para seu monitoramento. Embora o tema não seja o objeto central da investigação aqui apresentada, demonstra-se, assim, a relevância da agenda aprovada em Quito, em outubro de 2016.

No documento final da NOVA AGENDA URBANA, aprovado pelas Nações Unidas, o direito à cidade é mencionado expressamente uma única vez, embora de uma forma bastante significativa. Trata-se do parágrafo 11, aquele que abre a seção *Our shared vision*, constante do site das Nações Unidas:

11. Compartilhamos uma visão de cidade para todos, referente à fruição e ao uso igualitários de cidades e assentamentos humanos, almejando promover inclusão e assegurar que todos os habitantes, das gerações presentes e futuras, sem discriminações de qualquer ordem, possam habitar e produzir cidades e assentamentos humanos justos, seguros, saudáveis, acessíveis, resilientes e sustentáveis para fomentar prosperidade e qualidade de vida para todos. Salientamos os esforços envidados por alguns go-

11 O documento resultante do debate encontra-se disponível em português. Cf. ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2016b..

vernos nacionais e locais no sentido de consagrar esta visão, referida como direito à cidade, em suas legislações, declarações políticas e diplomas. (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2016a).

Para além da expressa referência ao direito à cidade e à expressão “cidade para todos”, amplamente utilizada pelos movimentos sociais na campanha internacional pelo reconhecimento do direito à cidade, a Nova Agenda Urbana está plena de referências aos temas chave mais caros à campanha internacional que buscou o seu reconhecimento pelas Nações Unidas. Tais temas foram tratados, ao longo da agenda, como princípios e direitos, cobrindo amplamente o conteúdo do direito à cidade. Lá estão presentes: o direito à moradia como direito humano, o direito à sustentabilidade urbano-ambiental, o direito de acesso e usufruto equitativo do espaço público, o direito à participação popular nos processos de tomada de decisão e, finalmente, a proibição do retrocesso social. Este foi, portanto, um momento bastante importante de afirmação internacional do direito à cidade.

4. A medida provisória 759/16 e sua conversão na lei nº. 13.465/17

Apesar deste avanço no Direito internacional, o direito à cidade viveria um importante revés no plano do Direito Público Interno Brasileiro, nos anos de 2016 e 2017. No bojo de uma série de reformas aprovadas pelo Congresso Nacional após o impeachment da Presidenta Dilma, destaca-se a Reforma do Marco Legal da Terra, consolidada pela lei nº. 13.465/17. Inicialmente apresentada sob a forma de Medida Provisória, a lei em questão modificou quatro regimes fundiários brasileiros, contendo disposições que alteram a regulação das Terras da Amazônia, das Terras pertencentes à União, da regularização fundiária rural e da regularização fundiária urbana.

Em termos jurídicos, há uma série de flagrantes inconstitucionalidades no texto legal, como um novo instituto chamado

legitimação fundiária, o qual é tratado como uma nova forma de aquisição originária da propriedade, tanto pública quanto privada, sem estabelecer quaisquer requisitos de lapso temporal ou de área máxima, tais como os que se observam no Brasil para reconhecer a aquisição do condomínio pela via da usucapião. Por ser permitida a sua utilização em áreas públicas, entende-se que a lei nº. 13.465/17 termina com a imprescriptibilidade dos bens públicos, permitindo que um processo de tomada de terras públicas ocorra no país¹², o que pode aprofundar processos de privatização de florestas e terras devolutas que já estão em curso no Brasil.

Como uma questão de fundo, diretamente relacionada ao direito à cidade, importa sublinhar que a nova lei altera a concepção de regularização fundiária brasileira, consagrada pelo Estatuto da Cidade, passando a priorizar a mera titulação dos lotes e dando à urbanização das favelas brasileiras, central no modelo anterior, um papel totalmente secundário, praticamente opcional para o gestor público. A ênfase passa a ser aquela do paradigma peruano de titulação, construído a partir das ideias de Hernando de Soto¹³.

Um dos indícios acerca dos reais objetivos da promulgação da lei, ligados à facilitação da tomada de terras públicas e da despossessão dos pobres no Brasil, é o fato de que a regularização fundiária se desvincula dos processos de planejamento urbano e do direito à cidade. A nova lei pode servir para pavimentar o caminho jurídico para a financeirização da terra e da moradia no Brasil, facilitando processos de despejo em áreas ocupadas por população de baixa renda, bem como a gentrificação de tais áreas. É importante observar o fenômeno em sua totalidade, já que essa não foi uma reforma isolada de um contexto político mais amplo no qual a combinação de muitas reformas jurídicas de tom liberal fragilizam as políticas sociais

¹² No Brasil, a prática de tomada de terras públicas por particulares ficou conhecida como “grilagem”, dados os métodos de fraude praticados por particulares durante o período imperial para produzir títulos de propriedade sem correspondência com a situação fundiária realmente existente, forjando posses inexistentes e aproveitando-se de brechas legais da Lei de Terras de 1850.

¹³ Para conhecer a essência da Teoria de Hernando de Soto, Cf. DE SOTO, 2001.

capazes de garantir o pleno exercício de direitos humanos e, muito particularmente, do direito à cidade no Brasil.

5. Considerações finais

O direito à cidade, expressão cunhada por Henri Lefebvre, em 1968, em Paris, não é hoje uma noção filosófica. Na ordem jurídico-urbanística brasileira é diretriz da Política Urbana regulada pelo Estatuto da Cidade e, no Direito Internacional, é compromisso assumido pelas Nações Unidas, dentre elas, o Brasil. Não se trata, portanto, de uma plataforma política de realização dos direitos humanos nas cidades, mas de uma categoria dotada de juridicidade.

No presente artigo, examinou-se um movimento pendular de afirmação do direito à cidade, já que nas manifestações de 2013 ele emergiu fortemente como reivindicação, para depois desaparecer em um conjunto de manifestações dispersas e difusas que acabaram por ser canalizadas para protestos anticorrupção que redundaram no impeachment da Presidenta Dilma.

Após o impeachment, no entanto, dois movimentos contraditórios ocorreram, no que diz respeito ao reconhecimento e fortalecimento do direito à cidade no país. Após firmar a Nova Agenda Urbana, em Quito, comprometendo-se com o direito à cidade para todos, o Brasil implementou uma reforma do marco da terra no país, a qual volta a fortalecer o modelo proprietário em detrimento do direito à cidade¹⁴.

Tais movimentos jurídico-políticos paradoxais demonstram o quanto a inserção do direito à cidade na legislação brasileira não é suficiente para sua garantia. É necessária uma ampla mobilização por parte dos atores sociais comprometidos com o projeto de cidade para todos para que tal direito seja fortalecido e passe a ser efetivado no Brasil. Além disso, é preciso que o

¹⁴ Acerca da disputa entre o “modelo proprietário” e a ordem jurídico-urbanística brasileira, ver análise de jurisprudência em estudo de caso sobre o TJRS. Cf. ALFONSIN et al., 2016.

Poder Executivo seja responsável por políticas públicas capazes de efetivar tal projeto, que os Poderes Legislativos eliminem as leis que fragilizam o direito à cidade e, finalmente, que o Poder Judiciário reconheça a força normativa do novo paradigma do direito humano à cidade.

Referências

ACCIOLY, Hildebrando et al. **Manual de Direito Internacional Público**. São Paulo: Saraiva, 2009.

ALFONSIN, Betânia. Direito à cidade sustentável na nova ordem jurídico-urbanística brasileira: emergência, internacionalização e efetividade em uma perspectiva multicultural. In: WOLKMER, Antônio Carlos; LEITE, José Rubens Morato. **Os “novos” direitos no Brasil: natureza e perspectivas – uma visão básica das novas conflitos jurídicas**. São Paulo: Saraiva, 2012.

ALFONSIN, Betânia de Moraes et al. As Manifestações de Junho de 2013, O Processo de Construção dos Direitos De Cidadania no Brasil e o Direito à Cidade. **Revista de Direito da Cidade**, v. 7, p.71-90, 2015. Disponível em: <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rdc/article/view/15200/11634>. Acesso em: 09 out. 2018.

ALFONSIN, Betânia de Moraes et al. A ordem jurídico-urbanística nas trincheiras do Poder Judiciário. **Revista Direito e Práxis**, v. 7, p. 421-453, 2016. Disponível em: <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/22951>. Acesso em: 09 out. 2018.

ALFONSIN, Betânia de Moraes et al. Das ruas de Paris a Quito: o direito à cidade na Nova Agenda Urbana - HABITAT III. **Revista de Direito da Cidade**, v. 9, p. 1214-1246, 2017. Disponível em: <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rdc/article/view/29236>. Acesso em: 09 out. 2018.

BLOCO DE LUTA PELO TRANSPORTE PÚBLICO. Facebook, [201-]. Disponível em: <https://pt-br.facebook.com/pages/Bloco-de>

-Luta-pelo-Transporte-P%C3%BAblico/488875294508389. Acesso em: 09 jan. 2014.

BRASIL. Congresso Nacional. Medida Provisória nº. 759, de 2016. Regularização Fundiária. Dispõe sobre a regularização fundiária rural e urbana, sobre a liquidação de créditos concedidos aos assentados da reforma agrária e sobre a regularização fundiária no âmbito da Amazônia Legal, institui mecanismos para aprimorar a eficiência dos procedimentos de alienação de imóveis da União, e dá outras providências.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 5 out. 1988.

BRASIL. Decreto-Lei nº. 5.452, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 09 ago. 1943.

BRASIL. Lei nº. 10.257, de 10 de julho de 2001. Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências. **Coleção das Leis do Brasil**. v. 1. p. 307. 1850.

BRASIL. Lei nº. 13.465, de 11 de julho de 2017. Dispõe sobre a regularização fundiária rural e urbana, sobre a liquidação de créditos concedidos aos assentados da reforma agrária e sobre a regularização fundiária no âmbito da Amazônia Legal; institui mecanismos para aprimorar a eficiência dos procedimentos de alienação de imóveis da União; altera as Leis nos 8.629, de 25 de fevereiro de 1993, 13.001, de 20 de junho de 2014, 11.952, de 25 de junho de 2009, 13.340, de 28 de setembro de 2016, 8.666, de 21 de junho de 1993, 6.015, de 31 de dezembro de 1973, 12.512, de 14 de outubro de 2011, 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil), 11.977, de 7 de julho de 2009, 9.514, de 20 de novembro de 1997, 11.124, de 16 de junho de 2005, 6.766, de 19 de dezembro de 1979, 10.257, de 10 de julho de 2001, 12.651, de 25 de maio de 2012, 13.240, de 30 de dezembro de 2015, 9.636, de 15 de maio de 1998, 8.036, de 11 de maio de 1990, 13.139, de 26 de junho de 2015, 11.483, de 31 de maio de 2007, e a 12.712, de 30 de agosto de 2012, a Medida Provisória no 2.220, de 4 de setem-

bro de 2001, e os Decretos-Leis nos 2.398, de 21 de dezembro de 1987, 1.876, de 15 de julho de 1981, 9.760, de 5 de setembro de 1946, e 3.365, de 21 de junho de 1941; revoga dispositivos da Lei Complementar no 76, de 6 de julho de 1993, e da Lei no 13.347, de 10 de outubro de 2016; e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 12 jul. 2017.

BRASIL. Lei nº. 601, de 18 de setembro de 1850. Dispõe sobre as terras devolutas do Império. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 5 out. 1988.

DE SOTO, Hernando. **O mistério do capital**: por que o capitalismo dá certo nos países desenvolvidos e fracassa no resto do mundo. Rio de Janeiro: Record, 2001.

GRAFMEYER, Yves. **Sociologia Urbana**. Coleção SABER. Lisboa: Publicações Europa-América, 1994.

HARVEY, David. A liberdade da cidade. In: MARICATO, Ermínia et al. **Cidades Rebeldes**: passe livre e as manifestações que tomaram as ruas do Brasil. São Paulo: Boitempo, 2013.

HOLSTON, James. **CIDADANIA INSURGENTE**: disjunções da democracia e da modernidade no Brasil. São Paulo: Companhia das Letras, 2013.

MARCUSE, Peter. Os direitos nas cidades e o direito à cidade. In: **Cidades para todos**: propostas e experiências pelo direito à cidade. Santiago do Chile: Habitat International Coalition, 2010.

OLIVEIRA, Liziane Paixão Silva; BERTOLDI, Márcia Rodrigues. A importância do soft law na construção do direito internacional ambiental. In: Congresso Nacional do CONPEDI, 19., 2010, Florianópolis. **Anais [...]**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2010. Disponível em: http://www.cidp.pt/publicacoes/revistas/ridb/2012/10/2012_10_6265_6289.pdf. Acesso em: 16 mai. 2017.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Habitat III**: nova agenda urbana. out. 2016a. Disponível em: <https://habitat3.org/about>. Acesso em: 24 mar. 2017.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Documento de Políticas da Habitat III**: 1- Direito à cidade e cidades para todos. fev.

2016b. Disponível em: <http://habitat3.org/wp-content/uploads/Policy-Paper-1-Portugue%CC%82s.pdf>. Acesso em: 24 mar. 2017.

PORTAL POPULAR DA COPA E DA CIDADANIA. [20-]. Disponível em: http://www.portalpopulardacopa.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=367&Itemid=269. Acesso em: 10 jan. 2014.

ROLNIK, Raquel. Conselho de Direitos Humanos adota resolução sobre moradia. **Portal Blog da Raquel Rolnik**, 31 mar. 2014. Disponível em: <http://raquelrolnik.wordpress.com/category/relatoria-da-onu/>. Acesso em: 09 out. 2018.

A LEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO NO MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO¹

Handel Martins Dias²
José Tadeu Neves Xavier³
Marina Gomes de Souza⁴

- 1 Resultado de investigação envolvendo os projetos de pesquisa *Garantias processuais civis dos bens transindividuais* e *Relações tensionais entre mercado, Estado e Sociedade: interesses públicos versus interesses privados* do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* Mestrado Acadêmico em Direito da Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público (FMP), financiado pela Fundação Escola Superior do Ministério Público.
- 2 Doutor em Direito processual pela Universidade de São Paulo (USP). Mestre em Direito Processual pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Professor nos cursos de graduação e mestrado em Direito da Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público (FMP). Coordenador da Pesquisa da Faculdade de Direito da FMP. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP) e da Associação Mundial de Justiça Constitucional (AMJC). Advogado. E-mail: handel.dias@fmp.com.br.
- 3 Doutor e mestre em Direito Privado pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Professor nos cursos de graduação e mestrado em Direito da Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público (FMP). Professor na Faculdade Meridional IMED e na Escola da Magistratura do Trabalho do Rio Grande do Sul (FEMARGS). Advogado da União. E-mail: jtadeu-nx@terra.com.br.
- 4 Mestranda em Direito na Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público (FMP), linha de pesquisa *Tutelas à efetivação dos direitos transindividuais*. Pesquisadora do projeto de pesquisa *Garantias processuais civis dos bens transindividuais* do Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da FMP. Advogada. E-mail: marina_gsouza@hotmail.com.

1. Introdução

A institucionalização do mandado de segurança como instrumento para a tutela na esfera transindividual aconteceu com a Constituição Federal de 1988, ao insculpir-se, no capítulo Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos do título Dos Direitos e Garantias Fundamentais, que o mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por partido político com representação no Congresso Nacional, assim como por organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados (art. 5º, inc. LXX).⁵

Tratando-se de norma de eficácia plena e aplicabilidade imediata, o mandado de segurança coletivo logo se converteu, a par de outros mecanismos previstos no ordenamento jurídico, em importante instrumento de defesa de direitos metaindividuais no sistema processual brasileiro, próprio para proteger direito coletivo líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, que se encontre lesado ou ameaçado de lesão por força de ilegalidade ou abuso de poder praticado por autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público. Sem embargo, observada a prática forense em instâncias ordinárias e tribunais superiores, constata-se que ainda está aquém do esperado de um *writ*

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

A despeito das constantes e robustas celeumas na doutrina e na jurisprudência acerca do mandado de segurança coletivo frente a uma dicção constitucional que se limitou a dispor sobre legitimação ativa, apenas em 2009 foi-lhe conferido algum contorno⁶, notadamente por meio da lei nº. 12.016, a qual, revogando a legislação infraconstitucional anterior sobre o mandado de segurança individual, passou a disciplinar tanto o mandado de segurança individual como o coletivo⁷. Embora há muito se clamasse pela regulamentação normativa do mandado de segurança para a tutela coletiva de direitos, o legislador foi deveras tímido ao se atrever a fazê-lo.⁸ E, tendo em vista que não o contemplou entre os procedimentos especiais do novo Código de Processo Civil⁹, permanecem em vigor as disposições da lei nº. 12.016, o que, por consequência, gera muitas controvérsias

5 No passado, como advertia Zavascki, o perfil original do mandado de segurança já havia sido utilizado para a tutela de direitos coletivos, notadamente pela Ordem dos Advogados do Brasil e por sindicatos. Muito antes da promulgação da Constituição Federal vigente, a lei nº 4.215, de 1963, que instituiu o anterior Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil, habilitava, no artigo 1º, parágrafo único, a Ordem dos Advogados do Brasil a representar, em juízo e fora dele, os interesses gerais da classe dos advogados e os individuais relacionados ao exercício da profissão. Da mesma forma, a Consolidação das Leis do Trabalho estatui, desde 1946, entre as prerrogativas dos sindicatos, as de representar perante autoridades administrativas e judiciais os interesses gerais da respectiva categoria ou profissão liberal ou os interesses individuais dos associados relativos à atividade ou profissão exercida. Ao estabelecerem a distinção entre *interesses gerais* da classe, categoria e profissão liberal e *interesses individuais* dos advogados e associados, os dois diplomas normativos consagraram a possibilidade de se tutelarem judicialmente direitos transindividuais, de natureza indivisível, pertencentes a um grupo indeterminado de pessoas. Cf. ZAVASCKI, 2006. p. 208-209. Em mais de uma oportunidade, o Supremo Tribunal Federal admitiu a impetração do mandado de segurança – “individual” – para defender aqueles direitos gerais de classe, categoria e profissão liberal. Vejam-se, por exemplo, BRASIL, 1979, p. 2.410; BRASIL, 1977, p. 3.644.

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

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

8 Medina e Araújo assinalam que havia grande expectativa em torno da nova Lei do Mandado de Segurança quanto à regulamentação da impetração coletiva. Contudo, a nova lei não só deixou de aperfeiçoar o tratamento da matéria como representou retrocessos, como a exigência da desistência dos pedidos formulados em ações individuais para a extensão do benefício da coisa julgada coletiva (lei nº. 12.016, art. 22, § 1º). Cf. MEDINA; ARAÚJO, 2012, p. 193 et seq.

9 Instituído pela lei nº. 13.105, de 16 de março de 2015, o novo Código de Processo Civil entrou em vigor em 18 de março de 2016, após um ano de *vacatio legis*. No Livro Complementar, contendo as disposições finais e transitórias, assegurou-se que permanecem em vigor as disposições especiais dos procedimentos regulados em outras leis que não tenham sido revogadas, aos quais se passa a aplicar supletivamente o novo Código (art. 1.046, § 2º). No § 4º do artigo 1.046 também se definiu que, ao haver remissão ao Código de Processo Civil revogado na legislação processual extrava-

a seu respeito. Um dos aspectos mais polêmicos reside na taxatividade ou não do rol de legitimados para impetrar o mandado de segurança coletivo. Posto que a chamada nova lei n.º. 12.016 tenha repetido a previsão constitucional, há normas jurídicas, inclusive na Constituição Federal, a fundamentar a legitimidade de outros entes. O presente ensaio propõe-se a estudar a legitimidade *ad causam* do Ministério Público para impetrar mandado de segurança coletivo. Para isso, a título propedêutico, realizar-se-á breve análise da natureza jurídica e objeto do mandado de segurança coletivo, bem como do rol constitucional de legitimados.

2. Natureza jurídica do mandado de segurança coletivo

O mandado de segurança constitui uma ação civil de rito sumário especial destinada a tolher ou evitar a ofensa a direito individual ou coletivo, privado ou público, por meio de ordem judicial impeditiva ou corretiva da ilegalidade. A abordagem em torno da natureza jurídica do mandado de segurança coletivo impõe a identificação de sua essência, tema desenvolvido por meio de duas orientações bastante nítidas a partir de sua introdução no ordenamento jurídico por meio da Constituição Federal de 1988.

De um lado posicionaram-se aqueles que consideravam o mandado de segurança coletivo uma mera versão do mandado de segurança individual, diferenciando-se dele tão somente pela legitimidade para a sua impetração.¹⁰ Filiado a esse entendimento, Carvalho Neto (2009, p. 168-173) afirma que o mandado de segurança coletivo sempre foi nada mais do que um simples mandado de segurança, proposto, todavia, coletivamente por pessoas legitimadas. A distinção entre o mandado de segurança

individual e o coletivo estaria, nessa perspectiva, na natureza do direito protegido. Enquanto aquele cuidaria de direito líquido e certo de natureza individual, este tutelaria direito líquido e certo de natureza coletiva.

Por outro lado, concentrando o foco de análise no aspecto relativo ao conteúdo do mandado de segurança coletivo, parte da doutrina passou a visualizá-lo como uma forma especial de tutela de direitos coletivos, com isso, desvinculado de sua modalidade tradicional, inclusive no tocante ao procedimento que deveria trilhar. Para essa corrente, o estreito rito que então era previsto para o mandado de segurança individual não se mostrava apropriado para a delimitação da sequência procedimental do mandado de segurança coletivo, instrumento que buscava servir como mecanismo eficiente de tutela coletiva.

A lei n.º. 12.016, de 2009, encerrou a polêmica ao regulamentar o mandado de segurança em duas modalidades, individual e coletiva, que compartilham os requisitos e pressupostos necessários para a impetração, assim como a forma procedimental.¹¹ Nestes termos, o mandado de segurança coletivo distingue-se da versão individual somente pelos elementos da causa, ou seja, pelo fato de o impetrante atuar como substituto processual de uma coletividade ou de um grupo de indivíduos e o bem jurídico tutelado corresponder a um direito coletivo, essencial ou acidentalmente considerado.¹²

Justamente pela distinção do pedido mediato do mandado de segurança coletivo o legislador estabeleceu três parcas peculiaridades no seu procedimento, além de tentar precisar uma legitimação ativa e um objeto. Repetindo o disposto no artigo 2º da lei n.º. 8.437, de 1992, prescreveu a lei n.º. 12.016 que a tutela provisória no mandado de segurança coletivo só pode ser concedida após a audiência do representante judicial da pessoa jurídica de direito público, a qual dispõe do prazo de 72 horas para pronunciar-se sobre o pedido (art. 22, § 2º).¹³

gante – o que é o caso do art. 6º, § 5º, art. 7º, §§ 1º e 5º, e art. 24, da lei n.º. 12.016 –, devem ser aplicadas as disposições que lhes são correspondentes do Código de Processo Civil de 2015.

10 Alguns doutrinadores chegaram a desacreditar o caráter de novidade do mandado de segurança coletivo, como Passos. Cf. PASSOS, 1989, p. 24.

11 A respeito da identidade dos requisitos de direito material para a impetração do mandado de segurança individual e coletivo. Cf. BUENO, 2009, p. 121-122.

12 Cf. DONIZETTI; CERQUEIRA, 2010, p. 402.

13 Sem embargo da controvérsia em torno do § 2º do artigo 22 da lei n.º. 12.016, inclusive quanto à sua constitucionalidade, o fato é que esse dispositivo normativo não é absoluto, podendo ser

Também previu um regime especial de coisa julgada para a modalidade, insculpindo que a sentença proferida no mandado de segurança coletivo faz coisa julgada aos membros do grupo ou categoria substituídos pelo impetrante (art. 22, *caput*). A lei n.º 12.016 ainda ressalvou, no § 1º de seu artigo 21, que o mandado de segurança coletivo não induz litispendência para as ações individuais. No entanto, a teor da parte final deste parágrafo, os efeitos da sentença proferida só beneficiariam os impetrantes a título individual que, no prazo de 30 dias a contar da ciência comprovada da impetração da segurança coletiva, requererem a desistência de seus respectivos mandados de segurança.¹⁴

3. Objeto do mandado de segurança coletivo

A partir da instituição do mandado de segurança coletivo na Constituição Federal de 1988, instaurou-se notório dissídio na doutrina e jurisprudência a respeito de sua abrangência ante a absoluta ausência de regulamentação.¹⁵ Com o tempo, prevaleceu o entendimento de que o mandado de segurança coletivo tem o condão de albergar tanto os direitos coletivos em sentido estrito como os direitos individuais homogêneos. O principal debate centrou-se na compreensão, ou não, da tutela

relativizado em face das circunstâncias do caso concreto, máxime quando a urgência da medida não permitir o exercício prévio do contraditório. Cf. FERNANDES, 2011, p. 76.

14 Além de confundir efeitos da sentença com coisa julgada, o § 1º do artigo 22 da lei n.º 12.016 representa grave retrocesso no cotejo com o disposto no artigo 104 do Código de Defesa do Consumidor (BRASIL, 1990b), na medida em que este exige do titular do direito individual apenas o requerimento de suspensão de sua ação para que se beneficie dos efeitos da sentença coletiva. Como sublinham Medina e Araújo (2012), ao condicionar os jurisdicionados a desistirem de seus mandados de segurança individuais para lograrem os efeitos da sentença proferida no mandado de segurança coletivo, com risco posterior de decadência de seu direito, o § 1º do artigo 22 da lei n.º 12.016 não condiz com a magnitude constitucional do mandado de segurança. Nesse sentido, deve ser realizado diálogo de fontes e preterida essa norma em prol do disposto no artigo 104 do CDC. Cf. MEDINA; ARAÚJO, 2012, p. 207-210.

15 Próprio de uma cultura jurídica com considerável dificuldade de se libertar da visão clássica do processo civil, tido como âmbito essencialmente de discussão de interesses individuais, chegou a existir entendimento limitando o cabimento do mandado de segurança coletivo à defesa coletiva de direitos subjetivos individuais. Nesse sentido: PASSOS, 1989, p. 12-15; CARNEIRO, 1992, p. 53-74. Na jurisprudência: BRASIL, 1992c, p. 14.714. De outra banda, em sentido completamente oposto, houve quem defendesse que o mandado de segurança coletivo só poderia tutelar direitos coletivos, assim entendidos os direitos coletivos *stricto sensu* e os direitos difusos. Veja-se, v.g., OLIVEIRA, 1989, p. 75-85. Na jurisprudência, veja-se BRASIL, 1990c, p. 1.028.

de direitos difusos no seu objeto, ou seja, dos direitos transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato, nos termos do inciso I do parágrafo único do artigo 81 do Código de Defesa do Consumidor (CDC).

A corrente mais restritiva firmou-se no sentido de que essa garantia constitucional não seria apta a protegê-los. Adepto dessa inteligência, Silva (1990, p. 131-145) a justifica sob o argumento de que não seria possível debater interesses difusos em mandado de segurança em virtude do caráter sumário e documental da ação. Para ele, o mandado de segurança tutela direitos, jamais interesses. Justamente por serem meros interesses, os direitos difusos não encontrariam proteção pela via do mandado de segurança, o qual exige direito subjetivo líquido e certo.

Desconsiderando a índole do mandado de segurança pela equiparação entre direitos e interesses, formou-se entendimento mais brando, o qual admite a proteção de direitos difusos por mandado de segurança coletivo quando este é impetrado por partido político com representação no Congresso Nacional. Nessa linha de raciocínio, só não se aceita a mesma possibilidade em relação às organizações sindicais, entidades de classe e associações legalmente constituídas e em funcionamento há pelo menos um ano porque, para estes legitimados, a alínea *b* do inciso LXX do artigo 5º da Constituição Federal precisou que o *writ* deve ser em defesa dos interesses de seus membros ou associados.¹⁶

A maioria da doutrina passou a esposar a amplitude do objeto do mandado de segurança coletivo, de modo a compreender a tutela de qualquer interesse ou direito coletivo *lato sensu*, incluindo, destarte, os difusos. A defesa dos interesses

16 Em 2006, no Mandado de Segurança n.º 11.399/DF, a Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça alinhou-se a esse entendimento, julgando extinto, sem resolução do mérito, o mandado de segurança coletivo impetrado pelo Sindicato dos Policiais Rodoviários Federais de Minas Gerais por considerar que o impetrante não tinha legitimidade para defender interesses difusos de usuários das rodovias federais. Com base no disposto na parte final da alínea *b* do inciso LXX do artigo 5º da Constituição Federal, o aresto assentou que o impetrante tão só poderia defender os interesses específicos de seus associados. Cf. BRASIL, 2007, p. 216.

difusos está expressamente positivada no ordenamento jurídico e, estando equiparados interesses e direitos difusos, a natureza do mandado de segurança não poderia constituir impeditivo para salvaguardá-los. Ademais, a Constituição Federal não to- lheu as organizações sindicais, entidades de classe e associações de impetrar *mandamus* coletivo com o escopo de proteger di- reitos difusos.

Segundo Grinover (1990, p. 18-22), tanto a alínea *a* como a alínea *b* do inciso LXX do artigo 5º da Constituição Federal se voltam para a tutela de todas as categorias de interesses e direitos. A exemplo dos partidos políticos com representação no Congresso Nacional, as organizações sindicais, entidades de classe e associações podem impetrar mandado de segurança coletivo para agir na defesa de interesses difusos, transcen- dentes à categoria, assim como interesses coletivos comuns a todos os filiados, membros ou associados ou dos quais seja titular apenas parcela deles. Os legitimados ainda podem im- petrar mandado de segurança coletivo para proteger direitos individuais, os quais poderiam ser defendidos pela via do man- dado de segurança individual, mas que podem ter tratamento conjunto com vistas a sua homogeneidade, evitando-se, assim, a proliferação de mandados de seguranças com decisões judiciais contraditórias.

Sem embargo, no disciplinamento do mandado de segu- rança coletivo, o legislador acolheu a posição restritiva que era sustentada por Silva (1990), não incluindo os direitos difusos entre os que por ele podem ser tutelados. De acordo com o parágrafo único do artigo 21 da lei nº. 12.016, de 2009, são passíveis de proteção pelo mandado de segurança coletivo os direitos coletivos *stricto sensu* – isto é, os transindividuais, de natureza indivisível, de que seja titular grupo ou categoria de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma rela- ção jurídica básica – e os direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum e da atividade ou situação específica da totalidade ou de parte dos associados ou membros do impetrante.

Apesar da proposital omissão legislativa, com o evidente desígnio de afastar a categoria de direitos difusos do alcance da tutela do mandado de segurança coletivo¹⁷, o entendimento dominante na doutrina é no sentido de que a lacuna na lei nº. 12.016 não impede o manuseio do *mandamus* para a defesa de direitos difusos. Conforme Ferraresi (2009, p. 244), ao criar a forma coletiva do mandado de segurança, o constituinte não o excluiu da proteção de tais direitos. Logo, sendo o mandado de segurança um instrumento constitucional para a tutela dos direitos metaindividuais, deve abranger todas as categorias de direitos coletivos. Nessa linha, aduzia Grinover (2011, p. 233) que somente serão consentâneos com a Constituição Federal as normas e as exegeses que consigam extrair do preceito constitu- cional a maior carga possível de eficácia e efetividade. Qualquer lei e qualquer interpretação restritivas são inquestionavelmen- te inconstitucionais. Endossando esse posicionamento, Zaneti Júnior (2013, p. 100-106) traz à baila os argumentos da interpre- tação conforme a Constituição e vedação de retrocesso social para a defesa dos direitos difusos via mandado de segurança.¹⁸

Câmara (2013, p. 360) sublinha que, integrando o rol de garantias fundamentais, o mandado de segurança deve ser inter- pretado segundo o princípio da máxima efetividade. E recorda o processualista carioca, ainda, a previsão normativa constante do artigo 83 do Código de Defesa do Consumidor, no sentido de que devem ser admitidas todas as espécies de ações capazes de propiciar a adequada e efetiva tutela para a defesa dos direitos e interesses protegidos por ele, não podendo se excluir dessa diretriz o mandado de segurança coletivo.

Já Ferraresi (2009, p. 242-243) invoca o Estatuto da Crian- ça e do Adolescente para reforçar o entendimento de que o mandado de segurança coletivo também presta à defesa judicial de direitos difusos. Isso porque o § 2º do artigo 212 da lei nº. 8.069, de 1990, inserto no capítulo Da Proteção Judicial dos In- teresses Individuais, Difusos e Coletivos, estatui que cabe ação

17 Não considerando proposital a omissão legislativa, veja-se a posição contrária de Zavascki em MAIA FILHO et al., 2010, p. 287.

18 Cf. CÂMARA, 2013, p. 360-361; BARROSO; ROSSATO, 2009, p. 89-90.

mandamental, regida pelas normas da Lei do Mandado de Segurança, contra atos ilegais ou abusivos de autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do poder público que lesem direito líquido e certo previsto na referida lei. Logo, no âmbito do direito da infância e da juventude, havendo lesão a direito líquido e certo, seja difuso, coletivo ou individual homogêneo, por ato ilegal ou abusivo de autoridade pública ou agente no exercício de função pública pode ser impetrado o *mandamus*.

4. Rol constitucional de legitimados ativos

A Constituição Federal consagrou a modalidade coletiva do mandado de segurança simplesmente ao prescrever que o *writ* pode ser impetrado por partido político, com representação no Congresso Nacional, ou por organização sindical, entidade de classe ou associação, desde que constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, atuando na defesa de seus membros ou associados. A mora no delineamento do mandado de segurança coletivo também fomentou variados questionamentos em torno de sua legitimação ativa, em especial a viabilidade de sua ampliação.

Muitos autores pregaram que o rol insculpido no inciso LXX do artigo 5º da Constituição Federal não poderia ser interpretado restritivamente, de modo que outros legitimados poderiam ser deduzidos do próprio texto constitucional ou, ainda, dos princípios e leis infraconstitucionais referentes à tutela coletiva. Não obstante, ao regulamentar o mandado de segurança coletivo, o legislador referenciou somente os mesmos legitimados previstos no inciso LXX do artigo 5º da Constituição. No *caput* do artigo 21, a lei nº 12.016, de 2009, cingiu-se a disciplinar com mais precisão e acuidade a legitimação ativa de partidos políticos, organizações sindicais, entidades de classe e associações, estabelecendo que o mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por partido político com representação no Congresso Nacional na defesa de seus interesses legítimos relativos a

seus integrantes ou à finalidade partidária, ou por organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há, pelo menos, um ano, em defesa de direitos líquidos e certos da totalidade, ou de parte, dos seus membros ou associados, na forma dos seus estatutos e desde que pertinentes às suas finalidades, dispensada, para tanto, autorização especial.

A legitimação especial outorgada pelo constituinte aos partidos políticos reside, na feliz síntese de Nery Júnior (1990, p. 151), na função política por eles exercida. Os partidos políticos são essenciais para a conservação do Estado Democrático de Direito pois se destinam a assegurar, no interesse do regime democrático, a autenticidade do sistema representativo e a defender os direitos fundamentais definidos na Constituição. Na atribuição de legitimidade especial aos partidos políticos para a impetração do mandado de segurança coletivo, o constituinte exigiu-lhes apenas a representação no Congresso Nacional. Basta, portanto, para atender ao pressuposto, que tenham ao menos um deputado federal ou um senador nos seus respectivos quadros.¹⁹ Sendo assim, diante da ausência de qualquer indicação no texto constitucional sobre a abrangência de sua titularidade para a impetração do mandado de segurança coletivo, era objeto de celeuma se poderiam atuar de forma ampla, defendendo qualquer interesse coletivo.²⁰

Ao encontro da posição que vinha sendo adotada pelo Supremo Tribunal Federal²¹, o legislador estatuiu o requisito da

19 Houve debate jurídico no passado sobre a necessidade de o partido político manter essa representação no Congresso Nacional durante todo o curso da demanda coletiva. Embora sem enfrentamento direto sobre essa questão especificamente para o caso do mandado de segurança coletivo, o Supremo Tribunal Federal chegou a entender que a perda superveniente da representação parlamentar acarretava a extinção da ação direta de inconstitucionalidade, para a qual há a mesma exigência para a legitimação dos partidos políticos. No entanto, o Pretório Excelso revisou o entendimento, assumindo posicionamento de que tal requisito de legitimação deve ser verificado apenas no momento da propositura da ação. Vejam-se, respectivamente, BRASIL, 2003c, p. 91; BRASIL, 2005a, p. 34.

20 Face à ausência de limitação no texto constitucional, muitos autores perfilhavam entendimento no sentido da amplitude da legitimidade ativa dos partidos políticos. Nessa perspectiva, as agremiações políticas atuariam, na impetração do *writ* coletivo, como verdadeiros guardiões do direito objetivo em geral, sem restrições relativas ao tema versado na demanda coletiva. Cf. GRINOVER, 1990, p. 19.

21 Cf. BRASIL, 2005b, p. 6.

pertinência temática, restringindo a legitimidade dos partidos políticos no *mandamus* coletivo à defesa de seus integrantes ou à finalidade partidária. A despeito da instituição da pertinência temática como fator determinante da legitimidade *ad causam* dos partidos políticos, a lei nº. 12.016 não os circunscreveu à defesa de interesses legítimos de seus afiliados. No exercício de sua legitimação, os partidos políticos permanecem com a possibilidade de impetrar mandado de segurança coletivo visando à proteção de quaisquer direitos líquidos e certos relacionados com os seus fins institucionais quando violados por atos de autoridade ou agente no exercício de função pública.

Tal como aos partidos políticos, o constituinte de 1988 conferiu legitimidade para impetrar o mandado de segurança coletivo às organizações sindicais²², entidades de classe e associações legalmente constituídas e em funcionamento há pelo menos um ano²³ em defesa de seus membros ou associados. Como atuam em regime de substituição processual, e não de representação dos interesses de seus associados, com *legitimitio* outorgada pelo próprio texto normativo, esses legitimados prescindem de autorização, individual ou assemblear; tampouco da relação nominal dos substituídos.

Embora tenha sido positivado apenas com o advento da lei nº. 12.016, de 2009, precisamente na parte final do *caput* do artigo 21, o entendimento no sentido de que a atuação das associações para a utilização no mandado de segurança coletivo deve ser considerada como forma de legitimidade extraordinária já se encontrava pacificado no Supremo Tribunal Federal

(STF), tendo sido sumulado que “a impetração de mandado de segurança coletivo por entidade de classe em favor dos associados independe da autorização destes” (BRASIL, 2003b). Na regulamentação do mandado de segurança coletivo, o legislador também se amparou na jurisprudência do STF ao estatuir que o *writ* coletivo pode ser impetrado por organização sindical, entidade de classe ou associação para a defesa de direitos líquidos e certos de apenas parte de seus membros ou associados (BRASIL, 2009, art. 21, *caput*). De acordo com o enunciado sumular nº 630 do Pretório Excelso, “a entidade de classe tem legitimidade para o mandado de segurança ainda quando a pretensão veiculada interesse apenas a uma parte da respectiva categoria”.²⁴ Vale lembrar que, para impetrar o mandado de segurança coletivo, os legitimados devem demonstrar a pertinência temática, ou seja, a correspondência entre o objeto do *writ* e os fins institucionais.²⁵

5. Legitimação ativa do Ministério Público

No que tange à existência de outros legitimados para o ajuizamento do mandado de segurança coletivo, a principal controvérsia gira em torno do Ministério Público. Os defensores da corrente restritiva entendem que o rol constitucional dos legitimados ativos é taxativo, não havendo, mercê da falta de previsão legal, a possibilidade de o *Parquet* impetrar mandado

22 A expressão *organizações sindicais* compreende sindicatos, federações e confederações sindicais, tanto de empregadores como de empregados dos setores privado ou público. A legitimidade atribuída a estas entidades para a impetração do mandado de segurança coletivo está em consonância com o artigo 8º, III, da Constituição Federal, o qual prevê que cabe ao sindicato “a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais e administrativas” (BRASIL, 1988).

23 Às organizações sindicais e entidades de classe não se aplica o requisito da prévia constituição e funcionamento de um ano, senão às associações, a fim de evitar constituição visando apenas a obter legitimação para a impetração do mandado de segurança coletivo. Existe na doutrina alguma divergência sobre a possibilidade de se relativizar o requisito, tal como ocorre em relação a outra importante demanda de tutela de direitos coletivos, a ação civil pública. Porém, prevalece, no cenário doutrinário, visão mais restritiva que considera a norma impositiva e sem viabilidade de ser flexibilizada. No sentido da impossibilidade de dispensa do requisito para que a associação impetres mandado de segurança coletivo, veja-se CÂMARA, 2013, p. 380.

24 Nessa hipótese, para a entidade ter legitimidade *ad causam*, não pode haver conflito de interesses entre os membros ou associados. Como adverte Câmara (2013), é absolutamente fundamental que o interesse que ela defende em juízo não seja contrário aos interesses dos demais integrantes da mesma categoria. É inadmissível que uma entidade, a pretexto de defender uma parte de seus filiados, pratique atos prejudiciais aos interesses de outros filiados seus. Cf. CÂMARA, 2013, p. 377. O Superior Tribunal de Justiça tem trilhado este entendimento, como se depreende de recurso ordinário julgado em 2010 (BRASIL, 2010c).

25 Com origem na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal nas ações de controle concentrado de constitucionalidade em relação às entidades de classe, o requisito da pertinência temática foi construído sob o fundamento jurídico e a lógica constitucional de que deve existir homogeneidade no atendimento aos direitos dos beneficiários, bem como de que o legitimado deve representar interesses convergentes a validar as pretensões apresentadas na ação. Cf. BRASIL, 2016b. Em sentido diverso, mostrando visão mais flexível sobre a necessidade de haver a pertinência temática, Cf. GAJARDONI; SILVA; FERREIRA, 2009, p. 100.

de segurança coletivo²⁶. Para os adeptos deste posicionamento, se a única regra específica da Constituição Federal sobre o mandado de segurança coletivo tão somente prescreveu que têm legitimação ativa os partidos políticos com representação no Congresso Nacional, as organizações sindicais, entidades de classe e as associações, seria defeso ao Ministério Público – não contemplado no rol constitucional, tampouco na lei nº. 12.016, que ratificou aqueles legitimados – impetrar o mandado de segurança coletivo.²⁷

Outro argumento suscitado reside no fato de que não é possível a aplicação combinada com o artigo 5º da lei nº. 7.347, de 1985, para justificar a legitimidade do Ministério Público para impetrar o mandado de segurança coletivo, porque esta norma também confere legitimidade ativa a pessoas jurídicas de direito público, bem como a instituições e órgãos públicos²⁸, os quais, notadamente, não podem impetrar mandado de segurança. Além de a tutela em juízo de seus direitos e interesses seguir regime jurídico próprio, o escopo do mandado de segurança é justamente o de proteger direito líquido e certo quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público.²⁹

26 Defendem a posição restritiva Zaneti Júnior e Gomes Junior, dentre outros. Cf. ZANETI JÚNIOR, 2011, p. 171-172; GOMES JUNIOR, 2009, p. 178.

27 Zaneti Júnior espousa que o rol de legitimados estabelecido na Constituição é exposto, deixando pouco espaço para interpretações hermenêuticas. Poderia ser ampliado apenas por meio de lei ordinária, em razão da regra prevista pelo artigo 5º, parágrafo segundo, da Carta Magna, pelo qual é assegurada a ampliação dos direitos e garantias fundamentais do cidadão. Cf. ZANETI JÚNIOR, 2011, p. 171.

28 Vale recordar que, para facilitar a tutela dos direitos coletivos, a lei nº. 7.347/1985 estabelece uma legitimação ativa concorrente e disjuntiva na ação civil pública entre Ministério Público, Defensoria Pública, União, Estados, Distrito Federal, Municípios, autarquias, empresas públicas, fundações, sociedades de economia mista e associações constituídas há mais de um ano que incluam, entre as suas finalidades institucionais, a proteção ao patrimônio público e social, ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência, aos direitos de grupos raciais, étnicos ou religiosos ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (art. 5º, *caput*). Todos eles estão autorizados a propor ação civil pública, individualmente ou em litisconsórcio, sem que seja necessária a anuência ou autorização dos demais. Além disso, qualquer dos legitimados pode participar da ação que não seja autor na qualidade de assistente e o Ministério Público deve obrigatoriamente intervir como fiscal da ordem jurídica quando não é parte.

29 Nem mesmo a impetração de mandado de segurança coletivo por substituição processual, mediante associação de pessoas jurídicas de direito público, é possível. Cf. BRASIL, 2015c.

Para os defensores da teoria ampliativa, a omissão no inciso LXX do artigo 5º da Constituição Federal e no *caput* do artigo 21 da lei nº. 12.016 não tolhe de legitimidade ativa do Ministério Público para impetrar mandado de segurança coletivo³⁰. Isso se dá porque dita norma constitucional seria exemplificativa e não exaustiva, tendo por objetivo senão o de reconhecer a legitimidade dos partidos políticos, organizações sindicais, entidades de classe e associações, sem estabelecer um rol taxativo. Além disso, a lei nº. 12.016 procurou simplesmente disciplinar com mais precisão e acuidade essa legitimação ativa prevista na Constituição no *caput* do artigo 21, sem pretender reconhecer a legitimidade exclusiva dos integrantes do rol constitucional.³¹ Com efeito, a legitimação do *Parquet* decorreria, sobretudo, dos termos da própria Constituição Federal, a qual, no inciso III do artigo 129, impõe ao Ministério Público a proteção dos direitos difusos e coletivos.³²

Para além disso, o microsistema constitucional de tutela de interesses transindividuais, consubstanciado por um conjunto de leis que se integram e se subsidiam – a Lei da Ação Civil Pública, o Código de Defesa do Consumidor, a Lei da Ação Popular, a Lei de Improbidade Administrativa, o Estatuto da Criança e do Adolescente, a Lei do Mandado de Segurança, o Estatuto do Idoso, entre outras –, confere irrefragável legitimidade ao Ministério Público para defender os interesses transindividuais, sejam difusos, coletivos ou individuais homogêneos. Por conseguinte,

30 No sentido de que o rol constitucional é meramente enunciativo encontram-se os seguintes textos: FIORILLO; NERY; RODRIGUES, 1996, p. 198; MAZZILLI, 2007; FERRAZ, 2006, p. 71-72; REMÉDIO, 2002, p. 523-524; ALMEIDA, 2007, p. 465-469.

31 Consoante o magistério de Alvim, Thamay e Granado (2014), não há óbices à ampliação do rol dos legitimados à impetração do writ coletivo, sobretudo pela previsão dos artigos 82 e 83 do Código de Defesa do Consumidor (BRASIL, 1990b). Tal entendimento não seria interpretar a Constituição Federal de acordo com a legislação infraconstitucional, mas aplicar a própria norma instituída pelo constituinte ao atribuir as finalidades institucionais do Ministério Público. Cf. ALVIM; THAMAY; GRANADO, 2014, p. 422.

32 Após insculpir, no art. 127, que o Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, estatui a Constituição Federal (1988) que é sua função institucional a promoção do inquérito civil e da ação civil pública para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos. Posteriormente, o Código de Defesa do Consumidor (BRASIL, 1990b) também lhe conferiu legitimidade para a defesa dos direitos individuais homogêneos.

estando o Ministério Público constitucional e legalmente vocacionado à defesa dos interesses metaindividuais, nada justifica que se lhe negue a legitimidade para ajuizar determinado instrumento processual para tutelá-los, *in casu*, impetrar o mandado de segurança coletivo. Para honrar a sua missão institucional insculpida na Constituição Federal, o Ministério Público deve valer-se, como sustentam Cambi e Haas (2012, p. 121), de todos os meios processuais adequados, não se justificando interpretação restritiva a excluir o mandado de segurança coletivo.

Em pesquisa na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça, em seus respectivos sites, não se localizam julgados específicos sobre a legitimidade do Ministério Público em mandado de segurança coletivo.³³ Contudo, há uma soma de acórdãos do Superior Tribunal de Justiça que, ao apreciar temas correlatos, reconhecem a legitimidade do Ministério Público para impetrar o *writ* coletivo. A Corte Superior vem reiteradamente afirmando que a nova ordem constitucional erigiu autêntico concurso de ações entre os instrumentos de tutela dos interesses transindividuais e, *a fortiori*, legitimou o Ministério Público para o seu manejo. E por força do artigo 129, III, da Constituição Federal, o Ministério Público estaria habilitado à promoção de qualquer espécie de ação que vise à defesa dos interesses difusos e coletivos, sob o ângulo material ou imaterial. O Superior Tribunal de Justiça tem assentado que, após a constatação da importância e dos inconvenientes da legitimação isolada do cidadão, não há mais lugar para o veto da *legitimatío ad causam* do Ministério Público para o mandado de segurança coletivo ou outras ações coletivas.³⁴ Com efeito, a legitimidade do Ministério Público deve ser compreendida à luz do princípio da máxima efetividade e amplitude da tutela coletiva,

consagrado no artigo 83 do Código de Defesa do Consumidor ao prever a admissibilidade de todas as espécies de ações capazes de propiciar a adequada e efetiva defesa dos direitos e dos interesses metaindividuais.

Sublinha-se que já houve tentativa de se reconhecer expressamente essa legitimidade do Ministério Público no plano normativo.³⁵ Em 2007, por meio do Projeto de Emenda Constitucional nº 74, de relatoria do Senador Demóstenes Torres, propôs-se a alteração da redação do inciso LXX do artigo 5º da Constituição Federal a fim de incluir o Ministério Público e a Defensoria Pública naquele rol de legitimado para impetrar mandado de segurança coletivo. Apesar do parecer favorável da Comissão de Constituição e Justiça, ao final da legislatura, em dezembro de 2014, o Projeto de Emenda Constitucional foi arquivado por força no disposto no artigo 332 do Regimento Interno do Senado Federal. Outra tentativa foi o Projeto de lei nº. 222/2010, de autoria do Senador Valter Pereira, que, entre outras proposições, buscou positivar a legitimidade ativa do Ministério Público, assim como da Defensoria Pública, da Ordem dos Advogados do Brasil e dos partidos políticos com representação nas Assembleias Legislativas dos Estados ou do Distrito Federal ou em Câmaras de Vereadores. No entanto, em dezembro de 2014, o Projeto de lei nº. 222/2010 também foi arquivado com fundamento no artigo 332 do Regimento Interno do Senado Federal.

6. Conclusão

A teor do apreço nas linhas introdutórias, o presente ensaio motivou-se pelo escopo de analisar a questão da legitimidade do Ministério Público para impetrar o mandado de segurança coletivo. Apesar de a Constituição Federal, ao con-

33 No distante ano de 1990, ao julgar o MS 21.059/RJ, mandado de segurança coletivo impetrado pelo Estado do Rio de Janeiro para defender os interesses da sua respectiva população contra ato do Presidente da República que aprovou projeto sobre a indústria petroquímica, o Supremo Tribunal Federal considerou o impetrante carecedor de ação por falta de legitimidade *ad causam*, tendo mencionado na decisão que seria taxativo o rol dos legitimados à impetração do *mandamus* coletivo. Além de ter sido mero *obter dictum* o argumento da taxatividade do rol constitucional, não foi analisada a legitimidade do Ministério Público e/ou as peculiaridades de suas funções institucionais no acórdão. Cf. BRASIL, 1990d, p. 11.486.

34 Cf. BRASIL, 2016a; BRASIL, 2010b.

35 Vale lembrar que o anteprojeto designado de *Código Brasileiro de Processos Coletivos*, elaborado pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, sob a liderança da professora Ada Pellegrini Grinover, previa, no artigo 42, legitimidade ativa ao Ministério Público no mandado de segurança coletivo, assim como à Defensoria Pública.

sagrar a modalidade coletiva do mandado de segurança, ter referido simplesmente que têm legitimidade ativa partidos políticos com representação no Congresso Nacional, organizações sindicais, entidades de classe e associações, desde que constituída e em funcionamento há pelo menos um ano na defesa de seus membros ou associados – rol repetido na lei n.º. 12.016, de 2009 – há uma corrente que defende a legitimidade ativa de outros a partir do próprio texto constitucional, assim como dos princípios e leis infraconstitucionais referentes à tutela coletiva. Dentre eles destaca-se o Ministério Público, responsável pela proteção dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos. Estando o *Parquet* constitucional e legalmente vocacionado à defesa dos interesses metaindividuais, é-lhe defeso negar a legitimidade para utilizar determinado meio processual, como o mandado de segurança coletivo, para tutelá-los. Em síntese, a legitimidade *ad causam* deve ser compreendida à luz do princípio da máxima efetividade e amplitude da tutela coletiva, consagrado no artigo 83 do Código de Defesa do Consumidor (BRASIL, 1990b), podendo o Ministério Público lançar mão de todas as espécies de ações capazes de propiciar a adequada e efetiva defesa dos direitos e interesses metaindividuais, inclusive o mandado de segurança.

Conforme vem se pronunciando de forma reiterado o Superior Tribunal de Justiça em *obiter dictum*, a Constituição Federal de 1988 erigiu autêntico concurso de ações entre os instrumentos de tutela dos interesses transindividuais e legitimou o Ministério Público para o seu manejo, não havendo mais lugar para o veto da *legitimatio ad causam* do Ministério Público para o mandado de segurança coletivo ou outras ações coletivas. Portanto, o rol do inciso LXX do artigo 5º da Constituição Federal, repetido no *caput* do artigo 21 da lei n.º. 12.016, é apenas exemplificativo, não tolhendo a legitimidade do Ministério Público para propor o mandado de segurança coletivo ou outro meio processual necessário. Justifica-se, inclusive, a sua legitimação pela via indireta, em regime de sucessão processual, quando há desistência ou abandono do mandado de segurança coletivo pelo impetrante, mediante aplicação subsidiária das regras da ação popular e ação civil pública. Por fim, o reconhecimento da legitimidade ativa do *Parquet* tem o

condão de redefinir os limites do objeto do mandado de segurança coletivo pois constitui sua função institucional a salvaguarda de interesses difusos, não se revelando, quer no texto constitucional, quer na lei infraconstitucional, qualquer norma que justifique o não aproveitamento do *writ* para que exerça esse mister.

Referências

- ALMEIDA, Gregório Assagra. **Direito processual coletivo brasileiro**: um novo ramo do direito processual. São Paulo: Saraiva, 2003.
- ALMEIDA, Gregório Assagra; CIANCI, Mirna; QUARTIERI, Rita. **Mandado de segurança**. São Paulo: Saraiva, 2011.
- ALVIM, Angélica Arruda; ALVIM, Eduardo Arruda. Aspectos do mandado de segurança coletivo no direito tributário. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie; MOUTA, José Henrique. **Tutela jurisdicional coletiva**. Salvador: Juspodivm, 2009.
- ALVIM, Eduardo Arruda; THAMAY, Rennan Faria Kruger; GRANADO, Daniel Willian. **Processo constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- BARROSO, Darlan; ROSSATO, Luciano Alves. **Mandado de segurança**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Emenda Constitucional n.º. 74, 25 de junho de 2015. Acrescenta parágrafos ao artigo 100 da Constituição Federal, dispendo sobre o regime de pagamento de débitos públicos decorrentes de condenações judiciais, e acrescenta disposições ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, instituindo regime especial de pagamento para os casos em mora. Brasília, DF, 2015a.
- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 5 out. 1988.
- BRASIL. Lei n.º. 10.741, de 1º de outubro de 2003. Dispõe sobre o Estatuto do Idoso e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 03 de outubro de 2003a.

BRASIL. Lei nº. 12.016, de 7 de agosto de 2009. Disciplina o mandado de segurança individual e coletivo e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 10 de agosto de 2009.

BRASIL. Lei nº. 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 17 de março de 2015b.

BRASIL. Lei nº. 4.215, de 27 de abril de 1963. Dispõe sobre o Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 10 de maio de 1963.

BRASIL. Lei nº. 4.717, de 29 de junho de 1965. Regula a ação popular. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 05 de julho de 1965.

BRASIL. Lei nº. 7.347, de 24 de julho de 1985. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (VETADO) e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 25 de julho de 1985.

BRASIL. Lei nº. 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 16 de julho de 1990a.

BRASIL. Lei nº. 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 12 de setembro de 1990b.

BRASIL. Lei nº. 8.429, de 2 de junho de 1992. Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 3 de junho de 1992a.

BRASIL. Lei nº. 8.437, de 30 de junho de 1992. Dispõe sobre a concessão de medidas cautelares contra atos do Poder Público e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 1º de julho de 1992b.

BRASIL. Projeto de Lei do Senado nº. 222, de 2010. Altera a Lei nº 12.016, de 7 de agosto de 2009 (Lei do Mandado de Segurança Individual e Coletivo), para tratar do rol de legitimados ativos; de forma de notificação; da petição inicial; da suspensão de segurança, da coisa julgada; da aplicação subsidiária do Código de Processo Civil e da Lei da Ação Civil Pública. **Diário da Justiça**, Brasília, DF, 2010a.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Primeira Seção. Agravo regimental no mandado de segurança. AgRg no MS 266/DF. Relator: Ministro Carlos Velloso, j. 12 dez. 1989. **Diário de Justiça**, Brasília, DF, 19 fev. 1990c. p. 1.028.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Primeira Seção. Mandado de segurança. MS 11.399/DF. Relator: Ministro João Otávio de Noronha, j. 13 dez. 2006. **Diário de Justiça**, Brasília, DF, 12 fev. 2007. p. 216.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Primeira Turma. Recurso especial. REsp 700.206/MG. Relator: Ministro Luiz Fux, j. 09 mar. 2010. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, DF, 19 mar. 2010b.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Segunda Turma. Agravo regimental no recurso em mandado de segurança. AgRg no RMS 47.806/PI. Relator: Ministro Herman Benjamin, j. 26 mai. 2015. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, DF, 5 ago. 2015c.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Segunda Turma. Agravo regimental no agravo em recurso especial. AgRg no AREsp 746.846/RJ. Relator: Ministro Herman Benjamin, j. 15 dez. 2015. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, DF, 5 fev. 2016a.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Sexta Turma. Recurso ordinário em mandado de segurança. RMS 23.868/ES. Relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura, j. 17 ago. 2010. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, DF, 30 ago. 2010c.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula nº 629. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, DF, 13 out. 2003b.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Agravo regimental na ação direta de inconstitucionalidade. ADI 2.822 AgR/

DF. Relator: Ministro Sydney Sanches, j. 23 abr. 2003. **Diário de Justiça**, Brasília, DF, 16 mai. 2003c. p. 91.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Agravo regimental na ação direta de inconstitucionalidade. ADI 3.153 AgR/DF. Relator: Ministro Celso de Mello, Relator para o acórdão: Ministro Sepúlveda Pertence, j. 12 ago. 2004. **Diário de Justiça**, Brasília, DF, 9 set. 2005a. p. 34.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Mandado de segurança. MS 21.059/RJ. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence, j. 05 set. 1990. **Diário de Justiça**, Brasília, DF, 19 out. 1990d. p. 11.486.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Mandado de segurança. MS 20.936/DF. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence, j. 08 nov. 1989. **Diário de Justiça**, Brasília, DF, 11 set. 1992c. p. 14.714.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Mandado de segurança. MS 10.170/DF. Relator: Ministro Décio Miranda, j. 08 nov. 1978. **Diário de Justiça**, Brasília, DF, 30 mar. 1979. p. 2.410.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Mandado de segurança. MS 18.428/DF. Relator: Ministro Barros Monteiro, j. 10 dez. 1969. **Diário de Justiça**, Brasília, DF, 21 ago. 1977. p. 3.644.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Recurso extraordinário. RE 196.184/AM. Relator: Ministra Ellen Gracie, j. 27 out. 2004. **Diário de Justiça**, Brasília, DF, 18 fev. 2005b.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Recurso extraordinário. RE 733.433/MG. Relator: Ministro Dias Toffoli, j. 04 nov. 2015. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, DF, 6 abr. 2016b.

BUENO, Cassio Scarpinella. A legitimidade ativa no mandado de segurança coletivo: Constituição Federal de 1988, art. 5º, inc. LXX. **Revista de Processo**, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 88, p. 185-207, out. 1997.

BUENO, Cassio Scarpinella. **A nova lei do mandado de segurança**. São Paulo: Saraiva, 2009.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Manual do mandado de segurança**. São Paulo: Atlas, 2013.

CAMBI, Eduardo Augusto Salomão; HAAS, Adriane. Legitimidade do Ministério Público para impetrar mandado de segurança coletivo. **Revista de Processo**, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 37, n. 203, p. 121-148, jan. 2012.

CARNEIRO, Athos Gusmão. Anotações sobre o mandado de segurança coletivo. **Revista da Ajuris**, Porto Alegre, Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul, v. 54, p. 53-74, 1992.

CARNEIRO, Daniel Zanetti Marques. Mandado de segurança: considerações pontuais sobre a recém editada lei nº 12.016, de 7 de agosto de 2009. **Revista Dialética de Direito Processual**, São Paulo, Dialética, n. 80, p. 16-32, nov. 2009.

CARVALHO NETO, Inácio de. **Manual de processo coletivo: ação civil pública, ação popular, mandado de segurança coletivo**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2009.

CRUZ, Luana Pedrosa de Figueiredo; CERQUEIRA, Luís Otávio Sequeira de; GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel; FAVRETO, Rogério; PALHARINI JÚNIOR, Sidney. **Comentários à nova lei do mandado de segurança: lei 12.016, de 7 de agosto de 2009**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

DIDIER JÚNIOR, Fredie (coord.). **Ações constitucionais**. Salvador: JusPodivm, 2011.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; ZANETTI JÚNIOR, Hermes. **Curso de direito processual civil**. Salvador: Juspodivm, 2007. v. 4: Processo coletivo.

DONIZETTI, Elpídio; CERQUEIRA, Marcelo Malheiros. **Curso de processo coletivo**. São Paulo: Atlas, 2010.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Remédios constitucionais**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2011.

FERRARESI, Eurico. **Ação popular, ação civil pública e mandado de segurança coletivo: instrumentos processuais coletivos**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

FERRAZ, Sérgio. **Mandado de segurança:** individual e coletivo. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca; SILVA, Márcio Henrique Mendes da; FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves. **Comentários à nova lei de mandado de segurança:** lei 12.016, de 7 de agosto de 2009. São Paulo: Método, 2009.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Mandado de segurança coletivo. In: WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALVIM, Teresa Celina Arruda (org.). **Processo civil.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. v. 9: Processo coletivo e processo civil estrangeiro e comparado. (Coleção Doutrinas Essenciais).

GRINOVER, Ada Pellegrini. Mandado de segurança coletivo: legitimação e objeto. **Revista de Direito Público,** São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 93, p. 18-22, jan. 1990.

MAIA FILHO, Napoleão Nunes et al. (coord.). **Comentários à nova lei do mandado de segurança.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Interesses difusos: conceito e legitimação para agir. 7.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MEDINA, José Miguel Garcia; ARAÚJO, Fábio Caldas de. **Mandado de segurança individual e coletivo:** comentários à lei 12.016/2009. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MOMEZZO, Marta Casadei. **Mandado de segurança coletivo:** aspectos polêmicos. São Paulo: Ltr, 2000.

MORAIS, Jose Luis Bolzan de. **Do direito social aos interesses transindividuais:** o estado e o direito na ordem contemporânea. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996.

NERY JÚNIOR, Nelson. Mandado de segurança coletivo: instituto que não alterou a natureza do mandado de segurança já constante das constituições anteriores - partidos políticos - legitimidade ad causam. **Revista de Processo,** São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 15, n. 57, p. 150-158, jan. 1990.

NUNES, Leonardo Silva. **Mandado de segurança coletivo:** tutela de direitos difusos e legitimidade ativa expansiva. 2014. Tese

(Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2014.

OLIVEIRA, Lourival Gonçalves de. Interesse processual e mandado de segurança coletivo. **Revista de Processo,** São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 14, n. 56, p. 75-85, out. 1989.

OST, François. Entre droit et non-droit: l'intérêt: essai sur les fonctions qu'exerce la notion d'intérêt en droit privé. In: GÉRARD, Philippe; OST, François; KERCHOVE, Michel van de (Dirs). **Droit et intérêt.** Bruxelles: Facultés Universitaires Saint-Louis, 1990. v. 2.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. **Mandado de segurança coletivo, mandado de injunção e habeas data:** constituição e processo. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

REDONDO, Bruno Garcia; OLIVEIRA, Guilherme Peres de; CRAMER, Ronaldo. **Mandado de segurança:** comentários à lei 12.016/2009. São Paulo: Método, 2009.

ROQUE, Andre Vasconcelos; DUARTE, Francisco Carlos. Aspectos polêmicos do mandado de segurança coletivo: evolução ou retrocesso? **Revista de Processo,** São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 37, n. 203, p. 39-72, jan. 2012.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Mandado de segurança:** meio idôneo para a defesa de interesses difusos? **Revista de Processo,** São Paulo, Revista de Processo, v. 15, n. 60, p. 131-145, out. 1990.

TAVARES, André Ramos. **Manual do novo mandado de segurança:** lei 12.016/2009. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

TESHEINER, José Maria Rosa. Ainda precisamos do mandado de segurança? **Revista Brasileira de Direito Processual,** Belo Horizonte, Fórum, v. 18, n. 69, p. 11-16, jan.-mar. 2010.

TUCCI, Rogério Lauria. **Constituição de 1988 e processo:** regramentos e garantias constitucionais do processo. São Paulo: Saraiva, 1989.

VIGLIAR, José Marcelo Menezes. **Ação civil pública:** lei n. 7.347/85 e legislação posterior: ação pública para a defesa da pessoa portadora de deficiência, da criança e do adolescente, do

consumidor, do patrimônio público e combate à improbidade administrativa. 3. ed. São Paulo: Atlas. 1999.

VITTA, Heraldo Garcia. **Mandado de segurança**: de acordo com as novas súmulas do Supremo Tribunal Federal: doutrina, legislação e jurisprudência. 2. ed. São Paulo: Jurídica Brasileira, 2004.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; VASCONCELOS, Rita de Cássia Corrêa de. O mandado de segurança na disciplina da lei 12.016, de 07.08.2009. **Revista de Processo**, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 34, n. 177, p. 185-208, nov. 2009.

XAVIER, José Tadeu Neves; DIAS, Handel Martins. Apontamentos sobre o mandado de segurança coletivo. In: GAVIÃO FILHO, Anízio; LEAL, Rogério Gesta. (org.). **Coleção tutelas à efetivação de direitos indisponíveis**. Porto Alegre: FMP, 2016. p. 149-172.

XAVIER, José Tadeu Neves. Perfil atual do mandado de segurança coletivo: a delimitação do objeto e de sua legitimidade ativa. **Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 18, n. 71, p. 113-140, nov./dez. 2015.

ZANETI JÚNIOR, Hermes. Mandado de segurança coletivo. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie (org.). **Ações constitucionais**. 5. ed. Salvador: Juspodium, 2011. p. 155-214.

ZANETI JÚNIOR, Hermes. **O novo mandado de segurança coletivo**. Salvador: Juspodivm, 2013.

ZAVASCKI, Teori Albino. O Ministério Público e a defesa de direitos individuais homogêneos. **Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, n. 29, p. 29-40, jan. 1993.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo coletivo**: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

ZUFELATO, Camilo. Da legitimidade ativa ope legis da Defensoria Pública para o mandado de segurança coletivo: uma análise a partir do microsistema de direito processual coletivo brasileiro e o diálogo das fontes. **Revista de Processo**, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 37, n. 203, p. 321-343, jan. 2012.

CRIMES CULTURALMENTE MOTIVADOS E MODELOS DE DIREITO PENAL: O TRATAMENTO JURÍDICO-PENAL CONFERIDO AOS POVOS INDÍGENAS

CULTURALLY MOTIVATED CRIMES AND MODELS OF CRIMINAL LAW: THE LEGAL- CRIMINAL TREATMENT CONFERRED TO INDIGENOUS PEOPLES

Anuská Leochana Menezes Antonello¹

¹ Assessora Jurídica no Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul (MPE/RS). Mestranda em Direito pela Fundação Escola Superior do Ministério Público (FMP/RS). Especialista em Direito Público pela Escola Superior da Magistratura Federal (ESMAFE/RS). Integrante do grupo de pesquisa Crimes Culturalmente Motivados: Perspectivas Evolutivas (FMP/RS). E-mail: anuska_lma@hotmail.com; anuska@mprs.mp.br.

Resumo

O presente estudo teve por objetivo analisar as sociedades multiculturais que são formadas pela coexistência de culturas distintas entre si em uma mesma base territorial e como tal arranjo social conduz a situações conflituosas com impacto no âmbito criminal devido às divergências estruturais entre as culturas. Partindo dessa constatação, o multiculturalismo busca resolver as situações conflituosas com o ideal de coexistência harmônica e pacífica nas sociedades plurais, objetivando que as singularidades de cada grupo étnico e cultural sejam preservadas no âmbito da cultura dominante. Tais situações de conflito são denominadas crimes culturalmente motivados e os modelos de direito penal que buscam responder aos conflitos culturalmente motivados próprios da sociedade global são os modelos assimilacionista, multicultural fraco ou *cultural offenses* e multicultural forte ou *cultural defense*. Utilizou-se, para tanto, o método de abordagem hipotético-dedutivo, mediante pesquisa bibliográfica, da normatização brasileira e da construção doutrinária e jurisprudencial internacional. Conclui-se que, no Brasil, o modelo de assimilação-igualitária foi eleito pelo ordenamento jurídico para resolver os conflitos jurídicos oriundos de crimes multiculturais, havendo previsão jurídica no Estatuto do Índio para sua aplicação, após a análise concreta acerca dos aspectos subjetivos do autor cultural em relação à ciência da ilicitude de sua conduta.

Palavras-chave: Crimes culturalmente motivados. Povos indígenas.

Abstract

The present study aimed at analyzing multicultural societies that are formed by the coexistence of different cultures on the same territorial basis and how such social arrangement leads to conflictive situations with an impact on the criminal sphere due to structural divergences between cultures. Based on this observation, multiculturalism seeks to solve conflicting situations with the ideal of harmonious and peaceful coexistence in plural societies, aiming at preserving the singularities of each ethnic and cultural group in the context of the dominant culture. Such conflict situations are denominated culturally motivated crimes and the criminal law models that seek to respond to culturally motivated conflicts characteristic of global society are the models assimilationist, weak multicultural or cultural offenses and multicultural strong or cultural defense. For this purpose, the hypothetical-deductive approach is used, through bibliographical research, of Brazilian normatization and doctrinal and international jurisprudential construction. It is concluded that in Brazil the assimilation-egalitarian model was elected by the legal system to solve the legal conflicts arising from multicultural crimes, and there is a legal provision in the Indigenous Statute for its application after the concrete analysis about the subjective aspects of the cultural author in relation to the knowledge of unlawful conduct.

Keywords: Culturally motivated crimes. Indigenous People.

1. Considerações iniciais

As sociedades multiculturais se caracterizam pela coexistência de culturas distintas em uma mesma base territorial, compreendendo tanto as sociedades multiétnicas (grupos étnicos diversos possuidores de patrimônios culturais plurais) quanto as sociedades multinacionais (oriundas da criação de Estados-nação). Contudo, este fenômeno traz à evidência embates criminais, tendo em vista que atos considerados culturalmente neutros no âmbito de culturas minoritárias podem ser compreendidos como verdadeiros ilícitos penais no ordenamento jurídico dominante que recebe tais indivíduos.

Essa situação de conflito é intitulada crimes culturalmente motivados. A ótica do multiculturalismo visa promover a coexistência pacífica entre diferentes povos e grupos étnicos, a solução dar-se-á por intermédio do direito penal moderno que se afasta do ideal monocultural ao harmonizar o direito da nação dominante com práticas culturais tradicionais empregadas por grupos étnicos minoritários. Decorre daí os seguintes modelos de direito penal que buscam responder à questão multicultural: assimilacionista, multicultural fraco ou *cultural offenses* e multicultural forte ou *cultural defense*.

No Brasil, o modelo de assimilação-igualitária foi eleito pelo ordenamento jurídico para solver os conflitos jurídicos oriundos de crimes multiculturais após a análise concreta acerca dos aspectos subjetivos do autor cultural em relação à ciência acerca da ilicitude de sua conduta, havendo previsão jurídica no Estatuto do Índio para sua aplicação.

2. As sociedades multiculturais e os crimes culturalmente motivados

No momento histórico atual, o crescimento das movimentações comerciais no contexto global e a progressiva sujeição dos Estados aos poderes econômicos, definidos como macro-

mercado supranacional, trouxeram implicações aptas em reduzir a aspiração política da modernidade que compreendia o Estado como instância suprema de controle e regulação. De todo esse processo emerge uma nova configuração global que abrange tanto as relações políticas e econômicas dele decorrentes quanto as relações humanas oriundas do intenso fluxo de indivíduos possuidores de singularidades culturais distintas (TORRÃO, 2014, p. 68).

Tal arranjo social conduz, casuisticamente, a situações conflituosas em razão das divergências estruturais entre as culturas em colisão. Neste contexto, o direito penal moderno torna-se instrumento da luta cultural, sendo requisitado para normatizar e regulamentar a incapacidade de acomodar a convivência entre diferentes povos e grupos étnicos. Isto se dá porque as sociedades modernas conceberam suas estruturas no ideal monoculturalista, ou seja, na concepção de unicidade cultural nacional com a exclusão de influências externas (DE MAGLIE, 2017, p. 37-39).

Os casos Kimura, Chen e Kagar exemplificam a utilização do direito penal para resolver a questão multicultural, sob o viés de valorização às particularidades culturais. O caso Kimura ocorreu no ano de 1985 na cidade de Santa Monica nos Estados Unidos da América e, naquela ocasião, a cidadã americana de descendência japonesa Fumiko Kimura realizou o ritual japonês *oyako-shinju*, que significa a prática de suicídio em grupo de pessoas ligadas por laços de amor, como pais e filhos, amantes e até famílias inteiras. Na ocasião, em razão de traição conjugal, Fumiko jogou-se ao mar com seus dois filhos infantes, sendo ela salva por equipes de resgate e as crianças atingindo o óbito (DE MAGLIE, 2017, p. 122).

Em razão da prática do crime de duplo homicídio, Fumiko foi processada pelo Estado da Califórnia, o qual tem como penalidades a esta modalidade criminosa a pena de morte, a prisão perpetua e a pena não inferior a 25 anos de prisão. A comunidade japonesa ali residente, todavia, coletou 25 mil assinaturas solicitando tratamento brando à ré, sob o fundamento de que as raízes da cultura japonesa influenciaram cabalmente seu com-

portamento e, assim, pleiteavam a aplicação do direito japonês que trata o oyako-shinju como hipótese de homicídio penalizado de forma leve. A defesa, durante a atuação processual, seguiu esse raciocínio, utilizando o fator cultural aliado à tese de insanidade mental para pleitear benesses legais, resolvendo-se a causa por intermédio de transação penal com a fixação de pena de um ano de reclusão somada a cinco anos de liberdade condicional, ambas aliadas à terapia psiquiátrica (DE MAGLIE, 2017, p. 124).

O caso Chen refere-se à imputação do crime de homicídio ao imigrante chinês Dong Lu Chen, em 1987, na Cidade de Nova York, ocasião na qual matou sua esposa a marteladas após a descoberta de traição conjugal. As táticas processuais defensivas trouxeram a cultura de origem do imputado como argumento para penalização mais branda, assentando-se, no decorrer do julgamento, que “Dong Lu Chen é o produto da sua cultura [...]. A cultura não exclui a responsabilidade, mas é algo que o fez perder o controle mais facilmente. Foi o fator explosivo”. Ao final, Chen foi condenado a cinco anos de liberdade condicional, sem que tenha sido aplicada pena de prisão, em oposição aos preceitos legais que tipificam a prática de homicídio na legislação local justamente em função da razão cultural. Nesta situação o agente era ciente da tipicidade proibitiva do ato, porém considerava-o como justificado, caracterizando erro de proibição e funcionando a razão cultural como circunstância atenuante da pena (FUENTE, 2018).

O caso Kargar, ao seu turno, refere-se ao ato de Mohammad Kargar, refugiado afegão, de beijar o pênis de seu filho bebe como manifestação de amor para com a criança, gesto tal considerado tradicional e inofensivo na cultura étnica de seu grupo afegão. Todavia, o Código Penal de Maine (EUA) prevê como crime sexual o contato entre a boca de adulto e órgão genital de criança, sem exigir qualquer fim libidinoso para a configuração do licito e, então, a ele foi imputado o crime de abuso sexual. No decorrer do processo criminal, para o fim de solver o conflito com a absolvição do refugiado, foram apontados pela defesa fundamentos atinentes à cultura e, em especial, no que se refere à distinção entre a percepção americana de abuso sexual com

o comportamento cultural de Kargar, o qual não detinha quaisquer características de sexualidade. O argumento foi aceito pela Corte de Apelação e, então, a sua responsabilidade criminal foi excluída em razão da ausência de dolo de satisfação da lascívia (FUENTE, 2018).

Essa situação de conflito de valores entre a cultura minoritária e a cultura majoritária é intitulada de crimes culturalmente motivados.

3. Crimes culturalmente motivados e os modelos de direito penal

Os crimes culturalmente motivados derivam da controvérsia que surge diante da prática de atos considerados culturalmente válidos no ordenamento jurídico da cultura étnica minoritária e, de forma oposta, considerados transgressores na cultura dominante, isso em razão da ausência de neutralidade cultural no Direito Penal local (FUENTE, 2018). O tratamento penal conferido à questão multicultural é caracterizado pela ausência de unicidade teórica com a atuação doutrinária e jurisprudencial, apontando diversificadas soluções para o tratamento da questão nos planos da estrutura do delito.

Inicialmente, a solução no plano da tipicidade ocorre com a análise sobre a ofensividade da conduta posta em prática pelo autor cultural, ocasião na qual as motivações são examinadas e concluí-se pelo efetivo dolo do sujeito em lesionar o bem jurídico tutelado pelo tipo penal incriminador (DE MAGLIE, 2017, p. 222-224). Sob o viés da ilicitude, a análise é realizada sobre o descumprimento de um dever jurídico imposto e a respectiva causa de justificação apresentada, considerando-se a objeção de consciência como apta a ser aplicada aos delitos culturalmente motivados (ÁVILA, 2018, p. 262-263).

A solução no plano da culpabilidade corresponde à exclusão da responsabilização penal nas hipóteses em que o autor cultural não possua capacidade de compreender sua própria

conduta. Tal hipótese, todavia, possui efeitos negativos, conforme apontado por De Maglie:

É uma solução que implica um duplo *efeito negativo*: não somente se abate irremediavelmente sobre o grupo étnico de pertença do sujeito ativo, porque a prova do fato culturalmente motivado implica a afirmação de que a comunidade de pertença teria se comportado do mesmo modo que se comportou o agente, mas possui uma repercussão também sobre o *autor individual*, que sai do caso processual impune, mas com aquela carga de desconfiança e medo que frequentemente acompanha as absolvições por enfermidade mental. Em última análise, a solução em exame implica uma dupla consequência negativa, seja sobre o *grupo*, seja sobre o *indivíduo*: um custo redobrado, social e individual, que não chega a contrabalançar o efeito positivo da não punibilidade. (DE MAGLIE, 2017, p. 272).

Já a solução da culpabilidade sob a ótica do erro de proibição é abundantemente empregada na solução dos conflitos de ordem multicultural, pois abrange a situação em que o agente acredita ser sua conduta admissível no direito. Sob essa ótica, a causa deixa de ser o desconhecimento da norma e se volta para o sujeito, o qual, de forma consciente, não possui sensibilidade pessoal para acatar seu conteúdo normativo dado que agir em conformidade com seus preceitos lesa sua própria consciência. Em atenção a essa condição, Raul Zaffaroni (apud ÁVILA, 2018, p. 267) sugere a categoria erro de compreensão culturalmente motivado.

No plano da dosimetria da pena também há espaços nos quais é possível considerar a diversidade étnico-cultural em hipóteses de redução do apenamento. Há variáveis no cálculo da pena base, especialmente no que se relaciona aos vetores culpabilidade, personalidade do agente e motivos. Na segunda etapa do processo dosimétrico aquelas podem ser por meio de atenuante e, ainda, na terceira etapa do cálculo pode-se considerar as hipóteses de a ação ter sido impelida por motivos de particular valor moral ou social em que “deverá ser [...] determinado com base em standards éticos e sociais do grupo do qual faz parte o agente” (DE MAGLIE, 2017, p. 298).

Os modelos de direito penal que buscam responder aos conflitos culturalmente motivados são os modelos assimilacionista, multicultural fraco ou *cultural offenses* e multicultural forte ou *cultural defense*. O modelo assimilacionista se caracteriza pela indiferença em face das variações culturais, em razão de o direito penal ser marcado pela ausência de neutralidade cultural e, assim, acaba por mostra-se indiferente diante do fenômeno multicultural. Este divide-se, ainda, nas subcategorias assimilacionista-igualitário e assimilacionista-discriminatório (DE MAGLIE, 2017, p. 71).

O submodelo assimilacionista-igualitário respalda-se no princípio da igualdade formal sob o viés de construção uma sociedade homogeneizada culturalmente e, assim, preza pela incorporação ou assimilação de indivíduos de culturas distintas às suas próprias peculiaridades jurídico-culturais, como é o caso do sistema francês (MULAS, 2018, p. 18-19). Por sua vez, o submodelo assimilacionista-discriminatório possui como característica a hiperpunição de práticas culturais que deixem de se enquadrar ao ordenamento anfitrião (CAVALCANTI; SIMÕES, 2013).

Exemplifica-se esta modalidade por meio do sistema normativo italiano, no qual a hiperpunição em relação aos crimes culturais é observada na opção legislativa que criou um tipo criminal específico para coibi-los, como é o caso da prática de mutilações genitais femininas (artigo 583bis do Código Penal). Ou seja, o desígnio assimilacionista é evidente já que se opta “por não dar importância à cultura do grupo étnico do agente, frequentemente apontando a incompatibilidade dos valores expressados pela cultura do sistema hospedeiro com aqueles do sistema hospedado” (DE MAGLIE, 2017, p. 107).

O modelo multicultural fraco ou *cultural offenses* se identifica pela valorização da diversidade cultural sem, contudo, comprometer os princípios sobre os quais se funda o direito penal local. Assim, este vale-se de novas interpretações acerca das estruturas tradicionais penais para solver as situações decorrentes dos impasses culturais (DE MAGLIE, 2017, p. 72).

Elucida-se o modelo por meio do sistema normativo dos Estados Unidos da América, local onde diversos fluxos migra-

tórios culminaram na criação de um mosaico cultural no qual diferentes culturas são reunidas sem que seja formada uma única e homogênea, ou seja, cada cultura mantém suas características próprias e distintas. Define-se a sociedade das minorias americana por meio da metáfora *salad bowl*: “na qual os diversos ingredientes se mesclam sem se fundir” (DE MAGLIE, 2017, p. 121). Assim, para o fim de ponderar os conflitos decorrentes de colisão ideológica entre cultura minoritária e majoritária sem que ocorra a sucumbência do sistema penal dominante, considera-se tática processual de utilização do fator cultural para fins de modular a responsabilidade penal ou excluí-la (DE MAGLIE, 2017, p. 117).

Nesta espécie, a opção mais relevante é a utilização da categoria das *excuses* tradicionais – alegação de insanidade mental, capacidade diminuída, erro de fato, etc. –, que analisa a capacidade do indivíduo realizar juízo de reprovabilidade sobre sua conduta. Assim, o autor cultural pode “demonstrar que os seus valores culturais são de tal forma distantes daqueles da cultura do sistema anfitrião que afastam a capacidade substancial ou de compreender a ilicitude de sua conduta ou de conformar o seu comportamento” (DE MAGLIE, 2017, p. 121). Ocorre que a teoria do erro, em que pese afastar a condenação, tem a conduta delituosa justificada na medida em que foi posta em prática por indivíduo débil e considerado, em algum grau, como inferior em relação aos demais sujeitos sociais.

Já o modelo multicultural forte ou *cultural defense* se qualifica pela abertura à diversidade cultural, considerando-a como uma categoria autônoma de exclusão ou diminuição da responsabilidade penal (DE MAGLIE, 2017, p. 72). No âmbito deste modelo podem ser depreendidas as versões ampla e restrita da *excuse*. A primeira incorre na exclusão da responsabilidade penal, possuindo como limitadores os crimes violentos transgressores dos direitos fundamentais nos quais o vetor violência física ou psicológica é observado e, assim, exclui-se do plano de incidência da *cultural defense*. A segunda implica nos efeitos de desclassificação do crime ou na incidência durante a dosimetria

da pena como uma circunstância atenuante (DE MAGLIE, 2017, p. 157-161).

Finalmente, os modelos de direito penal trazem diferentes formas de tratamentos conferidos às hipóteses de crimes culturalmente motivados.

4. Tratamento jurídico-penal brasileiro conferido aos povos indígenas

O Brasil implementou aos povos indígenas a política integracionista que buscava gradual e integral assimilação dos índios à comunhão nacional, desconsiderando-se sua configuração como nação independente. No âmbito penal, tal política ocupou-se em catalogá-los como seres inimputáveis ou semi-imputáveis a depender do patamar de inserção à sociedade dominante (CUNHA; ARAÚJO, 2016, p. 284-285).

Assim, a magistratura criminal aplicou analogicamente norma contida no Estatuto do Índio, elaborado sob a égide do Código Civil de 1916, para fins de avaliação da capacidade penal do silvícola. Essa confere ao grau de aculturação do indivíduo frente à sociedade majoritária a responsabilidade pela prática de crimes, subdividindo-os nas categorias de “isolados”, “em vias de integração” e “integrados” (PATRÍCIO; BARRERO, 2012, p. 218).

Segundo a concepção legal, o indígena tido por isolado será considerado inimputável e será isento de pena em razão de não ser capaz de entender o caráter ilícito do fato por ele praticado ou de determinar-se de acordo com esse entendimento. Já o sujeito considerado integrado será estimado como imputável e se submeterá à jurisdição penal em igualdade de tratamento com os demais cidadãos brasileiros praticante de ilícitos penais. Por fim, situação peculiar é depreendida no caso de indivíduo que for considerado “em vias de integração”, porquanto sobre ele é exigido laudo pericial antropológico para aferição do estágio de consciência em relação ao ilícito praticado antes de

conduzi-lo sob uma das opções anteriormente destacadas (PA-TRÍCIO; BARRERO, 2012, p. 218).

Depreende-se, dessa forma, que em atenção ao nível de inserção do sujeito à civilização dominante haveria a subsunção do fato a um tipo penal, com lastro não limitado apenas aos aspectos objetivos da conduta, mas com especial atenção aos aspectos subjetivos do autor em relação à ciência e capacidade de compreensão da ilicitude do ato praticado. Ou seja, o indígena responderá pelo cometimento do ato ilegal apenas em casos que suas características subjetivas demonstrem que à época do ato ele era capaz de compreender que a conduta praticada possuía caráter ilícito na sociedade envolvente e, assim, era passível de punição criminal nos limites territoriais exteriores ao território indígena, local onde o direito consuetudinário é vigente.

O modelo de assimilação-igualitária, portanto, foi eleito pelo ordenamento jurídico brasileiro para solver os conflitos jurídicos oriundos de crimes multiculturais, havendo previsão jurídica no Estatuto do Índio para sua aplicação após a análise concreta acerca dos aspectos subjetivos do autor em relação ao conhecimento da ilicitude da conduta. Nesse mesmo sentido os doutrinadores Cunha e Araújo lecionam:

Em resumo, o só fato de ser índio não é decisivo para a aferição da imputabilidade penal, pouco importa o grau de integração. As regras acerca da inimputabilidade são aplicáveis aos índios da mesma forma que se aplicam aos demais, razão pela qual só restará afastada se estivermos diante de alguma hipótese de menoridade, doença mental (ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, que impossibilite o entendimento do ilícito ou a atuação de acordo com este entendimento) ou embriaguez fortuita e completa. (CUNHA; ARAÚJO, 2016, p. 190).

A partir disso, constata-se que existe o dever de respeito às peculiaridades intrínsecas aos povos indígenas, inclusive ao direito consuetudinário deles, reconhecendo-se de certo um pluralismo cultural existente na nação. Tal tutela, contudo, não se mostra ilimitada, pois as atividades dos povos originários devem coexistir em pacificidade com o sistema jurídico majoritário brasileiro, sob pena de incidência do direito penal.

5. Considerações finais

É necessário que se reflita sobre a temática que demonstra ser a diversidade cultural objeto de tutela tanto nos ordenamentos jurídicos estrangeiros quanto no Estado brasileiro. Todavia, o direito à cultura não é apresentado como ilimitado ou irrestrito, devendo ser ponderados com os demais direitos em situações de conflito.

Daí advém o tratamento jurídico conferido aos crimes culturalmente motivados praticados por indígena, ocasião em que esses serão submetidos integralmente à ordem nacional, já que o Direito Penal é expressão da cultura majoritária local e como tal manifesta valores culturais hegemônicos brasileiros.

Referências

- ÁVILA, Fátima Cisneros. **Derecho penal y diversidad cultural**. Valência: Tirant lo Blanch, 2018.
- BRASIL. Lei nº. 3.071, de 1º de janeiro de 1916. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Ministério da Justiça, 1916.
- BRASIL. Lei nº. 6.001, de 19 de dezembro de 1973. Dispõe sobre o Estatuto do Índio. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 21 dez. 1973.
- CAVALCANTI, Leonardo; SIMÕES, Gustavo Frota. Assimilacionismo x multiculturalismo: reflexões teóricas sobre os modelos de recepção dos imigrantes. **Revista Esfera**, n. 3, p. 153-160, jul.-dez. 2013. Disponível em: <https://portalrevistas.ucb.br/index.php/esf/article/viewFile/5129/3250>. Acesso em: 10 ago. 2018.
- CUNHA, Rogério Sanches; ARAÚJO, Fábio Roque. **Crimes Federais**. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.
- DIAS, Augusto Silva. **Crimes culturalmente motivados: o direito penal ante a "estranha multiplicidade" das sociedades contemporâneas**. Coimbra: Almedina, 2017.

DE MAGLIE, Cristina. **Crimes culturalmente motivados**: ideologias e modelos penais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

FUENTE, Oscar Pérez de la. Delitos Culturalmente Motivados. Diversidad Cultural, Derecho e Inmigración. **European Journal of Legal Studies**, v. 5., n. 1, p. 65-95, 2012. Disponível em: http://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/24817/PEREZ_126ES.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 10 ago. 2018.

PATRÍCIO, Mariza Giacomini Lozer; BARRERO, Paloma Andréa Cardozo. A responsabilidade penal dos índios na prática de crimes ambientais: um comparativo da legislação brasileira e colombiana. **Revista Internacional de Direito Ambiental**, Caxias do Sul, v. 1, n. 2, p. 211-224, 2012.

TORRÃO, Fernando. Direito penal, globalização e pós-modernidade (desconstrução do paradigma liberal?). In: BELEZA, Teresa Pizarro; CAEIRO, Pedro; PINTO, Frederico de Lacerda Costa (org.). **Multiculturalismo e direito penal**. Lisboa: Almedina, 2014. p. 59-96.

O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE COMO MEIO DE TUTELA DE PLANOS DIRETORES

Thales Borges Delapieve¹
Luiza Haupt Gonçalves²

- 1 Mestre em Direito pela FMP, especialista em Direito Processual Civil pela PUCRS, pós-graduado lato sensu pela Escola Superior da Magistratura do RS e graduado em Ciências Jurídicas e Sociais pela PUCRS. Email: thales.delapieve@terra.com.br
- 2 Graduada em Direito pela PUCRS. Pós-graduanda lato sensu em Direito Público pela Verbo Jurídico. Email: hauptluiza@gmail.com

Resumo

O presente trabalho tem por escopo analisar os avanços do controle de constitucionalidade no Brasil e demonstrar como, pelo uso dos meios de controle de constitucionalidade, os planos diretores podem ser tutelados de maneira eficiente a fim de que se adequem às determinações constitucionais em sua essência, garantindo efetividade aos direitos fundamentais. Assim, comprovar-se-á que o controle de constitucionalidade dos planos diretores é possível, tanto pela via do controle concentrado e abstrato de constitucionalidade, beneficiando-se do modelo misto, mediante a utilização dos meios processuais adequados que objetivam a possibilidade de ampla tutela da ordem urbanística. O método de abordagem utilizado no trabalho é o crítico-dialético e a técnica de pesquisa, bibliográfica.

Palavras-chave: Controle de constitucionalidade. Garantias constitucionais. Planos diretores.

Abstract

The purpose of this essay is to analyze the advances of constitutional control in Brazil and to demonstrate how, through the use of constitutional control means, the city's master plans can be efficiently protected in order to conform to constitutional determinations, guaranteed effectiveness to fundamental rights. Thus, the objective is to prove that the constitutional control of the city's master plans is possible, both by means of concentrated and abstract constitutional control, benefiting from the Brazil's mixed model, aiming at the possibility of comprehensive tutelage of the urban order. The method of approach used in this essay is critical-dialectic and the technique of bibliographic research.

Keywords: Constitutional control. Constitutional guarantees. Executive plans.

1. Introdução

Com a evolução da sociedade e os anseios por maior segurança jurídica, oriundos do período do pós-guerra, consolidou-se o controle de constitucionalidade como meio de efetivação concreta e isonômica dos direitos fundamentais consubstanciados na Carta Magna que rege um país. No Brasil, o controle de constitucionalidade pode ser caracterizado como instrumento assecuratório da supremacia do texto constitucional sobre todas as decisões judiciais proferidas pelos órgãos do Poder Judiciário nas esferas estadual, federal e municipal, por meio de mecanismos processuais constitucionais que visam concretizar o sentido social e jurídico da norma constitucional, legitimando a atuação de um autêntico Estado Constitucional de Direito.

No que tange à legislação urbanística, a Constituição Federal de 1988 em conjunto com o Estatuto da Cidade de 2001 definiram o plano diretor como instrumento da política urbana de desenvolvimento a ser executado pelo poder público municipal. Esse tem o fim de buscar a cidadania por meio da garantia da função social da cidade e do bem-estar de seus habitantes. Existem, contudo, planos diretores que descumprem com as determinações constitucionais e legais de compatibilização com a função social, de forma que interesses individuais se sobrepõem à propriedade, a qual deveria estar em equilíbrio com o interesse coletivo.

O presente artigo, portanto, visa contribuir para o debate da temática do controle de constitucionalidade como meio de tutela de planos diretores municipais que não estejam em consonância com os princípios e as regras constitucionais, apresentando aspectos pontuais relacionados ao assento constitucional que possui a função social da propriedade e os instrumentos efetivos contra o descumprimento das determinações legais. No entanto, para que seja possível entender melhor o nível de complexidade ao qual chegou o sistema de controle de constitucionalidade brasileiro, faz-se necessário percorrer sobre a trajetória histórica a partir da Constituição da República de 1891.

2. Jurisdição constitucional e controle de constitucionalidade no Brasil

O controle de constitucionalidade foi efetivamente introduzido no sistema jurídico brasileiro por meio da Constituição Republicana de 1891, a qual foi resultante da proclamação da República, preconizada por Ruy Barbosa, e teve por influência o modelo de controle de constitucionalidade vigente nos Estados Unidos da América.

Acerca do modelo estadunidense, destaca-se o caso *Marbury vs. Madison*, julgado pela Suprema Corte americana em 1803, por meio do controle de constitucionalidade. Este foi determinante para a manutenção do federalismo nos Estados Unidos da América, bem como para a implementação definitiva do controle de constitucionalidade das leis (MENDES, 2013, p. 1162).

Da mesma forma, inspirando-se novamente no modelo estadunidense, o Supremo Tribunal Federal (STF) foi criado, introduzindo o controle difuso de constitucionalidade. Contudo, diante das necessidades de manutenção dos antigos quadros monárquicos na nova república, foram colocados no Tribunal os antigos membros do Supremo Tribunal de Justiça, para que estes aplicassem as inovações constitucionais, as quais desconheciam (MENDES, 2013, p. 1162).

Na concepção de Streck, a ausência de eficácia *erga omnes* foi o principal problema da introdução do sistema de controle de constitucionalidade difuso no Brasil. O modelo brasileiro, oriundo das tradições jurídicas diversas do Brasil, as quais, por influência portuguesa, sempre estiveram calcadas no sistema romano-germânico, visava o modelo de controle de constitucionalidade oriundo da tradição da *common law* inglesa (STRECK, 2004, p. 341).

Consequentemente, a fim de encontrar soluções para o problema da efetividade das decisões tomadas pelo Supremo Tribunal Federal, a Constituição de 1934 foi elaborada, trazendo como inovação o controle político de constitucionalidade a

ser desempenhado pelo Poder Legislativo. A Carta era, então, consistente na possibilidade do Senado Federal suspender, por meio de resolução, a execução de uma lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal, de forma a conferir eficácia geral às decisões tomadas em sede de controle concreto de constitucionalidade.

Streck (2004, p. 346), todavia, defende que a nova previsão não foi suficiente para resolver o problema encontrado, sobretudo diante da ausência de uma ferramenta de controle concentrado de constitucionalidade que fosse capaz de dar efeito *erga omnes* e *ex tunc* às decisões do STF.

Foi apenas em 1965, posteriormente ao regime militar interposto no país, que houve uma maior modificação do modelo de controle de constitucionalidade existente no Brasil. Esta foi feita por meio da Emenda Constitucional n.º. 16, a qual introduziu um modelo de controle abstrato e concentrado de constitucionalidade de matriz kelseniana. Este modelo passou a conviver ao lado do modelo difuso já adotado, de forma a criar um modelo híbrido.

Dentre as principais inovações trazidas pelo novo modelo, destaca-se a possibilidade de controle de constitucionalidade de leis municipais em face das Constituições dos Estados da federação, o qual é efetuado pelos Tribunais de Justiça. Há também a possibilidade de representação de inconstitucionalidade por parte do Procurador-Geral da República, sendo este o marco inicial do controle concentrado de constitucionalidade no Brasil.

Foi por meio do advento da Constituição de 1988, em contrapartida, que o controle de constitucionalidade foi significativamente fortalecido. Houve o aumento, então, das possibilidades de ações de constitucionalidade e do número de legitimados, retirando o controle concentrado do monopólio do Procurador-Geral da República.

Dessa forma, a representação de inconstitucionalidade foi rebatizada de ação direta de inconstitucionalidade. Foi este o modelo de provocação de controle concentrado por excelência que conferiu legitimidade para o ajuizamento da ação, além do Procurador-Geral da República, aos órgãos do Poder Legisi-

vo, chefes do Poder Executivo, inclusive dos Estados, bem como a entes privados, como, por exemplo, a Ordem dos Advogados do Brasil, partidos políticos e órgãos sindicais.

A Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental foi outra novidade propiciada pela Constituição de 1988, bem como a Ação Declaratória de Constitucionalidade por meio da Emenda n.º 03/93. Conforme entendimento de Mendes (2013), entretanto, a Ação Declaratória de Constitucionalidade de Lei ou Ato Normativo Federal, firmado pela referida Emenda Constitucional, não seria de todo inovador, visto que o dispositivo constitucional mantinha a imprecisão da fórmula adotada na Emenda Constitucional n.º. 16/65, mediante a qual o Procurador-Geral da República tanto poderia postular a declaração de inconstitucionalidade da norma como defender a declaração de sua constitucionalidade.

Por fim, merece destaque o Mandado de Injunção e a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, os quais buscam tornar possível o exercício de um direito constitucionalmente assegurado que não esteja sendo efetivamente garantido. A Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão busca tornar efetiva a norma constitucional, conferindo ciência ao poder competente para a adoção das providências necessárias. Já o Mandado de Injunção objetiva regulamentar uma norma constitucional que torna inviável o exercício de liberdades e direitos constitucionais, bem como das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania popular e à cidadania (MENDES, 2013, p. 1351).

Cumprido destacar, ainda, que a Emenda Constitucional n.º. 45/2004 introduziu o regime de Repercussão Geral nos recursos extraordinários, estabelecendo como condição de admissibilidade do recurso a necessidade de demonstração de questão constitucional de suficiente relevância para que esta seja apreciada pelo Supremo Tribunal Federal (STRECK; MENDES; CANOTILHO; SARLET, 2013, p. 1406-1407).

A Constituição de 1988, assim, concedeu grande prestígio ao controle concentrado e abstrato de constitucionalidade, criando diversos institutos que visam a efetivação e proteção da

vasta gama de direitos fundamentais positivados na denominação Constituição Cidadã.

3. O controle de constitucionalidade de planos diretores

Diante da necessidade de imposição de deveres sociais à propriedade, surgiu o denominado modelo Estado bem-estar. Este buscava colher elementos de liberdade de iniciativa não voltada apenas para o bem-estar individual, podendo, assim, toda a sociedade ter condições de consumo, emprego e saúde e assegurando, por outro lado, a possibilidade do Estado intervir sempre que a liberdade de iniciativa não estivesse sendo exercida em proveito da sociedade ou em desacordo com os anseios sociais (SOUTO, 2011, p. 725-738).

Aferir que a propriedade possui uma função social, portanto, na forma do art. 5º, incisos XXII e XXIII, da Constituição Federal, significa dizer que a propriedade privada é protegida e preservada pelo Estado desde que sua utilização pelo particular esteja alinhada à forma socialmente aceita. A função social da propriedade urbana, por sua vez, mostra-se atendida quando cumpridas as exigências fundamentais de ordenação expressa no plano diretor, conforme estabelecido pela Constituição Federal no parágrafo 2º do seu art. 182. Este estabelece que, aprovado pela Câmara Municipal, o plano diretor servirá como instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana, sendo obrigatório para as cidades que possuem mais de vinte mil habitantes.

Conceitualmente, Meirelles (2004) define plano diretor como um complexo de normas legais e diretrizes técnicas para o desenvolvimento global e constante do Município, sob os aspectos físico, social, econômico e administrativo desejados pela comunidade local. Deve ser a expressão das aspirações dos municípios quanto ao progresso do território municipal no seu conjunto cidade-campo, servindo como instrumento técnico

legal definidor dos objetivos de cada Municipalidade, orientando toda atividade da administração e dos administrados nas realizações públicas e particulares que interessem ou afetem a coletividade (MEIRELLES, 2004, p. 518).

O plano diretor pode ser definido, por conseguinte, como a materialização dos anseios da comunidade e a forma como estes serão realizados, sendo a maneira encontrada pelo legislador de determinar que administração municipal planifique os caminhos pretendidos pela sociedade para o desenvolvimento de uma cidade (BLANC, 2004, p. 107). Ademais, por possuir assento constitucional, o conteúdo do plano diretor deve orientar-se pelos princípios gerais definidos pela Constituição e pelos tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário, possibilitando a instalação no espaço urbano de um Estado suficientemente democrático e de direito para todos, cujos objetivos estejam pautados pela dignidade da pessoa humana, com a construção de uma sociedade justa e reduzida em desigualdades sociais que possibilite o bem-estar de todos (CANOTILHO; MENDES; SARLET; STRECK, 2013, p. 1865).

Com o advento do Estatuto da Cidade (Lei Federal nº. 10.257/2001), a obrigatoriedade do plano diretor foi imposta para além daquela demográfica prevista pela Constituição Federal, assegurando o atendimento das necessidades dos cidadãos quanto à qualidade de vida, à justiça social e ao desenvolvimento das atividades econômicas, devendo ser aprovado por lei municipal e servindo como instrumento básico da política de desenvolvimento e expansão urbana.

Observado o assento constitucional que a função social da propriedade possui, bem como a regra de que a propriedade urbana cumpre com sua função quando obedecidas as exigências do plano diretor elaborado em consonância com as disposições do Estatuto da Cidade, torna-se imperioso analisar os meios pelos quais é possível tutelar estes planos diretores, caso descumpram as determinações constitucionais e legais.

A manutenção da possibilidade de controle de constitucionalidade de normas municipais em face da Constituição Estadual e da Constituição Federal tornou possível a tutela de planos di-

retos municipais mediante o ajuizamento de Ação Direta de Inconstitucionalidade perante o Tribunal de Justiça do Estado. No Rio Grande do Sul, especificamente, verifica-se a recorrente utilização da Ação Direta de Inconstitucionalidade para fins de tutela de planos diretores municipais.

Com efeito, na Ação Direta de Inconstitucionalidade Nº 70065681405 foi reconhecida pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul a possibilidade de tutela de plano diretor por meio de ADI quando alterado o regime de proteção do patrimônio de interesse histórico, cultural e paisagístico, sendo decidido que a alteração efetuada no plano diretor mostrava evidente retrocesso ao regime de proteção anteriormente conferido ao patrimônio cultural.

Assim, o controle concentrado de constitucionalidade se apresenta como uma maneira rápida e eficiente de tutela dos planos diretores que não estejam adequados aos princípios e regras constitucionais, possibilitando uma via de ação direta para tutela do direito urbanístico junto aos municípios a fim de que os planos diretores atendam as determinações constitucionais em sua essência, observada a legitimidade prevista constitucionalmente para tanto.

Não são disponibilizados aos particulares, contudo, os instrumentos de controle direto de constitucionalidade, do modo que somente mediante a utilização de outras ações constitucionais e dispositivos processuais mostra-se possível a realização do controle de constitucionalidade dos planos diretores, por via difusa, a partir da provocação dos particulares.

Dentre os instrumentos possíveis de serem utilizados para este fim, pode-se destacar o Mandado de Segurança individual, o qual visa a proteção de direito líquido e certo não amparado por *habeas corpus* e *habeas data*. Assim, uma vez que os planos diretores são de competência dos Municípios e os Poderes Executivo e Legislativo participam de sua elaboração, é possível seu controle pela via do *writ*, desde que este não seja utilizado para controle abstrato de ato normativo, mas de lei de efeitos concretos que não necessitem de lei posterior para sua concretização (COSTA, 2009, p. 298).

Neste sentido, tem-se a Apelação no Mandado de Segurança nº 70005663802, de lavra do Desembargador Rogério Gesta Leal, na qual foi analisada a legalidade e a constitucionalidade do plano diretor do município de Gramado. No âmbito do Supremo Tribunal Federal, a questão foi enfrentada no Agravo Regimental em Mandado de Segurança 23.493/DF, que assentou a possibilidade de utilização do mandado de segurança para leis que aprovam planos de urbanização sem a necessidade de atos administrativos posteriores de individualização específica.

O mandado de segurança individual, portanto, apresenta-se como caminho para impugnação de planos diretores de efeitos concretos que estejam em conflito com interesses próprios do administrado e estejam eivados de inconstitucionalidade ou ilegalidade. Outrossim, quando o plano diretor violar interesses coletivos ou difusos, mostra-se cabível o controle por meio da Ação Popular, disponibilizada a qualquer cidadão que pretenda anular atos ou contratos administrativos eivados de lesividade ao patrimônio público, à moralidade administrativa e ao meio ambiente natural ou artificial, inserido neste último conceito os espaços urbanos construídos (COSTA, 2009, p. 303).

Dessa forma, tendo em vista que o mandado de segurança e a ação popular visam atacar atos positivos da administração pública e tutelar constitucionalmente os planos diretores municipais pela via difusa, também se mostra adequada a utilização da via do mandado de injunção para tutelar os planos diretores urbanístico das omissões do poder público, visto que estes podem configurar óbice ao exercício de direitos constitucionais por pessoas físicas e jurídicas (COSTA, 2009, p. 308).

Finalmente, cumpre destacar a possibilidade da utilização da reclamação constitucional para preservar a competência do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal ou a garantia da autoridade de suas decisões, tendo sua aplicação estendida aos tribunais estaduais. Torna-se possível, deste modo, ao particular apresentar reclamação junto ao tribunal competente em caso de descumprimento de decisão proferida em sede de controle de constitucionalidade (COSTA, 2009, p. 310-312).

Postas estas considerações, resta muito claro que o controle de constitucionalidade dos planos diretores é possível, tanto pela via do controle concentrado e abstrato de constitucionalidade, a partir do ajuizamento de alguma das ações constitucionais de controle concentrado ou, ainda, pelos particulares, por meio do controle difuso de constitucionalidade, mediante a utilização dos meios processuais adequados. Ademais, o modelo misto de controle de constitucionalidade, neste caso específico, beneficia a possibilidade de ampla tutela da ordem urbanística, conforme prevista constitucionalmente.

4. Conclusão

Ao longo deste trabalho realizou-se uma análise do modelo brasileiro de controle de constitucionalidade. Buscou-se traçar as origens e a evolução desse fenômeno jurídico, bem como a sua utilização como via de tutela ao direito urbanístico junto aos municípios.

Inicialmente, observou-se a ascendência do controle de constitucionalidade como mecanismo de garantia à efetividade e proteção da vasta gama de direitos fundamentais positivados no texto constitucional perante as decisões tomadas pelo Poder Judiciário.

Posteriormente, examinou-se os meios pelos quais se faz possível a tutela de planos diretores municipais perante os Tribunais de Justiça dos Estados, evidenciando os instrumentos possíveis de serem utilizados por particulares, uma vez que não se encontram legitimados constitucionalmente para o ajuizamento de ações de controle concentrado.

A Constituição Federal, de 1988, e o Estatuto da Cidade, de 2001, concerniram ao plano diretor o status de principal instrumento de política urbana de desenvolvimento dos quais dispõem os municípios, tornando sua observância e execução um ato vinculado da administração pública. Outrossim, foi demonstrada a forma como a tutela de planos diretores se beneficia da existência de um modelo híbrido de controle de constitu-

lidade, proporcionando uma ampla tutela do direito à cidade, tanto sob a perspectiva individual quanto coletiva, por meio das ações constitucionais e de seus adequados manejos.

Pode-se concluir, portanto, que, diante da utilização do controle de constitucionalidade à proteção da interpretação e execução fidedigna do texto constitucional, este se mostra meio cabível e efetivo de proteção à ordem urbanística, visando a efetivação de um direito fundamental à cidade por meio da tutela constitucional adequada dos planos diretores.

Referências

- BLANC, Priscila Ferreira. **Plano diretor urbano & função social da propriedade**. Curitiba: Juruá, 2004.
- BRASIL. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 24 de fevereiro de 1891. **Diário Oficial da União**, Rio de Janeiro, RJ, 24 fev. 1891.
- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 5 out. 1988.
- BRASIL. Emenda Constitucional nº. 16, de 26 de novembro de 1965. Altera dispositivos constitucionais referentes ao Poder Judiciário. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 6 dez. 1965.
- BRASIL. Emenda Constitucional nº. 3, de 17 de março de 1993. Altera os arts. 40, 42, 102, 103, 155, 156, 160, 167 da Constituição Federal. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 18 mar. 1993.
- BRASIL. Emenda Constitucional nº. 45, de 30 de dezembro de 2004. Altera dispositivos dos arts. 5º, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134 e 168 da Constituição Federal, e acrescenta os arts. 103-A, 103B, 111-A e 130-A, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 31 dez. 2004.
- BRASIL. Lei nº. 10.257, de 10 de julho de 2001. Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes ge-

rais da política urbana e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 11 jul. 2001.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz (coord.). **Comentários à constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

COSTA, Carlos Magno Miqueri da. **Direito urbanístico comparado**: planejamento urbano – das constituições aos tribunais luso-brasileiros. Curitiba: Juruá, 2009.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Municipal Brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2003.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. 8 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

PINTO, Victor Carvalho. **Direito Urbanístico**: plano diretor e direito de propriedade. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

SOUTO, Marcos Juruena Vilella. Ordem econômica na Constituição. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; BARROSO, Luís Roberto (org.). **Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional**. Constituição Financeira, Econômica e Social. v. 6. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 725-738.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

O PAPEL CONTRAMAJORITÁRIO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

THE COUNTER-MAJORITARIAN FUNCTION OF FUNDAMENTAL RIGHTS

Anuska Leochana Menezes Antonello¹

¹ Assessora jurídica no Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul, especialista em Direito Público pela Escola Superior da Magistratura Federal/RS, mestranda em direito pela Fundação Escola Superior do Ministério Público (FMP/RS), grupo de pesquisa em Crimes Culturalmente Motivados: Perspectivas Evolutivas (FMP/RS). E-mails: anuska_lma@hotmail.com e anuska@mprs.mp.br.

Resumo

O constitucionalismo democrático decorre da mescla entre o constitucionalismo, regime político com o poder limitado por uma constituição, e a democracia, definida tradicionalmente como o regime de governo no qual o povo exerce a soberania por meio de representantes eleitos. De tal arranjo surgem tensões, pois a vontade política da maioria democrática em algumas situações culmina em negligenciar ou oprimir os direitos das minorias – compreendidas como grupos minoritários expostos a situações de vulnerabilidade jurídica, social, econômica ou política e que, por efeito de tal condição, tornam-se objeto de intolerância, perseguição, discriminação e injusta exclusão. Surge, como corolário, a instituição de Tribunais Constitucionais para solver tais impasses. A função contramajoritária da Corte Constitucional atua como reguladora da soberania popular, uma vez que prima pela preservação dos direitos fundamentais das minorias modelados na Carta Magna em face da ação hegemônica da maioria.

Palavras-chave: Corte constitucional. Função contramajoritária.

Abstract

The democratic constitutionalism derives from the mix between the constitutionalism, political regime in which the power is limited by a constitution, and the democracy, that has traditionally been determined as a governance regime in which the people exercise the sovereignty through elected representatives. From this, it arises tensions, for the political will from majority democratic in some situations neglects or oppresses the rights of minorities – understood as minority groups exposed to legal, social, economical or political vulnerable position and, because of this, have become object of intolerance, persecution, discrimination and unjust suppression. As a corollary, it arises the institution of Constitutional Courts to solve these obstacles. The counter-majoritarian function of the Constitutional Court acts as a controller of popular sovereignty, since it strives for preservation of fundamental rights of the minorities shaped by Magna Carta in the face of the hegemonic action of the majority.

Keywords: Constitutional Court. Counter-majoritarian function

1. Considerações iniciais

O constitucionalismo democrático decorre da mescla entre o constitucionalismo, regime político com o poder limitado por uma constituição, e a democracia, definida tradicionalmente como o regime de governo no qual o povo exerce a soberania por meio de representantes eleitos. Dessa forma, ganha destaque o debate a respeito da função antimajoritária da jurisdição constitucional.

Isto posto, nesse arranjo, no qual se aglutinam os sistemas da democracia e do constitucionalismo (diversos entre si), existem tensões decorrentes de certa gama de direitos firmados em prol da maioria democraticamente representada e que, por sua vez, são negligenciados em relação às minorias democráticas, já que não possuem força política suficiente para levar a efeito a concretização de direitos fundamentais específicos. Surge, como corolário, a instituição de Tribunais Constitucionais ou Cortes Supremas para solver tais impasses.

Os Tribunais Constitucionais ou as Cortes Supremas desempenham, portanto, funções de conter, por meio do zelo à correta interpretação e aplicação dos mandamentos constitucionais, a maioria em face das minorias democráticas. Estas são “[...] identificadas como grupos minoritários expostos a situações de vulnerabilidade jurídica, social, econômica ou política e que, por efeito de tal condição, tornam-se objeto de intolerância, de perseguição, de discriminação e de injusta exclusão” (STF, 2011a).

Diante disso surge o debate referente à restrição na atuação dos representantes democraticamente eleitos (Poderes Legislativo e Executivo) realizada por órgão jurisdicional por meio do instrumento de controle concentrado de constitucionalidade das leis. Em especial, tendo em conta a ausência de legitimidade democrática do Poder Judiciário. Alexy, objetivando sanar tal conflito e legitimar democraticamente o controle de constitucionalidade exercido pelos tribunais constitucionais, alarga o conceito de democracia, subdividindo-a em representação democrática (a) política e (b) argumentativa, conferindo,

nesse passo, ao tribunal constitucional a categoria de representação argumentativa.

Dentro desta acepção, faz-se necessário repensar as questões já mencionadas, devendo, portanto, tal análise perpassar pelas explanações relativas ao regime democrático, aos direitos fundamentais e, especialmente, à jurisdição constitucional.

2. Democracia e direitos fundamentais

A democracia constitucional no Estado Democrático de Direito é um paradoxo, uma vez que a proteção dos direitos fundamentais gravados na Constituição Federal acarreta constante restrição à democracia e, assim sendo, ocasiona autêntica limitação na atuação do poder que emana do povo (MORAIS, 2013).

Para Kelsen (2000), a democracia engloba os postulados da liberdade e da igualdade formal, o primeiro primado garante o acesso do povo às atividades executivas e legislativas e o segundo à igualdade de direitos políticos a todos os cidadãos. Dessa forma possibilita-se que a integralidade do povo participe da elaboração da vontade do Estado e em equivalente medida (KELSEN, 2000, p. 99). O autor afirma ser o princípio majoritário o instrumento mais eficaz para que se alcance elevado grau de liberdade, pois o primado objetiva que “[...] sejam livres, senão todos os indivíduos, ao menos o maior número deles possível” (KELSEN, 2000, p. 128). Refere, ainda, neste ponto, que a modificação da ordem vigente depende da aderência da maioria absoluta dos sujeitos para que gere indivíduos livres e em pleno acordo com a ordem social levada à concretização. Isso porque, caso a atuação fosse contrária, permitir-se-ia que minorias ditassem a vontade estatal e, assim, geraria elevado número de indivíduos não livres, os quais não se reconheceriam na ordem criada (KELSEN, 2000, p. 128).

Atento à criação de dois grupos – maioria e minoria –, em decorrência do princípio majoritário, o teórico reconhece a eventual necessidade de proteção da minoria em face da maioria. Ressalva que não se está a falar de uma relação de subordinação

incondicional, mas, sim, de uma relação de compromisso, “[...] posposição do que divide os associandos em benefício do que os une” (KELSEN, 2000, p. 129), havendo, dessa forma, tolerância recíproca.

Assim, a democracia é um regime político no qual a soberania é exercida pelo povo, e, por intermédio de eleições majoritárias são eleitos os representantes para fins de exercício do poder de governança.

Por outro lado, o constitucionalismo foi um movimento que encontrou afirmação teórica ao longo dos séculos XVII e XVIII em busca da limitação do poder dos governantes. Isto decorre dos movimentos de humanização que trouxeram protagonismo ao indivíduo, considerando-o como sujeito de direitos e colocando-o frente aos arbítrios dos detentores do poder. Em síntese, a teoria do constitucionalismo é definida como a existência de textos constitucionais nos quais há um Estado que versa sobre a limitação do poder e a prevalência de direitos fundamentais. Desse modo, é preciso explanar-se sobre os direitos fundamentais.

Primeiramente, de acordo com a teoria de Alexy (2011), os direitos fundamentais são os direitos humanos positivados em uma ordem constitucional, ou seja, “sempre que alguém tem um direito fundamental, há uma norma que garante esse direito” (ALEXY, 2011, p. 50) (critério formal) e/ou, ainda, abrange todas as demais normas que garantam os direitos fundamentais, de forma expressa ao longo da Constituição ou atribuída pela atividade interpretativa das cortes constitucionais (critério material) (ALEXY, 2011, p. 50).

No que se refere ao significado dos direitos humanos, depreende-se que, ao longo dos séculos, estes receberam modificações. Isto se dá porque, conforme explana Leal (2000, p. 33), “[...] a história dos direitos humanos no ocidente é a história da própria condição humana e de seu desenvolvimento nos diversos modelos e ciclos econômicos, políticos e culturais pelos quais passamos”. Dito isso, os direitos fundamentais são divididos em gerações ou dimensões, as quais convivem entre si e detém caráter cumulativo.

A primeira geração tem conteúdo de abstenção governamental e, dessa forma, busca a promoção da autonomia individual por intermédio da fixação dos direitos de liberdade individual. A segunda dimensão surge para que a sociedade supra os problemas sociais decorrentes do Estado Liberal, por meio de intervenção estatal na economia e do implemento de prestações positivas. Assim, o primado da igualdade recebe relevo e liberdade social, atingindo relevância na vida pública. A terceira geração, por sua vez, promove proteção ao ser humano em sua forma comunitária e, assim, valores, como a paz, a cultura, a qualidade do meio ambiente e a conservação do patrimônio cultural e histórico passam a ser direitos tutelados pelo sistema normativo (MENDES; BRANCO, 2017, p. 137-138).

Dessarte, o constitucionalismo democrático surge da união dos ideais de democracia – soberania popular, vontade majoritária – e de constitucionalismo – poder limitado e plena observância dos direitos fundamentais. Em tal concepção, a soberania popular é efetivada pelos Poderes Legislativo e Executivo e, por sua vez, a proteção da Constituição é conferida ao Poder Judiciário (MARINHO; BORGES, 2013, p. 14).

Ocorre que, nesse arranjo, o órgão jurisdicional constitucional culmina por restringir a atuação dos representantes democraticamente eleitos: Poderes Legislativo e Executivo. Neste ponto, é importante destacar que, tradicionalmente, a soberania popular é posta em prática pelos agentes públicos eleitos, quais sejam, o Presidente da República e os membros do Poder Legislativo. Em contrapartida, a guarda da Carta Magna, considerada tanto em relação ao Estado de direito quanto no que concerne aos direitos fundamentais, é concedida ao Poder Judiciário, especificamente a Corte Suprema. As cortes constitucionais, originalmente, eram independentes da política por meio de instrumentos como a autonomia financeira e garantias e, em troca, deixavam de imiscuir-se em questões políticas (MARINHO; BORGES, 2013).

Alexy (2015) busca aclarar tal paradoxo e legitimar democraticamente o controle de constitucionalidade exercido pelos tribunais constitucionais, observando que todo poder estatal se

origina do povo e, deste modo, é imperioso compreender não só o parlamento, mas também o tribunal constitucional como representação do povo (ALEXY, 2015, p. 162-163). Para tanto, o autor afirma que a representação ocorre de modo diferente para cada estrutura: o parlamento representa o cidadão politicamente enquanto o tribunal, argumentativamente. Em vista disso, ainda, ele propõe a representação não somente pela via política (eleições), como também pela via argumentativa, desempenhada pelas Cortes Constitucionais (ALEXY, 2015, p. 162-163).

O teórico explana, a partir dessas questões, que o conceito de democracia não deve apenas apoiar-se no conceito de decisão centrada nas ideias de eleição e regra da maioria, mas, também, deve abarcar o conceito de argumento, tornando-se uma democracia deliberativa. Assenta que “a democracia deliberativa é a tentativa de institucionalizar o discurso, tão amplamente quanto possível, como meio de tomada da decisão pública” (ALEXY, 2015, p. 163). Assim sendo, a representação do povo pelo parlamento é, simultaneamente, decisionista e argumentativa. Nesse passo, a representação do povo por um tribunal constitucional é puramente argumentativa ou discursiva.

Ainda, a fim de travar eventuais distorções relacionadas à possibilidade de o tribunal constitucional distanciar-se tão longe quanto ele quer daquilo que o povo realmente pensa e quer, o teórico assenta a existência de duas condições fundamentais de representação argumentativa científica:

[...] (a) a existência de argumentos validos ou corretos, e (b) a existência de pessoas racionais que são capazes e dispostas a aceitar argumentos válidos ou corretos porque eles são válidos e corretos. Tais pessoas seriam denominadas, com apoio no conceito de pessoa liberal, de John Rawls, ‘pessoas constitucionais’. (ALEXY, 2015, p. 163-164).

Dessa forma, a legitimidade democrática do controle de constitucionalidade exercido pelos tribunais constitucionais, em cuja cúpula, no Brasil, se encontra o Supremo Tribunal Federal, encontra respaldo na racionalidade discursiva, a qual é capaz de conduzir os julgadores na busca de decisões adequadas.

3. Função contramajoritária da jurisdição constitucional

Como visto anteriormente, o Estado Democrático de Direito é baseado tanto na garantia à efetivação dos direitos fundamentais quanto no respeito ao regime democrático, possuindo como um de seus principais primados o princípio da maioria.

Nesta lógica, o constitucionalismo moderno concebe a Constituição como normativa diretiva fundamental, a qual possui simultaneamente as funções de coordenação dos poderes públicos e de limitação dos particulares para o fim de garantir a efetuação dos direitos fundamentais (STRECK, 2014, p. 113-114).

Neste diapasão, portanto, a jurisdição constitucional surge como instrumento de defesa da Constituição e significa, nos dizeres de Morais,

A harmonização do tênue equilíbrio constitucional entre a representatividade majoritária ocasional da sociedade e o consenso democrático específico de maior grau qualitativo decorrente da Constituição é atribuída ao controle de constitucionalidade, especialmente à jurisdição constitucional, como uma decorrência natural do caráter jurídico-vinculante das Constituições contemporâneas, em que estas se caracterizam como um conjunto de normas de maior hierarquia formal e de maior densidade político-jurídica, que, caso não observadas espontaneamente, deve ser imposto mediante coercibilidade pelos órgãos constitucionais responsáveis pelo controle de constitucionalidade especialmente pelos juízes constitucionais. (MORAIS, 2013, p. 163).

Para Kelsen (2007, p. 123-124), significa “a garantia jurisdicional da Constituição” e “é um elemento do sistema de medidas técnicas que têm por fim garantir o exercício regular das funções estatais”. Igualmente, atentando-se que a Carta Magna representa a legítima vontade do povo, é indevida sua inobservância no que tange à efetivação de direitos fundamentais, sob o mero argumento de a vontade da maioria ser imperativa. Isto é, a legitimidade da jurisdição constitucional se

alicerça na geração de harmonia entre o governo da maioria, a defesa dos direitos fundamentais e a supremacia da constituição (KELSEN, 2007, p. 123-124).

Diante disso, a jurisdição constitucional é a outorga de poderes a um órgão jurisdicional, *in casu* brasileiro, o Supremo Tribunal Federal, para verificar a conformação das leis e demais atos ao texto constitucional. A Corte Constitucional, em sua atuação, desempenha os papéis contramajoritário e representativo. Com efeito, o papel contramajoritário significa que em nome da Constituição, da proteção das regras do jogo democrático e dos direitos fundamentais cabe àquela instância julgadora a atribuição de declarar a inconstitucionalidade de leis (por exemplo, de decisões majoritárias tomadas pelo Congresso) e de atos do Poder Executivo (cujo chefe foi eleito pela maioria absoluta dos cidadãos). Ao seu turno, o papel representativo significa o atendimento, pelo Tribunal, de demandas sociais e de anseios políticos que não foram satisfeitos ao tempo e à hora pelo Congresso Nacional (MARINHO; BORGES, 2013).

A Ação Direita de Inconstitucionalidade (ADI) é o principal instrumento de efetivação da função antimajoritária, tendo como finalidade o debate sobre a aclimação de um ato normativo ou lei em relação ao texto constitucional, ou seja, estuda-se a lei em tese (NEVES, 2017, p. 27).

Os direitos fundamentais são vistos como freios aos anseios da denominada maioria democrática. Em primeiro lugar, porque situações hipoteticamente boas para o maior número de indivíduos não são, necessariamente, boas para a sua integralidade. Tal situação foi perfeitamente delineada por ocasião do governo nazista, que contava com larga aderência popular à época do Holocausto. Em segundo lugar, porque os direitos fundamentais atuam como contrapesos à vontade da maioria, enfatizando as peculiaridades individuais (VINCI; VINCI JÚNIOR, 2015).

Desta sorte, é por intermédio da função contramajoritária dos direitos fundamentais que se dá a restrição ao poder de decisão de uma maioria parlamentar, visto que, conforme brilhantemente ensina Miranda (2013), “[...] ao aplicar a razão

pública, o Supremo Tribunal Federal evita que a lei seja corroída pela legislação de maiorias passageiras ou, com maior probabilidade, por interesses parciais, organizados e influentes”.

Nesse aspecto, conforme destacado por Gavião Filho (2010, p. 369), “a decisão do Tribunal Constitucional fundada em violação à disposição de direito fundamental não é contra o povo, mas tomada, em nome do povo, contra os erros de cálculo dos representantes políticos do povo”. Ainda, vale dizer que, conforme destacado por Alexy (2011, p. 447), “como ninguém conhece o legislador futuro e também as circunstâncias sob as quais ele agirá, ninguém pode ter certeza de que ele não utilizará “[...] aquelas liberdades e competências de forma desfavorável aos indivíduos”.

Tanto é assim que Kelsen (2000, p. 67-68), ao discorrer sobre o princípio majoritário-minoritário, afirma que a proteção às minorias defronte às maiorias se dá pela função essencial dos direitos e liberdades fundamentais garantidos pelas constituições modernas, os quais deixam de ser garantidores de proteção dos indivíduos contra o Estado para serem mecanismos de proteção de minoria qualificada contra a maioria absoluta.

Dessarte, o papel contramajoritário do Supremo Tribunal Federal é a atuação do Judiciário, no âmbito do controle de constitucionalidade, como mecanismo de proteção de direitos fundamentais e salvaguarda das minorias contra a vontade da maioria política. Isso se dá porque a vontade da maioria não pode tudo, isto é, as decisões políticas tomadas pela maioria não podem violar as normas constitucionais, tendo em vista que acima da vontade da maioria está o texto da Constituição e os direitos fundamentais. Assim sendo, o controle de constitucionalidade é um instituto protetor das minorias políticas, o qual impede arbitrariedades e se apresenta como uma maneira de limitação dos demais poderes (MORAIS, 2013).

Isto posto, tem-se que o termo contramajoritário vem justamente da ideia de que o Judiciário, cujos membros, diversamente do que ocorre nos Poderes Legislativo e Executivo, não são eleitos pelo povo, pode sobrepor a sua razão a dos tradicionais representantes da política majoritária. Ao passo que,

em casos de ausência de equilíbrio entre “o exercício do poder político por meio da regra da democracia e a manutenção de direitos fundamentais que devem proteger pluralmente não só a maioria dos cidadãos, mas todos os cidadãos” (MORAIS, 2013), conforme sublinhado por Moraes, atuará a jurisdição constitucional em busca da efetivação dos direitos fundamentais inerentes aos grupos sociais minoritários.

4. Considerações finais

À guisa de conclusão, importante ressaltar que o controle jurisdicional de constitucionalidade e o respectivo papel contramajoritário conferido à Corte Constitucional são essenciais ao Estado Democrático de Direito pois atuam como reguladores da soberania popular. Isto porque, em se tratando de um Estado Democrático de Direito, nenhum poder é soberano e as decisões políticas tomadas pela maioria democrática devem observar os valores e direitos fundamentais consagrados na Constituição.

Assim, para o fim de efetivar os direitos fundamentais das minorias negligenciadas ou oprimidas pela maioria democrática, as Cortes constitucionais, no desempenho de seu papel contramajoritário, verificam a conformação das leis e demais atos ao texto constitucional, em verdadeira sobreposição da hermenêutica constitucional em relação aos atos dos agentes políticos eleitos.

Tanto é assim que o termo contramajoritário advém da compreensão de que o Judiciário, cujos membros não são eleitos pelo povo, pode sobrepor os seus fundamentos aos dos representantes da política majoritária, qual sejam, dos Poderes Legislativo e Executivo. Portanto, o papel contramajoritário conferido ao Tribunal Constitucional é fundamental para a busca da preservação dos direitos fundamentais das minorias modelados na Carta Magna em face da ação hegemônica da maioria democrática.

Referências

- ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.
- ALEXY, Robert. **Constitucionalismo Discursivo**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.
- BARROSO, Luís Roberto. **O controle da constitucionalidade no direito brasileiro**: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 5 out. 1988.
- GAVIÃO FILHO, Anízio Pires. **Colisão de direitos fundamentais, argumentação e ponderação**. 2010. 387 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2010. Disponível em: <http://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/88482/000758450.pdf?sequence=1>. Acesso em: 14 jun. 2018.
- KELSEN, Hans. **A democracia**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- KELSEN, Hans. **Jurisdição Constitucional**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- LEAL, Rogério Gesta. **Perspectivas hermenêuticas dos direitos humanos e fundamentais no Brasil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.
- MARINHO, Sérgio Augusto Lima Marinho; BORGES, Alexandre Walmott. O papel contramajoritário dos direitos fundamentais e o dever do poder judiciário brasileiro perante omissões legislativas. In: VITA, Jonathan Barros; LEISTER, Margareth Anne (coord.). **Direitos Fundamentais e Democracia II**. Florianópolis: FUNJAB, 2013. p. 34-52. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=8ee30f15c1c633d3>. Acesso em: 11 jun. 2018.
- MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MORAIS, Dalton Santos. Democracia e direitos fundamentais: propostas para uma jurisdição constitucional democrática. In: FELLET, André; NOVELINO, Marcelo (org.). **Constitucionalismo e democracia**. Salvador: JusPodivm, 2013. p.161-188.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Ações Constitucionais**. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

VINCI, Luciana Vieira Dallaqua; VINCI JÚNIOR, Wilson José. A função contramajoritária dos direitos fundamentais. **Portal Consultor Jurídico**. 27 abr. 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-abr-27/mp-debate-funcao-contramajoritaria-direitos-fundamentais>. Acesso em: 14 jun. 2018.

ESTABILIZAÇÃO DA TUTELA PROVISÓRIA E AS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS

Gabriel Roque Ienerich¹
Mardjolaine Eberhart Figur²

- 1 Graduado em direito pela Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul (UNIJUÍ) em 2015. Pós-graduando em direito público pela Fundação Escola Superior do Ministério Público (FMP). E-mail: gabrielienerich@hotmail.com
- 2 Graduada em direito pela Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul (UNIJUÍ). Especialista em direito público pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS) em 2018. Mestranda em Direito na Fundação Escola Superior do Ministério Público (FMP). E-mail: mardjio@gmail.com

Resumo

O objetivo do presente artigo é demonstrar que meio de impugnação recursal para evitar a estabilização da Tutela Provisória de Urgência requerida em caráter antecedente, no Processo Civil, pode ser um meio de obstaculizar o acesso à justiça, bem como o contraditório e a ampla defesa. Para evitar tal restrição aos direitos fundamentais básicos, se faz necessário ampliar o conceito do termo "recurso" previsto no Código de Processo Civil. Com a constitucionalização do direito processual, o processo se torna instrumento de realização da ordem jurídica. O método utilizado para o desenvolvimento deste artigo é o hipotético dedutivo e a técnica de revisão, bibliográfica e documental.

Palavras-chave: Estabilização da tutela provisória. Meio de impugnação recursal. Garantias constitucionais.

Abstract

The purpose of this article is to demonstrate that a means of appealing to the courts to prevent the stabilization of the Temporary Interim Guardianship required in the Civil Procedure can be a means of obstructing access to justice, as well as the contradictory and ample defense. In order to avoid such a restriction of basic fundamental rights, it is necessary to extend the concept of appeal provided for in the Code of Civil Procedure. With the constitutionalization of procedural law, the process becomes an instrument for the realization of the legal order. The method used for the development of this article is the hypothetical deductive and the revision technique, bibliographical and documentary.

Keywords: Stabilization of provisional guardianship. Means of appeal. Constitutional guarantees.

1. Introdução

O objetivo do presente artigo é demonstrar que meio de impugnação recursal para evitar a estabilização da Tutela Provisória de Urgência requerida em caráter antecedente, no Processo Civil, pode ser um meio de obstaculizar o acesso à justiça, bem como o contraditório e a ampla defesa. Para isso, emprega-se o método hipotético-dedutivo, uma vez que se parte do contexto das garantias constitucionais processuais até uma situação legal específica que se interpretada na sua literalidade é uma ameaça aos direitos fundamentais. A técnica utilizada é a revisão bibliográfica e documental.

Do mesmo modo, esse instituto processual que tem por objetivo primordial garantir a efetividade processual e satisfazer as necessidades de quem procura o judiciário e esbarra na demora da tramitação processual pode ter no seu procedimento legal um empecilho para a concretização do acesso à justiça e ao contraditório.

Inicialmente, fala-se dos direitos fundamentais de acesso à justiça e a proteção do contraditório, depois passa-se ao instituto das tutelas provisórias, previstas no Código de Processo Civil (CPC), como instrumento eficaz no alcance ao direito material postulado pela parte. Em seguida, aborda-se a questão primordial do artigo: as incoerências formais e legais na impugnação da estabilização da tutela provisória, que na literalidade da lei parece priorizar a instrumentalidade do processo ao invés de efetivar o acesso à justiça e ao contraditório. Por derradeiro, mostra-se a solução empregada pela doutrina para dirimir tal problema.

2. Das garantias constitucionais de acesso à justiça e ao contraditório

Os direitos fundamentais, para Sarlet (2012), são aqueles positivados na constituição, diferenciando-se, assim, dos direi-

tos humanos, que são aqueles reconhecidos internacionalmente por meio de tratados que reconhecem o ser humano como tal. Todos os direitos e garantias fundamentais possuem aplicabilidade imediata e plena eficácia, o que significa que esses valores não dependem de norma legislativa superveniente para se tornarem exercíveis.

O direito de acesso à justiça é um direito fundamental dos mais básicos, visto que não há o que se falar em garantia de qualquer outro direito se o acesso à justiça não for assegurado. Este direito é previsto no art. 5º, XXXV e LXXVIII, da Carta Magna (CAPPELLETTI; GARTH, 1988). No atinente ao primeiro inciso, antes mesmo de que haja lesão concreta ao cidadão, a constituição amplia o direito de acesso ao judiciário, já que este detém monopólio do poder jurisdicional (SILVA, 2017). O segundo inciso, por seu turno, foi objeto da Emenda constitucional 45/2004, a qual dá margem a duas interpretações: (a) que será garantido a todos a razoável duração do processo; e (b) que são garantidos os meios que ofereçam a celeridade da sua tramitação (JOBIM, 2012).

Desse modo, segundo Assis (2006), tais garantias devem vir por meios humanos e materiais, bem como por meio de leis processuais. A tutela provisória é um instituto previsto em uma lei processual que tem como objetivo garantir a efetividade processual em um tempo razoável. O acesso à justiça compreende os fatos de que deve ser igualmente acessível a todos e produzir resultados que sejam justos (CAPPELLETTI; GARTH, 1988).

O contraditório é previsto no art. 5º, LIV e LV, da CF e nos art. 9º e 10 do Código de Processo Civil. Este é uma norma fundamental que tem extrema relevância na consecução do processo justo. Atualmente, a doutrina vem identificando o contraditório como algo a mais do que a simples bilateralidade, hoje, este significa conhecer, influenciar e reagir aos rumos do processo (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO; 2015).

É importante ressaltar que com o Código de Processo Civil de 2015 ocorreu a constitucionalização do direito processual, sendo que este reencontrou seu substrato ético e tornou-se um instrumento de realização da ordem jurídica (MAGALHÃES,

2014). Consequentemente, várias garantias constitucionais foram inseridas por meio do CPC, em seu título I- das normas fundamentais do processo civil. Um exemplo disso é o princípio de acesso à justiça no sentido – de tramitação em tempo hábil – que foi inserido no art. 4º do CPC, bem como o princípio do contraditório e da ampla defesa já mencionados anteriormente.

3. Tutelas provisórias no código de processo civil

As tutelas provisórias foram criadas para combater os danos que um litigante possa ter em razão dessa morosidade. Trata-se de um instituto que surgiu no ano de 1994 – portanto, dentro da vigência do Código Processual Civil de 1973 – diante da preocupação do legislador em garantir que o processo alcançasse a sua finalidade sem sofrer com danos oriundos da sua morosidade (THEODORO JR., 2016).

A tutela provisória é aquela que o juízo defere sem que tenha um juízo de certeza, uma cognição exauriente, porquanto não há análise de todas as provas produzidas no processo. Ela se baseia em cognição sumária, pois há uma análise superficial da causa para que seja apreciado determinado pedido, em regra, de forma instantânea (CÂMARA, 2017).

Com a vigência do Código de Processo Civil, de 2015, o instituto das tutelas provisórias recebeu novas formas e continua tendo grande aplicabilidade. Essas estão previstas no Livro V da lei nº. 13.105/2015, a partir do art. 294³. O termo tutela provisória é gênero, composto pelas tutelas de evidência e de urgência. Esta última, se divide em tutela cautelar e tutela antecipada e, finalmente, a antecipada é classificada em tutelas antecedentes ou incidentais (MEDINA, 2018).

A tutela de urgência é aquela na qual o juízo antecipa o provimento final ou a determinada ordem a fim de que o direito da parte seja assegurado. O parágrafo único do art. 294 dispõe

que “a tutela provisória de urgência, cautelar ou antecipada, pode ser concedida em caráter antecedente ou incidental” (BRASIL, 2015). Para que isso ocorra, é necessário o preenchimento de dois requisitos (a) probabilidade do direito; e (b) perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo (CÂMARA, 2017).

A tutela de urgência é subdividida em tutelas cautelar e antecipada. A primeira visa assegurar o direito, garantir o resultado útil do processo e dar eficácia à futura satisfação do direito. A última, por seu turno, antecipa provisoriamente os efeitos da sentença, aquele direito material que a parte pretende e que pode ser prejudicado em razão do longo tempo de duração do processo. Logo, esta última satisfaz provisoriamente o direito pretendido pela parte, garantindo a efetividade do processo (DONIZETTI, 2017).

Desse modo, tutela antecipada é satisfativa, permitindo que desde logo a parte colha os efeitos do possível acolhimento do pedido. Na cautelar, são praticados atos com o objetivo de garantir a utilidade prática do resultado que será obtido com o acolhimento do pedido. O pedido cautelar é diverso do pedido principal (MEDINA, 2018). Vale mencionar, ainda, que a tutela provisória de urgência antecipada, assim como a tutela cautelar, pode ser requerida em caráter antecedente, conforme previsão legal supracitada. Até mesmo por isso continua sendo admissível a fungibilidade entre tutela cautelar e tutela antecipada (NEVES, 2017).-

É importante referir que a tutela de urgência satisfativa também possui um outro requisito específico: a reversibilidade dos efeitos da decisão. Todavia, este último requisito acaba por ser relativizado, conforme previsto no enunciado 419⁴ do Fórum Permanente de Processualistas Civis (CÂMARA, 2017). Com isso, é possível que a parte formule o pedido da antecipação da tutela antes de apresentar o pedido inicial, mesmo que, excepcionalmente, a decisão do juízo não seja reversível.

A tutela antecipada se caracteriza pelos próprios efeitos do pedido serem realizados desde logo (MEDINA, 2018). Esta,

3 Art. 294 - A tutela provisória pode fundamentar-se em urgência ou evidência. (BRASIL, 2015).

4 “Não é absoluta a regra que proíbe a tutela provisória com efeitos reversíveis”.

ainda, possui duas classificações: a tutela de urgência antecipada antecedente e tutela de urgência antecipada incidental.

Breves diferenças entre tutela de urgência antecedente e tutela de urgência incidental

A tutela antecipada pode ser concedida em caráter antecedente ou incidental. É importante mencionar que em qualquer dos casos não há uma ação sumária distinta da ação principal. Isso se dá porque a pretensão de uma medida de urgência já apresentaria por si só parcela eventual da ação que visa resolver a lide, bastando apenas a sua complementação (THEODORO JR., 2016).

A tutela antecipada incidental é aquela feita por simples petição nos autos, podendo ser por manifestação isolada ou em conjunto, assim, no teor de outra manifestação. A tutela antecipada antecedente, por seu turno, é aquela que é realizada antes da juntada da petição inicial, a qual será juntada e processada nos mesmos autos do pedido antecipatório (THEODORO JR., 2016).

4. Estabilização da tutela por meio recursal e seu meio de impugnação: possível afronta ao acesso à justiça

Conforme previsto no Código Processual Civil, no art. 304, havendo a concessão da tutela antecipada antecedente e, desta decisão, não sendo interposto recurso ocorrerá a estabilização de tal tutela. Logo, a tutela antecipada requerida em caráter antecedente exclusivamente é passível de sofrer estabilização.

Previsto no art. 304, caput, do CPC, a possibilidade de estabilização da tutela antecipada antecedente acaba por ser um dos aspectos mais controversos acerca da matéria. Isso porque o referido Código admite que se estabilize e resista a tutela de urgência satisfativa que for peticionada e deferida antes do pe-

dido principal, como sendo uma decisão com a capacidade de resolver o direito material discutido na lide, mesmo que não haja prosseguimento no feito e a decisão tenha se baseado em um cognição sumária (THEODORO JR., 2016).

A estabilização da tutela antecipada ocorre quando a tutela satisfativa é deferida e não é feita a impugnação pelo desfavorecido por meio hábil (DIDIER JR.; BRAGA, 2016). A par disso, a doutrina vem se dividindo diante da disposição do art. 304⁵ da Lei Processual de 2015, que cita a interposição de recurso como meio hábil para evitar a estabilização da tutela deferida. Desse modo, considerável parte da doutrina se manifesta pela ampliação do termo recurso, ao passo que outra corrente defende a literalidade da lei.

O caput do art. 304 dispõe que a tutela só não se estabilizará se o réu interpor recurso, que mesmo sem estar expresso no tipo legal, é o agravo de instrumento, conforme previsão do inciso I, do art. 1.015, do CPC.

A primeira corrente doutrinária a ser citada é aquela que entende pela interpretação literal do art. 304, no sentido de que a decisão de concede a tutela antecipada satisfativa deve ser impugnada apenas por recurso. Neste caso, o recurso cabível é o agravo de instrumento, conforme previsão do art. 1.015⁶ da Lei Processual. Para Pinho (2017), tal previsão garante uma maior celeridade na discussão do tema quando tratado em segunda instância. Desse modo, o processo estaria atendendo aos princípios da celeridade e economia processual. No mesmo sentido, entende Câmara que,

Assim, é de considerar que só a interposição, pelo demandado, de recurso (agravo de instrumento, quando se trate de processo que tramita na primeira instância; agravo interno quando for o de processo de competência originária dos tribunais) é capaz de impedir a estabilização da tutela antecipada de urgência antecedente. O mero fato de o réu oferecer contestação (ou se valer de qualquer outro meio,

5 Art. 304. A tutela antecipada, concedida nos termos do art. 303, torna-se estável se da decisão que a conceder não for interposto o respectivo recurso (BRASIL, 2015).

6 Art. 1.015. Cabe agravo de instrumento contra as decisões interlocutórias que versarem sobre: I - tutelas provisórias [...] (BRASIL, 2015).

como – no caso do poder público, por exemplo – postular suspensão da liminar deferida) não será suficiente para impedir a estabilização. (CÂMARA, 2017, p. 167).

Ademais, é pertinente citar o posicionamento de Donizetti (2017, p. 569) que é pela interpretação taxativa da lei:

Segundo disposto no art. 304, caput, a tutela torna-se estável se não interposto o respectivo recurso. Respectivo significa competente, devido, cabível. Qual o recurso respectivo? Em se tratando de decisão em tutela antecipada, gênero de tutela provisória, o recurso cabível é o agravo de instrumento, nos termos do art. 1.015, I. Assim, caso o réu não interponha agravo de instrumento, a tutela antecipada, concedida em caráter antecedente, torna-se estável. A mens legislatoris é no sentido de exigir o recurso como forma de evitar a estabilização. Trata-se de um ônus imposto ao demandado. Não basta contestar. É certo que na contestação o réu adquire a prerrogativa de ver a demanda decidida levando-se em conta também as suas alegações. Ocorre que na ponderação dos princípios da amplitude do direito de ação e da defesa, bem como do princípio da celeridade, o legislador optou por este, de sorte que, não obstante a apresentação de contestação, o processo será extinto (art. 304, § 1º). (DONIZETTI, 2017, p. 569, grifo nosso).

Visto o posicionamento de alguns doutrinadores que defendem a interpretação literal da lei, de outro lado há expressiva parte da doutrina que apresenta argumentos coerentes para que a interpretação do termo recurso, previsto no art. 304 do CPC, seja extensiva. Com efeito, a corrente doutrinária que se apresenta a favor da interpretação ampliativa do termo leva em conta a questão procedimental prática. Isso se dá porque a estabilização de tutela considera que a inércia do demandado configura desinteresse.

Seria muito temerário concluir que a inércia do demandado, em todo e qualquer caso conflitivo, seja por razões de desinteresse, significando a anuência com a tutela antecipada deferida. Ainda mais, trata-se da necessidade de interposição de recurso, que – via de regra – exige pagamento de custas, as-

sim como um litígio, antes de haver um pedido inicial que seria remetido ao Tribunal Superior, em regra (MARINONI, 2017).

Didier Júnior, Braga e Oliveira (2016) doutrinam que para haver a estabilização da tutela é necessário muito mais do que o réu não interpor recurso. A estabilização da tutela deveria ocorrer apenas se o réu não interpuser o recurso cabível ou qualquer outro meio de impugnação da decisão. O referido autor vai adiante e refere que:

Se, no prazo de recurso, o réu não o interpõe, mas resolve *antecipar* o protocolo da sua defesa, fica afastada a sua inércia, o que impede a estabilização – afinal, se contesta a tutela antecipada e a própria tutela definitiva, o juiz terá que dar seguimento ao processo para aprofundar sua cognição e decidir se mantém a decisão antecipatória ou não. Não se pode negar ao réu o direito de uma prestação jurisdicional de mérito definitiva, com aptidão para a coisa julgada. Em suma, a eventual apresentação da defesa no prazo do recurso é um dado relevante, porque afasta a inércia e, com isso a estabilização; mas a inércia que enseja a estabilização não depende da ocorrência de revelia. (DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, 2016, p. 622).

Marinoni, Arenhart e Mitidiero (2017, p. 224) veem a exigência de interposição de recurso como algo conflituoso, visto que para ocorrer a estabilização de tutela é necessário que o autor complemente a sua petição inicial, de modo que o prazo para tal ato é o mesmo para interposição do recurso cabível. Com isso há o curso simultâneo de dois prazos iguais a sujeitos diferentes e de consequências diferentes, conforme lição:

Se o autor não aditasse a Inicial, seria extinto o processo e cassada a medida limiar; se o réu não recorresse da decisão, a antecipação de tutela se tornaria estável. Por isso, parece mais adequado concluir que o autor deve sempre complementar sua petição inicial e que o réu pode insurgir-se contra a estabilização por qualquer meio, e não apenas por via de agravo. (MARINONI, ARENHART; MITIDIERO, 2017, p. 224).

A par disso, os autores ainda entendem que a possibilidade à impugnação da estabilização de tutela por qualquer meio

serve para diminuir a incidência de agravos nos tribunais, assim como para deixar claro sua irresignação com a tutela deferida, de modo que esta não poderia se estabilizar (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2017, p. 225).

Neves (2017) também figura entre os autores que criticam a necessidade de interposição de recurso para que o réu não sofra estabilização de tutela, de modo que a interpretação da lei seja ampliativa. Para o autor, não há sentido na interposição de recurso quando o réu somente tem interesse em insurgir no próprio grau de jurisdição contra a decisão de estabilização dos efeitos da tutela. A lógica do sistema é que a estabilização da tutela ocorra apenas quando o réu permaneça inerte contra tal possibilidade (NEVES, 2017).

Desse modo, apresenta-se totalmente incoerente e descabido o termo recurso previsto no art. 304, de modo que sua interpretação deve ser de forma ampliativa, a fim de que qualquer meio de impugnação seja passível de obstruir a estabilização da tutela antecipada antecedente que for deferida pelo juízo. Além disso, há a instrumentalidade do processo, a qual não pode se sobrepor às garantias constitucionais do acesso à justiça, como o contraditório e a ampla-defesa.

5. Conclusão

As tutelas provisórias são um avanço para a sociedade, de modo que oferecem a todos um meio mais justo de garantir a efetividade da justiça e minimizar os efeitos que as pessoas possam sofrer pela morosa tramitação processual.

A tutela antecipada satisfativa requerida em caráter antecedente apresenta uma peculiaridade: se deferida pelo juízo e não impugnada pelo réu poderá ter seus efeitos estabilizados no tempo, de modo que somente será possível sua irresignação com a propositura de nova ação. Desse modo, o meio impugnativo hábil em face da estabilização da tutela antecipada antecedente deferida é o que ensejou a pesquisa do presente trabalho. Isso porque a lei dispõe que somente deixará de ter

seus efeitos estabilizados a tutela deferida que for impugnada pelo réu por meio da interposição de recurso. Este meio processual se apresenta totalmente formalista e vai de encontro com as próprias premissas do Constituinte.

O requisito do recurso de impugnação de tutela antecipatória deferida, além de formalista, veda o acesso à justiça e acaba por dificultar o exercício do contraditório, uma vez que a parte desfavorecida tem os meios usados para se defender limitados. Isso porque a necessidade de interposição de recurso se mostra desnecessária para a situação na qual o réu apenas quer evitar que a decisão – por meio de cognição sumária – se estabilize. Ademais, tal requisito não se justifica, visto que qualquer meio de manifestação do réu para este caso seria suficiente para a demonstração de sua irresignação com a tutela deferida.

Há aqui, também, a contradição entre a formalidade exigida pelo Código e seus objetivos, bem com as premissas constitucionais. A interposição de recurso com a finalidade de não estabilizar tutela da parte prejudicada aumenta a quantidade de processos para apreciação nos tribunais superiores, conseqüentemente, aumentando a morosidade no julgamento de tais irresignações, os quais poderiam muito bem ser resolvidas pelo juízo a quo.

Portanto, o requisito da interposição de recurso para a não estabilização da tutela antecipada antecedente se mostra uma formalidade processual que não pode ser mais importante do que o direito material, que busca um provimento judicial. Tal requisito, de certa forma, acaba por dificultar o acesso das pessoas à justiça, visto que nem sempre oportuniza às partes a possibilidade de litigarem em iguais condições, até mesmo no aspecto formal do procedimento.

Referências

ASSIS, Araken de. **Duração razoável do processo e reformas da lei processual**: institutos fundamentais. t. 2., v. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 5 out. 1988.

BRASIL. Emenda Constitucional n.º 45, de 30 de dezembro de 2004. Altera dispositivos dos arts. 5º, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134 e 168 da Constituição Federal, e acrescenta os arts. 103-A, 103B, 111-A e 130-A, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 31 dez. 2004.

BRASIL. Lei n.º 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 17 mar. 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm. Acesso em: 18 out. 2018.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **O novo processo civil brasileiro**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1988.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paulo Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos de tutela**. 11. ed., v. 2. Salvador: Juspodvim, 2016.

DONIZETTI, Elpídio. **Curso didático de direito processual civil**. 20. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017.

JOBIM, Marco Felix. **O direito à duração razoável do processo: responsabilidade civil do Estado em decorrência da intempestividade processual**. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum**. 3. ed. rev., atual. e ampl., v. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

MARINONI, Luiz Guilherme. **O novo processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela provisória**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

MEDINA, José Miguel Garcia. **Curso de direito processual civil moderno**. 4. ed. rev, atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil**. 9. ed. Salvador: JusPodvim, 2017.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. **Direito processual civil contemporâneo: o processo de conhecimento, procedimentos especiais, processo de execução, processo nos tribunais e disposições finais transitórias**. 4. ed., v. 2. São Paulo: Saraiva, 2017.

PIRES, Thiago Magalhães. **Princípios e garantias fundamentais do processo civil: Comentários ao projeto do Novo Código de Processo Civil**. **Universitas JUS**, Brasília, v. 25, n. 1, p. 65-116, 2014. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/jus/article/viewFile/2819/2296>. Acesso em: 18 out. 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais**. 11. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 40. ed. rev. e atual. v. I. São Paulo: Malheiros, 2017.

THEODORO JR., Humberto. **Curso de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum**. 57. ed. rev., atual. e ampl., v. I. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

ANÁLISE CRÍTICA DA DECISÃO DO TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL NO REGISTRO DE CANDIDATURA DE LUIZ INÁCIO LULA DA SILVA À PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA

Marília Medeiros Piantá¹

¹ Analista judiciária e assessora técnica no Tribunal Regional Eleitoral do Rio Grande do Sul, especialista em Direito Processual Civil pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUC/RS) e mestranda em Direito pela Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul (FMP). E-mail: mariliapianta@tre-rs.jus.br

Resumo

Este artigo tem por objetivo investigar o (des)acerto da decisão do Tribunal Superior Eleitoral de indeferir, por maioria, o registro ao cargo de Presidente da República, nas eleições de 2018, de um candidato condenado criminalmente por órgão colegiado que se encontrava cumprindo provisoriamente pena, proibindo a prática de atos de campanha e determinando a retirada do seu nome da urna eletrônica. A análise perpassa a vinculatividade (ou falta dela) das decisões de órgãos quase-judiciais, como o Comitê de Direitos Humanos do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, e a possibilidade de, após iniciado o processo eleitoral, ser empreendida mutação jurisprudencial, restringindo o exercício de direitos políticos.

Palavras-chave: Comitê de Direitos Humanos. Direitos políticos. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Registro de candidatura.

Abstract

The purpose of this article is to investigate the decision of the Higher Electoral Court, which rejected, by majority vote, the registration of the candidate of the President of the Republic in the 2018 elections, a candidate convicted by a collegiate body and who was provisionally serving a sentence, prohibiting the practice of campaign acts and determining the withdrawal of his name from the electronic ballot box. The analysis refers to the binding nature (or not) of decisions by quasi-judicial bodies such as the Human Rights Committee of the International Covenant on Civil and Political Rights and the possibility, after the start of the electoral process, of making judicial change by restricting the exercise of political rights.

Keywords: Human Rights Committee. Political rights. International Covenant on Civil and Political Rights. Registration of application.

1. Introdução

Este artigo pretende analisar criticamente a decisão do Tribunal Superior Eleitoral, de 31 de agosto de 2018, que, por maioria, afastou sumariamente da disputa eleitoral candidato ao cargo de Presidente da República nas eleições de 2018, proibindo-lhe a realização de atos de campanha, veiculação de propaganda eleitoral e a exclusão do seu nome da urna eletrônica.

Para compreensão da problemática, inicialmente será feita breve exposição acerca da fundamentalidade dos direitos políticos no plano internacional. Após, serão lançados os argumentos principais de dois votos proferidos por ocasião do julgamento, ou seja, do voto vencedor do ministro Barroso e do voto vencido do ministro Fachin.

Na sequência, serão examinados, em tópicos distintos, dois pontos: a) a força vinculativa das decisões do Comitê de Direitos Humanos do Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos; e b) a possibilidade de, após iniciado o processo eleitoral, ser empreendida mutação jurisprudencial, restringindo o exercício de direitos políticos.

Utilizando-se do método indutivo e por meio de pesquisa doutrinária e jurisprudencial pretende-se demonstrar a inadequação da decisão do Tribunal Superior Eleitoral à concepção do plano internacional sobre direitos políticos e à vedação de mutação jurisprudencial após iniciado o processo eleitoral.

2. A antinomia dos votos do ministro barroso e do ministro fachin no registro de candidatura de luiz inácio lula da silva (processo RCAND 0600903-50.2018.6.00.0000)

No dia 31 de agosto de 2018 a nação brasileira acompanhou o julgamento do Registro de Candidatura às eleições de 2018 à Presidência da República do ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva (RCAND 0600903-50.2018.6.00.0000). O candidato foi condenado criminalmente pela 8ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, nos autos da Apelação Criminal nº. 5046512-94.2016.4.04.7000/PR, pelos crimes de corrupção passiva (art. 317 do Código Penal) e lavagem de dinheiro (art. 1º, caput e V, da Lei nº. 9.613/1998).

Como consequência, imputou-se a inelegibilidade prevista no art. 1º, I, alínea e, itens 1 e 6, da lei complementar no 64/1990, com a redação dada pela lei complementar nº. 135/2010 (a Lei da Ficha Limpa), a qual prevê a irradiação de efeitos de decisão condenatória desde o julgamento por órgão colegiado. Ainda, em função de entendimento sufragado pelo Supremo Tribunal Federal (STF), no HC nº. 126.292/SP, Rel. Min. Teori Zavascki, j. em 17 de fevereiro de 2016, o candidato encontra-se cumprindo pena provisoriamente em estabelecimento prisional.

Devido aos limites de abordagem do presente artigo, a análise dos votos do ministro Luís Roberto Barroso, voto vencedor, e do ministro Luiz Edson Fachin, voto vencido, será circunscrita aos seguintes pontos:

- Força vinculativa da medida cautelar do Comitê de Direitos Humanos do Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos (PIDCP);
- Possibilidade de o Tribunal Superior Eleitoral afastar a incidência do art. 16-A da lei nº. 9.504/97 no curso do processo eleitoral, a qual garante a todo candidato cujo registro esteja *sub judice* efetuar todos os atos

relativos à campanha eleitoral, inclusive utilizar o horário eleitoral gratuito no rádio e na televisão e ter seu nome mantido na urna eletrônica enquanto estiver sob essa condição.

O Comitê de Direitos Humanos do PIDCP concedeu medida cautelar (*interim measure*) no dia 17 de agosto de 2018, em resposta à petição protocolada em 27 de julho na comunicação individual n.º. 2.841/2016, por Luiz Inácio Lula da Silva, assegurando:

- O exercício, mesmo durante a prisão, de seus direitos políticos como candidato nas eleições presidenciais de 2018, incluindo acesso apropriado aos meios de comunicação e aos membros de seu partido;
- O direito de concorrer nas eleições de 2018 até que todos os recursos pendentes sejam julgados em um processo justo e a condenação tenha se tornado definitiva.

O fundamento legal à concessão da medida está previsto no art. 25, b, do PIDCP, garantindo ao cidadão o direito de votar e ser eleito, sem restrições infundadas.

O voto do eminente ministro Barroso, em síntese, aduziu os seguintes argumentos para afastar a orientação do Comitê e a incidência do art. 16-A da Lei das Eleições:

- O Comitê de Direitos Humanos é órgão administrativo, desprovido de competência jurisdicional;
- O Primeiro Protocolo Facultativo ao PIDCP não foi incorporado na ordem interna brasileira por meio de Decreto Presidencial;
- A medida cautelar conflita com a Lei da Ficha Limpa, compatível com a Constituição de 1988, não podendo ser tida como uma *restrição infundada* ao direito de se eleger;
- O Brasil é um Estado Democrático de Direito, com cargos do Poder Judiciário providos por concurso público sem vinculação partidária, não sendo plausível o argumento de perseguição política;

- O candidato deve ser considerado, com o propósito de manter a coerência do sistema, *sub judice* somente se obtiver o afastamento da inelegibilidade no processo que a ela deu origem ou pelo menos a suspensão dos efeitos da decisão colegiada naquele mesmo processo.

Sendo assim, o voto do eminente ministro Fachin fundou-se nas seguintes *premissas*:

- A existência de uma causa de inelegibilidade obstaculiza o deferimento do pedido de registro de candidatura;
- A Medida Cautelar exarada pelo Comitê de Direitos Humanos do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos paralisa a eficácia da decisão que indefere o registro, garantindo ao requerente, de forma provisória, o direito de gozar e exercer seus direitos políticos como candidato à eleição presidencial;
- A decisão do Comitê de Direitos Humanos irradia efeitos internos no Brasil, já que o próprio texto constitucional define o momento a partir do qual um tratado de direitos humanos passa a ter efeito, isto é, o do depósito do instrumento de ratificação, momento a partir do qual o Estado Brasileiro torna-se parte de um tratado internacional. Ademais, o direito de petição ao Comitê é protegido pela própria Constituição.

A conclusão do voto, por sua vez, foi no seguinte sentido:

Em suma, assento a inelegibilidade do interessado, com o conseqüente indeferimento do pedido de registro da candidatura respectiva, contudo, se impõe, em caráter provisório, reconhecer, em face da medida provisória concedida no âmbito do Comitê de Direitos Humanos do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, e do parágrafo 2º do art. 5º da Constituição da República, que ao requerente foi garantido o direito, mesmo estando preso, de se candidatar às eleições presidenciais de 2018.

3. A não vinculação e obrigatoriedade da decisão do comitê de direitos humanos

Um dos argumentos para não ser atribuída força vinculante à decisão do Comitê de Direitos Humanos foi o de que não estaria em vigor, no Brasil, o Primeiro Protocolo Facultativo ao Pacto, pois a publicação do documento no Diário Oficial da União (DOU) pelo Poder Executivo nunca teria ocorrido. Ainda que o Protocolo Facultativo tenha sido aprovado pelo Congresso Nacional por meio do Decreto Legislativo nº. 311/2009, publicado no DOU de 17 de junho de 2009, este não teria sido promulgado por Decreto Presidencial. Essa compreensão foi adotada pelo Supremo Tribunal Federal no CR nº. 8277 AgR / Argentina, Rel. Min. Celso de Mello, j. em 17 de junho de 1998.

Equivale dizer, apesar de vigente internacionalmente, que o Primeiro Protocolo Facultativo, o qual prevê a possibilidade de reclamações ao Comitê, não estaria vigente na ordem interna brasileira. A situação é inusitada e contraditória.

Defende-se, fazendo coro à doutrina de Mazzuoli (2011) e Trindade (2003), que os tratados e convenções, para serem aplicados no âmbito doméstico, dispensam a edição de decreto de execução presidencial:

[...] os tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil podem ser imediatamente aplicados pelo Poder Judiciário, com *status* de norma constitucional, independentemente de promulgação e publicação no Diário Oficial da União e independentemente de serem aprovados de acordo com a regra do § 3º do art. 5º da Constituição. Tais tratados, de forma idêntica à que se defendia antes da entrada em vigor da EC 45/2004, continuam dispensando a edição de decreto de execução presidencial para que irradiem seus efeitos tanto no plano interno como no plano internacional, uma vez que têm aplicação imediata no ordenamento jurídico brasileiro. Quaisquer outros problemas relativos à aplicação dos tratados de direitos humanos no Brasil não são problemas de direito, mas sim - como diz Cançado Trindade - de falta de vontade (*animus*) por parte dos poderes públicos, notadamente do Poder Judiciário. (MAZZUOLI, 2011, p. 70).

Ainda, não se pode olvidar que a nossa Constituição Federal estabelece que nas relações internacionais o Brasil deve dar prevalência aos direitos humanos (art. 4º, II). Além disso, é competência exclusiva do Congresso Nacional resolver sobre tratados, acordos ou atos internacionais (art. 49, I, da Constituição Federal), o que se perfectibiliza com a promulgação do Decreto Legislativo no DOU, exatamente como aconteceu com o Decreto 311, de 17 de junho de 2009, que aprovou o Primeiro Protocolo Facultativo ao PIDCP.

Ademais, a Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados, cuja vigência no âmbito interno brasileiro não se discute já que houve a promulgação desta no Decreto Presidencial nº. 7.030, de 14 de dezembro de 2009, estabelece em seus artigos 24 e 26 que um tratado internacional entra em vigor nos termos e na data nele previstos, devendo ser cumprido de boa-fé.

Portanto, ainda que não se concorde com o entendimento da dispensa do Decreto Presidencial para vigência do Protocolo Facultativo no Brasil, no mínimo, ao não se submeter ao decidido pelo Comitê de Direitos Humanos, a decisão do Tribunal Superior Eleitoral (TSE) descumpriu a Convenção de Viena.

Por derradeiro, como ensina Mazzuoli (2011), é inegável que o sistema de direitos e garantias possui uma dupla fonte normativa, ou seja, direito interno e direito internacional. Em caso de dúvida na interpretação e na aplicação, a preferência deverá ser reconhecida em favor daquele que é protegido:

E esta dualidade de fontes que alimenta a completude do sistema significa que, em caso de conflito, deve o intérprete optar preferencialmente pela fonte que proporciona a norma mais favorável à pessoa protegida (princípio internacional pro homine), pois o que se visa é a otimização e a maximização dos sistemas (interno e internacional) de proteção dos direitos e garantias individuais. Poderá, inclusive, o intérprete, aplicar ambas as normas aparentemente antinômicas conjuntamente, cada qual naquilo que tem de melhor à proteção do direito da pessoa, sem que precise recorrer aos conhecidos (e, no âmbito dos direitos humanos, ultrapassados) métodos tradicionais de solução de antinomias (o hierárquico, o da especialidade e o cronológico). (MAZZUOLI, 2011, p. 30).

4. A nova interpretação dada ao art. 16-A da lei no. 9.504/97 durante o processo eleitoral

O Tribunal Superior Eleitoral, ao indeferir a candidatura à presidência da república do ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva, por incurso na hipótese de inelegibilidade prevista no art. 1º, I, e, 1 e 6, da LC nº. 64/90, concluiu não ser aplicável o art. 16-A da lei nº. 9.504/97, a qual assim prevê:

Art. 16-A. O candidato cujo registro esteja sub *judice* poderá efetuar todos os atos relativos à campanha eleitoral, inclusive utilizar o horário eleitoral gratuito no rádio e na televisão e ter seu nome mantido na urna eletrônica enquanto estiver sob essa condição, ficando a validade dos votos a ele atribuídos condicionada ao deferimento de seu registro por instância superior. (BRASIL, 1997).

O argumento do ministro Barroso para não incidência foi o de manter a coerência do sistema, reconhecendo que o candidato deixa de ser considerado *sub judice* a partir do momento em que sobrevém decisão do órgão colegiado da Justiça Eleitoral (Tribunal Regional Eleitoral ou Tribunal Superior Eleitoral) por meio do qual o registro é indeferido.

Ao final, concedeu-se prazo de dez dias para substituição e vedou-se a prática de atos de campanha, veiculação de propaganda eleitoral no rádio e na televisão e determinou-se a retirada do nome de Luiz Inácio Lula da Silva da programação da urna eletrônica.

Em que pese a louvável preocupação, o alibi da coerência não se sustenta pelos motivos que serão adiante analisados: 1) Sobreposição de atos de registro e campanha; e 2) Vedação pelo Supremo Tribunal Federal de viragem jurisprudencial no curso do processo eleitoral.

Sobreposição de atos de registro e campanha

Consoante à legislação eleitoral atual, os candidatos tinham o prazo de até o dia 15 de agosto de 2018 para protocolarem seus pedidos de registro de candidatura, já que no dia 16 de agosto de 2018 começariam os atos de propaganda. Isto se dá porque a jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral sempre garantiu ao candidato a realização de atos de campanha e a manutenção de seu nome na urna, para evitar dano irreversível ao candidato no caso de lograr êxito em seu apelo.

Por essa razão, o art. 16-A da Lei das Eleições funciona como uma espécie de tutela provisória ao direito fundamental de concorrer a cargo eletivo. Admite-se que os candidatos que estejam discutindo seu registro participem da campanha e recebam votos por conta e risco, já que, eventualmente, no futuro, possam ter sua candidatura indeferida e, conseqüentemente, seus votos anulados.

Vedação pelo supremo tribunal federal de viragem jurisprudencial no curso do processo eleitoral

A busca por um cenário estabilizado, com as regras do jogo definidas antes de iniciado o processo eleitoral, é o núcleo do princípio da anterioridade previsto no art. 16 da Constituição Federal, o qual proíbe a entrada em vigor de lei que altere o processo eleitoral até um ano antes da data de sua vigência. Esse princípio compreende a vedação de mudanças radicais na jurisprudência, consoante decidido pelo Supremo Tribunal Federal:

[...] II. MUDANÇA DA JURISPRUDÊNCIA EM MATÉRIA ELEITORAL. SEGURANÇA JURÍDICA. ANTERIORIDADE ELEITORAL. NECESSIDADE DE AJUSTE DOS EFEITOS DA DECISÃO. Mudanças radicais na interpretação da Constituição devem ser acompanhadas da devida e cuidadosa reflexão sobre suas conseqüências, tendo em vista o postulado da segurança jurídica. Não só a Corte Constitucional, mas também o Tribunal que exerce o papel de órgão de cúpula da Justiça Eleitoral devem adotar tais cautelas por ocasião das chamadas viragens jurisprudenciais na interpre-

tação dos preceitos constitucionais que dizem respeito aos direitos políticos e ao processo eleitoral.

[...] Assim, as decisões do Tribunal Superior Eleitoral que, no curso do pleito eleitoral (ou logo após o seu encerramento), que impliquem mudança de jurisprudência (e dessa forma repercutam sobre a segurança jurídica), não têm aplicabilidade imediata ao caso concreto e somente terão eficácia sobre outros casos no pleito eleitoral posterior. (BRASIL, 2012, grifo nosso).

Nessa ocasião, o STF assentou, em sede de repercussão geral, que as decisões tomadas pelo TSE, fossem no curso do processo eleitoral ou depois dele, que viessem a alterar brusca-mente a jurisprudência até então na Corte, não teriam aplicação imediata, podendo apenas ser incididas em relação ao futuro pleito.

O voto do ministro Barroso para alteração da jurisprudência fundamentou-se nos ED-Respe nº. 139-25, Rel. ministro Henrique Neves, j. de 28 de novembro de 2016, que, no seu entender, revelava uma mudança no entendimento do conceito de *sub judice*.

Ocorre que as situações jurídicas colocadas como equivalentes são absolutamente diferentes. Na decisão apontada, o TSE apenas reconheceu que a decisão que cassa diploma após as eleições não necessitaria aguardar trânsito em julgado para realizar novas eleições.

A decisão do registro de Lula, no entanto, foi proferida antes das eleições. A diferença pode parecer apenas cronológica, mas não é. Esse aspecto foi colocado em evidência pelo voto da ministra Rosa Weber que, apesar de indeferir o registro de Lula, reconhecia que a ele assistia o direito de realizar campanha e manter seu nome na urna até eventual decisão definitiva de indeferimento da candidatura.

Dessa forma, desconstituiu-se o sustentado pelo ministro Tarcísio Vieira de que, no caso de renovação de eleições, não haveria a necessidade de esperar o trânsito em julgado e que o mesmo deveria ser aplicado ao indeferimento do registro. A ministra ainda explicou que eleições anuladas depois de realizadas encerram **decisão retrospectiva**, sendo que todos os candida-

tos concorreram, *sub judice* ou não. Situação diametralmente oposta seria, **de forma prospectiva**, eliminar sumariamente candidato da disputa, sem que esse pudesse realizar atos de campanha e ter seu nome na urna. Nessa hipótese, mesmo que obtivesse êxito em recurso no STF, não haveria utilidade alguma. Contudo, o entendimento da ministra Rosa Weber não prevaleceu.

5. Considerações finais

A análise empreendida ao longo do presente artigo permite concluir que a decisão do Tribunal Superior Eleitoral, o qual indeferiu sumariamente candidatura de postulante à Presidência da República, representa perigoso precedente, em função dos seguintes motivos:

- Põe em evidência a pouca importância dada aos tratados e convenções internacionais pelo Poder Judiciário, sem considerar que o descumprimento das recomendações dos órgãos de controle e das supervisões internacionais geram a violação dos direitos consagrados na própria Constituição Federal;
- Implementa alteração na jurisprudência após inaugurado o processo eleitoral, em afronta ao que foi decidido pelo Supremo Tribunal Federal em sede de repercussão geral;
- Proíbe a realização de atos de campanha, participação no horário eleitoral e colocação do nome do candidato na urna, causando lesão irreparável ao candidato que venha a obter provimento de seu recurso;
- Restringe indevidamente o pleno exercício dos direitos políticos em afronta ao poder democrático;
- Gera grave instabilidade no cenário eleitoral ao decidir em *prospectiva*, apesar de ter invocado razões de coerência e segurança jurídica;

- Estabelece odiosa distinção de tratamento entre candidaturas em eleições gerais e em eleições municipais em violação à isonomia e ao duplo grau de jurisdição naqueles casos nos quais a competência originária é reservada aos tribunais.

Referências

- ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. Tradução Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- ARAS, Vladimir. O caso Lula vs. Brasil. **Portal Blog do Vlad**, 18 ago. 2018. Disponível em: <https://vladimiraras.blog/2018/08/18/o-caso-lula-vs-brasil>. Acesso em: 30 set. 2018.
- BRASIL. Câmara dos Deputados. Decreto Legislativo 311, de 16 de junho de 2009. Aprova o texto do Protocolo Facultativo ao Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, adotado em Nova Iorque, em 16 de dezembro de 1966, e do Segundo Protocolo Facultativo ao Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos com vistas à Abolição da Pena de Morte, adotado e proclamado pela Resolução nº 44/128, de 15 de dezembro de 1989, com a reserva expressa no art. 2º. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 17 de junho de 2009a.
- BRASIL. Decreto nº. 7.030, de 14 de dezembro de 2009. Promulga a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, concluída em 23 de maio de 1969, com reserva aos Artigos 25 e 66. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 15 de dezembro de 2009b.
- BRASIL. Decreto-Lei nº. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 31 de dezembro de 1940.
- BRASIL. Lei Complementar nº. 135, de 4 de junho de 2010. Altera a Lei Complementar nº 64, de 18 de maio de 1990, que estabelece, de acordo com o § 9º do art. 14 da Constituição Federal, casos de inelegibilidade, prazos de cessação e determina outras providências, para incluir hipóteses de inelegibilidade que visam a

proteger a probidade administrativa e a moralidade no exercício do mandato. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 07 de junho de 2010.

BRASIL. Lei Complementar nº. 64, de 18 de maio de 1990. Estabelece, de acordo com o art. 14, § 9º da Constituição Federal, casos de inelegibilidade, prazos de cessação, e determina outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 21 de maio de 1990.

BRASIL. Lei nº. 9.504, de 30 de setembro de 1997. Estabelece normas para as eleições. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 01 de outubro de 1997.

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. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 04 de março de 1998.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 637.485/RJ**. Recurso extraordinário. Repercussão geral. Reeleição. Prefeito. Interpretação do art. 14, § 5º, da constituição. Mudança da jurisprudência em matéria eleitoral. Segurança jurídica. I. Reeleição. Municípios. Interpretação do art. 14, § 5º, da constituição. Prefeito. Proibição de terceira eleição em cargo da mesma natureza, ainda que em município diverso. Relator: Min. Gilmar Mendes, 01 de agosto de 2012. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3823598>. Acesso em: 30 set. 2018.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005.

DIAS, Joelson Dias; JUNQUEIRA, Ana Luísa Cellular. Caso Lula: crônica de mais um descumprimento de decisão internacional anunciado? **Portal Jota**, 27 ago. 2018. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/caso-lula-cronica-de-mais-um-descumprimento-de-decisao-internacional-anunciado-27082018>. Acesso em: 30 set. 2018.

FERREIRA, Marcelo Ramos Peregrino Ramos. **O Controle de Convencionalidade da Lei da Ficha Limpa: Direitos Políticos e Inelegibilidades.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

FLORES, Cristiano Vilhalba. **Controle de Convencionalidade.** Curitiba: Juruá, 2018.

GOMES, José Jairo. **Direito Eleitoral.** São Paulo: Atlas, 2011.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **O Controle Jurisdicional da Convencionalidade das Leis.** 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos Fundamentais: Trunfos contra a Maioria.** Coimbra: Coimbra, 2006.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Tratado de direito internacional dos direitos humanos.** v. III. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003.

ZILIO, Rodrigo Lopez. **Direito Eleitoral.** Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2008.

A LEGITIMIDADE ATIVA DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL PARA A AÇÃO CIVIL PÚBLICA

Fernanda Rosa Coelho¹

¹ Bacharelada em Direito pela Fundação Escola Superior do Ministério Público (FMP). Bolsista do Grupo de Estudos do Projeto de Pesquisa Garantias Processuais Cíveis dos Bens Transindividuais do Programa de Pós-Graduação em Direito da FMP coordenado pelo Prof. Dr. Handel Martins Dias e vinculado no CNPq ao Grupo de Estudos Tutelas à Efetivação dos Direitos Transindividuais. E-mail: nandarosa.coelho@gmail.com

Resumo

Por meio da revisão da legislação e da doutrina nacional, bem como da jurisprudência dos tribunais superiores, utilizando-se do método dedutivo, o presente estudo busca analisar precisamente a legitimidade da Ordem dos Advogados do Brasil para propositura de ação civil pública em defesa dos direitos transindividuais. Inicialmente, trata-se da sistematização, da conceituação dos direitos transindividuais, positivados na Constituição Federal de 1988, e do chamado microsistema processual coletivo, o qual é constituído de instrumentos e mecanismos próprios para tutela desses novos direitos. Dentre eles está a ação civil pública. Ainda sobre a temática, analisar-se-á também os aspectos acerca da legitimidade e da representatividade adequada dos direitos difusos, coletivos *stricto sensu* e individuais homogêneos, culminando com a abordagem específica desses aspectos frente à Ordem dos Advogados do Brasil.

Palavras-chave: Legitimação extraordinária. OAB. Processo justo. Tutela coletiva.

Abstract

Through the revision of national legislation and doctrine, as well as the jurisprudence of the higher courts, using the deductive method, the present study seeks to analyse precisely the legitimacy of the Ordem dos Advogados do Brasil for the filing of a public civil action in defense of transindividual rights. Initially the systematization and conceptualization of transindividual rights, in the 1988 federal constitution, as well as the called collective process microsystem, constituting instruments and mechanisms for protecting these new rights, among them the public civil action. Within this theme, will be analyzed the aspects of legitimacy and adequate representation of diffuse rights, *stricto sensu* collective rights and homogeneous individual rights, culminating with the specific approach of this aspect to the OAB.

Keywords: Extraordinary legitimation. OAB. Fair Process. Collective protection.

1. Introdução

A partir da metade do século XX, em muito apoiada na evolução do Estado Social e Democrático, há uma mudança na estrutura da sociedade que evidencia os direitos transindividuais. Essa nova categoria de direitos, reflexo de uma sociedade complexa com características que transcendem o indivíduo, tem seus titulares marcados, muitas vezes, pela indeterminabilidade. Com o advento da Constituição Federal de 1988 os direitos transindividuais foram positivados como direitos fundamentais, realçando a necessidade do aperfeiçoamento e da criação de instrumentos aptos a tutelar adequadamente esses novos conflitos no ordenamento jurídico brasileiro, formando um verdadeiro microsistema do processo coletivo.

Dotado de particularidades que o distingue do tradicional processo individual, esse microsistema processual coletivo traz consigo normas e princípios próprios que visam estabelecer um devido processo legal coletivo. Pode-se destacar, dentre outros, o princípio da informação e publicidade adequada, o princípio da coisa julgada diferenciada e o princípio da adequada representação. Este último, candente dentro da temática da tutela de direitos transindividuais, refere-se à legitimidade e representatividade desses direitos coletivos, os quais, no Brasil, contam com previsão legal expressa na legislação pertinente, sem embargo da celeuma doutrinária e jurisprudencial no tocante à ampliação da defesa dos interesses da coletividade.

Uma das polêmicas gira em torno da legitimação extraordinária da Ordem dos Advogados do Brasil, a qual não se encontra no rol legal do art. 5º da lei nº. 7347/1985, tampouco na redação do art. 82 do Código de Defesa do Consumidor. O objetivo da presente pesquisa consiste precisamente em analisar as questões atinentes à legitimidade *ad causam* da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) para propositura de ações civis públicas que versem sobre interesses e direitos difusos, coletivos *stricto sensu* e individuais homogêneos. Para isso, de início abordar-se-á a positivação dos direitos transindividuais como direitos fundamentais pela Constituição Federal, explicando, de

forma breve, como se dá a tutela de tais direitos por meio das ações coletivas. Ato contínuo, analisar-se-á a legitimidade ativa definida prevista na legislação para processos coletivos em contraponto com a visão individualista do processo civil. Por fim, será examinada especificamente a legitimidade ativa da OAB para a propositura de ações civis públicas, realçando-se entendimento firmado pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ) em julgamento recente em sede de recurso especial.

2. Os direitos transindividuais como direitos fundamentais

Os direitos fundamentais são tradicionalmente classificados em três dimensões², as quais são separadas apenas como referências histórica e cronológica do seu surgimento e da sua recepção no âmbito constitucional mundial. Em breve síntese, pode-se dizer que os direitos de primeira dimensão realçam o princípio da liberdade individual, impondo ao Estado um dever de abstenção e não fazer. Com a segunda dimensão surgem os direitos sociais, em consonância com o princípio da igualdade, os quais exigem, então, a intervenção do Estado para suprir as carências das prestações sociais, como saúde, educação, trabalho, habitação, entre outros. Por fim, a terceira dimensão consagra os princípios da solidariedade e da fraternidade, concebendo direitos cujo sujeito deixa de ser o indivíduo ou a sociedade e passa a ser o gênero humano, sendo de titularidade difusa ou coletiva, como é o caso do direito ao meio ambiente hígido, por exemplo (GUERRA FILHO, 2009, p. 43). Nesta última encontram-se os direitos transindividuais, positivados com a Constituição Federal de 1988 e, posteriormente, com maior profundidade, com o Código de Defesa do Consumidor (lei nº. 8.078/90), que,

2 A doutrina tem reconhecido a existência de direitos de quarta dimensão e, até mesmo, de quinta dimensão. Segundo Norberto Bobbio (1992), os direitos de quarta dimensão seriam aqueles relacionados à engenharia genética, enquanto Paulo Bonavides (2006) defende que tal dimensão relaciona-se com a globalização política, democracia, informação e pluralismo. Ainda, defende Bonavides que o direito à paz poderia ser considerado como um direito de quinta dimensão.

embora traga regras de direito subjetivo individual, firmou substanciais regras de proteção de direitos metaindividuais.

De grande importância para todo o sistema de defesa dos direitos coletivos, o Código de Defesa do Consumidor trouxe, no parágrafo único do art. 81, a definição de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos. Assim, entendem-se por direitos difusos os direitos transindividuais de natureza indivisível dos quais sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato. São grandes exemplos desta categoria o direito a um meio ambiente equilibrado e sadio e o direito a não ser exposto à propaganda abusiva e enganosa. Note-se a dificuldade em identificar precisamente quem são os detentores do direito subjetivo em voga, sendo seu titular a coletividade abstratamente considerada e ligada pelas circunstâncias de fato. Por atingir e pertencer a toda coletividade, seu objeto é indivisível. Assim, por exemplo, o direito ao meio ambiente hígido não poderá ser quantificado nem dividido entre os membros da coletividade.

Já os direitos coletivos são aqueles transindividuais de natureza indivisível dos quais são titulares grupos, categorias ou classes de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base. Essa categoria, também chamada de direitos coletivos *stricto sensu*, possui grande afinidade com os direitos difusos no que tange, principalmente, à indivisibilidade do seu objeto. Aqui, no entanto, os titulares, embora indeterminados, são determináveis enquanto grupo, classe ou categoria. A ligação jurídica da qual trata o dispositivo legal se dá entre os participantes do grupo, como, por exemplo, os membros de uma entidade de classe ou então pela sua relação com a parte contrária, como os clientes de um mesmo banco.

Por fim, os interesses ou direitos individuais homogêneos são os decorrentes de origem comum. Aqui os direitos protegidos são individuais, de titulares determinados ou, no mínimo, determináveis, porém tutelados de forma coletiva. São identificados como homogêneos por decorrerem de uma origem comum, normalmente oriundos das mesmas circunstâncias de

fato, nos quais há a prevalência das questões comuns sobre as individuais³.

3. A tutela dos direitos transindividuais por ação coletiva

Tendo em vista o caráter individual com o qual o direito era tratado, fez-se necessária a criação de meios de instrumentalização e efetivação desses novos direitos. Assim, a tutela de tais direitos constitucionalmente protegidos deu-se por uma série de leis que foram aperfeiçoadas e complementadas progressivamente com o passar do tempo. O marco inicial foi a Lei da Ação Popular (lei nº. 4.717/65). Em 1985, com a aprovação da Lei da Ação Civil Pública (lei nº. 7.347/85), ampliou-se o objeto e o tratamento dispensado à tutela processual dos direitos coletivos, sendo esta consolidada com a promulgação da Constituição Federal em 1988. Em 1990, o Código de Defesa do Consumidor (CDC) aprimorou e complementou a tutela dos direitos transindividuais, criando, juntamente com a Lei da Ação Civil Pública, um verdadeiro sistema consoante à previsão, no art. 117, da autorização do uso das suas disposições aos direitos tutelados pela lei nº. 7.347/85, e acrescentando-lhe o art. 21, o qual reforça esta ideia. Essas duas leis formam, deste modo, a base do microsistema processual coletivo. Outro dispositivo importante é o art. 83 do CDC, o qual prevê a máxima amplitude da tutela jurisdicional coletiva ao dispor que serão admitidas todas as espécies de ações capazes de propiciar adequada e efetiva tutela dos direitos coletivos, garantindo ampla interpretação e proteção desses direitos.

³ Há uma pluralidade de pessoas atingidas, de modo que a formação de um litisconsórcio torna-se inviável. Diferentemente dos direitos coletivos *stricto sensu*, a relação entre as partes é *post factum*, ou seja, após o ato lesivo, não ensejando necessariamente uma relação jurídica entre eles. Por este motivo, leciona Moreira (1991, p. 187) que estes seriam direitos acidentalmente coletivos, enquanto os direitos difusos e coletivos *stricto sensu* seriam essencialmente coletivos. Zavascki (2009, p. 33-34) também diferencia a tutela de direitos coletivos, difusos e coletivos *stricto sensu*, da tutela coletiva de direitos quando tratam-se dos individuais homogêneos, em razão da sua natureza de direito subjetivo individual.

Assim, além da relação já expressa entre o Código de Defesa do Consumidor e a Lei da Ação Civil Pública, as leis que tratam de ações coletivas, como Lei da Ação Popular, o Estatuto da Criança e do Adolescente (lei nº. 8.069/90), o Estatuto do Idoso (lei nº. 10.741/2003), a Lei da Improbidade Administrativa (lei nº. 8.429/92), entre outros, complementam a proteção dos direitos e interesses difusos, coletivos *stricto sensu* e individuais homogêneos. Por meio deste microsistema, os diplomas que tratam da tutela coletiva são intercambiantes entre si, apresentando uma intertextualidade intrasistemática e assumindo-se incompletos para aumentar sua flexibilidade e durabilidade em uma realidade pluralista, complexa e dinâmica (DIDIER JUNIOR; ZANETTI JUNIOR, 2011, p. 53). A aplicação do Código de Processo Civil é apenas residual, devendo o intérprete primeiramente examinar, por meio de uma interpretação sistemática, se há no próprio microsistema norma melhor ou mais adequada para a efetivação dos direitos sob tutela.

Nesse microsistema, o próprio processo coletivo ganha normas e princípios próprios, de forma a estabelecer um devido processo legal coletivo, regido por alguns objetivos centrais, como a ampliação do acesso à justiça, a economia judicial e processual, a maior segurança jurídica e o efetivo equilíbrio entre as partes. Também pode-se extrair do devido processo coletivo alguns princípios autônomos do direito processual coletivo, os quais distinguem-se dos seus correlatos na tutela individual, quais sejam, o princípio da adequada representação, o princípio da competência adequada, o princípio da certificação adequada, o princípio da informação e publicidade adequada e o princípio da coisa julgada diferenciada (DIDIER JUNIOR; ZANETTI JUNIORS, 2011, p. 114)⁴.

4 Além destes princípios os autores também apontam o princípio da primazia do conhecimento do mérito do processo coletivo, o princípio da indisponibilidade da demanda coletiva, o princípio do microsistema: aplicação integrada das leis para a tutela coletiva, o princípio da reparação integral do dano, o princípio da não-taxatividade e atipicidade (máxima amplitude) da ação e do processo coletivo e o princípio do ativismo judicial (DIDIER JUNIOR; ZANETTI JUNIORS, 2011, p. 114). Ressalta-se que o Projeto de Código Brasileiro de Processo Coletivos da USP apresenta uma enumeração de princípios em seu art. 2º.

4. A legitimidade estabelecida pela lei nº. 7.347/85

Um dos aspectos mais discutidos da tutela jurisdicional coletiva é a legitimação que represente adequadamente os interesses dos substituídos. No Brasil, o legislador preferiu indicar expressamente o rol dos legitimados, adotando uma solução eclética por meio da legitimação do particular (qualquer cidadão, na ação popular), da legitimação de pessoas jurídicas de direito privado (sindicatos, associações, partidos políticos) e da legitimação de órgãos do Poder Público (Ministério Público, Defensoria Pública, União, Estados, Distrito Federal, Municípios, autarquias, empresas públicas, fundações e sociedades de economia mista). A combinação entre as legitimações apresenta uma maior amplitude, englobando, concorrentemente, as diversas soluções adotadas em outros países e apresentando-se como uma verdadeira e autêntica política de liberação dos mecanismos de legitimação *ad causam* (DIDIER JUNIOR; ZANETTI JUNIOR, 2011, p. 207). Assim, a legitimação coletiva é caracterizada como concorrente e disjuntiva; concorrente porque mais de um sujeito de direito está autorizado a propor a ação coletiva e disjuntiva porque cada legitimado pode agir independentemente da vontade dos demais legitimados, sendo facultado o litisconsórcio entre eles.

Os legitimados, para a propositura da ação civil pública, estão disciplinados no art. 5º da lei nº. 7.347/85 e são eles o Ministério Público, a Defensoria Pública, os entes da federação (União, Estados, Distrito Federal e Municípios), os órgãos da administração indireta e as associações⁵. Em que pese o amplo rol de legitimados para propositura da ação civil pública, a atuação do Ministério Público ainda é predominante no ajuizamento de tais ações, sendo que, frequentemente, outros legitimados limitam-se a apresentar denúncias perante o *parquet*. Ainda assim,

5 Tal dispositivo ainda traz como requisito para a legitimidade, no caso das associações, a constituição destas há pelo menos um ano e a inclusão, entre suas finalidades institucionais, da proteção ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência, ou ao patrimônio artístico, estético, histórico e paisagístico.

mesmo ao não figurar como autor nas ações coletivas, sua presença é obrigatória na condição de fiscal da ordem jurídica, nos termos do art. 5º, §1º, da lei nº. 7.347/1985 e do art. 92 da lei nº. 8.078/1990. Não obstante, segundo o disposto no art. 129, inciso III da Constituição Federal, pode o Ministério Público atuar na defesa de direitos individuais homogêneos sempre que haja manifesto interesse social evidenciado pela dimensão ou pelas características do dano, ainda que potencial, e seja acentuada a relevância social do bem jurídico a ser defendido (MAZZILLI, 2006, p. 181). Tal entendimento repercute na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, sendo, inclusive, sumulado no que tange à defesa de interesses de consumidores⁶.

Em sua origem, no sistema norte americano, o controle da representatividade adequada se verifica no caso concreto mediante análise de critérios como capacidade técnica e econômica do legitimado, seriedade e credibilidade. Desta forma, não basta o autor estar legitimado para ajuizar a ação, mas deve também demonstrar a sua aptidão para representar a classe de forma suficiente e adequada. Apesar de no ordenamento jurídico pátrio não haver qualquer previsão deste controle de representação adequada pelo magistrado, a doutrina entende que tal situação é possível, apoiada também na possibilidade instituída pelo art. 82, §1º, do Código de Defesa do Consumidor. Segundo este entendimento, constatada a ausência da representatividade adequada no caso concreto, a fim de evitar prejuízos aos interesses coletivos envolvidos, deve o juiz designar sua substituição pelo *parquet* ou até mesmo por outro legitimado apto a assumir sua posição no polo ativo do processo. Tal medida visa uma tutela jurisdicional efetiva, adequada e justa, em obediência ao princípio do devido processo legal coletivo.

5. A legitimidade ativa da ordem dos advogados do Brasil

O projeto da nova Lei da Ação Civil Pública (PL 5.139/09)⁷ trouxe algumas inovações e o aprimoramento de determinados institutos do processo coletivo, destacando-se, entre outros, o estabelecimento de princípios pertinentes ao processo civil coletivo, a derrogação da limitação territorial para a coisa julgada, a determinação de especialização de órgãos judiciais e de prioridade legal para os processos coletivos e o rol mais amplo e exemplificativo de legitimados (MENDES, 2012, p. 201). Contemplada neste novo rol dos legitimados ativos está a Ordem dos Advogados do Brasil.

Essa preocupação demonstra que não é recente a ideia de conferir-se legitimidade extraordinária à OAB para a proteção de direitos transindividuais. Na realidade, já em 1963 o Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil (EOAB) instituiu à Ordem a competência de representar os interesses gerais da classe dos advogados e de demais pessoas relacionadas ao exercício da profissão, disposição que foi mantida no Estatuto de 1994. Assim, é certa a sua atuação na defesa da classe dos advogados, visto que são cumpridos os requisitos legais para a representação adequada das associações. Porém, resta dúvida quanto à legitimidade da OAB para a propositura de ações coletivas em defesa de direitos coletivos diversos do grupo o qual representa em favor da coletividade de forma geral.

Essa discussão foi o objeto principal do Recurso Especial 1.423.825/CE, julgado pela 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, sob relatoria do Ministro Luis Felipe Salomão. No caso, a Ordem dos Advogados do Brasil Seção Ceará ajuizou ação civil pública em face de diversos bancos, buscando indenização por dano morais coletivos sob alegação de que o sistema de atendimento por eles adotado visava à maximização dos lucros

⁶ A Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça aprovou em 07 de Fevereiro de 2018 a súmula 601, com a seguinte redação: "O Ministério Público tem legitimidade ativa para atuar na defesa dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos dos consumidores, ainda que decorrentes da prestação de serviços públicos" (BRASIL, 2018).

⁷ Com a intenção de aprimorar e modernizar o microsistema processual coletivo, uma comissão formada por juristas especialistas, membros da magistratura, Defensoria Pública, Ministério Público e advocacia, concluem em 2009 o projeto da nova Lei da Ação Civil Pública (PL 5.139/09), cujo objetivo era que atuasse como uma Lei Geral de Processos Coletivos. Infelizmente, o avanço do processo coletivo foi novamente detido: o projeto de lei nº. 5.139/09 foi rejeitado pela Câmara dos Deputados em votação de 17 contra 14 (MENDES, 2012, p. 202).

mediante a redução do quadro de caixas e agências, acarretando no aumento do tempo de espera dos consumidores nas filas bancárias. No julgamento, o Superior Tribunal de Justiça assentou a legitimidade ativa da OAB para ajuizar ação civil pública em defesa dos consumidores a título coletivo, com reconhecimento de aptidão genérica da instituição para atuar em prol dos interesses supraindividuais, não se sujeitando à pertinência temática quanto à jurisdição coletiva⁸.

Em seu voto, o relator Ministro Luis Felipe Salomão sublinhou que, em razão da finalidade constitucional específica, da relevância dos bens jurídicos tutelados e do manifesto viés protetivo de interesse social, a legitimidade ativa da OAB não fica sujeita à exigência da pertinência temática no tocante à jurisdição coletiva, devendo-lhe ser reconhecida aptidão genérica para atuar em prol dos interesses transindividuais. Afirmou ainda que é prerrogativa da entidade proteger os direitos fundamentais de toda a coletividade, defender a ordem jurídica e velar pelos direitos difusos de expressão social, inclusive consumidores, inserindo, portanto, dentro de sua representatividade adequada, a harmonização desses interesses e a finalidade institucional da OAB. Dessarte, e a partir do disposto no art. 54, inciso XIV do Estatuto da OAB, o qual complementa a disposição do art. 44 da mesma lei, pode a Ordem dos Advogados do Brasil, na forma de seu Conselho Federal, propor ações diretas de inconstitucionalidade, mandados de segurança coletivos, mandados de injunção, ações civis públicas ou outras ações coletivas, a exemplo de suas seccionais, nos exatos limites de suas esferas de atuação.

A doutrina também já inclinava-se para o mesmo entendimento, de forma que a OAB, ao zelar pela observância dos direitos transindividuais, não estaria apenas defendendo garantias fundamentais dos próprios integrantes do grupo, mas de toda a coletividade, inserindo-se duplamente nos seus objeti-

vos, consoante ao disposto no art. 44, I e II do EOAB (MAZZILLI, 2006, p. 341). Ainda assim, o próprio EOAB prevê sua legitimidade para propositura de ação civil pública, tomando esta um caráter legal e não havendo, portanto, necessidade de comprovar a pertinência temática de suas finalidades ao ingressar em juízo (LOBO, 2015, p. 303).

Desta forma, acabou-se consagrando o já disposto no art. 105 da lei n.º. 8.906/94, em vista da finalidade institucional da Ordem dos Advogados do Brasil, a qual não se limita a simples regulamentação dos profissionais da advocacia, porquanto a ela cabe também zelar pela Constituição Federal e pelo Estado Democrático de Direito. Nesta esfera encontram-se inexoravelmente os direitos fundamentais coletivos *lato sensu*, cuja a defesa em juízo pode se dar, entre outros meios, por meio da propositura de ação civil pública. Supera-se, então, a taxatividade do rol previsto no art. 5º da lei n.º. 7.347/85, restando incontestes a legitimidade da OAB para propositura de ação civil pública em defesa dos interesses difusos de caráter geral, coletivos e individuais homogêneos, não sendo a ela exigido a pertinência temática específica, porquanto já presumida ante a finalidade constitucionalmente prevista para tal instituição.

6. Conclusão

Mesmo com toda legislação vigente formadora do chamado microsistema processual coletivo, a doutrina e a jurisprudência têm discutido alguns pontos polêmicos de sua aplicabilidade, tais como os efeitos da coisa julgada nas ações coletivas, a legitimidade e o controle judicial da representatividade adequada, evidenciando a evolução contínua dos conflitos de massa e a consequente necessidade de uma readequação da sua forma de tutela jurisdicional.

Um desses pontos, abordado em julgado recente pelo Superior Tribunal de Justiça, entende pela possibilidade da legitimidade da Ordem dos Advogados do Brasil para propositura de ação civil pública em defesa dos direitos transindividuais, *in casu* o direito dos consumidores, não sendo limitada à defesa

⁸ Anteriormente, o Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADI 3.026/DF sob relatoria do então Ministro Eros Grau já havia reconhecido a finalidade institucional da OAB consubstanciada no art. 44, inciso I da lei no. 8.906/94, diferenciando-a dos demais órgãos de fiscalização profissional, passando esta a ser considerada uma entidade de natureza jurídica *sui generis*, superando o entendimento predominante até então de que se tratava de uma autarquia especial e, portanto, parte da Administração Pública, subordinada a esta.

da classe dos advogados. Embora a decisão não deixe dúvida quanto à dita legitimização ativa da Ordem dos Advogados do Brasil, resta evidente a necessidade de reapreciação de todo o sistema processual coletivo, em busca de uma readequação e sistematização dos institutos de proteção dos direitos transindividuais, visando uma maior proteção dos direitos coletivos em razão de seu caráter fundamental e de sua relevância social.

Referências

ARENHART, Sérgio Cruz. **A tutela coletiva de interesses**

individuais: para além da proteção dos interesses individuais homogêneos. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

BOBBIO, Norberto. **A era dos Direitos.** Rio de Janeiro: Camus, 1992.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional.** 19. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2006.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei PL nº. 5.139, de 2009. Disciplina a ação civil pública para a tutela de interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos, e dá outras providências. 2009. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=651669.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial da União,** Brasília, DF, 5 out. 1988.

BRASIL. Lei nº. 10.741, de 1º de outubro de 2003. Dispõe sobre o Estatuto do Idoso e dá outras providências. **Diário Oficial da União,** Brasília, DF, 03 de outubro de 2003.

BRASIL. Lei nº. 4.717, de 29 de junho de 1965. Regula a ação popular. **Diário Oficial da União,** Brasília, DF, 05 de julho de 1965.

BRASIL. Lei nº. 7.347, de 24 de julho de 1985. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (VETADO) e dá outras

providências. **Diário Oficial da União,** Brasília, DF, 25 de julho de 1985.

BRASIL. Lei nº. 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. **Diário Oficial da União,** Brasília, DF, 16 de julho de 1990a.

BRASIL. Lei nº. 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. **Diário Oficial da União,** Brasília, DF, 12 de setembro de 1990b.

BRASIL. Lei nº. 8.429, de 2 de junho de 1992. Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências. **Diário Oficial da União,** Brasília, DF, 03 de junho de 1992.

BRASIL. Lei nº. 8.906, de 4 de julho de 1994. Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). **Diário Oficial da União,** Brasília, DF, 05 de julho de 1994.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4. Turma). **Recurso Especial 1.423.825/CE.** Relator: Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 7 nov. 2017, DJe 18 dez. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula 601. O Ministério Público tem legitimidade ativa para atuar na defesa de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos dos consumidores, ainda que decorrentes da prestação de serviço público. **Diário da Justiça,** Brasília, DF, 07 fev. 2018.

DIDIER JUNIOR, Fredie; ZANETI JUNIOR, Hermes. **Curso de Direito Processual Civil: Processo Coletivo.** v. 4. 6. ed. Salvador: Jus Podivm, 2011.

GIDI, Antonio. Legitimidade para agir nas ações coletivas. Doutrinas Essenciais de Processo Civil, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 9, p. 285-305, out-2011.

GONÇALVES, Marcus Vinícius Rios. **Tutela de Interesses Difusos e Coletivos.** 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; MULLENIX, Linda. **Os Processos Coletivos nos Países de Civil Law e Common**

Law: uma análise de direito comparado. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo constitucional e direitos fundamentais.** 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: SRS, 2009.

LENZA, Pedro. **Teoria Geral da Ação Civil Pública.** 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

LOBO, Paulo. **Comentários ao Estatuto da advocacia e da OAB.** São Paulo: Saraiva, 2015.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Ação civil pública:** em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo Estado de Direito.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil:** tutela dos direitos mediante procedimentos diferenciados. v. 3. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MAZZILLI, Hugo Nigro. A defesa dos interesses difusos em juízo. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2006

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. **Ações coletivas e meios de resolução de conflitos no direito comparado e nacional.** 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Ações coletivas na Constituição Federal de 1988. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 61, jan. 1991.

VITORELLI, Edilson. **O devido processo legal coletivo:** dos direitos aos litígios coletivos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

ZANETI JUNIOR, Hermes (coord.). **Processo coletivo.** Salvador: Jus Podivm, 2016.

ZAVASKY, Teori Albino. **Processo Coletivo:** tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

