

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

**COLETÂNEA**

**III SEMINÁRIO NACIONAL**  
**TUTELAS À EFETIVAÇÃO DE DIREITOS INDISPONÍVEIS**

**PORTO ALEGRE  
2017**



COLETÂNEA

**III SEMINÁRIO NACIONAL**  
**TUTELAS À EFETIVAÇÃO DE DIREITOS INDISPONÍVEIS**



**ANIZIO PIRES GAVIÃO FILHO  
ROGÉRIO GESTA LEAL  
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**

**III SEMINÁRIO NACIONAL  
TUTELAS À EFETIVAÇÃO DE DIREITOS INDISPONÍVEIS**



© FMP 2017

CAPA Caroline Pacheco

DIAGRAMAÇÃO: Liquidbook | tecnologias para publicação

REVISÃO DE TEXTO: Liquidbook | tecnologias para publicação

EDITOR: Rafael Martins Trombeta | 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

S471c Seminário Nacional Tutelas à Efetivação de Direitos Indisponíveis (3. : 2017 : Porto Alegre, RS)  
Coletânea do III Seminário Nacional Tutelas à Efetivação de Direitos Indisponíveis [recurso eletrônico] / Anízio Pires Gavião Filho, Rogério Gesta Leal, organizadores. – Dados eletrônicos – Porto Alegre: FMP, 2017. 448p.

Modo de acesso: <<http://www.fmp.edu.br/servicos/285/publicacoes/>>  
ISBN 978-85-69568-11-7

1. Direito. 2. Direitos Fundamentais. 3. Ativismo Judicial.  
I. Gavião Filho, Anízio Pires. II. Leal, Rogério Gesta. 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

# MORFOLOGIAS DISSONANTES DA DEMOCRACIA ASSALTADA POR HORIZONTES DE RISCOS CIVILIZATÓRIOS

O Programa de Mestrado em Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul traz a lume os resultados dos debates e trabalhos apresentados em seu III Seminário Nacional Tutelas à Efetivação de Direitos Indisponíveis, ocorrido nos dias 03 e 04 de maio de 2017, reunindo professores e alunos de vários programas de pós-graduação em Direito do Brasil, contanto com avaliação por pares e às cegas das teses acadêmicas defendidas que acorreram à seleção editalícia nos termos que o Comitê de Área da CAPES propugna.

A despeito do Programa ser novo – conta com apenas 03 anos de existência –, desde seus primeiros passos comprometeu-se em fomentar a reflexão crítica sobre os temas que se ocupa para além dos muros da instituição, convidando a comunidade jurídica a participar ativamente disto, resultando na apresentação de mais de 50 trabalhos submetidos a avaliação, sendo que apenas os eleitos com a melhor nota estão sendo publicados nesta edição.

Os objetos de ocupação epistêmica deste Seminário transitaram por aquilo que Beck conceitualizou como Sociedade de Riscos, demarcada a partir da distinção de uma primeira modernização, em termos de tempo histórico, que ocorre ao largo da industrialização, e criação da Sociedade de Massa da Revolução Industrial do século XVI em diante, em face de uma segunda modernização, na qual a Sociedade se orienta à globalização e às transformações tecnológicas. Neste último modelo societal o autor alemão também destaca a progressiva fratura que tem

sofrido o núcleo familiar da Sociedade Industrial, bem como a dinâmica de contaminação progressiva de muitas comunidades por valores mercantis que pressionam a individualização de comportamentos dos atores políticos (físicos e jurídicos), gerando cenários de extrema incerteza, confusão de valores, incredulidade nas instituições e pessoas.<sup>1</sup>

A complexidade das relações de mercado e os interesses econômicos – sempre presentes e agudizados no horizonte que propõe Beck – estão a fazer surgir outras modalidades de riscos que não se equiparam ao nível de tragédias ocorridas, por exemplo, em face das duas grandes guerras do século XX, mas que atingem de forma muito dura, e por vezes difusa, milhões de pessoas, alcançando preocupantes estratos de dignidade da vida cotidiana dos cidadãos, como é o caso da corrupção que desvia os recursos públicos, que inviabilizam diretamente políticas públicas de efetivação de garantias sociais, e ao mesmo tempo fragilizam a confiança da Sociedade nas instituições democráticas, danos e perigos ambientais, aos consumidores, dentre outros.

Vai se configurando nesta Sociedade de Riscos o que podemos chamar de *metamorfoses do perigo*, difícil de delimitar e controlar, basta vermos o colapso dos mercados internacionais e nacionais e o que isto provoca nas relações sociais e institucionais (crescimento econômico excludente sem desenvolvimento social); serviços públicos deficitários em termos de Direitos Fundamentais Sociais (o caso da saúde pública); insegurança jurídica e desordem social, cumuladas com violência urbana e impunidades.<sup>2</sup>

---

1 Tratamos disto no texto LEAL, Rogério Gesta. *A Responsabilidade penal do patrimônio ilícito como ferramenta de enfrentamento da criminalidade*. Porto Alegre: FMP, 2017, acesso em <http://www.fmp.edu.br/servicos/285/publicacoes/>. Ver em especial o texto de BECK Ulrich. *La società cosmopolita. Prospettive dell'epoca postnazionale*. Roma: Il Mulino, 2003. Diz o autor que: *Mentre nella società industriale dominava la logica della ricchezza perseguita per liberarsi dalla povertà, la logica del rischio domina la Riskogesellschaft, dove in nome del progresso vengono compiute scelte con conseguenze imprevedibili*. (p.12).

2 Ver neste sentido outros textos de BECK, Ulrich. *¿Qué es la globalización? Falacias del globalismo, respuestas a la globalización*, trad. Bernardo Moreno y M.a Rosa Borrás, Barcelona, Paidós, 2001; – *La democracia y sus enemigos*, trad. Daniel Roberto Álvarez, Barcelona, Paidós, 2000; – *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad*, trad. Jorge Navarro, Daniel Jiménez y M.a Rosa Borrás, Barcelona, Paidós, 1998; – “Teoría de la sociedad del riesgo”. In *Las consecuencias perversas de la modernidad*, AA. VV., trad. Celso Sánchez Capdequí, Barcelona, Anthropos, 1996.

Por tudo isto, revela-se inafastável a possibilidade que instituições públicas e privadas sejam atingidas – direta e indiretamente –, pois o conceito de risco como relação entre acidente x probabilidade toma a forma de cálculo de probabilidade, o qual não pode deixar de lado situações piores das que se encontram e são prenunciadas por aquilo que deveria ser somente possibilidade; pela natureza periculosa e iminente do risco e do perigo, exsurtem reações sociais e institucionais as mais diversas (violentas, apressadas, autoritárias, equivocadas, dentre outras), em busca intensa de responsabilizar, mas fundamentalmente evitar a ocorrência de males que sequer consegue prever em termos de causas e consequências.<sup>3</sup>

Estamos diante de Estados de Exceção – fáticos e normativos – à ordem, segurança, estabilidade das relações pessoais e institucionais, previsibilidade de condutas e comportamentos, estabelecida pelos marcos constitucionais e infraconstitucionais a muito custo forjados pela civilização contemporânea (notadamente Ocidental).

Em termos históricos e mesmo filosóficos, já no ano de 1940, Walter Benjamin dissera que na tradição da história dos oprimidos sempre se ensinou que o Estado de Emergência em que vivemos evidencia a regra da organização do poder político e de seu exercício.<sup>4</sup> E como tal, este conceito encontra-se em linhas fronteiriças da política e do direito, o que evidenciamos em situações concretas e hodiernas de guerra civil, direito de resistência, desobediência civil.

Um dos estudos mais bem articulados sob o ponto de vista filosófico sobre este conceito de Estado de Exceção é sem sombra de dúvidas o de Giorgio Agamben, em 2003<sup>5</sup>, apresentando análise ampla das principais teorias que abordaram este tema.

---

3 PITCH, Tamar. *La società della prevenzione*. Roma: Carocci, 2006, p.41: *La trasformazione dei pericoli in rischi, vale a dire in eventi prevedibili le cui conseguenze sono entro certi limiti calcolabili quanto ad intensità ed estensione, ha stimolato la nascita di quello che nella ricostruzione di Ewald è un vero e proprio patto sul rischio, vale a dire un sistema di compensazione basato sul calcolo dei rischi e la socializzazione degli effetti collaterali e dei costi dello sviluppo industriale*.

4 BENJAMIN, Walter. *Tesi di Filosofia della Storia*. Torino: Einaudi, 1995, p.79.

5 AGAMBEN, Giorgio. *Stato di Eccezione*. Torino: Bollati Boringhieri, 2003. Ver também o texto AGAMBEN, Giorgio. *Signatura Rerum*. Torino: Bollati Boringhieri, 2008.

Agamben começa sua reflexão propondo definição preliminar ao conceito Estado de Exceção a partir de diálogos que mantêm com vários autores, mostrando como diferentes tradições ocidentais tratam de forma diferente do mesmo tema: franceses e italianos preferindo a expressão *Estados de Urgência* ou *Estado de Sítio*, enquanto que na doutrina anglosaxônica se utiliza mais a expressão *Martial Law* e *Emergency Powers*.

Ulterior expressão que o autor identifica como declinatória do Estado de Exceção é a de plenos poderes, que faz referência ao fenômeno pelo qual se ampliam os poderes do Executivo, conferindo-lhe a faculdade de emanar, por exemplo, Decretos com força de Leis – no Brasil temos a figura da Medida Provisória, que tem, inclusive, argumentos de justificação centrados na ideia de que algumas demandas públicas têm caráter de urgência e não podem esperar trâmites do processo legislativo alongados; todavia, a prática dos governantes tem sido desmesurada na sua utilização, evidenciando abuso e desvio de poder de difícil controle preventivo e curativo.<sup>6</sup>

É de se ver que a expressão *plenos poderes* indica somente uma modalidade de ação do poder executivo durante a vigência do Estado de Exceção, mas não resume na totalidade a formatação deste, isto porque, por Estado de Exceção Agamben entende, modo geral, a suspensão da ordem constitucional. Tal postura do autor é coerente na medida em que tem como principal interlocutor neste campo Carl Schmitt, em especial em duas de suas obras seminais, *A Ditadura*, de 1921, e *a Teologia Política*, de 1922.<sup>7</sup>

No primeiro texto, o Estado de Exceção é apresentado como expressão da ditadura, e enquanto tal, condição de suspensão do direito.<sup>8</sup> Já no segundo texto, o autor alemão

estabelece uma relação direta entre o tema do Estado de Exceção e a soberania, sendo que o Soberano de fato é definido como aquele que decide sobre o Estado de Exceção. Por outro lado, em ambos os livros Schmitt inscreve o Estado de Exceção em âmbito jurídico, procurando superar o impasse teórico decorrente do fato de que, enquanto suspensão do ordenamento jurídico como um todo, este Estado parece escapar da forma jurídica, pertencendo a dimensão extrajurídica. Em outras palavras, procura o autor desesperadamente fundamentos jurídicos para justificar e distinguir o Estado de Exceção da anarquia. Este Estado para Schmitt é sempre jurídico-normativo, apresentando-se como categoria positiva em si mesma, opondo-se ao caos e à anarquia (percebido como o pior dos males possíveis à Sociedade organizada).<sup>9</sup>

A ditadura comissária de fato suspende a Constituição sob o argumento de defesa da sua própria existência; suspende sua aplicação concreta mas conserva seu vigor formal. Sob o plano da teoria, a ditadura comissária se deixa assim assumir integralmente na distinção entre a norma e as regras técnico-práticas que presidem a sua atuação, estas definidas pelo Soberano em períodos de exceção. Diante destes cenários, totalmente diversa é a compreensão da ditadura soberana, porque esta não se limita a suspender a eficácia concreta da Constituição, conservando-a formalmente em vigor, mas visa a construir estruturas totalmente novas da ordem jurídica. Por sua vez, a relação com a dimensão jurídica desta ditadura é garantida pelo dispositivo conceitual da distinção entre poder constituinte e poder constituído, sendo que o poder constituinte tem com cada Constituição vigente nexos neurais a ponto de configurar verdadeiro poder fundante, o qual não pode ser negado sequer no caso em que a Constituição o faça.<sup>10</sup>

Por todas estas razões é que o III Seminário Nacional Tutelas à Efetivação de Direitos Indisponíveis abordou temas re-

6 Apenas para registro, o Supremo Tribunal Federal brasileiro já teve oportunidade de dizer que o Poder Judiciário, quando provocado, tem legitimidade para analisar a extensão dos pressupostos de relevância e urgência na medida provisória, entretanto, apenas quando for evidente a sua ausência, caso em que se caracteriza a existência de abuso no poder de legislar pelo Poder Executivo. Ver a Ação Declaratória de Inconstitucionalidade nr. 2.527-9/DF, publicada no DOU em 25/09/2002.

7 SCHMITT, Carl. *La Dictadura*. Madrid: Alianza Editorial, 2000; *Teología Política*. Madrid: Alianza Editorial, 2001.

8 Esta noção de ditadura é ulteriormente diferenciada por Schmitt em ditadura comissária, que tem a função de defender ou mesmo restaurar a Constituição vigente, e a ditadura soberana, que se põe como força constituinte de nova estrutura jurídica.

9 Ver o texto de AGAMBEN, Giorgio. *Che cos'è un dispositivo?* Roma: Nottetempo, 2006, e o texto de DELEUZE, Gilles. *Che cos'è un dispositivo?* Napoli: Cronopio, 2007.

10 SCHMITT, Carl. *La Dictadura*. Op.cit., p.42. Estes laços reside, em última instância, no caráter fundacional do próprio poder constituinte.

lacionados: à crise ética e moral dos governos e administrações públicas; a importância da participação social neste âmbito; quais as funções da jurisdição civil e penal em situações sociais, institucionais e mesmo intersubjetivas tão tensas como as que descrevemos; qual a função do Mercado na Sociedade de Riscos; os novos perigos que surgem daí, como os crimes de ódio, a violação do multiculturalismo, os desafios do constitucionalismo contemporâneo, a flexibilização dos direitos de intimidade e privacidade em face da criminalidade organizada.

Esperamos que todos tenham uma excelente leitura.

Prof. Titular Dr. Rogério Gesta Leal



## Sumário

LIMITES AO ATIVISMO JUDICIAL DIANTE DA CRISE DO ESTADO, DA DEMOCRACIA E DO GOVERNO

**Clovis Demarchi .....15**

O FEDERALISMO COOPERATIVO E A SEGURANÇA PÚBLICA: UM OLHAR PARA O PRINCÍPIO DA SUBSIDIARIEDADE

**Ricardo Hermany .....33**

SOBRE O ATIVISMO JUDICIAL NO BRASIL

**José Alcebiades de Oliveira Junior .....51**

DO POSITIVISMO AO PÓS-POSITIVISMO: NOTAS SOBRE A RECEPÇÃO DA PRINCIPIOLOGIA NO DIREITO E SEUS EFEITOS NO PENSAMENTO JURÍDICO NACIONAL

**João Paulo Allain Teixeira .....71**

EM QUAIS CONDIÇÕES É POSSÍVEL A COMPATIBILIDADE ENTRE ÉTICA E POLÍTICA?

**Maren Guimarães Taborda .....81**

ENTRE AVANÇOS E RETROCESSOS NO TRATO DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA NO BRASIL: ANÁLISE DA VERSÃO FINAL DO PLS Nº 554/2011

**Mauro Fonseca Andrade .....101**

O ACESSO À INFORMAÇÃO NO PROCESSO PENAL ENQUANTO CONDIÇÃO DE POSSIBILIDADE DO DEVIDO PROCESSO LEGAL E DO AMPLO DIREITO DE DEFESA:

A SUTIL DISTINÇÃO ENTRE PROVAS DOCUMENTADAS E PROVAS DOCUMENTADAS ANALISADAS

**Rogério Gesta Leal .....119**

AGENDA DE PESQUISA PARA UMA TRANSIÇÃO PARADIGMÁTICA: A ORDEM JURÍDICO-URBANÍSTICA BRASILEIRA E OS PARADOXOS DA CONJUNTURA

**Betânia de Moraes Alfonsin .....143**

A PROBLEMÁTICA DA TAXATIVIDADE DAS HIPÓTESES DE CABIMENTO DO AGRAVO DE INSTRUMENTO NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

**José Tadeu Neves Xavier .....159**

A ÉTICA DO DISCURSO E A DISTÂNCIA ENTRE APEL E HABERMAS NA FUNDAMENTAÇÃO DO DIREITO CONSTITUCIONAL

**Mauricio Martins Reis .....173**

DIREITOS HUMANOS E DESLOCAMENTOS: O RISCO DE (IN)JUSTIÇA E RACISMO AMBIENTAL

**Bruno Heringer Junior  
Raquel Fabiana Lopes Sparemberger .....189**

ATIVISMO JUDICIAL E SOCIEDADE DE RISCO: REFLEXOS NO ÂMBITO DA JURISDIÇÃO CRIMINAL - JUDICIAL ACTIVISM AND RISK SOCIETY: REFLECTIONS IN THE SCOPE OF CRIMINAL JURISDICTION

**André Machado Maya .....207**

ATIVISMO JUDICIAL E DECISÕES POR PRINCÍPIO: UMA PROPOSTA DE FIXAÇÃO DOS LIMITES DA ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO

**Francisco José Borges Motta .....229**

OS JUROS REMUNERATÓRIOS NOS CONTRATOS BANCÁRIOS SOB UMA PERSPECTIVA JURÍDICA E ECONÔMICA

**Cristina Stringari Pasqual .....249**

A DECISÃO JUDICIAL COMO GARANTIDORA DA PONDERAÇÃO ENTRE AUTONOMIA PRIVADA E INTEGRIDADE FÍSICA NOS CRIMES DE VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER.

**Karina Sartori Flores .....263**



A PARTICIPAÇÃO POPULAR NOS PLANOS DIRETORES: ANÁLISE DA DECISÃO DO TJRS NO JULGAMENTO DA ADIN DA LEI COMPLEMENTAR 792/2016 DO MUNICÍPIO DE PORTO ALEGRE

**Vinícius Filipin .....283**

COMPLIANCE CORPORATIVO: INSTRUMENTO PARA PREVENÇÃO DE PRÁTICAS CORRUPTIVAS NO MEIO EMPRESARIAL E SUA IMPORTÂNCIA NA BUSCA DE NEGÓCIOS MAIS ÉTICOS

**Caroline Fockink Ritt  
Chaiene Meira de Oliveira.....309**

MULTICULTURALISMO E AMPLA DEFESA: ANÁLISE À LUZ DO DIREITO BRASILEIRO - TUTELAS À EFETIVAÇÃO DE DIREITOS PÚBLICOS INCONDICIONADOS: MULTICULTURALISMO, CONSTITUIÇÃO E DIREITO PENAL

**David Medina da Silva  
Bruno Heringer Júnior .....329**

O NEOCONSTITUCIONALISMO BRASILEIRO E O PROTAGONISMO DO PODER JUDICIÁRIO - DIREITOS FUNDAMENTAIS E JURISDIÇÃO – TUTELA À EFETIVAÇÃO DE DIREITOS TRANSINDIVIDUAIS

**Erildo Simeão Camargo Lemos Júnior .....349**

O TRATAMENTO JURÍDICO DOS CRIMES DE ÓDIO NO BRASIL

**Mario Ederich Filho .....373**

ESTUDO COMPARATIVO ENTRE OS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA E O BRASIL: FOREIGN CORRUPT PRACTICES ACT (FCPA) E A LEI Nº 12.846/2013

**Janssen da Silva Espindola  
Denise Bittencourt Friedrich .....397**

A CRISE ÉTICA E A NECESSIDADE INADIÁVEL DA AFIRMAÇÃO DE UM DIREITO HUMANO FUNDAMENTAL AO GOVERNO PROBO

**Cesar Luis de Araújo Faccioli .....423**

# LIMITES AO ATIVISMO JUDICIAL DIANTE DA CRISE DO ESTADO, DA DEMOCRACIA E DO GOVERNO

Clovis Demarchi\*

\* Doutor e mestre em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí. Professor na graduação em Direito e no curso de Doutorado e Mestrado em Ciência Jurídica da UNIVALI. Líder do grupo de pesquisa em Direito Educacional e Normas Técnicas e membro do grupo de pesquisa em Direito, Constituição e Jurisdição. Endereço eletrônico: <demarchi@univali.br>.

**G**ostaria inicialmente de agradecer o convite feito pela Fundação Escola do Ministério Público para participar do III Seminário Nacional sobre Tutelas à efetivação de bens indisponíveis. Sinto-me honrado por estar aqui hoje, retornar e rever pessoas especiais com quem tive a honra em um passado próximo de trocar ideias e experiências. Agradeço em especial ao diretor da Faculdade, professor mestre Fábio Roque Sbardelotto, ao coordenador do curso de mestrado, professor doutor Anizio Pires Gavião Filho, e aos professores doutor Luis Augusto Stumpf Luz e doutor Rogério Gesta Leal.

Minha exposição apresenta-se em três momentos. A primeira trata da questão da crise pela qual a sociedade está passando. Uma crise do Estado, da Democracia e do Governo. Em um segundo momento, tratando da questão da Judicialização, da Judicialização da Política e do Ativismo Judicial, e ao final algumas considerações a título de possibilidades frente à realidade exposta.

## Momento de crise

Em maio de 2016, o povo brasileiro foi surpreendido com a frase “não fale em crise, trabalhe”. A frase, atribuída ao presidente Michel Temer, na verdade estava exposta em um posto de gasolina, como disse o próprio presidente. Depois de todas as buscas sobre autor da frase, soube-se todo o seu histórico, o qual não cabe relacioná-lo aqui.

O foco está na frase, visto que no centro dela está a ideia de crise. O que a crise tem a ver com o tema em discussão?

A crise tem a ver com o fato simples e complexo de que... estamos em crise. Estar em crise apresenta aspectos positivos, assim como aspectos desagradáveis. O que há de positivo na crise? A crise é uma fase necessária para o conhecimento científico. É ela quem dá condições para que se possa estabelecer critérios, verificar o que é adequado e o que não é. Também faz com que se verifique e se avalie para analisar os acertos e os erros. Nesse contexto, a crise sempre é boa. Traz mudança. Não deixa que se fique parado.

No contexto atual, são vividas três grandes crises que contribuem e influenciam na discussão sobre Ativismo Judicial: Crise do Estado; Crise da Democracia; Crise do Governo. Não há como limitar (juridicamente, adequadamente) o Ativismo Judicial sem atacar e resolver essas crises, visto que ele (ativismo) é a resposta possível (não a adequada) para esses momentos de crise.

### Quanto à crise do Estado

Quando se fala da crise do Estado, deve-se analisar a partir de duas lógicas. A primeira, parte da análise dos elementos que formam a lógica conceitual do Estado; a segunda, pela sua lógica estrutural. Quanto à conceitual, observa-se que a ideia de Estado está baseada em uma ordem jurídica sustentada pelo território, pelo povo e pela soberania. Ideia presente desde 1648, no tratado de Westfália, e que após quase quatrocentos

anos continua a se manter.<sup>1</sup> No momento atual, apresenta-se em crise, devido, principalmente, à questão da soberania em um mundo em que a globalização se faz presente e supera a ideia de território, e, conseqüentemente, retira da soberania o manto de proteção e resguardo do espaço.

A globalização<sup>2</sup> perpassa fronteiras, perpassa espaços, perpassa mentes. Ela simplesmente perpassa, sem pedir autorização.

Para o Estado moderno, estava clara a visão de território como espaço delimitado.<sup>3</sup> Logo, essa delimitação espacial determina as fronteiras físicas do Estado e, como conseqüência, a soberania. Nesse contexto, não existe um Estado sem território: o território delimita a ação soberana do Estado, é o espaço físico ocupado, a zona espacial. Mas, no novo contexto mundial, na era da globalização, esse conceito está mudando, assumindo outros contornos. O território limita o espaço do Estado, mas não significa que limita a sociedade ou a economia.<sup>4</sup>

O espaço transnacional não pertence a um Estado determinado nem a todos juntos. É um novo espaço, ou ainda um não espaço, porque, conforme Ianni,<sup>5</sup> as estruturas do poder não possuem localização, “parecendo flutuar por sobre os Estados e fronteiras”.

Para o econômico, o fim da ideia de território se justifica pela necessidade de mobilidade e fluidez do capital. Assim, a sociedade “desterritorializada” passa a assumir novos padrões, o que descaracteriza em parte a identidade de Nação. Constrói-se uma civilização homogeneizada para consumir produtos standard,<sup>6</sup> estabelecendo novas relações sociais, bem como uma nova divisão internacional e espacial do trabalho (situação

que justifica, por exemplo, uma reforma das leis trabalhistas no Brasil).

Povo é entendido como elemento qualitativo, como comunidade de pessoas que partilham a mesma identidade cultural e a mesma linguagem, e se reconhecem como pertencentes à mesma nação, não tendo por necessidade estar em um mesmo território.<sup>7</sup> O que caracteriza uma nação é a sua base cultural.<sup>8</sup> O processo de globalização permite “um fluxo contínuo de ideias, informações, compromissos, valores, gostos, circulação de pessoas e símbolos”.<sup>9</sup> Afirma Revel<sup>10</sup> que “não se pode ser diferente sozinho. É a livre circulação das obras e dos talentos que permite a perpetuação das culturas pelo acto da renovação”. Conseqüentemente, essa ideia de povo também está em transformação pela questão cultural.

A ideia de soberania sempre teve o território como base. Seus limites eram suas fronteiras, mas esse conceito vem sendo modificado.<sup>11</sup> A soberania comporta a relativização, e os Estados não conseguem meios e recursos suficientes para sanar situações que extrapolam seus próprios limites.<sup>12</sup>

Os problemas são globais e escapam ao controle dos Estados, visto que só podem ser controlados em escala planetária. São exemplos de problemas globais: as mudanças climáticas; a poluição; o tráfico de drogas; o tráfico de seres humanos;<sup>13</sup> o terrorismo,<sup>14</sup> a questão da segurança.<sup>15</sup>

O poder político, representado pela ideia de soberania, tende a ser substituído pelo poder econômico. E, nesse contexto, há a necessidade de uma economia globalmente integrada, que tenha a liberalização comercial, a privatização e a estabilidade macroeconômica como fundamentos.

1 DEMARCHI, 2014, p. 38-39.

2 “A intensificação de relações sociais em escala mundial que ligam localidades distantes de tal maneira, que acontecimentos locais são modelados por eventos ocorrendo a muitas milhas de distância e vice-versa”. (GIDDENS, 1991, p. 69).

3 DALLARI, 1963, p. 105.

4 DEMARCHI, op. cit., p. 87.

5 IANNI, 1995, p. 93.

6 DEMARCHI, op. cit., p. 87-88.

7 BADIE, 1995, p. 157.

8 DIECKHOFF, 2000, p. 39.

9 WATERS, 1999, p. 120-121.

10 REVEL, 2002, p. 134.

11 CRUZ, 2011, p. 95.

12 DEMARCHI, op. cit., p. 88.

13 MONDIM, 2012, p. 189-194.

14 FREITAS, 2012, p. 167-188.

15 MONTE, 2010, p. 265-282.



A segunda lógica é estrutural e conseqüentemente mais específica para o tema em discussão. Em sua estrutura, o Estado é formado pela união de três poderes de diferentes áreas: o Executivo, o Legislativo e o Judiciário.<sup>16</sup> Essa estrutura foi explicitada por Montesquieu,<sup>17</sup> e isso não é novidade.

No contexto dos três poderes, observa-se sua autonomia sobre a sociedade, mas uma autonomia regulada – se é possível dizer isso –, pois não é absoluta. Isso porque os poderes, um em conjunto com o outro, devem reger o Estado de maneira a exercer uma igualdade social e governamental. Essa ideia reflete a intenção de exercício do poder, “uno e do povo”, conforme o parágrafo único do art. 1º, da Constituição.<sup>18</sup> No entanto, subdividido em funções – a legislativa, a executiva e a judicial –, não deve admitir lacuna no exercício público.

### Quanto à crise da democracia

Quando se fala em democracia, parte-se da premissa constitucional de que “todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou exerce o poder diretamente [...]”.<sup>19</sup> Sendo assim, observa-se que a democracia, bem como a soberania popular no Brasil, possui na sua essência a dinâmica da representatividade e participação.

Esse modelo de democracia é utilizado na maioria dos países democráticos, que possuem por base a delegação de poderes aos representantes do povo por meio de eleições. Há formas diretas também como o plebiscito, referendos, e mesmo a iniciativa popular

Até o discurso está certo. A crise da democracia nasce a partir da eleição. Por isso, pode-se dizer que, na verdade, não é crise da democracia, mas crise de representação. Há, no cenário nacional, uma inversão de valores. Sabe-se que o poder é do povo, mas os delegados estão utilizando-o somente com a fina-

lidade de se manterem poder, ou ocupá-lo. Há a necessidade de se buscar a essência da democracia representativa, assentada na titularidade do povo, de quem emana o poder.<sup>20</sup>

A democracia, da forma que se apresenta no Brasil, tem crise de representatividade frente à postura dos representantes, que apresentam um comportamento contrário aos interesses do povo e conseqüentemente não encontram mais legitimidade,<sup>21</sup> uma adequação do poder às situações da vida social que o representante do povo é chamado a disciplinar.<sup>22</sup> A realidade mais comum hoje no Brasil são os noticiários que envolvem atos de corrupção realizados pelos ditos representantes do povo, principalmente pelos mais altos escalões do poder, que possuem, pelo poder a eles emanados, maior decisão. O poder é exercido em proveito próprio, em um processo transparente de desmonte do Estado e esfacelamento das riquezas coletivas.

Logo, observa-se que a crise de democracia é da representatividade, ou seja, de uma forma de democracia, não da democracia.

O povo escolhe os seus representantes, mas eles não o representam! Quem, do povo brasileiro, foi questionado por seu representante lá no parlamento se queria que se votasse ou que se vote a favor de uma proposta ou de outra? A partir do momento em que o voto caiu na urna e o candidato é eleito, surge um abismo entre o representante e o representado. A ponte só se reestabelecerá na próxima eleição, em quatro anos. É a crise da representatividade.

O Poder Legislativo é objeto de disputa partidária, no denominado presidencialismo de coalizção instalado no cenário político. Nada mais é do que a reunião forçada, por interesses fisiológicos, de grupos de partidos políticos, que se unem em torno de um partido mais forte – normalmente o do presidente da República –, em um pacto de consolidação do poder, em que se aprovam as matérias simpáticas ao programa de governo da

16 “Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário” (BRASIL, 2016).

17 MONTESQUIEU, 1996.

18 BRASIL, 2016.

19 Parágrafo único do art. 1º.

20 PEREIRA, 2008, p. 155.

21 PEDRA, 2014, p. 160.

22 BONAVIDES, 200, p. 141.

ocasião, sem o necessário debate parlamentar, crucial para a legitimidade das decisões políticas fundamentais da nação.<sup>23</sup>

Essa crise da democracia, de modo global, pode ser evidenciada em três dimensões: espacial, temporal e social.

Na dimensão temporal, verifica-se que a sociedade não permite que seus representantes demorem muito para tomar uma decisão. Ou seja, a morosidade é maléfica para os interesses da sociedade, ou daqueles que controlam a economia e a política. Por isso, por exemplo, há necessidade de se resolver de forma rápida os processos que envolvem pessoas do executivo ou do legislativo, pois enquanto questões desta ordem se arrastam, interfere nas questões de cunho econômico.

O impacto econômico e social se instala de forma muito rápida, e a sociedade espera respostas imediatas por parte de quem está na administração do Estado, ou de quem tem o poder de decidir. Dessa forma, se estabelece um conflito entre a expectativa da população e a resposta do poder político.

Na dimensão espacial, observa-se que se vive em pleno processo de globalização. Esse processo exige uma inclusão global, não mais nacional, mas transnacional. O tema da dimensão espacial impacta conforme o país. Veja-se com relação ao trabalho: onde o salário é baixo, o valor do trabalho é menor. Muda-se o direito, mudam-se os direitos das pessoas, pois quanto mais direitos, mais custos. Quanto menos direitos, menos custos. Nessa lógica, observa-se que quanto mais democracia, mais direitos, e mais custos. Com isso, chega-se à conclusão direta de que democracia não casa com globalização, visto que a lógica da globalização é menos direitos e mais lucros.

Quanto à dimensão social, observa-se que no mundo, na atualidade, milhões de pessoas estão se movendo – migrações. Ao se mover, não é somente a pessoa que se move, mas a sua cultura também. Estipula-se que, no momento atual, cerca de 300 milhões de pessoas estão migrando.<sup>24</sup> Entende-se que os grandes choques culturais são possíveis de serem presenciados

quando grupos não admitem a possibilidade de aculturação (adequação) ao ingressarem em outros territórios. Ou seja, é comum encontrar o brasileiro se adaptando à realidade em que está inserido. O mesmo não acontece com relação a algumas culturas, e desta forma está se criando pequenas sociedades dentro de outras sociedades, visto a não aceitação de adaptação.

### Quanto à crise do governo

A Crise da democracia produz a crise do governo e traz consigo a ideia do populismo. Governo é quem administra o Estado. A crise impacta na democracia e impacta no Estado. Assim, buscam-se respostas simples para temas complexos. Por exemplo, a reforma do Ensino Médio, a proposta de reforma trabalhista, a proposta de reforma previdenciária. São possíveis respostas de um governo que pretende mostrar para a sociedade que está produzindo a mudança, mas pela pressa podem trazer mais malefícios que benefícios.

Não há um projeto de Estado, talvez, (mas) de governo, e ele perdura enquanto se está no poder. O Brasil, nos últimos cinquenta anos de história, pode ser demarcado por quem possui mais força quanto à ação de poder.

No regime militar, o Executivo fez o que quis, o Legislativo sumiu e o Judiciário, na sua grande parte, foi conivente com o regime. A solução estava com os militares (salvadores da pátria).

Pós-abertura e fim do regime militar, o Legislativo se sobrepôs, criou a Constituição, estabeleceu uma quantidade enorme de direitos, se protegeu por meio da ideia de imunidade. A solução estava na Constituição e nas leis – no Legislativo (salvador da pátria).

O Brasil deixa de ser menos positivista e legalista, e passa a ser mais principiologista, e o Judiciário toma as rédeas da ação. A solução está nas mãos do Judiciário (salvador da pátria).

Como se vive em uma democracia, em um Estado de direito, a solução deveria estar nas mãos do povo. Mas, enquanto se quer que a solução venha de um poder ou de uma pessoa específica, não se construirá a sociedade que se almeja. Frente à

23 SANTOS; PATRÍCIO, 2002.

24 ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2013.

crise política que se vive hoje, qual seria o candidato a presidente? A ideia é que uma pessoa possa resolver o problema, assim como se pensa que quem causou o problema foi uma pessoa; logo, tirando a pessoa do poder, se resolve o problema.

Na história do Brasil há vários personagens, como Getúlio Vargas, Juscelino Kubitschek, Fernando Henrique Cardoso, Luís Inácio Lula da Silva e, mais recentemente, ouviu-se Joaquim Barbosa, Sérgio Moro. Pessoas relacionadas ao Poder Executivo e, mais recentemente, ao Poder Judiciário. Pessoas que aparecem para a sociedade, no seu devido tempo, como possíveis “salvadores da pátria”, como a solução. Espera-se que uma pessoa resolva o problema. Esta realidade representa que a sociedade não busca um projeto de governo, mas um projeto de poder.

Essa realidade de crises remete especificamente ao tema em discussão. Ou seja, pensar em estabelecer limites ao Ativismo Judicial pode não ser a questão fundamental quando se tem a Democracia, o Estado e o Governo em crise.

Diante desta realidade de crise, a Sociedade espera soluções. O que se observa é que cada um dos poderes deve dar as suas respostas. O que se percebe é que o Judiciário está sendo o mais eficaz no atendimento das demandas sociais.

## A judicialização, judicialização da política e o ativismo judicial

O tema da Judicialização e do Ativismo Judicial é recorrente na atualidade brasileira. Essa discussão tem como pano de fundo as constantes intervenções do Poder Judiciário. Temos como exemplos as decisões que envolveram a exigência de fidelidade partidária, a regulamentação do direito de greve dos servidores públicos, a concessão judicial de medicamentos, a garantia de vagas para crianças e adolescentes em creches e escolas; a autorização da união estável entre pessoas do mesmo sexo, a aprovação do aborto de anencéfalos – todas questões polêmicas e carentes de legislação e de ações claras.

Grosso modo, pode-se pensar que as decisões judiciais atenderam demandas sociais que deveriam ter sido satisfeitas pelo Poder Legislativo, ou Pelo Poder Executivo. Como o Judiciário foi interpelado, não se furtou em dar uma resposta às demandas. A questão que se levanta é se caberia ao Judiciário dar uma resposta à demanda, ou se deveria ter encaminhado a demanda a quem, com base na teoria da tripartição de poderes, teria a função típica de o fazer-lo. Esta realidade nos coloca no centro da discussão entre Judicialização, Judicialização da Política e Ativismo judicial, realidade construída no Brasil pós Constituição de 1988.

Conforme Barroso,<sup>25</sup> essa realidade possui causas múltiplas, entre as quais pode-se destacar o processo de redemocratização do Brasil. Após passar por um período de regime militar (1964-1985), com a abertura e a nova Constituição (5/10/1988), o Poder Judiciário adquiriu determinado poder político, que o conduziu à situação de poder fazer valer a Constituição e as leis, possuindo, conforme a interpretação, a possibilidade de o fazer em confronto com os demais poderes. Exemplo disso é o que se pode ler no art. 5º inciso XXXV: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.<sup>26</sup>

Uma segunda causa, de acordo com Barroso, está na constitucionalização abrangente, que introduziu no texto constitucional variadas matérias que antes eram deixadas para o processo político majoritário e para a legislação ordinária. Tal situação possibilitou ao Poder Judiciário debater sobre temas e ações concretas, ou sobre a necessidade de políticas públicas acerca de temas constitucionais.

Como terceira causa, Barroso apresenta a forma de controle de constitucionalidade, estabelecendo um sistema de controle misto, com a presença de elementos herdados das matrizes norte-americana e europeia.

25 BARROSO, op. cit.

26 BRASIL, op. cit.



## A judicialização e a judicialização da política

O Poder Judiciário pós-constituição de 1988 experienciou uma nova realidade. Com a lógica do princípio do acesso à Justiça, não está mais somente com uma postura meramente técnica, mas assumiu uma função política. Assim, apresentou uma relação dialógica com a sociedade e passou a concretizar os princípios e os direitos fundamentais consagrados pelo Estado democrático.

Os membros do Poder Judiciário passaram a estabelecer novas relações e compreensões com a sociedade. Deixaram de ser meros aplicadores da norma para ser observadores e intérpretes da realidade que se apresentava. Deixaram de viver enclausurados no seu próprio mundo. O Judiciário aumentou a extensão da sua atuação, objetivando a efetivação de direitos não só individuais, mas também coletivos.

Nesse contexto, a simples Judicialização não passa da ação típica do Poder Judiciário, ou seja, julgar em conformidade com a norma. Porém, quando o Poder Judiciário passa a atuar ou a decidir situações que eram da alçada dos poderes Legislativo e Executivo, assim, passa-se à Judicialização da Política. O Poder Judiciário decide e influencia, pela sua decisão, nas opções do Poder Executivo principalmente. O Executivo, para cumprir decisões judiciais, precisa adequar o seu plano de governo, seu orçamento e suas políticas públicas. Dessa forma, neste contexto de Judicialização da Política, quem governa é o Judiciário.

Essa lógica é interessante pois quanto mais se normatiza, ou seja, quanto mais se criam (positiva) direitos, mais espaço se está abrindo para a Judicialização pelo não cumprimento dos direitos, através do Executivo, principalmente. Assim, a sociedade passa a entender que é "mais fácil" ingressar judicialmente e aguardar uma decisão do que organizar a sociedade para exigir que os poderes competentes (Legislativo e Executivo) façam a sua parte. Dessa forma, o Poder Judiciário (através das demandas) passa a ser o local adequado e legítimo para concretizar direitos que, de fato, deveriam ser operacionalizados por Legislativo e Executivo.

## Ativismo Judicial

Para Garapon, o Ativismo começa quando, dentre várias soluções possíveis, a escolha do juiz é dependente do desejo de acelerar a mudança social ou, pelo contrário, de travá-la.<sup>27</sup> Esse pensamento demonstra a ideia central do Ativismo Judicial, ou seja, está relacionado a um desejo, juridicamente dizendo, um ato de vontade. A questão é identificar de quem é a vontade. Para o caso específico, é a do julgador. Nesse viés é que se concentra a questão do ativismo, ou seja, na interpretação. Relaciona-se assim Ativismo Judicial com o problema da vontade do intérprete.<sup>28</sup>

Como se vive em um Estado Democrático de Direito, não é possível se admitir que as decisões sejam manifestações de vontade dos magistrados, mas devem ser fundamentadas na norma. Dessa forma, observa-se que o Ativismo Judicial é uma decisão externa aos limites estabelecidos pela Constituição.

Nesses moldes, torna-se incompatível que decisões judiciais não se atenham aos limites impostos pela Constituição e se utilize a ideia de princípios ou a interpretação como instrumento para, quando da fundamentação da decisão, justificar qualquer decisão.

O Ativismo Judicial no Brasil se caracteriza então pela ação do Judiciário como legislador, sem possuir autoridade para isso, somente imbuído pela máxima de "relevância social", justificada pelo próprio Judiciário. A decisão correta é a que leva em consideração a Constituição, não a decisão que se utiliza de interpretações e entendimentos para justificar o que está na Constituição. A Constituição deve ser o ponto de partida. O ativismo, no Brasil, está invertendo esta ordem, está utilizando a Constituição como ponto de chegada. Busca-se argumentos e interpretações para justificar o que se encontra na Constituição.

<sup>27</sup> GARAPON, 1998, p. 54.

<sup>28</sup> Sobre o assunto, verificar STRECK, 2007, 2010.

## A título de considerações finais

Como conjugar todos esses elementos? Como conjugar a democracia que vive a deliberar sobre políticas públicas e os elementos constitucionais de defesa de direitos fundamentais? Que limites impor?

Não há dúvidas de que o papel do Judiciário é proteger e conferir efetividade às normas constitucionais através da interpretação da Constituição, das leis e atos administrativos. Isso significa que, caso os preceitos da Constituição não sejam observados pelo Legislativo e pelo Executivo, o Judiciário pode intervir para garantir a supremacia constitucional. Nesse caso, a intervenção é para controlar a constitucionalidade, não para substituir o Executivo ou o Legislativo.

Uma decisão do Supremo Tribunal Federal que permite a união estável e conseqüentemente o casamento entre pessoas do mesmo sexo, atendendo a um pedido específico, não contribui para a criação de uma sociedade democrática que deve construir a sua história. Não querendo discutir sobre princípio de igualdade, ou dignidade humana e muitos outros argumentos que possam justificar essa decisão, a questão é: o Judiciário substituiu o Legislativo. Poderia ter respondido que caberia ao Legislativo regulamentar tal conteúdo. Logo, o Judiciário extrapolou.

Por outro lado, não se pode esquecer da dimensão temporal da democracia que quer respostas rápidas. O mais triste nessa situação é que quem tem fama de morosidade é o Judiciário. Destaca-se que a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4277/DF e da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132/RJ, que tratavam da união homoafetiva e do seu reconhecimento como instituto jurídico de entidade familiar, cuja omissão legislativa o Supremo Tribunal Federal veio a suprir, já era tema recorrente havia anos, tendo inúmeros projetos de lei no Congresso Nacional (1151/1995, 6960/2002, 2383/2003, 4530/2004, 6297/2005, 580/2007, 2285/2007, 3712/2008,

4914/2009), totalizando nove (9) na Câmara dos Deputados e o 612/2011 (1) no Senado, dentre outros.

Uma decisão do Supremo Tribunal Federal que permite o aborto do anencéfalo, para atender a uma demanda específica, não favorece a criação de uma sociedade democrática. Novamente, os argumentos podem ser os mesmos. A questão que se levanta é se o Judiciário substituiu o Legislativo.

As decisões judiciais tratam de distribuições de recursos públicos, decisões que obrigam o Executivo a construir escolas, leitos em hospitais, abrigos para adolescentes, tudo no mesmo exercício financeiro, ainda que não exista dotação orçamentária. São ações do Judiciário extrapolando a sua função. Decisões como essas não caracteriza o Ativismo Judicial, mas a Judicialização da Política, momento em que o Judiciário está propondo a plataforma de governo, está decidindo orçamento ou obras que caberiam ao Executivo, o qual possui essa prerrogativa.

É certo que, uma vez provocado, o Judiciário deve apresentar uma resposta, mas é importante que seja dentro dos seus limites, não sendo ele a definir quais as plataformas de governo de quem está no Executivo.

Ao Executivo, como órgão administrativo, compete decidir a melhor forma de concretizar os direitos fundamentais sociais. O Judiciário deve atuar como orientador, não como o realizador.

O Judiciário não deve ser o alocador de recursos públicos. A decisão de tomar decisões sobre a distribuição de recursos para garantir direitos fundamentais e alteração do orçamento compete ao Executivo.

Direitos relacionados com saúde, educação, moradia e transporte envolvem demandas distributivas e coletivas. Assim, esses direitos devem ser afirmados por políticas públicas, não por decisões judiciais.

O Judiciário deve manter o objetivo da Justiça para a maioria. A Justiça, no caso concreto, deve ser aquela que assegure direitos iguais para todos os que estão em situação similar. Por isso a necessidade de uma visão global da realidade, não só no caso concreto.

Com efeito, o Ativismo Judicial faculta ao magistrado transpor os limites objetivos e neutros da lei, adequando a sua sistemática às particularidades do caso concreto, o que de certa forma permite a criação de novos direitos, então não positivados no ordenamento jurídico, mas que aguardam uma resposta por parte do Estado, de modo a corporificar os princípios jurídicos constitucionais.<sup>29</sup>

## Referências

ARDOSO, Oscar Valente. *Ativismo judicial ou inativismo parlamentar? Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 16, n. 2865, maio 2011. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/19047>>. Acesso em: 20 abr. 2017

ARINHO, Thiago. Ativismo judicial e o novo papel do poder judiciário na jurisdição constitucional: parâmetros e possibilidades. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, v. XIX, n. 151, ago 2016. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=17648&revista\\_caderno=9](http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=17648&revista_caderno=9)>. Acesso em: 20 abr. 2017.

BADIE, Bertrand. **O fim dos territórios**: ensaio sobre a desordem internacional e sobre a utilidade social do respeito. Tradução de Maria José Figueiredo. Lisboa: Instituto Piaget, 1995.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo e legitimidade democrática. *Consultor Jurídico*, São Paulo, 22 dez. 2008. Disponível em: <[http://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao\\_ativismo\\_legitimidade\\_democratica](http://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica)>. Acesso em: 20 abr. 2017.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência política**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: Senado Federal, 2016.

CAETANO, Marcello. **Manual de ciência política e direito constitucional**. 4. ed. Lisboa: Coimbra Editora, 1963.

CRUZ, Paulo Márcio. **Da soberania à transnacionalidade**. Itajaí: Editora Univali, 2011.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do estado**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

DEMARCHI, Clovis. **Direito e educação**: A regulação da educação superior no contexto transnacional. Jundiaí: Paco Editorial, 2014.

DIECKHOFF, Alain. **A nação em todos os seus estados**: as identidades nacionais em movimento. Tradução de Maria João Batalha Reis. Lisboa: Instituto Piaget, 2000.

FREITAS, Pedro Miguel. Terrorismo, migração e multiculturalismo: vértices de um desafio global aos Direitos Humanos. In: MONTE, Mario Ferreira; BRANDÃO, Paulo de Tarso. **Direitos humanos e sua efetivação na era da transnacionalidade**. Debate luso-brasileiro. Curitiba: Juruá, 2012.

GARAPON, Antoine. **O guardador de promessas**: justiça e democracia. Lisboa: Instituto Piaget, 1998.

GIDDENS, Antony. **As consequências da modernidade**. São Paulo: UNESP, 1991.

IANNI, Octávio. **A sociedade global**. 3. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1995.

MONDIM, Carla. O fenômeno das migrações e a sua relação com o respeito pelos direitos humanos: o tráfico de seres humanos. In: MONTE, Mario Ferreira; BRANDÃO, Paulo de Tarso. **Direitos humanos e sua efetivação na era da transnacionalidade**. Debate luso-brasileiro. Curitiba: Juruá, 2012.

MONTE, Mario João Ferreira. Um levado nível de segurança: objectivo do tratado de Lisboa para a união europeia ou o "Pesadelo" de Arcádia?. In: SILVEIRA, Alessandra (Coord.). **Direito da União Europeia e transnacionalidade**. Lisboa: Quid Juris, 2010.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **O espírito das leis**. Tradução Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

<sup>29</sup> ARDOSO, 2011.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Migração mundial em números**. [S.l.]: ONU, 2013. Disponível em: <<https://www.oecd.org/els/mig/PORTUGUESE.pdf>>. Acesso em: 20 abr. 2017.

PEDRA, Adriano Sant'Ana. **A constituição viva: poder constituinte permanente e cláusulas pétreas na democracia participativa**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

PEREIRA, Rodolfo Viana. **Direito constitucional democrático: controle e participação como elementos fundantes e garantidores da constitucionalidade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

REVEL, Jean-François. **Obsessão antiamericana**. Tradução de Victor Antunes. Lisboa: Bertrand Editora, 2002.

SANTOS, Fabiano. PATRÍCIO, Inês. Moeda e poder legislativo no Brasil: prestação de contas de bancos centrais no presidencialismo de coalizão. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, São Paulo, v. 17, n. 49, jun. 2002. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rbcsoc/v17n49/a07v1749.pdf>>. Acesso em: 10 abr. 2017.

STRECK, Lenio Luiz. **O Que é Isto – Decido conforme minha consciência?** 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

\_\_\_\_\_. **Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

WATERS, Malcolm. **Globalização**. Tradução de Magnólia Costa e Ana Bela Rocha. Oeiras, Portugal: Celta, 1999.

# O FEDERALISMO COOPERATIVO E A SEGURANÇA PÚBLICA: UM OLHAR PARA O PRINCÍPIO DA SUBSIDIARIEDADE

Ricardo Hermany\*

\* Mestre em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul (Unisc, 1999). Doutor em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (Unisinos, 2003) e doutor em doutorado sanduíche pela Universidade de Lisboa (2003). Tem pós-doutorado pela Universidade de Lisboa (2011). Professor da graduação e do Programa de Pós-graduação em Direito (Mestrado e Doutorado) da Unisc. E-mail: Hermany@unisc.br



## O federalismo cooperativo(?) brasileiro da Constituição Federal de 1988

A Constituição Federal, no art. 1º, ao tratar dos princípios fundamentais, dispõe que a República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado democrático de direito, vislumbrando-se que a federação consubstancia o republicanismo como princípio fundamental, vinculando, por conseguinte, o desenvolvimento sistemático da organização política, elevando o sistema federativo como cláusula pétrea.<sup>1</sup>

Dessa forma, a organização federativa, prevista e garantida nas constituições dos respectivos Estados, pode ser compreendida como o sistema político em que agrupamentos territoriais e políticos se unem para originar uma organização de maior amplitude. No Estado federal, os Estados-membros que fazem parte da União mantêm sua autonomia política, administrativa e financeira, desfazendo-se, no entanto, de algumas prerrogativas em prol de uma nova figura política supradimensionada em relação às unidades locais, destacando-se, nesse sistema, a soberania como a mais relevante das prerrogativas.

Assim, pode-se afirmar que não existe nenhuma hierarquia formal entre as “leis da União, as dos Estados e as dos municípios: cada um desses sistemas possui seu próprio espaço reservado enquanto se desenvolve nos limites de sua competência constitucional” (KRELL, 2003, p. 47). A originalidade do sistema federação está em ter feito surgir um Estado soberano composto por Estados autônomos. Para os Estados independentes que se associam, ingressar em uma federação significa abdicar de sua soberania, transferida para o Estado federal, passando a deter autonomia, nos termos postos na Constituição Federal. Da mesma forma, no caso de federações formadas por desagregação de Estados unitários, a opção pelo modelo fede-

ral representa conferir às antigas províncias autonomia em grau de que não dispunham, ficando com o Estado federal a soberania (STRECK; CANOTILHO; MENDES, 2013).

Portanto, em um Estado de base federalista, os Estados que o integram mantêm considerável autonomia política, administrativa e financeira, desvencilhando-se de sua soberania. Essa distribuição do poder político entre os diversos Estados federados que fazem parte de um Estado federal vai ao encontro da preservação da diversidade de culturas, das diferentes origens históricas e das tradições políticas em determinada sociedade. A Constituição Federal, por conseguinte, é a responsável pela garantia da autonomia local, bem como pela forma de cooperação política para divisão de poder. Assim, pode-se afirmar que “a base jurídica da Federação é sempre uma Constituição escrita, comum a todas as entidades federadas, na qual estão fixados os fundamentos essenciais de suas relações recíprocas” (STRECK; CANOTILHO; MENDES, 2013, p. 110).

O que se percebe, contudo, é que, no Brasil, se adotou um modelo de federalismo *sui generis*, tendo inexistido qualquer pacto prévio à adoção do sistema federal, pois o que se percebe dentro da história constitucional brasileira é que não são “os Estados que geram a federação. Isto transparece na Constituição de 1891 e persiste com as subsequentes, que sempre confirmam a opção pelo estado federal, e, em consequência, determinam que os Estados se adaptem as suas normas” (STRECK; CANOTILHO; MENDES, 2013, p. 110). Decorre daí que o federalismo brasileiro se deu por segregação, sendo imposto por uma opção exclusiva do poder central e permanecendo nesses moldes mesmo na atual Constituição. Assim, a formação do Estado federal brasileiro

[...] não obedeceu ao mesmo processo de formação do Estado Federal norte-americano. Enquanto este nasceu da agregação de Estados soberanos, o Estado brasileiro nasceu da segregação de um Estado Unitário. O império mantinha um Estado centralizado e unitário. Com a Proclamação da República, institui-se um Estado Descentralizado, exigindo do poder central distribuição das competências que acumulava. Portanto, os processos foram inversos. (ARAUJO; NUNES JÚNIOR, 2009, p. 272).

<sup>1</sup> Conforme previsão do art. 60, § 4o, I, da Constituição Federal: “Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: I – a forma federativa de Estado;”.

O princípio federativo consubstanciado na Constituição proíbe tratamentos jurídicos que possam criar distinções e privilégios – inclusive tributários – entre os entes políticos federados. Contudo, o federalismo brasileiro permanece sob a influência de práticas centrípetas, mantendo um federalismo assimétrico, em que se constata a dependência de Estados e Municípios em relação à União, especialmente em decorrência do sistema constitucional de repartição tributária.

O cerne do princípio federativo está, então, na separação de competências e na repartição de receitas tributárias, o que guarda total coerência com a autonomia de Estados e Municípios, pois “os fundadores do federalismo brasileiro sabem que não existe autonomia, com autogoverno, sem autonomia financeira. Ou seja, sem que os entes federativos possuam fontes próprias de tributação, sobre as quais livremente disponham” (FERREIRA FILHO, 2008, p. 50).

Desse modo, em relação ao processo histórico de descentralização e autonomia municipal no Brasil, conclui-se que essa tarefa foi negligenciada e postergada por um longo período da política administrativa nacional, só se realizando em termos constitucionais com a Carta de 1988. Pode-se dizer, desta feita, que, com relação à autonomia municipal,

[...] no regime monárquico o Município não a teve, porque a descentralização governamental não consultava aos interesses do imperador; na primeira República não a desfrutou, porque o coronelismo sufocou toda a liberdade municipal e falseou o sistema eleitoral vigente, dominando inteiramente o governo local; no período revolucionário (1930-1934) não a teve, por ser incompatível com a discricionariedade política que se instaurou no país; na Constituição de 1934 não a usufruiu, porque a transitoriedade de sua vigência obstou à consolidação do regime; na Carta outorgada de 1937 não a teve, porque as Câmaras permaneceram dissolvidas e os prefeitos subordinados à intervenção dos Estados. (MEIRELLES, 1991, p. 37).

A divisão de competências trazida pela Constituição de 1988 está baseada em um sistema complexo, em que se intercalam competências privativas e concorrentes, cumulativas e

não cumulativas. Distribuem-se competências, tendo a União e os Municípios competências expressas, ao passo que os Estados-membros têm competência residual. Daí se vislumbra parte da importância conferida ao ente municipal, pois aos municípios “cabe essencialmente administrar os assuntos de interesse local, bem como legislar sobre eles, isto, é claro, dentro dos limites e das diretrizes traçadas pelo Poder Federal e, mais raramente, pelo Poder Estadual” (FERREIRA FILHO, 2008, p. 49). Daí, então, que a expressão “interesse local”<sup>2</sup> passou a substituir a outra expressão “peculiar interesse”,<sup>3</sup> da Constituição de 1967, tornando o âmbito de atuação e autonomia mais amplo em relação àquele conferido anteriormente.

Por um lado, a partilha de competências é que dá substância à descentralização em unidades autônomas. Isso porque, se o fulcro da autonomia dos entes federados está primordialmente na capacidade de auto-organização e de autolegislação, ficaria destituído de sentido reconhecer essa capacidade sem se definir o objeto passível de normatização pelo poder central e pelos poderes estaduais. Por outro lado, para a preservação de um relacionamento harmônico entre o conjunto e as partes, é imprescindível delimitar as respectivas atribuições, sem o que seria inevitavelmente conflituosa sua convivência (STRECK; CANNOTILHO; MENDES, 2013, p. 111).

Nesse diapasão, a Constituição Federal de 1988 é o primeiro documento político brasileiro a trazer mecanismos aptos a romper com o paradigma da centralização, arquitetando um Estado de caráter mais centrífugo. Ela passou a conferir aos entes municipais uma significativa autonomia, outorgando-lhes competência legislativa sobre assuntos de interesse local – o que é uma importante peculiaridade do sistema federativo brasileiro. Outro avanço que a Carta de 1988 estabeleceu foi a obrigatorie-

2 Constituição Federal de 1988: “Art. 30. Compete aos Municípios: I – legislar sobre assuntos de interesse local;” (grifo nosso).

3 Constituição Federal de 1967: “Art. 16. A autonomia municipal será assegurada: [...] II – pela administração própria, no que concerne ao seu peculiar interesse, especialmente quanto: a) à decretação e arrecadação dos tributos de sua competência e à aplicação de suas rendas, sem prejuízo da obrigatoriedade, de prestar contas e publicar balancetes nos prazos fixados em lei estadual; b) à organização dos serviços públicos locais” (grifo nosso).



dade de criação de lei orgânica e a assunção de diversas tarefas constitucionais por meio dos processos de municipalização de serviços públicos.

No entanto, em que pese o fato de o conjunto de competências constitucionalmente atribuídas pelos Municípios ter contribuído formalmente para seu processo de autonomia, alguns problemas crônicos permanecem. A concentração de recursos nos níveis de governo superiores tem inviabilizado ações mais incisivas do poder público local no que se refere ao combate de problemas históricos, como saneamento básico, segurança, educação e programas de saúde familiar.

[...] o conceito de autonomia municipal vigente até hoje no Brasil tende a restringir a um mínimo as possibilidades de controle e orientação dos governos locais. [...] Esse preceito arcaico de autonomia opõe-se a um federalismo cooperativo que tem por objetivo a atuação coordenada dos entes federados e visa à diminuição e à compensação das dificuldades causadas pela distribuição vertical das competências. (KRELL, 2003, p. 83).

O Município e os Estados se veem, assim, paralisados em face das necessidades e demandas urgentes do espaço local, sem dispor dos recursos necessários para realizar uma gestão plenamente eficiente, voltada às políticas públicas preventivas de médio e longo prazo, como se vê a seguir:

Como atribuir competências importa conferir poderes, mas também deveres, para cujo cumprimento são indispensáveis recursos financeiros suficientes, torna-se evidente a importância de uma equilibrada distribuição constitucional de rendas, mormente de receitas tributárias, entre os integrantes da Federação, para que possam desempenhar suas funções sem dependência financeira. Sim, porque a dependência financeira acaba sempre descaracterizando o federalismo, com o qual é incompatível a dependência política que aquela provoca. (STRECK; CANOTILHO; MENDES, 2013, p. 112).

Apesar da relação das atribuições no texto constitucional, o processo efetivo de colaboração entre os diversos entes no âmbito das competências administrativas comuns fica con-

dicionado à edição de legislação complementar por parte da União. Nessas leis infraconstitucionais, deve ser compatibilizada a atuação conjunta dos entes federados com o equilíbrio do desenvolvimento e o bem-estar em âmbito nacional. Vislumbra-se, do texto fundamental, um federalismo cooperativo.

Uma verdadeira cooperação administrativa das três esferas estatais brasileiras deve ter por fim principal o melhoramento da qualidade dos produtos administrativos finais para os cidadãos. Essa cooperação pode ser efetuada de diferentes formas, sendo a mais utilizada a da celebração de convênios administrativos. (KRELL, 2003, p. 85).

Entretanto, não há definição de como será a hierarquia cooperativa dentro da federação. Essa definição, certamente, não devia ter sido deixada para uma lei complementar, pois não se trata de uma questão de detalhamento constitucional, mas de exatidão. O repetido estabelecimento de uma série de competências comuns e concorrentes sempre gerou graves conflitos entre as atividades legiferantes e administrativas da União e dos Estados e, por outro lado, a autonomia dos Municípios (KRELL, 2003, p. 126-127). Assim, o princípio da subsidiariedade, implícito no ordenamento constitucional brasileiro, pode fornecer um indicativo valioso da definição de um critério adequado de atuação cooperada entre os distintos entes federativos, como se verá no ponto a seguir.

## **O papel da subsidiariedade vertical na definição de competências no federalismo brasileiro**

As primeiras referências a esse princípio remetem às lições de Aristóteles, que afirmava que o poder retirava a legitimidade de seu papel de suplência, ainda que o conteúdo mais significativo referente ao princípio da subsidiariedade se consubstancie na doutrina social da Igreja, que considerava a existência de uma estratégia subsidiária, ainda que não se utilizasse exata-

mente o termo “subsidiariedade”. Pode-se referir à encíclica papal *Quadragesimo Anno*, de Pio XI, certamente como o documento responsável pela consagração da ideia de valorização dos indivíduos e da atuação das comunidades menores:

Deixe pois a autoridade pública ao cuidado de associações inferiores aqueles negócios de menor importância, que a absorveriam demasiado; poderá então desempenhar mais livre, enérgica e eficazmente o que só a ela compete, porque só ela o pode fazer: dirigir, vigiar, urgir e reprimir, conforme os casos e a necessidade requeiram. Persuadam-se todos os que governam: quanto mais perfeita ordem jerárquica [sic] reinar entre as várias agremiações, segundo este princípio da função “supletiva” dos poderes públicos, tanto maior influência e autoridade terão estes, tanto mais feliz e lisonjeiro será o estado da nação. (Papa Pio XI, 1931).

O panorama sociopolítico na época da edição de tal documento refletia a preocupação do Vaticano com a desorganização social e a assunção, por parte do poder estatal, de uma demanda crescente de responsabilidades que ameaçava a administração estatal em virtude de sua ineficiência no período que marcava a transição para o modelo do Estado do bem-estar social (*Welfare State*), no qual o Estado passou a avocar a titularidade das políticas públicas sob a forma de direitos prestacionais.

Decorre desse princípio a lógica de que a atuação primária deve ser realizada nas comunidades de menor dimensão, partindo dos indivíduos para, unicamente em uma perspectiva subsidiária, invocar a atuação do poder público estatal. Cabe ressaltar que as encíclicas têm um substancial conteúdo social, o que pressupõe que a lógica subsidiária jamais deverá significar um risco de retrocesso às propostas liberais clássicas, com lacunas tanto nos direitos sociais quanto nas garantias constitucionais fundamentais.

Desse modo, pode-se defluir que a subsidiariedade proporciona elementos para o empoderamento e a soberania do indivíduo, de maneira que aproxima o diálogo e as decisões do cidadão, fomenta sua participação política e propicia o estabelecimento de diálogos pluralistas. Assim, a subsidiariedade se consubstancia em uma lógica que reforça o papel das comunida-

des menores e do cidadão e assegura um locus delimitado para a atuação do Estado, na medida em que este só agirá para resguardar o necessário para a garantia do desenvolvimento social quando a comunidade não puder, por forças próprias, deliberar e decidir sobre os assuntos públicos.

A subsidiariedade no contexto europeu – espaço em que assume prestígio e cuja influência se projetará em outros continentes – funciona como um princípio que contraria a administração centralizada, pressupondo, essencialmente, que “a atuação caiba a entidades distintas, capazes e eficazes, sendo a medida da capacidade e eficácia de cada entidade verificada em nível das possibilidades da sua atuação” (MARTINS, 2003, p. 443). Assim, torna-se possível aferir que a subsidiariedade é o princípio da autonomia do indivíduo e das entidades sociais no interior do Estado. Esse reconhecimento do valor da autonomia, em síntese, segundo Pellizzari (2011), envolve pelo menos quatro diferentes implicações para os níveis superiores de comunidade, e, em última instância, uma delas alcança a autoridade pública dotada de soberania:

*[...] in primo luogo, questi ultimi devono riconoscere e rispettare l'autonomia dell'individuo e dei livelli inferiori; in secondo luogo, devono porre le condizioni di stabilità e sicurezza affinché questa ultima possa realizzarsi; in terzo luogo devono garantire le forme e i mezzi attraverso cui alla società è consentito partecipare alla espressione della sovranità; infine, devono porre le basi affinché le manifestazioni di autonomia si sviluppino e si rafforzino nel corso del tempo. (PELLIZZARI, 2011, p. 597).<sup>4</sup>*

Com isso, torna-se factível condensar o princípio da subsidiariedade como a faculdade de aproximação das decisões às menores instâncias de poder, ou que as decisões públicas têm de estar ao alcance dos cidadãos tanto quanto for possível, só devendo deixar de realizar por razões unicamente relacionadas

4 “[...] em primeiro lugar, deve-se reconhecer e respeitar a autonomia do indivíduo e dos níveis internos; em segundo lugar, devem-se criar as condições de estabilidade e segurança para que esta última possa se realizar; em terceiro lugar, devem-se garantir as formas e os meios pelos quais a sociedade está autorizada a participar como expressão da soberania; e, finalmente, devem-se estabelecer as bases para que as manifestações de autonomia possam se desenvolver e sustentar-se ao longo do tempo” (tradução nossa).

com sua melhor eficácia e economia, quando então a instância superior deve assumi-la.

*En primer lugar, que los objetivos de la acción pretendida no puedan ser alcanzados de manera suficiente por los Estados miembros. Es el requisito o criterio de la "insuficiencia de la acción estatal", o, dicho de otro modo, de la "necesidad de la intervención comunitaria". Y, en segundo lugar, que, por consiguiente, dichos objetivos puedan lograrse mejor, debido a la dimensión o a los efectos de la acción contemplada, a nivel comunitario. Es el criterio de la mayor "eficacia de la intervención comunitaria". (CARRERA, 1994, p. 785).*

A subsidiariedade, além de refutar a exclusividade da administração central no atendimento do interesse público, propicia o envolvimento dos cidadãos e reforça a ideia de democracia participativa. Pode-se dizer que a subsidiariedade se funda na ideia de que "não deve se transferir a uma sociedade maior aquilo que pode ser realizado por uma sociedade menor" (BARACHO, 1996, p. 52). Desse modo, a comunidade maior só devera "atuar quando, e na medida em que, havendo necessidade de tal intervenção, esta se revele mais eficaz do que a atuação da comunidade menor"; portanto, somente nessas situações "os grupos superiores só deverão executar aquelas tarefas que não possam ser eficientemente executadas pelos grupos inferiores" (VILHENA, 2002, p. 30).

Nesse sentido, Martins (2003, p. 445) refere que a divisão de responsabilidades públicas deve ser conferida, preferencialmente, às entidades que se encontram mais próximas dos cidadãos, e, "só assim, não deverá ser quando a amplitude e a natureza da tarefa desempenhar bem como exigências de eficácia e economia justifiquem a atribuição do poder a outra entidade menos próxima dos cidadãos". Subsidiariedade e descentralização são institutos naturalmente engendrados reciprocamente, pois, ao privilegiar as manifestações de poder das esferas menores, concretiza-se a figura da descentralização como pressuposto indissociável da subsidiariedade, sendo a única exceção os casos em que, por razões de economia e eficácia política, administrativa ou financeira, outorga-se a competência

à esfera superior. Ressalva importante deve-se levar em conta em relação ao binômio subsidiariedade-descentralização:

Se a descentralização implicar, contudo, a manutenção de relações de supremacia entre entidades superiores e inferiores tais que não haja efetiva autonomia, como antes se frisou, então a subsidiariedade deixará de fazer sentido na medida em que sempre a entidade de grau superior poderá intervir no exercício dos poderes da entidade de grau inferior, anulando a relação de subsidiariedade em favor da relação de tutela. (MARTINS, 2003, p. 461).

Essa aproximação do poder decisório à comunidade proporciona e fomenta o exercício de um papel mais proativo dos cidadãos, que passam a empoderar-se e deliberar acerca das diretrizes políticas e administrativas do espaço que habitam. No entanto, não é suficiente transferir poder decisório às menores entidades, mas, sobretudo, criar mecanismos que possibilitem o exercício da cidadania voltada a uma gestão pública compartilhada.

A subsidiariedade, em que pese não constar expressamente na ordem constitucional brasileira, pode ser depreendida da leitura combinada dos arts. 1º,<sup>5</sup> 18 e 34, VII, c,<sup>6</sup> da Constituição Federal.<sup>7</sup> A leitura implícita da subsidiariedade na ordem constitucional se coaduna perfeitamente com o modelo federal adotado, tendo em vista que a organização descentralizada dessa forma de Estado se desvela como campo propício à aplicação do princípio; isso quer dizer que o federalismo fornece uma base organizacional substancialmente favorável para que a subsidiariedade possa desenvolver seu conteúdo e extensão. É o que se depreende também da capacidade de elaboração de lei orgânica pelo ente municipal:

Incluirá a lei orgânica de qualquer dos Municípios brasileiros regras para cooperação com associações para planeja-

5 Constituição Federal de 1988: "Art. 1º [...] estabelece que a República Federativa do Brasil é formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal."

6 Constituição Federal de 1988: "Art. 34. [...] VII – assegurar a observância dos seguintes princípios constitucionais [...] c) autonomia municipal;"

7 "[...] a organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos, nos termos desta Constituição."

mento municipal. Tem-se aqui a confirmação do princípio da subsidiariedade, uma vez que a proximidade da unidade menor não tem como deixar de fora a palavra e o pensamento dos que nela habitam. (STRECK; CANOTILHO; MENDES, 2013, p. 785).<sup>8</sup>

Convém reafirmar a imprescindibilidade de articular a subsidiariedade com os princípios constitucionais, fundamentalmente no que se refere ao princípio da igualdade, que exerce papel orientador da aplicação da lógica subsidiária. O desafio da democratização do espaço local faz imperiosa a verificação concreta dos pressupostos constitucionais, os quais devem permear e delimitar as competências locais para além da discussão em torno da descentralização estatal, coadunando o fortalecimento do espaço local com o rechaço às pretensões oligárquicas, passíveis de viciar a formação da decisão pública em sua origem.

A exceção do princípio da subsidiariedade se dá quando as instâncias menores não estão aptas – do ponto de vista da eficiência e economia – para a execução de determinada atribuição, como a gestão penitenciária, a construção e a manutenção de presídios. Desse modo, a comunidade maior só deverá “atuar quando, e na medida em que, havendo necessidade de tal intervenção, esta se revele mais eficaz do que a atuação da comunidade menor”; portanto, somente nessas situações, “os grupos superiores só deverão executar aquelas tarefas que não possam ser eficientemente executadas pelos grupos inferiores” (VILHENA, 2002, p. 30).

Como atribuir competências importa conferir poderes, mas também deveres, para cujo cumprimento são indispensáveis recursos financeiros suficientes, torna-se evidente a importância de uma equilibrada distribuição constitucional de rendas, mormente de receitas tributárias, entre os integrantes da Federação, para que possam desempenhar suas funções sem dependência financeira. Sim, porque a dependência financeira acaba sempre descaracterizando o federalismo, com o qual é incompatível a dependência polí-

tica que aquela provoca. (STRECK; CANOTILHO; MENDES, 2013, p. 110).

Nesse contexto, falta uma adequada regulamentação do art. 23, parágrafo único, no sentido de estabelecer normas para cooperação entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, visando a executar competências comuns, reservando aos Estados e aos Municípios as atividades de execução e relegando à União o estabelecimento de políticas e diretrizes nacionais. Restaria configurada a hipótese de aplicação do princípio da subsidiariedade, em sua dimensão vertical ascendente, nos casos de omissão ou falta de condições dos Estados e Municípios na tarefa de redução de desequilíbrios regionais evidentes ou tarefas essenciais, permitindo-se, mediante concordância dos entes inferiores, a atuação da União como executora das medidas e serviços (KRELL, 2003).

## A segurança pública e as competências federativas

A leitura dos dispositivos constitucionais que tratam da competência dos Municípios permite afirmar que as principais políticas públicas se encontram no campo das atribuições comuns a todos os entes, o que se depreende da verificação do rol de incisos do art. 23. Trata-se de temas relacionados com políticas públicas de saúde, educação, cultura, assistência social, meio ambiente, saneamento, gestão de recursos hídricos, segurança e habitação, que demandam a ação compartilhada e cooperada entre as instâncias de governo.

Contudo, é nesse aspecto que se verifica o maior paradoxo do federalismo brasileiro: se, de um lado, o princípio da subsidiariedade opera como elemento interpretativo em conflito positivo de competência – exatamente o que se verifica no art. 23 da Constituição Federal –, ampliando a importância da atuação do Município, de outro se exige a compatível distribuição de recursos, pois a autonomia que decorre da aplicação da

<sup>8</sup> O Estatuto da Cidade (Lei no 10.257/2001), baseado nesse preceito, determina que o Plano Diretor dos municípios seja discutido e aprovado pelos Poderes Executivo e Legislativo municipal, mediante realização de audiências públicas e participação de associações representativas dos diversos segmentos sociais.

subsidiariedade somente se completa e se realiza com a autonomia financeira, o que, indiscutivelmente, não se verifica no federalismo brasileiro.

No que se refere à segurança pública, os Municípios têm competência para desenvolver ações preventivas à violência pela instalação dos equipamentos públicos, como iluminação e câmeras, além da possibilidade de criar guardas municipais para a proteção de seu patrimônio, bens, serviços e instalações. Em 2014, a Lei nº 13.022<sup>9</sup> regulamentou as atribuições das Guardas Municipais na prevenção à violência, proteção dos direitos humanos, exercício da cidadania e das liberdades públicas, preservação da vida e patrulhamento preventivo. Nesse aspecto, novamente constata-se a assunção, por parte da municipalidade, de atribuições originariamente inerentes aos Estados federados, sem que haja a contrapartida adequada de recursos orçamentários, agravando a crise organizacional e institucional verificada no federalismo brasileiro.

Na prática, o que se lamenta, a concretização do princípio da subsidiariedade no país tem se resumido ao incremento de encargos aos Municípios quando a adequada efetivação dessa importante diretriz interpretativa de ampliação de competência local sempre se alicerçou no equilíbrio, na proporcionalidade e na economicidade, o que pressupõe, sem dúvida, que o federalismo cooperativo – forte na autonomia local – somente se efetiva com autonomia financeira de fato.

Além disso, é preciso uma leitura relativizada da competência dos Estados federados no campo das políticas de segurança pública, haja vista o processo de plena fragilização e insuficiência das finanças públicas desses entes, decorrentes dos mais diversos motivos. Nessa perspectiva, é absolutamente consonante com a aplicação moderna do princípio da subsidiariedade um entendimento de cooperação entre os diferentes entes federativos no enfrentamento das graves questões atinentes à pauta da segurança.

Assim, mostra-se totalmente adequado à concretização da subsidiariedade administrativa interna, em sua dimensão vertical, o entendimento de que os problemas de administração penitenciária – no que tange às recentes rebeliões – assim como a temática da segurança ostensiva, devem ser entendidos em uma dinâmica de cooperação, e não na lógica da competência exclusiva e isolada dos Estados federados.

De fato, essa contribuição da subsidiariedade como princípio implícito no constitucionalismo brasileiro acarreta um novo formato de relacionamento entre os entes públicos, amparados não na tradicional disputa de competências – inúmeras vezes judicializadas –, mas na cooperação de esforços para a eficiente prestação de políticas públicas, incluídas aqui especialmente aquelas atinentes à segurança.

## Considerações finais

As reflexões apresentadas, decorrentes de debates no âmbito do PPGD da Fundação do Ministério Público do Rio Grande do Sul, trazem um olhar para a temática das competências, propondo uma nova dinâmica em relação à interpretação da Federação brasileira. De uma concretização de competências inúmeras vezes amparada no conflito entre os diferentes entes federados, propõe-se uma corresponsabilidade entre as esferas estatais no sentido da realização mais efetiva das políticas públicas.

Nesse ponto, assume destaque o princípio da subsidiariedade, que tem sua origem nos ensinamentos de Aristóteles e uma significativa projeção em nível europeu a partir das encíclicas da Igreja Católica. No entanto, é no contexto da integração europeia que o princípio passa a ser positivado, servindo de diretriz no relacionamento entre os órgãos comunitários e as esferas nacionais.

Contudo, é no âmbito administrativo interno, ou seja, nas relações entre os poderes decorrentes da esfera nacional e o poder local, que mais interessa a análise proposta no campo da

<sup>9</sup> Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2014/lei/l13022.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l13022.htm)>.



segurança pública. Isso porque o princípio opera uma lógica de descentralização e destaque para os espaços mais próximos do cidadão, no caso brasileiro os Estados federados e, de maneira especial, os Municípios.

A aplicação do princípio na Federação brasileira é decorrente de uma concretização de diferentes diretrizes constitucionais, com destaque para a descentralização e a previsão de um federalismo trino. Mas é fundamental registrar, novamente, que se trata de um princípio que não se mostra absoluto, haja vista que a atribuição geral de competência das esferas descentralizadas tem a limitação decorrente da eficiência e da economicidade.

Assim, trata-se de uma aplicação que deve ser relativizada e sempre contextualizada em uma lógica efetivamente cooperativa, haja vista que, em inúmeras situações – notadamente em face das profundas dificuldades financeiras dos Estados federados e dos Municípios –, é necessária a atuação efetiva e cooperativa da União. Não é possível e sequer adequado com o princípio que a União deixe de prestar auxílio e cooperação extraordinária nos casos envolvendo as questões graves da segurança pública: não é uma faculdade, mas uma obrigação federativa.

Logo, não se pode, com base na leitura de um federalismo cooperativo efetivamente amparado na concretização da subsidiariedade, aceitar que a inércia da União seja motivada no respeito à competência exclusiva do Estado federado em matéria de segurança pública, situação que se observou até momentos de limite em situação recente no Norte (Amazonas e Roraima) e Nordeste (Rio Grande do Norte) do Brasil.

## Referências

- ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de direito constitucional**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- BARACHO, Alfredo de Oliveira. **O princípio da subsidiariedade: conceito e evolução**. Rio de Janeiro: Forense, 1996.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988**. Brasília, 2016.
- CARRERA, Angel Boixareu. El principio de subsidiariedad. **Revista de Instituciones Europeas**, Madri, v. 21, 1994.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. O federalismo no Brasil. In: CAGGIANO, Monica Herman; RANIERI, Nina (Org.). **As novas fronteiras do federalismo**. São Paulo: Imprensa Oficial, 2008.
- HERMANY, Ricardo. **Município na Constituição: poder local no constitucionalismo luso-brasileiro**. Curitiba: Juruá, 2012.
- KRELL, Joachim Andreas. **O Município no Brasil e na Alemanha: direito e administração pública comparados**. São Paulo: Oficina Municipal, 2003.
- LEAL, Rogério Gesta. Possíveis dimensões jurídico-políticas dos direitos civis de participação social no âmbito da gestão dos interesses públicos no Brasil. In: LEAL, Rogério Gesta (Org.). **Administração pública e participação social na América Latina**. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2005.
- MARTINS, Margarida Salema d'Oliveira. **O princípio da subsidiariedade em perspectiva jurídico-política**. Coimbra: Coimbra, 2003.
- MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito municipal brasileiro**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.
- PAPAPIOXI. **Encíclica Quadragesimo Anno**. 15 maio 1931. Disponível em: <[http://www.vatican.va/holy\\_father/pius\\_xi/encyclicals/documents/hf\\_p-xi\\_enc\\_19310515\\_quadragesimo-anno\\_po.html](http://www.vatican.va/holy_father/pius_xi/encyclicals/documents/hf_p-xi_enc_19310515_quadragesimo-anno_po.html)>. Acesso em: 1º ago. 2017.



PELLIZZARI, Silvia. Il principio di sussidiarietà orizzontale nella giurisprudenza del giudice amministrativo: problemi di giustiziabilità e prospettive di attuazione. **Istituzioni del Federalismo**: Rivista di Studi Giuridici e Politici, n. 3, p. 593-621, 2011.

STRECK, Lenio Luiz; CANOTILHO, José J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira (Ed.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2013.

VILHENA, Maria do Rosário. **O princípio da subsidiariedade no direito comunitário**. Coimbra: Almedina, 2002.

# SOBRE O ATIVISMO JUDICIAL NO BRASIL

José Alcebiades de Oliveira Junior\*

\* Tem pós-doutorado pela Justus-Liebig-Universität Giessen (Alemanha). Doutor em Direito (Filosofia do Direito e da Política) pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Professor titular da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Pesquisador 1 D do CNPq. E-mail: alcebiadesjunior@terra.com.br

## Introdução

Inicialmente, gostaríamos de agradecer à Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul (FMP-RS) o honroso convite que nos foi feito por meio de seus diretores, aos quais nos referimos nas pessoas dos professores doutor Rogério Gesta Leal, doutor Anísio Gavião Filho e mestre Fabio Sabardellotto, para estar aqui neste importante evento. E, antes de qualquer coisa, gostaríamos também de saudar a todos os presentes, alunos, professores e demais autoridades, desejando a todos um excelente evento acadêmico.

Sobre o assunto do ativismo judicial, gostaríamos de destacar que há muitos anos pesquisamos sobre ele por diversos ângulos, entre os quais e a que gostaríamos de nos referir neste momento<sup>1</sup> estão os desafios do Poder Judiciário hoje, assim como o que boa parte da doutrina entendeu denominar “casos difíceis”. Em terceiro lugar, pretendemos trazer abordagens atuais de um pesquisador da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), Carlos Alexandre de Azevedo Campos (2014), que aborda de maneira sistemática as várias dimensões do ativismo, com especial atenção ao Supremo Tribunal Federal (STF), o que nos pareceu corroborar várias das teses que já viemos pesquisando, mas sobretudo acrescentando o que denomina dimensões desse ativismo no Brasil, ilustrando suas reflexões com alguns interessantes exemplos práticos trazidos da realidade brasileira por esse autor. Concluiremos, então, estas reflexões com algumas digressões históricas sobre o protagonismo do Poder Judiciário, principalmente relacionadas com o cuidado que temos de ter com o equilíbrio entre os poderes, a fim de que respeitemos um valor que para muitos é hoje universal, que é a democracia, e que depende em muito de decisões judiciais corretas do ponto de vista epistemológico, assim como adequadas à continuidade de um processo de integração social.

<sup>1</sup> Utilizaremos neste texto especialmente nosso livro escrito com o professor doutor Leonardo da Rocha de Souza *Sociologia do direito, desafios contemporâneos* (2016).

## Desenvolvimento

### A democracia como desafio por excelência do Poder Judiciário<sup>2</sup>

Com a expressão citada, de fato entendemos ser necessário enfatizar que esse poder assumiu no atual contexto uma importância que talvez jamais tenha tido, porque deve funcionar como um fiel da balança dos inevitáveis conflitos de qualquer sociedade humana, sendo mais do que nunca o guardião constitucional, e, como tal, essencial à democracia. Como temos dito insistentemente em nossos trabalhos, o Poder Judiciário carrega hoje as esperanças da sociedade civil na realização das diversas gerações de direitos humanos constitucionalizados, porém tendo de enfrentar inúmeros desafios, entre os quais a globalização do mundo e o multiculturalismo.

Falar da importância do Poder Judiciário para a democracia tornou-se quase uma obviedade. Mas, desde Norberto Bobbio e de outros pensadores, esse assunto é seriamente tratado do ponto de vista formal de respeito às normas, seus sistemas e suas hierarquias. Mas, com a complexidade do mundo e dadas as insuficiências da linguagem ordinária e mesmo técnica, assim como em razão do gigantismo dos problemas concretos, o alcance desses objetivos também se tornou complexo. E é nessa direção que cada vez mais os sistemas jurídicos passaram a ser configurados não só como um conjunto de normas definidas, mas também como um conjunto de princípios e metas a serem alcançados. De modo que esse caráter de constitucionalidade do direito moderno pode oferecer dificuldades adicionais ao operador jurídico na construção de um Estado não apenas de direito, mas democrático de direito.

<sup>2</sup> Tomando nosso livro *Sociologia do direito, desafios contemporâneos* (2016), utilizamo-nos aqui de vários outros textos escritos por nós, entre os quais: 1) *Teoria jurídica e novos direitos* (2000b, capítulo X: “A importância do Poder Judiciário para a democracia e seus atuais desafios”, p. 121-133); 2) “Práticas judiciárias: questões de responsabilidade política e sociocultural dos magistrados” (2009, p. 1355-1361); e 3) “Boaventura de Souza Santos e o papel do direito na globalização” (2007, p. 73-80).

Disso, pois, emerge a importante questão da eficácia das constituições e de como obtê-la de modo legítimo (qual deve ser a direção do protagonismo judicial), bem como a necessidade de um enfrentamento da mera discricionariedade, na medida em que as normas tratam de interesses diversos. Um exemplo das dificuldades encontramos no direito constitucional à saúde, que, de um lado, se encontra previsto no art. 196 da Constituição Federal como um direito de todos e que, de outro, se choca com as regras relacionadas com as limitações orçamentárias previstas no art. 167 da mesma Constituição.

De outra parte, a importância do Poder Judiciário, pois, está relacionada com a legitimidade democrática (de origem funcional e constitucional) desse poder. O modelo de justiça burocrática que temos hoje tem influência francesa e remonta ao início do constitucionalismo. Esse modelo implantou um sistema em que os juízes, em vez de serem eleitos, passam a formar um corpo de funcionários, profissionais do direito, como diria Max Weber, a quem se encomenda a função de aplicação da lei.<sup>3</sup>

A legitimidade democrática dos juízes, portanto, não está em sua forma de ingresso, pois estamos acostumados a relacionar a democracia com a escolha de nossos representantes por meio do voto. Mas os juízes contam com outra legitimidade democrática, que está ancorada na função de aplicação da lei, chamada de legitimidade de exercício ou legitimidade funcional (RINCÓN, 2002, p. 80). E é aqui que encontramos o tema do ativismo judicial.

Passado o Estado liberal e agora diante do Estado social e democrático de direito, aumenta consideravelmente a intervenção dos juízes no processo de produção do direito. Na hora de aplicar uma norma ao caso concreto, convertem-se em verdadeiros “criadores” diretos do direito, pois gozam de certa discricionariedade na interpretação dos diferentes sentidos que a norma possa ter, aportando certo valor na cadeia de produção ou inovação do ordenamento jurídico. Está-se, portanto, diante da jurisprudência como fonte direta do direito, que estabelece critérios jurídicos

gerais vinculantes para os juízes e tribunais, transparecendo estar acontecendo uma verdadeira revisão entre os muros da *civil law* e da *common law* (RINCÓN, 2002, p. 81).

Por tudo isso é que a legitimidade de origem ou funcional também pode ser classificada como legitimidade constitucional, no sentido de que é a própria Constituição que em última instância legitima a origem dos juízes e o exercício de suas funções (RINCÓN, 2002, p. 91).

#### Casos difíceis e teorias da decisão judicial<sup>4</sup>

Chegamos, pois, praticamente às origens do tema do ativismo judicial com esse assunto de que existem casos difíceis. Mas, se existiriam casos fáceis no direito, também seria uma boa pergunta. De qualquer modo, o que nos interessa neste instante é a ciência jurídica em movimento, o que nos leva, então, a uma breve referência a autores que trataram o tema das decisões judiciais.

#### A ciência jurídica em perspectiva funcional

Como temos dito em vários textos recolhidos em nosso livro *Sociologia do direito*, já várias vezes referido, desde uma perspectiva dinâmica ou desde o prisma da função judicial, o estudo da teoria jurídica pode ser proposto a partir de pelo menos cinco modelos: a) silogístico; b) realista; c) discricionariedade judicial; d) resposta correta; e) outros (formulados por Luigi Ferrajoli, Jürgen Habermas, Neil MacCormick e Robert Alexy). Comentemos alguns pontos brevemente.

O primeiro é defendido pelo positivismo formalista, que, como se sabe, tem em Kelsen seu maior expoente. Nele, a tarefa do juiz é lógico-mecânica. Trata-se da subsunção pura e simples do fato à norma preestabelecida. Nessa perspectiva,

4 Aproveita-se aqui também o capítulo de nosso livro *Sociologia do direito, desafios contemporâneos* (2016), realizado com base em *Sociologia judiciária* (2010b, mimeo). (As adaptações foram feitas por Leonardo da Rocha de Souza.) As ideias constantes neste texto estão desenvolvidas em: Oliveira Jr. (2000a, p. 81-85; 2000b, capítulo “Acerca da teoria dos casos difíceis no direito”, p. 109-119; e 2002, p. 203-227).

3 Rincón (2002, p. 79 e segs.). Os ensinamentos desse autor são essenciais para o tema. Consultar também Leal e Leal (2011).

não existem casos difíceis, porque tudo o que não está proibido está permitido (CALSAMIGLIA, 1984). Lembra-se aqui Bobbio quando relata em seu *Teoria do ordenamento jurídico* a disputa pela ideia de completude e lacunaridade entre positivistas e sociólogos e diz que os primeiros, a partir da lógica, sustentam não existir espaço jurídico vazio quando algum fato não está tipificado pelo direito, justamente porque o que não está proibido está permitido. O direito nunca faltaria.

O segundo modelo, o realista, é defendido por correntes antiformalistas. Alf Ross é um típico representante desse modelo. É interessante seguir, porém, o que diz Calsamiglia para melhor entender esse modelo: nele, as decisões dos juízes são fruto de suas preferências pessoais e de sua consciência subjetiva; o juiz primeiro decide e logo busca justificativa no ordenamento jurídico; não existiriam casos difíceis, o juiz poderia solucionar todos. E, assim, se concede ao poder judicial um autêntico poder político, não congruente com o sistema de legitimação dos Estados democráticos, nem com o postulado da separação dos poderes (CALSAMIGLIA, 1984, p. 22-23).

Com o terceiro modelo, o da discricionariedade judicial, encontra-se propriamente o tema proposto por este trabalho, qual seja, o dos casos difíceis. Ao reaproximar teoria do direito e filosofia da linguagem, Hart realça a existência desses casos para os operadores do direito, sobretudo ao salientar não somente questões sintáticas e semânticas, mas também pragmáticas. E, de imediato, por interesse didático, passa-se a uma caracterização do que sejam casos difíceis, utilizando-se aportes do jurista colombiano que organizou a publicação do debate entre Hart-Dworkin naquele país, César Rodríguez (1997).

Em linhas gerais, consoante o autor colombiano, um caso é difícil quando os fatos e as normas relevantes permitem, pelo menos à primeira vista, mais de uma solução. Ainda como segue o professor, o tipo mais frequente de caso difícil é aquele no qual a norma aplicável é de textura aberta, ou contém uma ou mais expressões linguísticas vagas, como diria Hart. Dá como exemplo a norma “está proibida a circulação de veículos no parque” e pergunta se ela se aplica tanto aos automóveis como às

bicicletas. Por outro lado, como salienta Rodríguez, é possível que, mesmo que fosse clara a norma, é possível que exista mais de uma alternativa razoável de solução. Mas a essa dificuldade podem-se agregar outras quatro mais: 1) quando dois ou mais princípios colidam; 2) quando não existe nenhuma norma aplicável ou então lacuna; 3) quando, mesmo que exista a norma e seja clara, ela é injusta; 4) quando, mesmo que exista um precedente judicial, à luz de um novo caso se considere necessário modificar (RODRÍGUEZ, 1997, p. 68).

Por fim, interessa ressaltar o modelo da resposta correta de Ronald Dworkin, que não só foi o sucessor de Hart, mas um de seus maiores críticos. Por uma série de razões, Dworkin sustenta que o juiz não tem a discricionariedade aludida por Hart. Entre vários argumentos, afirma que o papel do juiz não é criar direito e, portanto, não é o de legislar. Caso isso aconteça, certamente ele estará agredindo pilares básicos da democracia e do próprio direito. Por um lado, rompe a teoria da separação dos poderes e, por outro, agride o princípio da legalidade, procedendo a uma justiça *ex post facto*.

Mas, o que parece essencial ressaltar é que Dworkin sustenta algo que hoje pode parecer óbvio, mas que nem sempre foi bem assim, isto é, que os sistemas jurídicos são conformados também por princípios. Em certo sentido, defende a tese de que os ordenamentos jurídicos são integrados por normas que, por um lado, são regras em sentido estrito e que, por outro, são princípios em sentido amplo e que se influenciam reciprocamente. Assim, quando duas normas colidem, o que no dizer de Bobbio se caracterizaria como uma antinomia real, ou seja, para a qual há uma insuficiência de critérios resolutivos, Hart denomina um caso difícil, diante do qual o juiz pode agir de modo discricionário. Já Dworkin, com sua teoria dos princípios, sustenta, com base em uma distinção entre princípios e políticas, a existência de uma resposta correta, ou pelo menos mais adequada, para os casos difíceis. Essa é a tese, em linhas gerais, de Dworkin. Embora fundamental para um Estado democrático de direito, trata-se de uma afirmação polêmica e que vem recebendo muitas críticas.



Enfim, ressalte-se que o quinto modelo de decisões judiciais, proposto ao início e que poderia ser composto também a partir dos estudos de Luigi Ferrajoli (1997, p. 89-109) ou de Jürgen Habermas<sup>5</sup>, são propostas complexas, mas que defendem dois pontos importantes: o primeiro, referente ao fato de que a inconstitucionalidade não se dá apenas por questões formais, mas também por descon siderações a aspectos constitucionais materiais; o segundo, o de Habermas, defende a democracia deliberativa, o que quer dizer que, quanto mais as decisões resultarem de entendimentos coletivos, tanto melhor. Lamentavelmente, neste curto texto, não temos como explicitar melhor essas questões, além de não podermos trazer detalhes sobre o interessante debate entre Hart e Dworkin realizado em nosso citado livro de *Sociologia do direito*, assim como digressões sobre Neil MacCormick e Robert Alexy, entre outros.

### Sobre as dimensões do ativismo judicial do STF

Passando agora para a obra de Azevedo Campos (2014, p. 149 e segs.), não temos dúvida de que o núcleo, a linha comum que tem movido essas preocupações com o ativismo no Brasil e no mundo, diz com o aumento da relevância da posição político-institucional de juízes e cortes, sobre outros atores e instituições relevantes de dada ordem constitucional. E, no Brasil, por que não dizer, essa relevância tem se agigantado pelo enorme descrédito dos Poderes Executivo e Legislativo, em face, entre outras razões, da corrupção sistêmica instalada, o que por si só levaria a outra conversa também importante. Mas indo direto ao ponto, qual o espaço nobre do ativismo judicial? Não há dúvida, consoante o autor Carlos Alexandre (CAMPOS, 2014, p. 152-153 e segs.), de que são as questões políticas e morais complexas próprias do que alguns denominam pós-modernidade (não existem univocidades morais). E alguns exemplos, reafirmados por Azevedo Campos e que podem ser referidos

imediatamente: discriminação racial e de gênero, ações afirmativas, aborto, direito à morte digna, direitos de minorias, direitos dos homossexuais, liberdade de expressão e de imprensa, liberdade religiosa e relações entre Estado e Igreja.

Não há dúvida, pois, que o espaço nobre do ativismo judicial são os hard cases, na terminologia de Hart e Dworkin... Mas, atenção: como diz Azevedo Campos (2014, p. 148-163) na obra que estamos trabalhando,

[...] há que se ressaltar que no Brasil as Cortes têm avançado sobre outros poderes independentemente da matéria a ser julgada, ou de sua complexidade. E daí uma primeira e importante conclusão: O ativismo não pode ser identificado simplesmente pela criatividade hermenêutica, mas, sobretudo pelo extraordinário número de questões levadas às Cortes para decisão.

Outrossim, pode-se dizer que se encontra implícito, e já no ano 2000 falávamos sobre isso (OLIVEIRA JR., 2000b), que desde algum tempo, mas a rigor ainda mais hoje em dia, vivemos uma amplíssima judicialização das relações sociais, desde as grandes às pequenas questões, aos pequenos conflitos. Não seria desmentido pela realidade dos fatos de que o STF tem decidido até mesmo sobre furto famélico. Há o que muitos autores têm denominado uma verdadeira judicialização da política, discussão que ensejaria outro trabalho.

Mas tomemos em conta que, segundo Azevedo Campos (2014, p. 148-163, esp. p. 156), por razões um tanto óbvias de correntes da PLS nº 85/2017, que: correção de mérito não se confunde com assertividade institucional. São questões diversas e separadas. E, diante disso, "o que se entende por Ativismo Judicial deve envolver não apenas questões de mérito, mas principalmente a questão da alocação da autoridade de tomadas de decisões dentro de um sistema judicial e entre esse sistema e outros participantes do governo".

Portanto, como diz Azevedo Campos nos pontos referidos há pouco, "discutir o ativismo ou a autorrestrrição judicial não é discutir se determinada decisão é correta ou não, pois isso é contingente. O que corresponde ao ativismo propriamente dito

5 HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia*. Entre faticidade e validade. v. 1 e 2. Rio de Janeiro: Biblioteca Tempo Brasileiro, 1998.

tem a ver com o quanto de autoridade constitucional e epistêmica a Corte tinha para tomar uma decisão”.

Enfim, há uma multidimensionalidade de ativismos judiciais, segundo Carlos Alexandre de Azevedo Campos (2014, p. 275 e 322-332), e que não temos como referir a todos neste breve escrito, reservando-nos tão somente a possibilidade de trazeremos dois exemplos trabalhados por esse autor.

1) Na primeira dimensão metodológica, trata-se de um “caso de nepotismo”. Esse caso foi definido em três atos: primeiro, em sede de ADC, a Corte validou a proibição do nepotismo quanto ao Judiciário; depois, em sede de recurso extraordinário (RE), definiu poder a proibição abranger todos os poderes de governo e nos três níveis federativos; por último, o Supremo editou súmula vinculante detalhando os contornos e o alcance da regra da vedação de nepotismo e vinculando efetivamente o comportamento de todos os poderes da República.

No caso do RE, estava em jogo saber se era constitucional a contratação de um irmão de vereador e outro de vice-prefeito, respectivamente, para os cargos em comissão de Secretário Municipal de Saúde e de motorista no Município de Água Nova, no Estado do Rio Grande do Norte. No acórdão recorrido, o Tribunal de Justiça havia sustentado a necessidade de lei formal e local para proibir tal prática, de modo que, diante da inexistência de lei municipal, as contratações seriam legítimas, não sendo possível a vedação de nepotismo decorrer apenas da aplicação direta dos princípios constitucionais da moralidade e da impessoalidade administrativa.

Porém, na linha do que já havia decidido na ADC nº 12/DF, o Supremo confirmou, nesse recurso extraordinário, a tese da vedação de nepotismo decorrer diretamente dos princípios previsto no art. 37, caput, da Carta de 1988 e, principalmente, dos princípios da moralidade e da impessoalidade, autoaplicáveis e vinculantes de “todos os Poderes da República em todos os níveis político-administrativos da Federação, independente de lei formal”. Na sequência, a Corte normatizou, por meio da Súmula Vinculante nº 13, a regra de proibição de nepotismo com riqueza de detalhes redacionais e contorno bastante definidos, tendo

por matriz a legislação do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e dirigindo-a à Administração Pública direta e indireta nos três poderes da República e nos três níveis federativos... O ativismo judicial metodológico revelou-se na configuração de regra tão normativamente densa sem intermediação legislativa e a partir de princípios tão vagos e imprecisos como são os da moralidade e da impessoalidade administrativa do art. 37, caput, da Carta.

2) A quarta dimensão do ativismo judicial de direitos, segundo Azevedo Campos (2014, p. 32), se dá pelo fato de os direitos fundamentais estarem no centro da jurisprudência do Supremo, tanto quantitativa quanto qualitativamente, sob duas vertentes: a dimensão negativa (ou de defesa) e a dimensão positiva (ou prestacional). Na primeira, principalmente fundada na liberdade e na dignidade, a Corte interfere nas ações estatais regulatórias, investigatórias e coercitivo-penais; na segunda vertente, principalmente fundada na igualdade social e na garantia do mínimo existencial, o STF tem interferido no dever de legislar, nas políticas públicas e nas decisões alocativas de recursos do Estado. No primeiro caso, de defesa dos direitos, um exemplo merecedor de atenção é o da Lei de Imprensa, no qual o Supremo decidiu não ter sido a Lei nº 5.260/1967 recepcionada pela Constituição de 1988. Ainda que não tenha sido uma posição fiel da maioria que votou pela inconstitucionalidade da lei, a ementa e o voto do relator, ministro Ayres Britto, deixaram transparente que a ação de regulação do funcionamento da imprensa deve ser mínima, em homenagem à posição de maior relevância constitucional e democrática da liberdade de expressão e informação, da qual a liberdade de imprensa é corolária...

Por outro lado, em decisões contrárias à opinião pública, marcadamente intolerante com o quadro contemporâneo de criminalidade, o STF tem avançado posições de defesa para restringir a ação coercitivo-penal do Estado (vejam-se exemplos recentes), reduzindo a margem de conformação do legislador penal e da ação persecutória das autoridades policiais por meio de jurisprudência garantista, pautada, principalmente, pela dignidade da pessoa humana e ampliativa do princípio da inocência (não culpabilidade) e da garantia constitucional da individuali-



zação da pena. Quanto à dimensão positiva (ou prestacional), revela-se na atitude judicial de exigir do Estado o cumprimento de deveres positivos, inclusive do dever de legislar, voltados à tutela dos direitos fundamentais. E de ser bastante ativista na eficácia e na adequação dessas medidas. E um exemplo bastante significativo trazido por Azevedo Campos (2014, p. 329 e segs.) é o que se encontra na Lei Maria da Penha (Lei nº 11.340/2006), por meio da qual o Estado procurou proteger as mulheres. Porém, ela estabeleceu expressamente que as ações penais sobre todos esses casos de agressão doméstica e familiar deveriam ser condicionadas à representação da mulher ofendida, não podendo o Estado, sem manifestação de vontade da mulher, seguir com ações punitivas. Pois a maioria do Supremo considerou que deixar a ação penal condicionada à vontade da mulher nos casos de crime de lesão corporal representava proteção insuficiente da dignidade da ofendida e a desconsideração da desigualdade histórica de forças entre os homens e as mulheres. Em tese, o Supremo “corrigiu” a Lei Maria da Penha, demonstrando que a proteção era insuficiente e que a ação penal não necessitaria ser incondicionada.

## Conclusão

O tema aqui tratado é, além de atual e urgente, extremamente instigante. E, quanto ao protagonismo judicial, como afirmou Boaventura de Souza Santos em sua obra *Para uma revolução democrática da justiça* (2007, Introdução, p. 11-18):<sup>6</sup> “O protagonismo do Poder Judiciário se deve, em grande parte, ao fato de cada vez mais realizar os direitos conquistados. Mas a efetividade desses direitos é garantida quando se aplica[m] os fundamentos da sociologia da burocracia para alcançar a eficiência do Poder Público, evitando-se que o atendimento de casos individuais entrem em conflito com o planejamento macro das

políticas públicas e sociais.” Analisando o papel do Poder Judiciário na história recente, Boaventura de Sousa Santos encontra duas espécies de comportamentos, o conservador e o progressista, cada um com suas consequências peculiares, mas, em ambos, apontando a forte influência do sistema judicial nos rumos da sociedade. Para demonstrar a atuação conservadora do Poder Judiciário, o sociólogo português destaca os seguintes momentos (SANTOS, 2007, p. 13-14): a) após 1918, na República de Weimar, o Supremo Tribunal da Alemanha julgava com critérios diferentes a “punição da violência política da extrema esquerda (comunistas e anarquistas) e da violência política da extrema direita (fascistas e nazistas)”, punindo mais duramente a extrema esquerda, o que foi o primeiro prenúncio do que aconteceria, “anos mais tarde, com o nazismo”; b) na década de 1930, nos Estados Unidos da América (EUA), o Supremo Tribunal de Justiça (STJ) julgava atos do presidente Roosevelt com base em concepções individualistas de direito civil e de propriedade, bloqueando, sistematicamente, as grandes reformas desejadas por aquele governo; c) na década de 1970, no Chile, os tribunais foram contrários aos atos do presidente Allende baseados em leis em vigor nos anos 1930 (período em que houve brevíssima república socialista), impedindo o governo de promover importantes lutas democráticas.

Essa atuação conservadora do Poder Judiciário passaria a mudar de foco em dois outros momentos (SANTOS, 2007, p. 14): a) na década de 1960, nos EUA, o Tribunal Supremo (Warren Court) “foi um baluarte na luta contra o racismo ao atender às reivindicações do movimento negro na luta pelos direitos cívicos”, consubstanciando-se em um início de atuação mais social (progressiva) do Poder Judiciário; b) na década de 1990, na Itália, ocorreu a prisão “de várias centenas de grandes empresários e políticos” envolvidos com corrupção (“Operação Mãos Limpas”), desestruturando o corrupto “sistema político italiano do pós-guerra”.

Nos países da América Latina, o protagonismo do Poder Judiciário passou a ser sentido na década de 1980. Antes desse período, a atuação do Poder Judiciário era considerada fraca,

<sup>6</sup> Essas reflexões, que se encontram também em nossa obra *Sociologia do direito, desafios contemporâneos* (2016), tiveram grande contribuição de Souza (2009, p. 105-123). (As adaptações foram realizadas por Leonardo da Rocha de Souza.)

tendo como função precípua a mera aplicação da “letra da lei emprestada do modelo europeu”, sem poder para controlar os atos do Poder Executivo. Duas realidades eram vislumbradas: (i) as elites não queriam que o Judiciário interferisse em seus atos e (ii) a esquerda revolucionária não via o Judiciário como mecanismo importante para promover a justiça social (SANTOS, 2007, p. 11-12). Os finais dos anos 1980 significaram uma mudança de paradigma: o sistema judicial adquire forte proeminência e as agências de ajuda internacional passam a “dar prioridade aos programas de reforma judicial e de construção do Estado de direito em muitos países em desenvolvimento” (SANTOS, 2007, p. 12). O protagonismo do Poder Judiciário, no entanto, provém da ineficiência do Estado/Executivo. Suécia e Holanda, que têm excelentes sistemas de Estado de bem-estar social, têm baixas taxas de litigância. A litigância (e o protagonismo do Poder Judiciário), portanto, tem a ver (i) com a cultura jurídica e política; (ii) com um nível de efetividade da aplicação dos direitos; e (iii) com a (in)existência de estruturas administrativas que sustentam a aplicação dos direitos (SANTOS, 2007, p. 17). Essa realidade não é diferente no Brasil. Boaventura de Sousa Santos destaca a Constituição de 1988 como “símbolo da redemocratização brasileira”, ampliando o rol de direitos civis, políticos, econômicos, sociais, culturais e os de terceira geração (meio ambiente, qualidade de vida e direitos do consumidor). Além dos direitos, a Constituição de 1988 ampliou, também, os instrumentos e as instituições legitimadas para buscar sua implementação junto aos tribunais (SANTOS, 2007, p. 17-18).

Deve-se admitir, porém, que “constituições que crescem organicamente são muito melhores do que as que são feitas. Nenhum legislador sábio pode construir a melhor república; isso vem com a imitação da natureza, ‘em uma ampla duração de tempo e por uma grande variedade de acidentes’.”<sup>7</sup> No entanto, na realidade brasileira, um mesmo ato constitucional consagrou direitos (SILVA, 2008, p. 587-588) que em outros países foram conquistados em um longo processo histórico.

A consagração de direitos por meio de um documento constitucional (OLIVEIRA JR., 2000b, p. 136) criou na sociedade grande expectativa de que o Poder Executivo pudesse atender a esses direitos e garantias. O governo, porém, não teve tempo ou planejamento suficiente para consolidar políticas públicas e sociais para atender a essas expectativas, o que gerou a execução deficiente ou inexistente de muitas políticas sociais, uma vez que, mesmo que a norma seja um instrumento válido, ela é “insuficiente para a determinação dos direitos e da cidadania” (OLIVEIRA JR., 2000b, p. 78).

Como resultado, a sociedade, frustrada com o Executivo, transfere suas expectativas ao Judiciário, buscando-o como forma de coagir o atendimento de seus direitos. E pior: como deixar de conceder judicialmente tais direitos quando o trágico e o dramático se colocam cara a cara com o operador do direito, com seu sentimento de culpa e de responsabilidade por salvar a humanidade (DOUZINAS, 2009, p. 253)? A via judicial passou, assim, a ter credibilidade, como alternativa para alcançar direitos, diante das semelhanças ontológicas entre o que pede (sujeito de direitos) e que concede (juiz). E isso, sem dúvida, tem conduzido ao ativismo judicial, que se, por um lado, tem traduzido bons resultados, por outro, tem se colocado como alvo de muitas críticas.

7 STRAUSS, Leo. *Natural rights and history* (ano, p. 314 apud DOUZINAS, 2009, p. 167).

## Referências

BASTOS, Aurélio Wander. **Teoria e sociologia do direito**. 5. ed. rev. e amp. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2012.

BAUMAN, Zygmunt; MAY, Tim. **Aprendendo a pensar com a sociologia**. Tradução de Alexandre Werneck. Rio de Janeiro: Zahar, 2010.

CALSAMIGLIA, Albert. Ensayo sobre Dworkin (Prólogo a la edición en español). In: DWORKIN, Ronald. **Los derechos en serio**. Barcelona: Ariel, 1984.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do ativismo judicial do STF**. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

DOUZINAS, Costas. **O fim dos direitos humanos**. Tradução de Luzia Araújo. São Leopoldo: Unisinos, 2009.

FERRAJOLI, Luigi. O direito como sistema de garantias. Tradução de Eduardo Maia Costa. In: OLIVEIRA JR., José Alcebiades de (Org.). **O novo em direito e política**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 89-109.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. 2. ed. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. v. I e II.

LEAL, Rogério Gesta; LEAL, Mônica Clarissa Hennig (Org.). **Ativismo judicial e déficits democráticos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

OLIVEIRA JR., José Alcebiades de. **Bobbio e a filosofia dos juristas**. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1994.

\_\_\_\_\_. Cidadania e novos direitos. In: \_\_\_\_\_ (Org.). **O novo em direito e política**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 191-200.

\_\_\_\_\_. Ronald Dworkin e a dissolução da oposição jus naturalismo e positivismo jurídico. **Jurispoiesis**, Rio de Janeiro, p. 81-85, 2000a.

\_\_\_\_\_. **Teoria jurídica e novos direitos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000b.

\_\_\_\_\_. Casos difíceis no pós-positivismo. In: BOUCAULT, Carlos E. de Abreu; RODRIGUEZ, José Rodrigo (Org.). **Hermenêutica plural**. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 203-227.

\_\_\_\_\_. Boaventura de Souza Santos e o papel do direito na globalização. **Direitos Culturais**, v. 2, p. 73-80, 2007.

\_\_\_\_\_. Poder Judiciário e questões de poder, direito e democracia: contribuições de Max Weber e Jürgen Habermas para uma sociologia judiciária. In: XVIII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI. **Anais...** Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009a. p. 2011-2024.

\_\_\_\_\_. Práticas judiciárias: questões de responsabilidade política e sociocultural dos magistrados. In: XVIII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI. **Anais...** Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009b. p. 1355-1361.

\_\_\_\_\_. Reflexões sobre responsabilidade política e sociocultural dos magistrados. **Revista do Direito** [online], Santa Cruz do Sul, v. 33, p. 68-82, 2010a.

\_\_\_\_\_. **Sociologia judiciária**. 2010b. Mimeo.

\_\_\_\_\_; BAGGIO, Moacir Camargo. Jurisdição: da litigiosidade à mediação. **Costituzionalismo**, Roma, v. 2, 2009. Disponível em: <<http://www.costituzionalismo.it/pdf/?pdfId=323>>. Acesso em: 24 jan. 2016.

\_\_\_\_\_; LEAL JR., Cândido A. O direito na guerra entre culturas: tratamento judicial de conflitos entre grupos indígenas e agentes públicos. In: \_\_\_\_\_ (Org.). **Direitos fundamentais e contemporâneos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012. p. 3-32.

\_\_\_\_\_; MOREIRA, Pedro S. Multiculturalismo, desacordo e interpretação constitucional. In: MIRANDA, Jorge; MORAIS, José Luis Bolzan de; RODRIGUES, Saulo Tarso; MARTIN, Nuria Belloso (Org.). **Hermenêutica, justiça constitucional e direitos fundamentais: homenagem ao professor Jorge Miranda**. Curitiba/Lisboa: Juruá, 2016. p. 193-212.

\_\_\_\_\_; SOUZA, Leonardo da Rocha de. Multiculturalismo e meio ambiente: uma proposta de inclusão do Outro a partir da teoria do

discurso de Habermas. In: BRAVO, Álvaro Sánchez; CERVI, Jacson Roberto (Org.). **Multiculturalismo, tecnología y medio ambiente**. Sevilla: Punto Rojo, 2015. p. 47-73.

\_\_\_\_\_. **Sociologia do direito, desafios contemporâneos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.

\_\_\_\_\_. WIENKE, Felipe Franz. A emergência do paradigma multicultural sob a ótica do Supremo Tribunal Federal. **Direitos Culturais** [online], v. 10, p. 79-97, 2015.

OLIVEIRA, Pérsio Santos de. **Introdução à sociologia**. 25. ed. rev. e atual. São Paulo: Ática, 2004.

RINCÓN, Luis Esteban Delgado del. **Constitución, poder judicial y responsabilidad**. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

RODRÍGUEZ, César. Teoría del derecho y decisión judicial: en torno al debate entre H. L. Hart y Ronald Dworkin. In: \_\_\_\_\_ (Ed.). **La decisión judicial: el debate Hart-Dworkin**. Santa Fé de Bogotá: Siglo del Hombre, 1997.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Introdução à sociologia da administração da Justiça. **Revista Crítica de Ciências Sociais**, n. 21, p. 11-44, nov. 1986.

\_\_\_\_\_. El uso contra-hegemônico del derecho en la lucha por una globalización desde abajo. **Anales de la Catedra Francisco Suárez**, Granada, n. 39, p. 347-400, 2005a.

\_\_\_\_\_. Os tribunais e as novas tecnologias de comunicação e de informação. **Sociologias**, Porto Alegre, ano 7, n. 13, p. 82-109, jan./jun. 2005b.

\_\_\_\_\_. **Para uma revolução democrática da justiça**. São Paulo: Cortez, 2007.

\_\_\_\_\_. **Sociología jurídica crítica: para un nuevo sentido común en el derecho**. Bogotá: Trotta, 2009.

SILVA, Virgílio Afonso da. O Judiciário e as políticas públicas: entre transformação social e obstáculo à realização dos direitos sociais. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coord.).

**Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SOUZA, Leonardo da Rocha de. O planejamento do orçamento público como instrumento de realização dos direitos humanos. In: OLIVEIRA JR., José Alcebiades de (Org.). **Cultura e prática dos direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 105-123.

\_\_\_\_\_. A pós-modernidade em Erik Jayme e a participação popular na elaboração de normas ambientais. **Direitos Culturais: Revista do Programa de Pós-graduação em Direito, URI Santo Ângelo, RS**, v. 5, n. 8, p. 193-202, jan./jun. 2010a.

\_\_\_\_\_. O poder de polícia administrativa e a realização dos direitos fundamentais: um estudo a partir de decisões do STF. **Revista de Direito Administrativo**, v. 255, p. 193-242, 2010b.

\_\_\_\_\_. **A consideração dos ausentes à deliberação ambiental: uma proposta a partir da ética do discurso de Jürgen Habermas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013a.

\_\_\_\_\_. **Direito ambiental e democracia deliberativa**. Jundiaí: Paco, 2013b.

\_\_\_\_\_. **Interação social, identidade e pertencimento**, 2016. No prelo.

\_\_\_\_\_. TROMBKA, Deivi; ROSSETTO, Daísa Rizzotto. A dignidade da pessoa humana e a problemática questão animal: um colóquio de natureza ética. **Revista Brasileira de Direito Animal**, v. 10, p. 83-109, 2015.

SOUZA JR., Adugar Quirino do Nascimento. **Efetividade das decisões judiciais e meios de coerção**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003.

SOUZA JR., José Geraldo. **Sociologia jurídica: condições sociais e possibilidades teóricas**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2002.

SUSÍN BETRÁN, Raúl. Cuestiones socio-jurídicas en torno a la sociedad del riesgo: la "seguridad" de la incertidumbre. In: SAN MARTÍN SEGURA, David; SUSÍN BETRÁN, Raúl (Coord.). **Derecho y política em la sociedade del riesgo: 8 propuestas de cine**.



Logroño: Universidad de La Rioja/Servicio de Publicaciones, 2009.  
p. 49-76.

WARAT, Luis Alberto. **O direito e sua linguagem**. 2. versão. 2. ed.  
aum. Colaboração de Leonel Severo Rocha. Porto Alegre: Sérgio  
Antonio Fabris, 1995.

# DO POSITIVISMO AO PÓS- POSITIVISMO: NOTAS SOBRE A RECEPÇÃO DA PRINCIPIOLOGIA NO DIREITO E SEUS EFEITOS NO PENSAMENTO JURÍDICO NACIONAL

João Paulo Allain Teixeira\*

\* Professor de Direito Constitucional da Universidade Católica de Pernambuco (Unicap) e de Filosofia do Direito da Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Mestre e doutor em Direito pela UFPE. Coordenador adjunto do Programa de Pós-graduação em Direito da Unicap. Líder do grupo de pesquisa REC-CNPq Recife Estudos Constitucionais.



## I

A afirmação do positivismo compreende o período localizado entre o final da Revolução Francesa e a Segunda Guerra Mundial. Esse período é caracterizado por um conjunto de teorias interpretativas que têm como centro de gravidade a sistematização de técnicas voltadas à interpretação do Código Civil. O aparecimento do pós-positivismo relaciona-se com as transformações ocorridas no contexto europeu e que culminaram na Segunda Guerra Mundial.

Com a derrubada do Ancien Régime, era preciso garantir a permanência das conquistas das revoluções burguesas. No contexto francês, isso implicou o surgimento da escola da exegese, cujo principal compromisso era com a manutenção dos interesses da burguesia vitoriosa e das pautas revolucionárias. Daí a desconfiança do Judiciário, uma vez que muitos dos juízes haviam permanecido simpáticos às causas da Monarquia. O caminho seria, então, limitar o poder de criação judicial do direito, determinando como método principal a interpretação literal, privilegiando os aspectos textuais da legislação. Cabe ao intérprete funcionar como *bouche de la loi*, eximindo-se de criar o que a lei efetivamente não contempla. Essa concepção pressupõe a crença de que direito e lei são expressões sinônimas, de tal modo que todo o potencial de juridicidade se esgota na dimensão legislativa, e a lei, por sua vez, representa a plenitude do direito. Na base desse modelo repousa a crença no sentido de que a lei tem respostas para todos os problemas jurídicos que possam eventualmente surgir. A plenitude do direito como lei demandaria do intérprete apenas a capacidade de “desentranhar” o sentido do direito estabelecido pela lei e aplicá-lo ao caso concreto.

Como as relações sociais são muito mais indomáveis do que qualquer formalização legislativa, logo se perceberam as dificuldades na manutenção dos padrões hermenêuticos nos limites de um exegetismo estrito. O reconhecimento de que a lei não tem resposta para todos os problemas e a aceitação do

caráter lacunoso do direito trouxeram consigo um novo marco teórico, materializado pela escola da livre investigação científica. Para esse modelo hermenêutico, não é possível limitar a possibilidade de criação judicial do direito, sobretudo nas hipóteses de verificação de lacunas. Para o pensamento dogmático, não é cabível o *non liquet* sob a alegação de inexistência de norma. Nesse caso, não havendo norma legal disciplinando o caso concreto, cabe ao intérprete viabilizar a decisão, recorrendo a um processo de criação do direito.

Finalmente, a aceitação da possibilidade de criação judicial do direito adquire plena relevância com a escola do direito livre. As técnicas interpretativas destacadas pelo direito livre evidenciam como preocupação fundamental do intérprete a realização da justiça, ainda que essa tarefa acabe afastando o intérprete dos marcos legais.

## II

A consagração de qualquer desses modelos hermenêuticos traz significativos impactos em pelo menos três aspectos da reflexão jurídica. Em primeiro lugar, no que se refere à teoria da separação dos poderes, percebemos uma disputa entre os Poderes Legislativo e Judiciário no que se refere ao protagonismo quanto à definição das pautas jurídicas vinculantes. Se na leitura da escola da exegese ao Legislativo cabe esse papel, relegando o Judiciário a uma condição secundária, na escola do direito livre cabe ao Judiciário definir, por meio da interpretação, o conteúdo do direito, deixando em segundo plano as manifestações legislativas.

Da mesma forma, cada um desses modelos consagra diferentes possibilidades de articulação e reconhecimento das diversas fontes do direito. Assim, se para a escola da exegese a lei é a mais relevante das fontes do direito, eclipsando inclusive toda e qualquer manifestação de normatividade que com ela seja incompatível, na escola da livre investigação científica encontramos a possibilidade de reconhecimento de fontes di-

## III

versas, notadamente no que se refere ao papel do costume e dos princípios gerais do direito. Do mesmo modo, a escola do direito livre reconhece com maior amplitude o papel das fontes não legislativas, deixando em plano secundário o referencial do direito legislativo. É desse espectro que surge a distinção entre costume secundum legem, praeter legem e contra legem, reconhecidos respectivamente pelas escolas da exegese, livre investigação científica e direito livre.

É possível ainda estabelecermos uma análise axiológica do problema, identificando os valores que inspiram a construção teórica em cada uma das escolas. Nesse sentido, a clássica oposição entre segurança versus justiça, como valores jurídicos, ganha sugestivos contornos. Se a escola da exegese ocupa-se primordialmente do valor segurança, a escola do direito livre parece vincular-se mais decididamente ao valor justiça. Não por acaso a escola do direito livre traduz em sua própria enunciação o embate entre os dois valores. Assim, a investigação a ser empreendida pelo intérprete é livre (justiça), desde que seja limitada por padrões de cientificidade (segurança).

Não se confunde o modelo do positivismo legalista esboçado nos parágrafos anteriores com o positivismo normativista, de índole kelseniana. Para o positivismo legalista, o raciocínio jurídico obedece a uma lógica axiomático-dedutiva, seguindo o encadeamento de premissas em direção à obtenção do dever-ser aplicável ao caso concreto. No que se refere ao positivismo normativista, porém, o processo de interpretação acontece no horizonte de uma moldura, cabendo ao intérprete seu preenchimento. Nesse caso, a definição da decisão não emerge de um processo silogístico, mas da própria vontade do intérprete. Cabe às normas superiores do sistema reconhecer e legitimar a expressão dessa vontade, conferindo validade ao ato interpretativo.

Em essência, o positivismo clássico apresenta um conjunto de características relativamente estáveis e essencialmente marcantes: a supervalorização da lei como manifestação suprema da normatividade e como fonte por excelência do direito; o protagonismo do legislativo como órgão de representação e como instância que produz a lei; e a técnica de obtenção de decisões vinculantes a partir do princípio majoritário. Cabe analisar as transformações ocorridas no contexto europeu para entender a virada teórica na matriz do pensamento jurídico ocidental. Essas transformações relacionam-se, em grande medida, com a ascensão do nacional-socialismo no continente. É emblemática, nesse sentido, a chegada de Hitler ao poder, que aconteceu em obediência à estrita lógica da legalidade consagrada pelo positivismo. A guerra, o Holocausto e todo o desencanto deles decorrentes determinaram, a partir de um sentimento de perplexidade, uma nova agenda para o pensamento jurídico, inaugurando aquilo que viria a ser a matriz fundamental das formas de pensar o direito na contemporaneidade. O chamado pós-positivismo apresenta-se assim, em primeiro lugar, como superação do positivismo clássico, introduzindo critérios éticos na construção do raciocínio jurídico. Trata-se aqui de oferecer um caminho alternativo entre o juspositivismo e o jusnaturalismo, incorporando uma agenda conciliatória entre direito e moral, esferas tão intensamente desvinculadas no contexto do positivismo clássico.

Como consequência, o pós-positivismo abraça uma agenda jurídica comprometida com a compreensão do direito em uma dimensão axiológica, destacando, com isso, os valores que estão na base da construção dos sentidos normativos. Em decorrência dessa leitura, distinguem-se duas espécies normativas que não se confundem: as normas-regra e as normas-princípio. Regras e princípios distinguem-se em virtude da elevada carga normativa e da baixa carga valorativa presente naquelas. Já os princípios apresentam relação inversa, com elevada carga valorativa e baixa carga normativa, demandando certo esforço de

mediação hermenêutica para sua concretização. O pós-positivismo implica uma mudança paradigmática no pensamento jurídico do Ocidente, promovendo uma reestruturação no papel dos poderes e no lugar institucional destinado ao Judiciário. Primeiramente, a legislação perde a condição de protagonista quanto à definição das pautas juridicamente vinculantes. Na agenda pós-positivista, cabe à Constituição, como norma que mais enfaticamente expressa os valores socialmente relevantes, definir os limites da própria normatividade. Com isso, a lei é submetida ao império hermenêutico da Constituição. Isso significa que todo e qualquer sentido normativo precisa estar conectado à interpretação da lei a partir dos parâmetros da Constituição. A compreensão da Constituição em uma dimensão axiológica impõe a leitura da legislação a partir dos valores constitucionais que se irradiam por todo o ordenamento jurídico. Da mesma forma, o Poder Legislativo cede espaço para o Judiciário, que se torna, assim, a instância legitimamente reconhecida pela Constituição para sua guarda e realização. É com base nessa ideia que um conjunto de técnicas contramajoritárias de decisão passa a ser reconhecido no pensamento europeu do pós-guerra. O surgimento dos tribunais constitucionais e o desenvolvimento da jurisdição constitucional são as mais eloquentes expressões desse momento de relativização da legalidade e de afirmação da constitucionalidade.

## IV

O modelo alemão de reorganização da institucionalidade jurídica e das formas de pensar o direito acabou sendo recebido por vários países da Europa, notadamente aqueles recém-saídos de experiências autoritárias ou totalitárias, como aconteceu com Itália, Espanha e Portugal. Em tal contexto, a redemocratização nesses países passou pela apropriação do modelo de cortes constitucionais, com a valorização do Poder Judiciário e a ampliação de suas prerrogativas como forma de realização do direito. Trata-se aqui do engendramento do

“constitucionalismo da efetividade”, modelo que defende a dimensão normativa da Constituição. Como verdadeira norma, e não exatamente uma simples declaração ideológica, a Constituição é expressão de um dever-ser que precisa ser realizado. São referências importantes nesse processo de compreensão da Constituição na dimensão da efetividade: Konrad Hesse, em defesa da força normativa da Constituição (*Die Normative Kraft der Verfassung*), Peter Häberle, com a ideia de uma sociedade aberta de intérpretes da Constituição (*Die offene Gesellschaft der Verfassungsinterpreten. Ein Beitrag zur pluralistischen und “prozessualen” Verfassungsinterpretation*), Friedrich Müller, com a metódica estruturante (*Juristische Methodik*), e Robert Alexy, com seu olhar sobre os direitos fundamentais e a argumentação jurídica (*Theorie der Grundrechte e Theorie der juristischen Argumentation. Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung*). O constitucionalismo da efetividade tem reflexos significativos na Itália, com Gustavo Zagrebelsky (*Il diritto ductile*), e na Península Ibérica, com Pablo Lucas Verdú (*El sentimiento constitucional*) e José Joaquim Gomes Canotilho (*Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*). Esse debate chega ao Brasil a partir da promulgação da Constituição de 1988, particularmente a partir dos anos 1990, com a recepção do referencial da “ponderação” e da “proporcionalidade”, de matriz alexyiana. Como resultado, a Constituição é compreendida como ponto de partida para a concretização de todo o ordenamento jurídico, na medida em que suas diretrizes axiológicas estão entranhadas na normatividade infraconstitucional.

## V

Do ponto de vista da institucionalidade inaugurada com a Constituição de 1988, encontramos uma clara aposta no fortalecimento do Judiciário, atribuindo-lhe relevantes competências no desenho institucional brasileiro. O amplo catálogo de direi-

tos fundamentais, a atribuição ao Poder Judiciário do papel de guardião dos direitos, a ampliação dos legitimados para discutir a constitucionalidade das leis no Brasil e a progressiva ampliação das figuras destinadas ao controle concentrado, aproximando o Supremo Tribunal Federal (STF) do modelo europeu de Corte Constitucional, bem atestam a identificação brasileira com a reconstrução democrática do pós-guerra na Europa.

Contudo, os efeitos do constitucionalismo da efetividade sobre a jurisdição em sua específica forma de apropriação no contexto brasileiro contribuíram decisivamente para a expansão da influência do Poder Judiciário sobre as relações sociais. O constitucionalismo da efetividade, ao promover a politização do Judiciário, acaba por contribuir para uma postura jurisdicional ativa, muitas vezes com significativo impacto no equilíbrio dos poderes. O fenômeno do ativismo judicial pode ser compreendido como a situação em que questões socialmente relevantes são discutidas e orientadas por decisões proferidas no âmbito do Poder Judiciário. Isso resulta de certa hipertrofia do Judiciário em detrimento dos demais poderes. Tal fenômeno, apesar de não ser exclusividade brasileira, traz para a agenda nacional uma pauta comprometida com a compreensão dos limites democráticos da jurisdição. Sobre esse tema, Ran Hirschl, no Canadá, já tem se referido a uma “juristocracia”, e Tate e Vallinder, desde a década de 1990, se referem a uma “expansão global do Poder Judiciário”. Para além das dificuldades concernentes à consagração de processos moralmente vinculantes conduzidos pelo Poder Judiciário, a forma como se deu a recepção da matriz pós-positivista no constitucionalismo brasileiro favorece francamente decisionismos, voluntarismos e casuísmos.<sup>1</sup> Na ex-

periência brasileira, o recurso argumentativo à “ponderação” ou à “proporcionalidade” consagrou um dogmatismo peculiar, no qual a mera referência a tais máximas, por si só, é capaz de legitimar qualquer decisão. Isso decorre de uma apropriação inadequada e seletiva dos referenciais teóricos pós-positivistas.<sup>2</sup> Não é difícil perceber que a complexidade teórica do modelo alexyiano parece não ter sido levada a sério na prática jurisdicional brasileira, antes se prestando ao fortalecimento de voluntarismos incompatíveis com o exercício democrático da jurisdição. Como conclusão, consideramos que a apropriação seletiva das teorias pós-positivistas do direito entre nós acabou trazendo um grande risco para a democracia e o equilíbrio dos poderes no Brasil. Daí a fundamental necessidade de uma crítica jurídica adequada aos novos tempos no país. Isso passa, em grande medida, por um esforço de compreensão das transformações no pensamento jurídico contemporâneo e seus impactos na institucionalidade brasileira.

## Referências

ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. São Paulo: Saraiva, 2017a.

\_\_\_\_\_. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2017b.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes Canotilho. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**: contributo para a

<sup>1</sup> Veja-se, por exemplo, Fausto Santos de Moraes (2016, p. 250-251), ao perceber que: “Impera no STF, diante disso, o princípio da proporcionalidade como enunciado performático que acaba escondendo os motivos da decisão na consciência do intérprete. Considerando isso, fica fácil, também, perceber a substituição do princípio da proporcionalidade pelo princípio da razoabilidade, já que ambos, nas decisões, cumprem a suprarreferida função performática. Ou pior, o emprego desse recurso à proporcionalidade institucionalizaria a violência simbólica retórica do STF, fazendo com que a legitimidade das suas decisões valesse muito mais pelo seu argumento de autoridade do que pela autoridade do argumento. [...] Não se pode esquecer que a dogmática jurídica brasileira contribuiu ao uso indiscriminado do princípio da proporcionalidade e sopesamento pelo STF e outros tribunais brasileiros. Falta à dogmática, por exemplo, a própria discussão da consolidação do princípio da proporcionalidade para além de um método de sopesamento de princípios jurídicos. Também não

existem maiores estudos quanto à compreensão sobre a diferença entre bens, interesses, valores e princípios jurídicos, admite-se a simples equiparação entre essas categorias.”

<sup>2</sup> A hipótese pode ser verificada mediante consulta às bases jurisprudenciais publicamente disponibilizadas pelos tribunais brasileiros. Em consulta ao site do STF em agosto de 2017, encontramos, para o vocábulo “proporcionalidade”, 1.012 registros em acórdãos e seis documentos em Repercussão Geral. Para o vocábulo “razoabilidade”, aparecem 978 registros de documentos em acórdãos e oito documentos em Repercussão Geral. Para “ponderação”, são 329 registros para acórdãos e quatro registros para Repercussão Geral. Claro, é preciso empreender uma pesquisa refinada para chegar definitivamente a essa conclusão, mas o elevado número de registros sugere uma ampla utilização argumentativa dos vocábulos pesquisados.



compreensão das normas constitucionais programáticas. Coimbra: Coimbra, 2001.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição**: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

HIRSCHL, Ran. *Towards juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism*. Cambridge: Harvard University Press, 2007.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1987.

MORAIS, Fausto Santos de. **Ponderação e arbitrariedade**: a inadequada recepção de Alexy pelo STF. Salvador: Juspodivm, 2016.

MÜLLER, Friedrich. **Métodos de trabalho de direito constitucional**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjorn. **The global expansion of judicial power**. Nova York: New York University Press, 1997.

VERDÚ, Pablo Lucas. **O sentimento constitucional**: aproximação ao estudo do sentir constitucional como modo de integração política. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil**. Madri: Trotta, 1997.

# EM QUAIS CONDIÇÕES É POSSÍVEL A COMPATIBILIDADE ENTRE ÉTICA E POLÍTICA?

Maren Guimarães Taborda\*

\* Mestre e doutora em Direito Público pela UFRGS. Especialista em Gestão Tributária pela Universidad Castilla-La Mancha. Professora titular de História do Direito (Graduação) e de Direito Constitucional (Programa de Pós-Graduação em Direito) na FMP (RS). Professora de Direito Constitucional da ESDM. Procuradora do Município de Porto Alegre. E-mail: <tabordamaren@yahoo.com.br>. O presente artigo é resultado do projeto de pesquisa “O princípio da publicidade na constituição democrática: transparência, direito fundamental de acesso e participação na gestão da coisa pública”, desenvolvido junto ao mestrado em Direito da FMP (RS). Foi apresentado em palestra intitulada “Ética na Política”, no CXIV Seminário Brasileiro de Prefeitos, Vice-Prefeitos, Vereadores, Procuradores Jurídicos, Controladores Internos, Secretários e Assessores Municipais, realizado pelo Instituto Tiradentes, em Porto Alegre, nos dias 1 e 2 de junho de 2017.



O problema da relação entre Ética e Política é clássico e recorrente na nossa cultura, e diz respeito às avaliações morais da política. Ambas podem ser visualizadas como experiência ou disciplina do saber que estuda aquelas experiências. A questão tem sido debatida com uso de variados argumentos (que não vêm ao caso inventariar), e é bastante discutido se as esferas da ética e da política são comparáveis – e, se o são, com base em quais critérios. Assume-se, aqui, a posição de que não só é possível comparar ética e política segundo o critério de que se está diante de duas esferas normativas (regulação de condutas e das relações intersubjetivas), como também a de que são compatíveis em grande medida, desde que preenchidas determinadas condições.<sup>1</sup>

Nos termos da tradição jusfilosófica, ética (termo da língua grega) e moral (latim) dizem respeito àquilo que apreendemos pelo hábito, que não advém da “natureza”.<sup>2</sup> Assim, a ética pode ser também compreendida como um conjunto mais ou menos sistemático e coerente de princípios, diretrizes e normas para orientação e disciplina das condutas. A política, por sua vez, pode ser entendida como um fenômeno público e coercitivo, relacionada, conseqüentemente, com o que é urbano (urbe), civil, público, bem como sociável e social, segundo a tradição do pensamento político que remonta a Aristóteles,<sup>3</sup> ainda que o substantivo “política” não tenha hoje o mesmo significado do grego politiké. Quando o Estagirita se refere ao zoon politikón, define o homem, e não a política, exprimindo a concepção na qual a polis era a unidade constitutiva e a dimensão suprema da existência.<sup>4</sup>

1 Cf. BOVERO, Michelangelo. Ética e política entre o maquiavelismo e o kantismo. **Lua Nova**, São Paulo, n. 25 abr. 1992. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0102-64451992000100007](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-64451992000100007)>. Acesso em: 27 jul. 2017

2 ARISTÓTELES, Ética a Nicômaco, Livro II, 1, 15. Ver **Aristóteles (II)**. Coleção “Os Pensadores”. São Paulo: Abril Cultural, 1979. p. 67, 69; ERNOUT, A.; MEILLET, A. **Dictionnaire Étymologique de la Langue Latine**: Histoire des Mots. 4. ed. Paris: Klincksieck, 1985. p. 416.

3 ARISTÓTELES. **Política**. 1. ed. Lisboa: Vega, 1998. p. 49 (Livro I, 1252 a). Doravante, as citações da *Política* são dessa obra.

4 No viver político, os gregos viam a essência de sua vida, e não uma “parte”, de modo que o homem não político era um ser deficiente (ídion). O viver político era o viver associado, de modo que o “social” estava abrangido pelo político. O vocábulo “social” é latino e foi Tomás de Aquino, no período medieval quem traduziu *politikón* por “animal político e social”. Para essas considerações, ver SARTORI, Giovanni. **A política**. Brasília: Editora da Universidade de Brasília, 1981. p. 158-159.

Vive-se hoje, no Brasil, um tempo que traz a necessidade de reabilitação da filosofia prática, com a união das duas esferas – por isso as exigências de “ética na política” que emergem da opinião pública. Com efeito, o enigma ético da história é a persistente imoralidade do poder político e a sua inevitável violência, ou a contraposição, vivida na experiência, entre as razões de Estado e a Justiça Distributiva. Vale, então, explicitar, em linhas gerais, como a tradição da Teoria do Direito tem respondido à questão de saber em quais condições é possível a compatibilização entre ética e política.

## A invenção da política e da história

Gregos e romanos inventaram a política e a história política, ou, como assevera Finley, “inventaram a história como uma história de guerra e política”.<sup>5</sup> Fundada na convivência pública entre diferentes – na pluralidade de homens –, distingue-se a política de todas as demais formas de convívio humano pela liberdade. O próprio viver era “estar entre homens”, e subjaz a tal tradição uma ideia de poder baseada no consentimento, não só na violência. A partir do século XVIII, em razão do surgimento do Estado Nacional (territorial), o qualificativo “político” aparece assimilado ao conceito de “Estado”, entidade política por excelência. A realidade política aparece ela mesma como atividade estatal, numa espécie de círculo vicioso.<sup>6</sup>

Nas sociedades contemporâneas, o poder, ação concertada que funda uma comunidade, só pode existir em um espaço que é público, por meio de um “encontro” público que faz surgir o consentimento. Daí que o poder (a esfera pública) é simultaneamente o espaço das “aparências” e o lugar da “isonomia”, isto é, um espaço em que a interação entre indivíduos iguais se dá por meio da livre troca de opiniões plurais e da ação. Como assevera Hannah Arendt, “o poder corresponde à habilidade humana não apenas para agir, mas para agir em concerto”. Assim,

5 FINLEY, Moses. **L’Invention de la Politique**. Paris: Flammarion, 1985. p. 90.

6 SCHMITT, Carl. **La notion de Politique**. Paris: Flammarion, 1992. p. 58.

pertence “ao grupo” e só existe quando o grupo se conserva unido. Quando se diz que alguém está “no poder”, a referência é ao fato “de que ele foi empossado por um certo número de pessoas para agir em seu nome”.<sup>7</sup>

Esfera da dominação, do comando, das ordens imperativas e coativas, das ações concertadas e decisões vinculantes, à política se atribuem pelo menos duas finalidades gerais – a sobrevivência do grupo, que muitas vezes coincide com a violação de poderes rivais, e a convivência dos indivíduos, que requer uma limitação recíproca da liberdade individual para evitar o recurso à violência. Na primeira perspectiva, “os fins justificam os meios”; na segunda, a convivência requer a realização da universalidade própria das normas morais, e aqui vem à luz o problema da ética, porque emerge para o primeiro plano a questão da Justiça, isto é, a exigência de condições equânimes para a interação social. Tais vertentes da política acabam por ser necessárias para definir o seu campo, uma vez que a mesma é “conflito”, decorrente da relação política fundamental “amigo-inimigo” e “ordem e composição de conflitos internos ou externos”. O que é especificamente político para Carl Schmitt (expoente da 1ª corrente) – o antagonismo amigo-inimigo<sup>8</sup> – é, para o contratualismo (2ª corrente) uma condição pré-política – o estado de natureza. De Spinoza a Rawls, passando por Hobbes e Kant,<sup>9</sup> a superação do conflito primitivo passa pela instauração de um poder comum, porque é regulado por “regras de jogo” democráticas, isto é, não violentas e desmilitarizadas (para Schmitt, isso é precisamente um processo de desnaturalização e despolitização).<sup>10</sup>

Se, em termos kantianos,<sup>11</sup> a ética (moralidade) diz respeito à autonomia racional, a política diz respeito às relações heterônomas. A obrigação política é prescritiva, subsiste mesmo com a discordância (a ideia de uma autonomia política é uma aporia, que se resolve na ideia de lei da assembleia soberana). Nessas condições, se é possível a compatibilidade entre a autonomia ética e a heteronomia política, a autonomia ética somente se conservará se o indivíduo tiver boas razões, não contrastantes com os seus princípios morais, para reconhecer como legítimo o poder político. Uma dissensão moral acentuada pode atingir a legitimidade de um determinado arranjo, mas não pode alterar a relação política fundamental enquanto tal. As condições para a compatibilidade, portanto, entre ética e política, são de suas ordens, que não prescindem do direito, a saber, a legitimidade do poder político<sup>12</sup> e a distinção entre o que é público e o que é privado, variável no tempo e no espaço.

A discussão da primeira condição é bastante problemática porque diz respeito às relações entre direito e moral, ou melhor, entre a Justiça e a violência. O problema que surge imediatamente é: as regras do agir político (tomar decisões vinculantes) são as mesmas do agir moral? Depende do ponto de vista. Na perspectiva ex parte populi, procura-se o casamento entre ética e política, adotando-se determinada concepção de justiça. Já do ponto de vista ex parte princeps, do produtor das decisões coletivas, afirma-se o divórcio entre as duas esferas.<sup>13</sup> E os exemplos históricos são abundantes e evidentes de per si nesse sentido.

7 ARENDT, Hannah. **Poder e violência**. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2001. p. 36. Aqui, Arendt tem uma posição diferente da de Weber, para quem o poder é uma ação estratégica em que o ator visa a utilizar, da forma mais eficiente possível, os meios à sua disposição para atingir um fim previamente definido (isto é, submeter a vontade do outro à sua).

8 Para Carl Schmitt (Op. cit., p. 64), “A distinção específica do político, àquela que se pode ligar aos atos e móveis políticos, é a discriminação do amigo e do inimigo. Ela fornece um princípio de identificação que tem o valor de critério, e não uma definição exaustiva ou compreensiva”.

9 Ver SPINOZA, Baruch. **Tratado político**. São Paulo: Abril Cultural, 1979. p. 309 (Coleção Os Pensadores); HOBBS, Thomas. **Do cidadão**. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 97; RAWLS, John. **Teoria de la Justicia**. México: Fondo de Cultura Económica, 1993. p. 28.

10 SCHMITT, Carl. **Le Nomos de la Terre**. Paris: Presse Universitaire de France, 2001. p. 305 et seq.

11 Kant, seguindo Locke, ao descrever a transição do estado de natureza para o estado civil como a possibilidade de exercício dos direitos naturais através da organização da coação sob o domínio estatal, *verbis*: “Uma vontade unilateral não pode servir como uma lei coercitiva para todos no que toca à posse que é externa e, portanto, contingente, já que isso violaria a liberdade de acordo com leis universais. Assim, é somente uma vontade submetendo todos à obrigação, conseqüentemente somente uma vontade coletiva e geral (comum) e poderosa é capaz de suprir a todos tal garantia. Contudo, a condição de estar submetido a uma legislação externa geral (isto é, pública) acompanhada de poder é condição *civil*. Conclui-se que apenas numa condição civil pode alguma coisa externa ser minha ou tua”. KANT, Immanuel. **A metafísica dos costumes**. Bauru: EDIPRO, 2003. p. 101.

12 A legitimidade não se dilui na legalidade: “[...] se a legitimidade estivesse contida totalmente na legalidade, desapareceria a participação ativa, com a resistência possível às leis que negassem os fundamentos da democracia”. FAORO, Raymundo. **Assembléia Constituinte**: a legitimidade recuperada. 2. ed. São Paulo: Brasiliense, 1982. p. 27.

13 Pensar o Estado do ponto de vista dos governantes ou do ponto de vista dos governados decorre

## Justiça e política

As primeiras reflexões significativas, que levaram à construção aristotélica exposta na Política dão conta de que a realização de cada forma política (constitucional) depende da concepção de Justiça distributiva (que concerne à distribuição dos bens públicos) que a comunidade adota.<sup>14</sup> Há, portanto, pelo menos em termos ideais, uma relação estreita entre justiça (moral), legislação e regime político, de modo que um governo injusto só pode ser tirania, que extingue a política e se constitui como o domínio pré-político (doméstico).

Se moral bastasse para limitar a política, o direito não seria necessário. Por isso, desde a sua invenção, o *ius*, ciência dos valores humanos, não cessou de se estender ao campo da política, como se constata do teor de leis públicas romanas que, pelo menos desde meados do Principado, procuraram proibir a violência e a corrupção na política (*Lex Iulia de ambitus*, *Lex Iulia de vi publica et privata*).<sup>15</sup> Para os romanos, a *res publica* estava concebida como um povo organizado, sob os fundamentos da utilidade comum<sup>16</sup> e da convivência jurídica, o que, com respeito à comunidade humana, ocupa uma posição central, capaz de organizar o mundo. Advém daí que a ideia de política já não fosse mais estritamente associada ao poder, comando (vertical), mas ao bem comum ou interesse geral.

Até que a esfera do direito viesse a dominar a esfera da política, impondo-se como um fator de racionalização e crítica,

milênios se passaram, e as discussões sobre a legitimidade do poder político sempre levaram em conta determinadas concepções de justiça, para definir o que é o bom governo, a tirania, a guerra justa e a guerra santa.<sup>17</sup> Nas argumentações medievais de Tomás de Aquino e de Bártolo de Sassoferrato, tais temas estiveram interligados, a ponto de este último afirmar que “tirano é o que governa sem direito” ou contra o “direito natural”.<sup>18</sup>

Com as revoluções liberais e estruturação do Estado de Direito burguês, a política fica parcialmente “domesticada”, uma vez que, no Estado de Direito liberal, as competências políticas se estruturam como competências funcionais, conformadas pela legislação. Separação de poderes, garantias de direitos, *due process of law*, jurisdição administrativa e jurisdição constitucional vão, doravante, estruturar a atividade política, e deve-se aos contratualistas, mais especificamente a Kant, a (re)descoberta de que a mediação entre moral e política só pode ser feita pelo direito, através da publicidade, que impõe um dever aos poderes públicos, o de agir de forma transparente.<sup>19</sup> A articulação da moral com a política se dá porque, se no direito público se pode prescindir de toda a matéria (as diferentes relações empíricas dos homens no Estado ou dos Estados entre si), resta ainda a forma da publicidade, “cuja possibilidade está contida em toda a pretensão jurídica, porque sem ela não haveria justiça alguma (que só pode pensar-se como publicamente manifesta), por conseguinte, também não haveria nenhum direito, que só se outorga a partir da justiça”.<sup>20</sup> Decorre daí que, para Kant, o

da relação política fundamental (mando-obediência) e a tradição de pensar o problema do Estado *ex parte princeps* “vai do Político de Platão ao Príncipe de Maquiavel, da Ciropéia de Xenofonte ao *Princeps christianus* de Erasmo”. A perspectiva *ex parte populi* só inicia com o jusracionalismo, mais precisamente com Spinoza, no *Tratado político*. BOBBIO, Norberto. **Estado, governo e sociedade**: para uma teoria geral da política. 4. ed. São Paulo: Paz e Terra, 1992. p. 63 ss.

14 Daí que o princípio da justiça distributiva oligárquica seja “a cada um segundo sua riqueza”; da justiça distributiva democrática, “a cada um segundo a sua condição de homem livre”, e, na *politeia* (regime ideal), a justiça distributiva deve se caracterizar pela combinação dos critérios de liberdade, riqueza e virtude. ARISTÓTELES, **Política**, III, 9, 1280 a e 1281b.

15 *Lex Iulia de ambitus*, de 18 a.C., sobre o delito de corrupção eleitoral; *Lex Iulia de vi publica et privata*, disciplinava crimes de violência na política. DOMINGO, Rafael et al. (Coord.). **Textos de Derecho Romano**. Navarra: Editorial Aranzadi, 2002. p. 378-379.

16 CÍCERO. **República**, I, XXV; In: EPICURO/LUCRÉCIO/CÍCERO/SÊNECA E MARCO AURÉLIO. São Paulo: Abril Cultural, 1980. p. 147 et seq. (Coleção Os pensadores).

17 Sobre o conceito de “guerra justa” e “guerra santa”, ver FITZ, Francisco García. **La Edad Media**: Guerra e ideologia: Justificaciones religiosas y jurídicas. Madrid: Sílex, 2003. p. 23 et seq.

18 Para Tomás de Aquino, a lei “não é mais que uma ordenação da razão para o bem comum, promulgada pelo chefe da comunidade” (Q. 90, art. 4º). A derivação da lei humano-positiva da lei natural está contemplada como algo que incide sobre a existência mesma dela como lei ou sobre o seu valor moral. “A lei humana que não deriva da lei natural nem é lei” (Q. 95, art. 2º). Apreciando a desconformidade da lei humana para com a lei natural, não sob o ponto de vista lógico, mas ético, Tomás nega à lei injusta valor moral, mas reconhece sua validade jurídica (Q. 96, art. 4º). AQUINO, São Tomás. **Suma Teológica**. São Paulo: Indústria Gráfica Siqueira S/A, 1954. [1ª Parte da 2ª Parte]; Bártolo de Sassoferrato (**De Tyranno**): “Chama-se propriamente tirano quem governa [*principatur*] a coisa pública [*in communi re publica*] sem direito [*non iure*]”. LOPES, José Reinaldo Lima; QUEIROZ, Rafael Mafei Rabelo; ACCA, Thiago dos Santos. **Curso de história do direito**. São Paulo: Método, 2006.

19 Ver KANT, Immanuel. **A paz perpétua e outros opúsculos**. Lisboa: Edições 70, 2004. p. 130 et seq.

20 *Ibidem*, p. 164.

princípio da publicidade não é apenas ético (pertence à doutrina da virtude) como também jurídico (concerne ao direito dos homens).

Kant, todavia, pensa um ser humano despido de suas singularidades – o homem noumênico – como um sujeito abstrato, que não existe na realidade fenomênica.<sup>21</sup> Com o advento do normativismo e do positivismo sociológico, a legitimidade do poder político teve de ser encontrada no “sistema jurídico”, não mais na moral. Kelsen, ao distinguir entre direito e moral, acentua que todas as normas jurídicas constituem valores e que a disputa sobre valores (que são relativos) sempre se dá num âmbito fora do direito – mais precisamente na política (a política do direito).<sup>22</sup> Por isso, na Teoria pura, Kelsen não se preocupa com o tema da Justiça e dos valores, o fazendo em outras obras, nas quais afirma a importância da democracia como procedimento para alcançar a legitimidade na política.<sup>23</sup> Já Weber compreende as ordens estatais modernas como manifestações do “poder político”, que fundamentam sua legitimidade na crença de um poder político “legal-racional”. Em sua perspectiva positivista, o direito é o que um legislador político delibera como direito em um procedimento legalmente institucionalizado, independentemente de ser democrático ou não. Segundo isso, o direito possui uma racionalidade própria que é independente da moral.<sup>24</sup>

Hoje, nas sociedades contemporâneas, vive-se a era da economia social de mercado (trabalho e livre iniciativa com a mesma dignidade), da comunidade dos cidadãos, na qual impe- ra o pluralismo político e o multiculturalismo. A dimensão ética se traduz na dignidade da pessoa humana como fundamento de direitos e deveres, e a jurídica, como um conjunto de relações

básicas de Justiça. A reflexão jurídica volta, pois, a incluir no debate o problema da justificação moral do direito e da política.<sup>25</sup>

## A compatibilização entre a política e a moral pela via procedimental-argumentativa

Nas sociedades ocidentais complexas, há uma espécie de crise “da moral”, ou da dimensão valorativa, com a fragmentação do discurso valorativo,<sup>26</sup> o individualismo, o multiculturalismo e o relativismo. Em tal contexto, as teses de “reabilitação” da moral em relação ao direito devem ser entendidas. Habermas, por exemplo, critica a construção weberiana, afirmando que se, atualmente, as qualidades formais do direito são descobertas na dimensão do procedimento juridicamente institucionalizado, e os procedimentos regem discursos jurídicos, a legalidade só é possível “no sentido de uma racionalidade de procedimento moral-prática, [...] praticados de forma racional”.<sup>27</sup> Segundo seus argumentos, a própria política legislativa envolve processos de negociação e formas de argumentação, de modo que a criação legítima do direito depende de processos de comunicação.<sup>28</sup> Tais procedimentos ligam decisões com obrigações de fundamentação: o que é institucionalizado são os discursos jurídicos que operam sob as restrições exteriores do procedimento jurídico e sob restrições internas de criação argumentativa de razões, cujas regras não se submetem à construção e à valoração de razões à disposição da vontade dos participantes e que só podem ser alteradas no nível argumentativo.<sup>29</sup>

25 Ver LERMANN, Laura. **O julgamento de Nuremberg: fundamentos jurídicos das decisões e a internacionalização dos direitos humanos**. Monografia de conclusão curso de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, FMP, 2017.

26 MACINTYRE, Alasdair. **Depois da virtude**. Bauru: Edusc, 2000

27 HABERMAS, Jürgen. **Direito e moral**. São Paulo: Instituto Piaget, 1992. p.33-34.

28 HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. 4. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. 2, p. 9, 26-27.

29 ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica**. São Paulo: Landy, 2001. p. 20-29 passim.

21 KANT, Immanuel. **Crítica da razão prática**. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 31-32.

22 KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Coimbra: Armenio Amado Editor, 1979. p. 8, 93 et seq.

23 KELSEN, Hans. Essência e valor da democracia e fundamentos da democracia. In: \_\_\_\_\_. **A democracia**. São Paulo: Martins Fontes, 1993. p. 17, 191.

24 WEBER, Max. **Economia y Sociedad**. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 1992. p 5-6, 21-23, 27-28, 510.

Advém daí que o núcleo da razão prática moderna seja a ideia de imparcialidade, pois a racionalidade de um procedimento (que precede à institucionalização) se mede no fato de se saber se o ponto de vista moral está adequadamente explicitado. Para Rawls, a justiça do resultado é garantida pelo processo de sua atualização; para Habermas, a argumentação moral é o procedimento mais adequado à formação da vontade racional. Tais teses, contudo, não superam a visão “esterilizada” e “idealizada” do ser humano. Rawls pressupõe uma posição originária e a escolha de princípios de justiça sem que os participantes saibam quais serão suas posições na distribuição dos bens. Para ele, exige-se igualdade na repartição de direitos e deveres básicos, e mantêm-se as desigualdades sociais e econômicas, por exemplo, de riqueza e de autoridade, se são justas, isto é, se produzem benefícios compensadores para todos. Tal concepção é próxima daquela que baseia a igualdade na repartição dos bens produzidos – a utilitarista –, mas com ela não se confunde, segundo a crítica que o próprio autor lhe faz, porque “o utilitarismo não considera seriamente a distinção entre pessoas”.<sup>30</sup> Habermas parte da idealização de um público pensante, sem distinção de situações concretas, capaz de formar a vontade racional a partir da argumentação moral. Quer dizer: com todo o esforço, suas teses ainda não superam definitivamente o paradigma liberal-kantiano, segundo o qual os princípios de justiça que definem direitos não podem decorrer de concepções de virtude ou da melhor forma de vida (morais).

Por isso, ganham relevância teses como a de Honneth,<sup>31</sup> segundo a qual a ampliação dos direitos individuais fundamentais, obtida pela luta social por igualdade, ampliou o status objetivo de uma pessoa, dotando-a de novas atribuições e estendendo tais atribuições a um número sempre crescente de membros da sociedade. Com isso, o direito ganhou determinados conteúdos,

e as relações jurídicas foram universalizadas, sendo paulatinamente adjudicadas àqueles grupos que até então estavam excluídos ou desfavorecidos. Exemplos são o reconhecimento da posição das mulheres, as políticas públicas de inclusão por razões étnicas e sociais, de moradia e educação populares etc.

Da mesma forma, Finnis<sup>32</sup> argumenta que as ações práticas só podem ser compreendidas em razão de seus propósitos, seus valores e sua importância, como foram concebidos por pessoas, e que estão refletidas “no discurso dessas mesmas pessoas, nas distinções conceituais que fazem, deixam de fazer, ou se recusam a fazer”. Os critérios de escolha daí não são totalmente neutros. Por isso, os direitos dos proprietários se consolidaram muito antes na história do que os direitos dos trabalhadores: os governos respondem seletivamente aos grupos com influência política, de modo que os interesses bem organizados, capazes de se defender por si mesmos, são os primeiros a ganhar efetividade e a alcançar seus objetivos a partir das leis. Nos sistemas políticos em que a lei se aplica com certeza e imparcialidade, as garantias legais dos grupos excluídos podem ser ampliadas, mas também poderão ser reduzidas.<sup>33</sup>

Sandel,<sup>34</sup> na mesma linha, argumenta que “a ganância é uma falha moral que o Estado deveria desencorajar”, bem como meditar sobre a Justiça envolve virtude e escolha, isto é, “meditar sobre a melhor maneira de viver”. A noção de que uma sociedade justa afirma certas virtudes e determinadas concepções da vida boa não só tem permeado o debate e os movimentos políticos nas últimas décadas, como também tem justificado a reflexão sobre quais são as virtudes que o ser humano necessita desenvolver para chegar a ser um agente racional e independente e para fazer frente à sua vulnerabilidade e incapacidade.<sup>35</sup>

32 FINNIS, John. *Lei natural e direitos naturais*. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2006. p. 17.

33 Cf. HOLMES, Stephen. Linajes del Estado de Derecho. In: AECKERMAN, John (Coord.). **Más allá del acceso a la información**: Transparencia, redición de cuentas y Estado de Derecho. México: Siglo XXI, 2008. p. 40.

34 SANDEL, Michael. **Justiça**: o que é fazer a coisa certa. 6. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012. p. 17-18, 29.

35 MACINTYRE, Alasdair. **Animales racionales y dependientes**. Por qué los seres humanos necesitamos las virtudes. Barcelona, Buenos Aires, Madrid: Paidós, 2001. p. 19.

30 RAWLS, op. cit., p. 46. Rawls indica ser a ideia principal do utilitarismo clássico aquela segundo a qual está corretamente ordenada e é justa a sociedade em que as instituições mais importantes estão estruturadas de modo a obter o maior nível de satisfação distribuído entre todos os seus membros.

31 HONNETH, Axel. **Luta por reconhecimento**: a gramática moral dos conflitos sociais. São Paulo: Editora 34, 2003. p. 192, 197.



Daí que a consideração a determinados princípios morais tenha sido a pedra de toque da jurisprudência do Tribunal Federal alemão e do Conselho de Estado francês no desenvolvimento paradigmático do princípio da dignidade da pessoa humana. Nas decisões Morsang-Sur-Orge<sup>36</sup> e Mephisto,<sup>37</sup> foram examinados a natureza, o conteúdo e a extensão da proteção à dignidade humana em um caso concreto, não abstratamente. Na medida em que a moralidade pública ultrapassa a ordem material e exterior que, conforme Hauriou, cobre somente a ordem pública, ela foi unida à ordem moral que um Estado liberal se recusa a impor. Os tribunais, então, construíam as suas decisões a partir da dimensão institucionalista da ordem jurídica.<sup>38</sup>

Quanto à distinção entre o que é público e o que é privado, são esferas e dimensões distintas do comportamento e, portanto, deve subsistir certo espaço para a autonomia moral, livre de interferências políticas, o que se chama, modernamente, de “privacidade”. A questão aqui não é saber até que ponto a esfera pública (política) pode interferir na esfera privada,<sup>39</sup> e sim compreender a patrimonialização ou privatização dos vínculos políticos como injusta e imoral, na perspectiva da justiça distributiva.

Com efeito, as sociedades humanas, com suas distintas ideologias e configurações políticas, utilizam e justificam diferentes formas de distribuir os cargos políticos (o poder), a honra, o amor, a riqueza, a recompensa e o castigo, enfim, a multiplicidade de bens humanos. Há bens, contudo, que não são passíveis de repartição sob nenhum critério racional, como afe-

to, amor etc. – os chamados “bens interiores” ou “da alma”. Daí que só os bens “externos” são partilháveis, segundo critérios históricos. Os princípios de justiça são, pois, plurais, de modo que bens sociais distintos devem ser distribuídos por razões distintas e com recurso a diferentes procedimentos e agentes.

Nos termos da tese de Walzer,<sup>40</sup> há injustiça ou “monopólio” quando o critério utilizado em uma esfera de distribuição é estendido à outra ou quando uma “rede”, por exemplo, o mercado, hegemoniza todas as demais. Todos os dias, vemos exemplos de pessoas que obtiveram sucesso no mercado, por sua capacidade de ganhar dinheiro, que se transformam, da noite para o dia, em merecedoras de tudo o que de melhor a sociedade produz: são imediatamente reconhecíveis como “os mais bonitos”, os “mais inteligentes”, “os mais poderosos”. É como estivessem posicionados “no primeiro lugar da fila” na repartição de todos os outros bens. Da mesma forma, o parentesco, critério utilizado milenarmente para a repartição do patrimônio familiar, quando utilizado na esfera da política (da distribuição das posições de mando), gera uma injustiça, uma imoralidade a que o direito chama “nepotismo” e procura coibir.

De outra parte, quando o critério do mercado absorve a política, a esfera pública – política – fica corrompida (o dinheiro garante os cargos) e assume, em grande medida, funções de propaganda. A função mediadora do “público” passa para as associações e os partidos que se preocupam em obter aquele consentimento ou tolerância.<sup>41</sup> É também consequência do processo de subversão da publicidade originária (tornada propaganda) o fato de os partidos e associações políticas se verem obrigados a utilizar os meios de comunicação de massa para influenciar seus eleitores de modo publicitário, análogo à pressão dos comerciais, sobre os consumidores. Assim, os velhos propagandistas e agitadores partidários dão lugar a especialistas

36 Texto da decisão 27 oct. 1995, *Commune de Morsang-Sur-Orge* em LONG, WEIL, BRAIBANT, DEVOLVÉ e GENEVOIS. **Les grands arrêts de la jurisprudence administrative**. 13. ed. Paris: Dalloz, 2001. p. 768 e ss. Analisei com mais profundidade esse acórdão em O Conselho de Estado Francês e a afirmação do princípio da proteção à dignidade humana como componente da ordem pública. OLIVEIRA, Cristiane Fagundes (Org.). **Leituras do Direito Constitucional**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2009. p. 193-238.

37 Sobre este caso, ver LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. 3. ed. Lisboa: Gulbenkian, 1997. p. 584 et seq.; HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha**. 20. ed. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1998. p. 242-243.

38 HAURIOU, Maurice. **Précis de droit Administratif et de droit public**. 12. ed. Paris: Dalloz, 2002. p. VI

39 Fiz isso mais pormenorizadamente em **O princípio da publicidade e a participação na Administração Pública**. 2006. 215 f. Tese (Doutorado) – Curso de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2006.

40 WALZER, Michael. **Las esferas de la justicia: Una defensa del pluralismo y la igualdad**. México: Fondo de Cultura Económica, 1993.

41 HABERMAS, Jürgen. **Mudança estrutural da esfera pública**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984. p. 212.

em publicidade contratados para “vender” política, e assume especial relevância o marketing político.

Advém daí que, para além da publicidade, a compatibilidade entre ética e política (entre Estado e Justiça) só pode se dar pela sucessiva extensão do direito à esfera da política, na absorção de princípios morais pelo direito, na via procedimental e legislativa, como no caso da fixação, em tessitura aberta, da obediência ao preceito da moralidade (art. 37, caput, CFRB)<sup>42</sup> ou ainda dos ditames da lei anticorrupção (Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013) ou de leis de iniciativa popular, como a Lei Complementar nº 135/2010 (Ficha Limpa) e Lei nº 9.849/99, que tipificou o crime da compra de votos. Ainda assim, é lugar-comum nos discursos dos políticos brasileiros, por exemplo, que “a troca de cargos em ministérios por apoio ao governo nas votações congressuais não é ilícita (contra o direito)” ou mesmo que é “natural em política o caixa dois nas campanhas eleitorais”. Bastante persistente também é a prática do nepotismo, proibida pela Súmula Vinculante nº 13 do STF. Tal dispositivo tem obrigado os órgãos de controle da Administração a estabelecer normas locais e o Judiciário a remover parentes de governantes dos cargos em que foram investidos.<sup>43</sup> Daí que o direito – o Judiciário – acaba por resolver questões que, em princípio, não são de sua competência, pois o fundamento último da independência judicial é o fato de o poder judicial ser o ramo “menos perigoso do poder estatal” ao não estimular lealdades nem mobilizar apoio político.<sup>44</sup> Paradoxalmente, nestas situações, o staff jurídico faz a crítica do “ativismo judicial.”

## Considerações finais

Em síntese, porque as razões de Estado (da política) nem sempre coincidem com as razões morais (da ética), o direito – a tecnologia social com estatuto forte, que contém uma analítica do poder e de sua normalização racional e que, por isso mesmo, constitui um dos valores fundacionais da nossa civilização<sup>45</sup> – é chamado a fazer a mediação entre as duas esferas. Publicidade e moralidade são, pois, os campos do direito nos quais a compatibilidade entre política e ética é viável. Contra a imoralidade violenta do poder, assim, se contrapõem os processos democráticos de tomadas de decisão. Por isso, restou assentado na nossa cultura que todo ato político tem de tolerar um controle por parte do público, por cuja aprovação pode alcançar a legitimidade moral e a legalidade jurídica. A publicidade dos atos políticos, via de consequência, é a condição indispensável para a legitimação moral da política e para a democracia, a partir da unidade de interesse entre governantes e governados.<sup>46</sup>

Na Teoria do Direito, portanto, articula-se um novo estágio, que torna o direito dependente de princípios morais e o adapta a uma racionalidade procedimental: a Jurisdição e a Administração têm a tarefa de complementar a produção e aperfeiçoar o direito vigente guiadas por princípios. Assim, os discursos e as práticas políticas devem levar em conta o ponto de vista moral e a imparcialidade da Jurisdição e da Administração deve estar institucionalizada. A legitimidade da política advirá de uma racionalidade dos processos de jurisdição e de legislação que garanta tal imparcialidade. O ingresso do direito na política se dá, então, pela via da “racionalidade moral do procedimento”, e isso só tem possibilidade de realização em uma democracia. Há aí, parafraseando Bovero, um novo “realismo”, que entende

42 GIACOMUZZI, José Guilherme. **A moralidade administrativa e a boa-fé da administração pública**. São Paulo: Malheiros, 2002; GONZALES PEREZ, Jesus. **El principio general de la buena fe en el derecho administrativo**. Civitas: Madrid, 1983.

43 Ver Parecer nº 1151/2009 da Procuradoria Geral do Município de Porto Alegre, da lavra de Heron Nunes Estrella. Disponível em: <[http://proweb.procempa.com.br/pmpa/prefpoa/pgm/usu\\_doc/1151-2009.pdf](http://proweb.procempa.com.br/pmpa/prefpoa/pgm/usu_doc/1151-2009.pdf)>. Acessado em: 27 jul. 2017.

44 HOLMES, **Más allá del acceso a la información**, p. 45.

45 SCHIAVONE, Aldo. **Ius: la invención del derecho en Occidente**. 2. ed. Buenos Aires: Adriana Hidalgo Editora, 2012. p. 16.

46 TABORDA, Maren. Publicidade no processo administrativo fiscal: estudo de caso. In: GESTA LEAL, Rogério; GAVIÃO FILHO, Anízio (Orgs.). **Bens Jurídicos indisponíveis e direitos transindividuais: percursos em encruzilhadas**. Porto Alegre: FMP, 2015. p. 394-431; BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo**. 2. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986. p. 90; MAIHO-FER, Werner. **Principios de una democracia en libertad**. In: HEYDE, Wolfgang (Org.). **Manual de Derecho Constitucional**. Madrid: Marcial Pons, 1996. p. 274.

imoral a corrupção em todas as suas formas, e amoral a redução da política à lógica do mercado.

## Referências

ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica**. A Teoria do Discurso Racional como Teoria da Justificação Jurídica. São Paulo: Landy, 2001.

AQUINO, São Tomás. **Suma Teológica. 1ª Parte da 2ª Parte**. São Paulo: Indústria Gráfica Siqueira S/A, 1954.

ARENDT, Hannah. **Poder e Violência**. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2001.

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**, Coleção "Os Pensadores". São Paulo: Abril Cultural, 1979.

ARISTÓTELES. **Política**: Livro I, 1252 a. Lisboa: Vega, 1998, p. 49. Edição Bilingue. 1ª. Edição em português feita a partir do grego.

BOBBIO, Norberto. **O Futuro da Democracia**: uma defesa das regras do jogo. 2. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986.

BOBBIO, Norberto: **Estado, Governo e Sociedade - Para uma teoria geral da política**. 4ª. ed., São Paulo: Paz e Terra, 1992.

BOVERO, Michelangelo. **Ética e Política entre o Maquiavelismo e o kantismo**. **Lua Nova. Revista de Cultura e Política**. Nº 25. São Paulo. Abril de 1992, disponível in: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0102-64451992000100007](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-64451992000100007), acessado em 27 de julho de 2017.

CÍCERO. **República**. In: EPICURO/LUCRÉCIO/CÍCERO/SÊNECA E MARCO AURÉLIO. Coleção "Os Pensadores". São Paulo: Abril Cultural, 1980.

DOMINGO, Rafael et al. (Coord.). **Textos de Derecho Romano**. Navarra: Editorial Aranzadi, 2002.

ERNOUT, A.; MEILLET, A. **Dictionnaire Étymologique de la Langue Latine**: Histoire des Mots. 4. ed. Paris: Klincksieck, 1985.

FAORO, Raymundo. **Assembléia Constituinte – a legitimidade recuperada**. 2ª. Edição. São Paulo: Brasiliense, 1982.

FINLEY, Moses. **L'Invention de la Politique**. Paris: Flammarion, 1985.

FINNIS, John. **Lei Natural e Direitos Naturais**. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2006.

FITZ, Francisco García. **La Edad Media. Guerra e ideología. Justificaciones religiosas y jurídicas**. Madrid: Sílex, 2003.

GIACOMUZZI, José Guilherme. **A Moralidade Administrativa e a Boa-fé da Administração Pública**. São Paulo: Malheiros, 2002

GONZALES PEREZ, Jesus. **El principio general de la buena fe en el derecho administrativo**. Civitas, Madrid, 1983.

HABERMAS, Jürgen **Direito e Democracia: entre facticidade e validade**. 4a. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, v. 2.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Moral** (Tanner Lectures, 1986). São Paulo: Instituto Piaget, 1992.

HABERMAS, **Mudança Estrutural da Esfera Pública**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984.

HAURIOU, Maurice. **Précis de droit Administratif et de droit public**. 12e Édition. Paris: Dalloz, 2002.

HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. 20ª. ed. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1998.

HOBBS, Thomas. **Do Cidadão**. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

HOLMES, Stephen. **Linajes del Estado de Derecho**. In: AECKERMAN, John(cord.) **Más allá del acceso a la información: Transparencia, redición de cuentas y Estado de Derecho**. México: Siglo XXI, 2008.

HONNETH, Axel. **Luta por reconhecimento**: a gramática moral dos conflitos sociais. São Paulo: Editora 34, 2003.

KANT, Immanuel. **A metafísica dos costumes**. Bauru: EDIPRO, 2003, p. 101.

KANT, Immanuel. **A Paz Perpétua e outros opúsculos**. Lisboa: Edições 70, 2004.

KANT, Immanuel. **Crítica da Razão Prática**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

KELSEN, Hans. **Essência e Valor da Democracia e Fundamentos da Democracia**. In: A DEMOCRACIA. São Paulo: Martins Fontes, 1993.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Coimbra: Armenio Amado Editor, 1979.

LARENZ, Karl, **Metodologia da Ciência do Direito**, 3.<sup>a</sup> ed., Lisboa, Gulbenkian, 1997.

LERMANN, Laura. **O julgamento de Nuremberg: fundamentos jurídicos das decisões e a internacionalização dos Direitos Humanos**. Monografia de conclusão curso de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, FMP, 2017.

LONG, WEIL, BRAIBANT, DEVOLVÈ e GENEVOIS. **Les grands arrêts de la jurisprudence administrative**. 13<sup>a</sup> édition. Paris: Dalloz, 2001.

LOPES, José Reinaldo Lima; QUEIROZ, Rafael Mafei Rabelo; ACCA, Thiago dos Santos. **Curso de história do direito**. São Paulo: Método, 2006.

MACINTYRE, Alasdair. **Animales racionales y dependientes**. Por qué los seres humanos necesitamos las virtudes. Barcelona, Buenos Aires, Madrid: Paidós, 2001.

MACINTYRE, Alasdair. **Depois da virtude**. Bauru: Edusc, 2000.

MAIHOFER, Werner. Principios de una democracia en libertad. In: HEYDE, Wolfgang (Org.) **Manual de Derecho Constitucional**. Madrid: Marcial Pons, 1996.

PARECER N° 1151/2009 da Procuradoria Geral do Município de Porto Alegre, da lavra de Heron Nunes Estrella. Disponível in: [http://lproweb.procempa.com.br/pmpa/prefpoa/pgm/usu\\_doc/1151-2009.pdf](http://lproweb.procempa.com.br/pmpa/prefpoa/pgm/usu_doc/1151-2009.pdf), acessado em 27 de julho de 2017.

RAWLS, John. **Teoria de la Justicia**, Fondo de Cultura..Econômica, México, 1993.

SANDEL, Michael. **Justiça. O que é fazer a coisa certa**. 6<sup>a</sup>. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012.

SARTORI, Giovanni. **A Política**. Brasília, Editora da Universidade de Brasília, 1981.

SCHIAVONE, Aldo. **Ius: la invención del derecho en Occidente**. 2. ed. Buenos Aires: Adriana Hidalgo Editora, 2012.

SCHMITT, Carl. **La notion de Politique**. Paris: Flammarion, 1992.

SCHMITT, Carl. **Le Nomos de la Terre**. Paris: Presse Universitaire de France, 2001.

SPINOZA, Baruch. **Tratado Político**, Coleção "Os Pensadores". São Paulo: Abril Cultural, 1979.

TABORDA, Maren G. O Conselho de Estado Francês e a afirmação do princípio da proteção à dignidade humana como componente da ordem pública. In: OLIVEIRA, Cristiane Fagundes (org.) **Leituras do Direito Constitucional**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2009.

TABORDA, Maren G. **O princípio da publicidade e a participação na Administração Pública**. 2006. 215 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2006.

TABORDA, Maren. Publicidade no processo administrativo fiscal: estudo de caso. In: GESTA LEAL, Rogério, GAVIÃO FILHO, Anízio (orgs.) **Bens Jurídicos Indisponíveis e Direitos Transindividuais: percursos em encruzilhadas** [recurso eletrônico]. Porto Alegre: FMP, 2015.

WALZER, Michael. **Las esferas de la justicia. Una defensa del pluralismo y la igualdad**. México: Fondo de Cultura Económica, 1993.

WEBER, Max. **Economia y Sociedad**. Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 1992.



# ENTRE AVANÇOS E RETROCESSOS NO TRATO DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA NO BRASIL: ANÁLISE DA VERSÃO FINAL DO PLS Nº 554/2011

Mauro Fonseca Andrade\*

\* Doutor em Direito Processual Penal pela Universidade de Barcelona, Espanha. Professor titular da Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul. Promotor de Justiça (RS). E-mail: <mauro.fonsecaandrade@gmail.com>.



## Resumo

Em dezembro de 2016, o Projeto de Lei do Senado nº 554/2011 teve encerrada sua tramitação na Casa Legislativa de origem, ocasião em que foi apresentado um texto final que se propôs a alterar os arts. 304 e 306 do Código de Processo Penal, regulando o instituto da audiência de custódia em nosso país. Essa redação possui inovações extremamente controvertidas, que podem ferir a própria lógica que justifica a apresentação imediata de toda pessoa presa ou detida ao juiz ou outra autoridade com poderes jurisdicionais. Em razão disso, o presente artigo se destina a fazer uma análise mais detalhada das inovações propostas pelo Senado Federal, a partir de uma filtragem constitucional e convencional do texto dado ao mencionado projeto. A metodologia adotada privilegia a indução e a técnica de pesquisa bibliográfica e jurisprudencial.

**Palavras-chave:** Audiência de Custódia. Direitos Fundamentais. Prisão. Liberdade. Projeto de Lei.

## Introdução

Após a entrada em vigor da Constituição Federal de 1988, o Brasil procurou, de diversas formas, dar mostras de que não só rechaçava as práticas do período de exceção que a precedeu, como também tomava providências para reforçar a proteção aos direitos humanos. Buscou, com isso, criar um ambiente legal e cultural propício para que aquela realidade não mais voltasse a se instalar em nosso país.

Uma boa demonstração disso foi a incorporação de dois tratados protetivos de direitos à nossa realidade nacional, o que ocorreu quase concomitantemente. Referimo-nos, portanto, à ratificação do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (de 1966, mas ratificado pelo Brasil somente em 6 de julho de 1992) e da Convenção Americana dos Direitos Humanos (de 1969, mas ratificada pelo Brasil somente em 9 de julho de 1992).

Passados 25 anos daquelas ratificações, muitos dos institutos neles presentes seguem sem ter sua aplicabilidade observada por parte do Poder Judiciário nacional, fruto de um conservadorismo ligado ao pensamento de que o conteúdo de pactos ou tratados internacionais somente terá algum valor se também previsto por lei nacional. Um dos melhores exemplos dessa triste realidade é o instituto que, no Brasil, convencionou-se chamar de *audiência de custódia*, e que versaria sobre a necessidade de apresentação imediata de toda pessoa presa ou detida a uma autoridade judicial ou com poderes jurisdicionais.<sup>1</sup>

Durante quase duas décadas, a necessidade dessa apresentação não passou de letra morta naqueles pactos internacionais, pois o Brasil não fez qualquer movimento para sua colocação em prática no território nacional. Foi preciso que o Ministério Público Federal (ao ajuizar, em 2010, uma ação civil pública)<sup>2</sup> e a

1 Recentemente, o Brasil ratificou, por meio do Decreto nº 8.766/2016, a Convenção Interamericana sobre o Desaparecimento Forçado de Pessoas, cujo art. XI também trata da audiência de custódia, ao prever que "Toda pessoa privada de liberdade deve ser mantida em lugares de detenção oficialmente reconhecidos e apresentada, sem demora e de acordo com a legislação interna respectiva, à autoridade judiciária competente".

2 Processo nº 0014512-10.2010.4.05.8100, 3ª Vara Federal de Fortaleza, Seção Judiciária do Ceará.

Defensoria Pública de São Paulo (ao publicar, em 2011, um estudo sobre o tema)<sup>3</sup> dessem início a uma discussão que redundou na apresentação do Projeto de Lei do Senado nº 554/2011.

Em razão da versão inicial do projeto haver sido muito tímida no trato desse tema, o Conselho Nacional de Justiça, durante a gestão do ministro Ricardo Lewandowski, envolveu-se fortemente na tentativa de implantar a audiência de custódia em todo o território nacional. Para tanto, convênios foram firmados com todos os tribunais estaduais e alguns tribunais regionais, mas a necessidade de unificação no trato de tema tão delicado motivou a criação da Resolução nº 213, de 15 de dezembro de 2015, do próprio CNJ.<sup>4</sup>

Movido pelo sentimento de que estava deixando muito a desejar no trato da *audiência de custódia*, o Senado Federal deu importante impulso no trâmite daquele projeto, finalizando, em 6 de dezembro de 2016, o processo legislativo que lhe cabia.

O presente artigo tem por objetivo, portanto, analisar o teor do texto final do Projeto de Lei do Senado nº 554, de 2011, de modo a apontar os avanços e eventuais retrocessos verificados no trato da audiência de custódia. Em especial, objetiva compará-lo com as disposições hoje presentes na Resolução nº 213 do CNJ, e com a jurisprudência nacional e estrangeira, sobretudo, aquela produzida pelo Supremo Tribunal Federal e pela Corte Interamericana dos Direitos Humanos, por ser intérpretes últimos da Constituição Federal e da Convenção Americana dos Direitos Humanos, respectivamente.

## O trilhar de um caminho próprio: a desvinculação do projeto a entendimentos já existentes

Em uma leitura preliminar do texto final do projeto em análise, o que salta aos olhos é uma clara desvinculação, por parte do Senado Federal, em relação a algumas posições já manifestadas pelo Supremo Tribunal Federal (STF), bem como, em relação ao texto da Resolução nº 213 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), seja no trato a determinadas situações, seja na ausência de mais detalhamento do ato judicial que se propôs a regulamentar.

A impressão que se tem é que essa desvinculação se deu de propósito, como forma de deixar bem marcada a independência do Poder Legislativo em relação ao que já vinha sendo apontado pelo STF, e havia sido desenhado proceduralmente pelo CNJ. Cabe-nos, então, avaliar essa mudança de rumo realizada pelo Senado Federal.

### A opção legislativa pela designação audiência de custódia

No que diz respeito ao afastamento de entendimento já manifestado pelo STF, vemos que o projeto seguiu a tendência doutrinária dominante ao designar aquela apresentação de toda pessoa presa ou detida como *audiência de custódia*.<sup>5,6</sup>

A Corte Suprema já havia se manifestado sobre a necessidade de se referir àquele ato como sendo *audiência de apresentação*,<sup>7</sup> em lugar do que se tornou o instituto conhecido nacionalmente, no que é acompanhada por parcela da

5 "Artigo 306, § 6º. Na audiência de custódia de que trata o § 4º, o juiz ouvirá o Ministério Público – que poderá requerer, caso entenda necessária, a prisão preventiva ou outra medida cautelar alternativa à prisão –, em seguida ouvirá o preso e, após manifestação da defesa, decidirá fundamentadamente, nos termos do art. 310."

6 Entre outros nomes propostos, encontramos: *audiência de garantia* (TÓPOR; NUNES, 2015, p. 62) e *audiência de garantia de liberdade* (MINAGÉ; SAMPAIO JR. 2015, p. 57).

7 STF, ADI 5.240, Tribunal Pleno, rel. Min. Luiz Fux, j. em 20 de agosto de 2015.

3 WEIS, 2011.

4 Cf. ANDRADE; ALFLEN, 2017.

doutrina.<sup>8</sup> No entanto, ao assim fazer, o Senado Federal agiu corretamente.

Isso porque, singelamente, não cabe ao STF nomear os institutos jurídicos, muito menos alterar a designação que já é empregada para identificá-los. O que fez o Senado Federal, portanto, foi optar por uma correta facilitação no trato de uma questão muito simples, e que não muda em nada a forma de incidência daquele instituto. Ao contrário, a escolha feita por aquela casa legislativa só facilita o entendimento e a identificação do instituto que assim é designado e difundido no meio doutrinário.<sup>9</sup>

### O prazo para a apresentação da pessoa presa ou detida

Segundo o texto da Resolução nº 213 do CNJ, a apresentação deverá ocorrer, nos casos de prisão em flagrante, em até 24 horas da comunicação da prisão em flagrante à autoridade judicial competente, sendo que essa comunicação seria considerada distribuição do auto de prisão em flagrante ao Poder Judiciário.<sup>10</sup> Por sua vez, o texto final do PLS nº 554/2011 previu que a apresentação judicial da pessoa presa ou detida deverá se dar “No prazo máximo de 24 (vinte e quatro) horas após a lavratura do auto de prisão em flagrante” (§4º do art. 306), algo que, na prática, vem a corroborar a posição antes assumida pelo CNJ.

O problema é que ambas as posições assumidas – pelo Senado Federal e pelo CNJ – vão de encontro ao teor da liminar concedida pelo STF, em Medida Cautelar de Descumprimento de Preceito Fundamental,<sup>11</sup> sendo o prazo também de 24 horas,

mas contado a partir da prisão da pessoa, em lugar da distribuição ou conclusão do auto de prisão em flagrante.

A diferença é significativa, pois, partindo-se do pressuposto de que o auto de prisão em flagrante deverá igualmente ser finalizado no prazo de 24 horas a partir da prisão, o que se passa a ter é a hipótese de não só o auto em flagrante dever ser finalizado nesse lapso, senão também dever ocorrer a apresentação da pessoa presa ao juiz. Noutros termos, ao ser mantido o prazo da resolução do CNJ, teremos um prazo de 24 horas para a conclusão do auto de prisão em flagrante, e outro prazo de 24 horas para a apresentação da pessoa presa, o que totalizaria 48 horas. Mas, com o prazo estabelecido pelo STF, em 24 horas deverá haver a finalização do auto de prisão em flagrante e a apresentação da pessoa presa, dando-se, assim, celeridade a esse momento da persecução penal.

Ainda no que diz respeito ao prazo para apresentação da pessoa presa ou detida, o PLS nº 554 de 2011 cria duas possibilidades distintas de prazos, a depender do tipo de infração penal cometida. Isso porque o projeto admite a dilação do prazo de 24 horas nos casos que envolverem organização criminosa (Lei nº 12.850/2013), simplesmente por se tratar de crime tipificado naquela lei.<sup>12</sup> Nessa situação, o prazo para a apresentação judicial poderia chegar a cinco dias, ao passo que o prazo de apresentação para outros crimes seria o da regra geral.

No caso da Lei nº 12.850/2013, não há, absolutamente, nenhuma justificativa para a dilação do prazo de apresentação, a não ser a espécie delitiva por ela tratada, fator que, em termos práticos e para efeitos da mencionada lei, permite que seja resuscitada a famigerada *prisão para averiguação*<sup>13</sup> durante os dias

8 OLIVEIRA et al. 2015, p. 101; MELO, 2016, p. 141, nota 158.

9 A título de exemplo, citamos ANDRADE; ALFLEN, 2016, 2017; PAIVA, 2017.

10 “Art. 1º Determinar que toda pessoa presa em flagrante delito, independentemente da motivação ou natureza do ato, seja obrigatoriamente apresentada, em até 24 horas da comunicação do flagrante, à autoridade judicial competente, e ouvida sobre as circunstâncias em que se realizou sua prisão ou apreensão.”

§ “1º A comunicação da prisão em flagrante à autoridade judicial, que se dará por meio do encaminhamento do auto de prisão em flagrante, de acordo com as rotinas previstas em cada Estado da Federação, não supre a apresentação pessoal determinada no caput.”

11 Da decisão liminar, vemos: “O Tribunal, apreciando os pedidos de medida cautelar formulados na inicial, por maioria e nos termos do voto do Ministro Marco Aurélio (Relator), deferiu a cautelar em

relação à alínea ‘b’, para determinar aos juízes e tribunais que, observados os artigos 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, realizem, em até noventa dias, audiências de custódia, viabilizando o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, contados do momento da prisão [...]” (STF, Plenário. MEDIDA CAUTELAR NA ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 347, rel. Min. Marco Aurélio, j. 09-09-2015).

12 “Artigo 306, § 12. Quando se tratar de organização criminosa, nos termos definidos pela Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013, a autoridade policial poderá deixar de cumprir os prazos estabelecidos nos §§ 4º e 10, desde que, dentro daqueles prazos, designe, em acordo com o juiz competente, data para a apresentação do preso em no máximo 5 (cinco) dias.”

13 Sobre o tema, ver COSTA, 1980.

excedentes às 24 horas dos demais crimes. O que se extrai dessa dilação sem qualquer justificativa é que o legislador pretende permitir à autoridade policial manter a privação à liberdade da pessoa presa em flagrante, mas sem a cobertura de qualquer ordem judicial para tanto, a título preventivo ou temporário.

Além disso, ao prever a possibilidade de videoconferência (§11 do art. 306), o projeto apresenta uma alternativa lógica para as situações em que houver algum problema de segurança que impeça o deslocamento daquele preso ante a presença do juiz (i.e., risco de resgate, tal como já verificado em algumas cidades de nosso país).

Assim sendo, não há nenhuma necessidade de dilação do prazo em relação aos crimes tipificados na Lei nº 12.850/2013, tal como proposta no projeto. Mais que isso, a manutenção desse trato diferenciado provoca um sério ferimento à Constituição Federal por afrontar o princípio da igualdade, que deve atingir os direitos e as garantias constitucionais e convencionais de todos os sujeitos passivos da persecução penal.

### O afastamento da resolução nº 213 do Conselho Nacional de Justiça como parâmetro a ser seguido

Ainda que não seja plenamente respeitada por todas as cortes do país, a Resolução nº 213 do CNJ previu que o ingresso de pessoas presas em flagrante nas casas prisionais somente ocorreria após o decreto de sua prisão preventiva.<sup>14, 15</sup> Contudo,

14 “Art. 2º O deslocamento da pessoa presa em flagrante delito ao local da audiência e desse, eventualmente, para alguma unidade prisional específica, no caso de aplicação da prisão preventiva, será de responsabilidade da Secretaria de Administração Penitenciária ou da Secretaria de Segurança Pública, conforme os regimentos locais.”

15 Um exemplo de desrespeito a essa previsão da Resolução nº 213, do CNJ, pode ser encontrado na Resolução nº 1143, de 2016, do Conselho da Magistratura do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. No seu artigo 8º, § único – que se refere à realidade das comarcas do interior do Estado –, há a previsão de que a pessoa a ser apresentada, caso não haja condições na delegacia de polícia, deverá ser levada ao estabelecimento prisional, lá aguardando até o momento de sua apresentação à autoridade judicial. Por sua vez, em relação à capital do estado (Porto Alegre), seu art. 9º, § 1º, prevê que todas as audiências de custódia serão realizadas no Presídio Central (hoje chamado de Cadeia Pública) e no Presídio Feminino Madre Peletier, afastando qualquer critério de excepcionalidade para que o preso seja levado a um estabelecimento prisional antes da audiência de custódia. Sobre os problemas decorrentes da realização da audiência de custódia em ambiente prisional, ver ANDRADE, 2017.

o PLS nº 554/2011 entendeu por disciplinar essa situação de modo diverso, ordenando seu encaminhamento a um estabelecimento prisional previsto na Lei de Execução Penal.<sup>16</sup> Com isso, se a ideia da Resolução nº 213 do CNJ foi não permitir a *contaminação* da pessoa a ser apresentada por aqueles presos já reclusos que veem no crime um meio de vida, essa intenção foi completamente abandonada pelo legislador, que preferiu fazer com que aquela pessoa aguarde em um local de alto risco para a sua retirada do mundo do crime, até ser apresentada em um horário estipulado pelo juiz.

Além disso, esse encaminhamento da pessoa presa a um estabelecimento prisional estimula que as audiências de custódia sejam realizadas ali mesmo, tal como se verifica em Porto Alegre, capital do Rio Grande do Sul, provocando uma óbvia inversão de lógica. Noutras palavras, ao ter que se dirigir até aquele estabelecimento, é o juiz quem acaba por ser *apresentado* à pessoa presa ou detida, ao passo que é essa pessoa quem deve ser levada à presença do juiz.

Aí reside, portanto, um perigoso fator que leva ao retardamento na realização da audiência de custódia, pois, se a pessoa presa ou detida é quem deve ser levada – segundo disposição dos textos internacionais –, *sem demora, à presença do juiz*, a conclusão do auto de prisão deveria importar no seu encaminhamento, juntamente com ele, ao Poder Judiciário, tudo sendo realizado ao mesmo tempo. Entretanto, em nome da conveniência judicial, a audiência vem se realizando em momento mais avançado, daí por que aquela pessoa deverá aguardar, agora com a chancela do Poder Legislativo, em um local inadequado – *leia-se, estabelecimento prisional* – para o seu afastamento do mundo do crime.

16 “Artigo 304. [...] § 7º. Após a lavratura do auto de prisão em flagrante pela autoridade policial, proceder-se-á na forma do art. 306 deste Código, ficando o preso à disposição do juiz competente, em estabelecimento prisional previsto na Lei nº 7.210, de 11 de junho de 1984 (Lei de Execução Penal).”

## Mais avanços no retrocesso: inovações preocupantes

Não são poucos os focos de problemas existentes no PLS nº 554 de 2011 criados sem qualquer fundamento jurídico ou em clara subversão aos institutos e princípios de direito existentes em nossa Constituição Federal.

Como exemplo inicial, o projeto concede ao juiz a competência para a tomada de “medidas cabíveis” para “apurar eventuais violações” aos direitos fundamentais da pessoa apresentada (§4º do art. 306). Ao assim legitimar essa atuação judicial, o legislador está concedendo ao juiz poderes de investigação, pois não os limitou à mera extração de cópias e envio ao Ministério Público ou autoridade policial.

O problema de uma atuação como essa é que, conforme já apontado pela doutrina, o risco de envolvimento do juiz com a investigação é enorme, fazendo com que ele possa atuar, ainda que brevemente, como autoridade investigante. Ora, isso vem a ferir sua própria imparcialidade e o sistema acusatório como um todo, visto que a figura de um juiz investigante somente tem lugar nos sistemas misto ou inquisitivo.<sup>17</sup>

Além dessa situação, o projeto apresenta uma clara contradição procedimental, no que diz respeito ao momento próprio da audiência de custódia, em específico, ao estipular que os requerimentos atinentes à liberdade ou prisão da pessoa presa sejam realizados antes mesmo de sua oitiva pelo juiz.

De acordo com o §6º do art. 306, aberta a audiência, o Ministério Público será ouvido em primeiro lugar; após isso, dar-se-á a oitiva da pessoa apresentada para, ao final, ser concedida a palavra à defesa técnica. Finalizado esse roteiro, aí então o juiz tomará um dos caminhos previstos no art. 310 do CPP. Em sendo assim, a aparente intenção daquela disposição é fazer com que o Ministério Público não tenha todas as informações necessárias para bem justificar seu pedido, pois a pessoa presa

ainda não haverá prestado as informações questionadas pelo juiz, pelo próprio Ministério Público e pela defesa técnica.

Em que pese isso, o §8º também do art. 306 do projeto segue em rumo diverso. Segundo ele, a inquirição da pessoa presa poderá se dar não só pelo juiz, mas também pelo Ministério Público e pela defesa técnica, questionamentos ligados, “exclusivamente, sobre a legalidade e a necessidade da prisão, a ocorrência de tortura ou de maus-tratos e os direitos assegurados ao preso e ao acusado” (§7º). No entanto, o §8º também permite ao Ministério Público e à defesa técnica se manifestarem “previamente à decisão judicial de que trata o art. 310”.

Dito de forma mais clara, o §6º faz com que o Ministério Público deva apresentar seus requerimentos às cegas, pois ainda não houve a oportunidade de a pessoa apresentada ser inquirida pelo juiz. Entretanto, o §8º prevê em sentido contrário, permitindo que o Ministério Público apresente seus requerimentos após a oitiva da pessoa presa.

Assim, há uma clara contradição que merece ser revista pelo legislador, mas, caso ocorra, será feita por outra casa legislativa.

Por fim, outro retrocesso verificado é o presente no §7º do art. 306, ao proibir a utilização do conteúdo da oitiva da pessoa apresentada no futuro processo de conhecimento.<sup>18</sup> Tal vedação probatória foi fruto de proposta apresentada pela Defensoria Pública de São Paulo, conforme consta no parecer proferido pelo senador Randolfe Rodrigues.<sup>19</sup>

Por certo que a discussão em torno do aproveitamento, ou não, do teor das declarações da pessoa apresentada ao juiz foi objeto de atenção por parte da doutrina, havendo quem se manifestou de forma contrária a esse aproveitamento,<sup>20</sup> e quem entendeu por sua possibilidade.<sup>21</sup> Houve, inclusive,

18 “Artigo 306, § 7º. A oitiva a que se refere o § 6º será registrada em autos apartados, não poderá ser utilizada como meio de prova contra o depoente e versará, exclusivamente, sobre a legalidade e a necessidade da prisão, a ocorrência de tortura ou de maus-tratos e os direitos assegurados ao preso e ao acusado.”

19 BRASIL, 2011.

20 PRUDENTE, 2015, p. 13.

21 ANDRADE; ALFLEN, 2016, p. 69-104; BRANDALISE, 2017, p. 143-165.

17 ANDRADE; ALFLEN, 2017, 128-146.



quem, inicialmente, posicionou-se pela impossibilidade desse aproveitamento,<sup>22</sup> mas, a posteriori, alterou seu entendimento para admiti-lo,<sup>23</sup> o que bem demonstra a dificuldade no trato do tema.

De nossa parte, ratificamos posição anteriormente manifestada,<sup>24</sup> no sentido de que não há qualquer fundamento, a não ser a adoção de um critério meramente de política criminal, em não se admitir a utilização da palavra da pessoa apresentada em eventual e futuro processo criminal.

Não nos esqueçamos de que a audiência de custódia é presidida por um juiz que está impedido de questionar sobre o fato em si, e que se encarregará da filtragem das perguntas feitas pelo Ministério Público. Ademais, a audiência é permeada por todas as garantias constitucionais existentes – entre elas, o princípio do contraditório –, e se ajusta às exigências conceituais do que se entende por *prova* e dos requisitos para sua utilização pelo juiz, tudo estampado no art. 155 do CPP.<sup>25</sup> Também se deve referir que a observância de todos os passos traçados pelo legislador não provoca nenhuma ilicitude naquelas declarações da pessoa apresentada – ao contrário!!! –, de modo a justificar que o legislador dê a elas o mesmo tratamento dispensado às provas ilícitas, que exigem a “violação de normas constitucionais ou legais” (art. 157, *caput*, do CPP).

Se uma parcela da doutrina nacional corretamente não encontra impedimento para a utilização daquelas declarações no futuro processo penal, é possível ver que, de igual modo, posiciona-se a doutrina internacional, em especial, a portuguesa<sup>26</sup> e a espanhola.<sup>27</sup>

Por derradeiro, não há como omitir o fato de que o legislador desprezou que o teor das declarações prestadas em

audiência de custódia poderá vir a beneficiar a pessoa apresentada. Basta lembrarmos uma situação até corriqueira: a pessoa é presa em flagrante, é submetida à audiência de custódia (onde, por iniciativa própria e para justificar pedido de liberdade provisória ou relaxamento de prisão, ingressa no trato meritório do fato), é citada no processo criminal e, ao depois, fique em silêncio no seu interrogatório ou não seja mais localizada. Em uma situação como essa, não há como o juiz avaliar o conteúdo da confissão prestada anteriormente ao ajuizamento da ação penal, para os fins de fixação da pena a ser imposta ao réu, acaso ele venha a ser condenado. Por consequência, a criação de uma impossibilidade de acesso do juiz ao conteúdo do depoimento prestado na audiência de apresentação importará em um prejuízo contra os interesses da própria pessoa acusada no processo de conhecimento.

Enfim, nada justifica a exclusão do depoimento prestado pela pessoa submetida à audiência de custódia. Ao contrário, sua manutenção poderá vir a beneficiá-la em eventual processo criminal futuro, o que demonstra a ausência de uma melhor meditação, por parte do legislador, quanto às consequências da exclusão probatória proposta.

## A consolidação de acertos já existentes

Um dos temores relacionados ao texto final que se daria ao PLS nº 554, de 2011 foi a possibilidade de desprezo a diversos acertos realizados pela Resolução nº 213 do CNJ. Como visto aqui, de certa forma, esse temor se tornou realidade, mas também é possível encontrar acertos na manutenção de uma lógica já constante naquela resolução.

Um desses acertos diz respeito à vedação da presença “dos agentes policiais que foram responsáveis pela prisão ou pela investigação durante a audiência de custódia” (§9º do art. 306). Aliás, o texto apresentado pelo projeto é idêntico àquele

22 PAIVA, 2015, p. 90.

23 Id., 2017, p. 118-119.

24 ANDRADE; ALFLEN, 2017, p. 160-164.

25 “Artigo 155 CPP. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas.”

26 LOPES, 2005, p. 132; MARTINS, 2014, p. 140.

27 NIEVA FENOLL, 2012, p. 230; JAÉN VALLEJO, 2002, p. 120.

constante no parágrafo único do art. 4º da Resolução nº 213 do CNJ.<sup>28</sup>

Apesar dessa salutar providência, entendemos que, embora possa evitar o constrangimento que venha a atingir a pessoa apresentada – caso, naquele ato, esteja presente alguém responsável, direta ou indiretamente, por sua prisão ou detenção –, ainda assim, esse constrangimento não estará totalmente descartado, se autorizada a presença de força policial durante a audiência de custódia. Isso porque não é de todo descabido lembrar a possibilidade de existência de laços de amizade ou até mesmo familiares entre os policiais presentes na audiência e os policiais responsáveis pela prisão ou investigação.<sup>29</sup>

Por isso, o recomendável é que o legislador proíba não só a presença de agentes policiais responsáveis pela privação da liberdade da pessoa apresentada, ou mesmo dos responsáveis pela investigação que levou à sua prisão. O ideal, em verdade, é que não haja a presença de todo e qualquer agente policial durante aquele ato, cabendo sua segurança aos agentes do próprio Poder Judiciário ou aos agentes penitenciários que levaram a pessoa presa ou detida à audiência de custódia.

Outro acerto já existente, embora não no texto da Resolução nº 213 do Conselho Nacional de Justiça, diz respeito à possibilidade de videoconferência,<sup>30</sup> tal como já previsto em nosso CPP. Embora a doutrina defendesse a videoconferência para casos excepcionais já presentes em nossa legislação processual penal,<sup>31</sup> o Senado Federal foi resistente ao admitir tal possibilidade no PLS nº 554 de 2011, inserindo-a somente nos últimos atos de sua tramitação. Assim o foi porque a discussão

sobre a videoconferência se deu a partir da proposição feita pelo gabinete da presidência do Tribunal de Justiça do estado do Rio de Janeiro, mas rechaçada, à época, por aquela casa legislativa.

Seja como for, é de se celebrar esse avanço, embora os casos autorizadores da videoconferência devessem vir expressos no projeto de lei – tal como o faz nosso CPP (art. 185, §2º, e art. 222, §3º) –, em lugar de conferir ao juiz a análise, caso a caso, de superação da apresentação pessoal da pessoa presa ou detida.

## Conclusão

Após longo período de tramitação, o Senado Federal concluiu o processo legislativo que lhe cabia em relação ao PLS nº 554, de 2001, que versa sobre a regulamentação legal do instituto conhecido como *audiência de custódia*.

Se comparado com a atual regulamentação dada pela Resolução nº 213, do CNJ, não há como esconder o fato de que esse projeto de lei pouco evoluiu no tratamento já dispensado àquele instituto. Ao contrário, o retrocesso é manifesto em vários de seus pontos, não só pela criação de restrições até agora inexistentes (*i.e.*, a proibição de o depoimento integrar o futuro processo criminal), mas também pela verdadeira confusão procedimental desenhada para o ato da audiência.

É por essa soma de fatores que entendemos dever ocorrer uma atuação mais técnica por parte da Casa Legislativa que analisará o texto final do PLS nº 554, de 2011 – a saber, a Câmara dos Deputados –, dando-se mais atenção para os apontamentos e alertas que a doutrina vem fazendo em relação à audiência de custódia. Do contrário, a regulamentação proposta para a audiência de custódia poderá vir a representar um sério retrocesso em relação à forma como já é tratada atualmente – e, é bom que se diga, com a chancela de ninguém menos que a presidência do STF, por também exercer a presidência do CNJ.

28 “Artigo 4º, § único. É vedada a presença dos agentes responsáveis pela prisão ou pela investigação durante a audiência de custódia.”

29 Um precedente dessa natureza, aliás, já foi verificado no Rio Grande do Sul. Durante audiência de custódia envolvendo pessoa presa em flagrante, ela se recusou a falar na presença de policiais militares que faziam a segurança local, ainda que não fossem os responsáveis por sua prisão ou investigação criminal (auto de prisão em flagrante; Expediente nº 001/2.15.0071843-0. Juiz de Direito Volnei dos Santos Coelho, audiência realizada em 6 de setembro de 2015).

30 “Artigo 306, § 11. Excepcionalmente, por decisão fundamentada do juiz competente e ante a impossibilidade de apresentação pessoal do preso, a audiência de custódia poderá ser realizada por meio de sistema de videoconferência ou de outro recurso tecnológico de transmissão de som e imagem em tempo real, respeitado o prazo estipulado no § 10.”

31 ANDRADE; ALFLEN, 2017, p. 62-66.

## Referências

ANDRADE, Mauro Fonseca; ALFLEN, Pablo Rodrigo. Audiência de custódia: comentários à resolução 213 do Conselho Nacional de Justiça. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017.

\_\_\_\_\_. 2. ed. Audiência de custódia no processo penal brasileiro. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.

ANDRADE, Mauro Fonseca. Comentários ao artigo 2º. In: ANDRADE, Mauro Fonseca; ALFLEN, Pablo Rodrigo. Audiência de custódia: comentários à resolução 213 do Conselho Nacional de Justiça. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017. p. 43-54.

BRANDALISE, Rodrigo da Silva. Comentários ao artigo 12. In: ANDRADE, Mauro Fonseca. ALFLEN, Pablo Rodrigo (Orgs.). Audiência de custódia: comentários à resolução 213 do Conselho Nacional de Justiça. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017. p. 143-165.

\_\_\_\_\_. Sobre o aproveitamento das declarações autoincriminatórias do flagrado em audiência de custódia. In: ANDRADE, Mauro Fonseca; ALFLEN, Pablo Rodrigo (Orgs.). Audiência de custódia: da boa intenção à boa técnica. Porto Alegre: FMP, 2016. p. 69-104.

BRASIL. Senado Federal. **Parecer nº \_\_\_\_\_, de 2011**. Relator: Senador Randolfe Rodrigues, PLS 554, de 2011, 20 dez. 2011.

COSTA, Milton Lopes da. Detenções para averiguações. Rio de Janeiro: Ioneli, 1980.

JAÉN VALLEJO, Manuel. Tendencias actuales de la jurisprudencia penal: las garantías del proceso penal. Madrid: Dykinson, 2002.

LOPES, José António Mouraz. A tutela da imparcialidade endoprocessual no processo penal português. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

MARTINS, Joana Boaventura. Da valoração das declarações de arguido prestadas em fase anterior ao julgamento. Coimbra: Coimbra Editora, 2014.

MELO, Raphael. Audiência de custódia no processo penal. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016.

MINAGÉ, Thiago M.; SAMPAIO JR., Alberto. A questão político-criminal da audiência de custódia. Revista Síntese Direito Penal e Processo Penal, Porto Alegre, ano XVI, n. 93, p. 54-61, ago./set. 2015.

NIEVA FENOLL, Jordi. Fundamentos de derecho procesal penal. Madrid: Edisofer, 2012.

OLIVEIRA, Gisele Souza de et al. Audiência de custódia: dignidade humana, controle de convencionalidade, prisão cautelar e outras alternativas (Lei nº 12.403/2011). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

PAIVA, Caio. Audiência de custódia e processo penal brasileiro. 2. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

PRUDENTE, Neemias Moretti. Lições preliminares acerca da audiência de custódia no Brasil. Revista Síntese Direito Penal e Processual Penal, Porto Alegre, ano XVI, n. 93, p. 9-31, ago./set. 2015.

TÓPOR, Klayton Augusto Martins; NUNES, Andréia Ribeiro. Audiência de custódia: controle jurisdicional da prisão em flagrante. Florianópolis: Empório do Direito, 2015.

WEIS, Carlos. Estudo sobre a obrigatoriedade de apresentação imediata da pessoa presa ao juiz: comparativo entre as previsões dos tratados de direitos humanos e do projeto de código de processo penal. Defensoria Pública do Estado de São Paulo: São Paulo, 2011. Disponível em: <<http://www.defensoria.sp.gov.br/dpesp/Repositorio/31/Documentos/Estudo%20sobre%20a%20obrigatoriedade%20de%20apresenta%C3%A7%C3%A3o%20imediate%20do%20preso%20ao%20juiz%20%281%29.pdf>>.

# O ACESSO À INFORMAÇÃO NO PROCESSO PENAL ENQUANTO CONDIÇÃO DE POSSIBILIDADE DO DEVIDO PROCESSO LEGAL E DO AMPLO DIREITO DE DEFESA: A SUTIL DISTINÇÃO ENTRE PROVAS DOCUMENTADAS E PROVAS DOCUMENTADAS ANALISADAS\*

Rogério Gesta Leal\*\*

\* Este trabalho foi elaborado no período de estágio pós-doutoral junto à Universidad da Coruña, Espanha, com licença do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul.

\*\* Rogério Gesta Leal é desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul e titular da Quarta Câmara Criminal, que tem como competência de julgamento os crimes praticados por prefeitos e vereadores, os crimes contra a administração pública, dentre outros. É doutor em Direito e professor titular da UNISC e da FMP.



## Introdução

Pretendemos neste artigo tratar do tema que envolve o acesso à informação no processo penal brasileiro em face dos princípios constitucionais e infraconstitucionais garantidos aos litigantes e diante da nova legislação de acesso à informação geral adotada pelo país, verificando em que medida a doutrina e a jurisprudência pátrias têm abordado tais temas.

Ao final, pretendemos avaliar decisão judicial que tratou do tormentoso tema do acesso à informação em procedimentos investigatórios e processos judiciais com sigilo de Justiça, e a sutil diferenciação entre acesso a provas documentadas e provas documentadas não analisadas pelo Ministério Público.

## Marcos normativos do direito fundamental à informação

Em termos de historicidade internacional é importante ter presente que desde o século XX a mutação normativa no Ocidente – notadamente constitucional – se deu com foco no âmbito dos direitos fundamentais individuais e sociais, dentre os quais queremos dar destaque, aqui, ao direito à informação, e em especial no processo penal brasileiro.

Na Declaração Universal dos Direitos Humanos, pode-se encontrar um dispositivo (art. 19) que trata do direito de acesso à informação, garantindo que toda pessoa tem direito à liberdade de opinião e expressão – “este direito inclui a liberdade de, sem interferência, ter opiniões e de procurar, receber e transmitir informações e ideias por quaisquer meios e independentemente de fronteiras”.<sup>1</sup>

<sup>1</sup> Adotada e proclamada pela Resolução nº 217 A (III), da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 10 de dezembro de 1948.

Da mesma forma, na Convenção Americana de Direitos Humanos, de 1969,<sup>2</sup> pode-se encontrar previsão clara no sentido de que toda pessoa tem o direito à liberdade de pensamento e de expressão, e que tal direito inclui a liberdade de procurar, receber e difundir informações e ideias de qualquer natureza, sem considerações de fronteiras, verbalmente ou por escrito, ou em forma impressa ou artística, ou por qualquer meio de sua escolha (art. 13). Ademais, o exercício desse direito não pode estar sujeito à censura prévia, mas a responsabilidades ulteriores, que devem ser expressamente previstas em lei e que se façam necessárias para assegurar tão somente o respeito dos direitos e da reputação das demais pessoas, e a proteção da segurança nacional, da ordem pública, ou da saúde ou da moral públicas.

A **Declaração Internacional de Chapultepec**,<sup>3</sup> firmada pelo então presidente Fernando Henrique Cardoso, em 1996, em conjunto com vários presidentes latino-americanos, estabelece, em seus “Princípios”, que

não há pessoas nem sociedades livres sem liberdade de expressão e de imprensa. O exercício desta não é uma concessão das autoridades; é um direito inalienável do povo. Toda pessoa tem o direito de buscar e receber informação, expressar opiniões e divulgá-las livremente. Além disto, refere o documento que as autoridades devem estar legalmente obrigadas a pôr à disposição dos cidadãos, de forma oportuna e equitativa, a informação gerada pelo setor público.

Assim têm se comportado as Constituições de parte significativa dos países ocidentais, eis que:

<sup>2</sup> Adotada e aberta à assinatura na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, em San José de Costa Rica, em 22/11/1969, ratificada pelo Brasil em 25/9/1992, Diário Oficial da União de 9/11/92; páginas 15.562-15.567.

<sup>3</sup> O documento foi adotado pela Conferência Hemisférica sobre Liberdade de Expressão realizada em Chapultepec, na cidade do México, em 11 de março de 1994. Não é um documento de governo, como são os acordos internacionais, mas uma carta de princípios assinada por chefes de Estado, juristas e entidades ou cidadãos comuns. O compromisso foi assumido pelo Brasil quando o ex-presidente Fernando Henrique Cardoso assinou a declaração em 9 de agosto de 1996. O ex-presidente Luís Inácio Lula da Silva deu continuidade ao trabalho, renovando o compromisso no dia 3 de maio de 2006.

[...] the right of access to official information is now protected by the constitutions of some 60 countries. At least 46, and arguably 53 of these expressly guarantee a 'right' to 'information' or 'documents,' or else impose an obligation on the government to make information available to the public. The top courts of six of these countries (Argentina, Canada, France, India, Israel and South Korea) have interpreted the constitution to recognize the right implicitly.<sup>4</sup>

Especificando mais esse mapeamento da forma com que o direito à informação se encontra disposto na ordem constitucional contemporânea, o documento referido dá conta de que:

- (a) Em onze (11) países da América há previsão constitucional sobre tal direito, a saber: Brasil, Chile, Colômbia, Costa Rica, Equador, México, Nicarágua, Panamá, Paraguai, Peru e Venezuela;
- (b) Em outros dezessete (17) países há uma clara garantia constitucional desse direito: Albânia, Bulgária, República Tcheca, Estônia, Finlândia, Grécia, Hungria, Lituânia, Moldávia, Noruega, Polônia, Portugal, Romênia, Sérvia, Eslováquia, Eslovênia, Suíça;
- (c) Igualmente na Ásia e no Pacífico, pode-se contar com as seguintes constituições versando sobre o tema: Nepal, Nova Zelândia, Paquistão, Nova Guiné, Filipinas, Tailândia;
- (d) Na África, os seguintes países estão comprometidos normativamente com o direito à informação: Camarões, República do Congo, Gana, Quênia, Madagascar, Marrocos, Moçambique, Senegal, África do Sul, Tanzânia, Uganda.<sup>5</sup>

Em algumas constituições de países como Azerbaijão, Macedônia, Rússia e Ucrânia, há a explícita garantia do direito de receber informações, mas não especificamente em relação aos

4 "Constitutions that guarantee less than general right to government-held information are not included in this count. For instance, we do not include constitutions that guarantee a right only to personal information, or to environmental information, or extend the right only to journalists. Nor do we include in this count constitutions that recognize a 'right to freely seek and receive information,' or variations of that phrasing, for instance as part of the right to freedom of expression, unless case-law, actual practice and/or assessments of in-country experts support the conclusion that the right includes a general right to information. We do, however, include in this count a right to government-held information that is limited to information of public interest." CONSTITUTIONAL, 2012, p. 3.

5 Idem, p. 4. Alerta o documento ainda que: "Top courts of at least nine of these countries have ruled that the constitutional right is enforceable in court even without enactment of an implementing law, including Chile, Costa Rica, India, Paraguay, the Philippines, South Africa, South Korea, Uganda and Uruguay".

órgãos públicos como fornecedores destas, razão pela qual os tribunais desses países têm progressivamente determinado que tal direito da cidadania também está associado e relacionado aos poderes estatais, devendo providenciar as informações postuladas – guardadas as situações impossíveis normativamente de ser publicizadas, como aquelas que envolvem segurança nacional ou perigo de Estado (tema igualmente polêmico na discussão contemporânea da questão).<sup>6</sup>

As constituições de Quênia, Panamá, Polônia, Sérvia e África do Sul expressamente estendem o direito à informação às empresas e/ou às entidades que exercem funções públicas, bem como às autoridades públicas, garantindo tais constituições o acesso a qualquer informação produzida ou em posse de outra pessoa, e é necessária/requerida para o exercício ou proteção de qualquer direito ou liberdade.

De outro lado, desde o caso Claude Reyes e outros contra o governo chileno, julgado em 19 de setembro de 2006, pela Corte Interamericana de Direitos Humanos,<sup>7</sup> tem-se uma posição clara no âmbito latino-americano da jurisprudência internacional envolvendo tal matéria, reconhecendo o direito à informação como fundamental, em especial diante do Estado.

Veja-se que a Corte Constitucional italiana tratou bem de tema correlato (o do segredo de Estado), na linha do que tenho sustentado até aqui, ao dizer que:

Il principio di segretezza esiste e resiste, rispetto ad altri valori costituzionali alla cui tutela è preposto l'ordinamento giurisdizionale, solo se trova fondamento in altre esigenze anch'esse costituzionali ma di rango superiore. La sua ragion d'essere è dunque nella finalizzazione al supremo interesse della sicurezza dello Stato nella sua personalità Internazionale, nella sua preordinazione alla tutela dell'interesse dello Stato-comunità alla propria integrità

6 Ver Constitutional Court of Korea, disponível em: <<http://english.court.go.kr/cckhome/eng/index.do>>. Acesso em 12 set. 2011.

7 Ver: <[http://www.soros.org/initiatives/justice/litigation/chile/d\\_decision-en\\_20060919.pdf](http://www.soros.org/initiatives/justice/litigation/chile/d_decision-en_20060919.pdf)>. Acesso em: 12 set. 2011. Em especial, ver também a Open Society Justice Initiative's Amicus Brief, em: <<http://www.soros.org/initiatives/justice/litigation/chile/court-amicus-brief-3282006.pdf>>.

territoriale, alla propria indipendenza e, al limite, alla propria sopravvivenza.<sup>8</sup>

E no Brasil, em especial, como está a configuração normativa constitucional e infraconstitucional da matéria sob comento?

A Constituição de 1988, em seu art. 5º, incisos IV, IX e XIV, dentre outros, dispôs que:

(a) é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato (IV); (b) é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença (IX); (c) é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional (XIV).

Já no que tange à Administração Pública, o art. 37, *caput*, e o art. 93, incisos IX e X, ambos da Carta Política, dispuseram que são públicos os atos e negócios da Administração Pública no país, observadas as situações que envolvem segurança nacional ou congêneres.

Mas, em termos operacionais, o que significa a transparência administrativa tão exigida pela Carta Política? Junto com a participação nos procedimentos administrativos, a motivação e a publicidade dos atos do Estado, dar a conhecer os documentos públicos, a todos em geral, e principalmente a quem tem interesse por eles.

Agora, em um ordenamento jurídico como o brasileiro, em que vige a exigência da documentação administrativa dos poderes instituídos e seus órgãos funcionais – decorrente dos princípios informativos do art. 37, *caput*, da Constituição Federal –, o direito de acesso constitui, se não o principal, certamente um dos parâmetros fundamentais para colocar à prova a maturidade do sistema como um todo e verificar a possibilidade

8 CORTE Costituzionale, Sentenza n° 19/28, junho de 2002, n. 295. Gazzetta Ufficiale, Parte I, 1ª Serie Speciale, n. 26 del 3 luglio 2002, p. 28. Francesco Manganaro lembra que: "La 'costituzionalizzazione' di tale interesse viene quindi individuato dalla Consulta negli artt. 52 e 126 della Carta costituzionale, ove si fa riferimento al concetto di 'sicurezza nazionale'. Il concetto di 'difesa' trova, invece, specificazione nell'art. 87 (Consiglio Supremo di Difesa) che, posto in connessione con gli artt. 5 e 1 (che riassume i caratteri essenziali dello Stato stesso nella formula di 'repubblica democratica'), rende possibile attribuire contenuto concreto alla nozione di segreto. MANGANARO; TASSONE, 200, p. 119.

de afirmar e concretizar essa centralidade que o cidadão possui no âmbito da gestão do interesse público. Assim, "per definizione, **accesso** si contrappone a **segretezza**. Il binomio implica un rapporto inversamente proporzionale tra i termini: minore è il grado di segretezza, maggiore è la possibilità di accedere ai documenti".<sup>9</sup>

Como já disse, a informação e o acesso a ela hoje se afiguram como condição de possibilidade da própria democracia, da igualdade e liberdade, assim como da dignidade da pessoa humana:

[...] o direito às informações de que o Estado dispõe fundamenta-se no princípio da publicidade dos atos administrativos e na eliminação dos segredos públicos. Neste sentido, o direito à informação constitui um indicador significativo dos avanços em direção a uma democracia participativa: oponente ao Estado, comprova a adoção do princípio da publicidade dos atos administrativos; sob o ponto de vista do cidadão, é instrumento de controle social do poder e pressuposto da participação popular, na medida em que o habilita para interferir efetivamente nas decisões governamentais e, se analisado em conjunto com a liberdade de imprensa e banimento da censura, também funciona como instrumento de controle social do poder.<sup>10</sup>

Por tais argumentos é que o segredo de Estado não tem vez nos regimes democráticos contemporâneos, sendo até possível, em raríssimas e muito bem justificadas situações, aceitar-se a existência da informação e do documento secreto não mais reportado à posição do seu detentor ou produtor, mas à qualidade da informação/documento envolvido e o que protege, superando-se, dessa maneira, o fundamento meramente subjetivo e pessoal do segredo – um documento é segredo porque pertence à Administração Pública, ou porque o Administrador o produziu ou assim o entende –, mas pelo fato de representar uma concessão objetiva e real. (Tal documento/informação

9 ARENA, 2004, p. 34. Refere ainda o autor que: "[...] l'accesso ai documenti amministrativi, attese le sue rilevanti finalità di pubblico interesse, costituisce principio generale dell'attività amministrativa al fine di favorire la partecipazione e di assicurarne l'imparzialità e la trasparenza".

10 GRAF, 1998, p. 38.

é segredo em face da qualidade da informação que contém, justificado normativa e racionalmente.)

Por tais razões o art. 5º, inciso XXXIII, da CF/88, ao disciplinar que todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressaltou *aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado*.

Mas, afinal, quais são as informações cujo sigilo é imprescindível à segurança da sociedade e do Estado? Quem define, e como, os critérios de eleição dessa imprescindibilidade? De que tipo de segurança se está falando aqui em face da sociedade e do Estado? Essas questões demandam reflexão e respostas preliminares, as quais devem tomar como referência obrigatória, dentre outros, os marcos normativos constitucionais e infraconstitucionais aplicados em cada caso.

Não estamos sustentando aqui que o direito à informação seja absolutamente autônomo em face dos demais direitos albergados pelo ordenamento jurídico brasileiro, mas há que se tencionar ao menos os argumentos de fundamentação e justificação das suas restrições – este também um direito fundamental.<sup>11</sup>

Como quer Crisafulli,<sup>12</sup> há pelos menos duas formas de se compreender o Direito à Informação hodiernamente, uma em sentido lato e outra em sentido estrito:

[...] la prima attiene a quel duplice ordine di situazioni soggettive consistenti nella libertà di informare e nella libertà di informarsi; la seconda, invece, è un'espressione che può essere usata per indicare in maniera più specifica quella situazione soggettiva derivante dal diritto all'informazione come libertà di informarsi (ossia di ricevere e ricercare informazioni) [...]

E é esta última que estamos tratando aqui.

11 Digo isto porque temos presente a existência de posições doutrinárias e jurisprudenciais – inclusive internacionais – que sustentam a autonomia deste direito, conforme Loiodice (2002, p. 39): “Un secondo e più illuminato orientamento, invece, ha successivamente sostenuto e dimostrato, con estrema convinzione, l'idea di un diritto all'informazione come diritto del tutto autonomo e unitario sotto il profilo della sua configurazione fattuale”.

12 CRISAFULLI, 1962, p. 65.

Nos Estados Unidos da América, desde há muito, existe a chamada *teoria do segredo de Estado*, reforçada pela era Bush filho em face dos atentados de 11 de setembro, autorizando o governo – por várias medidas legislativas e outras por decisões judiciais – a não precisar informar determinados atos em nome da segurança nacional contra o terrorismo. Mesmo em tais situações, a opinião pública desse país jamais aceitou de forma incondicionada as consequências geradas por tais permissivos, denunciando abusos e violações de direitos fundamentais que ocorreram em decorrência deste contexto.<sup>13</sup>

Mas, voltando ao Brasil, o evoluir legislativo dessa matéria no plano da infraconstitucionalidade tem sido muito truncado. Todavia, a despeito disso, o Congresso Nacional aprovou a Lei Federal nº 12.527/11, versando exatamente sobre o acesso a informações previsto no inciso XXXIII, do art. 5º, inciso II, §3º, do art. 37, e no §2º, art. 216, da Constituição Federal, alterando outros dispositivos conseqüentes.

Pela dicção dessa norma, subordinam-se aos seus termos, dentre outros, os órgãos públicos integrantes da administração direta dos poderes Executivo, Legislativo, incluindo as cortes de contas, e Judiciário, e do Ministério Público.

O disposto no seu art. 3º é de relevo, na medida em que positiva de forma explícita o *direito à informação como fundamental*, estabelecendo ainda diretrizes pontuais à sua efetivação, a saber:

- (a) observância da publicidade como preceito geral e do sigilo de exceção; (b) divulgação de informações de interesse público, independentemente de solicitações; (c) utilização

13 O New York Times, em sua edição de 24 de maio de 2011, publicou matéria intitulada “State Secrets Privilege”, dizendo que: “It has been more than 50 years since the Supreme Court issued a major ruling on the state-secrets privilege, a judicially created doctrine that the government has increasingly used to win dismissals of lawsuits related to national security, shielding its actions from judicial review. In 2007, the Supreme Court declined to hear an appeal of a similar rendition and torture ruling by the federal appeals court in Richmond, Va. The leading Supreme Court decision on state secrets is United States v. Reynolds, which grew out of the crash in Georgia in 1948 of a B-29 bomber on a secret mission. Nine men died, and the widows of three of them sued the government for negligence. The central document in the case was the Air Force's accident report. The government refused to turn it over, saying that disclosure of the report, even to a judge, would endanger national security by revealing military secrets. When the report was ultimately released in 1996, it contained no secrets at all but did show appalling negligence”.



de meios de comunicação viabilizados pela tecnologia da informação; (d) fomento ao desenvolvimento da cultura de transparência na administração pública; (e) desenvolvimento do controle social da administração pública.<sup>14</sup>

Aqui precisamos entender que, mesmo tautológica, a intenção do legislador foi a de não deixar dúvidas sobre o que até agora vimos sustentando neste trabalho, ou seja, pelos termos da ordem constitucional vigente no país, a publicidade e a transparência radical dos atos do Estado são imposições de princípio e de regência vinculativa dos agentes públicos, e o sigilo e o sigilo são absolutamente exceções; enquanto tais, demandam níveis de justificação pública inexoráveis, sob o controle incisivo da sociedade civil, tanto que “a negativa de acesso às informações, objeto de pedido formulado aos órgãos e entidades referidas no art. 1º, quando não fundamentada, sujeitará o responsável a medidas disciplinares”.<sup>15</sup>

E aí chegamos a outro avanço singular dessa nova matriz normativa – relacionada diretamente com nosso escopo central neste trabalho:

Art. 21. Não poderá ser negado acesso à informação necessária à tutela judicial ou administrativa de direitos fundamentais. Parágrafo único. As informações ou documentos que versem sobre condutas que impliquem violação dos direitos humanos praticada por agentes públicos ou a mando de autoridades públicas não poderão ser objeto de restrição de acesso.

Tal previsão reforça a premissa do acesso à informação como garantia de base da cidadania em geral, e dos que res-

14 Em face disto, dispõe a norma, em seu art. 12, que o serviço de busca e fornecimento da informação é gratuito, salvo nas hipóteses de reprodução de documentos pelo órgão ou entidade pública consultada, situação em que poderá ser cobrado exclusivamente o valor necessário ao ressarcimento do custo dos serviços e dos materiais utilizados.

15 Art. 7º, §4º, da Lei nº 12.527/2011. Este mesmo artigo esclarece quais direitos envolvem o acesso à informação de que trata a norma. Diz o art. 11, inciso III, que a autoridade que não conceder a informação solicitada deverá, obrigatoriamente, indicar as razões de fato ou de direito da recusa, total ou parcial, do acesso pretendido, sendo que quando não for autorizado o acesso por se tratar de informação total ou parcialmente sigilosa, o requerente deverá ser informado sobre a possibilidade de recurso, prazos e condições para sua interposição, devendo, ainda, ser-lhe indicada a autoridade competente para sua apreciação (§4º do mesmo artigo). Além disso, é direito do requerente obter o inteiro teor de decisão de negativa de acesso, por certidão ou cópia (art. 14).

pondem a processos judiciais em particular, sendo consideradas imprescindíveis à segurança da sociedade ou do Estado e, portanto, passíveis de classificação as informações cuja divulgação ou cujo acesso irrestrito possa, dentre outras causas, “comprometer atividades de inteligência, bem como de investigação ou fiscalização em andamento, relacionadas com a prevenção ou repressão de infrações”.<sup>16</sup> Mas, mesmo aqui, veja-se que a restrição ao acesso só poderá se dar observado o interesse público da informação e utilizado o critério menos restritivo possível (art. 24, §5º, da Lei Federal nº 12.527/2011).

Mas como se projetam tais normas para o processo penal brasileiro? É o que passamos a tratar, para em seguida analisar caso concreto julgado por nós junto à Quarta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul.

## **Acesso à informação no processo penal enquanto condição de possibilidade do devido processo legal e do amplo direito de defesa**

Hodiernamente, o processo penal brasileiro tem adotado o critério da publicidade dos atos que o constituem, a despeito de o art. 20 do Código de Processo Penal (CPP) vigente referir que a autoridade assegurará no inquérito o sigilo necessário à elucidação do fato ou exigido pelo interesse da sociedade, quando poderia ter dito, em primeiro lugar, ser públicos os atos de investigação e persecução criminal como regra.<sup>17</sup> Pouco importa; tal comando do CPP é plenamente compatível com a atual Lei de Acesso à Informação já referida aqui, pois somente quando estivermos diante de sigilo necessário à elucidação do fato ou

16 Art. 23, VIII, da Lei nº 12.527/2011.

17 Ainda do CPP trata de proteção de informações em seu art. 207, quando versa sobre a proibição de depor das pessoas que, em razão de função, ministério, ofício ou profissão, devam guardar sigilo, salvo se, desobrigadas pela parte interessada, quiserem dar o seu testemunho; e mesmo em seu art. 745, ao impor sigilo ao processo de reabilitação do condenado, visando exatamente à proteção deste.

exigido pelo interesse da sociedade – circunstâncias as quais, para estar verificadas, reclamam fundamentação e contextualização especiais, porque violam o princípio da publicidade dos atos estatais – é que poderá haver negativa de acesso a determinadas informações e, mesmo assim, por tempo determinado.

É claro que a sociedade de riscos em que vivemos hoje está a complexificar as atribuições de sentidos possíveis que possamos dar às circunstâncias de *sigilo necessário à elucidação de fatos ou exigido pelo interesse da sociedade*, pois, como já dissemos em outra oportunidade, o universo de possibilidades da expansão de inéditas tipologias criminais é muito grande e real, desafiando o Estado a cada momento para criar políticas de contenção e responsabilização por tais atos.

Em tais situações, evidente a necessidade de se buscar ferramentas eficientes para o combate de atos e práticas violadoras de direitos e garantias de ordem pública da sociedade, sob pena de consequências muito sérias e incontornáveis.<sup>18</sup> Daí se falar em outra mudança de paradigma tradicional do direito penal – conter normas de prevenção geral positiva, pois, diante de riscos e potenciais danos catastróficos iminentes, sob vários pontos de vista (da vida humana, do meio ambiente, do interesse público, dentre outros), impõe-se a prevenção geral negativa controlada, pois há que se agir preventivamente para evitar a consolidação de prejuízos irrecuperáveis – inclusive em termos de eficiência das investigações policiais e persecução penal.<sup>19</sup>

Sob o ponto de vista filosófico, vale o alerta de Luhmann, no sentido de que, aceitando aquelas circunstâncias como elementos próprios das sociedades complexas contemporâneas (riscos) que devem ser evitados, tal medida só pode ser tomada como decisão/escolha no presente, isto é, decisão tomada enquanto descrição presente do futuro, uma vez que, levados em conta esses riscos iminentes e reais, é possível escolher alternativas, para as quais, e em nome das quais, reclamam-se medidas eficientes.<sup>20</sup>

Daqui decorrem algumas inovações do direito penal e processual penal mais contemporâneos, como as que dizem respeito à teoria da imputação objetiva, os novos estudos sobre o concurso de agentes, as configurações típicas dos chamados delitos de perigo e cumulativos, as teses sobre os novos bens jurídicos penais difusos e coletivos.

Veja-se que os tipos penais de perigo, as normas penais em branco e a tipicidade aberta – muito próprios deste nosso tempo –, dentre outras configurações do direito penal de que estamos falando, têm um escopo nitidamente preventivo, focado na garantia da estabilidade das relações sociais e institucionais, e mesmo do sistema normativo enquanto parâmetro de segurança e confiança, o que sinaliza certo desgaste nas orientações causais e finalistas clássicas do direito penal enquanto metodologias de procedimento e de abordagem do fenômeno criminológico complexo.<sup>21</sup> Vai nesta direção Figueiredo Dias, para quem

a partir daqui, tais delitos devam ser construídos como delitos de perigo abstracto, de perigo concreto ou de perigo abstracto-concreto (de «idoneidade» ou de «aptidão»), ou mesmo como delitos de lesão, constitui já somente um problema de relevo subordinado, uma questão dogmática de segunda ordem. Até porque, seja qual for a arquitectura típica que acabe por ser eleita, não existem artifícios dogmáticos capazes de ofuscar a dificuldade real que aqui se perfila; e cuja magnitude em sede de legitimação as condições da vida social presente (e muito mais as da vida futura) tornam instante e inquestionável. A saber, a de que a «distância» entre condutas em si mesmas insignificantes e lesões certas ou prováveis do bem jurídico colectivo todavia por elas (co)determinadas, a «lonjura» entre os autores de tais condutas e o resultado lesivo – não importa se sob a forma de «resultado de lesão» ou de «resultado de perigo» –, são ou podem ser de tal maneira grandes que, com elas, é a própria referência da conduta ao bem jurídico protegido que se torna questionável; e, por via disso, são princípios democráticos e constitucionais unanimemente aceites

18 Ver o texto de SCHÜNEMANN, 2007. Ver também CORCOY BIDASOLO, 2012.

19 Ver CABEZAS CHAMORRO; SFERRAZZA TAIBI, 1993.

20 Ver o texto de LUHMANN, 2006.

21 Ver o excelente trabalho de SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, 1999. Ver igualmente o texto de SILVA, 2004.

como devendo presidir à imputação penal, objectiva e subjectiva, que parecem abeirar o colapso.<sup>22</sup>

Como aponta com acerto Alamiro Netto,<sup>23</sup> a normatização da relação de tipicidade hodierna, com a inserção do risco proibido como seu aspecto constitutivo conjuntural, afigura-se como o resultado da irreversível introdução da realidade na dogmática do direito penal. Ou seja, “para que a norma penal possa incidir na Sociedade como fruto das relações sociais que a constituem e que lhe condicionam, impondo controle ou criando expectativas não frustradas de comportamento, é preciso que o tipo penal esteja adequado aos padrões sociais com os quais pretende convergir”.<sup>24</sup>

A quadra histórica em que nos encontramos reclama, no mínimo, a contextualização de alguns paradigmas da ciência do direito e dos sistemas jurídicos contemporâneos, não somente em face do reconhecimento inexorável da natureza complexa e multifacetada das relações sociais e institucionais existentes – em âmbitos locais, regionais, nacionais e internacionais –, mas principalmente porque o tempo de respostas as suas causas e consequências restou potencializado pela emergência do imediato, colocando em xeque programas de enfrentamento estrutural das crises de longo prazo.

Daí que o direito penal e processual penal deve se preparar mais adequadamente para lidar com essas conjunturas, pois, mesmo o fazendo, ainda assim valerá a máxima luhmanniana no

22 Ver DIAS, 2003, p. 56. Lembra ainda o autor que: “Essencial me parece neste contexto – e é esta a segunda ideia que me proponho acentuar – não perder nunca de vista que em direito penal colectivo nos deparamos substancialmente (isto é, insisto, segundo o conteúdo material de ilícito em questão) com delitos que possuem uma natureza análoga à da categoria dos delitos de perigo abstracto; delitos nos quais, é bem sabido, a relação entre a acção e o bem jurídico tutelado surgirá as mais das vezes como longínqua, nebulosa e quase sempre particularmente débil”.

23 Dá o exemplo o autor de alguns tipos penais abertos, nos quais a conduta e o resultado não estariam sensorialmente ligados por nexos de causalidade, inserindo-se em tal horizonte os crimes culposos (violação de dever objetivo de cuidado), os crimes omissivos impróprios (valoração do conceito de garante), os crimes definidos por vocábulos não inferidos do universo exclusivamente penal (elementos normativos do tipo). NETTO, 2006, p. 38.

24 Idem, p. 25. Lembra o autor ainda que na sociedade de riscos o direito penal serve como instrumento de promoção da segurança, no sentido de que o cidadão pode acreditar que não será atingido por atos que afrontem seu círculo de organização. Por outro lado, os modelos incriminadores identificam-se com seus autores, espelham vontades, desejos, intolerâncias quanto a determinados comportamentos (p. 32).

sentido de poder ser equivocada a premissa de que outra decisão – ou outro direito penal – não desencadearia consequências indesejadas, uma vez que qualquer decisão pode ocasioná-las; então, um cálculo de riscos associado à probabilidade de ocorrência daquelas consequências, que faça a repartição de vantagens e desvantagens previsíveis (nunca absolutas), relacionadas com decisão a ser tomada, é que será a chave para a escolha de qual decisão (e qual o direito penal) pode ser a melhor em face de determinadas circunstâncias.<sup>25</sup>

Esses cenários todos reclamam nossa atenção para a tomada de estratégias democráticas e de direito que possam dar conta dos desafios que se apresentam, principalmente no que tange à instrução da prova em crimes de vulto em termos de realização e consequências.

Por tais elementos é que o país instituiu, por exemplo, sigilos em relação à proteção de vítimas e testemunhas, nos termos da Lei Federal nº 9.807/1999, em especial em seu art. 7º, **incisos IV e VIII, que** garante a preservação da identidade, imagem, dados pessoais ou do paradeiro de testemunhas protegidas, quando inseridas em programa de proteção, com o objetivo de assegurar a vida e a integridade física.

Também em investigações de lavagem de dinheiro há regra específica de sigilo (art. 10, inciso V, da Lei nº 9.613/1998), que impede o sujeito obrigado, detentor da informação sobre operação potencialmente suspeita, de revelar a terceiros que registrou informe junto ao COAF ou ao Banco Central, para prevenção da reciclagem de capitais.

Na Lei do Crime Organizado no Brasil (Lei Federal nº 12.850/2013), temos a previsão, no seu art. 23, que **o sigilo da investigação poderá ser decretado pela autoridade judicial competente, para garantia da celeridade e da eficácia das**

25 Ver neste sentido o texto de LUHMANN, 1992. Veja-se que na sociedade de riscos em que vivemos os riscos dizem respeito a danos possíveis, mas ainda não concretizados, porém altamente prováveis em face das variáveis e fatores que os constituem – já conhecidos da experiência social acumulada e contemporânea –, razão pela qual fomentam tomada de decisões, a partir das quais se pode ou não evitar os riscos/danos identificados. Assim, muito do que ocorrerá no futuro depende de decisões que temos de tomar hoje, e tais decisões podem, por sua vez, causar danos e outros riscos também! Mas isso é inexorável em uma sociedade complexa como a nossa.

**diligências investigatórias, assegurando-se ao defensor, no interesse do representado, amplo acesso aos elementos de prova que digam respeito ao exercício do direito de defesa, devidamente precedido de autorização judicial, ressalvados os referentes às diligências em andamento.**

E aqui se coloca importante indagação: como equalizar, na sociedade de riscos e em ambientes de criminalidade organizada e sofisticada, por um lado, os direitos fundamentais individuais (constitucionais e infraconstitucionais) dos investigados pela prática de crimes, dentre eles o da privacidade e intimidade, o que implica reserva de dados pessoais e, por outro lado, o direito fundamental social da segurança pública e da responsabilidade penal, notadamente em face da perspectiva de eficiência dos atos policiais e judiciais investigatórios?

A resposta a essa indagação não é simples, mas parte da premissa constitucional e infraconstitucional anteriormente referida de que a regra é a publicidade e o acesso irrestrito à informação para todos, o que se justifica ainda mais para aqueles que estão sendo investigados/processados pela prática de crimes. É assim também por decorrência da imposição, no ponto, dos princípios informativos de todo e qualquer processo do Estado contra qualquer um do povo, a saber: o devido processo legal, a legítima e ampla defesa, e o contraditório.<sup>26</sup>

Por outro lado, não custa sempre lembrar, o inquérito policial, por exemplo, não possui contraditório na dogmática jurídica do Processo Penal brasileiro, mas as medidas invasivas deferidas judicialmente devem se submeter a esse princípio, pois sua subtração acarreta nulidade. O próprio Supremo Tribunal Federal –STF já chamou a atenção para o fato de que não é possível falar-se em contraditório absoluto quando se trata de medidas invasivas e redutoras da privacidade, pois ao investigado não é dado conhecer previamente - sequer de forma concomitante - os fundamentos da medida que lhe restringe a privacidade.

26 Nos termos do art. 5º, incisos: “[...] LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal; LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

Intimar o investigado da decisão de quebra de sigilo telefônico tornaria inócua a decisão. Contudo, isso não significa a ineficácia do princípio do contraditório. Com efeito, cessada a medida, e reunidas as provas colhidas por esse meio, o investigado deve ter acesso ao que foi produzido, nos termos da Súmula Vinculante nº 14. Os fundamentos da decisão que deferiu a escuta telefônica, além das decisões posteriores que mantiveram o monitoramento devem estar acessíveis à parte investigada no momento de análise da denúncia e não podem ser subtraídas da Corte, que se vê tolhida na sua função de apreciar a existência de justa causa da ação penal. Trata-se de um contraditório diferido, que permite ao cidadão exercer um controle sobre as invasões de privacidade operadas pelo Estado.<sup>27</sup>

Sob ponto de vista mais pragmático, as disposições da Súmula Vinculante nº 14, do STF, determinou que é direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa.

Por outro lado, já teve oportunidade também de referir que, enquanto não instaurado formalmente o inquérito propriamente dito acerca dos fatos declarados no **regime de sigilo da lei das organizações criminosas**, o acordo de colaboração e os correspondentes depoimentos estão sujeitos a estrito resguardo. Instaurado o inquérito, o acesso aos autos será restrito ao juiz, ao Ministério Público e ao delegado de polícia, como forma de garantir o êxito das investigações, assegurando-se ao defensor, no interesse do representado, amplo acesso aos elementos de prova que digam respeito ao exercício do direito de defesa, devidamente precedido de autorização judicial, ressalvados os referentes às diligências em andamento (art. 7º, §2º).<sup>28</sup>

Pois bem, o tema que gostaria agora de problematizar é o que diz respeito à dinâmica do mundo da vida e dos autos

27 Autos do inquérito nº 2266, da relatoria do ministro Gilmar Mendes, no Tribunal Pleno do STF, julgamento em 25/05/2011, DJe de 13/03/2012.

28 Reclamação nº 22009, em agravo regimental, relator ministro Teori Zavascki, Segunda Turma, julgamento em 16.2.2016, DJe de 12.5.2016. Dizia ainda o relator que assegurado, como assegura, o acesso do investigado aos elementos de prova carreados na fase de inquérito, o regime de sigilo consagrado na Lei nº 12.850/2013, guarda perfeita compatibilidade com a Súmula Vinculante 14.



processuais envolvendo caso concreto (*habeas corpus*) no qual a defesa solicita acesso as provas já documentadas nos autos de procedimento investigatório criminal, julgado pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, por sua Quarta Câmara Criminal. Surge exatamente a discussão sobre a possibilidade de acesso pela defesa das provas já documentadas e provas já documentadas e não analisadas pelo Ministério Público. Vejamos o caso.

## A sutil distinção entre provas documentadas e provas documentadas analisadas no âmbito das investigações sigilosas e seu acesso à Defesa

O caso de que estamos falando trata de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de paciente objetivando acesso integral pela defesa constituída aos elementos de prova documentados em procedimento investigatório criminal e no processo judicial consectário, sustentando o impetrante, em síntese, que o paciente está sofrendo constrangimento ilegal, porque negado o acesso pelo promotor de Justiça, à defesa, aos autos de investigação.<sup>29</sup>

O argumento do Ministério Público, quando da negativa parcial de acesso aos autos, é de que isto ocorreu tão somente em relação às diligências não ultimadas do feito, ante o risco de comprometimento e eficácia da investigação criminal, e que os demais documentos foram disponibilizados à defesa. Nas palavras do Ministério Público:

[...] a investigação em epígrafe encontra-se na fase de coleta de provas, com a solicitação de informações a órgãos públicos e análise do vasto material angariado mediante a quebra dos sigilos bancário, fiscal e telefônico deferida

<sup>29</sup> Habeas corpus nº 70072723620, processo eletrônico, relatoria do des. Aristides Pedrosa de Albuquerque Neto, julgado pela Quarta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul na sessão do dia 16/03/2017.

de todos os investigados, além daquele obtido através do cumprimento dos mandados de busca e apreensão, material este que se encontra sob exame do Núcleo de Inteligência do Ministério Público, cujo resultado está-se aguardando. Portanto, as diligências atuais não foram ultimadas e, mais do que isso, poderão conter informações que, conhecidas isolada ou conjuntamente com as demais, constituirão o fio condutor de novas diligências investigativas, o que, se publicadas neste momento, poderão embaraçar ou impedir a investigação.<sup>30</sup>

O problema aqui é que o paciente não estava postulando o acesso às provas referentes às *diligências não ultimadas*, envolvendo inclusive as complexas medidas cautelares deferidas – quebra dos sigilos bancário, fiscal e telefônico, cumprimento de mandados de busca e apreensão, mas tão somente daquelas provas já documentadas/coletadas no processo, independentemente de estarem pendentes de análise pelo órgão acusador. Eis o nó górdio!

## Conclusão

Efetivamente não pode, em face de todos os elementos acima referidos, ficar qualquer cidadão (e o paciente) à mercê de variáveis incontroláveis que não são de sua responsabilidade para poder exercer seu direito de defesa. Vale a pena lembrar aqui as palavras do ministro Cezar Peluso:

Há, é verdade, diligências que devem ser sigilosas, sob o risco do comprometimento do seu bom sucesso. Mas, se o sigilo é aí necessário à apuração e à atividade instrutória, a formalização documental de seu resultado já não pode ser subtraída ao indiciado nem ao defensor, porque, é óbvio, cessou a causa mesma do sigilo. [...] Os atos de instrução, enquanto documentação dos elementos retóricos colhidos na investigação, esses devem estar acessíveis ao indiciado e ao defensor, à luz da Constituição da República, que garante à classe dos acusados, na qual não deixam de situar-se o indiciado e o investigado mesmo, o direito de defesa. O

<sup>30</sup> Fls. 28 dos autos do *habeas corpus*.

sigilo aqui, atingindo a defesa, frustra-lhe, por conseguinte, o exercício. [...] 5. Por outro lado, o instrumento disponível para assegurar a intimidade dos investigados [...] não figura título jurídico para limitar a defesa nem a publicidade, enquanto direitos do acusado. E invocar a intimidade dos demais acusados, para impedir o acesso aos autos, importa restrição ao direito de cada um dos envolvidos, pela razão manifesta de que os impede a todos de conhecer o que, documentalmente, lhes seja contrário. Por isso, a autoridade que investiga deve, mediante expedientes adequados, aparelhar-se para permitir que a defesa de cada paciente tenha acesso, pelo menos, ao que diga respeito ao seu constituinte.<sup>31</sup>

Sobre a citada Súmula Vinculante nº 14, do STF, tem-se reiteradamente asseverado também que o direito ao acesso amplo, descrito pelo verbete mencionado, engloba a possibilidade de obtenção de cópias, por quaisquer meios, de todos os elementos de prova já documentados, inclusive mídias que contenham gravação de depoimentos em formato audiovisual. “A simples autorização de ter vista dos autos, nas dependências do Parquet, e transcrever trechos dos depoimentos de interesse da defesa, não atende ao enunciado da Súmula Vinculante 14.”<sup>32</sup>

Se o Ministério Público necessita de tempo diferido para analisar as provas documentadas em procedimento investigatório e/ou judicial, isto em nada pode obstaculizar o exercício constitucional de defesa dos investigados, a não ser que o primeiro demonstre, à toda evidência, que as provas documentadas não analisadas tenham nexos causais insofismáveis na cadeia formativa de outros elementos probatórios não documentados, e inexorável pontencialidade danosa na constituição destes. Neste caso em que as provas documentadas representem riscos supervenientes da contaminação da prova não documentada, aí sim, com prudência e ponderação, poderá o Judiciário avaliar sobre a negativa do acesso ou o acesso parcial.

31 Autos do habeas corpus nº 88.190, relator Ministro Cezar Peluso, Segunda Turma, julgamento em 29.8.2006, DJ de 6.10.2006, fl.19.

32 Autos da Reclamação nº 23.101, relator Ministro Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, julgamento em 22.11.2016, DJe de 6.12.2016.

Por tais razões, e ainda para os efeitos de garantir a paridade de armas na relação processual, a decisão da Corte foi no sentido de conceder a ordem para determinar acesso ao impetrante a todos os subsídios probatórios documentados nos autos, independente da análise a ser procedida pelo Ministério Público.

## Referências

ARENA, Gregório. **II Segreto Administrativo**. Padova: CEDAM, 2004.

CABEZAS CHAMORRO, Sebastián; SFERRAZZA TAIBI, Pietro. Derecho Penal de Riesgos. Mantención de principios del derecho penal clásico o liberal vs solución de conflictos de las modernas sociedades. In: **XV Latinoamericano, VII Iberoamericano y XI Nacional de Derecho Penal y Criminología**. Sección III titulada “Derecho Penal del Riesgo: de una forma eficaz de hacer política hacia el deterioro del Derecho Penal”, con cita de Félix Herzog 1993. Disponível em: <[www.iuspenalismo.com.ar/doctrina/sebastianchamo.htm](http://www.iuspenalismo.com.ar/doctrina/sebastianchamo.htm)>. Acesso em: 26 abr. 2014.

CONSTITUTIONAL protections of the right to information. **Good Law & Practice**, 9 jan. 2012. Disponível em: <[right2info.org/constitutional-protections-of-the-right-to](http://right2info.org/constitutional-protections-of-the-right-to)>. Acesso em: 12 set. 2011.

CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. Expansión del Derecho penal y garantías constitucionales. **Revista de Derechos Fundamentales**, Universidad Viña del Mar, n. 8, 2012.

CORTE costituzionale. Sentença nº19/28, jun. 2002, n. 295. **Gazzetta Ufficiale**, n. 26, 3 jul. 2002.

CRISAFULLI, Vezio. Problematica della “libertà d’informazione”. **II Politico**, v. 29, n. 2, p. 285-305, 1964. Disponível em: <[www.jstor.org/stable/43209276](http://www.jstor.org/stable/43209276)>.

DIAS, Jorge de Figueiredo. O papel do direito penal da protecção das gerações futuras. **Boletim da Faculdade de Direito**, Coimbra, n.

LXXV, 2003. Disponível em: <<http://www.defensesociale.org/02/9.pdf>>. Acesso em: 28 jun. 2016.

GRAF, Ana Cláudia Bento. O direito à informação ambiental. In: FREITAS, Vladimir Passos de (Org.). **Direito ambiental em evolução**. Curitiba: Juruá, 1998.

HABEAS CORPUS n° 70072723620, Processo Eletrônico, relatoria do Des. Aristides Pedroso de Albuquerque Neto, julgado pela Quarta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul na sessão do dia 16/03/2017.

HABEAS CORPUS n° 88.190, Relator Ministro Cezar Peluso, Segunda Turma, julgamento em 29.8.2006, DJ de 6.10.2006.

INQUÉRITO n° 2266, da Relatoria do Ministro Gilmar Mendes, no Tribunal Pleno do STF, julgamento em 25/05/2011, DJe de 13/03/2012.

LOIODICE, Carlo. **Contributo allo studio sulla libertà d'informazione**. Napoli: Giuffrè, 2002.

LUHMANN, Niklas. **Observaciones de la Modernidad: racionalidad y contingencia en la Sociedad Moderna**. Mexico: Paidós, 1992.

\_\_\_\_\_. **Sociología del Riesgo**. México: Universidade Iberoamericana, 2006.

MANGANARO, Francesco; TASSONE, Antonio Romano (Org.). **I nuovi diritti di cittadinanza**. Torino: Giappichelli, 2005.

NETTO, Alamiro Velludo Salvador. **Tipicidade penal e sociedade de risco**. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

OPEN Society Foundations. Disponível em: <[http://www.soros.org/initiatives/justice/litigation/chile/d\\_decision-en\\_20060919.pdf](http://www.soros.org/initiatives/justice/litigation/chile/d_decision-en_20060919.pdf)>. Acesso em: 12 set. 2011.

OPEN Society Justice Initiative's Amicus Brief. Disponível em: <<http://www.soros.org/initiatives/justice/litigation/chile/court-amicus-brief-3282006.pdf>>. Acesso em: 28 jun. 2016.

RECLAMAÇÃO n° 22.009, em Agravo Regimental, Relator Ministro Teori Zavascki, Segunda Turma, julgamento em 16.2.2016, DJe de 12.5.2016.

RECLAMAÇÃO n° 23.101, Relator Ministro Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, julgamento em 22.11.2016, DJe de 6.12.2016.

SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, Maria Isabel. **El moderno Derecho penal y la anticipación de la tutela penal**. Valladolid: Universidad de Valladolid, 1999.

SCHÜNEMANN, Bernd. **El derecho penal es la última ratio para la protección de bienes jurídicos: sobre los límites inviolables del derecho penal en un Estado Liberal de Derecho**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007.

SILVA, Pablo Rodrigo Alflen da. **Leis penais em branco e o direito penal do risco: aspectos críticos e fundamentais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

# AGENDA DE PESQUISA PARA UMA TRANSIÇÃO PARADIGMÁTICA: A ORDEM JURÍDICO-URBANÍSTICA BRASILEIRA E OS PARADOXOS DA CONJUNTURA\*

Betânia de Moraes Alfonsin\*\*

\* O presente artigo sintetiza a apresentação realizada pela autora no III Seminário Nacional Tutelas à Efetivação de Direitos Indisponíveis, em 4/5/2017.

\*\* Doutora em Planejamento Urbano e Regional, professora do Mestrado em Direito da FMP e coordenadora do Grupo de Pesquisa em Direito à Cidade da Faculdade de Direito da FMP.

O ano de 2016 marca um giro na política urbana brasileira, com o envio ao Congresso Nacional, pelo presidente Michel Temer, de uma Medida Provisória que, já convertida na Lei nº 13.465/17, alterou profundamente o regime fundiário brasileiro, mudando regras relativas às terras da Amazônia, aos bens da União, à regularização fundiária urbana e à regularização fundiária rural. A lei foi rechaçada por mais de cem entidades representativas de diferentes segmentos sociais durante o processo legislativo<sup>1</sup> e, após sua aprovação, enfrenta agora uma série de representações apresentadas ao Ministério Público Federal, buscando a arguição de sua inconstitucionalidade.

Que o sentido da política urbana brasileira está em disputa desde o momento em que a Constituição Federal foi promulgada já sabemos.<sup>2</sup> A questão que se coloca nesse momento histórico, no entanto, retoma-a de forma mais profunda, não apenas opondo a ordem civilista (modelo proprietário) do Código Civil à ordem jurídico-urbanística centrada na função social da propriedade, mas alinhando o Brasil a um movimento observado internacionalmente de tomada de terras (públicas e/ou ocupadas por população de baixa renda) pelo capital financeiro, muito especialmente nas cidades.

O presente artigo pretende apresentar, ainda que sucintamente, (i) os contornos da disputa de fundo que se dá no Brasil em torno da política urbana; (ii) a maneira como o Poder Judiciário tem tratado o tema, tomando o TJRS como base da amostra e, finalmente, (iii) quais são os principais vetores de uma agenda de pesquisa científica na área do direito urbanístico nesta quadra da história.

Cumprido esclarecer que parte dos achados de pesquisa apresentados aqui se inserem em um projeto de investigação conduzido pelo International Research Group on Law and Urban Space (IRGLUS).<sup>3</sup> Fundado em 1996, o grupo de investigadores IRGLUS iniciou em 2013 um projeto de pesquisa debatido

em dois workshops: do primeiro resultou o livro *Jueces y conflictos urbanos en América Latina* (AZUELA; CANCINO, 2014) e o segundo redundou em um workshop realizado no Brasil,<sup>4</sup> no qual esta pesquisadora foi convidada a participar e no qual apresentou o esboço do projeto de investigação que acabou sendo realizado com o Grupo de Pesquisa em Direito à Cidade da FMP (grupo coordenado por esta autora, que existe desde 2009 e é o mais antigo grupo de pesquisa da instituição). A pesquisa realizada pelo IRGLUS se dedicou a investigar o ativismo judicial e os conflitos urbano-ambientais na América Latina, onde a maior parte dos países ainda não conta com leis específicas de política urbana.

O caso brasileiro é merecedor de pesquisa, visto que embora o país tenha conquistado um marco legal avançado, que previu efeitos jurídicos concretos para o desatendimento do princípio da função social da propriedade e introduziu o direito coletivo à cidade no ordenamento jurídico pátrio, a emergência desta nova ordem jurídico-urbanística convive, ainda, com a antiga ordem civilista, aqui denominada “modelo proprietário”. Marcadamente liberal, tal paradigma se mostra, ainda hoje, comprometido com uma concepção de direito de propriedade de caráter absoluto, exclusivo, individual e perpétuo. Os projetos de lei recentemente aprovados pelo Congresso Nacional colocam em xeque, de forma muito clara, a ordem jurídico-urbanística que vinha sendo construída no país desde a Constituição de 1988 e reforçam o modelo hegemônico pelo direito de propriedade.

## Os contornos da disputa

A ordem civilista brasileira é, desde seu nascedouro, em princípios do século XX, marcada pelo liberalismo jurídico, que consagrou o direito de propriedade como o centro do direito privado brasileiro. Esse modelo, no entanto, nunca pôde ignorar por completo os efeitos jurídicos da posse, que tem, desde o

1 ENTIDADES repudiam MP que desconstrói a regulação fundiária no país. **Portal Ibase**, 24 mar. 2017. Disponível em: <<http://ibase.br/pt/noticias/entidades-repudiam-mp-que-desconstrui-regulacao-fundiaria-no-pais/>>. Acesso em: 25 jul. 2017.

2 O tema foi objeto de estudo em minha tese de doutoramento. Cf. Alfonsin (2008).

3 Disponível em: <<http://www.irglus.org/about>>. Acesso em: 24 jul. 2017.

4 Workshop realizado pelo IRGLUS no âmbito do Research Committee on Sociology of Law, na UNILASALLE de Canoas, de 1 a 3 de junho de 2016. Disponível em: <<http://www.sociologyoflaw.com.br/english#home>>. Acesso em: 24 jul. 2017.



Código de 1916, reconhecimento legal e muitos efeitos jurídicos tutelados pelo ordenamento. O jurista Nelson Saule Júnior (2017) situa bem a questão:

Em nosso histórico fundiário temos basicamente dois regimes fundiários, o da posse e o da propriedade. O **regime fundiário** da posse é o que de fato está enraizado em nos usos e costumes da maioria de população urbana e rural. Estamos falando das terras ocupadas tradicionalmente pelas populações indígenas, populações tradicionais, comunidades quilombolas e ribeirinhas, de áreas possuídas por trabalhadores rurais, das terras urbanas possuídas de forma predominante para fins de moradia por populações e comunidades de baixa renda como as favelas, loteamentos e bairros populares periféricos, conjuntos habitacionais populares, ocupações de movimentos populares urbanos. A posse de terras para fins sociais que é devidamente comprovada pela forma de uso como por exemplo moradia, cultivo de subsistência, agricultura familiar.

No caso do **regime fundiário** da propriedade estruturado pela lei de terras de 1850, com a modalidade da compra e venda passou a atribuir valor econômico para a terra porque para as pessoas passarem a ser proprietárias de uma terra seja rural ou urbana precisam pagar por essa terra e, portanto, estabelecendo a propriedade da terra uma valorização econômica. As terras passam a ser ofertadas e disponibilizadas para aqueles que têm condições econômicas de pagar por essas terras.

O fato é que o regime fundiário da posse, a partir da promulgação da Constituição de 1988 e, especialmente, do Estatuto da Cidade de 2001 (Lei nº 10.257/01), foi bastante fortalecido com a adoção de diretrizes da política urbana que recomendam a regularização fundiária das ocupações promovidas por população de baixa renda, bem como de instrumentos capazes de operacionalizar essa política nas cidades brasileiras, tais como a usucapião especial urbana para fins de moradia e a concessão de uso especial pra fins de moradia.

No ano de 2016, o Grupo de Pesquisa em Direito à Cidade da Faculdade de Direito da FMP realizou uma pesquisa que buscou enfrentar o problema da efetividade

de tal nova ordem jurídico urbanística no Brasil, notadamente no que diz respeito à incorporação dos princípios e instrumentos do direito urbanístico no âmbito do Poder Judiciário (ALFOSIN et al., 2016). Tal questão de pesquisa emerge de duas constatações aparentemente contraditórias: (i) sendo a política urbana de competência municipal,<sup>5</sup> minimamente, os poderes *Executivo* e *Legislativo* dos municípios brasileiros têm tratado de incorporar as diretrizes da política urbana e os instrumentos trazidos pelo Estatuto da Cidade em seus planos diretores e legislação urbanística decorrente;<sup>6</sup> (ii) apesar da massiva incorporação de novos instrumentos à legislação urbanística dos municípios brasileiros, os conflitos territoriais envolvendo posse e propriedade, muitas vezes com ordens judiciais de despejo cumpridas de maneira bastante violenta, são frequentes em todo o país.<sup>7</sup> Considerando tal paradoxo e o papel preponderante do Poder Judiciário nas situações de despejos forçados, a pesquisa aqui apresentada, realizada ao longo de 2015, teve por objeto a análise da jurisprudência do TJRS, a fim de verificar em que medida o Estatuto da Cidade foi aplicado em casos concretos, considerando temas-chaves da nova ordem jurídico urbanística, como o direito à cidade e o direito à moradia.

Trabalhamos com a hipótese inicial de que, apesar dos avanços legislativos representados pela aprovação do Estatuto da Cidade, a jurisprudência do Tribunal selecionado para fins de investigação seria capaz de revelar a existência de uma disputa de fundo em torno da política urbana brasileira, na qual o paradigma civilista teria hegemonia, em desfavor do paradigma da nova ordem jurídico-urbanística brasileira e da efetividade dos direitos coletivos e difusos introduzidos pelo EC.

5 Ver Constituição Federal, arts. 30, VIII, e 182.

6 Para uma avaliação dos novos planos diretores brasileiros e a incorporação das diretrizes da política urbana e dos novos instrumentos urbanísticos pelas leis municipais, ver Santos Júnior (2011).

7 Ver análise de um caso notório e de negativa repercussão internacional em Konzen (2014).

A investigação conduzida pelo Grupo de Pesquisa em Direito Urbanístico da FMP demonstrou que tal disputa paradigmática efetivamente existe, mas que a forma como o Estatuto da Cidade é aplicado (ou não) pelo TJRS não apenas não é uniforme como depende, ainda, de vários outros fatores envolvidos nos casos concretos. Em muitos dos casos analisados, uma espécie de ativismo judicial bastante singular foi identificado, adicionando complexidades à investigação e às próprias conclusões da pesquisa. Embora a análise jurisprudencial confirme uma transição paradigmática ainda em curso na regulação da política urbana no Brasil, percebe-se que o avanço jurisprudencial é lento, assistemático e evolui de forma distinta conforme a presença de atores públicos ou privados nos casos concretos.

### Ativismo judicial

Em artigo que aborda a questão do ativismo judicial, Luís Roberto Barroso define ativismo como “uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes”. Em seguida, deixando claro que não pretende listar exaustivamente os casos em que referida conduta se observa, afirma que estes incluem:

(i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas. (BARROSO, 2012).

Em relação ao marco temporal, a investigação optou por analisar a jurisprudência do tribunal após uma década de vigência do Estatuto da Cidade, buscando afastar a possibilidade de alegação de que, por ser muito nova, os desembargadores do TJRS poderiam não conhecer, ainda, o teor da lei federal

10.257/01. Tal linha de argumentação seria indefensável, visto que entre 2001 e 2011 dez anos se passaram, e uma década é tempo suficiente para que uma nova lei seja conhecida e assimilada em seu espírito inovador.

Em relação às palavras-chaves adotadas para fins de pesquisa jurisprudencial, foram selecionadas categorias reputadas como centrais para o direito urbanístico, relacionadas ao capítulo da política urbana da Constituição Federal, bem como a diretrizes da política urbana preconizadas pelo Estatuto da Cidade e a instrumentos importantes para a nova ordem urbanística brasileira. As palavras-chaves pesquisadas no sistema de busca do TJRS foram as seguintes:

- Função social da propriedade
- Funções sociais da cidade
- Direito à cidade
- Direito à moradia
- Plano diretor
- Usucapião urbana especial para fins de moradia
- Usucapião urbana especial para fins de moradia coletiva

A investigação resultou em achados muito interessantes e, em boa medida, desalentadores, com fundamentações demonstrando incompreensão das categorias-chaves da nova ordem jurídico-urbanística. Um bom exemplo pode ser dado com a fundamentação de um acórdão que resultou da pesquisa com a palavras-chaves “função social da propriedade”:

Por fim, em que pese os argumentos dos apelantes, de que a propriedade urbana deve ser protegida pelo Estado, atendendo a sua **função social**, o referido princípio não permite a supressão da instituição da propriedade privada. A função social da propriedade constitui, pois, uma garantia à pessoa, que não pode ser privada do seu patrimônio de forma arbitrária. Porém, tratando-se de bem particular, com posse precária por parte dos requeridos, nos termos dessa fundamentação, afasto a pretensão.<sup>8</sup>

8 Voto do relator. Apelação Cível nº 70054589924 – 19ª Câmara Cível do TJRS.

Sob qualquer perspectiva interpretativa, restringir o entendimento do que vem a ser “função social da propriedade” a uma “garantia do proprietário” não condiz com o ordenamento jurídico brasileiro, que justamente faz repousar na função social da propriedade a ideia de um DEVER do proprietário para com a coletividade, para que faça uso adequado de seu imóvel, observando, no caso das cidades, as normas estabelecidas pelo plano diretor.

Foram encontradas também situações em que ao discutir o termo “direito à moradia” flagrou-se uma postura não apenas não ativista, mas negando ao Ministério Público a possibilidade de defender, pela via da ação civil pública, a ordem urbanística:

APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO PÚBLICO NÃO ESPECIFICADO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. APRESENTAÇÃO DE PROJETO E REALIZAÇÃO DE OBRAS PARA FINS DE PROTEÇÃO AO MEIO AMBIENTE E À ORDEM URBANÍSTICA. DESCABIMENTO.

É certo que a moradia digna, com saneamento básico, e o meio ambiente ecologicamente equilibrado, em observância às políticas fundiárias, bem como à ordem urbanística, são direitos garantidos pela Constituição Federal, constituindo séria questão a ser considerada.

Há, todavia, inúmeros outros direitos constitucionalmente assegurados, não implementados, incumbindo exclusivamente à atividade administrativa resolver a questão, sob pena de a conduta do administrador restar pautada pelo ajuizamento e decisões prolatadas em ações civis públicas, bem como de execução de termos de ajustamento de conduta, comprometendo a independência entre os Poderes. Precedentes do TJRS, STJ e STF.

Apelação provida liminarmente.<sup>9</sup>

No caso em tela, o Judiciário lava as mãos; o problema não é seu, é do Executivo. No entanto, não pode mandar o Executivo fazer, amparando-se no princípio da separação dos poderes. Em última instância, ao negar que também tem responsabilidade para garantir a ordem constitucional e que também exerce parcela do poder soberano do Estado, o Judiciário acaba condenando a ficar sem o direito à moradia, sem o direito à cidade e

9 Apelação Cível nº 70043412352 – 22ª Câmara Cível do TJRS.

sem a ordem urbanística prometida pelo Estatuto da Cidade às pessoas de baixa renda titulares desse direito. A postura, sem dúvida, não deixa de representar uma espécie de ativismo às avessas, já que a lei existente deixa de ser aplicada em conservadora interpretação dos dispositivos legais e constitucionais.

Foi curioso observar que, em tal investigação, com relação à palavra-chave “plano diretor”, encontramos outra postura, com o Poder Judiciário não admitindo do Poder Executivo municipal tomada de decisões sobre a lei do plano diretor sem a realização de audiências públicas, que garantam a devida participação popular exigida pela lei. Exemplificativamente:

APELAÇÃO CÍVEL. MANDADO DE SEGURANÇA. MUNICÍPIO. ATO DO PREFEITO QUE ENCAMINHA PROJETO DE LEI À CÂMARA MUNICIPAL ALTERANDO O PLANO DIRETOR. SEGURANÇA CONCEDIDA NO 1º GRAU.

1. Reexame necessário conhecido de ofício (Lei nº 12.016/09, art. 14, §2º).

2. Tratando-se de Projeto de Lei que modifica o Plano Diretor, **é imprescindível a prévia oitiva da comunidade em audiências públicas** (*rectius*, mais de uma) todos os segmentos sociais, sob pena de violação de direito líquido e certo da população como um todo, protegível na via do mandado de segurança, por meio do Ministério Público defensor da sociedade. Art. 177, §5º, da CE-88, e art. 40, §4º, da Lei nº 10.254/2001 (Estatuto das Cidades). Precedentes do Órgão Especial do TJRS.

3. Caso em que, estreme de dúvida, restou violado o princípio da prévia oitiva da comunidade, bem assim da publicidade, não bastasse o fato de na precária publicação feita no Mural da Prefeitura sequer constar determinada região atingida.

4. Apelação desprovida e sentença confirmada em reexame necessário conhecido de ofício. (Grifo nosso).<sup>10</sup>

Em todos os acórdãos sobre o tema, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul posicionou-se pela anulação dos planos diretores elaborados sem consulta a população, conferindo consequências jurídicas ao princípio democrático.

10 Apelação Cível nº 70054239314 – 1ª Câmara Cível do TJRS.

Com relação à palavra-chave “usucapião coletivo”, um dos instrumentos para garantir o direito à moradia previstos no Estatuto da Cidade, encontramos alguns acórdãos francamente favoráveis ao novo instituto, mas que se mostraram exceções:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE USUCAPIÃO COLETIVO. ESTATUTO DA CIDADE. REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA. URBANIZAÇÃO DE GLEBA IRREGULAR. POSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. REQUISITOS DO USUCAPIÃO COLETIVO.

O requerimento do usucapião coletivo é pedido juridicamente possível, especialmente regulado em lei, e a petição inicial atende os requisitos previstos no Estatuto da Cidade. A situação de ter três posses com características diferenciadas, dentro do todo que forma o objeto do usucapião coletivo, não descaracteriza a situação propícia ao usucapião especial coletivo.

A comunidade organizada, sem a oposição do proprietário, pode requerer usucapião coletivo, identificando da maneira possível a posse de cada possuidor, em situação em que os usucapiantes estão de acordo com o estabelecimento de frações ideais diferenciadas em consonância com as características e dimensões do lote de terreno que ocupam.

O usucapião coletivo tem como uma das suas finalidades a urbanização da gleba a partir do registro da sentença no Registro de Imóveis.<sup>11</sup>

Exemplo notável de conhecimento da ordem jurídico-urbanística e dos valores por ela tutelados, o acórdão citado faz uma interpretação de legitimação dos novos direitos. A maior parte dos acórdãos a respeito da usucapião coletiva, no entanto, são francamente protetivos do direito do proprietário anterior, realizando uma interpretação de bloqueio dos novos direitos.<sup>12</sup>

Os exemplos trazidos como singela amostra dos resultados da investigação coletiva levam à conclusão de que ainda que o Estatuto da Cidade tenha sido promulgado há 16 anos, a política urbana brasileira atravessa uma fase que pode ser caracterizada como uma *transição paradigmática* e as trincheiras do

Poder Judiciário são um campo privilegiado para a avaliação do estágio em que se encontra a disputa paradigmática em curso no país. Além disso, fica claro que a recepção da nova ordem jurídico-urbanística pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, embora exista, é tímida e assistemática. A tendência, na maior parte dos julgados analisados, é a de fundamentar as decisões utilizando os dispositivos do Código Civil, **desprezando a regulação do Estatuto da Cidade**. Trata-se de um ativismo decorrente do apego à antiga ordem civilista, em detrimento da inovação realizada no plano do direito positivo em harmonia com a ordem constitucional vigente.

Notou-se também que a receptividade aos princípios do direito urbanístico, bem como de seus instrumentos, é maior quando no polo passivo encontra-se o poder público, como fica claro da análise das ações civis públicas em que planos diretores foram aprovados sem a realização das audiências públicas no âmbito do Poder Executivo. Nesse tipo de caso, em que o resultado da prestação jurisdicional constitui obrigações endereçadas ao Poder Público, a postura típica do TJRS é de acatar a nova ordem jurídico-urbanística e anular os planos diretores elaborados sem participação popular. A postura do mesmo tribunal, no entanto, inflete em outro sentido quando são judicializados conflitos territoriais e jurídicos envolvendo:

- posse e propriedade;
- propriedade e função social da propriedade;
- direito à moradia e direito de propriedade.

Resquícios de uma concepção liberal de propriedade como direito absoluto, muitos casos de reintegrações de posse de terrenos e prédios que não estavam cumprindo com a função social da propriedade (alguns abandonados há anos) que, ocupados para fins de moradia, são reintegrados ao abandono sem qualquer sopesamento dos direitos em conflito.<sup>13</sup> Tais casos

11 Apelação Cível nº 70059981126 – 20ª Câmara Cível.

12 Remete-se o leitor, novamente, ao artigo publicado pelo Grupo de Pesquisa em Direito Urbanístico na *Revista Direito e Práxis*. Em tal artigo, os números dos acórdãos analisados estão indicados para fins de conferência da posição do TJRS.

13 Um caso recente ocorrido em Porto Alegre, o da ocupação dos Lanceiros Negros, chocou pela violência do despejo promovido pela Brigada Militar, a mando do Poder Judiciário, à noite, em uma fria noite de inverno, às vésperas do feriado de Corpus Christi, em 15/6/2017. O prédio ocupado, de propriedade do governo do estado, estava abandonado há mais de dez anos e, após o despejo, segue sem atender a qualquer função social (WEISSHEIMER, 2017).

representam uma completa derrota da nova ordem jurídico-urbanística nas trincheiras do Poder Judiciário.

### Os paradoxos da conjuntura e uma agenda de pesquisa para o próximo período

A análise da ordem jurídico-urbanística brasileira aqui realizada não pode descolar-se de um contexto internacional mais amplo, tanto econômico como do desenvolvimento do direito internacional público. No que diz respeito à questão econômica, é forçoso reconhecer que, internacionalmente, o capital passou a se relacionar de uma nova maneira com o espaço. As cidades deixam de ser vistas como meios de produção para ser percebidas pela própria terra aí presente, que passa a ser vista como reserva de valor.<sup>14</sup> Sendo a terra um bem escasso, o capital está tratando de produzir as condições para ultrapassar uma última fronteira, chegando às terras que estão “fora do mercado”, ou seja, o sistema de propriedade formal (modelo proprietário) precisa chegar às terras que estão hoje ocupadas segundo o regime fundiário da posse.

No caso brasileiro, trata-se de pavimentar o caminho jurídico para apropriação de terras usadas por populações de menor renda nesse sistema, chegando às terras hoje utilizadas por populações tradicionais, como indígenas, quilombolas, populações ribeirinhas e, no caso das cidades, nas terras ocupadas por favelas. O objetivo do capital é dotar essas áreas de usos mais lucrativos, promovendo uma despossessão de setores sociais incapazes de utilizar a terra como um ativo financeiro.

Tal como já anunciamos no início deste artigo, essa nova fase da urbanização capitalista do mundo será facilitada no Brasil pela promulgação da Lei nº 13.465/17, que claramente se alinha aos propósitos do capital financeiro que pretende ver na terra apenas o seu valor econômico, descurando da função social que a terra deve cumprir. Esse giro dado pelo Brasil, em uma inflexão ultraliberal, representa, sem sombra de dúvida,

um retrocesso jurídico, político e social muito significativo, cujos impactos não temos ainda como avaliar, por recente que é a aprovação da lei em questão.<sup>15</sup>

A conjuntura jurídica na área do direito urbanístico no Brasil, no entanto, é ainda mais complexa. Isso porque, ao lado dos retrocessos observados no plano do direito público interno, são inequívocos os avanços no direito internacional público com o reconhecimento, pelas Nações Unidas, do direito à cidade e seus componentes, na NOVA AGENDA URBANA, aprovada na Conferência HABITAT III (2016). Na Declaração de Quito, resultante da conferência, foram contemplados, além do direito à cidade, o princípio da função social da terra, o direito à participação nos processos de tomada de decisão e o direito ao espaço público, e ratificados os compromissos dos países membro com o direito à moradia e a segurança da posse e com o desenvolvimento urbano sustentável.

Diante de tal paradoxo conjuntural – retrocessos nacionais e avanços internacionais –, a agenda de pesquisa do próximo período envolve não apenas o monitoramento da evolução da legislação brasileira, mas especialmente a análise sobre como os poderes públicos, especialmente o Judiciário (instado a pronunciar-se sobre a constitucionalidade das medidas de retrocesso), lidarão com as contradições inerentes à historicidade do momento presente.

Além disso, é imperativo para os investigadores da área, no Brasil, apropriar-se do conteúdo da NOVA AGENDA URBANA e interrogar como ela será interpretada pelo Poder Judiciário em um dos únicos países do mundo a positivar o direito à cidade.

14 Raquel Rolnik apresenta um incontestável levantamento de casos que demonstram claramente a tese da financeirização da terra e da moradia no livro *Guerra dos lugares* (2015).

15 A Lei nº 13.465/17 foi promulgada em 11/7/2017.



## Referências

ALFONSIN, B. M. **A política urbana em disputa: desafios para a efetividade de novos instrumentos em uma perspectiva analítica de Direito Urbanístico comparado (Brasil, Colômbia, Espanha)**. Tese de Doutorado. IPPUR/UFRJ. Ano de obtenção: 2008. Disponível em: <<http://objdig.ufrj.br/42/teses/692081.pdf>>. Acesso em: 25 jul. 2017.

ALFONSIN, B. M. et al. A ordem jurídico-urbanística nas trincheiras do Poder Judiciário / The legal-urban order in the judicial trenches. **Revista Direito e Práxis**, Rio de Janeiro, v. 7, p. 421-453, 2016. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/22951>>. Acesso em: 25 jul. 2017.

AZUELA, A.; CANCINO, M. A. (Orgs.). **Jueces y conflictos urbanos en América Latina**. IRGLUS: México, 2014.

BARROSO, L. R. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **Revista (Syn)thesis**, Rio de Janeiro, v. 5, n. 1, 2012. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433>>. Acesso em: 7 jun. 2015.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 25 jul. 2017.

BRASIL. **Lei nº 10.257/01**. Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/LEIS\\_2001/L10257.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10257.htm)>. Acesso em: 25 jul. 2017.

BRASIL. **Lei nº 13.465/17**. 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 setembro 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 nº76, de 6 de julho de 1993, e da Lei nº 13.347, de 10 de outubro de 2016; e dá outras providências.* Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2017/lei/L13465.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13465.htm)>. Acesso em: 25 jul. 2017.

ENTIDADES repudiam MP que desconstrói a regulação fundiária no país. **Portal Ibase**, 24 mar. 2017. Disponível em: <<http://ibase.br/pt/noticias/entidades-repudiam-mp-que-desconstrói-regulacao-fundiaria-no-pais/>>. Acesso em: 25 jul. 2017.

KONZEN, L. Conflictos urbanos y activismo judicial em Brasil: El caso Pinheirinho. In AZUELA, A.; CANCINO, M. A. (Orgs.). **Jueces y conflictos urbanos en América Latina**. IRGLUS: Mexico, 2014.

ORGANIZAÇÃO das Nações Unidas. **Habitat III: nova agenda urbana**. Disponível em: <<https://habitat3.org/about>>. Acesso em: 24 mar. 2017.

RIO GRANDE DO SUL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL. 1ª CÂMARA CÍVEL. apelação cível nº 70054239314. Relator: Irineu Mariani. Julgado em 26 jun. 2013.

RIO GRANDE DO SUL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL. 19ª CÂMARA CÍVEL. Apelação cível nº 70054589924. Relator: Eduardo João Lima Costa. Julgado em 18 jun. 2013.

RIO GRANDE DO SUL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL. 20ª CÂMARA CÍVEL. Apelação cível nº 70059981126. Relator: Carlos Cini Marchionatti. Julgado em 27 ago. 2014.

RIO GRANDE DO SUL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL. 22ª Câmara Cível. Apelação cível nº 70043412352. Relator: Carlos Eduardo Zietlow Duro. Julgado em 2 jul. 2011.

ROLNIK, R. **Guerra dos lugares**: a colonização da terra e da moradia na era das finanças. São Paulo: Boitempo, 2015.

SANTOS JÚNIOR, O. A. dos S.; MONTANDON, D. T. (Orgs.). **Os planos diretores municipais pós-Estatuto da Cidade**: balanço crítico e perspectivas. Rio de Janeiro: Letra Capital, 2011.

SAULE JÚNIOR, N. Os riscos da MP que muda a estrutura fundiária no Brasil. **Le Monde Diplomatique Brasil**, 29 mar. 2017. Disponível em: <http://diplomatique.org.br/os-riscos-da-mp-que-muda-a-estrutura-fundiaria-no-brasil/>. Acesso em: 25 jul. 2017.

WEISSHEIMER, M. Lanceiros Negros: Brigada faz operação de guerra para 'garantir funcionamento habitual da cidade'. **Sul 21**, Porto Alegre, 15 jun. 2017. Disponível em: <http://www.sul21.com.br/jornal/lanceiros-negros-brigada-faz-operacao-de-guerra-para-garantir-funcionamento-habitual-da-cidade/>. Acesso em: 25 jul. 2017.

# A PROBLEMÁTICA DA TAXATIVIDADE DAS HIPÓTESES DE CABIMENTO DO AGRAVO DE INSTRUMENTO NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

José Tadeu Neves Xavier\*

\* Doutor e mestre em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Professor do Curso de Graduação e do mestrado em Direito da Faculdade Fundação Escola Superior do Ministério Público (FMP), do Curso de Direito da Faculdade Meridional (Imed) e da Escola da Magistratura do Trabalho do Rio Grande do Sul (Femargs). Advogado da União.

## Considerações iniciais

A codificação processual civil trouxe uma série de novidades que proporcionam verdadeira dobra histórica na forma de atuação jurisdicional brasileira, criando diferentes paradigmas para a prática da prestação jurisdicional com foco na efetividade e na celeridade, sem descuidar da necessidade de observância da boa técnica.

O âmbito recursal é um dos setores do direito processual que recebeu maior atenção do codificador, passando por profundas transformações, com a extinção de algumas formas recursais e modificações em seus princípios e procedimentos.

O presente texto se dedica à reflexão sobre a problemática decorrente da taxatividade de hipóteses de cabimento do recurso de agravo de instrumento, inovação que proporcionou um novo capítulo de tumultuada evolução dessa espécie recursal.<sup>1</sup> A taxatividade das hipóteses de cabimento dessa espécie recursal traz a reboque a necessidade de construção de doutrina que proporcione sua adequada efetividade, de modo que se possa construir um sistema processual mais afinado com os ditames constitucionais que orientam a prestação jurisdicional.

1 Gilberto Gomes Bruschi (2015, p. 2240-2250) oferece didática-síntese sobre a trajetória do regramento do agravo de instrumento no processo civil brasileiro, relatando: “antes mesmo da entrada em vigor do Código, o agravo de instrumento foi alterado pela Lei 5.925, de 1º de outubro de 1973. Na conhecida primeira onda de reforma, em 1995, o agravo de instrumento, que antes era interposto em primeiro grau de jurisdição (ensejando um juízo de retratação prévio à remessa do agravo ao tribunal), passou a ser interposto diretamente no tribunal, sendo que o agravo retido passou a ter regras próprias e hipóteses de cabimento específicas. Em 2001, houve nova reforma que viabilizou a possibilidade do relator do agravo de instrumento convertê-lo em agravo retido. Finalmente, em 2005, o agravo retido passou a ser a regra e o agravo de instrumento exceção”. Complementando: “a regra imposta pela Lei 11.187/2005 fez com que o agravo retido fosse a regra geral e que fosse possível a interposição de agravo de instrumento e apenas três hipóteses previstas expressamente no art. 522, ou seja, nas decisões posteriores à sentença de inadmissibilidade da apelação e em relação aos efeitos de seu recebimento, bem como nas situações de lesão grave e de difícil ou incerta reparação em decorrência da decisão interlocutória proferida”.

## Hipóteses de cabimento do recurso de agravo de instrumento

No esquadro apresentado pela recente codificação processual, o agravo de instrumento<sup>2</sup> é a técnica recursal adequada para impugnação às decisões interlocutórias de primeira instância nos casos expressamente consignados em lei.

Diversamente do modelo adotado pela codificação processual anterior, o novo Código de Processo Civil (NCPC) optou por identificar com maior precisão as hipóteses de cabimento do recurso de agravo de instrumento, indicando, em seu art. 1.015, que essa forma recursal será adequada para impugnar as decisões interlocutórias que versem sobre: (a) tutela antecipada, (b) mérito do processo, como ocorre no caso de julgamento antecipado parcial de mérito, (c) rejeição da alegação de convenção de arbitragem, (d) incidente da desconsideração de personalidade jurídica, (e) rejeição do pedido de gratuidade de justiça ou acolhimento do pedido de sua revogação, (f) exibição ou posse de documento ou coisa, (g) exclusão de litisconsórcio, (h) rejeição do pedido de limitação de litisconsórcio, (i) admissão ou inadmissão de intervenção de terceiros, (j) concessão, modificação ou revogação do efeito suspensivo aos embargos à execução, (k) redistribuição do ônus da prova<sup>3</sup> e (l) nos demais casos referidos em lei. O parágrafo único desse dispositivo legal prevê a possibilidade de manuseio do agravo de instrumento para atacar decisões interlocutórias proferidas na fase de liquidação ou de cumprimento de sentença, no processo de execução e no processo de inventário.

2 Para uma análise mais detalhada do tratamento normativo atribuído ao recurso de agravo de instrumento, remetemos o leitor a nosso estudo: Xavier (2016, p. 119-137).

3 Fernando Rubin (2015, p. 48) critica a postura legislativa por não ter inseridas entre as decisões autorizadas do agravo de instrumento aquelas que dizem respeito à análise de deferimento de realização de prova, argumentando: “diante do cenário processo-constitucional em que se visualiza o direito fundamental da parte de provar, entendemos equivocada a versão final conferida ao agravo de instrumento no art. 1.015 da Lei nº 13.105/2015, desestimulando inclusive para que se desenvolva uma cultura no meio jurídico pátrio e na magistratura brasileira de que a prova é importante para todos os participantes na relação jurídica processual (a prova não é destinada exclusivamente ao juiz!), sendo que o seu indeferimento deve ser medida absolutamente excepcional e sujeita à célere revisão – até para que não se crie[m] problemas procedimentais sérios na hipótese de indeferimento de meio de prova que venha a ser reformado pelo Tribunal em momento muito remoto”.

A legislação esparsa é pródiga em exemplos de autorização específica de utilização do agravo de instrumento, que terá oportunidade, entre outros casos de destaque, de servir para impugnar decisão sobre liminar em mandado de segurança, que recebe a petição inicial da ação por ato de improbidade administrativa e aquela que decreta a falência.

A adoção do modelo de restringir os limites do agravo de instrumento a apenas alguma hipótese taxativamente consignada pelo legislador já vinha sendo postulada por parte da doutrina na vigência da codificação de Buzaid. Tereza Arruda Alvim Wambier, ao comentar uma das reformas experimentadas pelo CPC anterior, postulava expressamente a adoção do modelo restritivo do agravo de instrumento, defendendo que

[...] poderia ter optado, o legislador da reforma, por ter restringido o campo de cabimento do recurso de agravo a algumas interlocutórias, já que se comentava não ser conveniente que toda e qualquer interlocutória fosse recorrível como era no regime anterior e continua sendo no sistema atual. (WAMBIER, 2006, p. 102).

A postura legislativa estabelece, portanto, tábua restrita de situações ensejadoras do agravo de instrumento. É um rol taxativo, porém não exaustivo, eis que, ao final da listagem indicada no art. 1.015, há a inserção de cláusula geral, possibilitando a previsão normativa de outras hipóteses de cabimento dessa espécie recursal.

A escolha legislativa expressa nitidamente o escopo de restrição das hipóteses de recorribilidade imediata das decisões interlocutórias e, por consequência, de redução da extensão de utilização de recurso de agravo de instrumento. Flávia Pereira Hill (2015, p. 369) elogiou esse modelo, destacando que, em sua visão, “a previsão expressa das hipóteses de cabimento do recurso de agravo de instrumento torna a questão mais clara, evitando os entendimentos jurisprudenciais díspares que atualmente circundam a avaliação da presença dos requisitos legais para o cabimento do agravo de instrumento”. De outra banda, em sentido oposto, Luis Alberto Reichelt (2015, p. 27) oferece duras críticas ao codificador de 2015, argumentando: “imaginar

que o agravo de instrumento somente é cabível nas hipóteses previstas em lei, de modo a fazer com que fosse incabível qualquer insurgência pela parte prejudicada por uma decisão judicial pela simples ausência de previsão legal, é uma violação direta a um direito humano e fundamental”, e arrematando: “um novo Código de Processo Civil somente mostra-se justificado se ele traz progresso e não retrocesso do ponto de vista da inafastabilidade do controle jurisdicional”.

Não há como deixar de concordar com as críticas levantadas pelo jusprocessualista, pois a concretização do ideal de processo justo passa pela necessidade de reconhecimento da grandeza e da importância categórica do postulado constitucional de efetivo acesso à prestação jurisdicional, com a garantia de que toda lesão – ou ameaça de lesão – a direito receba o devido processo legal no sentido máximo de sua expressão, com contraditório efetivo e tempestivo, no qual as decisões judiciais são passíveis de controle imediato.<sup>4</sup> Porém, dentro do modelo desenhado pelo codificador processual de 2015, acreditamos que a prática pretoriana vai se mostrar refratária à aplicação do agravo de instrumento para além das hipóteses fixadas em lei. Depõe a favor dessa orientação a não repetição da cláusula, contida no Código revogado, que, ao dispor sobre as decisões interlocutórias de primeiro grau capazes de gerar lesão grave e de difícil reparação, permitia sua recorribilidade imediata por meio do recurso de agravo de instrumento. O caráter nitidamente proposital da mudança legislativa, especificamente nesse ponto, anuncia seu destino.

4 Cabe aqui, por oportuno, a referência às lições oferecidas por Klaus Cohen Koplin (ano, p. 20-21), que, em estudo tratando dos direitos fundamentais processuais, após atribuir ao *direito fundamental ao processo justo* a condição de *sobreprincípio*, pondera: “não se pode perder de vista que o devido processo legal, desempenhando função integrativa (como os demais princípios), permite a criação de novos elementos essenciais à configuração do estado ideal de protetividade de direitos que ele encerra. Atua, assim, como fonte de direitos fundamentais processuais não expressos (CF, art. 5º, § 2º), como o direito fundamental ao duplo grau de jurisdição, o direito fundamental à colaboração no processo e o princípio da adequação ou adaptabilidade legal e judicial do procedimento”.



## Taxatividade do rol do art. 1.015 da codificação processual?

A postura legislativa de listagem das decisões interlocutórias recorríveis de imediato, rompendo radicalmente com a sistemática anterior, causa impacto direto sobre as reflexões acadêmicas e a prática pretoriana.

Assim, a limitação imposta pela nova sistemática do recurso de agravo de instrumento leva a doutrina a buscar caminhos para garantir a efetividade da prestação jurisdicional. Nesse cenário, duas orientações se mostram possíveis: (a) o caráter exemplificativo da listagem normativa, que teria sido construída sob uma espécie de cláusula geral implícita de possibilidade de decisões interlocutórias, viria a produzir efeitos lesivos ao interesse da parte ou prejuízo ao processo, abrindo ensejo à impugnação recursal imediata, de forma tópica, e (b) o acatamento da taxatividade legal da lista de decisões interlocutórias recorríveis de imediato, mas com a possibilidade de interpretação extensiva de tais hipóteses.

### Possibilidade de ampliação das hipóteses de recorribilidade imediata

A forma excessivamente restritiva de recorribilidade imediata em relação aos pronunciamentos judiciais de caráter interlocutório tem levado diversos doutrinadores a buscarem a ampliação de possibilidade de manuseio do agravo de instrumento para além das hipóteses arroladas na listagem do art. 1.015 da codificação processual.

Nesse cenário, William Santos Ferreira realiza proposição bastante interessante sobre o imblóglio recursal em relação aos pronunciamentos judiciais decisórios proferidos no curso do processo, resultante da sistemática recursal atual de recorribilidade integral das interlocutórias, com a adoção do modelo binário, no qual convivem os critérios da taxatividade das decisões impugnáveis de imediato e o da recorribilidade diferida.

O jusprocessualista propõe que o dilema seja resolvido à luz do critério do interesse recursal, que seria

[...] não apenas um requisito do recurso sem o qual não é admissível, mas também um direito do recorrente em relação ao Estado, uma vez [que,] identificada recorribilidade em lei, deve ser assegurada a utilidade do julgamento do recurso, inclusive em estrita observância do inc. XXXV do art. 5º da CF. (FERREIRA, 2017, p. 263).

Assim, haveria o que o doutrinador citado designa como taxatividade fraca, que decorreria da recorribilidade geral das interlocutórias, permitindo o manuseio do agravo de instrumento fora das hipóteses do art. 1.015 da codificação processual, mas com a atribuição de ônus ao autor de demonstrar que a recorribilidade imediata se faz necessária em razão da inutilidade de interposição e julgamento futuros de apelação. O jurista explica:

[...] se não há identificação literal das hipóteses previstas para o agravo de instrumento, em primeiro momento, se defenderia a apelação, contudo, se o seu julgamento futuro será inútil por impossibilidade de resultado prático pleno (ex. dano irreparável ou de difícil reparação), como no caso de uma perícia inadmitida, em que o prédio seria objeto de perícia diante de uma desapropriação será rapidamente demolido, [sic] desaparecendo a utilidade do julgamento futuro da apelação, não é possível defender-se o cabimento de apelação, porque a lei não pode prever recurso inútil, logo é caso de cabimento do agravo de instrumento. (FERREIRA, 2017, p. 263).

### Taxatividade do art. 1.015, mas com possibilidade de interpretação extensiva

Tem-se ampliado na doutrina processual a escolha pela adoção de taxatividade do rol de decisões interlocutórias passíveis de recurso imediato, porém se admitindo a ampliação dessas hipóteses mediante o uso da técnica da interpretação extensiva.



A ideia de partida dessa corrente é encontrada na assertiva de que a taxatividade não se mostra incompatível com a técnica da interpretação extensiva, uma vez que a existência de uma listagem legal não retira do intérprete a tarefa de criatividade hermenêutica, extraindo o sentido da norma, revelando algo que estaria implícito nela, mas que precisa ser evidenciado, sem, é claro, contrariá-la.

Porém, a atividade hermenêutica é traiçoeira e precisa ser realizada com o máximo de comprometimento e responsabilidade, evitando, assim, trazer à tona verdades que não constam no texto normativo, sendo contrárias à sua própria essência. Interpretar é traduzir o significado na norma, explicitando e reconstruindo seu conteúdo. Contudo, inexiste uma fórmula perfeita a ser seguida no exercício da atividade hermenêutica, sendo autorizado ao intérprete valer-se dos mais diversos critérios – método sistemático, teleológico, sociológico etc. –, mas sempre compromissado com a melhor realização do texto normativo.

Na busca de alcançar uma técnica segura na interpretação analógica das hipóteses previstas nos incisos do art. 1.015, Daniel Amorim Assumpção Neves sugere que se observe como referência o respeito ao princípio da isonomia, afastando a vinculação da recorribilidade ao conteúdo positivo ou negativo da decisão. O autor afirma: “o que deve interessar é a questão decidida, e não seu acolhimento ou rejeição, seu deferimento ou indeferimento ou sua concessão ou rejeição” (NEVES, 1917, p. 1726). Tal postura é louvável e merecedora de crédito, mas acreditamos que não poderá ser levada à risca, pois o conteúdo do pronunciamento judicial poderá assumir significado especial para a sequência da marcha procedimental, de acordo com seu juízo positivo ou negativo. Toma-se como exemplo a previsão expressa no inc. V do art. 1.015 da codificação processual, fazendo-se referência à viabilidade de recurso imediato em relação à decisão que rejeitar o pedido de gratuidade da justiça ou acolher o pedido de sua revogação. Nessa hipótese, a decisão questionada está apta a produzir efeitos lesivos imediatos em relação à parte que postulou – ou foi inicialmente agraciada

como referido benefício –, pois esta poderá efetivamente não ter condições econômicas de dar seguimento ao processo. A consequência negativa aos interesses da parte é inquestionável e de acentuada gravidade, de modo que eventual equívoco na decisão de primeiro grau poderia lhe trazer prejuízos irreparáveis e, portanto, a abertura recursal imediata é medida de extrema adequação. Porém, levando em consideração a situação inversa, ou seja, o deferimento do pedido de gratuidade da justiça ou o indeferimento do requerimento de revogação, resta evidenciado que, em geral, esse provimento não acarretará prejuízos imediatos e, considerando que a decisão interlocutória não estará sujeita à preclusão, poderá ser questionada na oportunidade do recurso de apelação ou de suas contrarrazões, sem maiores danos aos interesses das partes. Logo, a forma mais adequada de fazer uso da técnica da interpretação extensiva da listagem do art. 1.015 será levar em consideração seu impacto sobre o prosseguimento do procedimento ou, eventualmente, em relação ao direito material envolvido na lide.

Nessa linha, a compreensão dos incisos do art. 1.015 da codificação processual permite a ampliação das hipóteses nele contidas a situações que estejam em consonância com a essência do preceito. Não se pode admitir a ampliação das possibilidades do agravo de instrumento em total dissonância com sua finalidade e a função no seio da dinâmica procedimental, de modo a proporcionar conclusões contra legem.<sup>5</sup>

Vinculando-se a essa corrente, Pablo Freire Romão oferece dois exemplos de situações de concretização da interpretação extensiva na utilização do agravo de instrumento. Vejamos:

5 Antonio Notariano Jr. e Gilberto Gomes Bruschi (2015, p. 125), ao advertirem sobre os riscos de excesso na interpretação extensiva das hipóteses recursais do agravo de instrumento, explicam: “uma possível solução a ser dada pela doutrina e jurisprudência para admissão de agravo de instrumento para toda e qualquer decisão envolvendo matéria probatória aparece na interpretação extensiva da regra prevista no parágrafo único do art. 1.105, onde estabelece o cabimento do recurso contra as decisões proferidas na fase de liquidação”. Fazendo coro a esse posicionamento, Pablo Freire Romão (2016, p.) argumenta: “referida situação bem elucidada uma possível concepção equivocada do texto legal. A lógica seria essa: se todas as decisões proferidas em liquidação de sentença são relacionadas a provas e das decisões sobre provas na fase de conhecimento não estão o rol do art. 1.015, (sic) admitir-se-á a interposição de agravo de instrumento, por extensão, as (sic) decisões semelhantes proferidas no processo de conhecimento, antes da sentença de primeiro grau. Trata-se de interpretação extensiva que inclui na norma sentido que nunca esteve contido nela”.

[...] primeira: agravo de instrumento contra decisão que posterga a apreciação do pedido de tutela de urgência requerida “inaudita altera parte” para depois da manifestação do réu, pois ela equivale, rigorosamente, ao indeferimento da concessão da medida sem prévia oitiva da parte contrária [...].

Explicando: “o fato de o autor não obter ‘inaudita altera parte’ justifica, por si, o interesse recursal. Referida situação se enquadra à proposição existente no art. 1.015, I, do CPC, pois, embora não se trate de indeferimento expresso de pedido de urgência provisória, possui equivalência”. A outra hipótese indicada pelo autor é a que se relaciona com a interpretação a ser emprestada ao art. 1.015, X, do CPC de 2015, que dispõe ser agravável decisão interlocutória que revoga efeito suspensivo anteriormente atribuído a embargos do executado, ponderando:

[...] não há sentido em admitir agravo de instrumento contra a decisão que revoga o efeito suspensivo anteriormente deferido aos embargos ao executado e não admitir a interposição dessa mesma espécie recursal contra a decisão interlocutória que indefere a atribuição de efeito suspensivo aos embargos ao executado [...].

Arrematando: “no caso, os efeitos da revogação são os mesmos do indeferimento, de modo que o agravo em face de qualquer das decisões possui a mesma finalidade: conferir efeito suspensivo aos embargos” (AUTOR, ano, p.).

Outra referência à possibilidade de ampliação das hipóteses de decisões interlocutórias sujeitas ao recurso de agravo de instrumento é apontada por Fredie Didier Jr. e Leonardo Carneiro da Cunha, ao interpretarem a previsão contida no inc. III do art. 1.015, referente à viabilidade de essa espécie recursal ser manejada em relação às decisões judiciais que versem sobre a rejeição de alegação de arbitragem. Os doutrinadores, centralizando a atenção na essência do dispositivo, enxergam nela um provimento judicial relacionado com a competência, concluindo que se pode extrair daí a autorização para se interpor o recurso de agravo de instrumento quando o ato judicial questionado vier a dispor sobre definição de competência absoluta ou relativa.

Na mesma linha, esses jusprocessualistas também estendem a interpretação do referido inciso aos casos de recusa de eficácia ou não homologação de negócio jurídico processual. Vejamos a argumentação que oferecem:

[...] a convenção da arbitragem é um negócio jurídico processual. A decisão que a rejeita é decisão que nega eficácia a um negócio jurídico processual. A eleição de foro também é um negócio jurídico processual. Como vimos, a decisão que nega a eficácia a uma cláusula de eleição de foro é impugnável por agravo de instrumento, em razão da interpretação extensiva [...].(DIDIER JR.; CUNHA, 2015, p.).

Concluindo: “pode-se ampliar essa interpretação a todas as decisões que negam eficácia ou não homologam negócio jurídico processual – seriam, também, por extensão, agraváveis” (DIDIER JR.; CUNHA, 2015, p.).

## Considerações finais

A título de considerações finais, a primeira observação a ser consignada é no sentido de que o novo não é o velho rejuvenescido, ou uma versão atualizada do antigo. A codificação processual deve ser lida, compreendida e refletida de acordo com sua concepção própria, no sentido de um texto normativo voltado a atender à realidade atual, que lhe serviu de manjedoura e lhe dará o devido conforto.

A métrica do modelo recursal, portanto, é nova, e deve ser compreendida no esquadro proposto na codificação, livre das peias impostas pelo sistema processual vigente.

Portanto, acreditamos que a taxatividade atribuída ao agravo de instrumento precisa ser analisada sob a ótica da efetividade da prestação jurisdicional e de todos os postulados relacionados com as garantias constitucionais do processo civil. É necessário refletir sobre a suficiência da moldura normativa para atender à realidade cotidiana da vida forense no caminho de um processo evolutivo em relação ao modelo recursal ideal.

## Referências

BRUSCHI, Gilberto Gomes. **Breves comentários ao novo Código de Processo Civil**. Coordenação de Teresa Arruda Alvim Wambier, Fredie Didier Jr. e Bruno Dantas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

CÂMARA, Alexandre Freitas. Do agravo de instrumento no novo Código de Processo Civil. In: RIBEIRO, Darci Guimarães; JOBIM, Marco Félix (Org.). **Desvendando o novo CPC**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 9-15.

\_\_\_\_\_. **O novo processo civil brasileiro**. São Paulo: Atlas.

DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro. Agravo de instrumento contra decisão que versa sobre competência e a decisão que nega eficácia a negócio jurídico processual na fase de conhecimento. **Revista de Processo**, v. 242, p. 275-284, abr. 2015.

FERREIRA, William Santos. Cabimento do agravo de instrumento e a ótica prospectiva da utilidade: o direito ao interesse na recorribilidade de decisões interlocutórias. **Revista de Processo**, v. 263, p. 193-203, jan. 2017.

HILL, Flávia Pereira. Breves comentários às principais inovações aos meios de impugnação das decisões judiciais no novo CPC. In: DIDIER JR., Fredie (Coord.). **Coleção novo CPC: processo nos tribunais e meios de impugnação às decisões judiciais**. Salvador: Juspodivum, 2015. v. 6, p. 357-380.

JOBIM, Marco Félix; CARVALHO, Fabrício de Farias. A disciplina dos agravos no projeto do novo Código de Processo Civil. **Revista da Ajuris**, v. 41, n. 135, p. 265-288, set. 2014.

KOPLIN, Klaus Cohen. O novo CPC e os direitos fundamentais processuais: uma visão geral, com destaque para o direito ao contraditório. In: RUBIN, Fernando; REICHELTL, Luis Alberto (Org.). **Grandes temas do novo Código de Processo Civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado. p. 20-21.

MEDINA, José Miguel Garcia. **Novo Código de Processo Civil anotado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Novo Código de Processo Civil comentado**. 2. ed. Salvador: Juspodivum, 1917.

\_\_\_\_\_. **Novo Código de Processo Civil: Lei 13.105/2015**: Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015.

NOTARIANO JR., Antonio; BRUSCHI, Gilberto Gomes. **Agravo contra as decisões de primeiro grau**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015.

PORTO, Sérgio Gilberto; USTÁRROZ, Daniel. **Manual dos recursos cíveis**. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.

REICHELTL, Luis Alberto. Sistemática recursal, direito ao processo justo e o novo Código de Processo Civil: os desafios deixados pelo legislador ao intérprete. **Revista de Processo**, v. 244, p. 15-30, jun. 2015.

ROMÃO, Pablo Freire. Taxatividade do rol do art. 1.015, do NCP: mandado de segurança como sucedâneo do agravo de instrumento?. **Revista de Processo**, v. 259, p. 259-273, set. 2016.

RUBIN, Fernando. Cabimento de agravo de instrumento em matéria probatória: crítica ao texto final do novo CPC: Lei n. 13.105/2015, art. 1.015. **Revista Dialética de Direito Processual**, n. 151, p. 38-48, out. 2015.

WAMBIER, Tereza Arruda Alvim. **Os agravos no Código de Processo Civil brasileiro**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

XAVIER, José Tadeu Neves. O agravo de instrumento no novo Código de Processo Civil. In: REICHELTL, Luis Alberto; RUBIN, Fernando (Org.). **Grandes temas do novo Código de Processo Civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016. v. 1-2, p. 119-137.

# A ÉTICA DO DISCURSO E A DISTÂNCIA ENTRE APEL E HABERMAS NA FUNDAMENTAÇÃO DO DIREITO CONSTITUCIONAL

Maurício Martins Reis\*

\* Doutor e Mestre em Direito (Unisinos), Doutor em Filosofia (PUCRS). Professor da Graduação e Mestrado em Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público-RS.



O objetivo deste trabalho se traduz basicamente no esclarecimento tópico da controvérsia entre Karl Otto-Apel e Jürgen Habermas para uma melhor compreensão dos desafios atuais do constitucionalismo, ambos articuladores da arquitetura da ética do discurso, modulada em densidade intersubjetiva.<sup>1</sup> O modelo de Estado democrático de direito atualmente consolidado faz com que a tônica da democracia representativa se movimente entre a formação procedimental do discurso e as ranhuras contramajoritárias vinculadas aos direitos fundamentais das minorias ou, em larga escala, ao concreto problema de aplicação das normas jurídicas, naquilo que Habermas já sistematizara em seu famoso livro acerca das relações entre facticidade e validade. Em alguma medida, o descolamento problematizador (contextual) das práticas oriundas do mundo da vida em face do conjunto sistemático de prescrições abstratas configuradoras do ordenamento jurídico outra coisa não representa senão a apresentação por parte de Apel de uma espécie de segunda parte do código discursivo da ética contemporânea. Trata-se da reivindicação do postulado filosófico da fundamentação última para o ambiente social do direito, de modo a confortar um procedimento híbrido situado entre a abstração universalizável de um discurso abrangente de todos os possíveis envolvidos e a concreção significativa da história e da cultura depositárias em determinados contextos de vida.

Karl Otto-Apel distingue para a ética do discurso duas partes, a primeira (A), de fundamentação abstrata, e a segunda (B), de fundamentação referida à história. No interior da fundamentação abstrata, abrem-se dois âmbitos, o plano da fundamentação última pragmático-transcendental do princípio de fundamentação das normas e o plano de fundamentação das normas situacionais nos discursos práticos. As normas situacionais consistem em resultados revisáveis – abertos à constante consideração – oriundos de um procedimento falível de fundamentação, em oposição ao princípio procedimental, o qual conserva sua validade incondicionada, fundamentado de modo

pragmático-transcendental, que contém as condições de sentido responsáveis pela possível revisão das normas. Assim, o princípio ornamentado no postulado da fundamentação última inclui a exigência de que sejam produzidos discursos reais para a formação do consenso entre os afetados por normas concretas aceitáveis. A característica procedimental discursiva da ética do discurso, então, apesar de inibir o desdobramento concreto de normas e obrigações, provê a delegação da fundamentação concreta das normas aos próprios afetados, de modo a garantir o máximo de adequação à situação e, ao mesmo tempo, a máxima utilização do princípio de universalização referido ao discurso.

A ética do discurso promove, pois, uma transformação da ética de Kant, na medida em que a prova de capacidade do consenso levada a cabo pelo princípio U substitui o procedimento de teste recomendado por Kant por meio do imperativo categórico. Poder-se-ia contestar essa mudança, indagando o sentido de se poderem exigir discursos reais para a formação de consenso como implementação ótima do sentido do princípio de amplitude legal das máximas de ação, isto é, para o estabelecimento de normas universalizáveis, quando, em contrapartida, a capacidade de consenso sobre tais normas poderia ser estabelecida pelos indivíduos com base em um experimento mental ao estilo kantiano. A ética do discurso suscita o seguinte dilema aos indivíduos: ou o consenso real dos envolvidos é normativo em seu resultado fático para a validade de uma norma e, assim, igualmente, para uma máxima de ação tida como uma norma válida, com o que, nesse caso, não poderá ser substituído suficientemente por um experimento mental de foro íntimo, nem, muito menos, poderá o indivíduo questionar o consenso real sobre a base de sua autonomia de consciência, o que parece implicar um retorno comunitarista (coletivista) anterior ao paradigma kantiano de autonomia, ou, então, o paradigma da autonomia continua vigente e o indivíduo poderá colocar em jogo, em princípio sobre a base da concepção obtida pelo experimento mental de universalização, todo o resultado prático da formação real de consenso, em cujo caso se encontra além da

<sup>1</sup> Foram consultadas as seguintes obras a respeito dessa controvérsia entre Apel e Habermas: Apel (1991), Habermas (2007) e Bouchindhomme (2005).

exigência – especificamente ético-discursiva – de um consenso real dos envolvidos (ou de seus representantes).

A resposta a esse aparente dilema, fornecida por Apel, é a seguinte. O postulado da formação de consenso na ética discursiva tende a uma solução procedimental que tem seu lugar entre o comunitarismo e a autonomia monológica da consciência. A autonomia da consciência do indivíduo se conservaria totalmente, pois, desde que o indivíduo entenda sua autonomia a partir de um princípio – no sentido do paradigma de intersubjetividade e reciprocidade – como correspondência possível e dirigida para o consenso definitivo de uma comunidade ideal de comunicação. Desse modo, o indivíduo pode e deve comparar, e possivelmente questionar por via do experimento mental, cada resultado fático de uma formação real do consenso em vista de sua própria concepção de um consenso ideal. No entanto, o indivíduo não pode, por outro lado, renunciar ao discurso para a formação real do consenso, nem tampouco interrompê-lo apelando ao ponto de vista subjetivo de sua consciência. Se o fizer, não estaria fazendo valer sua autonomia, mas apenas exercendo sua idiossincrasia cognitiva e voluntarista. De acordo com Apel, a ética do discurso pode ser entendida como uma mediação entre a demanda de Kant (indivíduo) e a de Hegel (humanidade) em torno de uma fundamentação nova do paradigma intersubjetivo da transcendentalidade.

É na tentativa de demonstrar a distinção entre as partes A e B da fundamentação da ética discursiva que Apel indicará para ela a característica de uma ética da responsabilidade com contornos históricos, com a necessidade de ir além do conceito clássico de uma ética deontológica (ou deôntica) de princípios. A aplicação responsável e relacionada com a história de uma ética comprometida com a complexidade dos tempos presentes carece inapelavelmente desse desdobramento (parte B) da fundamentação em torno do eixo da responsabilidade. Sob certo aspecto, o princípio moral, ao ser exigido em complemento por uma ética da responsabilidade, não pode se contentar com a parte abstrata da ética discursiva, sendo ele inferido, ademais, das pressuposições da argumentação, as quais são normativas

no sentido transcendental de uma fundamentação última revisável historicamente. Os discursos já viriam impregnados de moralidade, não cabendo mais se falar do atributo de neutralidade dos discursos abstratos de fundamentação.

A ética do discurso não deriva apenas da analogia pragmático-transcendental do “reino dos fins” proposto por Kant – da comunidade ideal de comunicação antecipada contrafaticamente –, mas do a priori da facticidade da comunidade real de comunicação, ou seja, de uma forma sociocultural de vida à qual pertence cada um dos que aceitam a ética, mesmo a partir de sua identidade contingente. Assim, o pressuposto de um a priori configurado intersubjetivamente, em oposição ao reino dos fins kantiano com caráter metafísico, deve levar em consideração o duplo aspecto pragmático-transcendental do a priori antecipado da comunidade ideal de comunicação em face da comunidade real, historicamente condicionada.

Impulsiona-se, assim, uma fundamentação última para a ética com essa modulação quase dialética entre a norma fundamental de fundamentação consensual das normas, reconhecida mediante a antecipação contrafática das relações ideais de comunicação e a norma fundamental de responsabilidade referida ao contexto histórico da comunidade real de comunicação. Por conseguinte, as condições ideais do discurso não só terão de ser contrafaticamente antecipadas quanto suficientemente realizadas na medida da possibilidade de uma fundamentação pós-convencional das normas, tudo isso amparado sobre a base de um princípio universalmente válido do discurso.

Apel recupera aqui o sentido da fundamentação última para a ética do discurso, com os traços sincréticos de sua versão pragmático-transcendental, herdada de Heidegger, Gadamer, Peirce e Wittgenstein, que indicam seja o a priori não contingente do discurso argumentativo, seja a força cambiante dos fatos históricos passíveis de transformação cultural. A ética do discurso, portanto, não poderá partir apenas do ideal normativo dos entes puramente racionais ou de uma comunidade ideal de seres racionais, apartado da realidade e da história. Isso é o que diferencia a ética do discurso de uma pura

ética deontológica de princípios, alicerçada em Kant, quando se evita partir de um ponto zero da história alheio à realidade. Contudo, a ética do discurso não se propõe renunciar ao ponto de vista universalista do saber ideal objetivado por Kant: ela apenas concilia tal propósito com a fundamentação concretizada historicamente nas formas de vida disponíveis. A fundamentação discursiva das normas que passam a ser universalmente obtidas mediante consenso deixa, pois, de ser deduzida de um princípio procedimental formal ao estilo da universalização kantiana, além de relevar, em uma segunda parte (B) de seu processo, as relações fáticas situacionais na fundamentação das normas concretas com referência à história (ética da responsabilidade).

O nó de estrangulamento entre Apel e Habermas parece incidir na relação entre a ética do discurso e a problemática advinda das consequências históricas de sua própria aplicação adequada, legítima ou responsável. Estaria a responsabilidade pelas consequências da aplicação das normas embutida no princípio U da universalização? Para Apel, a formulação do princípio U, segundo o qual as consequências e os efeitos colaterais que provavelmente terão lugar no caso de uma obediência generalizada teriam de ser aceitáveis por todos os possíveis atingidos como participantes do discurso, representa uma adequada transformação ético-discursiva do princípio kantiano de universalização. Todavia, referida formulação é limitada nesses termos comparativos à parte A da ética do discurso, alienando o sentido histórico da responsabilidade pelas consequências (aplicação), ínsito da propalada – e reivindicada por Apel – parte B da ética discursiva.

Na denominada parte B da fundamentação, há de se considerar o princípio ético do discurso mais propriamente como um valor que poderá funcionar como norteador de um princípio teleológico de complementação do princípio do discurso, não mais como base de uma norma fundamental, procedimental e aplicável típica dos modelos deontológicos. As normas de conteúdo básicas para ordenar a justiça – de modo a poderem ser justificadas filosoficamente – não podem ser deduzidas apenas do princípio da ética do discurso confinado em sua primeira par-

te, isto é, em uma aplicação derivada de um discurso ideal de fundamentação normativa.

A fundamentação da exigência de uma complementação do princípio moral ideal do discurso por um aparato real de configuração aplicativa corresponde, para Apel, a uma exigência estipulada pelo princípio moral de uma ética da responsabilidade concernente à história. Nesse aspecto, o direito é tido como instrumento da parte B da ética discursiva, pois reúne elementos para compensar a insuficiência do princípio da moral ideal. Em qualquer democracia, a fundamentação das normas jurídicas não pode ser liberada sob o arbítrio estatal, tampouco em um formato aparente de legitimidade procedimental. Daí por que Apel não se convence da posição habermasiana, especialmente após 1992, com *Facticidade e validade*, favorável acerca de um princípio do discurso moralmente neutro.

Filósofos da estirpe de Habermas merecem ser estudados com a prudência do cotejo entre a respectiva proposta teórica, identificada e contextualizada no recorte bibliográfico porventura analisado, e as correspondentes finalidades e anseios por meio dos quais se cogitou desenvolver, em viés prescritivo, as formulações envidadas como enunciados conclusivos. Com base em referido zelo, podemos afirmar que a linha de raciocínio de Habermas aponta para a centralidade da razão (ser humano) e do Estado (sociedade) na condução democrática das relações intersubjetivas; porém, há um distanciamento não desprezível quando aproximamos as lentes ao formato habermasiano de pensar o modelo de jurisdição constitucional ao qual serão atribuídas as funções de tutela dos direitos e garantias fundamentais (e o conseqüente controle jurídico das feições legislativas do político).

Pode-se dizer que a aproximação primeira indica a contundência de um estudioso contemporâneo idealizador (e revitalizador) de um lugar cativo da racionalidade iluminista – com os incrementos da reviravolta linguístico-pragmática em apoio à força democrática do melhor argumento –, condição explicável se constatarmos ser ele discípulo da Escola de Frankfurt, a cujos precursores a hermenêutica filosófica presta importantes

contas.<sup>2</sup> Contudo, para efeito de justificar essa autonomia da razão, incorrerá no desdobramento incompatível às diretrizes aqui ressaltadas, quando para o direito reivindica a predominância da condição procedimental, de modo a menosprezar, sob o apárgio da validade fundamentadora da legislação, a intrínseca copertença interpretativa a cuja faceta concreta – de aplicação – os textos normativos, sequer os juristas, não podem encerrar comportas.

O núcleo da contradição teórica em Habermas – inclusive pelo recurso argumentativo habermasiano contra o próprio Habermas<sup>3</sup> –, especificamente no seio de suas contribuições acerca dos limites da jurisdição, reside na indevida autonomia

2 A hermenêutica, em suma, por ser uma afirmação do valor do diálogo, positiva e negativamente (Valls, 2002, p. 169), consagrada de princípios éticos – por lhe constituir o valor da existência algo caro e fundamental –, é o veículo adequado a desmascarar interesses mesquinhos por trás de arquétipos jurídicos teoricamente consensuais e benfazejos. E, para o êxito desses poucos interesses, até a contrariedade à lógica seria possível, como enuncia Lenin: “se os axiomas geométricos se chocassem contra os interesses dos homens, seguramente haveria quem os refutasse” (Vázquez, 2002, p. 91). Valls (2002, p. 155) configura um dos poucos teóricos a estabelecer, em nosso ver, acertadamente, uma base comum entre Gadamer e Adorno, qual seja, “a vontade de tornar a fundamentar a pretensão de verdade da filosofia, após o sistema de Hegel, agora, porém, sem recair no saber absoluto”. Prossegue o autor mais adiante: “enquanto a hermenêutica de Gadamer quer compreender e reunir, a teoria crítica [mormente em Adorno] quer denunciar o abuso” (Valls, 2002, p. 164). A consagração dialética com esteio nesses dois filósofos, pois, por intermédio da hermenêutica, resta desdobrada em duas vertentes – negativa e positiva: “se um [Adorno] prioriza a crítica e o outro [Gadamer] a tradição, não se pode negar que ambos respeitam e exercitam a dialética em suas filosofias” (Valls, 2002, p. 169). Por outro lado, também de maneira pertinente, Safranski (2000, p. 481) estabelece uma relação entre o pensamento de Adorno e o de Heidegger quanto ao diagnóstico de enfermidade da modernidade: “o que em Adorno se chama ‘pensar não identificador’ é em Heidegger um pensamento revelador, no qual o ente pode se mostrar sem ser violentado”. Aliás, enalteçemos a redescoberta da primeira geração da Escola de Frankfurt (Adorno, Horkheimer, Marcuse), porquanto, nos limites de uma crítica hermenêutica voltada para o caso concreto, tem ela um comprometimento social deveras importante. Prossegue Safranski (2000, p. 481), ratificando essa posição: “Adorno compreendia o ‘pensar a não identidade’ como um pensar que faz valer coisas e seres humanos em sua singularidade e não as violenta nem regulamente de maneira ‘identificadora’.”

3 Há uma série de argumentos protocolados contra Habermas a partir de construções teóricas suas a denunciar também a variedade e a complexidade dos vários assuntos pesquisados pelo filósofo ao longo de sua trajetória intelectual, o que, a nossos olhos, não pode ser visto e interpretado como inconsistência, sequer como contradição (pelo menos no sentido vulgar do termo). Entretanto, projetar conteúdos outros com assertivas claras e consistentes, com base na lógica de determinado autor ou mesmo nas respectivas proposições não desveladas a contento, revela-se atitude bem-vinda em tempos hodiernos, comprovando as potencialidades do vetor hermenêutico, principalmente se exercido em homenagem aos valores consentâneos à dignidade da pessoa humana, desde sua repercussão constitucional até as idealizações supraestatais (para tanto, indicamos os textos selecionados na obra, especialmente o de Karl-Otto Apel [2004], idealizador de teses na esteira qualitativa de Habermas).

do procedimento, como se a este fosse dado menoscar a própria condição de possibilidade – a razão, esta sim autônoma, porque fundada em sedimento compreensivo-existencial – à qual se conecta a responsabilidade por dizer e afirmar dado posicionamento, e não outro, possível. Dito de outro modo, no desenvolvimento histórico do Estado e das respectivas estruturas burocrático-rationais de dominação (Weber), a correlação legalidade-legitimidade, propiciada por meio do procedimento, vai olvidar, porque exauridas no critério legislativo, as nuances interpretativas decorrentes da aplicação jurisdicional, tidas por intangíveis ou já subsumidas sob a força da racionalidade técnico-abstrata.

O princípio da democracia, estruturado analogamente ao princípio U, significa que somente podem pretender validade legítima as leis que, em um processo de criação do direito configurado discursivamente, podem contar com o assentimento de todos os cidadãos. Apel exterioriza a reflexão segundo a qual o princípio democrático deveria conter o conteúdo normativo do princípio moral, ou seja, ele não vislumbra como possível negar-se a qualidade moral do conteúdo estabelecido a partir do princípio da imparcialidade tipificado na democracia. Assim, o filósofo condena o esforço de Habermas de fundamentar filosoficamente as normas procedimentais da moral discursiva mediante um aceno moralmente neutro em relação ao teor dessa igualdade e alheio ao reclamo da responsabilidade complementada em seu discurso em prol da parte B da ética discursiva.

Pode-se dizer, então, que Apel amplia para a ética do discurso o âmbito filosófico de fundamentação moral moldado pela pragmática transcendental, ao passo que Habermas autonomiza o princípio do discurso, imunizando-o como neutro em relação à moral. A ética da responsabilidade assumida por Apel visa a complementar (princípio C) a ética do discurso habermasiana, tornando-a capaz de propiciar a realização concreta da moral, com o que se evitaria, segundo ele, a dissolução da fundamentação da ética como base para a filosofia prática. Trata-se de proceder às relações e aos ajustes entre o princípio procedimental da democracia e o princípio substantivo do Estado de



direito, na medida em que Habermas prefere evitar a subordinação do primeiro ao segundo, enquanto Apel procura fundar o direito positivo e coativo sobre normas morais básicas.

Explicita-se, assim, que a fundamentação do discurso pela razão – eixo habermasiano de matriz moderna, vigente, inclusive na denominada pós-modernidade – por algum motivo irá se perder quando resultar parametrizada em terreno específico, como o direito, por exemplo. O direito construído pelos homens em sua potencialidade dialógico-crítica a partir do manejo racional é-lhes sonogado quando pronto e institucionalizado sob o manto da legalidade, na medida em que os discursos de fundamentação, ao erigirem as balizas legislativas, trazem o repúdio à construção jurisprudencial, supostamente malfadada sob o império do arbítrio irresponsável (como se não houvesse tal risco nos primórdios do sistema!). Tão forte é o paradigma da emancipação racional pelos sujeitos em Habermas que vislumbramos, em sua dessintonia com Luhmann acerca do quão forte representa o sujeito para o sistema, o mero deslocamento do índice transcendental rumo às especificidades sistêmicas, sem haver, com isso, qualquer discordância relevante no aspecto atinente ao papel da razão comunicativa implementada pela intersubjetividade.<sup>4</sup>

A relação entre moralidade e juridicidade (facticidade e validade, respectivamente), proposta por Habermas, especialmente a partir do desenvolvimento da teoria do agir comunicativo e da ética do discurso, contemplará o paradoxo da legitimidade que surge da legalidade. Ao mesmo tempo que propõe o conceito de forma ou instituição jurídica como o pressuposto da institucionalização no direito do princípio do discurso, por meio do processo legislativo com fomento na regra da maioria, o sistema jurídico não poderá ser compreendido como um sistema circular, recursivamente fechado, legitimando-se a partir de seu

próprio domínio. Ou seja, há de se pensar em limites, por meio de uma proteção dos direitos fundamentais da minoria, e inclusive da própria maioria, quando se colocam em risco, sob a égide da democracia estritamente formal, os alicerces substanciais indispensáveis ao exercício de sua autonomia política, seja representativa, seja direta.

Habermas, assim, promove um jogo de tensões entre o princípio da democracia e do sistema de direitos, da mesma forma como empreendeu, paradoxalmente, a crítica à universalidade hermenêutica, não obstante utilizar-se de conceitos indispensáveis oriundos da hermenêutica filosófica em Gadamer para fins de acalantar seu projeto de racionalidade. De qualquer modo, a pretensão essencial habermasiana é a de não incorrer o sistema jurídico em arbítrios e ilegalidades, risco também incidente quando se confundem as competências entre aquele sistema e a política, isto é, quando o aplicador do direito se substitui às reservas discricionárias do legislador.

O que está em causa, pois, é a conciliação estrutural, respeitada a racionalidade interior dos postulados procedimentais que animam o direito como redutor de complexidades, entre o mundo da vida e o sistema. A cooriginariedade de moral e direito, pois, assinala essa harmonia regulativa originária, de modo a não romper o lastro de legitimidade orientador do nascimento (vigência) e aplicação (validade) das normas jurídicas. Com isso, evitam-se dois resultados radicais, repugnantes à filosofia de Habermas, quais sejam, segundo José Manuel Aroso Linhares (1989, p. 104), "(a) a de um direito-*medium* 'livre' de validade (e de fundamentação) – subordinado sem condições à necessidade do 'sistema' (direito-instrumento) ou a impor já autonomamente uma ação estratégica refletida e universal (direito-ordem de finalidade); (b) a de uma moral não apenas 'livre' de direito mas também 'livre' de institucionalização – entregue ao puro quadro normativo de uma plenitude discursiva (potencial)".

O cenário atual de direitos fundamentais positivados por princípios conceitualmente abertos, desde os quais se operam teorias de aplicabilidade nos diferentes níveis funcionais do Estado, inclusive de modo a sugerir o potencial transformador na

4 Habermas (2002, p. 511-534). É pertinente mencionar, entretanto, a posição de Günther Teubner (1993, p. 93), o qual rejeita o rótulo de a autopoiesis promover uma desumanização do direito. Pelo contrário, segundo ele, "no universo da autopoiesis, o indivíduo que se dizia morto ganha assim até uma nova vitalidade", porque essa perspectiva contempla "o pensamento humano e a comunicação social como esferas autônomas que se reproduzem a si próprias de acordo com uma lógica própria e independente".

esteira da jurisdição, legítima, assim, a conexão proposta por Habermas entre o mundo da vida e a racionalidade técnica proposta pelo direito. Dito vínculo, remontado no nível da articulação originária do discurso jurídico, por força dos discursos de fundamentação, erigidos pelo processo legislativo, contudo, jamais impedirá, pela impossibilidade ontológica (existencial) de o abstrato albergar as hipóteses concretas de interpretação (*applicatio*<sup>5</sup>), encerrar a abertura para outras respostas legítimas, em facticidade normativa, em consonância com a Constituição.<sup>6</sup>

Estamos diante, portanto, daquele paradoxo hermenêutico, o qual vindica, ao mesmo tempo, um caráter de normatividade e adequação de coerência concreta, ou seja, a depender do *medium* interpretativo da própria aplicação, cuja procedência não repousa em uma teoria metodológica sobre como aceder à resposta correta, senão do próprio compasso fundamentador *in loco*, a repudiar relativismos e arbitrariedades tão comuns às posturas críticas direcionadas à hermenêutica filosófica. Em suma, não se abdica do caso concreto para efeito de cogitar de interpretações constitucionais (“a” resposta correta); tampouco se cogita de qualquer resposta ao sabor das circunstâncias da situação.

Assim, merece ser vista com ressalvas hermenêuticas a tese omniabarcadora habermasiana segundo a qual ética e moral de-

vem se unir ao fluxo comunicativo da sociedade, materializada e canalizada por regras procedimentais constitucionalmente definidas e respeitadas por todos. Dita procedência, se bem-vinda na pretensão democrática e apaziguadora peculiar à formação, abstrata, das normas jurídicas, amparada, respectivamente, no reclamo de inclusão social comunicativa e na estabilização de expectativas, não exaure o potencial hermenêutico em que a situação concreta – e tão somente ela – revalidará o espectro normativo pré-validado em nível de fundamentação.

Na postura procedimentalista de Habermas, é possível antever em sua arquitetura filosófica o cuidado e o zelo para com certos limites – substanciais – impostos àqueles que estão autorizados a criar as normas jurídicas. Uma vez respeitado o conteúdo normativo (axiológico) pressuposto no conceito de validade legislativa, para efeito de se erigirem as regras e os princípios do sistema jurídico, poder-se-á retirar o fundamento teórico para o discernimento entre o aspecto deontológico daqueles mandamentos e o sentido teleológico dos valores. Ao proceder assim, Habermas justificará por que motivo sua única resposta correta resulta procedural, isto é, obtida da validade jurídica de um princípio de adequação deduzido de uma norma válida, em que não se indagam sobre valores ou a respeito da justeza interpretativa do caso, senão a partir da coerência emanada da própria legislação.<sup>7</sup>

A contradição nevrálgica nas teorias discursivas ou procedimentais do direito, aqui qualificadas na postura de Habermas, especialmente nos argumentos esposados em *Facticidade e validade*, está em pretender exaurir e reduzir no processo de formação democrática da legislação as inúmeras possibilidades interpretativas apenas verificáveis em seu respectivo confronto situacional de aplicação. Ora, essa formação discursiva legislativa, na qual o direito entra em contato com a moral (cooriginariedade), traz em si mesma uma justificação insuficiente

5 A noção de *applicatio*, trabalhada por Gadamer em sua obra *Verdade e método*, consiste na intangibilidade da concretização judicial pelas medidas compressoras e antecipatórias do abstrato metafísico. Não existe uma separação no processo interpretativo, pois a interpretação é *applicatio*, como o próprio Gadamer afirma: “a aplicação é um momento tão essencial e integrante do processo hermenêutico como a compreensão e a interpretação”. Assim, Gadamer afasta a possibilidade de segregarmos as etapas da interpretação, pregada pela “velha hermenêutica”, que dividia a realização da compreensão em três momentos: *subtilitas intelligendi* (compreensão), *subtilitas explicandi* (interpretação) e *subtilitas applicandi* (aplicação). Portanto, com a noção gadameriana de *applicatio*, a interpretação não se dá por fatias, e o intérprete não interpreta para compreender, pois, quando a interpretação ocorre, o intérprete já compreendeu. Nesse sentido, “falar-se em hermenêutica jurídica é falar de hermenêutica jurídico-concreta (factual)”. Com isso, “na medida em que a hermenêutica é modo de ser, que emerge da facticidade e da existencialidade do intérprete a partir de sua condição (intersubjetiva) de ser-no-mundo, os textos jurídicos” – leia-se, em sua devida copertença interpretativa para o caso – “não ex-surgem em sua abstratidade, a-temporal e a-histórica, alienados do mundo da vida”, “pois uma coisa (algo) só adquire sentido como coisa (algo) na medida em que é interpretada (compreendida ‘como’ algo)” (Gadamer, ano, p. 406-407).

6 Não se pode fazer coincidir o plano da validade com o da adequação, este interpretativo, aquele em nível abstrato, ainda que a teoria de Klaus Günther vislumbre mitigar a força condicionadora do discurso prévio em Habermas, generalizável e comum (supostamente unívoco), de justificação e fundamentação.

7 Habermas (1997, p. 314-323). O autor afirma, nesse sentido, que o ceticismo de J. H. Ely acerca da interpretação dirigida por princípios e da jurisprudência fundada em valores peca na origem, tendo em vista que “o próprio conceito de procedimento democrático apoia-se num princípio de justiça” (Habermas, 1997, p. 328).

como critério definitivo para decisões, a despeito de seu nascedouro democrático avalizado pela vontade geral. Pensar o contrário significa creditar nos discursos de fundamentação a palavra antecipada para a resolução dos conflitos, em uma espécie de retorno à hermenêutica romântica em busca das pegadas do respectivo autor ou do apego à literalidade normativa.<sup>8</sup>

Por isso é que a extrapolação filosófica por Apel da fundamentação última reflexiva para a ética discursiva com sua tônica pragmático-transcendental parece-nos mais consentânea – operacionalmente falando – diante dos precários ajustes entre o legislador e os tribunais constitucionais, ou, em outros termos, entre democracia e direitos fundamentais. O conteúdo normativo das pressuposições argumentativas que alicerçam o princípio U e o princípio D, arquitetados formalmente por intermédio da generalização tributária do juízo de imparcialidade e do juízo de igualdade, tem força vinculante performativa capaz de extrair de sua certificação reflexiva normas básicas de complementação decisória bem contextualizadas ao devir histórico. Trata-se do postulado apeliano da corresponsabilidade orientada para o futuro, uma extrapolação não acompanhada por Habermas, que a faz tomar em reprovação como uma ideia metafilosófica.

Não nos parece que o princípio complementar de Apel ostente a condição de uma bússola moral imprecisa ou, no limite, arbitrária, a tal ponto de desconhecer os ganhos da juridicidade democrática institucionalizada por força do poder político. Como se sabe, o princípio da responsabilidade constitui a parte B de uma ética discursiva já estruturada abstratamente em sua feição preliminar (parte A) acolhida por ele e por Habermas. Além disso, parece prematuro concluir, como faz Habermas contra Apel, que a autorreflexão sobre as normas pressupostas na argumentação para o fito de endossar ou rechaçar obrigações morais complementares ao sistema democrático de produção de normas tenha de ocorrer sem nenhuma mediação. As de-

mocracias constitucionais contemporâneas, por exemplo, quase em sua totalidade, contam com aparatos institucionais que medeiam as condições de nossa existência social para além do parlamento: pense-se, assim, na função desempenhada pelas cortes constitucionais, as quais não raramente produzem um discurso de notória complementaridade ao discurso legislativo vigente. Dessa forma, a proposta de Apel não seria destituída de meios (mediação) para sua procedência reflexiva dentro dos órgãos e das instituições legitimados pela própria democracia.

Poder-se-ia consentir, no máximo, que Apel sobrecarrega o discurso do filósofo ao procurar embutir na ética discursiva o pronunciamento pragmático-transcendental de sua proposta de fundamentação última de maneira a fornecer o certificado do compromisso de uma moral capaz de empreender perspectivas de sucesso histórico em face do arcabouço normativo abstrato configurado procedimentalmente mediante o cumprimento das regras do jogo democrático. Entretanto, não se vê como a autorreflexão filosófica possa ser categorizada, como o faz Habermas, com tintas tão ingênuas, como se Apel estivesse a propugnar em torno de uma evidência infalível e intuitiva de alguém que, já treinado na reflexão, se subtraísse autoritariamente da roda do discurso e, pior, para todo o sempre. Mais uma vez, a incompreensão prevalece em face da discordância, pois Habermas supõe que o argumento pragmático-transcendental apeliano no tocante ao papel da fundamentação última ignore o contexto pragmático de uma razão revisitada reflexivamente: a ultimação em Apel jamais foi definitiva, tanto quanto o princípio da responsabilidade por ele propagado, ao ser contextualmente banhado, não poderia chegar ao alcance do desaparecimento repentino da história.

<sup>8</sup> É bom que se diga que as formas de argumentação envolvidas no processo judicial não se conformam em saber qual norma jurídica é aplicável ao caso, senão em vislumbrar, para além dessa operação, qual sentido ou interpretação dessa norma se revelam mais consentâneos com os princípios constitucionais de justiça e os direitos fundamentais.

## Referências

APEL, Karl-Otto. **Teoría de la verdad y ética del discurso**. Barcelona: Paidós, 1991.

\_\_\_\_\_. **Fundamentação normativa da teoria crítica**: recorrendo à eticidade do mundo da vida e dissolução da ética do discurso?. In: MOREIRA, Luiz (Org.). **Com Habermas contra Habermas**. São Paulo: Landy, 2004.

BOUCHINDHOMME, C. A origem da controvérsia entre Apel e Habermas: uma briga de família I. In: ROCHLITZ, R. **Habermas: o uso público da razão**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2005.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

\_\_\_\_\_. **O discurso filosófico da modernidade**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

\_\_\_\_\_. Sobre a arquitetônica da diferenciação do discurso: pequena réplica a uma grande controvérsia. In: **Entre naturalismo e religião**: estudos filosóficos. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2007.

LINHARES, José Manuel Aroso. **Habermas e a universalidade do direito**. Coimbra: Coimbra, 1989.

SAFRANSKI, Rüdiger. **Heidegger**: um mestre da Alemanha entre o bem e o mal. São Paulo: Geração, 2000.

TEUBNER, Günther. **O direito como sistema autopoietico**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993.

VALLS, Alvaro L. M. **Estudos de estética e filosofia da arte**: numa perspectiva adorniana. Porto Alegre: UFRGS, 2002.

VÁZQUEZ, Adolfo Sánchez. **Filosofia e circunstâncias**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.

# DIREITOS HUMANOS E DESLOCAMENTOS: O RISCO DE (IN) JUSTIÇA E RACISMO AMBIENTAL \*

Bruno Heringer Junior\*\*

Raquel Fabiana Lopes Sparemberger\*\*\*

\* Artigo elaborado como resultado de pesquisas que se desenvolvem no Programa de Mestrado em Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público (FMP), área de concentração Tutelas à Efetivação de Direitos Indisponíveis, linha Tutelas à Efetivação de Direitos Públicos Incondicionados.

\*\* Doutor e mestre em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (Unisinos/RS). Professor dos cursos de graduação em Direito e do Programa de Pós-graduação (Mestrado) em Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público (FMP/RS) e coordenador do curso de Especialização em Direito Penal e Processual Penal da Faculdade de Direito da FMP/RS. Promotor de justiça.

\*\*\* Tem pós-doutorado em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Doutora em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Professora dos cursos de Graduação em Direito e do Programa de Pós-graduação (Mestrado) em Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público (FMP/RS) e do Mestrado em Direito e Justiça Social da Universidade Federal do Rio Grande (FURG). Professora visitante na Universidade Regional de Blumenau (Furb). Pesquisadora CNPq, Capes e Fapergs.



## Resumo

Este texto faz uma breve contextualização da problemática dos refugiados/deslocados/migrantes por problemas ambientais, gerada pelo desequilíbrio na natureza como fruto, ou não, da ação humana. Reflete sobre a concepção contemporânea dos direitos humanos, evidenciando as simetrias e assimetrias em relação à proteção desses migrantes.

**Palavras-chave:** direitos humanos, refugiados, deslocados, migrantes ambientais.

## Abstract

This text gives a brief background of the issue of refugees/displaced/migrant by environmental problems, caused by an imbalance in nature as the fruit or not human action. Reflects on the contemporary concept of human rights, highlighting the symmetries and asymmetries in the protection of migrants.

**Keywords:** human rights, refugees, displaced persons, migrants environmental.

## Introdução

Os desastres ambientais e os riscos de desastres, sejam eles de origens naturais ou decorrentes da ação do ser humano, se apresentam como um dos grandes temas do direito contemporâneo no que diz respeito ao agravamento dos riscos decorrentes do desenvolvimento tecnológico e, principalmente, pelas consequências humanitárias advindas desses fenômenos.

Os riscos ambientais não são equitativamente distribuídos, o que preconiza o movimento da justiça ambiental, e fatores como a pobreza associados à vulnerabilidade de populações e comunidades inteiras estão no centro da distribuição desses riscos. Em razão disso, pode-se constatar que a exposição de pessoas vulneráveis aos riscos de desastres ecológicos contribui para uma maior violação dos direitos humanos.

A migração, permanente ou temporária, tem sido sempre uma tradicional resposta ou estratégia de sobrevivência das pessoas ou populações que se confrontam com essa perspectiva, impacto ou consequência dos desastres ambientais. A complexidade das causas que originam o deslocamento da população não torna unânime a definição de uma expressão única que designe os movimentos populacionais relacionados com questões ambientais. Excluindo-se as catástrofes ambientais, em que os deslocamentos são forçados e inevitáveis por não haver quaisquer condições de sobrevivência no local atingido, a grande maioria dos casos restantes pode apresentar múltiplas variáveis, que, somadas, resultam na decisão de deslocar-se.

O problema dessas pessoas ou populações, classificadas neste trabalho como migrantes ambientais, que compreendem aqueles indivíduos que se deslocam dentro de seus próprios países, ou internacionalmente, fugindo da ação de acontecimentos naturais ou provocados pelo ser humano (como o desenvolvimento de projetos de infraestrutura, que incluem a construção de usinas hidrelétricas, barragens, estradas, ferrovias, projetos de irrigação etc.), ou do risco de desastres, mesmo influencia-

dos por causas que, embora decorrentes de fatores ambientais, ainda permitam a permanência no local.

## Direitos humanos e reconhecimento

O reconhecimento ou a política do reconhecimento representa um debate fundamental na teoria política contemporânea, sendo desenvolvido especialmente por Axel Honneth<sup>1</sup> e Charles Taylor<sup>2</sup>, que buscaram conceitualizar a origem das injustiças culturais por meio de uma teoria do reconhecimento. Nessa linha também asseveram Boaventura de Sousa Santos e Joaquim Herrera Flores (2009), que trabalham com a ideia de que é necessário o reconhecimento da diferença em espaços de diálogo entre tradições culturais diversas, “objetivando alcançar uma universalidade legítima dos direitos humanos contra-hegemônicos” (SANTOS, 2003, p. 428-461).

Esses autores demonstram a importância da “consciência de incompletude das próprias construções culturais para a construção do novo paradigma” e asseveram que tais fatores poderiam fazer surgir, gradativamente, um “consenso normativo verdadeiramente universal de direitos humanos, livre de normas e valores impostos pelas potências hegemônicas da globalização econômica” (BARROS FILHO, 2007, p. 133). Segundo esse autor, “o debate universalismo versus relativismo cultural” (BARROS FILHO, 2007, p. 127) apresenta polos contrários à proposta intercultural, explicitando que tais extremismos ora levam ao etnocentrismo,<sup>3</sup> ora tem as inúmeras realidades culturais

1 Um dos nomes mais representativos da terceira geração da Escola de Frankfurt, discípulo de Habermas, sociólogo e filósofo contemporâneo, com ideias sobre a gramática moral dos conflitos sociais em torno da trama do reconhecimento. Ver Honneth (2003).

2 A relevância da contribuição de Charles Taylor para a discussão acerca do multiculturalismo adquire a configuração do binômio identidade-reconhecimento. Após a publicação do escrito *The politics of recognition*, o pensador canadense tornou-se um ponto de referência no contexto do *liberal-communitarian debate*, por ter pensado o problema da convivência entre diversidades culturais de uma forma que pretende conciliar posturas conflitantes. Ver Taylor (1998).

3 Ação que eleva a categoria de universal, os valores da sociedade a que se pertence. Considera que o que é um bem para um necessariamente também é para o outro. Trata-se de um posicionamento assimilacionista, por meio de uma postura egoísta e paternalista, possuidora de complexo de superioridade. Consiste em julgar as crenças, as tradições, os comportamentos e os costumes de

como absolutas e incapazes de questionamento. Assim, aduz que o relativismo não leva a uma concepção construtivista de direitos humanos por não apresentar uma busca da construção conjunta dos paradigmas e caracteriza o universalismo ocidental como a manifestação de localismos globalizados<sup>4</sup> (referindo-se à globalização excludente) e que, por tal motivo, este último se afasta de qualquer concepção alternativa de direitos humanos.

Como se pode perceber, não há como falar de universalismo dos direitos humanos sem vinculá-lo a questões pertinentes à globalização, até porque existe uma posição doutrinária quase que dominante que trata a globalização como causa expansiva da perda de identidades culturais.

Diante das diversas e diferentes opiniões apresentadas, chega-se ao que parece mais adequado no que tange ao respeito à diversidade cultural e à garantia de não violação da dignidade da pessoa humana, bem como à possibilidade de garantir aos indivíduos um “mínimo universal”. Segundo Requejo, o caráter “universal” de certos direitos contidos na Declaração de 1948 é questionável. O autor afirma que a conveniência de respeitar e proteger um conjunto de direitos para todas as pessoas como base da legitimidade dos sistemas políticos ficou explícito na referida Declaração e que tal conjunto de direitos não supõe determinado estilo de vida, mas um conjunto de condições que se presume necessárias para desenvolver uma vida com dignidade. Cabe, assim, a reflexão sobre se os direitos da Declaração con- dizem com o caráter multicultural do mundo (REQUEJO, 2006).

Expõe ainda o autor que há alguns direitos que parecem comuns, de uma perspectiva moral e transcultural, como o acesso a condições mínimas de habitação, alimentação, segurança ou até mesmo a proteção contra a tortura e práticas de genocídio. Mas nem todos os direitos têm essa característica de “essen-

ciais”, e com isso o que deve ser observado é o respeito às diferentes concepções morais que se têm sobre alguns outros direitos. Entenda-se, por exemplo, que não se pode equiparar a decisão de um Estado de favorecer determinada religião – uma vez que a Declaração pretende a neutralidade no tocante a tal assunto – com a decisão de praticar torturas ou genocídios (REQUEJO, 2006).

Diante do exposto, percebe-se que esse autor defende que, da perspectiva multicultural dos direitos humanos, devem ser distinguidos os direitos que constituem condições essenciais para o desenvolvimento de uma vida plenamente humana dos direitos que, apesar de amplamente aceitos nas sociedades liberais ocidentais, não são indispensáveis. Assim, é necessário, em conjunto com o respeito aos direitos humanos e às realidades culturais, o reconhecimento dos indivíduos e de seus direitos.

O reconhecimento é pensado por Bhabha (1998) como não sendo apenas um intercâmbio entre pessoas, mas como uma aceitação entre grupos. A temática do reconhecimento traz para o debate as diferenças sociais, disposições psíquicas, discriminações morais e políticas. Nesse sentido, o reconhecimento seria a capacidade de representar e regular a ambivalência que é gerada, dados os fluxos migratórios, e que pode resultar em injustiça, discriminação, pobreza, racismo, entre outras formas de sofrimento injusto, que podem levar a reafirmação, resistência e transformação com vistas ao reconhecimento.

## Ambiente e migração: desastres ambientais e deslocamentos

Na perspectiva do exposto, são frequentes as notícias de desastres ambientais de proporções significativas e com número alto de vítimas e desabrigados. As mudanças climáticas também têm sido noticiadas, estudadas e têm causado preocupação no meio científico. A consequência dos desastres naturais e das severas alterações climáticas é que grupos de pessoas não

outras culturas a partir de parâmetros de referência da cultura própria. Ver Gervás (2002, p. 18, tradução nossa).

4 Para Boaventura de Sousa Santos (2003, p. 435), “a primeira forma de globalização é o *localismo globalizado*. Consiste no processo pelo qual determinado fenômeno local é globalizado com sucesso, seja a actividade mundial das multinacionais, a transformação da língua inglesa em *língua franca*, a globalização do *fast food* americano ou da sua música popular, ou a adopção mundial das leis de propriedade intelectual ou de telecomunicações dos EUA”.

têm como permanecer naquele local, sendo forçados a mudar, a buscar novo lugar para se estabelecer (GOMES, 2015).

Para Sparemberger (2015, p. 729), as alterações climáticas devem ser pensadas como questões humanitárias, uma vez que migrações, alterações climáticas, degradação ambiental e violação aos direitos humanos se mostram inter-relacionadas, fazendo-se necessário pensar a proteção dos direitos dos migrantes ou refugiados ambientais.

Quando as pessoas saem de um local devastado por desastres ambientais, está claro que não o fazem voluntariamente, não o fazem buscando novos horizontes, crescimento, conhecimento, aventura; o fazem porque não há opção, não há possibilidade de vida saudável naquele local e a única coisa a fazer é buscar abrigo em um novo.

Segundo Gomes (2015), o fenômeno é facilmente compreendido como refúgio, migração forçada, porque não há condição de ficar, com graves violações a direitos humanos, medo, insegurança, revelando-se a impossibilidade de permanecer. Assim, se a leitura do movimento migratório se fizer pelo viés da motivação, pensa-se imediatamente em refúgio; no entanto, pelo fato de a convenção que trata do refúgio ter se constituído em momento diverso, anterior ao cenário que ora se delineia, não foi contemplada a perspectiva do refúgio ambiental, propondo-se a releitura do referido instituto à luz dos problemas atuais que tocam na questão.

Sparemberger (2015, p. 736) ressalta a importância dos princípios jurídicos nesse contexto, pois estes representam um embasamento sólido para que se construam alternativas duradouras envolvendo as pessoas, os Estados e os órgãos de assistência humanitária. O comprometimento de cada um dos atores envolvidos poderá assegurar, na visão da autora, a proteção adequada àqueles que se movimentam por razões ambientais.

A preocupação central de tal temática é com a dignidade, a cultura e os direitos dessas pessoas. Nessa linha, o meio ambiente é um tema de grande preocupação existente entre os governos de todo o mundo. A degradação ambiental atinge

níveis alarmantes, e a destruição de ecossistemas vem provocando a migração forçada de pessoas atingidas por catástrofes ambientais em todo o mundo. As formas e as consequências dessas agressões ao meio ambiente assumiram, na contemporaneidade, níveis inquietantes, principalmente pela atuação dos países industrializados e da sociedade, grandes produtores de riscos ecológicos. As alterações climáticas devem ser perspectivadas como uma questão humanitária, dando como enfoque a mobilidade das populações. Migrações, alterações climáticas, degradação ambiental e violação dos direitos humanos estão inter-relacionadas, pois fenômenos naturais e, principalmente, aqueles em decorrência são causas de movimentos migratórios complexos, dentro de Estados ou pelas fronteiras, e, dessa forma, estabelece-se a necessidade de proteger os direitos dessas pessoas. Por outro lado, fluxos populacionais podem gerar efeitos significativos nos ecossistemas, com repercussões ambientais nas áreas de origem, de destino e nas rotas migratórias intermediárias, contribuindo também para a degradação ambiental. Há ainda a preocupação com a perda de identidade dessas populações que se deslocam além de suas fronteiras, incorporando-se em outra região com enormes diferenças culturais, sociais e religiosas. Com a emergência desses novos parâmetros migratórios, os conceitos tradicionais para caracterizar os diferentes tipos de movimentação tornam-se ambíguos e precisam ser revistos.

As migrações ambientais podem ocorrer interna, regional ou internacionalmente, variando em níveis de distância e duração (consoante a catástrofe ambiental e seu impacto), e podem ser voluntárias ou forçadas.

Apesar de derivarem de problemas ambientais, essas migrações geram problemas políticos, sociais e econômicos, como tensões populacionais, escassez de terras, desemprego, urbanização célere e uma categoria denominada racismo ambiental.

Há, nesse sentido, no atual cenário mundial, local e jurídico, um aumento significativo de pessoas deslocadas por causas ambientais, que se elevará significativamente até a metade deste século, produzindo uma quantidade enorme de indiví-



duos que, repentinamente ou em face de um processo gradual de destruição do meio ambiente, serão forçados a abandonar seus lares em busca de outro lugar onde lhe seja garantida a sobrevivência. Estima-se, inclusive, que o número de pessoas deslocadas por questões ambientais já supera a própria quantidade de refugiados perseguidos por razões políticas, sociais ou religiosas. A proteção a essas pessoas foi sistematizada durante o século passado, ganhando força após o término da Segunda Guerra Mundial e a criação das Nações Unidas, quando se instituiu o primeiro acordo global para tratar dos destinos dos refugiados. Contudo, em nenhum momento os problemas ambientais que provocam deslocamentos foram apontados, nem mesmo nos protocolos que posteriormente foram elaborados, até mesmo porque a quantidade de pessoas que se movimentavam por essas razões era incomparavelmente menor aos refugiados de guerra, por exemplo. As evidências de que o desequilíbrio ambiental alterará o modo de vida de populações inteiras, principalmente se os cenários projetados em decorrência das alterações climáticas se efetivarem, exigirão um esforço mundial no sentido de dirimir as consequências dessas mudanças sobre a vida das pessoas. Nesse sentido, do mesmo modo que o aquecimento global irá interferir na produção de alimentos, diminuindo as áreas agricultáveis em razão da intensificação de secas, enchentes e outros eventos, também irá se agravar o problema dos deslocados por causas ambientais, não se permitindo, em muitos casos, a permanência das pessoas em seus lugares de origem. Tais pressupostos requerem que se sistematizem mecanismos políticos e jurídicos capazes de lhes garantir amparo, de modo a prover-lhes os direitos fundamentais quando tiverem de abandonar seus lares, ainda que seu destino seja outra região dentro de seus próprios países.

Nos últimos anos, a discussão sobre as pessoas deslocadas por razões ambientais tem ocupado espaços importantes dentro de organismos supranacionais, resultando em avanços significativos quanto a essa matéria. Não bastassem as diversas declarações internacionais, que, em algum momento, se relacionam com os migrantes ambientais, como as resultantes

da Convenção das Nações Unidas de Combate à Desertificação, de 1994, e da Conferência Mundial sobre a Redução de Desastres, de 2005, outros documentos têm sido produzidos, especificamente, sobre o tema, contudo sem o mesmo respaldo internacional, uma vez que ainda não há um acordo, aprovado em escala global, que possa ser usado como referência na questão dos deslocados ambientais.

A proteção das pessoas que se deslocam por causas ambientais envolve uma série de discussões, algumas delas que não se referem diretamente a conteúdos científicos, jurídicos ou políticos. A necessidade de se estabelecer um regimento, no contexto internacional, que atribua obrigações à comunidade mundial para com as populações deslocadas é apenas um dos elementos a serem observados no contexto da ampliação da proteção a esses grupos. Desse modo, também questões que envolvam os fundamentos da sociedade, os valores culturais, os princípios morais e éticos que orientam os relacionamentos entre cidadãos, entre grupos sociais, comunidades e países precisam ser discutidas, até mesmo porque as migrações por causas ambientais compreendem prováveis situações de integração muito diferentes daquelas vistas até os dias atuais. Contudo, os novos modelos de fluxos migratórios, originários de modificações no meio ambiente, que forçam as pessoas a se deslocarem apresentam enfoques diferentes dos anteriores, seja no que se refere à necessidade de um tratamento jurídico distinto, seja em relação a aspectos de convivência e respeito entre culturas desiguais. Sentimentos como tolerância mútua, hospitalidade e solidariedade são, nesse sentido, imprescindíveis para que os resultados não signifiquem tão somente uma exigência jurídica, mas um compromisso humanitário assumido entre um povo e outro de promover a dignidade por meio de sua aceitação, do acesso igualitário aos recursos naturais e da compensação destes quando da comprovação da responsabilidade de um Estado na causa que tenha provocado deslocamento, principalmente quando os afetados vierem de países economicamente vulneráveis. Weiss, atentando-se para o acesso aos recursos do meio ambiente, admite que: “A obrigação planetária de assegurar o

uso equitativo requer que essas populações tenham um acesso razoável aos recursos naturais, tais como a água doce e terra cultivável, ou seus benefícios.”<sup>5</sup>

Percebe-se, nesse sentido, que os cenários dos deslocados ambientais projetam o deslocamento de um grande número de pessoas dentro de seus próprios países ou para países diferentes, ou mesmo dentro de seus municípios por razões ambientais ou deslocamentos forçados.

Por tal razão, então, torna-se plausível que, do mesmo modo que se estabeleçam obrigações em nível de Estados para a proteção dos deslocados ambientais e a mitigação das consequências, também é coerente que as populações dos países que receberão esses migrantes também se responsabilizem pelo tratamento adequado deles, independentemente de uma situação ser definitiva ou temporária. Concretizar-se-ia, assim, o “direito universal de hospitalidade”, além do que se atenuaria o sentimento de perda daqueles que, por questões ambientais, tiveram de abandonar, forçadamente, seus lares. Contudo, os próprios autores consideram tal proposta muito ambiciosa e que, possivelmente, no momento atual, não lograria êxito em função da falta de apoio dos países mais desenvolvidos para que pudesse entrar em vigor, até mesmo porque estes já utilizam medidas bastante restritivas quanto às migrações por razões econômicas, defendendo o mesmo comportamento para aquelas motivadas por razões ambientais. Certamente, esses são os grandes desafios que circundam a problemática dos deslocados ambientais e que exigirão certa sensibilidade dos governantes e dos organismos internacionais para que as respostas dadas acabem por não tornar ainda mais complexa a questão. Os princípios jurídicos, nesse contexto, são importantes, pois podem oferecer um embasamento sólido para a construção de alternativas duradouras que envolvam a participação das pessoas, dos Estados e dos órgãos de assistência humanitária. Somente um conjunto de obrigações que comprometam todos os polos envolvidos será

suscetível de atingir todos os objetivos que envolvam a questão dos grupos que se movimentam por razões ambientais e, por tal razão, sofrem injustiças ou são vítimas de racismo ambiental.

## Migrações ou deslocamentos: (in)justiça e o racismo ambiental

Entende-se por (in)justiça ambiental<sup>6</sup> “o mecanismo pelo qual sociedades desiguais destinam a maior carga dos danos ambientais do desenvolvimento a grupos sociais de trabalhadores, populações de baixa renda, grupos raciais discriminados, populações marginalizadas e mais vulneráveis” (HERCULANO, 2008, p. 4). A discriminação ambiental, portanto, pode ser descrita como o tratamento díspar de determinado grupo ou comunidade com base em raça, classe ou outra característica distintiva. Tal movimento teve origem nos Estados Unidos, quando comunidades negras começaram a protestar contra a contaminação oriunda da poluição industrial a que eram constantemente submetidas. Assim, (in)justiça ambiental consiste em destinar uma carga desproporcional de riscos ambientais e demais consequências dos projetos desenvolvimentistas a grupos vulneráveis e fragilizados, aos quais não é oferecida qualquer oportunidade de optar, tampouco de manifestarem suas opiniões sobre seus destinos, tendo de “engolir” as decisões tomadas pelos governantes e pela elite dominante, pois, em decorrência da

5 No original, em espanhol: “La obligación planetaria de asegurar el uso equitativo requeriría que esas poblaciones tengan un acceso razonable a los recursos naturales, tales como el agua dulce, y la tierra cultivable, o sus beneficios” (WEIS, s.d., p. 87, tradução nossa).

6 A Rede Brasileira de Justiça Ambiental (RBJA) foi criada em setembro de 2001, quando representantes de movimentos sociais, sindicatos, organizações não governamentais (ONGs), entidades ambientalistas, organizações afrodescendentes e indígenas, e pesquisadores universitários do Brasil – com a presença de convidados dos EUA, Chile e Uruguai – se reuniram no Colóquio Internacional sobre Justiça Ambiental, Trabalho e Cidadania, na Universidade Federal Fluminense (UFF), na cidade de Niterói (RJ). As discussões se centraram no fato de o modelo de desenvolvimento dominante no Brasil destinar as maiores cargas de danos ambientais às populações socialmente mais vulneráveis – os setores mais pobres e miseráveis da sociedade –, refletindo a enorme concentração de poder na apropriação do território e dos recursos naturais que caracteriza a história brasileira. Posteriormente, uma declaração de lançamento e divulgação de seus princípios foi lançada no Fórum Social Mundial de Porto Alegre, em 2002, espaço que tem se destacado como privilegiado para a articulação de entidades e movimentos por justiça ambiental no Brasil e no mundo. Ver Herculano (2008, p. 4).

vulnerabilidade em que se encontram, não têm condições de agir de outra forma (FORMENTINI, 2010).

Na gênese, percebe-se que as lutas por justiça ambiental levam em conta principalmente pautas de equidade e igualdade ambientais e são marcadas pelos movimentos contrários ao racismo ambiental. Segundo Bullard (2004), o racismo ambiental “se refere a políticas, práticas ou diretrizes ambientais que afetam diferentemente ou de forma desvantajosa (seja intencionalmente ou não) indivíduos, grupos ou comunidades com base na cor ou raça, podendo ser reforçadas por instituições governamentais, jurídicas, econômicas, políticas e militares”. Selene Herculano ressalta que a prática do racismo ambiental diz respeito a um tipo de desigualdade e de injustiça ambiental muito específico: o que recai sobre suas etnias, bem como sobre todo grupo de populações ditas tradicionais – ribeirinhos, extrativistas, geraizeiros, pescadores, pantaneiros, caiçaras, vazanteiros, ciganos, pomeranos, comunidades de terreiro, faxinais, quilombolas etc. – que têm se defrontado com a “chegada do estranho”, isto é, grandes empreendimentos desenvolvimentistas – barragens, projetos de monocultura, carcinicultura, maricultura, hidrovias e rodovias – que as expõem de seus territórios e desorganizam suas culturas, seja empurrando-as para as favelas das periferias urbanas, seja forçando-as a conviver com um cotidiano de envenenamento e degradação de seus ambientes de vida (HERCULANO, 2008, p. 16). Tendo em conta esse caráter do racismo ambiental, percebe-se se tratar de uma forma institucionalizada de discriminação, a qual consiste em “ações ou práticas realizadas por membros de grupos (raciais ou étnicos) dominantes que têm particular impacto desvantajoso em membros de grupos (raciais ou étnicos) subordinados” (BULLARD, 2004).

Na atualidade, é possível constatar diversos casos de racismo ambiental no mundo e no Brasil.

Existe no Brasil em especial um mapa do racismo ambiental ou de conflitos ambientais,<sup>7</sup> basta atentar para os detalhes

e desnudar-se das ideias de desenvolvimento tecnológico, progresso, industrialização e crescimento econômico, voltando-se mais para as questões referentes ao meio ambiente, à dignidade e ao bem-estar dos indivíduos, respeitadas as diferenças culturais e pessoais de cada um. Diante das situações de racismo ambiental, são diversos e complexos os desafios a serem enfrentados, principalmente no que tange aos âmbitos social, político e jurídico. Primeiramente, o Estado deverá implementar políticas públicas que visem a adequar as comunidades discriminadas, promovendo e criando programas que retirem essas pessoas das situações que as marginalizam e as submetem a condições ambientais precárias e desumanas. Para isso, será importante realizar contato direto com as comunidades afetadas para descobrir suas necessidades e perspectivas. No que tange aos desafios políticos, cabe à administração pública tomar ciência da gravidade dos problemas decorrentes do desenvolvimento tecnológico irresponsável e despreocupado com os efeitos por

---

os detalhes dos impactos ambientais e de saúde. As informações destacadas nos casos revelam posições assumidas por parcela expressiva das populações atingidas, seja a partir de suas experiências, seja a partir de relatórios e artigos desenvolvidos por entidades, ONGs e instituições parceiras, inclusive grupos acadêmicos, instituições governamentais, ministérios públicos ou órgãos do Judiciário. O fato de tais posições serem muitas vezes contraditórias com as versões apresentadas por outras instituições ou empresas envolvidas expressa, mais que o grau de incerteza e falta de informações existentes, o nível de conflito e de dificuldades no encaminhamento de soluções que atendam aos interesses legítimos das populações atingidas. Ao privilegiarmos a visão de tais populações, buscando não cair em reducionismos ou denúncias inconsequentes, estamos contribuindo, acreditamos, para o papel de dialogar com a sociedade e transformá-la para que sejamos mais democráticos, sustentáveis e saudáveis. As fontes de informação privilegiadas e sistematizadas nos casos apresentados seguiram essa orientação e provêm, em grande parte, do acúmulo da RBJA, incluindo a experiência de suas entidades, suas discussões e seus grupos de trabalho (GTs). Entre eles, destacamos o GT Químicos e o GT Racismo Ambiental, sendo deste último um levantamento inicial do Mapa do Racismo Ambiental no Brasil. Parcelas dos documentos que circulam na RBJA e em seus GTs encontram-se disponibilizadas no Banco Temático, ferramenta construída pela Fiocruz e Fase acessível na internet que permite a busca e a consulta de documentos. O levantamento teve como recorte denúncias existentes desde janeiro de 2006, mesmo que suas origens fossem anteriores a essa data. Para o fichamento dos casos, foram considerados, entre outros, os seguintes itens:

- o tipo de população atingida e o local do conflito, como povos indígenas, operários(as), quilombolas, agricultores(as) familiares, moradores(as) em encostas, ribeirinhos(as), pescadores(as) e outros(as) tantos(as), urbanos(as) ou rurais;
- tipo de dano à saúde (contaminação por chumbo, desnutrição, violência física, entre outros) e de agravo ambiental (desmatamento, queimada, contaminação do solo e das águas por agrotóxicos, por exemplo);
- a síntese do conflito e seu contexto ampliado, apresentando os principais responsáveis pelo conflito, as entidades e populações envolvidas na luta por justiça ambiental, os apoios recebidos ou não (como participação de órgãos governamentais, do Ministério Público e de parceiros da sociedade civil), as soluções buscadas e/ou encontradas (*Mapa de conflitos...*, s.d.).

7 O mapeamento dos conflitos ambientais realizado tem por foco a visão das populações atingidas, suas demandas, estratégias de resistência e propostas de encaminhamento. O estudo não desenvolveu trabalhos e avaliações de campo que aprofundassem, do ponto de vista técnico-científico,

ele provocados aos mais diversos e indivíduos e grupos, direta ou indiretamente, em menor ou maior grau.

Já no plano jurídico, é preciso que os legitimados ativos para buscar a tutela ambiental tenham consciência de seu importante papel de transformadores da realidade, pois os instrumentos jurídicos disponíveis podem contribuir muito para que os geradores dos problemas ambientais sejam freados em suas atitudes.

## Considerações finais

Assim que a situação das migrações ambientais for reconhecida internacionalmente, esses indivíduos devem ter garantidos seus direitos humanos básicos, e a magnitude desse problema pode ser reduzida substancialmente. À medida que as causas das degradações ambientais puderem ser efetivamente mitigadas, as pressões que forcem as populações a migrar de seus ambientes podem ser também reduzidas.

Diante disso, todos os problemas ambientais geradores dos fluxos migratórios podem ser reduzidos por cooperação e motivação internacional. Isso limitaria o tamanho e a enormidade do problema, bem como a pressão colocada na economia, na política e na estabilidade social do mundo. Além de ampliar a prevalência das estratégias de prevenção e precaução, o reconhecimento internacional dos migrantes ambientais deveria também estimular o desenvolvimento de uma compreensiva e efetiva estrutura de responsabilidade e ação internacional. Diante dos desastres e riscos ambientais, pode-se constatar que estes podem ser mitigados se as autoridades, os indivíduos e as comunidades em zonas de perigo estiverem bem preparados e prontos para agir e equipados com conhecimento e capacidades para uma efetiva gestão do risco e dos desastres.

## Referências

- BARROS FILHO, Mario Thadeu Leme de. Um novo caminho para o direito internacional: o papel da sociedade civil internacional na construção da concepção intercultural dos direitos humanos. In: PIOVESAN, Flavia; IKAWA, Daniela (Coord.). **Direitos humanos: fundamentos, proteção e implementação**. Curitiba: Juruá, 2007. v. 2.
- BHABHA, Homi K. **O local da cultura**. Belo Horizonte: UFMG, 1998.
- BULLARD, Robert. Enfrentando o racismo ambiental no século XXI. In: ACSELRAD, Henri; HERCULADO, Selene; PÁDUA, José Augusto (Org.). **Justiça ambiental e cidadania**. Rio de Janeiro: Relume Dumará/Fundação Ford, 2004.
- FLORES, Joaquim Herrera. **A (re)invenção dos direitos humanos**. Florianópolis: Fundação Boiteaux, 2009.
- FORMENTINI, Francieli. **Racismo ambiental: ação civil pública e tutelas de urgência como alternativas de minimização das consequências ambientais negativas**. Ijuí: Francieli Formentini, 2010.
- GERVÁS, Jesús Maria Aparício. **Educación intercultural en el aula de ciencias sociales**. Madri: Edle, 2002.
- GOMES, Márcia Letícia. **Entre o Senegal e o Brasil: migração, refúgio e direitos humanos na cidade do Rio Grande – RS**. Dissertação (Mestrado), Universidade Federal do Rio Grande, Rio Grande, 2015. 96 p. Disponível em: <<http://www.argo.furg.br/?BDTD10719>>.
- HERCULANO, Selene. **Lá como cá: conflito, injustiça e racismo ambiental**. [s.d.a]. Disponível em: <[http://sinop.unemat.br/site\\_antigo/prof/foto\\_p\\_downloads/fot\\_8304injustiya\\_e\\_bacismo\\_ambiental\\_pdf.pdf](http://sinop.unemat.br/site_antigo/prof/foto_p_downloads/fot_8304injustiya_e_bacismo_ambiental_pdf.pdf)>. Acesso em: 20 ago. 2009.
- \_\_\_\_\_. **Riscos e desigualdade social: a temática da justiça ambiental e sua construção no Brasil**. [s.d.b]. Disponível em: <[http://www.anppas.org.br/encontro\\_anual/encontro1/gt/teoria\\_meio\\_ambiente/Selene%20Herculano.pdf](http://www.anppas.org.br/encontro_anual/encontro1/gt/teoria_meio_ambiente/Selene%20Herculano.pdf)>. Acesso em: 20 set. 2009.
- \_\_\_\_\_. O clamor por justiça ambiental e contra o racismo ambiental. **Revista de Gestão Integrada em Saúde do Trabalho e Meio Ambiente**, v. 3, n. 1, jan./abr. 2008.



HONNETH, Axel. **Luta por reconhecimento**: a gramática moral dos conflitos sociais. São Paulo: Ed. 34, 2003.

MAPA de conflitos envolvendo injustiça ambiental e saúde no Brasil. [s.d.]. Disponível em: <<http://www.conflitoambiental.icict.fiocruz.br/index.php?pag=metodo>>. Acesso em: 28 jul. 2017.

MILESI, Rosita. **Refugiados e migrações forçadas**: uma reflexão aos 20 anos da Declaração de Cartagena. Disponível em: <<http://www.migrante.org.br/textoseartigos.htm>>. Acesso em: 17 jul. 2008.

REQUEJO, Ferran. **Multiculturalidad y derechos humanos**. 2006. Disponível em: <<http://mugakmed.efaber.net:3000/noticias/noticia/81117>>. Acesso em: 25 set. 2009.

SANTOS, Boaventura de Souza. Por uma concepção multicultural de direitos humanos. In: \_\_\_\_\_ (Org.). **Reconhecer para libertar**: os caminhos do cosmopolitismo multicultural. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003. p. 428-461.

\_\_\_\_\_. **A gramática do tempo**: para uma nova cultura política. São Paulo: Cortez, 2006.

\_\_\_\_\_; NUNES, João Arriscado. **Introdução**: para ampliar o cânone do reconhecimento, da diferença e da igualdade. In: \_\_\_\_\_ (Org.). **Reconhecer para libertar**: os caminhos do cosmopolitismo multicultural. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003. p. 25-68.

SPAREMBERGER, Raquel Fabiana Lopes. Migração e racismo ambiental: um olhar para a (in)sustentabilidade e para a (sub) cidadania. In: BESTER, Gisela Maria. **Direito e ambiente para uma democracia sustentável**: diálogos multidisciplinares entre Brasil e Portugal. Curitiba: Instituto Memória, 2015.

TAYLOR, Charles (Org.). **Multiculturalismo**. Lisboa: Instituto Piaget, 1998.

WEIS, Carlos. **O Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais**. [s.d.]. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/textos/tratado06.htm>>. Acesso em: 24 set. 2009.

# ATIVISMO JUDICIAL E SOCIEDADE DE RISCO: REFLEXOS NO ÂMBITO DA JURISDIÇÃO CRIMINAL JUDICIAL ACTIVISM AND RISK SOCIETY: REFLECTIONS IN THE SCOPE OF CRIMINAL JURISDICTION

André Machado Maya\*

\* Doutor em Ciências Criminais pela PUCRS; mestre em Ciências Criminais pela PUCRS; especialista em Direito do Estado pela UniRitter e em Ciências Penais pela PUCRS. Professor de Direito Penal e Processo Penal dos cursos de graduação e mestrado em Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul (FMP). Membro fundador e vice-presidente do Instituto Brasileiro de Direito Processual Penal (IBRASPP). E-mail de contato: <[andremmaya@gmail.com](mailto:andremmaya@gmail.com)>.

## Resumo

O artigo se propõe a examinar os reflexos do ativismo judicial em matéria penal em um cenário de expansão da intervenção penal relacionada com o incremento dos riscos inerentes à globalização e à complexidade da sociedade contemporânea. A este efeito, inicia-se o trabalho pela contextualização da expansão do controle penal no âmbito das sociedades de risco. Em um segundo momento, propõe-se uma delimitação do significado de ativismo judicial, a partir do seu desenvolvimento no âmbito da jurisdição constitucional norte-americana e alemã, para, ao final, com base em um precedente do Supremo Tribunal Federal, identificar os riscos da inversão de sentido do ativismo judicial, a partir do recurso à ponderação de princípios e do uso político da discricionariedade jurisdicional em matéria penal. Para tanto, adotou-se a metodologia dialética e a técnica de pesquisa bibliográfica.

**Palavras-chave:** Ativismo judicial; sociedade de risco; jurisdição criminal.

## Abstract

The article proposes to examine the effects of judicial activism in criminal matters in a scenario of expansion of criminal intervention related to the increasing risks inherent in globalization and the complexity of contemporary society. To this end, the work begins by contextualizing the expansion of criminal control in the scope of risk societies. Secondly, a definition of the meaning of judicial activism is proposed, starting from its development within the US and German constitutional jurisdiction, to finally, based on a precedent of the Federal Supreme Court, identify the risks of a reversal of judicial activism, based on the use of weighting principles and the political use of jurisdictional discretion in criminal matters. For that, the dialectical methodology and the bibliographic research technique were adopted.

**Key-words:** Judicial activism; risk society; criminal jurisdiction.

## Introdução

Em maio de 2017 foi realizado na Fundação Escola Superior do Ministério Público, por iniciativa do Programa de Pós-Graduação em Direito da instituição, o III Seminário Nacional sobre *tutelas à efetivação de direitos indisponíveis*, no qual foi abordada a específica temática dos *limites do ativismo judicial*, debatida sob os vieses da tutela jurisdicional dos direitos públicos incondicionados e dos direitos transindividuais. O presente ensaio é produto do diálogo estabelecido no âmbito do painel cuja temática era o ativismo judicial e a tutela dos direitos públicos incondicionados, dentre os quais se inserem o direito à segurança e os direitos de liberdade, cujo tensionamento gera reflexos importantes no âmbito da persecução penal.

O intuito do presente estudo – observadas as limitações impostas pela própria horizontalidade do enfrentamento do tema, inerente ao modelo para o qual elaborado – é destacar a problemática do ativismo judicial em matéria penal no âmbito da complexidade que marca a sociedade contemporânea, pautada no risco e na exigência de eficiência da persecução penal como instrumento de realização do direito à segurança. Sem a pretensão de esgotar o assunto, pretende-se identificar uma possível inversão de sentido decorrente do ativismo judicial em matéria penal, no âmbito brasileiro. A este efeito, inicia-se o trabalho por uma contextualização dos reflexos da sociedade de risco no sistema de persecução penal e, em um segundo momento, busca-se uma delimitação de significado à expressão *ativismo judicial*, de modo a compreender o seu sentido de maneira minimamente mais precisa. Ao final, com base em situações específicas, pretende-se demonstrar, com base em um precedente específico, os riscos do ativismo judicial em matéria penal no cenário jurídico brasileiro.

## A preeminência da segurança e a expansão do controle penal no âmbito da sociedade de risco

Sobre a questão do risco e seus reflexos no direito penal e processual penal há referenciais teóricos consolidados e consistentes no âmbito das ciências penais<sup>1</sup> e demais áreas de conhecimento afins,<sup>2</sup> de modo que, observados os objetivos do presente ensaio, não é aqui necessária maior incursão acerca do tema. É suficiente, ao que se pretende, definir como ponto de partida a compreensão de sociedades de risco como aquelas sociedades contemporâneas inseridas no contexto da globalização econômica, da integração supranacional e do constante avanço tecnológico, identificadas pela lógica de produção e distribuição do risco.<sup>3</sup> É nesse cenário que se estabelecem as premissas de uma política criminal orientada à segurança em detrimento de liberdades individuais, notadamente pautada (I) no surgimento de novos riscos, (II) na dificuldade de atribuição de responsabilidade penal a pessoas físicas e jurídicas, no que se refere a esses riscos, e (III) na sensação de insegurança disseminada em especial pela atuação da mídia no exercício desregulado da liberdade de imprensa, o que resulta potencializado pela dificuldade de compreensão do cidadão leigo acerca dos limites postos ao exercício do poder punitivo estatal no âmbito dos Estados Democráticos de Direito.<sup>4</sup>

A expansão do controle penal tem como pilares estruturantes a criação de novos bens jurídico-penais, a ampliação dos espaços de risco jurídico penalmente relevante, a flexibilização das regras de imputação e a relativização dos princípios políticos criminais de garantia,<sup>5</sup> pondo em destaque uma opção por mais Direito Penal em termos quantitativos e qualitativos.<sup>6</sup> A

1 GLOECKNER, 2009.

2 BAUMAN, 1999; BECK, 1998; GIDDENS, 1991; LUHMANN, 2006.

3 PÉREZ CEPEDA, 2007, p. 314.

4 Díez Ripollés, José Luis. 2005, p. 1-37.

5 SILVA SÁNCHEZ, 2006.

6 D'ÁVILA, 2012, p. 273-286.

concepção do Direito Penal pautado no princípio de intervenção mínima, essência do denominado modelo garantista, cede em face de uma “verdadeira demanda social de mais proteção”, que pauta a sociedade nas últimas décadas.<sup>7</sup>

O Direito Penal que dessa receita resulta, adverte Díez Ripollés,<sup>8</sup> é marcado pelo incremento da tipificação de condutas que atentam contra novos bens jurídicos de natureza coletiva, pelo predomínio dos tipos de perigo abstrato em detrimento das figuras delitivas de resultado, dada a necessidade de antecipação da intervenção penal como forma de lidar com o perigo e evitar o dano, e por significativas mudanças no sistema de atribuição de responsabilidade, como é o caso da flexibilização de garantias materiais e processuais, a partir do que são admitidas certas restrições à segurança jurídica em prol de mais efetividade da intervenção penal, do que é exemplo a crescente preferência por tipos penais em branco.

Especificamente no que importa ao objeto em estudo, o incremento do risco guarda direta relação com dois fatores bem determinados. De um lado, a conformação de novas realidades até pouco tempo desconhecidas, como é o caso dos meios de comunicação que surgem e são aperfeiçoados de maneira constante e acelerada pela evolução tecnológica, e também a ordem econômica contemporânea, em nada semelhante ao que se conhecia até pouco tempo atrás, conformam os denominados novos riscos e impõem naturalmente a necessidade de tutela estatal. De outro lado, o incremento dos índices de criminalidade urbana não enseja propriamente o surgimento de um risco desconhecido, mas põe em evidência aquele ao qual é dedicado o Direito Penal tradicional. Os primeiros, os riscos tecnológicos, se diferem dos riscos não tecnológicos inerentes à denominada criminalidade tradicional, de rua, e impõem ao Estado um novo padrão de proteção, distinto do clássico paradigma de tutela dos bens jurídicos primários, característico do Direito Penal liberal.

A percepção desses novos perigos é influenciada pela incerteza inerente ao desconhecido e à velocidade do avanço tecnológico. O custo da tecnologia, nesse aspecto, afeta a estabilidade – pressuposto da segurança – e, conseqüentemente, gera uma sensação – naturalmente subjetiva – de insegurança, a qual torna instáveis e mais pueris as relações sociais. Na abalizada doutrina de Silva Sánchez,<sup>9</sup> a incerteza inerente ao emprego de novas técnicas e à comercialização de produtos e a utilização de tecnologias cujos efeitos se desconhece institucionalizam a insegurança. Em uma aproximação subjetiva, trata-se da ansiedade resultante da impossibilidade de se dominar o curso dos acontecimentos. Essa dimensão subjetiva é sem dúvida superior à dimensão objetiva, do risco efetivo, mas inequivocamente surte efeitos na política criminal dos Estados contemporâneos, influenciando diretamente na restrição dos riscos permitidos e na ampliação dos riscos penalmente dignos de tutela penal.

O moderno Direito Penal, então, se transforma, abandonando sua missão primeira de evitar lesões a bens jurídicos fundamentais e assumindo a tarefa de assegurar a previsibilidade de existência da sociedade. Assim o faz ao dar primazia à técnica dos tipos de perigo abstrato, antecipando a reação frente à insegurança social que resulta da complexidade, das inovações e das mudanças estruturais nos âmbitos econômico e tecnológico. A dimensão simbólica do acautelamento do futuro e da existência humana está na antecipação da intervenção punitiva. Como consequência, a prevenção assume posição de protagonismo na política de segurança do Estado, a ponto de se falar em uma cultura preventiva relacionada ao gerenciamento dos riscos permitidos e não permitidos. A pauta da complexa sociedade contemporânea é prevenir esses riscos, e para tanto a intervenção penal, no âmbito material, é antecipada ao momento anterior à lesão, enquanto no âmbito processual tem como principal característica a supressão de garantias em prol de uma presumida eficácia<sup>10</sup> e da busca incessante pela eficiência.

7 SILVA SÁNCHEZ, op. cit., p. 22.

8 Díez RIPOLLÉS, op. cit., p. 5.

9 SILVA SÁNCHEZ, op. cit., p. 28 et seq.

10 PÉREZ CEPEDA, op. cit., p. 321.



Ao objeto do presente ensaio importa especificamente o aspecto processual da intervenção penal, pois relacionado diretamente com o ativismo judicial. A prevenção, enquanto gerenciamento de riscos, pressupõe controle, e a eficácia do controle é proporcionalmente maior quanto mais alargado for o âmbito do que possa ser controlado. Disso resulta que, com o intuito de maximizar a segurança a partir da prevenção, acentua-se a tendência de relativização das garantias individuais fundamentais, seja operando restrições diretamente pela via legislativa, seja flexibilizando regras processuais de garantia, notadamente as relacionadas às nulidades processuais. No conflito entre liberdade e segurança, aquela cede frente a esta, em uma opção a toda evidência influenciada pelos riscos e pelos medos que se apresentam.

A persecução penal é açodada por um ideal eficientista pautado exclusivamente na relação entre tempo e veredicto. A observância da regra, estabelecida como garantia em face do exercício do poder, tende a ceder frente ao resultado, e assim se consolida um espaço livre para a discricionariedade judicial na esfera da persecução penal, transformando as regras procedimentais, dentre outras, em normas meramente programáticas e desprovidas de qualquer eficácia vinculante aos atores jurídicos. Da mesma maneira, essa discricionariedade apresenta-se como campo fértil a interferências do Poder Judiciário no âmbito político do Legislativo, com a criação do direito e a livre atribuição de sentidos a textos legais, inclusive em substituição à atuação dos legisladores. O ativismo judicial em matéria penal insere-se nessa seara. A ele retornaremos no terceiro ponto deste estudo. Antes, impõe-se delimitar um significado possível do que se possa entender por ativismo judicial.

## Ativismo judicial: delimitação de significado.

Um dos poucos consensos sobre a questão do ativismo judicial guarda relação com a sua origem norte-americana. Para

além disso, a expressão carrega consigo múltiplos significados, invariavelmente marcados por conotações politizadas,<sup>11</sup> algumas delas críticas de uma afirmada disfunção do poder jurisdicional compreendido na sua concepção clássica, de dizer o direito,<sup>12</sup> outras a reconhecer no ativismo um fenômeno inerente ao modelo democrático, que não necessariamente significa interferência indevida deste Poder Político na legítima criação do Direito.<sup>13</sup>

No entendimento de Luis Roberto Barroso, o ativismo judicial constitui uma forma de participação mais intensa do Poder Judiciário na concretização de valores e fins constitucionais, cuja fundamentação filosófica estaria na combinação entre constitucionalismo e democracia. Mas Barroso se refere a que tipo de participação? A compreensão do que seja *ativismo judicial* pressupõe, de início, o esclarecimento desse recorte, a diferenciar tal fenômeno de outro com o qual guarda inequívoca semelhança, qual seja, o da *judicialização*.

É o próprio Barroso quem, em ensaio acerca do tema, estabelece as diferenças entre os dois fenômenos que, na sua concepção, possuem origem na mesma família. Judicialização representa uma circunstância inerente ao modelo constitucional adotado, segundo o qual o acesso ao Judiciário é amplo e irrestrito, sendo vedado aos juízes o *non liquet*. Portanto, não significa propriamente um exercício deliberado de vontade política por parte do Poder Judiciário, mas uma atuação reativa a uma provocação fundada em uma pretensão subjetiva ou objetiva amparada em uma norma constitucional. Sempre que provocado, ao Judiciário compete proferir uma decisão. A judicialização, assim compreendida, configura fenômeno em expansão na exata medida em que a Constituição expande seus limites, regulando questões antes afetas ao processo político majoritário e à legislação ordinária. A maior abrangência da Constituição gera como consequência a ampliação de pretensões jurídicas que podem ser deduzidas perante o Poder Judiciário, do que decorre o au-

11 LINDQUIST; CROSS, 2009, p. 1.

12 ROOSEVELT, 2006, p. 38.

13 BARROSO, 2012, p. 25-26.

mento das demandas judiciais. A isso, destaca o autor, soma-se a concretização da estrutura democrática brasileira, marcada pela efetivação das garantias da magistratura, pela expansão institucional do Ministério Público e pela consolidação da Defensoria Pública. A redemocratização, adverte Barroso,<sup>14</sup> “fortaleceu e expandiu o Poder Judiciário, bem como aumentou a demanda por justiça na sociedade brasileira”.

Diferentemente, o ativismo judicial não é propriamente um fato ou uma circunstância, mas representa “uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance”.<sup>15</sup> Aqui, a questão não passa propriamente pelo aumento de demandas judiciais, mas sim pela atuação do Poder Judiciário na forma de solucioná-las.<sup>16</sup> O ativismo judicial guarda direta relação com a hermenêutica, com a interpretação da lei e da Constituição. É através da interpretação, inerente à atividade decisória, que o Judiciário atua de maneira mais direta “na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes”, o que segundo Barroso se verifica, como regra, pela:

a) aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; b) declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; c) imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas.<sup>17</sup>

Urbina<sup>18</sup> afirma que o ativismo judicial é caracterizado pela criação do direito pelos juízes, no exercício da função jurisdicional, com amparo no texto constitucional. A partir dessa literatura, é possível identificar o ativismo judicial como um fe-

nômeno inerente à atividade interpretativa que caracteriza a decisão judicial, do qual resulta um cenário de protagonismo do Poder Judiciário em relação aos demais Poderes políticos, em que eventuais déficits democráticos inerentes ao sistema político no âmbito do Executivo e do Legislativo são supridos pela atuação jurisdicional a partir de juízos valorativos amparados em cláusulas abertas e nos princípios enunciados no texto constitucional.

Assim compreendido, o ativismo judicial tem sua origem no modelo de jurisdição constitucional norte-americano, cujo desenvolvimento evidencia três fases bem marcantes. A propósito, Trindade e Morais<sup>19</sup> observam uma fase inicial em que a Suprema Corte dos Estados Unidos da América pautava-se por uma concepção substancial da Constituição Federal, sobrepondo-a à legislação ordinária e rompendo com a premissa clássica de que o texto constitucional era formado por normas programáticas; uma fase intermediária, de transição, marcada por profunda reformulação dos magistrados da Corte, em que é identificada uma atuação pautada por forte componente político; e uma fase moderna, identificada na sua essência pela denominada *Corte Warren*, em que se operou verdadeira revolução constitucional na preservação dos direitos e garantias fundamentais. Nesta última fase, a Suprema Corte norte-americana, pautada no primado das liberdades civis, consolidou uma postura ativista na medida em que, “inseridos na tradição da *common law*, os juízes deixaram de simplesmente interpretar as leis e passaram a reescrevê-las”. Com base nessa evolução, os autores ressaltam que o ativismo judicial pode assumir as mais diversas formas, desde uma perspectiva mais liberal até atuações mais conservadoras, ainda que, como regra, esteja identificado com a preservação dos direitos e garantias fundamentais.<sup>20</sup>

Na Alemanha, em uma aproximação ao desenvolvimento do ativismo judicial nos países de matriz romano-germânica, o ativismo judicial surge no período posterior à Segunda Guerra Mundial, em que a matriz teórica do positivismo, responsável

14 Ibid., p. 24.

15 Citando Streck (2013, p. 3), o ativismo é comportamental, “espécie de behaviorismo cognitivo-interpretativo”.

16 A propósito, Streck (2013, p. 2) destaca que “a grande questão não é o ‘quanto de judicialização’, mas ‘como as questões judicializadas’ devem ser decididas”.

17 BARROSO, op. cit., p. 26.

18 URBINA, 2011, p. 65.

19 TRINDADE; MORAIS, 2011, p. 60.

20 Ibid., p. 58-64.

pela sustentação normativa das barbáries perpetradas pelo nazismo, se viu superada pelo desenvolvimento da denominada *jurisprudência dos valores*, alternativa metodológica pautada na interpretação e na aplicação de um direito suprapositivo por parte do Tribunal Constitucional alemão.<sup>21</sup> Partindo da célebre fórmula Radbruch – *injustiça extrema não é direito* –, a Corte Constitucional da Alemanha orientou sua atuação à primazia de valores axiológico, materiais, como a vida e a dignidade da pessoa humana, de modo que na construção de suas decisões preponderou o recurso a cláusulas gerais e enunciados abertos, como os princípios, em detrimento da legislação positivada. Superou-se, com isso, o paradigma da mera legitimidade da lei, relacionada à forma de criação do direito, e avançou-se no sentido da validade, relacionada ao fundamento do direito enquanto acepção do justo.<sup>22</sup> Daí o desenvolvimento de mecanismos e procedimentos aptos a justificar racionalmente as decisões, como é o caso da ponderação de princípios, desenvolvida por Alexy.<sup>23</sup> Ocorre que a opção por uma normatividade jurídica estruturada em valores axiológicos gerou, como consequência, uma ampliação dos espaços de discricionariedade jurisdicional, e na medida em que ao Tribunal Constitucional competia a interpretação autêntica da ordem axiológica constitucional, a tendência identificada foi de consolidação de uma espécie de totalitarismo dos valores constitucionais: “el nacimiento de un nuevo estatismo que habrá de servir para conformar los individuos y la sociedad según la voluntad discrecional de los poderes públicos, fundamentalmente la del Tribunal Constitucional, interprete último de la Constitución”.<sup>24</sup> Essa crítica ao ativismo judicial desenvolvido na Alemanha, veiculada dentre outros por Jurgen Habermas, não impediu a consolidação da jurisprudência dos valores no âmbito do Tribunal Constitucional alemão, bem como a sua exportação a inúmeros ordenamentos jurídicos da Europa e do continente latino-americano, dentre os quais o brasileiro, onde

o recurso à ponderação tem servido como instrumento retórico à ampliação da discricionariedade jurisdicional.<sup>25</sup>

Em terras brasileiras, o problema do ativismo é destacado, dentre tantos, por Streck,<sup>26</sup> para quem a aplicação desvirtuada da técnica da ponderação gerou a institucionalização da discricionariedade judicial. Na opinião do autor, mediante o recurso da ponderação o Supremo Tribunal Federal “vem julgando por políticas em grandes causas e não por princípios”, como evidenciam as decisões proferidas acerca de temas como as cotas, a união estável homoafetiva, a pesquisa com células-tronco embrionárias, o parto antecipado de fetos anencéfalos e a lei da ficha limpa, dentre outros.

Esse é também o diagnóstico de Trindade e Moraes,<sup>27</sup> que, a partir do estudo do fenômeno nos Estados Unidos e na Alemanha, identificam na seara brasileira uma espécie de ativismo judicial às avessas, “em que se confere discricionariedade aos juízes para, nos casos concretos, buscarem uma solução que atenda aos fins de justiça social, autorizando-os tanto à criação do direito quanto ao gerenciamento processual, o que implica uma intervenção indevida na esfera legislativa”. E tanto decorre justamente da concepção limitada da interpretação como um mero ato de vontade, do que decorre um elevado nível de voluntarismo e, como consequência, um decisionismo judicial que conduz ao que os autores denominam “justiça lotérica”. Nesse protagonismo dos tribunais, em que o recurso às cláusulas abertas e aos princípios é visto como instrumento que permite alcançar qualquer resultado mediante a técnica da argumentação, o ativismo é classificado pelos autores como um risco às jovens democracias, na exata medida em que significa “a recusa dos tribunais de se manterem dentro dos limites jurisdicionais estabelecidos para o exercício do poder a eles atribuídos pela Constituição”.

21 Ibid., p. 65.

22 NEVES, 2003, p. 104.

23 TRINDADE; MORAIS, op. cit., p. 67.

24 CRUZ, 2006, p. 28.

25 TRINDADE; MORAIS, op. cit., p. 70-71.

26 STRECK, 2013, p. 6.

27 TRINDADE, André Karam; MORAIS, Fausto Santos de. *Ativismo judicial: as experiências norte-americanas, alemãs e brasileiras...* p. 75-77.

Delineado tal cenário, enfim, resta-nos verificar, observados os objetivos do presente ensaio, as consequências do ativismo judicial neste contexto social de incertezas que marca a sociedade contemporânea e pauta as demandas por mais segurança, com diretos reflexos na persecução penal.

## Ativismo judicial em matéria penal: os riscos da discricionariedade

Como visto no desenvolvimento do tópico anterior, o ativismo judicial, na sua origem no âmbito da jurisdição constitucional norte-americana, estava relacionado à preservação dos direitos e garantias fundamentais a partir de juízos interpretativos de base principiológica, calcados na Constituição Federal. Tal pode ser identificado especialmente pelos julgados da denominada *Corte Warren*, entre 1953 e 1969, que declarou, por exemplo, inconstitucional a segregação racial nas escolas públicas dos Estados Unidos,<sup>28</sup> concretizando o princípio da igualdade, e consolidou o direito contra a autoincriminação no julgamento do caso *Miranda vs. Arizona*. Nessa mesma linha, o desenvolvimento do ativismo judicial em terras germânicas tem na sua origem o intuito de superação do positivismo calcado na premissa da mera legalidade, viabilizando a concretização de toda uma principiológica constitucional – e humanitária – a partir de juízos interpretativos fundados em valores axiológicos adequados à democracia. Em ambos os casos, o aumento dos espaços de discricionariedade estava justificado por uma premissa de maximização dos direitos e garantias fundamentais.

Não obstante isso, como bem destacado por Trindade e Morais, o ativismo judicial é um fenômeno que pode assumir as mais diversas formas, desde uma perspectiva mais liberal até atuações mais conservadoras. E tanto, inevitavelmente, variará conforme o ambiente político em que inserido. Assim é em razão de que estamos a lidar com um fenômeno de natureza subjetiva,

relacionado à hermenêutica e a uma atividade de poder, como é a decisão judicial, que como tal não pode ser compreendida como algo puramente técnico, desprovido de juízos políticos.

É nesse ponto que se verifica o cruzamento entre ativismo judicial e o denominado *direito penal do risco*, expressão utilizada para identificar a expansão do direito penal – e do processo penal, naturalmente – no âmbito da sociedade contemporânea, a sociedade do risco, marcada pelas incertezas inerentes ao desenvolvimento acelerado e desenfreado dos recursos tecnológicos inerentes à globalização. A pressão por mais segurança, pautada na insegurança subjetiva inerente ao aumento da criminalidade – que nem sempre é proporcional aos riscos objetivamente existentes<sup>29</sup> – tem ensejado o desenvolvimento de teorias variadas acerca da legitimidade – e capacidade – de a ciência penal dar conta desses novos riscos,<sup>30</sup> assim como políticas criminais simbólicas, que, desprovidas de compromisso efetivo com resultados, se destinam unicamente a acalmar a sociedade por meio do recrudescimento da legislação penal e processual penal.<sup>31</sup>

Esse cenário repercute invariavelmente no âmbito da jurisdição criminal, gerando consequências diversas e invertendo a lógica originária do ativismo judicial. É o que se verifica, por exemplo, na afirmação da execução provisória da pena pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do *habeas corpus* 126.292, cujo entendimento foi depois confirmado no julgamento das *ações declaratórias de constitucionalidade* 43 e 44, consolidando a alteração do entendimento afirmado seis anos antes, no acórdão do *habeas corpus* 84.078.

Os fundamentos utilizados no mencionado julgamento como justificativa para a retomada da tradicional jurisprudência que atribuía efeito meramente devolutivo aos recursos especial e extraordinário evidenciam a atribuição voluntariosa e descompromissada de sentido à norma constitucional enunciada no art.

29 SILVA SÁNCHEZ, op. cit., p. 28 et seq.

30 Dentre outras, o direito penal de distintas velocidades, de Jesús-Maria Silva Sánchez, e o direito penal do inimigo, de Günther Jakobs.

31 SILVA SÁNCHEZ, op. cit., p. 33.

28 *Case Brown vs. Board Education*.



5º, LVII, da Constituição Federal de 1988. Merece destaque, dentre tantas passagens, a argumentação do ministro relator no sentido de que a modificação da jurisprudência constituiria “mecanismo legítimo de harmonizar o princípio da presunção de inocência com o da efetividade da função jurisdicional do Estado”, bem como a complementação, esta da lavra do ministro Luis Roberto Barroso, de que tal configura

mecanismo informal que permite a transformação do sentido e do alcance de normas da Constituição, sem que se opere qualquer modificação do seu texto [a ensejar] caso típico de mutação constitucional, em que a alteração da compreensão da realidade social altera o próprio significado do Direito.<sup>32</sup>

A leitura atenta da fundamentação do citado acórdão põe em evidência os motivos que conduziram à *mutação constitucional*: a necessidade de assegurar a efetividade da função jurisdicional, em atenção às expectativas da sociedade (demandas por segurança). Nesse sentido, asseverou o ministro Luiz Fux a necessidade de se interpretar o art. 5º, LXVII, CF/1988 conforme “a expectativa da sociedade em relação ao que seja uma presunção de inocência”, destacando também, na esteira do ministro relator, Teori Zavaski, que a condenação é um juízo de culpabilidade, e esta é afirmada pela valoração probatória, o que se verifica nas instâncias ordinárias. A limitação à ampla devolutividade inerente aos recursos especial e extraordinário indica que estes não se inserem no âmbito do duplo grau de jurisdição e, pois, não guardam relação com o exame da culpa. Foi, porém, o ministro Luis Roberto Barroso quem evidenciou o ativismo judicial ao recorrer à técnica da ponderação para sobrepor o “interesse constitucional na efetividade da lei penal” em face do princípio da presunção de inocência, destacando que, esgotada a via ordinária de apreciação da prova, a execução da pena é uma “exigência de ordem pública, necessária para assegurar a credibilidade do Poder Judiciário e do sistema penal”.

Como visto, através do recurso à ponderação, a Suprema Corte brasileira modificou o significado do texto do art. 5º, LVII, da Constituição Federal, atribuindo-lhe sentido diverso, compatível com as expectativas sociais por segurança e recrudescimento da persecução penal. Não se trata, aqui, de afirmar a impossibilidade da alteração de jurisprudência, o que inclusive se verificou também nos Estados Unidos durante o desenvolvimento da postura ativista da sua Suprema Corte, mas de destacar o nível de voluntarismo que marcou essa *mutação constitucional*, o que é indicado pela ponderação entre presunção de inocência – compreendida pela Suprema Corte como um princípio – e o *interesse constitucional na efetividade da lei penal*, o que representa não mais do que um valor abstrato e indeterminado, desprovido de conteúdo objetivo. Como assevera Streck,<sup>33</sup> é o Supremo Tribunal Federal julgando por política, não por princípios.

A evidenciar o conteúdo político da decisão, calha destacar que a alteração da jurisprudência enunciada através do *habeas corpus* 126.292 veio suprir a inatividade do Poder Legislativo, que anteriormente provocado pelo ministro Cezar Peluso, então presidente da Suprema Corte, não levou adiante a PEC 15/2011, que justamente propunha a antecipação do trânsito em julgado ao esgotamento dos recursos ordinários, como forma de antecipar também a execução da pena. Os ministros inclusive reconheceram, durante o julgamento, o esforço do então ministro ao oferecer a proposta de emenda constitucional, como também o fato de o Congresso Nacional não ter avançado na proposta, a evidenciar que a mutação constitucional possui natureza política pela via jurisdicional, em verdadeira substituição ao Poder Legislativo, a caracterizar uma espécie de *legislação judicial*.<sup>34</sup>

Está-se, pois, diante de uma interferência característica do ativismo judicial. No caso, porém, um ativismo às avessas, no sentido de que restritivo de liberdades individuais, pautado na discricionariedade e na interpretação livre, descompromissada

32 STF, HC 126.292, Relator: Min. TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, julgado em 17/02/2016, processo eletrônico DJe-100, Divulgado em 16-05-2016, Publicado em 17-05-2016.

33 STRECK, 2016.

34 A expressão é de Keenan D. Kmiec (2004, apud BERMAN, 2009).

com a principiologia enunciada pelo rol de direitos e garantias fundamentais, em que o recurso à ponderação surge como instrumento retórico a justificar racionalmente uma opção política. Em verdade, identifica-se na decisão uma redução de sentido da norma enunciada no art. 5º, LVII, da Constituição Federal, dado o desprezo ao signo *trânsito em julgado*.

Importante pontuar, por fim, que não se pretende, com a presente crítica, sustentar a impossibilidade de mudanças de interpretação acerca de normas legais ou constitucionais, nem ingressar no mérito da interpretação atribuída ao art. 5º, LVII, da CF/1988, por ocasião do julgamento do *habeas corpus* 126.292, o que por certo exigiria estudo aprofundado e direcionado exclusivamente a esse intuito, na medida em que a efetividade da prestação jurisdicional efetivamente constitui um valor determinante ao Estado Democrático de Direito. O intuito é, unicamente, identificar nessa decisão as características do ativismo, enquanto interferência do Judiciário no âmbito das competências legislativas, pela via da interpretação e do recurso à ponderação, e com o objetivo inequívoco de suprir uma inatividade do legislador nacional, em sentido restritivo a direitos individuais, a caracterizar um movimento contrário àquele que, no âmbito do constitucionalismo norte-americano e alemão, marcou o ativismo judicial. Essa a inversão de sentidos anunciada.

## Considerações finais

Em apertada síntese, observados os limites do presente ensaio e sem a pretensão de esgotar o enfrentamento do problema, é possível afirmar que o ativismo judicial é um fenômeno relacionado à atividade interpretativa que caracteriza a decisão judicial, do qual resulta um cenário de protagonismo do Poder Judiciário em relação aos demais Poderes políticos, em que eventuais déficits democráticos inerentes ao sistema político no âmbito do Executivo e do Legislativo são supridos pela atuação jurisdicional através de juízos valorativos amparados em cláusulas

abertas e nos princípios enunciados no texto constitucional. Possui origem no desenvolvimento da jurisdição constitucional norte-americana e foi utilizado pela Corte Constitucional da Alemanha na construção da denominada *jurisprudência dos valores*, como instrumento a superar o positivismo em prol da efetivação dos direitos e garantias fundamentais. Não obstante isso, e justamente em razão de sua natureza subjetiva, é um fenômeno que pode assumir as mais diversas formas, desde uma perspectiva mais liberal até atuações mais conservadoras, o que inevitavelmente variará conforme o ambiente político. Daí a importância do seu exame vinculado à denominada sociedade de risco, pautada na incerteza que caracteriza a complexidade da sociedade contemporânea e acaba por pautar as opções de política criminal e a expansão do direito penal, inclusive pela via adjetiva.

Direcionado o estudo para o âmbito da jurisdição criminal, através do exame do precedente em que o Supremo Tribunal Federal afirmou a possibilidade da execução provisória da pena – *habeas corpus* 126.292 –, pretendeu-se identificar a relação entre o ativismo judicial e os efeitos da expansão do direito penal nas sociedades contemporâneas, pautado este nos riscos inerentes às incertezas oriundas do fenômeno da globalização e da crescente criminalidade que lhe é correlata, e nas consequências que daí resultam no âmbito da jurisdição penal, notadamente em razão das demandas sociais por mais segurança. A postura política da Suprema Corte brasileira no mencionado julgamento demonstra essa relação e o uso do ativismo judicial também como forma de restringir liberdades individuais, invertendo a lógica que pautou o surgimento deste fenômeno e deixando em aberto uma questão que merece reflexão: no âmbito da jurisdição criminal, pode o juiz abrir mão da literalidade do texto legal em qualquer sentido?

## Referências

BARROSO, Luis Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **Revista [Syn]Thesis**, Rio de Janeiro, v. 5, n. 1, 2012.

BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade e ambivalência**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1999.

BECK, Ulrich. **La sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidade**. Paidós: Barcelona, 1998.

BERMAN, José Guilherme. Ativismo judicial, judicialização da política e democracia. **Revista da Ajuris**, Rio Grande do Sul, n. 116, p. 209-226, dez. 2009.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **HC 126.292**. Relator: Min. TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, julgado em 17/02/2016, processo eletrônico DJe-100, Divulgado em 16-05-2016, Publicado em 17-05-2016.

CRUZ, Luis M. **Estúdios sobre el neoconstitucionalismo**. México: Porrúa, 2006.

D'ÁVILA, Fábio Roberto. Liberdade e segurança em direito penal: o problema da expansão da intervenção penal. In: POZZEBON, Fabrício Dreyer de Ávila; ÁVILA, Gustavo Noronha de. **Crime e interdisciplinaridade**. Porto Alegre: ediPUCRS, 2012. p. 273-286.

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: un debate desenfocado. **Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología**, Málaga, n. 7, p. 1-37, jan. 2005.

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

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Risco e processo penal**. JusPodium: Salvador, 2009.

KMIEC, Keenan D. The original and current meanings of 'judicial activism'. **California Law Review**, Califórnia, v. 92, n. 5, out. 2004.

LINDQUIST, Stefanie A.; CROSS, Frank B. **Measuring judicial activism**. Oxford: Oxford University Press, 2009.

LUHMANN, Niklas. **Sociología del Riesgo**. México: Universidade Iberoamericana, 2006.

NEVES, Antonio Castanheira. **A crise actual da filosofia do direito no contexto global da crise da filosofia**. Coimbra: Coimbra editora, 2003.

PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel. **La seguridad como fundamento de la deriva del derecho penal postmoderno**. Iustel: Madrid, 2007.

ROOSEVELT, Kermit. *The myth of judicial activism: making sense of supreme court decisions*. New Haven: Yale University Press, 2006.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **Aproximação ao direito penal contemporâneo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

\_\_\_\_\_. **La expansión del derecho penal: aspectos de la Política Criminal en las sociedades postindustriales**. 2. ed. Montevideu; Buenos Aires: B de f, 2006.

STRECK, Lênio. O ativismo judicial existe ou é imaginação de alguns? **Revista Consultor Jurídico**, São Paulo, p. 3, 13 jul. 2013. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-jun-13/senso-incomum-ativismo-existe-ou-imaginacao-alguns>>. Acesso em: 27 jul. 2017.

\_\_\_\_\_. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

\_\_\_\_\_. Supremo e a presunção da inocência: interpretação conforme o quê? **Revista Consultor Jurídico**, 7 out. 2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-out-07/streck-stf-presuncao-inocencia-interpretacao-conforme>>. Acessado em: 28 jul. 2017.

TRINDADE, André Karam; MORAIS, Fausto Santos de. Ativismo judicial: as experiências norte-americana, alemã e brasileira. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, Curitiba, n. 53, 2011.

URBINA, Francisco Zúniga. Activismo judicial versus garantismo procesal y tribunal constitucional. In: LEAL, Rogerio Gesta; LEAL, Mônica Clarissa Hennig (Orgs.). **Ativismo judicial e déficits democráticos: algumas experiências latino-americanas e europeias**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

# ATIVISMO JUDICIAL E DECISÕES POR PRINCÍPIO: UMA PROPOSTA DE FIXAÇÃO DOS LIMITES DA ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO

Francisco José Borges Motta\*

\* Doutor (2014) e mestre (2009) em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS. Professor da Faculdade Escola Superior do Ministério Público (mestrado e graduação). Promotor de Justiça no Estado do Rio Grande do Sul. E-mail: <bmotta@mp.rs.gov.br>.



## Resumo

O presente artigo visa a caracterizar e a discutir criticamente o fenômeno do *ativismo judicial* nos quadros de um Estado Constitucional, examinando seus reflexos no contexto do Direito brasileiro. A proposta é demonstrar que o ativismo judicial é nocivo para a Democracia e defender o argumento de que o Poder Judiciário tem a responsabilidade política de resolver os casos submetidos à sua jurisdição de maneira *correta*.

## Introdução

Diversos fatores se combinam para que haja, no momento pelo qual passa o Brasil, uma intensa judicialização dos mais diversos e graves aspectos da vida das pessoas que vivem sob o seu domínio. Basta lembrar que a Constituição de 1988, além de abrir as portas do Poder Judiciário (art. 5º, XXXV), ainda consagrou uma plêiade de direitos fundamentais, inclusive de caráter prestacional, a uma população que não passou, de fato, pela experiência de um *Welfare State*. Essa verdadeira *corrida* ao Poder Judiciário vem agravada, no Brasil, pela crescente desconfiança da população em relação à classe política. Há, ainda, outras causas relevantes, como o caráter *contramajoritário* que a Constituição confere ao direito (o que faz com que minorias organizadas cada vez mais procurem diretamente o Poder Judiciário em vez de tentar ter suas pretensões redimidas na arena propriamente política) e mesmo certa *cultura do litígio*, que concebe o recurso à jurisdição, no mais das vezes, uma opção preferencial em relação às demais formas de composição de conflitos. Isso faz com que o Poder Judiciário tenha crescido em importância aos olhos da comunidade política.

Perceba-se que desde a solução de questões de caráter preponderantemente privado (como o caso do *dano moral indenizável* decorrente do abandono afetivo em âmbito familiar, decidido pelo Superior Tribunal de Justiça),<sup>1</sup> até questões morais intrinsecamente controvertidas (como o caso da interrupção voluntária da gestação durante o primeiro trimestre da gravidez,<sup>2</sup> enfrentado incidentalmente pelo Supremo Tribunal Federal) e politicamente sensíveis (basta lembrar do recente julgamento, por parte do Tribunal Superior Eleitoral, do conjunto de ações que visavam à cassação da chapa Dilma-Temer),<sup>3</sup> todas estas

1 BRASIL, 2012.

2 Id., 2016.

3 Escrevi um pequeno texto a respeito, com observações críticas sobre o julgamento. Cf. MOTTA, 2017a.

altamente polêmicas, tudo tem passado pela deliberação de juízes.

O presente ensaio se propõe a lançar um olhar crítico ao modo como o Poder Judiciário vem lidando com esse cenário. Sustenta-se que se, por um lado, a *judicialização* é contingencial e até certo ponto, no Brasil, inevitável, por outro, o *ativismo judicial* é um mal a ser combatido. Defende-se que o cidadão tem um direito ao cumprimento da Constituição, e que a decisão judicial é, nesse contexto, uma questão de democracia. O que se propõe, para o enfrentamento desse fenômeno, com base na doutrina de Ronald Dworkin, é que os juízes levem a sério a responsabilidade política das funções que exercem. É nesse contexto que se encampa a tese de que decisões judiciais devem ser geradas por princípios, não por argumentos políticos, morais ou teleológicos.

## Origens do ativismo judicial

Há uma grande dificuldade de se definir o ativismo judicial. Keenan Kmiec (2004, p. 1443), em trabalho que tematiza especificamente as origens e o significado atual da expressão, observa que, quanto mais comum passou a ser o seu uso, menos claro passou a ficar o seu significado. De todo modo, é consenso que as primeiras reflexões mais consistentes sobre o tema derivam dos Estados Unidos. Pelo menos desde 1803, com o célebre caso *Marbury v. Madison*,<sup>4</sup> discussões sobre o papel e os limites da atuação do Poder Judiciário passam a pautar o debate público norte-americano.

Segundo consta, o termo teria ganhado, originalmente, destaque em um artigo escrito pelo historiador norte-americano Arthur M. Schlesinger Jr., intitulado “The Supreme Court: 1947”, publicado na popular revista *Fortune*, em janeiro de 1947.<sup>5</sup> O texto traçava o perfil dos nove *justices* que integravam

a Suprema Corte norte-americana à época, e buscava explicar as alianças e divisões entre eles. O artigo caracterizava os *Justices Black, Douglas, Murphy e Rutledge* como *Judicial Activists*, ao passo que os *Justices Frankfurter, Jackson e Burton* seriam *Champions of Self Restraint*. Os demais, *Justice Reed* e o *Chief Justice Vinson*, comporiam um grupo intermediário.

É bem de ver que, em 1947, nenhum dos referidos *justices* questionou abertamente a constitucionalidade do *New Deal* – uma controvérsia central para a época. Em vez disso, a Corte se dividiu a respeito da interpretação legislativa e, mais propriamente, do papel a ser desempenhado pelo Judiciário numa Democracia. Na leitura de Schlesinger Jr., o grupo de Frankfurter-Jackson defendia uma política de *autocontenção*, deferente ao Poder Legislativo, ainda quando este deliberava de modo *condenável*, na perspectiva particular dos julgadores; e o grupo de Black-Douglas acreditava que a Suprema Corte deveria exercer um papel afirmativo na promoção do bem-estar social – ainda que tal promoção dependesse, em alguma medida, das *suas próprias concepções a respeito do que seria o bem social*.

Como se vê, Schlesinger Jr. associou o *ativismo judicial* de uma ala da Corte a uma crença de que Direito e Política seriam indissociáveis, e de que as decisões judiciais seriam *orientadas pelo seu resultado*; ao passo que a ala *autocontida* apostaria suas fichas em uma separação mais bem demarcada entre os poderes e no processo democrático (*se os legisladores errarem caberá a eles próprios a correção de seus erros*).<sup>6</sup> Ao final de seu artigo, o historiador *toma lado* na disputa, endossando a postura *autocontida* da ala Frankfurter-Jackson. Schlesinger, que não era jurista, manifesta simpatia pela visão de mundo de Black-Douglas, mas acredita que há uma *ameaça democrática* nessa postura, tendo finalmente sugerido que o ativismo devesse ficar restrito a casos que tematizassem liberdades civis.<sup>7</sup>

4 *Marbury v. Madison*, 5 U.S. 1 Cranch 137 (1803).

5 KMIEC, 2004, p. 1443. Quem me chamou atenção para o trabalho de Kmiec foi o procurador de Justiça Eduardo de Lima Veiga, que produziu trabalho intitulado “Ativismo judicial: histórico e defi-

nição”, como requisito para aprovação na disciplina Garantias Processuais dos Bens Públicos Indisponíveis, que leciono junto ao curso de Mestrado em Direito da FMP.

6 *Ibid.*, p. 1448.

7 *Ibid.*, p. 1449.

Seja como for, Schlesinger Jr. identificou, em cores primárias, as camadas mais conhecidas do debate até hoje: juízes não eleitos *versus* leis democraticamente aprovadas; decisões orientadas pelo seu resultado *versus* decisões lastreadas em princípios; uso restrito *versus* livre/criativo de precedentes; supremacia da democracia *versus* direitos humanos; Direito *versus* Política; e outras dicotomias que tais.<sup>8</sup>

Vale ainda o registro, mais uma vez creditado a Kmiec,<sup>9</sup> de que, se Schlesinger Jr. foi o primeiro autor a tematizar pública e abertamente o *ativismo judicial*, o primeiro *justice* a empregar a expressão numa *judicial opinion* (ainda que a referência constituísse, certamente, apenas *dicta*) foi Joseph C. Hutcheson, Jr., em *Theriot v. Mercer* (1959). Foi numa nota de rodapé, em que o *justice* acusou três integrantes da Suprema Corte (Black, Douglas e Murphy) de serem *ativistas*. Trata-se de uma nota crítica, em que o *Justice* Hutcheson atribui aos *justices* em questão uma tentativa desarrazoada de alterar *ancient landmarks*.<sup>10</sup> De fato, como se vê, a expressão *ativismo judicial* surgiu, no espaço público, associada a posturas judiciais aparentemente condenáveis.

Mas há, no Brasil e pelo mundo, também referências positivas ao ativismo judicial. Isso se deve não só à plurivocidade da expressão, mas a visões distintas a respeito do lugar ocupado pelo Poder Judiciário em democracias constitucionais. Há quem fale, por exemplo, em *ativismo moderado*, ou *equilibrado*;<sup>11</sup> ou mesmo quem defenda mais abertamente uma face *virtuosa* do fenômeno.<sup>12</sup>

A partir do próximo tópico, nossa investigação passa a dar maior ênfase ao *caso brasileiro*. E, para que descortinemos a recepção do fenômeno do *ativismo judicial* no Brasil, é necessário investigar, ainda que brevemente, os contornos específicos da

atuação do Poder Judiciário posteriormente à Constituição de 1988.

## Observações a respeito do caso brasileiro

Não por acaso, como vimos no ponto anterior, é comum que nos voltemos à experiência norte-americana em busca de reflexões e estudos mais abrangentes a respeito do ativismo judicial. Foi ali o berço da discussão pública a respeito do tema. De fato, a intensificação da atuação de juízes e tribunais deu origem a debates que perpassaram não apenas teorias jurídicas, mas também políticas a respeito desse *protagonismo judicial*. Nomes como Alexander Bickel (e sua doutrina das *passive virtues*),<sup>13</sup> Ran Hirschl (e suas considerações a respeito da *juristocracia*<sup>14</sup> propiciada pelo novo constitucionalismo), Mark Tushnet e Jeremy Waldron (ambos críticos ao instituto da *judicial review*),<sup>15</sup> além de Ronald Dworkin (defensor de uma atuação *substancialista* do Poder Judiciário),<sup>16</sup> para citar apenas estes, são referências comuns – e importantes – para que se aborde o assunto de maneira minimamente apropriada.<sup>17</sup>

Mas um olhar sobre a experiência constitucional da Europa continental, notadamente a partir do segundo pós-guerra, é igualmente vital para que se entenda o contexto brasileiro. Como se sabe, o direito constitucional saiu do conflito reconfigurado com relação ao seu objeto (novas constituições foram promulgadas), quanto ao seu papel (centralidade da Constituição, entendida como topo normativo) e quanto ao modo de aplicação de suas normas (surge uma nova hermenêutica constitucional). A par disso, ocorrem profundas mudanças de caráter institucional, das quais a criação de tribunais constitucionais e a progressiva ascensão do Poder Judiciário são, sem dúvida,

8 Idem.

9 KMIEC, op. cit., p. 1455.

10 A passagem tratava do voto dissidente de Black no caso *Galloway v. United States*, que tratava da interpretação a ser dada à Sétima Emenda à Constituição Norte-Americana, em casos de julgamento pelo júri.

11 É o caso de Cláudio Ari Mello (2004).

12 É, notoriamente, o caso de BARROSO, 2011, p. 275-290.

13 BICKEL, 1986.

14 HIRSCHL, 2007.

15 Ver, exemplificativamente, TUSHNET, 2008; WALDRON, 1999.

16 Conferir, dentre outros, DWORKIN, 2006.

17 Nem todos estes são, como se sabe, autores norte-americanos; mas todos consideram o caso norte-americano como central em sua produção.

a face mais visível. Costuma-se designar esse fenômeno – de passagem dos Estados legislativos de direito para os Estados constitucionais de direito – como *neoconstitucionalismo*.<sup>18</sup>

Dito de outro modo, como ensina Lênio Streck, o *Constitucionalismo Contemporâneo*<sup>19</sup> representa um redimensionamento da práxis político-jurídica, que ocorre em dois níveis: no plano da teoria do Estado e da Constituição, com o advento do Estado Democrático de Direito, e no plano da teoria do direito, que exige a reformulação não só da teoria das fontes (a supremacia da lei cede lugar à onipresença da Constituição), mas também na teoria da norma (devido à normatividade dos princípios) e na teoria da interpretação (que passa, a partir da matriz hermenêutica, a ser antirrelativista).<sup>20</sup>

Explicando melhor, no modelo *antigo*, a Constituição era compreendida essencialmente como um documento político, cujas normas não eram aplicáveis diretamente, ficando sua concretização na dependência da atuação dos poderes Legislativo e Executivo. Tampouco existia controle jurisdicional de constitucionalidade das leis – e, nos países em que havia, era tímido e pouco relevante. Já no Estado Constitucional de direito, a Constituição passa a valer como a norma jurídica central, a qual disciplina o modo de produção das leis e atos normativos, além de estabelecer limites para o conteúdo destes. Esse é o contexto em que vigora a centralidade da Constituição e a chamada *supremacia judicial*, a primazia de um tribunal constitucional ou suprema corte na interpretação final e vinculante das normas constitucionais.<sup>21</sup>

18 BARROSO, 2016, p. 159-175.

19 Cabe a referência de que o termo *neoconstitucionalismo* foi recentemente abandonado por Lenio Luiz Streck (2011, p. 35-37) em detrimento da expressão *Constitucionalismo Contemporâneo*, para caracterizar sua própria perspectiva teórica, diferenciando-a de tentativas de incorporação brasileiras da Jurisprudência dos Valores, da teoria da argumentação de Robert Alexy e do ativismo judicial norte-americano.

20 STRECK, 2011, p. 37. Dito de outro modo, para Streck e Abboud (2014, p. 74), o chamado “novo constitucionalismo” é um fenômeno político-jurídico surgido no pós-guerra, assentado num “paradigma filosófico jurídico que se originou a partir do giro linguístico”; neste fio, com o advento do novo constitucionalismo, “ocorrem profundas mudanças no paradigma jurídico. Dentre elas, podemos mencionar o surgimento dos princípios constitucionais, a necessária distinção entre norma e texto normativo, a superação do silogismo como forma de solução das questões jurídicas etc.”.

21 BARROSO, op. cit., p. 159-175, p. 162.

Pois bem: e como esse *movimento* colhe, especificamente, o Brasil?

De acordo com Streck, a Constituição de 1988 inaugurou, no Brasil, um Estado Democrático e Social de Direito, no âmbito do qual, contingencialmente, a nossa vida política passou a ser caracterizada por um acentuado deslocamento do centro de decisões do Legislativo e do Executivo para o plano da justiça constitucional. Nas suas palavras, essa transição é resumida da seguinte maneira:

no Estado Liberal, o centro de decisão apontava para o Legislativo (o que não é proibido é permitido, direitos negativos); no Estado Social, a primazia ficava com o Executivo, em face da necessidade de realizar políticas públicas e sustentar a intervenção do Estado na economia; já no Estado Democrático de Direito, o foco de tensão se volta para o Judiciário. (STRECK, 2014, p. 64).

O autor gaúcho observa que, em democracias constitucionais, o Direito assume um *caráter hermenêutico*, caracterizado pelo fato de o constitucionalismo, a partir de preceitos e princípios, invadir o espaço que tradicionalmente era reservado à regulamentação legislativa; associam-se, assim, dois fatores: o aumento da demanda por direitos fundamentais e o decréscimo da liberdade de conformação do legislador, em favor da justiça constitucional.<sup>22</sup> Nesses termos, o Direito seria considerado de um *instrumento de transformação social*, na medida em que regula a intervenção do Estado na economia, estabelece a obrigação da realização de políticas públicas e traz um grande catálogo de direitos fundamentais-sociais.<sup>23</sup>

Entrelaçam-se, aqui, duas teses: por um lado, a da *força normativa* da Constituição, que, com Konrad Hesse, pode-se traduzir como a sua “pretensão de eficácia”;<sup>24</sup> e, por outro, a

22 STRECK, op. cit., p. 59.

23 Ibid., p. 59-60.

24 Para Hesse (1991, p. 14-5), “A norma constitucional não tem existência autônoma em face da realidade. A sua essência reside na sua vigência, ou seja, a situação por ela regulada pretende ser concretizada na realidade. Essa pretensão de eficácia (*Geltungsanspruch*) não pode ser separada das condições históricas de sua realização, que estão, de diferentes formas, numa relação de interdependência, criando regras próprias que não podem ser desconsideradas. [...] A pretensão de eficácia da norma jurídica somente será realizada se levar em conta essas condições”.



da *Constituição Dirigente* (Peter Lerche), adaptada à doutrina constitucional portuguesa por Gomes Canotilho. Para o autor lusitano, que trabalha aqui com a noção de “direito directamente aplicável”, pretende-se “afirmar que a Constituição se impõe como lei mesmo no âmbito dos direitos fundamentais que, desta forma, não podem ser rebaixados a simples declarações ou normas programáticas ou até a simples fórmulas de oportunidade política”.<sup>25</sup> Desse modo, a “constituição programático-dirigente não substitui a política, mas torna-se premissa material da política”,<sup>26</sup> donde resulta que as “inércias do Executivo e falta de atuação do Legislativo passam a poder ser supridas pelo Judiciário, justamente mediante a utilização dos mecanismos jurídicos previstos na Constituição que estabeleceu o Estado Democrático de Direito”.<sup>27</sup>

Essas premissas teóricas, que realçam a centralidade do elemento jurisdicional do Estado, bem como o elemento político do Direito, provocam uma *radical* modificação na forma como era concebido o exercício da jurisdição constitucional no Brasil. A partir disso, é possível afirmar, com Clarissa Tassinari (2013, p. 27), que duas expressões passaram a estar diretamente vinculadas à atividade jurisdicional: *ativismo judicial* e *judicialização da política*. É disso que passamos a tratar no ponto seguinte.

## Judicialização da política versus ativismo judicial

As expressões *ativismo judicial* e *judicialização da política* costumam ser empregadas, quase que indistintamente, para trabalhar a ideia do acentuado grau de judicialização que caracteriza o momento atual do Direito brasileiro. Não se está, contudo, falando do mesmo fenômeno. É preciso, como aponta Tassinari, *diferenciar para compreender*.<sup>28</sup>

Como vimos acima, o movimento do *neoconstitucionalismo* representa uma tentativa jurídica de oferecer limites para o poder político, o que se dá por meio de Constituições normativas. A Constituição possui, portanto, elementos políticos e jurídicos. E a última palavra a respeito de sua aplicação é dada, no caso brasileiro, pela cúpula do Poder Judiciário. Então, é comum a noção de que a imbricação entre Direito e Política funcione, de algum modo, como um elemento catalizador do ativismo judicial.

Luís Roberto Barroso (2011), por exemplo, aponta que a judicialização da política, no Brasil, é um *fato*, que se explica pela combinação de fatores como a redemocratização, um constitucionalismo abrangente e o sistema híbrido de controle jurisdicional de constitucionalidade de leis e atos normativos; ao passo que o ativismo judicial consistiria numa *atitude*, num modo *específico e proativo de interpretar a Constituição*, propiciado pela possibilidade de aplicação direta de normas constitucionais (mesmo sem intermediação legislativa) e por fatores como a prerrogativa de declaração de inconstitucionalidades e de imposição de deveres ao Poder Público.

Barroso tem, parece-nos, razão – parcialmente. De fato, a judicialização da política (e de uma série de outras questões com alto impacto social, além de moralmente sensíveis) é uma *questão social*, ou de *fato*, que pode ser explicada com base nos fatores apontados. Trata-se, enfim, do produto das transformações por que passa o Direito em face do neoconstitucionalismo, que defere, como apontado, centralidade ao Poder Judiciário. A judicialização nada mais é, como observa Tassinari (2013, p. 32), do que uma *constatação* sobre aquilo que vem ocorrendo na contemporaneidade por conta da maior consagração de direitos e regulamentações constitucionais, que acabam por possibilitar um maior número de demandas a desaguar no Poder Judiciário. E isso não depende, percebe-se, do desejo, da vontade ou da *postura* do órgão judicante.

25 CANOTILHO, 2001, p. XV.

26 Ibid., p. 487.

27 STRECK, 2014a, p. 65.

28 BARROSO, 2011. O argumento defendido nos parágrafos seguintes deste tópico também toma

por base o trabalho de Clarissa.

Agora, no que diz respeito ao *ativismo judicial*, a definição de Barroso exige maior elaboração. Perceba-se: aplicar diretamente a Constituição, declarar inconstitucionalidades, impor eventualmente condutas ao Poder Público etc., nada mais são do que funções inerentes a qualquer juiz brasileiro. Todos os juízes, no exercício de suas atribuições, têm o *dever* de guarda da Constituição, e isso faz com que, nesta quadra da história, *toda a jurisdição seja jurisdição constitucional* (STRECK, 2011). Essa é a sua *responsabilidade política*.<sup>29</sup> Isso não necessariamente implica ou estimula, contudo, que o julgador assuma uma *postura* ativista, como se o cumprimento de finalidades constitucionais dependesse de suas atitudes, preferências ou escolhas (a saber: a escolha por um modo *específico e proativo de interpretar a Constituição*). Ora, aplicar a Constituição *pode não ser* (nem *deve ser*, como se verá) uma conduta *ativista*.

Seja como for, para que nosso argumento se torne compreensível, essas imprecisões conceituais devem ser superadas. É comum que se trate, sob o mesmo epíteto (*ativismo judicial*), temas diferentes, embora correlacionados, como: a) o exercício do poder judicial de revisar a legislação; b) a maior interferência do Poder Judiciário na vida da comunidade política; c) a deferência de certa *discricionariedade* aos juízes para a decisão de casos polêmicos ou controvertidos; e d) o aumento da capacidade de gerenciamento processual do julgador (TASSINARI, 2013, p. 33). É importante, contudo, *ser claro até no erro*. E é com isso em vista que estipularemos a seguinte distinção, para os fins do presente trabalho: doravante, quando tratarmos de *ativismo judicial*, estaremos falando de *extrapolação de limites constitucionais por parte do Poder Judiciário*.<sup>30</sup>

A tese<sup>31</sup> é, resumidamente, a seguinte: para que o exercício da atividade jurisdicional seja compatível com parâmetros democráticos (observância simultânea da soberania popular e

dos direitos fundamentais), é imprescindível que as respostas fornecidas pelo Poder Judiciário sejam *adequadas à Constituição*. A legitimidade da atuação do Poder Judiciário deriva do cumprimento e da concretização da Constituição. Assim, quando o julgador vai *além* da sua função, cruzando fronteiras constitucionais, dando voz à sua própria concepção de mundo ou de bem-estar social, por exemplo, age de modo *ativista*.

Em definitivo, e mais uma vez com Tassinari (2013, p. 36-37), trabalha-se a partir daqui com a compreensão de que a judicialização da política (e da vida) é um fenômeno *contingencial*, no sentido de que surge na insuficiência dos poderes Executivo e Legislativo, em determinado contexto social, independentemente da *atitude* adotada por juízes e tribunais na solução das controvérsias e disputas recebidas, ao passo que o *ativismo*, este sim, diz respeito a uma *postura* do Poder Judiciário, que remete sua ação *para além dos limites constitucionais*.

Que limites são esses? O que é uma resposta *correta*, adequada à Constituição e, nesse sentido, *não ativista*? É disso que tratará o fechamento deste artigo.

## Considerações finais: decisões geradas por princípios

O *ativismo judicial*, dado o recorte conceitual proposto neste pequeno ensaio, é algo *nocivo* para o caráter democrático da comunidade política, na medida em que implica *extrapolação* de limites constitucionais. Assim, quando o juiz decide uma demanda a partir de argumentos de política ou de moral, ou, enfim, quando substitui o Direito pelas suas próprias convicções pessoais, estamos diante de uma decisão incorreta, ou, simplesmente, de um mau exercício de jurisdição constitucional (STRECK, 2011, *passim*).

A visão que apresentamos aqui é de que reconhecer ou deixar de reconhecer determinado direito, numa demanda judicial; é uma *questão de democracia*, na medida em que os

29 Segundo Ronald Dworkin (2002, p. 137), a “doutrina da responsabilidade política” implica que “as autoridades políticas devem tomar somente as decisões políticas que possam justificar no âmbito de uma teoria política que também justifique as outras decisões que eles se propõem a tomar”.

30 Essa é a posição de Streck e de Tassinari.

31 Nossas reflexões mais abrangentes a respeito das exigências democráticas da atividade jurisdicional podem ser conferidas em Motta (2017).

argumentos justificadores da decisão radicam numa concepção mais geral a respeito da maneira adequada de equacionar a tensão que se estabelece entre o sistema de direitos e a soberania popular, entre a autonomia pública e a autonomia privada, entre a igual consideração e o respeito e a responsabilidade ética individual. E decisões *ativistas*, por ultrapassarem a Constituição, em que pese possam, eventualmente, parecer corretas por seu resultado, acabam sendo prejudiciais para a democracia.

Muito embora nosso espaço aqui não permita um desenvolvimento maior do que seria uma resposta *correta* (adequada à Constituição e não *ativista*,<sup>32</sup> portanto) a demandas judiciais, um dos elementos centrais desse tema, e particularmente relevante para a discussão do ativismo judicial, é a questão a respeito de quais argumentos o Poder Judiciário está *autorizado*, desde um ponto de vista *democrático*, a mobilizar para resolver as demandas que chegam à sua jurisdição. Defenderemos aqui, a partir da doutrina de Ronald Dworkin, que juízes e tribunais somente podem tomar decisões geradas por *argumentos de princípio*. Atenção: isso não é, certamente, *suficiente* para que chegue a decisões judiciais corretas ou adequadas à Constituição; mas é um primeiro e necessário passo rumo ao controle da legitimidade da atuação jurisdicional.

Vejamos, brevemente, em que termos essa proposta se apoia.

É conhecida, com efeito, a distinção que Dworkin (1977, p. 82) traça entre os *argumentos de política* e os *argumentos de princípio*. De acordo com o jusfilósofo norte-americano, “os argumentos de política justificam uma decisão política, mostrando que a decisão fomenta ou protege algum objetivo coletivo da comunidade como um todo”, ao passo que os “argumentos de princípio justificam uma decisão política, mostrando que a decisão respeita ou garante um direito de um indivíduo ou de um grupo”. Essa diferença deve ser harmonizada, porém, com a

ideia de que o Direito é, em sentido normativo, uma subdivisão da moralidade política.<sup>33</sup>

Entenda-se, pois, que os argumentos de princípio são, sim, “políticos” em um sentido mais abrangente. Ainda segundo Dworkin (2005, p. 6), pode-se dividi-los, nada obstante, em argumentos de *princípio político* (que recorrem aos direitos políticos de cidadãos individuais) e em argumentos de *procedimento político* (que exigem que alguma decisão particular promova alguma concepção do bem-estar geral ou do interesse público). Assim, enquanto o princípio é um padrão que favorece um “direito”, a política é um padrão que estabelece uma “meta”. Dessa forma, os argumentos de princípio são argumentos em favor de um direito, e os argumentos de política são argumentos em favor de algum objetivo de cariz coletivo, geralmente relacionado ao bem comum (DWORKIN, 1977, p. 90).

Dworkin defende a tese, como dissemos, de que as decisões judiciais devem ser geradas por princípios, não por políticas. Segundo o autor, ao Poder Judiciário cabe tomar decisões de princípio, decisões sobre quais direitos as pessoas têm sob determinado sistema constitucional, não decisões sobre como se promove o bem-estar geral. Isso porque tanto a Democracia como o Estado de Direito estariam enraizados num ideal fundamental, o de que qualquer governo aceitável deve tratar as pessoas como iguais; e um Estado assim constituído encoraja cada indivíduo a supor que suas relações com outros cidadãos e com o próprio governo são *questões de Justiça* (os cidadãos integrariam, nesta formulação, uma *comunidade de princípios*); e é para isso que se aposta num fórum independente, no *fórum do princípio*.<sup>34</sup>

33 Dworkin pensa o Direito como uma subdivisão da moralidade política, ideia desenvolvida, com mais detalhe em *Justice for Hedgehogs (Justiça para Ouriços)*. Resumidamente, na sua formulação, a moralidade pessoal (que diz respeito a como devemos tratar os demais, no âmbito das relações privadas) é concebida de modo a derivar da Ética (da ideia de *boa vida*, submetida apenas às restrições impostas pela dignidade humana); e a moralidade política (que diz respeito às relações estabelecidas no âmbito de uma comunidade política) é concebida como um desdobramento da moralidade pessoal. Com isso, Dworkin dá ao argumento jurídico o formato de um argumento moral, conectando a sua validade com sua justificação.

34 DWORKIN, 2005, p. 38-9.

32 Atenção: toda a decisão *ativista*, dados os termos que estipulamos para o debate, seria *incorreta* desde o ponto de vista da democracia constitucional; mas nem toda decisão *incorreta* é necessariamente *ativista*. Ativismo é extrapolação de limites; mas fazer *menos* do que a Constituição determina também é incorreto.

A ideia é de que o *fórum do princípio* fornece a promessa de que os conflitos mais profundos, mais fundamentais entre os indivíduos e a sociedade irão, algum dia, em algum lugar, tornar-se finalmente *questões de Justiça*; e essa característica é agudamente penetrante, na medida em que obriga o próprio debate político a incluir o argumento acerca do princípio, não apenas quando o caso vai ao tribunal, mas muito antes e muito depois.<sup>35</sup> Sendo assim, um juiz que siga a concepção do Estado de Direito centrada nos direitos tentará, num caso controverso, estruturar algum princípio que, para ele, capta, no nível adequado de abstração, os direitos morais das partes pertinentes às questões levantadas pelo caso.<sup>36</sup> A questão é: a coerção não deve ser usada ou refreada, não importa quão útil seria isso para os fins em vista, quaisquer que sejam as vantagens ou a nobreza de tais fins, *a menos que permitida ou exigida pelos direitos e responsabilidades individuais que decorrem de decisões políticas anteriores, relativas aos momentos em que se justifica o uso da força pública*.<sup>37</sup>

Que o Poder Judiciário seja, portanto, o *fórum do princípio*. Eis um bom modo de se lidar com a *judicialização da política*. É esta, em resumo, a contribuição que gostaríamos de deixar para o debate a respeito do ativismo judicial: devemos exigir, de juízes e tribunais, que tomem as importantes decisões que têm de tomar com base em argumentos de princípio. A *responsabilidade política* do Poder Judiciário é a de tomar decisões por princípio; seu *papel*, numa democracia constitucional, é respeitar os direitos das pessoas e da sociedade, concebendo as controvérsias e disputas que decorrem de suas relações como uma *questão de Justiça*. Sua função não é a de promover o *bem comum*.

E essa grave missão, que as democracias constitucionais deferem ao elemento jurisdicional do Estado, é evidentemente incompatível com discricionariedades, ativismos, ou com qualquer outra abertura para que o julgador introduza, como

fundamentação da decisão, a sua própria visão de mundo ou preferência particular. Não importa se o juiz, em sua vida privada, tem inclinação *progressista* ou *conservadora*. Eis o aspecto decisivo, para o qual procuramos chamar atenção do leitor: a democracia constitucional é importante demais para ficar à mercê da *escolha de uma postura* (contida ou ativista) por parte de quem está encarregado de tomar decisões jurídicas.

## Referências

BARROSO, Luís Roberto. A função representativa e majoritária das cortes constitucionais. In: ROSA, Alexandre Morais da (Org.). **Hermenêutica, constituição, decisão judicial**: estudos em homenagem ao professor Lênio Luiz Streck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016, p. 159-175.

\_\_\_\_\_. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. In: COUTINHO, Jacinto N. de Miranda; FRAGALE FILHO, Roberto; LOBÃO, Ronaldo (Orgs.). **Constituição e ativismo judicial**: limites e possibilidades da norma constitucional e da decisão judicial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 275-290.

BICKEL, Alexander M. **The Least Dangerous Branch**: the Supreme Court at the bar of politics. 2. ed. New Haven; Londres: Yale University Press, 1986.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.159.242/SP**. Recorrente: Antonio Carlos Jamas dos Santos. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Brasília, 24 abr. de 2012. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=+1159242&b=ACOR&p=true&l=10&i=5>>. Acesso em: 28 jul. 2017.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 124306**. Pacientes: Edilson Ferreira dos Santos e Rosemere Aparecida Ferreira. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, 9 ago. 2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28124306%2ENU->

35 Ibid., p. 102-3.

36 Ibid., p. 15.

37 DWORKIN, 2003, p. 116.

ME%2E+OU+124306%2EACMS%2E%29&base=baseAcor-  
daos&url=http://tinyurl.com/hlu6obq>. Acesso em: 28 jul. 2017.

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

DWORKIN, Ronald. **O direito da liberdade**: a leitura moral da constituição norte-americana. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

\_\_\_\_\_. **O império do direito**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

\_\_\_\_\_. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

\_\_\_\_\_. **Taking Rights Seriously**. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1977.

\_\_\_\_\_. **Uma questão de princípio**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991.

HIRSCHL, Ran. **Towards Juristocracy**: the origins and consequences of the new constitutionalism. Cambdridge, Massachussetts; Londres: Harvard University Press, 2007.

KMIEC, Keenan D. The Origin and Current Meanings of Judicial Activism. **University of Colorado Law Review**, Chicago, v. 92, p. 1441-1478, 2004. Disponível em: <<http://scholarship.law.berkeley.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1324&context=californialawreview>>. Acesso em: 24 jul. 2017.

MELLO, Cláudio Ari Prineheiro de. **Democracia constitucional e direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

MOTTA, Francisco José Borges. Faça justiça, juiz!, ou: O que aprendemos com o TSE? **Fontejur**, João Pessoa, 20 jun. 2017a. Disponível em: <<https://fontejur.com.br/faca-justica-juiz-ou-o-que-aprendemos-com-o-tse/>>. Acesso em: 24 jul. 2017.

\_\_\_\_\_. **Ronald Dworkin e a decisão jurídica**. Salvador: Juspodivm, 2017b.

STRECK, Lênio Luiz; ABBOUD, Georges. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014a.

\_\_\_\_\_. **O que é isto**: o precedente judicial e as súmulas vinculantes? 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014b.

\_\_\_\_\_. **Verdade e consenso**: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial**: limites da atuação do poder judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

WALDRON, Jeremy. **Law and Disagreement**. Nova York: Oxford University Press, 1999.

TUSHNET, Mark. How Different are the Core Cases for and Against Judicial Review? **Social Science Research Network**, dez. 2008. Disponível em: <[http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1320502](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1320502)>. Acesso em: 24 jul. 2017.



# OS JUROS REMUNERATÓRIOS NOS CONTRATOS BANCÁRIOS SOB UMA PERSPECTIVA JURÍDICA E ECONÔMICA

Cristina Stringari Pasqual\*

\* Doutora e mestre em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), professora dos cursos de graduação e mestrado em Direito da Escola Superior do Ministério Público (FMP), advogada.

## Resumo

Juros remuneratórios, há muito tempo, ocupam as discussões estabelecidas nos tribunais brasileiros. No decorrer dos anos, a legislação sobre a matéria foi sofrendo mudanças, gerando novas interpretações no que se refere à taxa legal e convencional possível de ser adotada nos contratos firmados entre consumidores e instituições financeiras. A intensificação de demandas judiciais, todavia, acabou por gerar, por parte dos Tribunais Superiores, uma tomada de decisão fundada em sua compreensão exclusivamente econômica, deixando a juridicidade da matéria à margem.

**Palavras chave:** Contratos bancários. Juros remuneratórios. Taxa. Abusividade. Consumidor.

## Introdução

O debate quanto a taxa de juros remuneratórios cobrados pelas instituições financeiras, há muito tempo, vem ocupando a doutrina e jurisprudência brasileiras. Diversos foram os dispositivos legais vinculados ao tema. Sob uma perspectiva histórica,<sup>1</sup> o sistema jurídico brasileiro tratou inicialmente dessa espécie de juros no artigo 1.262 do Código Civil Brasileiro (CCB) de 1916, fixando a liberdade de convenção de taxas abaixo ou acima da legal. Posteriormente, a denominada Lei de Usura – artigo 1º do Decreto 33.626/33 estabeleceu limitação ao percentual de juros a 1% e, no ano de 1964, a Lei 4.545, que regulou o sistema financeiro, trouxe breve referência sobre a matéria.

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988 surgiu no sistema jurídico brasileiro uma norma constitucional direcionada à disciplina do sistema financeiro nacional, a qual, inclusive, tratava de taxa de juros. A Carta Maior passou a determinar no § 3º do artigo 192 que

[...] o sistema financeiro nacional, estruturado de forma a promover o desenvolvimento equilibrado do País e a servir aos interesses da coletividade, será regulado em lei complementar, que disporá, inclusive, sobre [...] as taxas de juros reais, nelas incluídas comissões e quaisquer outras remunerações direta ou indiretamente referidas à concessão de crédito, não poderão ser superiores a 12% ao ano, a cobrança acima deste limite será conceituada como crime de usura, punido, em todas as suas modalidades, nos termos que a lei determinar. (BRASIL, 1988).

Após muitas discussões judiciais relativas à extensão da determinação constitucional e da pressão político-econômica que surgiu por parte dos interessados, acabou sendo aprovada a Emenda Constitucional nº 40/2003, a qual revogava, entre outros, o § 3º do artigo 192, afastando-se a discussão quanto à constitucionalidade ou não da norma.

<sup>1</sup> Cf. SCAVONE JUNIOR, 2007.

Com a entrada em vigor do Código Civil, em 2003, nova disciplina relativa aos juros remuneratórios foi inserida no sistema jurídico brasileiro, com a redação do artigo 591, o qual estabeleceu que “destinando-se o mútuo a fins econômicos, presumem-se devidos os juros, o quais, sob pena de redução, não poderão exceder a taxa a que se refere ao art. 406, permitida a capitalização anual”.

Com todas as mudanças legislativas e discussões as quais se desenvolveram no plano judicial, acabou sendo adotado pelos Tribunais Superiores o entendimento de que em contratos firmados com instituições financeiras há liberdade na fixação das taxas de juros, somente não se admitindo a abusividade na convenção, sendo considerado que a regulamentação dada à matéria advém da Lei 4595/1964, com base no seu artigo 4º, inciso IX, o qual estabelece que compete ao Conselho Monetário Nacional limitar a taxa de juros sempre que necessário.

É possível observar nas decisões sobre a matéria o entendimento de que admite-se a cobrança de taxa de juros remuneratórios em contratos bancários que não superem a taxa média fixada pelo mercado, pois, assim sendo, não haverá abusividade.

Sem adentrarmos na discussão sobre ser ou não este o dispositivo aplicável à matéria, pois, como referido em outra oportunidade, nossa posição é distinta (PASQUAL, 2007) se o entendimento adotado é de que a regra do artigo 4º, inciso IX da Lei 4.595/64 deve ser tomada como base para a solução dos casos concretos, nos parece que a interpretação e aplicação deveria ser distinta da que atualmente é realizada.

A fim de trazer o tema à discussão, portanto, é necessário analisar os fundamentos trazidos pelos Tribunais Superiores para, posteriormente, destacarmos nossa reflexão e conclusões.

## Juros bancários nos tribunais

A discussão em torno da taxa de juros remuneratórios nos contratos bancários após a entrada em vigor da Constituição Federal de 1988 trazia como entendimento predominante o de que as instituições financeiras teriam que demonstrar estar autorizadas pelo Conselho Monetário Nacional a cobrar juros acima da taxa legal, esta entendida como de 12% ao ano.<sup>2</sup>

Com o passar dos anos, tal entendimento foi sendo alterado, principalmente a partir de 2003 com a emenda constitucional n. 40, a qual revogou o conteúdo do artigo 192 § 3º da Constituição Federal que trazia a previsão já mencionada de delimitação das taxas de juros. A emenda referida, inclusive, originou a Súmula 648 do STF (atual Súmula Vinculante 7) a qual consagrou que: “A norma do § 3º do art. 192 da Constituição, revogada pelo EC 40/2003, que limitava a taxa de juros reais a 12% ao ano, tinha sua aplicabilidade condicionada à edição de lei complementar”.

Passou, então, a prosperar o entendimento de que não há limitação legal à taxa de juros remuneratórios fixados nos contratos firmados entre consumidores e instituições financeiras,<sup>3</sup>

2 Como se pode observar nos Recursos Especiais julgados pela Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça: REsp nº 172.248-RS, de 04/08/1998; REsp nº 84.815-RS, de 11/11/1996; REsp nº 95.970-RS, de 11/11/1996.

3 A título de exemplo verifica-se no Superior Tribunal de Justiça a seguinte decisão: AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CONTRATO BANCÁRIO. AÇÃO REVISIONAL. JUROS REMUNERATÓRIOS. TAXA MÉDIA DO MERCADO. COBRANÇA ABUSIVA. LIMITAÇÃO. NÃO COMPROVAÇÃO. SÚMULA 83/STJ. CAPITALIZAÇÃO MENSAL DE JUROS. REQUISITOS PREENCHIDOS. REVISÃO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULAS 5 E 7/STJ. PRECEDENTES. AGRAVO NÃO PROVIDO. 1. A circunstância de a taxa de juros remuneratórios praticada pela instituição financeira exceder a taxa média do mercado não induz, por si só, a conclusão de cobrança abusiva, consistindo a referida taxa em um referencial a ser considerado, e não em um limite que deva ser necessariamente observado pelas instituições financeiras. 2. Ante a ausência de comprovação cabal da cobrança abusiva, deve ser mantida, in casu, a taxa de juros remuneratórios acordada. 3. Quanto à capitalização mensal dos juros, a jurisprudência desta eg. Corte pacificou-se no sentido de que sua cobrança é admitida nos contratos bancários celebrados a partir da edição da Medida Provisória nº 1.963-17/2000, reeditada sob o nº 2.170-36/2001, qual seja, 31/3/2000, desde que expressamente pactuada. 4. Tendo o v. aresto recorrido afirmado que os requisitos foram devidamente preenchidos a respeito da cobrança de juros capitalizados em periodicidade mensal, é inviável a pretensão recursal, porquanto demandaria rever questões fáticas e interpretação de cláusula contratual, o que se sabe vedado nesta instância especial. Incidência das Súmulas 5 e 7 desta Corte Superior de Justiça. Precedentes. 5. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no AgRg no AREsp 602.850/MS, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 20/08/2015, DJe 11/09/2015).

identificando-se na doutrina a defesa da competência exclusiva das autoridades monetárias para a fixação de juros (WALD, 2007, p. 17) e, assim, do reconhecimento de taxas de juros com percentuais liberados, “apuradas segundo a média de mercado” (AGUIAR JÚNIOR, 2005, p. 157).

As decisões judiciais passaram a, reiteradamente, mencionar que a taxa de juros remuneratórios convencionada em um contrato bancário não poderia exceder a “taxa média de mercado”, devendo tal taxa ser tomada como um referencial a ser considerado, mas não como um limite a ser observado, devendo ser comprovado pelo consumidor a abusividade da cobrança.<sup>4</sup> Mesmo com a entrada em vigor do Código Civil de 2002, que trouxe a regra do artigo 591, e com o julgamento da ADI 2591, que considerou que se aplica o Código de Defesa do Consumidor aos contratos firmados com Instituições Financeiras, tal entendimento foi mantido.

Resta evidente das decisões proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça que, inexistindo limitação legal à taxa de juros remuneratórios em contratos bancários, somente poderá ser considerada excessiva a taxa pactuada caso o tomador do crédito comprove a abusividade na cobrança, sendo o parâmetro para tal verificação o mercado.

4 Também o Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 750.039 – BA, julgado em 27/07/2017, Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO (ART. 544 DO CPC/73) - AÇÃO REVISIONAL DE CONTRATO BANCÁRIO - LIMITAÇÃO DOS JUROS REMUNERATÓRIOS - DECISÃO MONOCRÁTICA QUE NEGOU PROVIMENTO AO RECLAMO. IR-RESIGNAÇÃO DA PARTE RÉ. 1. Consideram-se preclusas as matérias que, veiculadas no recurso especial e dirimidas na decisão agravada, não são reiteradas no agravo interno. Precedentes. 2. Conforme decidido no Resp. n. 1.061.530/RS, submetido ao regime do art. 543-C do CPC/1973, a estipulação de juros remuneratórios em taxa superior a 12% ao ano não indica, por si só, abusividade em face do consumidor, permitida a revisão dos contratos de mútuo bancário apenas quando fique demonstrado, no caso concreto, manifesto excesso da taxa praticada ante à média de mercado aplicada a contratos da mesma espécie. Incidência do óbice das Súmulas 5 e 7/STJ. 3. Agravo interno desprovido.

## O fundamento econômico das decisões judiciais e a abusividade da taxa de juros

A referência em decisões judiciais quanto a ser permitida a cobrança, pelas instituições financeiras, de juros remuneratórios que reflitam os juros de mercado é uma constante. A menção ao mercado como fundamento das decisões, todavia, demonstra que os julgados recepcionaram plenamente a perspectiva econômica da matéria, deixando, inclusive, a economia sobrepor-se às normas jurídicas<sup>5</sup> e, mais do que isso, trazendo, da mesma forma, uma interpretação inadequada de conceitos que compõem a ciência econômica, como acontece com o conceito de mercado.

É consabido que o mercado deve ser analisado em um contexto político-econômico-geográfico, podendo estar inserido em um sistema econômico não capitalista ou capitalista. Sendo capitalista, como o Brasil, é necessário existir uma verdadeira concorrência e, portanto, a prestação de serviços e distribuição de produtos por um número significativo de fornecedores e a garantia de uma verdadeira tutela aos consumidores nas relações negociais entabuladas.

Assim, é importante reconhecer que, apesar da liberdade de contratar ser inerente aos negócios, é indiscutível que tal liberdade deve sofrer limitações, pois somente assim pode-se assegurar efetiva segurança nas relações jurídicas. Tal limitação se dá mediante o controle estatal. A intervenção do Estado nas relações negociais se dá por diversos motivos, estando um deles diretamente ligado ao mercado, pois com o desenvolvimento da economia de produção, foram reveladas falhas as quais exigem que o Estado intervenha a fim de proporcionar equilíbrio nas relações. O livre mercado prevalece em nosso sistema, mas uma vez sendo constatadas falhas, o Estado deve agir a fim de promover a equidade (MARINS, 2009, p. 67).

5 Como bem destaca Decio Zylbersztajn e Rachel Sztajn (2005, p. 3), “a análise econômica deve, então, considerar o ambiente normativo no qual os agentes atuam, para não chegar a conclusões equivocadas ou imprecisas, por desconsiderar os constrangimentos impostos pelo Direito ao comportamento econômico”.

Dentre as falhas de mercado, destaca-se a falha de estrutura, ou seja, há determinadas atividades econômicas que por exigirem grandes investimentos acabam por pertencer a um único fornecedor (monopólio) ou a poucos fornecedores (oligopólio). Em tais casos, não se pode pretender que a liberdade de mercado seja suficiente para alcançar a equidade, este é, inclusive, o motivo pelo qual há, no Brasil, determinados órgãos de controle para atividades dessa natureza, como a ANEL e a ANATEL, entre outros. Todos estabelecem regras para a atuação das atividades de determinadas fornecedoras no mercado, todavia, mesmo existido tais órgãos, nem sempre se consegue alcançar o objetivo de um pleno controle, de forma que em existindo ofensa ao ordenamento jurídico, o Poder Judiciário é chamado a manifestar-se.

Em matéria de contratos bancários, observa-se que um controle Estatal específico é indispensável. Segundo recente pesquisa feita no Brasil, cinco instituições financeiras ocupam, sozinhas, 80% do mercado (ALVARENGA, 2015),<sup>6</sup> o que inviabiliza, sem sombra de dúvidas, uma verdadeira concorrência, existindo evidente oligopólio.

Nesse sentido, a fim de garantir verdadeiro equilíbrio nas relações negociais que sejam entabuladas com tais empresas, evitando-se assim abusos, é necessária maior atuação estatal. Apesar do Conselho Monetário Nacional estar encarregado de regulamentar a atividade empresária exercida pelas instituições financeiras, quando surge a impossibilidade de proporcionar pleno controle contra ofensas ao ordenamento jurídico, cabe ao Poder Judiciário, quando acionado, impor o equilíbrio necessário.

Se inexistente regulamentação quanto à taxa legal ou convencional de juros remuneratórios, como consideram as decisões judiciais atualmente preponderantes, também não se pode admitir que se deixe ao mercado, o qual é constituído por poucas instituições financeiras, definir o que é o devido, equitativo, pois

um mercado no seu pleno significado, inexistente, afinal, a livre concorrência não está presente em um oligopólio.

Percebe-se, assim, que o elemento do mercado, utilizado como balizador para a observação da eventual abusividade da cobrança de juros, como vem referindo as decisões judiciais proferidas nos Tribunais Superiores, não pode servir como parâmetro eficaz, na medida que os juros do mercado são estabelecidos por poucos, impedindo, desse modo, o necessário equilíbrio. Se há nos contratos bancários taxas de juros remuneratórios expressamente pactuadas, a identificação de se essas são ou não abusivas não pode resultar de uma análise segundo o mercado.

## A abusividade dos juros e sua prova no processo

Apesar dos juros serem considerados instituto de direito material e econômico, não se pode deixar de examiná-lo sob uma perspectiva processual, ainda que a matéria adjetiva seja coadjuvante no debate judicial sobre a matéria. Quando estabelecida a discussão sobre a abusividade da taxa de juros remuneratórios fixada em um contrato bancário, o Judiciário tem que buscar parâmetros para identificar se é ou não devida a redução da taxa cobrada do consumidor. Entretanto, tendo em vista os tribunais, como já mencionado, repetidamente considerarem inexistir taxa legal aplicável, afirmam que somente terá direito a obter a redução da taxa o consumidor que provar que a mesma é abusiva segundo o que é estabelecido pelo mercado.

Se a presença de abusividade é o critério para determinar se é ou não devida a redução da taxa de juros e esta deve ser provada, é necessário estabelecer-se inicialmente o critério adequado para o exame de tal abusividade. Além disso, é imprescindível imputar o ônus da prova de tal abusividade a seu verdadeiro titular.

<sup>6</sup> Conforme Alvarenga (2015), em 1995 56% do mercado pertencia a 5 bancos e em 2015 esse percentual passou a 80% do mercado.



Demonstrado que o critério utilizado – taxa média de mercado – não pode prosperar, importa encontrar um mecanismo capaz que permita, no caso concreto, avaliar se há ou não abusividade na cobrança. Uma sugestão que poderia ser adotada seria a de migrar a análise do “mercado” para a do “custo do dinheiro” para as instituições financeiras.

As instituições financeiras, no exercício de suas atividades, captam recursos junto a poupadores, ou seja, sujeitos que depositam suas economias para obter ganhos advindos de remunerações que receberão sobre o valor aplicado. Tais valores arrecadados são, portanto, remunerados pela instituição financeira mediante a aplicação de taxa de juros.

Além disso, as instituições financeiras comumente emprestam quantias a terceiros, fornecendo crédito e cobrando dos tomadores taxas de juros remuneratórios. Na linguagem da economia, a diferença entre a taxa de juros paga pelos tomadores de crédito e a paga pela instituição financeira aos depositantes (poupadores) sobre os valores arrecadados, denomina-se spread.

Nesse sentido, o spread bancário poderia servir como balizador para identificar se a taxa de juros remuneratórios cobrada no empréstimo bancário se mostra abusiva ou não. Entendendo-se coerente tal sugestão, é importante, ainda, o exame do ônus da prova. Quem deveria trazer ao Judiciário em um litígio, a comprovação do spread e das taxas que permitiram chegar-se ao seu resultado?

Conforme a regra geral aplicável, o fato constitutivo de um direito cabe a seu titular demonstrar. Segundo, portanto, tal regra, e a interpretação trazida pelos tribunais, caberia ao consumidor, em um contrato bancário, comprovar a abusividade da taxa de juros remuneratórios cobrada. Ocorre que existindo uma relação jurídica de consumo e, conseqüentemente, a aplicabilidade do Código de Proteção de Defesa do Consumidor, devem os direitos básicos dos consumidores serem tutelados. Entre tais direitos encontra-se o de obter a inversão do ônus da prova, conforme previsto no artigo 6º, inciso VIII, da Lei 8.078/90.

Segundo tal dispositivo, o consumidor tem o direito de obter a inversão do ônus da prova quando houver verossimilhança em suas alegações ou for ele hipossuficiente.<sup>7</sup> Ainda que entenda o julgador não haver verossimilhança nas alegações, não pode ele deixar de examinar a hipossuficiência do consumidor quanto à alegação de abusividade da taxa de juros, uma vez que tal exame é complexo e exige conhecimento técnico-econômico.

Assim, inegável nos parece que, em sendo travado debate quanto a presença ou não de abusividade da taxa de juros, o ônus da prova deve ser atribuído à fornecedora instituição financeira e não ao consumidor, sob pena de infração a um dos direitos básicos do vulnerável. Na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, entretanto, a busca pela aplicação de tal entendimento, seja quanto ao critério de verificação de abusividade (spread bancário) acima referido, seja no que diz respeito ao ônus da prova, não tem sido reconhecida. Surge, ainda, uma barreira importante à tutela do consumidor, que é a vedação de exame de prova e de discussão de cláusula contratual em sede de Recurso Especial.<sup>8</sup>

Um exemplo claro de tal situação se pode observar no julgamento do Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial de nº 550.231-SP.<sup>9</sup> Os consumidores recorrentes buscaram aplicar a tese de que havia abusividade no spread bancário, tendo

7 Segundo Bruno Miragem (2014, p. 219-220), a inversão do ônus da prova “não se trata de causa econômica que impeça a produção da prova, mas a impossibilidade fática decorrente da ausência de condições – inclusive técnica – de sua realização, em razão da dinâmica das relações de consumo, cujo poder de direção e o conhecimento especializado pertencem, como regra, ao fornecedor”.

8 Interessante também destacar o texto da Súmula 530 do STJ: Nos contratos bancários, na impossibilidade de comprovar a taxa de juros efetivamente contratada - por ausência de pactuação ou pela falta de juntada do instrumento aos autos -, aplica-se a taxa média de mercado, divulgada pelo Bacen, praticada nas operações da mesma espécie, salvo se a taxa cobrada for mais vantajosa para o devedor.

9 AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ABUSIVIDADE DO SPREAD BANCÁRIO. REEXAME DE PROVAS E DE CLÁUSULAS CONTRATUAIS. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULAS N. 5 E 7/STJ. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. NÃO REALIZAÇÃO DE COTEJO ANALÍTICO. 1. Aplicam-se as Súmulas n. 5 e 7 do STJ quando o acolhimento da tese defendida no recurso especial – abusividade do spread bancário – reclama a interpretação de cláusulas contratuais e a análise dos elementos probatórios produzidos ao longo da demanda. 2. Não merece conhecimento recurso especial fundado em dissídio jurisprudencial quando não realizado o devido cotejo analítico, demonstrando-se a similitude fática e jurídica entre os acórdãos recorrido e paradigma. 3. Agravo regimental desprovido.

sido considerado pelo Relator não ser possível cogitar a limitação, asseverando também que, mesmo que se fosse admitir a defesa de cobrança de taxa de juros excessiva com base no elevado spread, não poderia o recurso prosperar, pois era incabível naquela sede recursal reexaminar cláusulas contratuais e provas.

## Considerações finais

A partir desta breve reflexão buscou-se destacar que a discussão judicial envolvendo juros remuneratórios em sede de contratos firmados com instituições financeiras vem sendo definida com base em critérios puramente econômicos, considerando os julgados inexistir limitação legal à taxa de juros e, como consequência, entendendo autorizados os bancos a estabelecerem e exigirem elevadas taxas.

Aplica a jurisprudência o entendimento de que é legítima a cobrança de taxa de juros remuneratórios que represente a taxa média de mercado sem reconhecer a presença do oligopólio na atividade bancária, mas recepcionando a atividade de concessão de crédito pelas instituições financeiras como sendo exercida por fornecedores que executam sua atividade em um mercado no qual a livre concorrência predomina, sendo desnecessário um controle efetivo do Estado, tendo o consumidor direito a obter a redução da taxa de juros tão somente quando comprovar que a taxa cobrada não reflete o que estabelece o mercado. Exige o Judiciário que o consumidor realize uma prova que lhe é indiscutivelmente impossível de ser feita, mas, acima de tudo, aplica como para a solução de um tema tão relevante, critério que indiscutivelmente não mereceria prosperar.

## Referências

AGUIAR JÚNIOR, R. R. de. Os juros na perspectiva do Código Civil. In: PFEIFFER, R. A. C.; PASQUALOTTO, A. **Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002**: convergências e assimetrias. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

ALVARENGA, D. Concentração aumenta e 5 bancos já detêm mais de 80% dos ativos no país. **Portal G1**, São Paulo, 3 ago. 2015. Disponível em: <<http://g1.globo.com/economia/noticia/2015/08/concentracao-aumenta-e-5-bancos-ja-detem-mais-de-80-dos-ativos-no-pais.html>>. Acesso em: 21 jun. 2017.

BRASIL. Código Civil Brasileiro de 1916

BRASIL. Código Civil, em 2003

BRASIL. **Constituição Federal**, de 5 de outubro de 1988. Brasília, DF.

BRASIL. Lei 4.545

BRASIL. Lei 4595/1964

MARINS, V. Direito Econômico e intervencionismo consensual: o caso das parcerias público-privadas. In: \_\_\_\_\_. **Direito Econômico**: evolução e institutos. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 65 – 91.

MIRAGEM, Bruno. **Curso de direito do consumidor**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

PASQUAL, C. S. Os juros nas relações negociais. In: BRANDELLI, L. (Org.). **Direito Civil e registro de imóveis**. 1. ed. v. 1. São Paulo: Editora Método. 2007. p. 25-54.

SCAVONE JUNIOR, L. A. **Juros no Direito Brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

ZYLBERSZTAJN, D; SZTAJN, R. (Orgs.). **Direito e Economia**: análise econômica do direito e das organizações. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

WALD, Arnold. O direito monetário e a recente jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. **Revista dos Tribunais**, v. 861. São Paulo, jul. 2007.

# A DECISÃO JUDICIAL COMO GARANTIDORA DA PONDERAÇÃO ENTRE AUTONOMIA PRIVADA E INTEGRIDADE FÍSICA NOS CRIMES DE VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER

Karina Sartori Flores\*

\* Advogada graduada pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, especialista em Direito Empresarial pela Fundação Getúlio Vargas, mestranda em Direito na Fundação Escola Superior do Ministério Público. <http://buscatextual.cnpq.br/buscatextual/visualizacv.do?id=K4481996E4>

## Resumo

O presente trabalho procura aprofundar os estudos sobre as decisões judiciais quando proferidas de forma contramajoritária. Centralizando-se nos crimes de violência contra a mulher, será demonstrada a necessidade de ponderação de Direitos Fundamentais tal como a autonomia privada e a integridade física, como maneira de evitar excessos na atuação estatal em âmbito privado.

**Palavras-chave:** Contramajoritária. Decisões judiciais. Direitos fundamentais. Violência doméstica.

## Abstract

The present work tries to deepen the studies on the judicial decisions when uttered in a countermajoritarian way. Focusing on crimes of violence against women will demonstrate the need to weigh fundamental rights such as private autonomy and physical integrity as a way to avoid excesses in state action in the private sphere.

**Keywords:** Countermajority, domestic violence. Fundamental rights, judicial decisions.

## Introdução

Primeiramente, é de salutar importância a exposição de critérios e críticas sobre a atuação jurisdicional de maneira contramajoritária. Não se trata de possibilidade pacificada na doutrina, ao contrário, muitos questionamentos são apresentados com o intuito de rever a possibilidade de decisões judiciais atuarem de forma ampliada no ordenamento.

O intuito do presente trabalho corresponde à exposição dos conceitos e posições sobre o tema, partindo de um estudo sobre os institutos a serem delimitados, tal como a Democracia e os Direitos Fundamentais. Posteriormente, será dado maior posicionamento sobre o tema, vinculando o entendimento especificamente à área de violência doméstica contra a mulher.

Não há a pretensão de acomodar a totalidade dos entendimentos em questão, mas de alimentar estudos e indagações sobre as decisões judiciais.

## Desenvolvimento

### Conceptualização da democracia e consequências sobre a sociedade.

Verificar os conceitos primários sobre a democracia é medida que se faz necessária para a compreensão das sustentações seguintes sobre a limitação das decisões judiciais. As concepções de democracia são amplas, os critérios incluídos para a sua delimitação também são variáveis, compreendendo o governante, os governados, a forma de governo, a finalidade pretendida, entre outros. No presente trabalho serão expostas três concepções conhecidas como plebiscitária, procedimental e deliberativa.

Na visão da democracia plebiscitária, o povo representa um organismo unificado, imperando uma vontade una, e essa

vontade, configurada pela unificação, resta demonstrada através da letra da lei. Nesse ponto

o soberano é o povo na sua dimensão ativa, participante, enquanto conjunto dos cidadãos, assim como o Estado é o povo na sua dimensão passiva, enquanto conjunto dos súditos. Na democracia plebiscitária, o povo não é apenas o titular do poder, mas o exerce, na sua dimensão legislativa. (BARZOTTO, 2003. p. 108).

Jean-Jacques Rousseau é o pensador que se destaca por sua compreensão da democracia como o todo unitário dotado de vontade, referindo que “a vontade geral pode dirigir as forças do Estado de acordo com a finalidade de sua instituição, que é o bem comum” (BARZOTTO, 2003. p. 129). O caráter plebiscitário condiz com a vontade geral do povo que se unifica na disposição normativa, não havendo o que se falar em particularidades, nem mesmo ofensas a direitos, uma vez que a vontade geral não seria estabelecida com a previsão de mal a si mesma.

Em outra análise, a democracia também é identificada como procedimental, compreendendo muito mais um método de unir o maior número de vontades dos indivíduos. Trata-se de um procedimento de regras e critérios os quais buscam a identificação do que seria justo ao maior número de pessoas possíveis. Essa percepção da democracia como procedimental decorre da impossibilidade de identificação de uma vontade una entre os indivíduos; as diferenças de valores, sentimentos e ideias sobre o que seria justo em determinadas ocasiões implicariam em um obstáculo para a percepção antes de ser a democracia plebiscitária. “A democracia é o regime que oferece um conjunto de regras que estruturam o jogo de interesses na sociedade, de modo que, pacificamente, possam ser satisfeitos os interesses do maior número possível de indivíduos” (BARZOTTO, 2003. p. 145).

O essencial fundamento da democracia procedimental consiste na vontade da maioria, nas palavras de Kelsen (1993) esta “é uma forma de criação da ordem social”. A normativa criada seria a configuração do interesse da maioria, o que restou



determinado como bem pela maioria dos indivíduos, e não pela busca de bem comum.

Por fim, salienta-se a concepção da democracia como deliberativa, a qual corresponde ao interesse de muitos que, por meio de debate público, identifica e preconiza os interesses a serem tutelados. “Temos, assim, uma democracia deliberativa, na qual a busca da verdade prática deve ser feita considerando-se a prudência que se faz presente onde os homens colocam-se em conjunto, a perguntar-se e a discutir, a partir de opiniões, sobre a ação correta” (BARZOTTO, 2003. p. 42).

Por intermédio da verificação de tais conceitos, observou-se que a democracia não poderia representar apenas uma verdade única, como pretende o conceito de plebiscitária, principalmente em decorrência das divergências de culturas, crédulos e julgamentos provenientes de indivíduos que trazem consigo um universo de concepções já formadas. Considera-se, portanto, que a preocupação fundamental da democracia é a representação dos muitos por diálogo público ou pelo da maioria.

Na realidade, a maioria dos indivíduos se manifesta no momento em que exerce o direito político, apontando o representante o qual possui convicções similares e que, acredita-se, seja atuante em causas necessárias à comunidade. Nesse ponto, vemos que por maioria são escolhidos os representantes políticos, os garantidores da manifestação da vontade da maioria.

Deixando o âmago das críticas atuais aos representantes, verificamos que há em nosso ordenamento um procedimento que viabiliza a manifestação dos cidadãos, um procedimento com regras específicas as quais permitem que a voz da maioria seja representada e efetivada na esfera legislativa.

Eminentemente, as demais percepções sobre a democracia, expostas acima, são contempladas pelo procedimento praticado no ordenamento. Os representantes da maioria representam os cidadãos que os escolheram, labutam nas causas sobre as quais possuem interesse, sendo legítimas extensões das vozes colhidas em uma sociedade democrática.

No entanto, seria esse o momento de indagar sobre os interesses, objetivos e necessidades das minorias, os quais não são protegidas pelos escolhidos legitimamente. Seria possível permitir que as vozes que não possuem emissários estivessem fadadas à incompreensão e ausência de garantias?

Nas palavras de Kelsen, quem já verificava a situação problematizada: “a existência da maioria pressupõe, por definição, a existência de uma minoria e, por consequência, o direito da maioria pressupõe o direito à existência de uma minoria” (KELSEN, 1993, p. 67). Sendo assim, pautado na vontade da maioria, fatalmente se observa uma dificuldade em observar os interesses da minoria, no entanto, nas próprias considerações feitas por Kelsen, o direito da minoria não pode ser desconsiderado, muito pelo contrário, para que um governo seja efetivamente democrático, não poderia falhar em garantir a efetividade dos direitos a esses.

Sobre o ponto, destaca-se o entendimento de Ronald Dworkin, transposto nas palavras de Francisco José Borges Motta:

Com efeito, o jusfilósofo norte-americano acredita que um Estado Democrático somente encontra justificativa moral e política se garantir (e para isso conta-se com o Direito, vale dizer) igual consideração e respeito pelas pessoas que estão sob seu domínio. Assim, a maioria não deve ser a juíza suprema de quando seu próprio poder dever ser limitado para protegerem-se direitos individuais. O fato de as decisões coletivas serem sempre, ou normalmente, as decisões que a maioria dos cidadãos tomaria, caso plenamente informados ou racionais, não é uma meta e nem uma definição de democracia. Para o autor, o objetivo da democracia é que “as decisões coletivas sejam tomadas por instituições políticas cuja estrutura, composição e modo de operação dediquem a todos os membros da comunidade, enquanto indivíduos, a mesma consideração e o mesmo respeito. (MOTTA, 2017, p. 69).

Ocorre que, como poderia a minoria exigir a observância dos direitos que possui, sendo que estes provavelmente já estejam em inobservância por parte do órgão legitimado? Como condição necessária ao enfrentamento da questão feita, convém

mencionar que os direitos solicitados pela minoria referem-se a direitos estabelecidos constitucionalmente, inclusive como limitadores do próprio poder Estatal, nas palavras de Dimitri Dimoulis: “Direitos subjetivos de pessoas (físicas ou jurídicas), contidos em dispositivos constitucionais – possuindo, portanto, caráter normativo supremo em âmbito estatal – cujo objetivo é limitar o exercício do poder estatal em face da liberdade individual.”<sup>1</sup>

A tentativa de assegurar a proteção dos direitos da minoria corresponde à observância dos Direitos Fundamentais, direitos em essência considerados anteriores à própria representação legislativa, nos termos utilizados por Norberto Bobbio estes “são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas.”

Consequentemente, quando esses direitos não são observados pela maioria representada, é necessário assegurar uma maneira célere e efetiva para que a minoria faça valer sua sustentação constitucional.

É necessário, portanto, a existência de um órgão que obrigue a maioria a respeitar as regras do jogo. À minoria deve ser facultada a possibilidade de recorrer a um tribunal constitucional que impeça a ação da maioria. (BARZOTTO, 2003, p. 149).

Identificada, portanto, a Jurisdição Constitucional à qual deve recorrer a minoria para garantir os direitos estabelecidos, esta deve

mais do que garantir o equilíbrio e a harmonia entre os poderes, pois, a jurisdição constitucional serve como garantidora da força normativa substancial da Constituição. E a materialidade dos direitos fundamentais constitucionalizados presta-se de guia ao processo hermenêutico-constitucional. (MOTTA, 2017, p. 57).

Partindo desse entendimento, retrata-se a necessidade de enfrentamento das questões atinentes às decisões judiciais.

### **Decisão judicial como garantidora de direitos**

Identificado o judiciário como poder garantidor das previsões constitucionais, dentre elas os direitos fundamentais atribuídos aos indivíduos, confere-se ao julgador a obrigação de uma decisão judicial coerente aos fundamentos normativos do ordenamento jurídico.

Uma vez provocado pelas partes, o poder judiciário deve permear a segurança jurídica e a proteção legal a preceitos fundamentais dispostos no ordenamento positivado, bem como observar e harmonizar as decisões proferidas aos direitos supranacionais com validade e aspiração universal. Não se trata de atividade simplista, nem mesmo pacificada a atuação jurisdicional em casos de insuficiência de proteção legislativa, como foi exposto acima. Ocorre que a procura pelo judiciário encontra-se justificada e ampliada frente a necessidade de enfrentamento de questões adormecidas pela representatividade legislativa e, por vezes, as previsões legais estabelecidas deixam de considerar essencialidades que apenas o caso específico permite a identificação.

Sendo assim, na essência de acesso à justiça, a atuação do judiciário é de primazia aos particulares. Esses procuram o enfrentamento de suas indagações e aflições vivenciadas em um poder dotado de competência e permeado pelas profundezas conceituais do Direito, o qual representa, por meio de uma decisão coerente e fundamentada, a compreensão adequada ao caso, cumprindo preceitos de justiça e equidade na sua determinação.

A resposta aos anseios dos litigantes é apontada por Ronald Dworkin como pertencente a teoria do direito como integridade, possibilitando a conclusão judicial ao encontro da melhor perspectiva do direito. Cláudio Ari Mello descreve a Teoria Constitucional de Ronald Dworkin como

<sup>1</sup> DIMOULIS, Dimitri. CLÈVE, Clèmerson Merlin (Coord.), SARLET, Ingo Wolfgang (Coord.), PAGLIARINI, Alexandre Coutinho (Coord.). Jurisdição constitucional, direitos fundamentais e democracia. p. 290. In Direitos humanos e democracia. Rio de Janeiro:Forense,2007.

Mesmo nos casos difíceis, em que o direito positivo ou os precedentes não oferecem uma resposta imediata, o sistema jurídico, interpretado de acordo com a integridade, sempre oferece respostas corretas. [...] Além disso, a prática do direito é guiada por determinados valores, como igualdade, a justiça e o devido processo legal, que também devem determinar qual é a resposta correta para um problema jurídico. (MELLO, 2013, p. 309).

Assim sendo, a correta decisão ao caso concreto deve ser uma busca fundamental ao julgador, o qual detém a atribuição de preservar a autonomia do direito, evitando que suas interpretações estejam contaminadas por vontades subjetivas e interesses diversos dos pretendidos ao caso. As decisões proferidas devem primar pela interpretação constitucional e por fundamentos e argumentos dotados de persuasão e justificação suficientes para verificar uma razão justificatória.

A interpretação do direito, especialmente nos casos difíceis, é sempre uma interpretação construtiva, que procura encontrar respostas interpretativas que partam da finalidade essencial do direito para apresentá-lo em sua melhor perspectiva naquele caso. (MELLO, 2013, p. 319).

Somente por meio de uma decisão íntegra aos ditames do ordenamento os particulares poderão acessar e garantir os direitos os quais lhe são atribuídos. Esta corresponde, portanto, a uma segurança jurídica na qual o julgador deve primar pela concretização de preceitos estabelecidos na ordem legal, observando as particularidades provenientes dos casos demandados sem que haja uma atuação extensa a caracterizar arbitrariedades e partidarismos. A decisão proferida deve atender aos anseios próprios ao caso concreto, possibilitando que o entendimento atribuído ao julgamento possa, de certa forma, ser estendido a litígios similares, sendo, portanto, uma decisão suscetível de generalização.

No que concerne a atuação do julgador na pretensão da correção e decisão apropriada ao caso, destacamos a referência feita pelo ilustre doutrinador Francisco José Borges Motta:

Defendemos o ponto de que uma decisão jurídica deve ter a sua legitimidade confirmada de dois modos: por um lado, deve ser o produto de um procedimento constitucionalmente adequado, por meio do qual se garanta, aos interessados, aquilo que Dworkin trata por participação moral; por outro, a decisão deve ser fundamentada numa interpretação que, dirigida à integridade, honre a responsabilidade enquanto virtude. Outra maneira de dizê-lo é: a resposta jurídica e democraticamente correta tem uma dupla dimensão, a saber, procedimental e interpretativa. Essas dimensões são interdependentes e reciprocamente constitutivas. O próprio conceito de procedimento democrático é um conceito interpretativo; apresentar etapas e garantias procedimentais como exigências democráticas é uma forma de colocá-las sob sua melhor luz. Nesse sentido, concebe-se o procedimento atribuindo-lhe um propósito, uma intencionalidade, e reinterpretando-o a partir disso. (MOTTA, 2017, p. 216).

Sendo assim, verifica-se que a atividade interpretativa do julgador deve observar procedimentos apropriados e estabelecidos previamente, com o intuito de garantir a maior precisão e mais adequada compreensão das necessidades processuais. No entanto, sua atuação não é independente da participação dos interessados no processo, a decisão do julgador possui um ordenamento prévio ao qual se vincula e estabelece sua interpretação e decisão aos critérios e provocações contidos no caso que lhe é incitado. Portanto, a partes que litigam possuem também um papel participativo na obtenção da melhor resposta ao problema em discussão, devendo contribuir com argumentos concisos e explanando a intenção com objetividade e coerência com os ditames constitucionais.

Veja-se que saber se uma pessoa tem ou não um direito a ser reconhecido judicialmente é uma questão de interpretação dos argumentos fornecidos em apoio a um case (favorável ou contrário à sua pretensão). Conjugam-se, aqui, uma série de fatores. Eis alguns: a interpretação tem uma pretensão de objetividade, que se estabelece no paradigma hermenêutico (para além de uma concepção fiscalista de mundo e do esquema sujeito-objeto); os argumentos devem ser apresentados de forma integrada e coerente, observando-se, pois, a virtude da responsabilidade moral;

reconhecer ou deixar de reconhecer um determinado direito, numa demanda judicial, é, no limite, uma questão de democracia (na medida em que os argumentos justificadores da decisão radicam numa concepção mais geral a respeito da maneira adequada de equacionar a tensão que se estabelece entre o sistema de direitos e a soberania popular, entre a autonomia pública e a autonomia privada, entre a igual consideração e respeito e a responsabilidade ética individual). (MOTTA, 2017, p. 218).

A essencialidade de uma decisão coerente e que priorize a manutenção da ordem constitucional é indiscutível, conforme referido anteriormente, esta é uma medida necessária para o enfrentamento de provocações sem prévias previsões legais, ou das quais requeiram uma análise aprofundada frente às divergências casuísticas. Ao julgador é atribuída a força decisória para perfectibilizar a ordem constitucional, a qual é permeada pela intenção de correção ao caso concreto. Por conseguinte, as competências conferidas aos julgadores complementam a garantia de direitos constitucionais e a própria essência democrática do ordenamento jurídico.

Por meio de medidas fundamentais para a obtenção de decisões justas e coerentes, tal como restou demonstrado, possibilita-se a efetivação de direitos previstos em harmonia com o próprio exercício da democracia, sendo os julgadores também representantes de um sistema legal e constitucional de garantias fundamentais, as quais são previstas pelo próprio sistema legal.

Conforme visto anteriormente, a interpretação dos casos e os mecanismos de identificação da melhor solução para estes devem atender ao sistema jurídico como um ordenamento único, de garantias a direitos humanos e limitado a um controle ponderado, evitando extensas manifestações que beiram a arbitrariedades.

### **A ponderação de princípios para interpretar decisões judiciais e lhes conferir coerência**

Uma vez compreendida a complementariedade entre as decisões judiciais, os direitos constitucionais e a própria

democracia, como integrantes de um ordenamento jurídico que pretende a efetivar direitos humanos e fundamentais aos indivíduos, entende-se que um dos métodos hábeis para a harmonização dos preceitos legais e constitucionais corresponde à ponderação entre esses princípios, com o intuito de construir uma interpretação adequada, a qual integra os conceitos primordiais ao Direito.

A interpretação e o enfrentamento de questões trazidas ao julgador ao ser provocado em uma demanda específica ocorrem de maneira construtiva, “o juiz deve buscar uma resposta ao problema jurídico que lhe cabe solucionar que seja ajustada ao direito positivo vigente e aos precedentes judiciais preexistentes relevantes para o caso” (MELLO, 2013, p. 301).

Nesse contexto, quando o julgador se depara com questões eminentemente principiológicas, o caminho a ser decorrido na construção da resposta adequada se equipara à teoria dos princípios, na qual a ponderação possui maior eficácia na resolução e primazia dos interesses relevantes. Salienta-se para tanto o entendimento disciplinado por Robert Alexy:

É o grande mérito da teoria dos princípios que ela pode impedir um tal andar no vazio dos direitos fundamentais sem conduzir ao entorpecimento. Segunda ela, a questão, se uma intervenção em direitos fundamentais é justificada, deve ser respondida por uma ponderação. O mandamento da ponderação corresponde ao terceiro princípio parcial do princípio da proporcionalidade do direito constitucional alemão. O primeiro é o princípio da idoneidade do meio empregado para a obtenção do resultado com ele aspirado, o segundo, o da necessidade desse meio. Um meio não é necessário se existe um meio atenuado, menos interveniente. (ALEXY, 2015, p. 67).

Para esse fim, os princípios constitucionais devem ser avaliados em sua amplitude, ponderando no caso específico a prevalência que um terá sobre o outro e observando a proporcionalidade entre os efeitos requeridos e devidos para a resolução adequada.

Percebe-se que a manutenção dos princípios no ordenamento é consagrada, e os casos os quais requerem análise de

aplicação de um sobre o outro não atingem a validade e efetividade do que será silenciado. O entendimento de Ronald Dworkin é de salutar importância para aderir ao que fora exposto:

Entre regras e princípios, dirá Dworkin, há uma diferença lógica: enquanto as primeiras se excluíam reciprocamente (dados os fatos previstos para incidência simultânea de mais de uma regra, somente uma delas será considerada válida e aplicável), os princípios conflitantes não teriam esse mesmo efeito; o argumento do autor é o de que os princípios possuíam uma dimensão estranha às regras, qual seja, a dimensão do peso ou da importância. Com isso, quando os princípios se inter cruzam, o que está em jogo é a força relativa de cada um, mas não a sua validade. (MOTTA, 2017, p. 103).

Preconiza-se, portanto, pela ponderação entre os princípios aplicáveis ao caso em comento, buscando a interpretação mais coerente ao sistema e identificando as razões racionais para a propositura da decisão. A ponderação a que se vincula não permite a análise arbitrária da situação proposta, na verdade, esta possui critérios essenciais para que se justifique a posição adotada de maneira racional e ponderada em preceitos fundamentais do Direito.

Sobre esse ponto, ensina Robert Alexy que para o discurso ser adotado pelo julgador este deve ser racional e apropriado às limitações decisórias:

A lei da ponderação mostra que a ponderação deixa decompor-se em três passos. Em um primeiro passo deve ser comprovado o grau do não cumprimento ou prejuízo de um princípio. A isso deve seguir, em um segundo passo, a comprovação da importância do cumprimento do princípio em sentido contrário. Em um terceiro passo deve, finalmente, ser comprovado, se a importância do cumprimento do princípio em sentido contrário justifica o prejuízo ou não cumprimento do outro. (ALEXY, 2015, p. 111).

Atendendo à ordem estabelecida pelo ilustre doutrinador, passa-se à análise específica da ponderação entre autonomia privada e integridade física nos crimes de violência contra a mulher.

## **Autonomia privada e integridade física nos crimes de violência contra a mulher**

Neste ponto, propõe-se o debate sobre a ponderação entre o princípio da liberdade, considerando a autonomia privada da mulher, e da dignidade da pessoa humana, da integridade física da mulher quando vítima de violência doméstica.

A proteção dos direitos fundamentais da mulher vem ganhando força desde a promulgação da Lei 11.340/06, que cuida especificamente da violência doméstica e familiar contra a mulher. O contexto no qual foi criada a referida Lei está relacionado à impunidade de crimes cometidos em um período de 23 anos no matrimônio de Maria da Penha Maia Fernandes e Marco Antonio Heredia Viveros. Maria da Penha era casada com Marco Antonio, com quem constituiu família e criou três filhas. Após sofrer inúmeros atos de violência, inclusive tentativas de assassinato, devido aos quais ficou paraplégica, a denúncia foi apresentada contra o marido.

Ainda que o elevado tempo de prosseguimento das ações judiciais fosse situação fática de conhecimento geral, após transcorrer mais de dez anos sem que houvesse a punibilidade dos atos praticados, Maria da Penha e o Centro pela Justiça pelo Direito Internacional e o Comitê Latinoamericano de Defesa dos Direitos da Mulher (Cladem) formalizaram a denúncia à Comissão Interamericana de Direitos Humanos da OEA contra o Brasil, frente à ineficácia de punibilidade e à ausência de garantia de preceito fundamental à mulher.

O ordenamento Jurídico Brasileiro, acatando a denúncia, viu a necessidade de alterações e ampliações das garantias concedidas às mulheres, essencialmente no convívio familiar e domiciliar. As modificações legais se fizeram presentes com a criação da Lei 11.340/06, conhecida popularmente com o nome da vítima de violências Maria da Penha. No entanto, a eficácia da legislação vem sendo constantemente revista e discutida, com o intuito de efetivar a proteção de direitos fundamentais para a mulher, o que, conseqüentemente, repercute na sociedade como um todo.



Observando a aplicabilidade da lei aos casos concretos, verifica-se que algumas previsões de interferência do próprio Estado na esfera particular devem ser discutidas e repensadas. Estas dizem respeito à sua efetiva aplicabilidade e à proteção a bens fundamentais, como a autonomia privada e a integridade física. O direito à liberdade, fundamento exposto expressamente na Carta Constitucional em seu artigo 5º, corresponde a uma garantia de direito contra o próprio Estado, estabelecida na primeira dimensão de Direitos Fundamentais.

No que concerne a esfera da mulher, verifica-se que o direito de liberdade possibilita a livre escolha de vincular-se à uma família e a um parceiro, assim como constituir um convívio e habitação. Trata-se de uma garantia fundamental de privacidade e autonomia nas escolhas pessoais no âmbito familiar. Refere-se à uma esfera na qual há uma rígida limitação da atuação do Estado, uma vez que os Direitos Humanos e Fundamentais foram historicamente previstos justamente na intenção primordial de efetivar a vida privada e limitar a atuação e interferência Estatal. Deste modo evita-se situações nas quais o poder Estatal já ultrapassou o mínimo possível, ocasionando sérios danos permanentes aos particulares, os quais são hoje protegidos por meio de sustentações legais e internacionais sobre necessidades primordiais, como ocorre com a liberdade de escolha.

Não menos importante, as modificações na sociedade determinaram a possibilidade de atuação Estatal para a garantia de Direitos Fundamentais e indisponíveis, dentre eles a Dignidade da Pessoa Humana. Como garantidor irrefutável, o Estado assume a possibilidade de atuação positiva em casos nos quais a Dignidade da Pessoa Humana não é observada. Por se tratar de um Direito Indisponível, a interferência do Estado será cabível, mesmo na esfera privada, na qual, primeiramente, comprometeu-se a não influenciar. Essa justificativa ocorre pela primazia que se dá a dignidade da pessoa, procurando corrigir os casos em que o indivíduo se coloca ou, contra sua vontade, é inserido em situações degradantes e prejudiciais a sua própria integridade.

A exposição dos direitos acima referidos se faz necessária para a análise da situação de violência doméstica, pois a legislação prevê a interferência do Estado, da continuação e propositura de ação penal nos crimes de violência contra a mulher, tratando-se de ação penal pública incondicionada.

Sendo assim, verifica-se a necessidade de ponderação do julgador ao enfrentar casos de violência contra a mulher nos quais, sendo vítima de violência doméstica, persiste a intenção de manter a convivência com o parceiro infrator. A liberdade da mulher na escolha da manutenção de seu casamento deve ser respeitada, porém ponderada com a gravidade sobre a integridade física da própria mulher.

As infrações enquadradas como violência doméstica são previstas no artigo 5º, da Lei 11.340/06. Para os efeitos desta Lei, configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial. Portanto, o que se propõe através da teoria da ponderação entre os princípios é que justamente os princípios envolvidos no caso de proteção e respeito da liberdade individual da mulher sejam ponderados e a decisão do julgador observe a proporcionalidade entre as ofensas do caso.

Violência física e sexual são ofensas graves na esfera da dignidade da pessoa humana, ocorre que, a dignidade é um dos componentes da ordem pública, e sua manutenção é objetivo essencial à coletividade, permitindo-se assim ao Estado a sua efetividade por meio de atuação coercitiva.

No pensamento filosófico e político da antiguidade clássica, verifica-se que a dignidade (dignitas) da pessoa humana dizia em regra com a posição social ocupada pelo indivíduo e o seu grau de reconhecimento pelos demais membros da comunidade, daí poder falar-se em uma quantificação e modulação da dignidade, no sentido de se admitir a existência de pessoas mais dignas ou menos dignas. [...] no pensamento estóico, a dignidade era tida como a qualidade que, por ser inerente ao ser humano, o distinguia das demais criaturas, no sentido de que todos os seres humanos são dotados da mesma dignidade. (SARLET, 2011, p. 34-35).

No que concerne aos demais casos de violência contra a mulher, caberá ao magistrado, munido de critérios objetivos e coerentes para possibilitar a decisão fundamentada, uma assertiva resposta ao caso a ser enfrentado, tendo em vista as particularidades provenientes, particularidades detentoras de poder de modificação, atenuação ou rigidez na proporcionalidade entre os dispositivos firmados.

Um dos métodos propostos para apontar a ponderação entre os princípios é proposto por Alexy como modelo triádico, no qual ocorre uma classificação de pesos, transformando a ponderação em uma fórmula matemática de análise sobre os prejuízos e a importância de cumprimento de um princípio em prol de outro. “Os três graus do modelo triádico formam uma escala que tenta sistematizar classificações que se encontram tanto na prática cotidiana como na argumentação jurídica” (ALEXY, 2015, p.143).

A necessidade de proteção do Estado aos crimes domésticos são indiscutíveis. É necessária apenas uma abordagem sobre a limitação da atuação na esfera privada, é preciso ponderar os prejuízos a serem sofridos caso haja a prevalência da liberdade individual da mulher, podendo optar inclusive pela manutenção da relação que provocou a infração. Havendo evidente desproporcionalidade entre a manutenção da liberdade e o risco a ser sofrido, verifica-se que dignidade da pessoa humana deve sobressair-se como peso superior a liberdade individual, ocasionando a necessária intervenção Estatal com o intuito de preconizar o princípio primordial ao caso.

Conforme referido na extensão do presente artigo, as ponderações e argumentos utilizados para justificar a decisão judicial deve centralizar-se em objetividade e racionalidade, evitando qualquer atuação do julgador em extensão aos poderes a ele conferido, impossibilitando-se assim o ativismo e escolhas arbitrárias ao caso. A verificação deve ser fundada em análise crítica, de ponderação proporcional aos direitos previstos e estabelecidos no ordenamento, frente a possibilidade de prejuízo quando o Estado encontra-se na figura de atuante na esfera privada.

## Conclusão

O presente trabalho não foi um intento de dirimir a totalidade das questões trazidas, mas possibilitar o debate sobre as decisões jurídicas, a necessidade que tais decisões possuem como garantidoras da manutenção dos preceitos contidos no ordenamento jurídico, sem analisar as correspondentes limitações de atuações dos julgadores, bem como de instrumentos que lhe são indicados para a preservação da integridade das decisões.

Procurou-se expressar a atual preocupação sobre a correção das decisões proferidas, analisando pontualmente a atuação prevista ao Estado nos casos de crimes contra as mulheres. A intenção de estudo se faz necessária tendo em vista a devida ponderação dos princípios atuantes na esfera privada, de liberdade, de ordem pública e da dignidade da pessoa humana.

Como garantidor da ordem constitucional, o julgador deve atentar aos casos que lhe são provocados, balizando os prejuízos sofridos pelos particulares e a atuação atenuada do Estado para garantir os preceitos humanos e fundamentais. Sendo necessária, ainda, pode haver a indicação de decisões pautadas em argumentos jurídicos objetivos e concretos, suficientes para a justificativa racional das posições tomadas em prol de Direitos Fundamentais dos cidadãos.

## Referências

- ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.
- ALEXY, Robert. **Constitucionalismo Discursivo**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2015.
- ARENDT, Hannah. **A condição humana**. São Paulo: Universitária, 1987.
- ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BARZOTTO, Luis Fernando. **A democracia na constituição**. São Leopoldo, RS: Editora Unisinos, 2003.

BAGGIO, Antonio Maria. **O princípio esquecido**: A fraternidade na reflexão atual das ciências políticas. Vargem Grande Paulista, SP: Cidade Nova, 2008.

CAMPOS, Amini Haddad; CORRÊA, Lindinalva Rodrigues. **Direitos Humanos das Mulheres**. Curitiba: Juruá, 2007.

CLÈVE, Clèmerson Merlin; SARLET, Ingo Wolfgang; PAGLIARINI, Alexandre Coutinho. (Coords.) **Jurisdição constitucional, direitos fundamentais e democracia**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

DIAS, Maria Berenice. **Lei Maria da Penha**: a efetividade da Lei 11340/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

GONÇALVES, Tamara Amoroso. **Direitos Humanos Das Mulheres e A Comissão Interamericana de Direitos Humanos**: uma análise de casos admitidos entre 1970 e 2008. 2011. 267 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011.

MELLO, Adriana Ramos de. **Comentários à Lei de Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

MOTTA, Francisco José Borges. **Ronald Dworkin e a Decisão Jurídica**. Salvador: Juspodivm, 2017.

PORTO, Pedro Rui da Fontoura. **Violência doméstica e familiar contra a mulher**: Lei 11.340/06 – análise crítica e sistêmica. 3. ed. Porto Alegre: Do Advogado, 2014.

SOUZA, Sérgio Ricardo. **Lei Maria da Penha comentada** – sob a nova perspectiva dos direitos humanos. 5. ed. Curitiba: Juruá, 2016.

STORCK, Alfredo Carlos, LISBOA, Wladimir Barreto. (Orgs.) **Normatividade & argumentação**: ensaios de filosofia política e do direito. 1. ed. Porto Alegre: Linus, 2013.

WOLLSTONECRAFT, Mary. **Reivindicação dos Direitos da Mulher**. São Paulo: Edipro, 2015.

# A PARTICIPAÇÃO POPULAR NOS PLANOS DIRETORES: ANÁLISE DA DECISÃO DO TJRS NO JULGAMENTO DA ADIN DA LEI COMPLEMENTAR 792/2016 DO MUNICÍPIO DE PORTO ALEGRE

Vinícius Filipin\*

\* Mestrando em Direito do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito da Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público (FMP). Especialista em Direito do Estado pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público (FMP). Advogado. E-mail: vini.filipin@gmail.com.

## Resumo

O presente artigo analisa a recente decisão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul na qual, em Ação Direta de Inconstitucionalidade proposta pelo Prefeito do Município de Porto Alegre, foi declarada a inconstitucionalidade da Lei Complementar Municipal n. 792/2016, que alterou o Plano Diretor de Desenvolvimento Urbano e Ambiental do Município sem a necessária observância da exigência constitucional da participação popular. Busca-se, assim, a partir de pesquisa bibliográfica e da análise do julgado, verificar como a participação popular influi na gestão da política urbana brasileira, sendo, no caso específico, a partir dos argumentos utilizados pelo Poder Executivo enquanto proponente da ADIN, do Poder Legislativo enquanto requerido e do Poder Judiciário na decisão que declarou a inconstitucionalidade da lei.

**Palavras-chave:** Controle de constitucionalidade. Estatuto da cidade. Gestão democrática. Participação popular. Planejamento urbano.

## Abstract

This article deals with the recent Court of Justice of Rio Grande do Sul decision that, on Direct Action of Unconstitutionality proposal by the Mayor of Porto Alegre, declared the unconstitutionality of the Municipal Complementary Law No. 792/2016, which changed the Urban and Environmental Development Master Plan of Porto Alegre without observance of procedure required by constitutional law about the popular participation. The main purpose of this research is verify how influential is the popular participation in the management of Brazilian urban policy. For this, the methodology used was to the literature procedure and analysis of the arguments used by the Executive Power as proponent of ADIN, of the Legislative Power as requested and of the Judiciary in the decision that declared the unconstitutionality of the law.

**Keywords:** Constitutionality Control. City Statute. Democratic Management. Popular Participation. Urban Planning.



## Considerações iniciais

A participação do cidadão na atuação administrativa encontra seu maior expoente na gestão da política urbana. É que, com efeito, a Constituição Federal de 1988 anuncia, no parágrafo único do artigo inaugural, que “todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição” (BRASIL, 1988).

Este prelúdio da Carta Magna irradia seus efeitos também no Estatuto da Cidade (Lei 10.257, de 10 de julho de 2001) que, ao estabelecer diretrizes gerais da política urbana, detalhando e desenvolvendo os artigos 182 e 183 da Carta Política, consolida, em seu artigo 2º, que “a política urbana tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana” (BRASIL, 2001), mediante a diretriz geral “da gestão democrática por meio da participação da população e de associações representativas dos vários segmentos da comunidade na formulação, execução e acompanhamento de planos, programas e projetos de desenvolvimento urbano”.

Igualmente, estabelece o artigo 40 do Estatuto da Cidade, no tocante ao processo de elaboração e fiscalização do plano diretor, que os Poderes Legislativo e Executivo municipais garantirão (I) a promoção de audiências públicas e debates com a participação da população e de associações representativas dos vários segmentos da comunidade, (II) a publicidade quanto aos documentos e informações produzidos e (III) o acesso de qualquer interessado aos documentos e informações produzidos.

Constata-se, assim, que o Estatuto da Cidade, a partir da Constituição Federal de 1988, teve seu escopo significativamente alterado, não apenas com a ampliação do número de cidades que, a partir desta, ficaram obrigadas a elaborar seus planos diretores, mas também pela própria superação do ideal autoritário de planejamento urbano que vigia no Brasil até o processo de redemocratização.

O Direito Urbanístico, assim, com a democratização da elaboração dos planos diretores, revela-se, uma vez mais, como

instrumento de fortalecimento do direito à cidade e à ordem urbanística ao robustecer os interesses da coletividade. Nos termos do Estatuto da Cidade, este deixa de ser mera faculdade de que poderia dispor o Poder Público e passa a ser obrigação. É o que leciona Alfonsin (2016a, p. 275) ao referir que “a democratização da elaboração dos planos diretores deixou de ser faculdade e passou a ser obrigação do gestor público, tendo já, inclusive, consequências jurídicas importantes”.

Dentre tais consequências jurídicas está a mais recente decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul na matéria que, em 20 de fevereiro de 2017, em seu Órgão Especial, declarou, por unanimidade, a inconstitucionalidade da Lei Complementar Municipal n. 792/2016, do Município de Porto Alegre, justamente, por promover alterações no Plano Diretor sem prestigiar a participação popular durante o processo de elaboração do documento.

Com isso, pretende-se, neste artigo, analisar o conteúdo desta decisão do Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 70071549513). Para tanto, adotar-se-á como procedimento, para além da pesquisa bibliográfica fundante, com as construções da doutrina e legislação atinentes, a análise jurisprudencial específica, a qual se dará a partir do inteiro teor das quatro centenas de páginas constantes dos autos.

O trabalho será dividido em três partes. Inicialmente, serão abordados os conceitos e a inserção histórica da participação nos planos diretores, para, depois, analisar-se o Plano Diretor de Porto Alegre, em especial a partir da mudança proposta pela lei complementar declarada inconstitucional. Por fim, o artigo trará a análise de caso, baseando-se em três principais momentos processuais constantes da Ação Direta de Inconstitucionalidade referida. São eles a petição inicial proposta pelo Município de Porto Alegre, por intermédio do Prefeito Municipal e da Procuradoria-Geral do Município, a resposta ofertada pela Câmara Municipal de Vereadores e o acórdão proferido pelo Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul que julgou inconstitucional a Lei Complementar Municipal 792/2016.



## Participação popular nos planos diretores

Como visto, é na gestão da política urbana brasileira que a participação do cidadão na atuação administrativa encontra sua referência mais concreta. Neste particular, o cidadão participa de procedimentos que lhe afetam diretamente, ou seja, ele exerce uma função pessoal a fim de tutelar seus próprios interesses, mormente porque a organização do território urbano afeta, de modo direto e inequívoco, a própria vida do indivíduo.

Afetando diretamente a vida do indivíduo, admite-se a conclusão de que se trata de participação *uti singulus*, na esteira da doutrina de Garcia de Enterría (1989), para quem as formas de participação na atividade administrativa ocorrem *uti singuli* ou *uti cives* (ou *uti socius*). Nesta, o cidadão participa na condição de membro da comunidade, vale dizer, como sujeito afetado e portador do interesse geral. Naquela, o cidadão participa das decisões da administração como titular de direitos e interesses próprios.

Na participação *uti singuli*, ademais, por ser uma participação individual, se discute se o fundamento desta própria participação encontra referência nos princípios democráticos participativos, podendo-se concluir ser ela muito mais fruto das relações jurídicas entre Estado e cidadão que se projetam no âmbito administrativo. Já a participação *uti cives* (ou *uti socius*) ocorreria desde a posição do particular como membro ativo da cidade, ou seja, desde um *status activae civitatis*, incluso de círculos de interesses que conformam o abstrato interesse *uti cives* (JELLINECK, 1912).

Esta mesma classificação da participação no processo de decisão política como forma *uti cives* ou *uti singuli* é também encontrada na lição de Correia (2001), que acrescenta sua conceituação considerando o nível de intensidade do particular, pela qual a participação divide-se em participação-audição (auscultação) e participação-negociação (concertação). Naquela, a Administração, antes de tomar a decisão unilateral, deve consultar e ouvir os administrados a fim de colher pareceres, sugestões e opiniões. Isto ocorre, por exemplo, em órgãos consultivos ou

de gestão compostos por representantes das categorias afetas e pela própria Administração. Já na participação-negociação (concertação), a Administração negocia com os administrados, elaborando objetivos e meios comuns a partir do câmbio de pontos de vista, informações e interesses.

De qualquer modo, o princípio da participação é, conforme Taborda, um conceito relativamente recente, podendo ser entendido como “‘tomar parte nas decisões políticas’ e não como o exercício direto do poder (tese da democracia direta)” (TABORDA, 2006). O princípio da participação, prossegue a professora, é empregado na Sociologia para exprimir o papel do indivíduo na atividade do grupo, ao mesmo tempo em que, na Ciência Política, é utilizado como o concurso dos particulares no exercício do poder. Já na ciência jurídica, a participação refere-se, pela forma que vem sendo utilizada, à posição do cidadão na gestão da coisa pública.

A participação administrativa, em especial, consiste na participação do povo nos atos da Administração Pública, sendo, na lição de Moreira Neto, a nova dimensão do princípio democrático, a qual consiste, exatamente, nas novas formas de participação popular. A tendência a institucionalizar as formas de participação “rasga amplos horizontes para o aprimoramento democrático, ultrapassando o apertado conceito formalístico do voto e da representação política” de tal forma a “superar a opção sobre quem governa para explorar as próprias opções de governo” (MOREIRA NETO, 1992, p. 19). É, pois, apenas com a participação que se pode garantir que o governo venha a decidir, abstrata ou concretamente, de acordo com a vontade do povo.

Bonavides (2003) argumenta no mesmo sentido, dizendo que a “chave constitucional do futuro entre nós reside, pois, na democracia participativa, que faz soberano o cidadão-povo, o cidadão-governante, o cidadão-nação, o cidadão titular efetivo de um poder invariavelmente superior” o qual, não raro, mostra-se supremo e decisivo.

A participação dos indivíduos no governo é assinalada por Dworkin como requisito da própria democracia, pois esta, con-

cebida como uma associação em parceria com o autogoverno, não pode haver “a menos que se dê a todos os cidadãos uma igual oportunidade de desempenhar um papel na vida política” (DWORKIN, 2010, p. 190-191), o que não significa tão somente o mesmo direito de voto, mas também a “igualdade de voz tanto nas deliberações públicas formais quanto nos intercâmbios informais” (DWORKIN, 2010, p. 190-191). Ademais, prossegue, não se pode falar em democracia “a não ser que as pessoas tenham, enquanto indivíduos, uma igual participação no governo” (DWORKIN, 2010, p. 190-191). Certo de que ninguém pode ver a si mesmo como membro pleno e igual de uma sociedade (denominada pelo autor como uma associação em parceria) que “reivindique autoridade para decidir aquilo que, de seu ponto de vista, o respeito de si mesma exija que ela decida” (DWORKIN, 2010, p. 190-191).

Feitas tais considerações, e retomando a participação no planejamento urbano como participação *uti sigulus*, pois a organização do território afeta diretamente o meio de vida do indivíduo, segue-se a lição de Taborda:

Contudo, essa participação (direta, sem a intermediação de grupos e associações) não concerne aos interesses diretos daqueles que podem ser afetados com as medidas de planejamento e organização do solo, mas aos interesses de todas as pessoas, ou todos os cidadãos que moram na cidade. Nas legislações dos diferentes países, o traço comum é a titularidade do direito de participação, existindo diferenças no que concerne aos atos e decisões administrativas que são submetidos a um procedimento participativo de elaboração. Na maior parte dos casos, admite-se a participação direta na planificação urbana ou no plano diretor local ou municipal, bem como nos procedimentos de loteamentos ou de desapropriação. No Direito italiano, por exemplo, distinguem-se, inicialmente, as “observações” dos particulares nos procedimentos planificatórios – “forma de colaboração cívica e como forma de integração da vontade popular mediata” – e as “oposições” – formas participativas em sentido estrito, porque estas são recursos administrativos próprios, atos de tutela de interesses particulares. A evolução se deu no sentido de admitir-se a intervenção, nos procedimentos planificatórios, de qualquer um para tutelar os interesses coletivos, e não só daqueles portado-

res desses interesses. Nessa perspectiva, o princípio geral orientador da participação não é o do contraditório, e sim o da publicidade da ação administrativa, de modo que se admite a participação dos cidadãos na definição do plano urbanístico para assegurar a publicidade e a imparcialidade da Administração. (TABORDA, 2006, p. 158-159).

É usual, pois, nos ordenamentos jurídicos de vários países europeus e do Brasil considera-se o plano urbanístico como o instituto fundamental da ação administrativa no plano municipal, mormente na atual conjuntura, “em que a Administração exerce funções materiais de apoio ao desenvolvimento econômico-social, de promoção da justiça social e de prestações sociais” (TABORDA, 2006). Não obstante, o plano do território é também elemento de transformação social.

O Estatuto da Cidade, como já referido, assinala que a gestão democrática é assegurada “por meio da participação da população e de associações representativas dos vários segmentos da comunidade na formulação, execução e acompanhamento de planos, programas e projetos de desenvolvimento urbano” (BRASIL, 2001). Revela-se, desse modo, o verdadeiro desafio colocado aos municípios brasileiros a partir da Constituição Federal de 1988, em seu artigo 182, §1º, pelo qual “o plano diretor, aprovado pela Câmara Municipal, obrigatório para cidades com mais de vinte mil habitantes, é o instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana” (BRASIL, 1988).

No particular da participação popular nos novos planos diretores, Alfonsin destaca que o Estatuto da Cidade implica não apenas na elaboração de um plano diretor de perfil bastante distinto ao regulador tradicional, mas estabelece uma “nova metodologia para fins de elaboração dos planos diretores que também agregou dificuldades ao processo” (ALFONSIN, 2016), porquanto a lei de desenvolvimento urbano exija a incorporação da participação popular no processo de elaboração do plano diretor de modo claro e, na lição da professora, inovador, “visando romper com o autoritarismo de outrora e permitir que os novos planos diretores sejam capazes de expressar pactos a respeito das regras do jogo de produção da cidade”, os quais

devem ser obtidos durante debates que envolvam o “maior número possível de atores” (ALFONSIN, 2016).

Como visto, ao estabelecer as diretrizes gerais da política urbana, detalhando e desenvolvendo os artigos 182 e 183 da Carta Política, o Estatuto da Cidade, em seu artigo 2º, preconiza que “a política urbana tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana” (BRASIL, 2001), mediante a diretriz geral “da gestão democrática por meio da participação da população e de associações representativas dos vários segmentos da comunidade na formulação, execução e acompanhamento de planos, programas e projetos de desenvolvimento urbano” (BRASIL, 2001).

No artigo 40, ademais, referente ao processo de elaboração e fiscalização do plano diretor, dispõe-se que os Poderes Legislativo e Executivo municipais garantirão (I) a promoção de audiências públicas e debates com a participação da população e de associações representativas dos vários segmentos da comunidade, (II) a publicidade quanto aos documentos e informações produzidos e (III) o acesso de qualquer interessado aos documentos e informações produzidos.

Contudo, Taborda (2006) assinala que o Estatuto não promove qualquer distinção se a participação na gestão da cidade é *uti singulus* ou *uti cives*, pois utiliza ambos os conceitos, mormente quando considerado o que dispõe o artigo 32, o qual alude às operações urbanas consorciadas. Estas são definidas como o conjunto de intervenções e medidas coordenadas pelo Poder Público municipal, com a participação dos proprietários, moradores, usuários permanentes e investidores privados, com o objetivo de alcançar, em uma área transformações urbanísticas estruturais, melhorias sociais e a valorização ambiental.

Neste sentido, prossegue a professora:

Ressalte-se, ainda, por oportuno, que os organismos gestores das regiões metropolitanas e aglomerados urbanos estão obrigados a incluir a participação da população e de associações representativas dos vários setores sociais para “garantir o controle direto de suas atividades e o pleno exercício da cidadania”. Como se vê, a participação popu-

lar na organização e planejamento do espaço é obrigatória no ordenamento jurídico nacional. (TABORDA, 2006, p.161-162).

As consequências da obrigatoriedade da participação popular na organização e planejamento do espaço são concretas. Isto porque, como referido, outro não tem sido o entendimento dos Tribunais brasileiros, em especial do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Este, em mais de uma oportunidade, entendeu pela existência de vício formal no processo legislativo e na produção legal que institui Planos Diretores sem obedecer à “condicionante da publicidade prévia e asseguarção da participação de entidades comunitárias, pena de ofensa a democracia participativa”<sup>1</sup>. Um exemplo é o julgado-condutor deste artigo, a saber, a Ação Direta de Inconstitucionalidade proposta pelo Poder Executivo do Município de Porto Alegre em face da Lei Complementar Municipal 792/2016, a qual alterou o Plano Diretor de Desenvolvimento Urbano e Ambiental (PDDUA) sem a obrigatória participação da comunidade na discussão da matéria.

<sup>1</sup> AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI MUNICIPAL Nº 4.195/2008. MUNICÍPIO DE TORRES. VÍCIO FORMAL. REGULARIZAÇÃO DE OBRAS E EDIFICAÇÕES REALIZADAS EM DESCONFORMIDADE COM O PLANO DIRETOR. AUTORIZAÇÃO AO PODER EXECUTIVO. AUSÊNCIA DE PARTICIPAÇÃO DA COMUNIDADE. Lei que afronta o art. 177, § 5º, da Constituição Estadual, por autorizar o Poder Executivo a regularizar as obras e edificações realizadas em desconformidade com o plano diretor municipal, sem a participação da comunidade na discussão da matéria. Vício formal. Obrigatoriedade do planejamento participativo. Art. 1º, caput e parágrafo único, e art. 29, inc. XII, ambos da Constituição Federal. Lei declarada inconstitucional. Efeitos ex nunc, com modulação. JULGARAM PROCEDENTE A AÇÃO. UNÂNIME. (Ação Direta de Inconstitucionalidade Nº 70033881541, Tribunal Pleno, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Carlos Rafael dos Santos Júnior, Julgado em 13/06/2011) ADIN. BENTO GONÇALVES. LEI COMPLEMENTAR N. 45, DE 19 DE MARÇO DE 2001, QUE ACRESCENTA PARÁGRAFO ÚNICO AO ART-52 DA LEI COMPLEMENTAR N. 05, DE 03 DE MAIO DE 1996, QUE INSTITUI O PLANO DIRETOR URBANO DO MUNICÍPIO. O ART-177, PAR-5 DA CARTA ESTADUAL EXIGE QUE NA DEFINIÇÃO DO PLANO DIRETOR OU DIRETRIZES GERAIS DE OCUPAÇÃO DO TERRITÓRIO, OS MUNICIPIOS ASSEGUREM A PARTICIPAÇÃO DE ENTIDADES COMUNITÁRIAS LEGALMENTE CONSTITUÍDAS. DISPOSITIVO AUTO-APLICÁVEL. VÍCIO FORMAL NO PROCESSO LEGISLATIVO E NA PRODUÇÃO DA LEI. AUSÊNCIA DE CONTROLE PREVENTIVO DE CONSTITUCIONALIDADE. LEIS MUNICIPAIS DO RIO GRANDE DO SUL SOBRE POLÍTICA URBANA DEVEM OBEDECER A CONDICIONANTE DA PUBLICIDADE PRÉVIA E ASSEGURAÇÃO DA PARTICIPAÇÃO DE ENTIDADES COMUNITÁRIAS, PENA DE OFENSA À DEMOCRACIA PARTICIPATIVA. OFENSA AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES E VIOLAÇÃO FRONTAL AO PAR-5 DO ART-177 DA CARTA ESTADUAL. ADIN JULGADA PROCEDENTE. (Ação Direta de Inconstitucionalidade Nº 70002576239, Tribunal Pleno, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Des. Vasco Della Giustina, Julgado em 01/04/2002)

## Plano diretor do município de Porto Alegre e suas alterações pela lei complementar municipal 792/2016

O Plano Diretor de Desenvolvimento Urbano e Ambiental (PDDUA) da cidade de Porto Alegre foi instituído nos termos da Lei Complementar 434, de 1º de dezembro de 1999. Seu processo de formulação, contudo, remonta ao ano de 1993, quando instalado o Projeto Porto Alegre Mais – Cidade Constituinte, que propôs uma discussão pública sobre o desenvolvimento da cidade, conforme bem assinala Guimaraens:

O projeto Porto Alegre Mais - Cidade Constituinte, aqui denominado Cidade Constituinte, foi instalado pela Ordem de Serviço nº 1, de 04-01-93.133 Foi, então, instituída uma comissão mista - composta por membros do governo e administração municipal, entidades da sociedade civil organizada e comunidade - que tinha a incumbência de, no prazo de 60 dias, apresentar o projeto que deveria promover a discussão sobre a cidade. Compunham a comissão: o Secretário Executivo (Guaracy Cunha), a Secretaria do Planejamento Municipal - SPM (órgão de coordenação do projeto) e demais secretarias municipais, a Ordem dos Advogados do Brasil - OAB/RS, a Federação das Indústrias do Estado do Rio Grande do Sul - FIERGS, a Associação Comercial, o Instituto dos Arquitetos do Brasil - IAB/RS, a Sociedade de Engenharia do Rio Grande do Sul - SENGE/RS, o Sindicato da Indústria da Construção Civil - SINDUSCON, a Associação Rio-grandense de Imprensa - ARI, Igrejas e religiões afro-brasileiras, a União das Associações de Moradores de Porto Alegre - UAMPA, a Central Única dos Trabalhadores - CUT, a Central Geral de Trabalhadores - CGT, e os jornais do Comércio, Correio do Povo e Zero-Hora. (GUIMARAENS, 2008, p. 80-81).

Guimaraens assinala, contudo, que a Cidade Constituinte não tratava, de modo explícito, de revisar ou elaborar um novo plano diretor. Os objetivos do processo de discussão, com efeito, estão na apresentação do anteprojeto, citado pela autora, pelo qual:

O Cidade Constituinte expressa a vontade política da Prefeitura de Porto Alegre de aprofundar a experiência de participação da cidadania iniciada no primeiro governo da Administração Popular [...] Queremos encontrar caminhos para um desenvolvimento equilibrado que transforme a cidade, a partir de uma crescente elevação dos níveis de qualidade de vida. Queremos lançar sementes para a construção e reconstrução de uma cidade melhor para todos, em termos de meio ambiente, saneamento, moradia, cultura, lazer, saúde, educação, infraestrutura. (GUIMARAENS, 2008, p.81).

O objetivo de formulação de um novo plano diretor só ocorreu, ainda segundo Guimaraens (2008, p. 81), a partir de janeiro de 1996, quando teve início a elaboração dos projetos de lei necessários à implementação das diretrizes e resoluções aprovadas no 2º Congresso da Cidade, realizado em dezembro de 1995:

Fruto deste trabalho, em maio de 1996, o poder Executivo encaminhou ao poder Legislativo dois projetos de lei que alteravam parcialmente o PDDU, mantendo a sua estrutura. No entanto, as oficinas e debates posteriores orientaram a formulação de um novo plano diretor. Assim, em setembro de 1996 foi apresentado o primeiro projeto do 2º Plano Diretor de Desenvolvimento Urbano Ambiental, aqui denominado 2º PDDUA/96, o qual, no início de 1997, foi retirado de tramitação para novos estudos e debates. Finalmente, em novembro de 1997, foi apresentado o segundo projeto do 2º PDDUA, aqui denominado 2º PDDUA/97, o qual, em dezembro de 1999, foi aprovado, sancionado e convertido na Lei Complementar nº 434/1999.

O Plano Diretor de Desenvolvimento Urbano e Ambiental do Município de Porto Alegre, Lei Complementar n. 434/1999, entrou em vigor em março de 2000 e manteve os princípios do projeto apresentado, em especial os projetos de gestão democrática e participativa, de promoção da qualidade de vida e do ambiente, para redução das desigualdades e da exclusão social, de fortalecimento da regulação pública sobre o solo urbano, por meio da utilização de instrumentos redistributivos da renda urbana, de terra e de controle sobre o uso e ocupação do espaço da cidade.



Composto por 169 artigos, o PDDUA sofreu, ao longo de seus 17 anos de vigência, diversas alterações e atualizações legais. Tocante à participação da comunidade na gestão e avaliação, a mudança mais significativa veio com a edição da Lei Complementar n. 646, de 22 de julho de 2010, que alterou o artigo 44 do PDDUA, retirando a exigência de norma posterior regulamentadora e incluindo no §1º um rol exemplificativo de instrumentos para garantir a gestão democrática da cidade.

Pela redação original do artigo 44, “além da participação global da comunidade na gestão do planejamento urbano, a qual se dará através do CMDUA, fica assegurada a participação comunitária em nível regional e local, na forma a ser definida em lei” (BRASIL, 1999). Com a edição da Lei Complementar n. 646/2010, passou a vigor nos seguintes termos:

Art. 44. Além da participação global da comunidade na gestão do planejamento urbano, a qual se dará por meio do CMDUA, fica assegurada a participação comunitária em nível regional e local.

§ 1º Para garantir a gestão democrática da Cidade, deverão ser utilizados, entre outros, os seguintes instrumentos:

I – representações em órgãos colegiados de política urbana;

II – divulgação de informações sobre empreendimentos e atividades;

III – debates, consultas e audiências públicas;

IV – conferências municipais sobre assuntos de interesse urbano e ambiental; e

V – iniciativa popular de projeto de lei e de planos, programas e projetos de desenvolvimento urbano.

§ 2º Para os Projetos Especiais de Impacto Urbano, fica assegurada a divulgação referida no inc. II do § 1º deste artigo.

§ 3º Os instrumentos previstos no inc. III do § 1º deste artigo serão utilizados nos Projetos Especiais de Impacto Urbano de 2º e 3º Graus.

Com efeito, a alteração legislativa que interessa ao presente artigo é, como visto, a decorrente da promulgação da Lei Complementar n. 792, de 26 de fevereiro de 2016, disponibilizada no Diário Oficial de Porto Alegre em 04 de maio do mesmo

ano e declarada inconstitucional pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul em 20 de fevereiro de 2017.

A Lei Complementar Municipal n. 792/16 teve origem no Projeto de Lei Complementar do Poder Legislativo n. 20/2011, o qual visava a alteração do PDDUA para incluir os incisos VII e VIII no caput do artigo 83 e artigo 84-A da Lei Complementar n. 434/99, ampliando, desse modo, o rol de áreas de revitalização ali previstas, alterando o regime urbanístico para as áreas incluídas, além de prever a destinação de verbas auferidas pela outorga onerosa do direito de construir (solo criado) sem licitação.

O Projeto, aprovado pela Câmara Municipal em 05 de dezembro de 2015, foi vetado em sua maior parte pelo então prefeito municipal José Fortunati que, em razões de veto parcial, assim consignou:

Porém, em que pese todo o respeito e reconhecimento que este Legislativo detém na análise urbanística da Cidade, percebemos vícios formais que maculam a proposta de art. 84-A de inconstitucionalidade e ilegalidade.

A inconstitucionalidade formal de iniciativa dá-se por vício no processo legislativo, quando se percebe a ausência da participação popular na elaboração do projeto na parte proposta de inclusão do art. 84-A, que trata de estabelecer regime urbanístico para as áreas que o PLCL nº 20/11 menciona.

A inclusão do art. 84-A no Plano Diretor de Desenvolvimento Urbano Ambiental (PDDUA) foi aprovada e, na documentação encaminhada a este Poder Executivo, não nos foi comprovado o cumprimento do requisito de participação das entidades comunitárias, legalmente constituídas, para a deliberação de alteração de regimes urbanísticos do Plano Diretor do Município, conforme exige o art. 177, §5º, da Constituição Estadual, uma vez que os municípios deverão assegurar a participação popular na definição das diretrizes gerais de ocupação do território, conforme abaixo descrito [...]

Assim, acolhendo as manifestações dos órgãos técnicos da Secretaria Municipal de Urbanismo, aproveito para registrar a impossibilidade de convalidação, pela sanção, de norma inconstitucional. Assim, para assegurar segurança jurídica aos municípios que venham a se interessar por inves-



timentos nas áreas mencionadas no Projeto, é importante, desde já, manifestar a inconstitucionalidade da iniciativa na parte proposta pelo art. 2º do Projeto. Caso não vetássemos esses dispositivos, e sua inconstitucionalidade fosse declarada posteriormente à sanção da Lei, os munícipes interessados na alteração proposta, estariam em situação de grande fragilidade, pois poderiam sofrer grandes prejuízos econômicos.

São essas, Senhor Presidente, as razões que me levam a VETAR o inciso VIII do art. 83, proposto pelo art. 1º, e o art. 84-A, proposto pelo art. 2º, ambos veiculados pelo Projeto de Lei Complementar do Legislativo nº 20, de 2011, por inconstitucionalidade e ilegalidade, esperando o reexame criterioso dessa Casa, com o acolhimento do veto ora apresentado.

Em sessão realizada em 06 de abril de 2016, contudo, a Câmara Municipal de Vereadores rejeitou os vetos propostos pelo Poder Executivo, resultando na promulgação da Lei Complementar n. 792, disponibilizada no Diário Oficial do Município em 04 de maio de 2016, com publicação considerada em 05 de maio de 2016. Em 17 de outubro de 2016, porém, o Prefeito do Município de Porto Alegre, juntamente com a Procuradoria-Geral do Município, propôs, perante o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Ação Direta de Inconstitucionalidade em face da Lei Complementar em comento, da qual sobreveio, no início do corrente ano, a sua procedência.

## **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 70071549513**

A petição inicial da Ação Direta de Inconstitucionalidade assinada por José Fortunati, então prefeito municipal, por Cristiane da Costa Nery, então Procuradora-Geral do Município, e por Andrea Teichmann Vizzotto, então Procuradora-Geral Adjunta de Domínio Público, Urbanismo e Meio Ambiente, requereu a procedência do pedido para que fosse declarada inconstitucional a Lei Complementar Municipal n. 792/2016, na sua integralidade, por ofensa ao disposto nos artigos 176 e 177,

caput §§ 2º e 5º, da Constituição Estadual, ao artigo 29, XII, da Constituição Federal, e por violação aos artigos 5º e parágrafo único, 10, 82, incisos VII, XI, 149, incisos I, II, III e §3º, e artigo 152, §3º, da Constituição Estadual, excluindo-a definitivamente do ordenamento jurídico municipal, assim fundamentando:

Em verdade, a íntegra da lei agride o ordenamento. As inconstitucionalidades que exigem o afastamento da lei do mundo jurídico, e que embasaram o veto são as seguintes: a) ausência de participação popular para alteração do Plano Diretor; b) supressão de exigência constitucional que qualifica o processo legislativo em matéria urbanística, o qual exige estudos técnicos prévios às proposições, além da participação popular anterior à aprovação de projetos de lei que versem sobre tal conteúdo e c) vício de iniciativa por tratar-se de lei que impacta no orçamento municipal.

Em se tratando de matéria urbanística deve-se respeitar a gestão democrática da cidade, o que se dá mediante a participação popular na elaboração, aprovação e execução das leis de planejamento e gestão do uso e ocupação do solo urbano. Isto porque a lei destacada, ainda conforme a petição inicial, “altera o regime urbanístico de áreas de revitalização naquilo que diz respeito à densidade bruta, regime de atividade, índice de aproveitamento e regime volumétrico, dando nova configuração urbanística às regiões beneficiadas”, sem que qualquer prévio diagnóstico dos efeitos junto à infraestrutura e serviços públicos tenha se dado.

Assim, arrematam, no sentido de que “operou-se a antítese da ordenação democrática do território da cidade”, tudo “sem a realização de audiência pública”. Este é o motivo pelo qual a Lei Complementar estaria maculada pelo vício de inconstitucionalidade, “eis que aprovada sem o prévio envolvimento da comunidade em sua discussão, violando o direito assegurado às entidades comunitárias de participação na sua discussão”.

Em 18 de outubro de 2016, sobreveio a primeira decisão do Tribunal de Justiça, pela qual o Relator, Desembargador Rui Portanova, deferiu o pedido liminar proposto pelo Prefeito Municipal e pelo Município de Porto Alegre para suspender os

efeitos da Lei Complementar Municipal n. 792/2016 até o julgamento final da ação por parte do colegiado.

Em 24 de novembro de 2016, a Câmara Municipal de Porto Alegre, por intermédio de sua Procuradoria, apresentou informações, salientando não assistir razão ao proponente. Preliminarmente, sustentou-se a impossibilidade jurídica do pedido, pela presença de vício de inconstitucionalidade do parágrafo 5º do artigo 177 da Constituição Estadual, em face ao preconizado pelo artigo 25, caput, da Constituição Federal.

Neste ponto – que, adianta-se, será chamado de “inusitado” pelo desembargador relator no acórdão – arguiu a Câmara Municipal no sentido de que os Estados-membros, na elaboração de seu processo legislativo, não podem se afastar do modelo federal, pois a ele se sujeita obrigatoriamente. Assim, em decorrência do modelo contido na Constituição Federal, não restaria espaço na Constituição Estadual para os Estados-membros criarem procedimentos diversos, para a forma de instituição de regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões constituídas de Municípios limítrofes, para integrar a organização, o planejamento e a execução de funções públicas de interesse comum.

Logo, se aos Estados-membros não restasse espaço, na matéria referida, para estabelecer processo legislativo de maneira diversa ao modelo federal, muito menos poderia a Constituição Estadual estabelecer, aos Municípios, processo mais complexo do que o modelo insculpido na Constituição Federal, sob o risco de, além de configurar violação ao princípio da simetria, incorrer em malferimento ao princípio federativo e à autonomia municipal. Assim, a Constituição Federal teria apenas determinado que o plano diretor fosse aprovado pela Câmara Municipal, o que ocorreria por mera lei ordinária, sem quórum especial.

Não obstante, no que se refere à ausência de participação popular, sustentou a Câmara Municipal:

[...] o comando da Constituição Estadual tido por violado estabelece que “os Municípios assegurarão a participação das entidades comunitárias legalmente constituídas na definição do plano diretor e das diretrizes gerais de ocupação

do território”. Assegurar significa garantir; tornar possível; permitir com segurança (dicionário Aurélio). De modo que o comando em questão determina que os Municípios devem estabelecer formas de assegurar, permitir ou tornar possível a participação das referidas entidades na definição do plano diretor. E tal comando é atendido pela legislação municipal [...]

Feita esta consideração inicial, a Câmara Municipal passou a elencar uma série de dispositivos legais que dizem respeito à participação de entidades da sociedade civil em audiências públicas, a exemplo da Lei Orgânica do Município<sup>2</sup>, da Lei Complementar Municipal n. 382/96<sup>3</sup> e, no âmbito do Poder Legislativo Municipal, da Resolução de Mesa n. 401<sup>4</sup>.

- 
- 2 Art. 58 – A Câmara Municipal terá comissões permanentes e temporárias, constituídas na forma e com as atribuições previstas nesta Lei Orgânica, no Regimento ou no ato de que resultar sua criação [...] § 2º – Às comissões, em razão de sua competência, caberá: I – realizar audiências públicas com entidades da sociedade civil”.
- Art. 103 – As entidades de âmbito municipal, ou se não o forem, com mais de três mil associados, poderão requerer a realização de audiência pública para esclarecimentos sobre projetos, obras e outras matérias relativas à administração e ao Legislativo municipais. § 1º – Fica o Poder Executivo ou Poder Legislativo, conforme o caso, obrigado a realizar a audiência pública no prazo de trinta dias a contar da data de entrega do requerimento. § 2º – A documentação relativa ao assunto da audiência ficará à disposição das entidades e movimentos da sociedade civil a contar de dez dias da data do pedido até o momento da realização da audiência.
- 3 Art. 1º - Ficam instituídas as audiências públicas concedidas pelo Executivo ou Legislativo Municipais, representadas pelo Prefeito, Vice-Prefeito, Secretários de Governo, Presidente da Câmara Municipal ou Vereador componente de sua Mesa Diretora, para esclarecimentos sobre projetos, obras e outras matérias submetidas à competência dos Poderes Executivo e Legislativo Municipais, nos termos do artigo 103 da Lei Orgânica Municipal.
- Art. 2º - A audiência pública destina-se à informação, esclarecimento e posicionamento sobre projetos, obras ou matérias em discussão, implantação e execução, seus impactos sócio-econômicos, ambientais e culturais.
- Art. 3º - Poderão requerer audiência pública as entidades de âmbito municipal, ou se não forem, aqueles que possuam mais de 3.000 (três mil) associados. § 1º - Os pedidos de audiência pública deverão ser feitos por escrito, junto ao protocolo do Gabinete do Prefeito, no Paço Municipal ou no Protocolo da Câmara Municipal.
- Art. 4º - Fica o Poder Executivo ou o Poder Legislativo, conforme o caso, obrigado a realizar a audiência pública no prazo de 30 dias a contar da data de entrega do requerimento publicando edital em Diário Oficial e em jornal de grande circulação local, com 20 (vinte) dias, no mínimo, de antecedência da realização da audiência pública. Parágrafo único - Constará no edital mencionado no “caput” deste artigo: I - data, local e hora da audiência pública; II - endereço completo do local onde se encontra - à disposição das entidades e movimentos da sociedade civil - a documentação relativa ao assunto - a contar de 10 (dez) dias da data do pedido até o momento da realização da audiência.
- 4 “Art. 1º As audiências públicas originadas na Câmara Municipal, por iniciativa da sua Mesa Diretora ou por requerimento de entidades, serão realizadas nos termos das disposições do art. 103 da Lei Orgânica do Município, da Lei Complementar nº 382, de 24 de julho de 1996, bem como desta Resolução.
- Art. 6º A realização das audiências públicas obedecerá aos seguintes procedimentos:

Salienta, assim, que “qualquer entidade de âmbito municipal pode requerer realização de audiência pública que uma vez requerida é de realização obrigatória”, e finaliza:

Ora, se não houve a realização de audiências públicas ou outra forma de participação direta das entidades comunitárias na elaboração, discussão e/ou aprovação da lei impugnada foi só porque nenhuma entidade manifestou interesse a respeito durante a tramitação do projeto de lei no Poder Legislativo Municipal. E tal exigência não confronta com a norma do § 5º do art. 177 da CE ou do art. 29, XII da CF. A participação está assegurada na medida que havendo interesse manifestado junto ao Poder Legislativo ou Poder Executivo será realizada audiência pública para debate do assunto. No mais, não se pode esquecer que a Constituição consagra o princípio representativo. Ou seja, o exercício do poder pelo povo se dá através de representantes eleitos, salvo situações expressamente previstas.

O Ministério Público do Estado opinou pela procedência da ação, salientando ser indispensável a viabilização à população de meios para interagir no processo de definição e elaboração da norma, sob pena de vulneração do princípio constitucional da participação popular no planejamento urbano, conforme dispõem os artigos 29, XII, 30, VIII e 182, da Constituição Federal, e o artigo 177, §5º, da Constituição Estadual. O escopo da participação popular – refere-se o Procurador-Geral de Justiça – no mais das vezes consistente na realização de audiências públicas, é servir de suporte fático para que o Legislador Municipal possa deliberar e votar de forma mais próxima aos anseios dos cidadãos, após a apresentação do Projeto de Lei elaborado. Assim,

I – abertura dos trabalhos pela presidência; II – apresentação de projetos, estudos ou informações acerca do objeto da audiência, a cargo de autoridades, técnicos ou palestrantes previamente designados; III – pronunciamentos de representantes da comunidade, mediante inscrição a ser realizada no início da audiência, num total de até 10 (dez) manifestações, pelo tempo de até 5 (cinco) minutos cada; IV – pronunciamentos dos Vereadores, sendo um por Bancada com assento nesta Casa; V – encerramento, com pronunciamentos não excedentes a 10 (dez) minutos cada, das pessoas referidas nos incisos I e II deste dispositivo. Parágrafo único. Caso não seja possível esgotar as matérias tratadas na audiência pública, esta poderá continuar em nova data a ser estabelecida, publicando-se novo edital, nos termos do “caput” do art. 5º desta Resolução de Mesa, com antecedência mínima de 10 (dez) dias da data fixada para a continuidade dos trabalhos da audiência pública.

Art. 7º Os participantes poderão apresentar documentação relativa ao objeto da audiência pública, a qual será encaminhada às autoridades afetas à matéria, bem como juntada, por cópia, ao processo administrativo relativo à realização da audiência pública.

“a audiência pública ou outra forma de garantir o devido respeito à democracia direta, ao contrário de mero convite, é instituto de participação administrativa aberta a indivíduos e a grupos sociais, cumprindo duas funções”:

A primeira delas, como instrumento destinado a prestar informações, esclarecimentos, fornecer dados e documentos sobre a matéria que será objeto de deliberação para a comunidade interessada e que será atingida pela decisão administrativa. A segunda função refere-se aos cidadãos manifestarem suas opiniões, apresentarem propostas, apontarem soluções e alternativas, possibilitando o conhecimento pela Administração Pública das opiniões e visões dos cidadãos sobre o assunto que será objeto de deliberação.

Finalmente, em 20 de fevereiro de 2017, a ação foi submetida à apreciação do Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, quando todos os 24 desembargadores votaram de acordo com o relator, desembargador Rui Portanova, e julgaram procedente a Ação Direta de Inconstitucionalidade, em acórdão assim ementado:

ADIN. LEI COMPLEMENTAR MUNICIPAL QUE DISPÕE SOBRE ALTERAÇÕES NO PLANO DIRETOR. AUSÊNCIA DE PARTICIPAÇÃO POPULAR. É inconstitucional a Lei Complementar n.º 792/2016, do Município de Porto Alegre, porque alterou o Plano Diretor, sem a necessária observância da exigência constitucional de participação popular. Violação aos artigos 5º, parágrafo único; 10; 82, incisos VII e XI; 149, incisos I, II e III, § 3º; e 152, § 3º, todos da Constituição Estadual. Lições doutrinárias. Precedentes jurisprudenciais. JULGARAM PROCEDENTE. UNÂNIME. (Ação Direta de Inconstitucionalidade Nº 70071549513, Tribunal Pleno, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Rui Portanova, Julgado em 20/02/2017).

Em seu voto, o relator, valendo-se de argumentos já exarados quando do deferimento da medida liminar, argumentou no sentido de que o projeto de lei, depois transformado na Lei Complementar n. 792/2016, foi levado à votação pela Câmara de Vereadores, mas sem antes ser objeto de debate das entidades comunitárias legalmente constituídas, fato que viola o

comando contido no art. 177, §5º, da Constituição Estadual, que concretiza o princípio da democracia direta ou participativa em questões de natureza urbanística, consignando, pois, que “não por outra razão, este colegiado já decidiu por diversas vezes no sentido de que alterações no plano diretor, mas sem participação popular, são inconstitucionais”.

Após colacionar, ainda, a manifestação do Ministério Público Estadual, nos termos aqui já vistos, o relator ultimou com dois últimos destaques:

A um, não deixa de ser inusitada a defesa apresentada, ao alegar que a lei não seria inconstitucional em face da Constituição Estadual, porque a Constituição Estadual seria inconstitucional em face da Constituição Federal.

O inusitado de tal defesa reside no fato de que, ao atacar a baliza constitucional estadual apontada como indicadora da inconstitucionalidade da lei, a defesa implicitamente reconhece que a lei está mesmo em desconformidade com a Constituição Estadual.

A dois, o pedido de reconhecimento de inconstitucionalidade da Constituição Estadual em face da Constituição Federal sequer tem campo ou espaço para apreciação na presente demanda, julgada perante este Órgão Especial deste TJRS.

Em controle concentrado, só quem tem competência para apreciar eventual inconstitucionalidade de ato normativo (mesmo que seja de Constituição Estadual), mas em face da Constituição Federal, é o excelso STF.

ANTE O EXPOSTO, julgo procedente a ação, para o fim de declarar a inconstitucionalidade da Lei Complementar Municipal n.º 792/2016 de Porto Alegre, nos moldes da fundamentação retro.

Além do relator, outros dois desembargadores fizeram manifestações. O primeiro, desembargador Gelson Rolim Stocke, acrescentou ser importante ressaltar, considerando a dimensão de pessoal que envolve, além das despesas geradas, que não é toda e qualquer mudança que deva suportar a estrutura reclamada pela Administração Pública, mas, sim, aquelas que envolvam efetiva alteração no Plano Diretor e que possam afetar a vida das pessoas e da população ao entorno do local envolvido, como seria em caso concreto, pelo qual percebe-se

que a alteração realizada causa efetivo impacto e modificação no território do Município e de Porto Alegre, necessitando, portanto, de concreta e efetiva participação popular, de modo a ensinar a aprovação das alterações realizadas.

Depois, o desembargador Marcelo Bandeira Pereira ressaltou, muito embora estivesse de pleno acordo com o relator, sua posição no sentido de não acolher o argumento de que não seria levado em conta eventual inconstitucionalidade, perante a Constituição Federal, do dispositivo da Constituição Estadual que estaria sendo contrariado pela lei municipal em xeque, pois pareceu-lhe evidente que o tribunal pode e deve, reconhecendo a inconstitucionalidade do artigo da Constituição Estadual, negar êxito à pretensão de afastamento do mundo jurídico da norma que o contrarie.

Enfim, decidiu o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul pela procedência da ação direta de inconstitucionalidade proposta pelo Prefeito do Município de Porto Alegre contra a íntegra da Lei Complementar Municipal n. 792, de 26 de fevereiro de 2016, declarando-a, em sua integralidade, inconstitucional por alterar o Plano Diretor de Desenvolvimento Urbano e Ambiental sem a necessária observância da exigência constitucional de participação popular.

## Considerações finais

Segundo a análise realizada, compreende-se ser na gestão da política urbana que as experiências mais concretas da participação do cidadão na atuação administrativa residem, mormente com o Estatuto da Cidade o qual, a partir da Constituição Federal de 1988, inaugurou uma nova ordem jurídico-urbanística que, como visto, representou a própria superação do ideal autoritário de planejamento urbano que vigia em solo pátrio até o processo de redemocratização do país.

O Direito Urbanístico revela-se, com efeito, verdadeiro instrumento de fortalecimento do direito à cidade e à ordem urbanística ao robustecer os interesses da coletividade, o que, nos



termos do Estatuto da Cidade, deixa de ser mera faculdade da qual poderia dispor o Poder Público e passa a ser uma obrigação. A participação, para que seja efetivada, exige dos poderes públicos a garantia da promoção de audiências públicas e debates com os cidadãos, tanto de modo individual quanto por meio das associações representativas. Não só isso, esta exige, pois, a publicidade e o direito de acesso a documentos e informações.

Os tribunais brasileiros, em especial o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, consideram que a participação popular na organização e planejamento do espaço urbano é cogente, sob pena de declarar-se a própria nulidade do plano. A análise, portanto, do acórdão que declarou inconstitucional a Lei Complementar Municipal n. 792/2016, o qual alterou o Plano Diretor de Desenvolvimento Urbano e Ambiental do Município de Porto Alegre sem a necessária observância da exigência constitucional de participação popular, revela que a nova ordem jurídico-urbanística é recepcionada pelo Poder Judiciário.

Sendo o município, na lição de Taborda (2016), o local da participação privilegiada do cidadão na Administração Pública, é na perspectiva dos planos urbanísticos que esta colaboração se mostra mais necessária e eficaz, permitindo que o cidadão, na experiência do reconhecimento jurídico, seja considerado digno de respeito e de autorrespeito ao partilhar com a coletividade a organização do espaço onde vive – cidadão, este, nas palavras de Jacques Távora Alfonsin (2016b), admitido como participante, verdadeiro parceiro, sujeito da sua própria emancipação.

## Referências

ALFONSIN, Betânia de Moraes. O papel dos planos diretores na tutela do direito à cidade. In: GAVIÃO FILHO, Anizio Pires; LEAL, Rogério Gesta. (Orgs.). **Coleção tutelas à efetivação de direitos indisponíveis**. 1. ed. v. 2. Porto Alegre: FMP, 2016a, p. 265-286.

ALFONSIN, Jacques Távora. Da cidade que temos à cidade que queremos. **Sul 21**. Porto Alegre, 8 out. 2016b. Disponível em:

<<http://www.sul21.com.br/jornal/da-cidade-que-temos-a-cidade-que-queremos-por-jacques-tavora-alfonsin>>. Acesso em: 27 abr. 17.

BONAVIDES, Paulo. **Teoria constitucional da democracia participativa: por um direito constitucional de luta e resistência, por uma nova hermenêutica, por uma repolitização da legitimidade**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>.

BRASIL. Lei 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. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 10 jul. 2001. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/LEIS\\_2001/L10257.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10257.htm)>.

BRASIL. Lei Complementar n. 434, de 01 de dezembro de 1999. Dispõe sobre o desenvolvimento urbano no Município de Porto Alegre, institui o Plano Diretor de Desenvolvimento Urbano Ambiental de Porto Alegre e dá outras providências. **Diário Oficial de Porto Alegre**. Porto Alegre, RS, 01 dez. 1999. Disponível em: <[http://lproweb.procempa.com.br/pmpa/prefpoa/spm/usu\\_doc/lei\\_434\\_integra\\_atualizada\\_out\\_2010.pdf](http://lproweb.procempa.com.br/pmpa/prefpoa/spm/usu_doc/lei_434_integra_atualizada_out_2010.pdf)>.

BRASIL. Lei Complementar n. 646, de 22 de julho de 2010. Altera e inclui dispositivos, figuras e anexos na Lei Complementar nº 434, de 1º de dezembro de 1999 – Plano Diretor de Desenvolvimento Urbano Ambiental de Porto Alegre (PDDUA) –, e alterações posteriores, e dá outras providências. **Diário Oficial de Porto Alegre**. Porto Alegre, RS, 22 jul. 2010. Disponível em: <<http://www2.portoalegre.rs.gov.br/netahtml/sirel/atos/646%20rep-PDDUA>>.

CORREIA, Fernando Alves. **O Plano Urbanístico e o Princípio da Igualdade**. 2. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2001.

DWORKIN, Ronald. **A justiça de toga**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.



GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo. **Principios y Modalidades de la Participación Ciudadana en la Vida Administrativa**. Civitas, Madrid, 1989.

GUIMARAENS, Maria Etelvina Bergamaschi. **Planejamento urbano, participação e legitimidade**: a densidade urbana no PDDUA de Porto Alegre. 2008. 257 f. Dissertação (Mestrado em Planejamento Urbano e Regional) – Programa de Pós-Graduação em Planejamento Urbano e Regional da Faculdade de Arquitetura, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2008.

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

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Direito da participação política**. Rio de Janeiro: Renovar, 1992.

TABORDA, Maren Guimarães. O direito fundamental à cidade e a participação popular nos planos urbanísticos. In: GESTA LEAL, Rogério; SPAREMBERGER, Raquel Fabiana Lopes (Orgs.). **Anais do I Seminário Nacional Tutelas à Efetivação de Direitos Indisponíveis**, Porto Alegre: FMP, 2016. p. 242-266.

\_\_\_\_\_. **O princípio da publicidade e a participação na administração pública**. 2006. 217 f. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2006.

# COMPLIANCE CORPORATIVO: INSTRUMENTO PARA PREVENÇÃO DE PRÁTICAS CORRUPATIVAS NO MEIO EMPRESARIAL E SUA IMPORTÂNCIA NA BUSCA DE NEGÓCIOS MAIS ÉTICOS

Caroline Fockink Ritt\*  
Chaiene Meira de Oliveira\*\*

\* Caroline Fockink Ritt é doutoranda em Direito, mestre em Direito e professora de Direito Penal na Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC). Coordena o Grupo de Pesquisa Fundamentação e formatação de políticas de combate à corrupção no Brasil: responsabilidades compartilhadas entre espaço público e privado. E-mail: rittcaroline@unisc.br

\*\* Chaiene Meira de Oliveira. Graduanda do Curso de Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul. Bolsista de Iniciação Científica sob orientação da professora doutoranda Caroline Fockink Ritt na pesquisa Fundamentação e formatação de políticas de combate a corrupção no Brasil: responsabilidades compartilhadas entre espaço público e privado. Email: chaymeira@hotmail.com

## Resumo

A iniciativa privada possui papel fundamental na prevenção da corrupção e na manutenção de um ambiente corporativo que seja competitivo e pautado por princípios éticos e de integridade. O compliance constitui a obrigação de cumprir regulamentos internos e externos que são impostos às atividades da organização empresarial. Este é a adesão da companhia a normas ou procedimentos de determinado setor. Seu objetivo primordial é o combate à corrupção. Sua evolução histórica ocorreu pela necessidade do próprio mercado em instituir controles internos e de estar em conformidade. Estes controles internos representam uma necessidade imperiosa da globalização para combater as fraudes nas organizações, a lavagem de dinheiro, e também o financiamento ao terrorismo. Ao mesmo tempo em que se verifica um endurecimento do combate à corrupção, observa-se o crescente reconhecimento de programas e procedimentos que são destinados a prevenir as condutas ilícitas como uma forma de mitigar riscos. A Lei Anticorrupção brasileira buscou fazer com que as empresas criassem mecanismos internos de fiscalização e de incentivo à denúncia de irregularidades. O compliance é necessário, como política privada empresarial, pois tem viés educativo e é adotado por todos que ambicionam empresas e negócios mais éticos.

**Palavras-chave:** Compliance. Corrupção. Lei anticorrupção do Brasil.

## Abstract

Private initiative plays a key role in preventing corruption and maintaining a corporate environment that is competitive and is guided by ethical principles and integrity. Compliance is the obligation to comply with internal and external regulations that are imposed on the activities of the business organization. It is the company's adherence to industry standards or procedures. Its primary objective is the fight against corruption. Its historical evolution, which occurred due to the market's own need to institute internal controls, to be in conformity. These internal controls represent an overriding need for globalization to combat fraud in organizations, money laundering, as well as terrorist financing. While curbing the fight against corruption, there is a growing recognition of programs and procedures that are designed to prevent illicit conduct as a way to mitigate risks. The Brazilian Anti-Corruption Law sought to make companies create internal mechanisms for monitoring and encouraging the reporting of irregularities. Compliance is necessary, as a private business policy, because it has educational bias and adopted around the world that ambition for more ethical businesses and businesses.

**Keywords:** Compliance. Corruption. Brazilian Anti-Corruption Law.

## Introdução

O presente artigo aborda a importância do compliance no ambiente empresarial para fins de prevenção de práticas corruptivas. Sua evolução histórica ocorreu pela necessidade do próprio mercado em instituir controles internos. Estes controles representam uma necessidade imperiosa da globalização para combater as fraudes nas organizações, a lavagem de dinheiro e também o financiamento ao terrorismo.

A aplicação de legislações anticorrupção em nível internacional tem se tornado cada vez mais rigorosa. E, ao mesmo tempo em que se verifica um endurecimento do combate à corrupção, observa-se o crescente reconhecimento de programas e procedimentos destinados a prevenir condutas ilícitas como uma forma de mitigar riscos. O Brasil seguiu o mesmo modelo por meio da aprovação da Lei Anticorrupção.

Ressalta-se, ainda, que o compliance é necessário como política privada empresarial, pois tem viés educativo e é adotado por todos que ambicionam empresas e negócios mais éticos.

### **As práticas corruptivas que ocorrem no ambiente empresarial e o papel da iniciativa privada**

Atualmente, é consenso que os executivos devem ter a consciência de que o excesso de ambição e a visão do lucro imediato prejudicam a empresa ao longo prazo. Um gerente, considerado socialmente responsável, além de produzir resultados, precisa manter a responsabilidade fiduciária, não só com os acionistas, mas também com fornecedores, clientes e, principalmente, com o governo. Este conceito torna, atualmente, a tarefa do gestor um desafio: não basta obter lucro, ele precisa ser “limpo” (ANTONIK, 2016, p. 46).

Uma empresa considerada ética é aquela que não explora seus fornecedores, nem paga algum tipo de propina para os compradores dos seus produtos. Ela respeita seus colaboradores e fornecedores e não comete crimes contra o meio ambiente. Essas condutas, associadas ao lucro, são características de companhias consideradas socialmente responsáveis (ANTONIK, 2016, p. 46).

A combinação de fatores econômicos, como, por exemplo, a contenção de custos, a exploração e a manipulação de recursos têm gerado muitos e contínuos problemas éticos para as organizações. Então, a lição a ser aprendida é que limites são necessários, e controles, indispensáveis (ANTONIK, 2016, p. 46).

Reconhece-se o papel fundamental da iniciativa privada na prevenção da corrupção e na manutenção de um ambiente corporativo que seja competitivo e pautado por princípios éticos e de integridade. Um movimento crescente e de tendência irreversível foi impulsionado, num primeiro momento, pela aplicação rigorosa de legislações anticorrupção ao redor do mundo, particularmente nos Estados Unidos. (MAEDA, 2013, p. 168).

Os Estados Unidos, em 2002, publicaram uma lei federal chamada de Public Company Accounting Reform and Investor Protection Act of 2002 (Lei da Reforma Contábil e Proteção de Investidores de Empresas Privadas), que teve como objetivo evitar fraudes contábeis, como a do caso Enron. A lei ficou conhecida no Brasil pelo nome de Lei Sarbanes-Oxley, a qual possui um texto abrangente e apresenta padrões de conduta que devem ser seguidos por conselhos administrativos, diretores e empresas de auditoria. Esta tem como objetivo estabelecer penalidades para inibir a prática de procedimentos não éticos ou que estejam em desconformidade com as boas práticas de governança empresarial (ANTONIK, 2016, p. 46).

A iniciativa privada na prevenção da corrupção traz como consequência um ambiente corporativo mais competitivo baseado em princípios éticos e de integridade. Esse movimento é crescente, e considerado irreversível, se fortaleceu na última década especialmente em decorrência da aplicação rigorosa nos

Estados Unidos do Foreign Corrupt Practices Act (FCPA) pelo Department of Justice (DOJ) e pela U.S. Securities & Exchange Commission (SEC). Da mesma forma, dissemina-se por importantes convenções internacionais de combate à corrupção, destacando a Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais (Convenção da OCDE) (MAEDA, 2013, p. 168).

Em 2010 a OCDE - Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico – desenvolveu um documento voltado à implementação de programas de integridade nas empresas visando à prevenção e à detecção de casos de suborno transnacional. O documento chamou-se Good Practice Guidance on Internal Controls, Ethics, and Compliance e estabeleceu 12 Boas Práticas<sup>1</sup> que as empresas devem considerar para assegurar que seus programas de integridade sejam implementados com o objetivo de prevenir e detectar, de forma efetiva, práticas de suborno (CAPANEMA, 2014, p. 23-24).

Os resultados negativos nas empresas decorrem da falta de práticas éticas, desleixo, redução de aparatos de segurança ou excessiva contenção de gastos, como consequência da busca “selvagem” pelo lucro. Então, fazer o certo ou errado sem dar muita atenção para os resultados sociais e ambientais está intimamente ligado à moral da companhia e de seus gerentes,

<sup>1</sup> São as 12 Boas Práticas : 1- comprometimento da alta direção da empresa; 2- política clara e pública de proibição de suborno; 3- esclarecimento de que o não envolvimento na prática de suborno e o cumprimento das regras estabelecidas é de responsabilidade de todos os funcionários da empresa, de todos os níveis hierárquicos.; 4- implementação de políticas destinadas à prevenção do suborno, que se apliquem a todos os funcionários e envolvam os seguintes temas: brindes e presentes, despesas com hospitalidade, viagens, doações políticas e filantrópicas e doações de patrocínios, não aceitação de solicitação de vantagens indevidas e extorsão; 5- supervisão contínua do programa por funcionário público de alto grau hierárquico na empresa e garantia de que sejam destinados suficientes recursos humanos e financeiros, que viabilizem a manutenção e autonomia do programa; 6- aplicação do programa de *compliance*, quando cabível, a terceiros, tais quais agentes, intermediários, consultores, distribuidores e fornecedores; 7- implementação de sistema de controle contábil e financeiro; 8- comunicação, orientação e treinamento periódico de todos os funcionários da empresa, de todos os níveis hierárquicos, sobre as regras de ética e prevenção à prática de suborno; 9- implementação de medidas para encorajar e incentivar o cumprimento das regras de ética e *compliance* pelos funcionários; 10- estabelecimento de medidas disciplinares apropriadas para coibir violações aos regramentos de ética e *compliance*; 11- orientações a funcionários da empresa quando eles se encontram em situação de dúvida ou dificuldade em jurisdições estrangeiras e proteção de funcionários e, quando aplicável, parceiros comerciais que reportem violações ao programa de ética e *compliance*; 12- revisões periódicas do programa de integridade, levando em conta as mudanças da empresa e do mercado em que atua.

assim como à pressão que os executivos recebem para obter retornos econômico-financeiros a qualquer custo (ANTONIK, 2016, p. 90).

Tem sido cada vez mais significativas as consequências trazidas a pessoas físicas e jurídicas pelo descumprimento de legislações anticorrupção. Além da aplicação de multas milionárias, em especial nos Estados Unidos, as notícias envolvendo práticas de corrupção causam sérios danos à reputação das empresas. A simples comunicação ao mercado de que uma empresa está em processo de investigação ou colaborando com as autoridades na apuração de possíveis violações de legislações anticorrupção acaba gerando, como consequência, efeitos imediatos no valor das ações da empresa. Similarmente, considera-se que os gastos incorridos por empresas na condução de investigações internas para a apuração de irregularidades, muitas vezes, são muito maiores que as próprias sanções financeiras a elas impostas (MAEDA, 2013, p. 1969).

O tema Compliance especialmente, em matéria de anticorrupção, nos últimos anos, tem estado no topo da lista de prioridades de grande parte das empresas, particularmente daquelas com operações multinacionais. Muitos investimentos têm sido realizados no desenvolvimento de estruturas e programas de Compliance, os quais são voltados à prevenção e à detecção de desvios de conduta, assim como à remediação de eventuais problemas que forem identificados (MAEDA, 2013, p. 1969).

No âmbito internacional, a cooperação entre autoridades responsáveis pela aplicação de legislações anticorrupção tem se tornado cada vez mais forte, sendo cada vez mais aprimorada e intensificada (MAEDA, 2013, p. 1969).



## Aspectos históricos e definições do compliance e sua adoção pela Lei Anticorrupção brasileira

O termo compliance é originário da expressão anglo-saxão *to comply*, a qual exprime, em sentido literal, o sentido de agir de acordo com uma regra ou comando. Compliance constitui a obrigação de cumprir regulamentos internos e externos que são impostos às atividades da organização (BITTENCOURT, 2014, p. 84).

Quando se fala em compliance está se referindo aos sistemas de controles internos que permitem esclarecer e proporcionar maior segurança àqueles que se utilizam da contabilidade e de suas demonstrações contábeis para efeito de análise econômico-financeira e de gerenciamento operacional e de riscos de liquidez da empresa. Inclui-se nesses controles a prevenção à realização de eventuais operações ilegais, fraudulentas e que causem, como consequência, desfalques, não somente à instituição como também a clientes, fornecedores e investidores (ASSI, 2013, p. 30).

O compliance é a adesão da companhia a normas ou procedimentos de determinado setor. Seu objetivo primordial é o combate à corrupção. Diferentemente da ética, que é assumida com espontaneidade, o compliance está relacionado à responsabilidade legal. Ser ético é agir voluntariamente com princípios morais para com a sociedade, já compliance é cumprir com regras e regulamentos, ou seja, é trabalhar ou agir dentro da lei. Este é formado por leis, decretos, resoluções, normas, atos e portarias, ou seja, é todo arcabouço regulatório aplicado pelas agências que controlam e regulam o setor no qual a empresa está inserida (ANTONIK, 2016, p. 46-47).

A evolução histórica das atividades de compliance ocorreu pela necessidade do próprio mercado em instituir controles internos para estar em conformidade. Os controles internos representam uma necessidade imperiosa da globalização em

combater as fraudes nas organizações, a lavagem de dinheiro e também o financiamento ao terrorismo (NEGRÃO, 2013, p. 23).

As maiores e mais organizadas corporações também criam suas próprias normativas internas para direcionar o comportamento de seus diretores e executivos e, desta forma, coibir comportamentos negativos, desvios de conduta e inconformidades. O compliance pressupõe atender, além da normativa regulatória e legal, as resoluções internas da companhia (ANTONIK, 2016, p. 47).

Embora não sejam obrigatórios em nenhuma das principais legislações anticorrupção, com a ressalva da obrigação de manutenção de controles internos para as empresas consideradas "emissoras" sob a Lei de Práticas de Corrupção (o *Practices Act* ou *FCPA*), a adoção dos programas de Compliance efetivos permite que se reduza o risco de condutas ilícitas. Por outro lado, caso algum comportamento previsto nas legislações anticorrupção venha a ser cometido, apesar dos esforços de prevenção adotados, os programas de Compliance aumentarão as chances de que a própria empresa detecte estes comportamentos transgressores.

Desta forma, a própria empresa poderá rapidamente investigar, remediar e, dependendo o caso, decidir por colaborar com as autoridades competentes como forma de reduzir eventuais sanções. O fato de a empresa poder demonstrar que agiu de modo diligente e de boa-fé ao adotar e implementar mecanismos que estejam razoavelmente bem estruturados para evitar que violações ocorressem poderá ser um fator importante para diminuir a sua responsabilidade (MAEDA, 2013, p. 170-171).

No cenário brasileiro, no qual o arcabouço jurídico de combate à corrupção tornou-se mais rigoroso e as possíveis consequências pela violação alcançam patamares bastante elevados, a implementação de programas de Compliance torna-se uma necessidade praticamente inevitável.

A aplicação de legislações anticorrupção em nível internacional tem se tornado cada vez mais rigorosa, impondo responsabilidade direta à pessoa jurídica por atos praticados por seus empregados e terceiros, com sanções graves e significati-



vas. Ao mesmo tempo em que verifica-se um endurecimento do combate à corrupção, observa-se o crescente reconhecimento de programas e procedimentos destinados a prevenir as condutas ilícitas como uma forma de mitigar riscos. O Brasil seguiu o mesmo modelo por intermédio da aprovação da Lei Anticorrupção (MAEDA, 2013, p. 201).

A Lei Anticorrupção brasileira buscou fazer, por meio de seu art. 7º inciso VIII, com que as empresas criem mecanismos internos de fiscalização e de incentivo à denúncia de irregularidades. Esta incentiva que as empresas busquem descobrir desvios de conduta ética e, como consequência, incentivar a elaboração e aperfeiçoamento de Códigos de Ética (DAL POZZO; DAL POZZO; DAL POZZO; FACCHINATTO, 2014, p. 106).

A Lei estabelece, ainda, que seja levada em conta, na aplicação das sanções, a existência de mecanismos e procedimentos internos de integridade, de auditoria e de incentivo à denúncia de irregularidades e à aplicação efetiva de códigos de ética e conduta no âmbito da pessoa jurídica (CAPANEMA, 2014, p. 22). Estes regulamentos são atos administrativos que não podem inovar a ordem jurídica. A rigor, eles não podem impor regras de criação de mecanismos ou critérios de avaliação para aplicação de sanções pelo Poder Judiciário, conforme o Princípio da Legalidade (art. 5º, II da CF/88) (DAL POZZO; DAL POZZO; DAL POZZO; FACCHINATTO, 2014, p. 106).

A lei evidencia, dessa forma, uma direção, um caminho para que as empresas mitiguem e atuem prontamente frente a desvios cometidos por seus funcionários, fomentando a escolha desse caminho por meio da redução de penalidades. A adoção de medidas de integridade, diante da nova realidade trazida pela Lei Anticorrupção, não é uma mera opção, mas é uma necessidade, não somente porque a Lei estabelece possibilidade de atenuação de penalidades, mas também porque, ao diminuir a probabilidade da ocorrência de irregularidades diante de um cenário de existência de potencial punição, é racional e vantajoso economicamente precaver-se (CAPANEMA, 2014, p. 25).

A técnica dos programas de compliance combina várias possibilidades de comportamento decisório no âmbito empre-

sarial. Tem como orientação principal, finalidade preventiva, por meio da programação de uma série de condutas, de condução e de cumprimento. Essas condutas estimulam a diminuição dos riscos da atividade, sua estrutura combina estratégia de defesa da concorrência leal e justa com as estratégias de prevenção de perigos futuros (SILVEIRA, 2015, p. 155).

A Lei Anticorrupção brasileira alinhou-se ao padrão internacional de responsabilização individual e empresarial. Na responsabilização individual, as formas delitivas podem ser dolosas e “contra os interesses da empresa”, de infração de dever de cuidado, da empresa ou a partir da empresa. Uma adequada descrição dos comportamentos nos programas de compliance deve atingir especialmente o risco permitido, no sentido da definição de práticas negociais de caráter meramente especulativas, inerentes ao mundo dos negócios. Também disciplinará o alcance da aceitação dos presentes, ou a imposição de limites do exercício da confiança (SILVEIRA, 2015, p. 337).

O Brasil está dando um importante passo para uma nova era de maturidade no seu ambiente de negócios. Com a publicação e a regulamentação da Lei Anticorrupção, o país se alinha às mais rigorosas e avançadas legislações do mundo no combate à corrupção. A lei brasileira possui texto semelhante ao da Lei de Práticas de Corrupção (FCPA), dos Estados Unidos, e ao da Lei do Suborno (Bribery Act), do Reino Unido. É consenso que a Lei Anticorrupção afetará profundamente a cultura organizacional de empresas brasileiras e estrangeiras que atuam no país. Para evitar que caiam em casos de corrupção, estas serão obrigadas a criar “uma estrutura de governança corporativa, gestão de riscos e controles internos” (DELOITTE, 2014, p. 04).

## Compliance: necessidade de sua adoção com o objetivo de se evitar e punir práticas corruptivas no meio empresarial

As empresas que adotam uma postura comprovadamente diligente e vigilante devem receber tratamento diferenciado em relação às que optam por omitir-se diante da corrupção. O que se está incentivando é o combate e a prevenção da corrupção dentro das próprias organizações, o que não significa minimizar o papel de fiscalização. O combate e a repressão, que devem ser desempenhados pelo Estado, continua fundamental, mas indica que a lei deve ser aplicada, e de fato aplicá-la, com mais rigor contra empresas que negligenciam seu papel na prevenção da corrupção (MAEDA, 2013, p. 201).

A crise financeira mundial de 2008, a qual começou com o colapso do mercado imobiliário nos Estados Unidos, é um exemplo dos problemas que podem ocorrer por consequência da negligência à ética. Na referida crise, de forma inescrupulosa, companhias lesaram milhões de pessoas em todo o mundo, simplesmente porque não foram éticas em suas operações. Em uma clara atitude de desrespeito à população, o governo americano, o grande responsável pela crise, deixou que os bancos agissem indiscriminadamente. Pela ética da convicção, Alan Greenspan, executivo do Banco Central americano, defendeu o livre ajuste do mercado, mas, infelizmente, a mão invisível<sup>2</sup> de Adam Smith não funcionou neste caso (ANTONIK, 2016, p. 96).

Os executivos financeiros assumem importância fundamental dentro de uma política ética empresarial. Eles devem ser profissionais bem preparados para seguir as regras e impor limites de atuação, os quais são cuidadosamente bem definidos. A companhia deve preocupar-se também em manter o estrito e rigoroso controle sobre esses executivos (ANTONIK, 2016, p. 96).

A corrupção no setor público tem maior repercussão nas sociedades. No entanto, a prática de atos ilícitos não é exclusividade dos governos. O setor privado também está repleto

de maus exemplos. Uma pesquisa mundial lançada pela PricewaterhouseCoopers (PwC), uma das maiores prestadoras de serviços de consultoria e auditoria no mundo, revelou grande percentual de práticas fraudulentas nos processos de compras, o segundo maior índice de tipos de corrupção apontado no relatório. Segundo a PwC, 29% das empresas pesquisadas reportaram fraudes em compras. O resultado é considerado alarmante. No Brasil, os números foram ainda mais preocupantes: 44% das empresas que responderam à pesquisa enfrentaram problemas com fraudes no setor de compras (ANTONIK, 2016, p. 98).

As companhias privadas possuem estruturas e métodos de trabalho que são diferentes dos encontrados no setor público. Elas devem buscar sistemas de controles particulares com o objetivo de garantir absoluta lisura em suas aquisições, evitando subornos e fraudes (STUKART, 2003, p.73-75).

De acordo com a determinação da Lei Anticorrupção, o cenário futuro brasileiro indica que todas as operações financeiras realizadas pelos bancos de maior porte, além dos contratos e licitações firmados entre órgãos do governo e empresas que realizam grandes obras, deverão ser submetidas a métodos específicos de auditoria interna e a medidas de conformidade. Tanto os contratantes como os contratados, deverão desenvolver certificações de processos que previnam atos de corrupção, códigos de conduta e ética empresarial, além de treinamentos de colaboradores e executivos (ANTONIK, 2016, p. 98).

A maioria das empresas precisa, em algum momento, relacionar-se de forma direta ou indireta com autoridades ou entidades governamentais. Em determinados casos, o grau de dependência com entidades governamentais é tão grande que se torna necessário implementar um programa anticorrupção que seja eficiente, o qual é fundamental para mitigar riscos reputacionais e garantir a conformidade com a legislação e regulamentações. Dependendo do país em que a empresa está fazendo ou pretende fazer negócios, os riscos reputacionais e outros relacionados à corrupção são potencialmente maiores (CLAYTON, 2013, p. 149).

<sup>2</sup> Trata-se de uma referência a Adam Smith e ao seu livro *A Riqueza das nações*, escrito em 1776.

A utilização de terceiros intermediários em vendas para entidades governamentais ou para interação com órgãos públicos representa, atualmente, uma das principais áreas de risco de corrupção. Isso ocorre porque, em primeiro lugar, terceiros podem ser utilizados como forma de canalizar pagamentos indevidos para agentes públicos. E, em segundo lugar, o nível de controle e acompanhamento por parte da empresa a respeito das atividades e condutas de seus terceiros é considerado limitado. Isso, porém, não isenta a empresa de sua responsabilidade por atos ilícitos que venham a ser cometidos por eles (MAEDA, 2013, p. 193).

Diante desta potencial responsabilidade por atos de terceiros e reconhecendo o importante papel desempenhado por parceiros comerciais é de suma importância o desenvolvimento de controles e procedimentos para mitigar riscos e também demonstrar que ocorreu uma conduta diligente por parte da empresa. Esses controles incluem procedimentos prévios à contratação de terceiro e sistemas regulares de aprovações, como também de acompanhamento. E, quando houver contratação, os principais controles poderão envolver também a inclusão de cláusulas específicas nos instrumentos contratuais, visando permitir o exercício de auditoria e o acompanhamento mais efetivo por parte da empresa, com relação ao cumprimento, pelo parceiro, da legislação aplicável e das políticas da empresa (MAEDA, 2013, p. 193-194).

O ambiente interno das organizações, tanto públicas quanto privadas, principalmente após as crises financeiras de repercussão mundial as quais já abordamos no presente artigo, volta-se para a adoção de uma postura que seja mais preventiva. Com relação ao Brasil, as organizações estruturam-se para essa atuação preventiva e proativa devido ao ordenamento jurídico, às exigências dos consumidores e à atuação do Ministério Público, da Controladoria-Geral da União e de demais órgãos de controle (NEGRÃO, 2014, p. 52).

O compliance tem se tornado, nos últimos anos, um termo comum entre as organizações. A maioria das organizações multinacionais, bem como instituições financeiras, possui um

programa ou uma área de compliance. Qualquer organização que pretenda abrir capital precisa implementar ações nesse sentido. Os programas de compliance buscam ações no sentido de garantir o comprometimento dos empregados nas organizações e de transmitir a importância da execução das tarefas diárias de forma correta e ética. Esse comprometimento dos empregados em fazer as coisas certas diariamente exige controle, auditoria, comunicação e políticas de incentivo (NEGRÃO, 2014, p. 51-52).

O sistema legal brasileiro está se equiparando agora às práticas anticorrupção adotadas principalmente nos Estados Unidos desde a década de 70 e nos países europeus anos depois. Nesses lugares, a lei é implacável, com quem comete ilícitos, mas também reconhece os esforços dos empresários que tentam moralizar seus procedimentos. É só ver o exemplo da Siemens nessas investigações de cartel em São Paulo. A empresa tem uma estrutura de compliance que fez toda a diferença na investigação, inclusive com os acordos de leniência, que também figuram na lei brasileira. O caminho da transparência, da modernização e da qualificação dos serviços públicos é uma tendência mundial, inevitável nas grandes democracias. (OSÓRIO, 2014, p.19).

Um programa de compliance estruturado provavelmente atingirá uma série de resultados para a organização, dentre eles a redução de fraudes financeiras, de multas e penalidades, da corrupção interna e da transgressão aos códigos de ética organizacionais, além de gerar melhorias para os processos organizacionais. Programas de compliance e suas respectivas ações, executadas de forma rotineira e permanente, diminuem as chances de erros por desconhecimento ou falhas de gestão. Do mesmo modo, esses evitam custos indiretos como danos à reputação, fator de relevância para aquelas organizações que dependem da opinião pública ou estão inseridas em ambientes de forte regulamentação e competitividade (NEGRÃO, 2014, p. 52).

As empresas devem estabelecer políticas consistentes antipropina e de Compliance. As áreas de controles internos devem assegurar que seus empregados ajam de acordo com tais políticas. Como os relacionamentos são muito importantes no Brasil, deve ser implementada uma política para assegurar

que as interações profissionais sejam de conhecimento de todos os envolvidos e que os conflitos de interesses, assim como as partes envolvidas, sejam relatados e monitorados (CLAYTON, 2013, p. 154).

Os tratados anticorrupção variam muito de empresa para empresa, sendo de grandes e complexos a pequenos e simples. Independentemente de seu escopo, devem ser feitos e endereçados com alto grau de profissionalismo e experiência porque as potenciais consequências para empresas e clientes estão tornando-se cada vez mais severas à medida que os órgãos regulatórios internacionais redobram esforços para erradicar ou prevenir a corrupção. Estes possuem sim, um caráter educativo muito forte (CLAYTON, 2013, p. 166).

O compliance tem papel de educador. Atua proativamente e apoia as outras áreas da organização na execução dos seus objetivos de forma correta, em conformidade com a legislação e normativos vigentes, baseando-se no código de ética da organização. Este não tem uma missão fácil, é necessário e de grande importância, pois há irregularidades que prejudicam os resultados operacionais, causam transtornos administrativos, financeiros e tributários, além de influenciar no ambiente organizacional e lesar, direta ou indiretamente, a imagem da organização e de seus executivos (NEGRÃO, 2014, p. 45).

A implementação do compliance pelas empresas é fundamental no combate à corrupção. Essa atividade assume cinco aspectos fundamentais: a) Regulamentação: regras claras, factíveis e disseminadas acordadas por todos na sociedade; b) Educação: formação e capacitação sobre conceitos de integridade e ética para engajar os envolvidos; c) Cooperação: integração e colaboração entre diferentes países, instâncias regulamentares e de investigação; d) Transparência: ferramentas de divulgação, monitoramento e acompanhamento de informações públicas; e e) Independência: liberdade para investigação e julgamento em caso de corrupção (DELOITTE, 2014, p. 05).

O combate à corrupção também depende da iniciativa privada e, fundamentalmente, de uma mudança profunda de cultura no ambiente corporativo. Ainda que programas de Com-

pliance possam ser inicialmente impulsionados pela concessão de tratamento diferenciado na aplicação de penalidades e sanções, sua adoção e implementação, desde que realizadas de modo efetivo, poderão contribuir significativamente para esse processo de mudança cultural, de um ciclo virtuoso em direção à não tolerância da corrupção (MAEDA, 2013, p. 201).

O Brasil está dando um importante passo para uma nova era de maturidade no seu ambiente de negócios. Com a publicação e a regulamentação da Lei Anticorrupção, o país se alinha às mais rigorosas e avançadas legislações do mundo no combate à corrupção.

## Conclusão

Este artigo abordou a importância do compliance, como política privada, empresarial e para fins de prevenção de práticas corruptivas. A corrupção acontece não somente na esfera pública, mas práticas corruptivas no ambiente privado são também muito nefastas, conforme situações que e consequências abordadas neste.

Quando aborda-se o compliance, que tem viés preventivo, estamos referindo-nos aos sistemas de controles internos que permitem esclarecer e proporcionar maior segurança àqueles que se relacionam com as empresas. Nestes controles estão incluídos práticas ligadas à prevenção e à realização de eventuais operações ilegais, fraudulentas e que possam causar desfalques, não somente à instituição como também a clientes, fornecedores e aos seus investidores.

Atualmente, não basta a empresa ser lucrativa, mas esta deve ser "limpa", no sentido de preocupar-se com seus fornecedores, de ser responsável de forma fiduciária com clientes e governo e também de preocupar-se com a questão ambiental.

Conforme abordado, o combate à corrupção também depende da iniciativa privada e, fundamentalmente, de uma mudança profunda de cultura no ambiente corporativo. A adoção

e implementação de programas de Compliance, desde que realizadas de modo efetivo, poderão contribuir significativamente para esse processo de mudança cultural, de um ciclo virtuoso em direção à não tolerância à corrupção.

O compliance é necessário, como política privada empresarial, pois estabelece limites e regramentos importantes. Tem um viés educativo e é adotado por todos que ambicionam empresas e negócios mais éticos.

## Referências

ANTONIK, Luis Roberto. **Compliance, ética, responsabilidade social e empresarial**: uma visão prática. Rio de Janeiro: Alta Books, 2016.

ASSI, Marcos. **Gestão de compliance e seus desafios**: como implementar controles internos, superar dificuldades e manter a eficiência dos negócios. São Paulo: Saint Paul Editora, 2013.

BITTENCOURT, Sidney. **Comentários à Lei Anticorrupção**: Lei 12.846/2013. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

CAPANEMA, Renato de Oliveira. Inovações da Lei nº 12.846/2013. In: NASCIMENTO, Melillo Dinis do. (Org.) **Lei Anticorrupção empresarial aspectos críticos à Lei 12.846/2013**. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

CLAYTON, Mona. Entendendo os desafios de Compliance no Brasil: um olhar estrangeiro sobre a evolução do Compliance anticorrupção em um país emergente. In: DEBBIO, Alessandra Del; MAEDA, Bruno Carneiro; AYRES, Carlos Henrique Silva. (Orgs.). **Temas de Anticorrupção & Compliance**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.

DAL POZZO, Antônio Araldo Ferraz; DAL POZZO, Augusto Neves; DAL POZZO, Beatriz Neves; FACCHINATTO, Renan Marcondes. **Lei Anticorrupção**: apontamentos sobre a Lei nº 12.846/2013. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

DELOITTE, Touche Tohmatsu. **Lei Anticorrupção**: um retrato das práticas de compliance na era da empresa limpa. São Paulo: Associação Brasileira de Bancos, 2014. Disponível em: <[http://www.abbc.org.br/images/content/Lei\\_Anticorrupcao.pdf](http://www.abbc.org.br/images/content/Lei_Anticorrupcao.pdf)>. Acesso em: 02 out. 2016.

MAEDA, Bruno Carneiro. Programas de Compliance Anticorrupção: importância e elementos essenciais. In: DEBBIO, Alessandra Del; MAEDA, Bruno Carneiro; AYRES, Carlos Henrique Silva. (Orgs.). **Temas de Anticorrupção & Compliance**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.

NEGRÃO, Célia R. P. Lima; PONTELO, Juliana. F. **Compliance, controles internos e riscos**: a importância da área de gestão de pessoas. Brasília: Editora Senac, 2014.

OSÓRIO, Fábio Medina. **Uma ética de mão dupla**. Entrevistador: Robson Bonin. Entrevista concedida à Revista Veja. Edição 2387, ano 47, n. 34, 20 ago. 2014, p.15-19.

SILVEIRA, Renato de Melo Jorge; SAAD-DINIZ, Eduardo. **Compliance, direito penal e lei anticorrupção**. São Paulo: Saraiva, 2015.

STUKART, Herbert Lowe. **Ética & Corrupção**: Os benefícios da conduta ética na vida pessoal e empresarial. São Paulo: Nobel, 2003.



# MULTICULTURALISMO E AMPLA DEFESA: ANÁLISE À LUZ DO DIREITO BRASILEIRO TUTELAS À EFETIVAÇÃO DE DIREITOS PÚBLICOS INCONDICIONADOS: MULTICULTURALISMO, CONSTITUIÇÃO E DIREITO PENAL

David Medina da Silva\*  
Bruno Heringer Júnior\*\*

\* Possui graduação em Direito pela Universidade Federal de Pelotas e especialização em Direito Público. É professor da Fundação Escola Superior do Ministério Público. Atualmente é Presidente da Fundação Escola Superior do Ministério Público, onde também é Mestrando. Promotor de Justiça no Rio Grande do Sul, onde atuou como Coordenador do Centro de Apoio Operacional Criminal. E-mail: david@mprs.mp.br.

\*\* Possui graduação em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul e mestrado e doutorado pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos. Professor de Direito Penal dos cursos de graduação e de mestrado da Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público. Promotor de Justiça no Rio Grande do Sul. E-mail: brunoheringerjunior@gmail.com

## Resumo

O aumento do fluxo migratório deu origem a Estados multiculturais, formados por indivíduos com culturas diferentes, gerando novos desafios para o Direito. Este artigo trata do multiculturalismo sob o enfoque do Direito Penal, com ênfase nos crimes culturalmente motivados e defesas culturais como forma de efetivar a garantia constitucional da ampla defesa. O objetivo é analisar criticamente a forma como podem-se considerar as motivações culturais na teoria do delito e da pena, de modo a reconhecer a relevância jurídica da política da identidade que assumiu importância destacada nas últimas décadas. Para tanto, os aportes do Direito comparado apresentam especial significado.

**Palavras-chave:** Multiculturalismo. Crimes culturalmente motivados. Defesas culturais. Direito fundamental à ampla defesa.

## Abstract

The increasing immigration flow led to formation of multicultural states, composed by individuals from different cultures, bringing new challenges for the law system. This paper deals with the multiculturalism with focus on criminal law, especially the cultural crimes and the cultural defenses as a way to effective the due process of law. The objective is to critically analyze the way in which cultural motivations can be considered in the theory of crime and punishment, in order to recognize a juridical relevance to the politics of identity that has taken on prominent importance in the last decades. To this end, the contributions of comparative law have special significance.

**Key words:** Multiculturalism. Cultural Crimes. Cultural Defenses. Due Process of Law.

## Introdução

Se é verdade que ubi homo ibi societas, também é verdade que onde há ser humano existe cultura, palavra que foi introduzida na antropologia por Edward B. Tylor, no livro *Primitive Culture*, de 1871, no qual ele a descreve como sendo “todo o complexo que inclui conhecimentos, crenças, arte, direito, valores morais, costumes e quaisquer outras capacidades e hábitos adquiridos pelo homem como membro de uma sociedade” (apud WHITE; DILLIGHAM, 2009, p. 44-45). Também é verdade que em todas as sociedades as diferenças são reconhecidas, como aquelas entre homens e mulheres, grupos etários, pessoas com necessidades e características especiais, crenças religiosas etc. Simplesmente, a diversidade é um fato (BARRY, 2001, p. 19-20).

Por outro lado, as sociedades modernas têm que fazer frente cada vez mais a grupos minoritários que exigem o reconhecimento de sua identidade e a acomodação de suas diferenças culturais, algo que tem-se denominado multiculturalismo (KYMLICKA, 2016, p. 25). A palavra multiculturalismo, portanto, descreve a moderna realidade da maioria dos países os quais, além da população majoritária e eventualmente grupos indígenas, também apresentam um grande número de grupos imigrantes de diferentes etnias (CANTLE, 2012, p. 53).

O tema do multiculturalismo expressa uma característica importante do mundo globalizado contemporâneo, o qual é marcado pela interação entre grupos étnicos, religiosos e raciais distintos dentro da mesma soberania. Essas diretrizes políticas e sociais conduzem à convivência com a diversidade decorrente da presença de grupos culturalmente heterogêneos, estabelecendo paradigmas de regulação e tolerância inerentes a uma sociedade composta de indivíduos com concepções culturais distintas (DIAS, 2014).

Essa diversidade cultural decorre tanto devido à existência de grupos populacionais autóctones, como ocorre com a população pré-colombiana nas Américas, quanto a de grupos de imigrantes e refugiados que deixam seus países de origem em

busca de asilo ou novas perspectivas de subsistência em terras estrangeiras.

Conforme assinala Carnevali

A referência a multiculturalismo aponta principalmente para a presença, dentro de um determinado contexto espacial, de diversas culturas associadas principalmente à nação; é dizer, a concorrência de elementos cognitivos comuns quanto à representação do mundo exterior, da moral, do direito, da religião, das relações sociais e vinculados pela língua. Em consequência, pode-se falar em Estado multicultural na medida em que coabitam no mesmo território culturas associadas a diversas nações, quer se trate de sociedades nas quais tenham estado presentes grupos indígenas que hoje reclamam pleno reconhecimento, ou sociedades que, fruto da imigração, tenham incorporado culturas novas. (CARNEVALI, 2007).

É sabido que as populações autóctones, como os indígenas, possuem costumes e tradições culturais distintas daquelas que são estabelecidas pela cultura dominante. Contudo, infelizmente, “ainda hoje existe dificuldade em definir o que é ser índio, e os povos indígenas são tratados indistintamente como iguais, apesar de sua diversidade étnico-cultural” (COLAÇO, 2016).

Por outro lado, imigrantes e refugiados carregam em sua bagagem cultural os usos e costumes do local de sua origem, os quais, muitas vezes, são notadamente distintos em situações específicas dos nacionais. Essa diferença abrange, evidentemente, as tradições jurídicas.

O Brasil faz parte da Convenção das Nações Unidas sobre o Estatuto dos Refugiados e do seu Protocolo, de 1967. Promulgou a Lei nº 9.474/97 que contempla os principais instrumentos regionais e internacionais sobre refugiados, adotando a definição ampliada dessa condição estabelecida na Declaração de Cartagena de 1984, a qual considera a violação generalizada de direitos humanos como uma das causas da condição de refugiado (ACNUR – UNHRC (2)).

A referida lei criou o Comitê Nacional para os Refugiados (CONARE), segundo o qual o Brasil acolhe atualmente 8.863 re-

fugiados reconhecidos, de 79 nacionalidades distintas, sendo que os principais grupos são compostos por nacionais da Síria (2.290), Angola (1.420), Colômbia (1.100), República Democrática do Congo (968) e Palestina (376). Somente a guerra na Síria já provocou quase 5 milhões de refugiados, constituindo-se na pior crise humanitária dos últimos 70 anos. Com o aumento do fluxo migratório no Brasil, o governo decidiu tomar medidas que facilitam a entrada desses grupos no território e a sua inserção na sociedade brasileira [ACNUR – UNHRC (1)].

Com toda essa diversidade, é natural que eventuais desentendimentos ou conflitos surjam, de modo que a ordem jurídica deve estar preparada para oferecer as soluções adequadas a seu enfrentamento, sempre à luz da Constituição, seu balizamento último. Sendo o Direito Penal a expressão cultural de uma determinada sociedade, também é possível que haja um descompasso entre as incriminações estabelecidas no país e as concepções ético-jurídicas de grupos oriundos de sociedades com traços culturais distintos, o que torna a situação dessas minorias ainda mais delicada, considerando a severidade das consequências penais decorrentes da prática de eventual delito.

Desse modo, o presente artigo pretende abordar o tema do multiculturalismo e sua relação com o Direito Penal, sugerindo a forma como os crimes motivados pela cultura devem ser tratados juridicamente a partir da garantia constitucional da ampla defesa. O texto trata de crimes culturalmente orientados e de defesas culturais, trazendo aportes do Direito comparado e estabelecendo diretrizes para o enfrentamento da questão na ordem jurídica brasileira.

## Os crimes culturalmente motivados

A premissa fundamental dos crimes culturalmente motivados é que a cultura exerce forte influência no comportamento, podendo levar à prática de crimes (MAGLIE, 2012, p. 68-69). Baseando-se nisso, é dever do Estado administrar, sob o aspecto jurídico, o conflito entre este traço cultural importante, o qual é

determinante de um comportamento, e a referida incriminação. O problema fundamental em evidência foi delineado por Höffe (2008, p. 21): “é lícito penalizar estrangeiros por um delito que em sua pátria não é?”

Não há dúvida de que os Estados modernos são formados por indivíduos de diferentes culturas e de que o respeito à diversidade cultural constitui um aspecto da dignidade humana (SARMENTO, 2016, p. 241-298), sendo, portanto, um direito fundamental. Conforme esclarece Álvarez (2008, p. 31-32), a antropologia moderna postula que todas as culturas são importantes, pois todas têm peso igual na diversidade cultural humana. A autora traça um paralelo entre a biodiversidade na natureza e a diversidade cultural nas sociedades, já que, assim como a biodiversidade é indispensável à sobrevivência dos ecossistemas, a diversidade simbólica é imprescindível aos “ecossistemas culturais”, os quais compõem o complexo mosaico das culturas do mundo, tornando o direito a ser culturalmente diverso um direito inalienável porque por meio dele serão preservados os traços das identidades para as gerações futuras.

É natural, portanto, que muitos comportamentos considerados ilícitos para uma determinada cultura sejam considerados normais (obrigatórios, permitidos ou tolerados) em outra, surgindo, dessa forma, os crimes cometidos por razões culturais, chamados crimes culturalmente motivados.

Crimes culturalmente orientados ocorrem, portanto, quando o indivíduo age de acordo com um padrão vigente em sua cultura de origem, desprezando a norma jurídica incriminadora estabelecida pela cultura à qual se integrou, o que pode decorrer de fatores relacionados ao desconhecimento do direito vigente ou à impossibilidade subjetiva de conformar-se com este diante da força moral emergente de sua tradição cultural. Os casos mais comuns reportam desde condutas leves, como a venda de produtos proibidos, até casos mais graves, como casamentos forçados, exploração sexual de crianças e adolescentes, homicídios por vingança ou em razão de adultério e mutilações genitais.

Estes crimes culturalmente motivados são justamente aqueles crimes provocados por um fator de ordem cultural. Estes estão ligados aos valores culturais do indivíduo, os quais são absorvidos daquele grupo ao qual ele pertence, seja uma população autóctone do Estado ou um grupo de imigrantes.

Existe uma grande diferença no tratamento dado pelo Direito continental e pela Common Law aos crimes culturalmente motivados. Enquanto a doutrina europeia tende a centrar-se na ação criminosa, a doutrina norte-americana tende a tratar o problema sob a perspectiva da defesa do indivíduo acusado pela prática de um desses crimes (FUENTE, 2012).

A temática do multiculturalismo é pulsante nos Estados Unidos por se tratar de um país em que a questão migratória é intensificada (HUNTINGTON, 2004, p. 178-182), levando os tribunais a se depararem com a matéria alusiva às defesas culturais (cultural defenses), ou seja, o pragmatismo do sistema judicial norte-americano exige que a questão seja enfrentada quando um crime culturalmente motivado é levado ao tribunal (GREENAWALT, 2008). Surge então a possibilidade de apresentação de defesas negativas e de defesas negativas. Simplificadamente, as defesas negativas são aquelas nas quais o acusado nega o fato ou sustenta que não há prova suficiente contra ele; já nas defesas positivas, o acusado admite o fato, mas alega uma justificação ou uma exculpação, a qual pode até ser incompleta, mas será em seu favor (LIPPMAN, 2010, p. 217-218).

No panorama atual, a defesa cultural é ora admitida ora não, por juízes e cortes estadunidenses, sendo que muitos especialistas até mesmo apontam para o uso indevido da cultural defense nos processos (RENTELN, 2005).

Alguns autores daquele país entendem que as defesas culturais atingem a mens rea, o requisito subjetivo do delito, no sentido de afastar ou diminuir a responsabilidade penal daquele indivíduo que, ao agir, não tenha tido uma intenção criminosa, mas, sim, o propósito de adotar um comportamento culturalmente aceito pelos seus padrões culturais. Por exemplo, foi decidido no caso paradigmático de *People versus Kimura*, o qual tratava-se de uma japonesa, cidadã americana, que todavia

vivera muitos anos no Japão, onde assimilou os traços culturais peculiares da cultura oriental. Um desses traços é que os filhos são extensão dos pais; ela, então, após descobrir a infidelidade do marido, levou a cabo um ritual japonês de suicídio dela e dos filhos (*oya-ko shinju*), prática tradicionalmente aceita no Japão quando a família se desagrega, A mulher entrou no mar com as crianças para juntas se afogarem, no entanto ela sobreviveu, o que lhe gerou uma acusação de duplo homicídio.

A defesa no caso *People versus Kimura* sustentou que a acusada havia simplesmente cumprido uma imposição da sua cultura, que considera os filhos como uma extensão dos pais, de modo que não teria havido uma intenção criminosa já que ela, com seu ato extremo, buscou cumprir uma norma cultural, e não violar as normas penais do Estado onde vivia. Ao final, ela acabou condenada, mas teve benefícios de redução de pena sob o fundamento de insanidade, evidenciando-se um uso equivocado da defesa cultural, já que uma pessoa que pratica um crime premeditado pelas normas culturais a que pertence não poderia jamais ser considerada louca ou perturbada mentalmente (KIM, 1997).

Esse *limited use approach* admite a utilização da prova cultural para determinar a existência ou o grau do estado mental do agente como forma de verificar a ocorrência do crime imputado, de outro subsidiário ou de nenhum. Segundo seus defensores, essa abordagem restrita evitaria os riscos para a função preventiva da pena e ainda levaria em conta a singularidade cultural do réu, ao menos em aspectos adaptáveis às defesas já existentes no sistema jurídico-penal. Porém, para impedir o uso inadequado desta, seria necessária a elaboração de critérios seguros para a sua verificação (KIM, 1997).

Ainda de acordo com a ordem jurídica em vigor, também sugere-se que as condicionantes culturais sejam consideradas apenas quando da fixação da pena, como atenuantes, devido à virtual impossibilidade de se estabelecerem excusas formais com tais características, em vista da imprecisão de seus limites (SIKORA, 2001). Portanto, há dificuldade dos juristas em identificar defesas culturais como um instituto autônomo e inserido adequadamente no sistema jurídico.



Verificam-se, aliás, duas posições quanto à aceitação de defesas culturais. A primeira repudia por completo a introdução de defesas dessa natureza, por resultar numa permissão especial relacionada a determinados grupos, pois conforme adverte Höffe

Os expertos já chamam a atenção sobre o perigo de que, em nome de pertencer a uma religião ou a uma cultura, se reclame um direito a 'nichos jurídicos' ou a exceções, ou de que se aplique inclusive uma dupla moral: no caso de que a cultura incriminadora exija maiores responsabilidades, o acusado se remeteria no Ocidente a sua cultura nativa, enquanto que, se estivesse em seu país de origem, alegaria haver-se atido aos costumes europeus ou norte-americanos. (HÖFFE, 2008, p. 150).

Teme-se a criação de escusas especiais para certos grupos culturais porque isso afetaria o caráter vinculante do Direito, gerando insegurança pública. Aliás, aponta-se que muitas pessoas vulneráveis restariam desprotegidas, como mulheres, loucos e crianças, já que são elas as vítimas preferenciais de algumas tradições culturais exóticas para o mundo ocidental. Sugere-se que até mesmo os indivíduos eventualmente beneficiados com a circunstância legal descriminalizante acabariam atingidos negativamente, em decorrência dos estigmas que seriam criados em torno de certas práticas incomuns.

Posição diversa sustenta que não se pode negar a possibilidade de defesa com base em imperativos culturais. Apesar da ordem jurídica não poder ter sua validade condicionada à adesão interna dos destinatários das normas, pois o direito é vinculante para todos, o reconhecimento constitucional de alguns direitos, como a liberdade de consciência e de religião, pode implicar na limitação à coatividade do Direito posto. Essa limitação à coatividade das normas do Estado nada mais seria do que o espaço aberto para defesas baseadas na cultura. Além disso, a consideração de condicionantes culturais apresentar-se-ia mais justa para fins retributivos, já que refletiria a real culpabilidade do agente.

A questão, como se percebe, é tormentosa e complexa (CARDUCI, 2012), mas parece que a tendência atual é pela admissão de alguma forma de repercussão penal das motivações culturais quando da prática de algum ato delituoso por determinadas minorias que encontram dificuldade para compreender ou acatar as normas jurídicas ou os valores sociais dominantes.

Por vezes, são feitas adaptações na legislação de modo a atender especificamente à problemática dos delitos culturalmente orientados, como a hipótese de erro de compreensão culturalmente motivado previsto no Código Penal peruano (PERU, 1991)<sup>1</sup>. Contudo, em linhas gerais, na falta de regulamentação legal específica, as defesas culturais operam dentro de conteúdos tradicionais do Direito Penal (FERNÁNDEZ, 2013), isto é, inimputabilidade, erro de permissão, erro de tipo, inexigibilidade de conduta diversa, entre outras, tornando ditas modalidades de defesa compatíveis com o Direito brasileiro, o qual deve apenas estabelecer limites contra o abuso.

A respeito do uso inadequado ou indevido da escusa, há um caso no direito norte-americano tido como referência de abuso da defesa cultural (RENTELN, 2005). Trata-se do processo no qual o indiano Reddy foi acusado penalmente por traficar mulheres indianas para os Estados Unidos para fins de trabalho forçado e prostituição. Como essas mulheres pertenciam à casta dos intocáveis da Índia, conhecidas como Dalits, iam para os Estados Unidos voluntariamente e sabiam que seriam submetidas à prostituição e a trabalhos compulsórios que, na cultura ocidental, equivalem à escravidão. O indiano Reddy foi submetido a processo criminal e as mulheres vitimadas prestaram declarações afirmando que viam o fato como benéfico, já que elas, no país de origem, eram tratadas como intocáveis, de modo que nos Estados Unidos estavam sujeitas a condições que eram melhores se comparadas as na Índia. No entanto, tal degradação da pessoa é uma consequência inadmissível na cul-

<sup>1</sup> Código Penal Peruano (Decreto Legislativo n° 635): Artículo 15 - El que por su cultura o costumbres comete un hecho punible sin poder comprender el carácter delictuoso de su acto o determinarse de acuerdo a esa comprensión, será eximido de responsabilidad. Cuando por igual razón, esa posibilidad se halla disminuída, se atenuará la pena.

tura ocidental, pois, na verdade, o fato de elas submeterem-se à prostituição e ao trabalho forçado não constitui consequência necessária na cultura de tais mulheres. Então, sua submissão a tais condições no ocidente significaria impor-lhes uma condição que não está associada a um costume equivalente no país de origem, pois não há nada na cultura indiana que diga que um Dalit deva prostituir-se ou realizar trabalho escravo, configurando-se um desvirtuamento da condição social de vida dessas mulheres. Sendo assim, a alegação cultural de Reddy foi considerada abusiva.

Como o caso evidencia, é imprescindível realizar um recorte antropológico a fim de verificar se a prática questionada está efetivamente ligada à tradição de um determinado grupo, evitando, desse modo, que a cultura venha a ser utilizada como pretexto para a violação da dignidade humana. Nos Estados Unidos, portanto, a perícia cultural é uma prova destinada a garantir que comportamentos considerados desviantes sejam realmente decorrência de um comportamento generalizado e aceito pela sociedade à qual estes indivíduos pertencem.

## O Direito Penal brasileiro e as eximentes culturais

Em nosso país, a discussão e a elaboração do assunto ainda são modestas. No entanto, uma vez que a Constituição Federal (LOPES, 2008) se assume pluralista e orientada pela dignidade da pessoa humana (artigo 1º, III e V), repudia qualquer forma de preconceito e racismo (artigos 3º, IV, e 4º, VIII), defende a autodeterminação dos povos (artigo 4º, III), além de garantir a inviolabilidade de consciência e de crença (artigo 5º, VI), entre outros, convém esclarecer de que forma os delitos decorrentes de influências culturais decisivas serão tratados pelo sistema penal, especialmente diante da garantia da ampla defesa, também prevista constitucionalmente (artigo 5º, LV).

À míngua, em nosso sistema jurídico, de um reconhecimento formal e autônomo, mas diante dos direitos de ordem cultural e da garantia da ampla defesa consagrados na Lei Fundamental, parece que as defesas culturais devem operar dentro de conteúdos tradicionais do Direito Penal, isto é, inimputabilidade, erro de permissão, erro de tipo, inexigibilidade de conduta diversa e assim por diante (MAGLIE, 2012, p. 187-264).

Desse modo, em face de uma incapacidade psicológica de compreensão ou de autodeterminação, em razão do peso moral da norma de cultura, poderia estar configurada uma causa de inimputabilidade, uma vez comprovada por perícia antropológica, à semelhança do modelo norte-americano, a incapacidade do indivíduo de compreender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento, tal como ocorre em razão de estados patológicos. É bem verdade que, embora possível no plano dos fatos, dificilmente estaria adequada ao sistema brasileiro uma tese dessa natureza, em razão da especificidade do artigo 26 do Código Penal, o qual limita as causas de inimputabilidade a situações de "doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado", faltando, destarte, a premissa psicológica da inimputabilidade. Contudo, sendo o direito brasileiro compatível com a analogia in bonam partem (MOLINA, 2006, p. 859-862), não se poderia descartar uma defesa cultural nesse sentido.

Ainda que não se configure situação de inimputabilidade equiparável à doença mental, diante da específica premissa psicológica desta modalidade de defesa poderia argumentar-se que os padrões culturais do indivíduo impossibilitaram-no de agir de acordo com o direito. Esta impossibilidade dá azo à inexigibilidade de conduta diversa como causa supralegal de exclusão da culpabilidade, o que só seria possível, evidentemente, desde que superada a polêmica sobre a autonomia jurídica dessa exculpante, rechaçada por grandes penalistas, a exemplo de Roxin, para quem é "inadmissível habilitar o juiz com caráter geral para eximir de pena, sem base na lei, com ajuda de uma fórmula vazia de inexigibilidade" (1997, p. 961).

Da mesma forma, a falta de compreensão da ilicitude poderia gerar uma eximente cultural. Nesse caso, a norma de cultura não atuaria como premissa psicológica de inimputabilidade, afetando a capacidade de escolha do agente, mas como fator de erro sobre a ilicitude do fato, em razão de supor o agente, por erro plenamente justificado pelas circunstâncias, estar agindo de acordo com o direito vigente, por ser uma conduta totalmente inocente na cultura de origem. Trata-se, de acordo com Zaffaroni e Pierangeli (1997, p. 646-649), de um erro de compreensão culturalmente condicionado, que nada mais é do que um erro de proibição em virtude de toda a formação e do ambiente cultural do agente, o qual, assim, não tem condições de compreender a ilicitude do fato, o que conduz à absolvição, ou tem uma reduzida compreensão da ilicitude do fato, o que conduz à redução da pena. Nesse caso, uma vez configurado o erro de proibição condicionado por fatores culturais, nada impediria a utilização da causa de exculpação prevista no artigo 21 do Código Penal.

Ademais, além da impossibilidade de compreensão do aspecto normativo do delito, poderia estar presente uma ausência de compreensão dos elementos objetivos, descritivos ou normativos do tipo penal. Se o agente, por exemplo, comercializa folhas de coca por entender que não se trata de droga em razão de uma formação cultural distinta que não considera essa substância como tal, estaria configurada uma situação de erro de tipo, elisiva do dolo, na forma do artigo 20, caput, do Código Penal. A mesma consequência se verificaria com o ato obsceno, cujo conteúdo cultural é difícil de ser compreendido. Possivelmente, algum imigrante em situações específicas careceria de uma compreensão adequada do sentido de tal incriminação. Desse modo, desconhecendo estar praticando um ato considerado obsceno em nossa cultura, esse imigrante estaria sob a influência de um erro excludente da tipicidade penal.

No âmbito da aplicação da pena propriamente dita, caso a influência cultural não seja tão decisiva a ponto de conduzir à absolvição do agente ou por tratar-se de um crime ad elevata offensività (BASILE, 2011), o manejo de alguma forma de mino-

ração da sanção poderia ser buscada na atenuante genérica do artigo 66 do Código Penal. Sem dúvida, a influência da cultura de origem do agente é circunstância relevante apta a implicar na redução de seu apenamento, devido ao menor grau de culpabilidade do agente, o que interfere na reprovabilidade de sua conduta.

Apesar dessa sugestão de lege lata, a qual talvez fosse mais adequada, para que uma aplicação uniforme de eventuais defesas culturais fosse garantida, deveria dispor-se expressamente na lei penal as repercussões na configuração do delito e na aplicação da pena dos condicionamentos culturais. Nesse sentido, a configuração de alguma cultural defense, nos termos indicados por Alison Renteln (2004, p. 185-210), supriria importante lacuna do Direito Penal brasileiro.

Cumprido ressaltar que não se trata de um tema pouco relevante no panorama jurídico nacional, caracterizado por uma crescente diversidade (MONTEIRO et al.). Inúmeros casos (SILVEIRA, 2012) revelados pela imprensa ou apreciados nas instâncias judiciais seriam enriquecidos com uma abordagem culturalista mais aprofundada, bastando indicar as práticas de infanticídio indígena, de sacrifício de animais em rituais religiosos, de uso de substâncias entorpecentes, de rodeios e vaquejadas, entre tantos outros, para ilustrar a sua importância.

## Considerações finais

No âmbito do Direito Penal, o multiculturalismo suscita a questão relacionada aos crimes culturalmente motivados e às eximentes culturais, as quais, tal como ocorre no Direito norte-americano, não estão sistematizadas no sistema jurídico penal pátrio, porém ainda reclamam adequado tratamento jurídico, mercê do princípio da ampla defesa e dos direitos de ordem cultural constitucionalmente consagrados.

Enquanto nos Estados Unidos algumas cortes admitem a utilização de defesas culturais em crimes culturalmente motivados, desde que satisfeita a prova antropológica relacionando a

prática do crime à imposição das normas da cultura de origem do autor do fato, no Brasil ainda pouco se discute doutrinária ou jurisprudencialmente sobre o problema.

No entanto, não há dúvida que, em face da garantia da ampla defesa e dos direitos fundamentais culturais, as eximentes culturais devem receber o devido tratamento em nosso sistema, seja por meio da criação de normas específicas, a exemplo do que ocorre com o Código Penal peruano ou do que sugere a doutrina especializada, seja pelo recurso a descriminantes e exculpantes já existentes, notadamente as relativas a inimputabilidade, erro de proibição, erro de tipo e inexigibilidade de conduta diversa, sem contar, ainda, a possibilidade de utilização da atenuante genérica prevista legalmente para minorar a pena aplicada nas hipóteses de influência menos radicais.

## Referências

ACNUR – UNHCR (1). **Dados sobre refúgio no Brasil**. Disponível em: < <http://www.acnur.org/portugues/recursos/estatisticas/dados-sobre-refugio-no-brasil/>>. Acesso em: 06 jan. 2017.

ACNUR – UNHRC (2). **Declaração de Cartagena de 1984**. Disponível em: < [http://www.acnur.org/fileadmin/scripts/doc.php?file=fileadmin/Documentos/portugues/BD\\_Legal/Instrumentos\\_Internacionais/Declaracao\\_de\\_Cartagena](http://www.acnur.org/fileadmin/scripts/doc.php?file=fileadmin/Documentos/portugues/BD_Legal/Instrumentos_Internacionais/Declaracao_de_Cartagena)>. Acesso em: 16 abr. 2017.

ÁLVAREZ, Vera Cíntia. **Diversidade cultural e livre-comércio: Antagonismo ou oportunidade?** Brasília: UNESCO/IRBr, 2008.

BARRY, Brian. **Culture & Equality**. Cambridge: Harvard University Press, 2001.

BASILE, Fabio. Il diritto penale nelle società multiculturali: I reati culturalmente motivati. **Política Criminal**, v. 6, n. 12, p. 339-386, 2011.

CANTLE, Ted. **Interculturalism: The new era of cohesion and diversity**. London: Palgrave Macmillan, 2012.

CARDUCI, Michele. El multiculturalismo: Entre círculo hegeliano y constitucionalismo de la alteridad". In: CORNACCHIA, Luigi; SÁNCHEZ-OSTIZ, Pablo. (Coord.) **Multiculturalismo y Derecho Penal**. Pamplona: Thomson Reuters/Aranzadi, 2012, p. 83-93.

CARNEVALI, Raúl. El multiculturalismo: Un desafío para el Derecho penal moderno". **Política Criminal**, n. 3, p. 1-28. 2007.

COLAÇO, Thais Luzia. Os 'Novos' Direitos Indígenas. In: WOLKMER, Antonio Carlos; LEITE, José Rubens Morato. (Org.) **Os "Novos" direitos no Brasil: Natureza e perspectivas: Uma visão básica das novas conflituosidades jurídicas**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 99-124.

DIAS, Augusto Silva. O multiculturalismo como ponto de encontro entre Direito, Filosofia e Ciências. In: BELEZA, Teresa Pizarro; CAEIRO, Pedro; PINTO, Frederico de Lacerda Costa. (Org.) **Multiculturalismo e Direito Penal**. Coimbra: Almedina, 2014. p. 15-31.

FERNÁNDEZ, María Elena Torres. Identidad, creencias y orden penal: La eximente cultural. **Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid**, Madri, v. 17, p. 399-449, 2013.

FUENTE, Oscar Peres de la. Delitos culturalmente motivados: Diversidad cultural, Derecho e inmigración. **European Journal of Legal Studies**, v. 5, n. 1, p. 65-95, 2012.

GREENAWALT, Kent. The cultural defense: Reflections in light of the Model Penal Code and the Religious Freedom Restoration Act. **Ohio State Journal of Criminal Law**, v. 6, p. 299-321, 2008.

HÖFFE, Otfried. **Derecho intercultural**. Barcelona: Gedisa, 2008.

HUNTINGTON, Samuel Phillips. **Who are we?** The challenges to America's national identity. New York: Simon & Schuster Paperbacks, 2004.

KIM, Nancy S. The cultural defense and the problem of cultural preemption: A framework for analysis. **New Mexico Law Review**, v. 27, p. 101-139, 1997.

KYMLICKA, Will. **Ciudadania multicultural**: Una teoria liberal de los derechos de las minorias. Barcelona: Paidós, 2016.

LIPPMAN, Matthew. **Contemporary Criminal Law**: Concepts, cases, and controversies. 2. ed. Thousand Oaks: SAGE Publications, 2010.

LOPES, Ana Maria D'Ávila. A proteção constitucional dos direitos fundamentais culturais das minorias sob a perspectiva do multiculturalismo. **Revista de Informação Legislativa**, ano 45, n. 177, p. 19-29, 2008.

MAGLIE, Cristina de. **Los delitos culturalmente motivados**: Ideologías y modelos penales. Madrid: Marcial Pons, 2012.

MOLINA, Antonio Garcia-Pablos. **Introducción al Derecho Penal**. 4. ed. Madrid: Editorial Universitaria Ramós Areces, 2006.

MONTEIRO, Adriana Carneiro et al. **Minorias étnicas, linguísticas e religiosas**. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/dados/cursos/dh/br/pb/dhparaiba/5/minorias.html>>. Acesso em: 04 jun. 2015.

PERU. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. **Código Penal** – Decreto Legislativo n° 635. 1991. Disponível em: < [https://apps.contraloria.gob.pe/unetealcontrol/pdf/07\\_635.pdf](https://apps.contraloria.gob.pe/unetealcontrol/pdf/07_635.pdf)>. Acesso em: 06 jan. 2017.

RENTELN, Alison Dundes. **The cultural defense**. New York: Oxford University Press, 2004.

RENTELN, Alison Dundes. The use and abuse of the cultural defense. **Canadian Journal of Law and Society**, v. 20, n. 1, p. 47-67, 2005.

ROXIN, Claus. **Derecho Penal**. Parte General. Tomo I: Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito. Madrid: Civitas, 1997.

SARMENTO, Daniel. **Dignidade da pessoa humana**: Conteúdo, trajetórias e metodologia. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

SIKORA, Damian W. Differing Cultures, Differing Culpabilities: A Sensible Alternative: Using Cultural Circumstances as a Mitigating Factor in Sentencing. **Ohio State Law Journal**, v. 62. p. 1,695/2,016, 2001.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Aspectos do multiculturalismo e suas implicações no Direito Penal: O caso brasileiro. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 925, p. 205-229, 2012.

WHITE, Leslie; DILLIGHAM, Beth. **O conceito de cultura**. Rio de Janeiro: Contraponto, 2009.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal**: Parte Geral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.



# O NEOCONSTITUCIONALISMO BRASILEIRO E O PROTAGONISMO DO PODER JUDICIÁRIO DIREITOS FUNDAMENTAIS E JURISDIÇÃO – TUTELA À EFETIVAÇÃO DE DIREITOS TRANSINDIVIDUAIS

Erildo Simeão Camargo Lemos Júnior\*

\* Mestrando em Direito pela Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul (FMP). E-mail: erildo79@gmail.com.

## Resumo

O presente artigo pretende apresentar o neoconstitucionalismo. Para isso, conceitos, características e verificação de autores devem ser e serão estudados de maneira sucinta. É importante ressaltar o papel da interpretação jurídica nessa teoria de direito, haja vista que a Constituição prevê princípios, os quais possuem características abertas e demandam do intérprete o emprego de métodos de aplicabilidade e de suas teorias. Destaca-se ainda o protagonismo do Poder Judiciário, termo que salienta uma promoção do Judiciário a um poder moderador dos demais poderes e, com isso, por vezes ocorre a normatização de leis que deveriam ser privativas do Poder Legislativo.

**Palavras-chave:** Direito constitucional. Interpretação constitucional. Neoconstitucionalismo. Pós-constitucionalismo. Protagonismo do judiciário.

## Abstract

This article intends to present the Neoconstitucionalismo. For this, concepts, characteristics and verification of their authors, should and will be studied succinctly. It is important to emphasize the role of legal interpretation in this theory of law, given that the Constitution provides principles, which have open characteristics and require the interpreter to use methods of applicability and their theories. It is also worth mentioning the role of the Judiciary, a term that highlights a promotion of the Judiciary as a moderating power of the other powers and, with this, sometimes there is a normalization of laws that should be exclusive to the Legislative Branch.

**Keywords:** Constitutional Law, Constitutional Interpretation, Neo-constitutionalism, post-constitutionalism, protagonism of the judiciary.

## Introdução

Desde a Segunda Guerra Mundial, o Direito Brasileiro vem passando por mudanças profundas em sua teoria jurídica e, conseqüentemente, na prática judicial dos tribunais. Uma característica marcante do objeto de estudo do presente trabalho foi a promulgação da Constituição Federal de 1988 a qual veio a ser um marco na mudança da doutrina jurídica (BARCELLOS, 2005).

Após a Constituição de 1988 ocorreram fenômenos importantes para a doutrina brasileira, dentre eles destacam-se a rejeição ao formalismo e o uso mais frequente de métodos ou estilos mais abertos de raciocínio jurídico, como a ponderação e as teorias da argumentação; a constitucionalização do direito, focando no direito constitucional e nos princípios fundamentais de direito; a retórica do direito e da moral, com a penetração da filosofia nas discussões jurídicas; e a judicialização das relações sociais e da política, dentre outras (WERNECK, 2002, p. 17-42).

O advento do Estado Liberal é a grande característica que representa o Constitucionalismo. O Neoconstitucionalismo é considerado a confirmação e a efetivação dos valores de um Estado Democrático e Social de direito. A separação dos poderes, o governo representativo, as declarações de direitos e o próprio controle de constitucionalidade são algumas características constitucionais de limitação do poder emanadas da Constituição (CRFB, 1988).

Para isso, será apresentado neste artigo o Neoconstitucionalismo e suas peculiares e características, juntamente com a teoria do direito emanada dele, a sua aplicabilidade atual e o protagonismo do Poder Judiciário. Este termo é empregado por alguns autores, como, por exemplo, Daniel Sarmento, para explicar que o Neoconstitucionalismo atribui ao Judiciário um poder superior frente aos outros poderes do Estado, particularmente ao decidir questões sobre as quais ainda não existem leis, visto que a propositura e aprovação de leis deveriam ser de responsabilidade do Poder Legislativo.

Por fim, será analisado o Neoconstitucionalismo nos dias atuais e suas repercussões nas decisões judiciais, especialmente em decisões de constitucionalidade ou inconstitucionalidade de leis e sua eficácia expansiva que, por vezes, transpassa seu poder emanado da Carta Magna, avançando seu papel constitucional e invadindo a esfera de atribuições de outro Poder, particularmente o Legislativo.

## Desenvolvimento

### Conceitos e características do neoconstitucionalismo

Inicialmente, cabe destacar que não há um conceito definido sobre o que é o Neoconstitucionalismo, tampouco existe uma uniformidade na doutrina sobre o próprio nome. Conforme Streck, “a adoção do nome *júris* ‘neoconstitucionalismo’ certamente é motivo de ambigüidades teóricas e até de mal entendidos” (2011, p. 11).

A terminologia Neoconstitucionalismo, segundo Siqueira Júnior (2015, p. 119), significa o conjunto de transformações surgidas após a Segunda Guerra Mundial, as quais empregam a aplicação normativa, o estudo, a interpretação e a dinâmica, com reflexos na compreensão do sistema jurídico, culminando em um novo paradigma jurídico.

Chamado também de novo constitucionalismo ou constitucionalismo contemporâneo, esta é uma postura jusfilosófica que defende a inexistência de uma distinção entre direito e moral. Esta nova compreensão da Constituição mediante fundamentos filosóficos e teóricos de Direito destaca a sua importância como grande impactadora de todo o sistema jurídico (BARBERIS, 2003, p. 206).

O termo “neoconstitucionalismo” foi usado primeiramente em 2003, na Espanha e na Itália, por Miguel Carbonnel em sua obra “Neoconstitucionalismo.” No Brasil, a promulgação da Constituição Federal de 1988 e o seu respectivo processo

de redemocratização são considerados o marco histórico do novo direito constitucional. Ressalta-se que o termo neoconstitucionalismo não é empregado na doutrina norte-americana, tampouco na alemã. (SIQUEIRA JR, 2012, p. 2).

A Europa possuía, até a Segunda Guerra Mundial, uma cultura jurídica essencialmente legicêntrica, a qual destacava a lei editada pelo parlamento como a principal fonte do Direito. Já as Constituições delineavam somente os contornos do Estado e a proteção dos indivíduos, a aplicabilidade dos normativos constitucionais competia às leis (ZAGREBELSKY, 1992, p. 57). Naquela época, a Constituição era vista apenas como um programa político que deveriam inspirar a atuação do legislador, mas que não deveria ser invocada pelo Judiciário na defesa de direitos (ENTERRÍA, 1985, p. 41).

Década após a Segunda Guerra Mundial, frente às barbáries cometidas pelo nazismo, despertou-se a necessidade de um fortalecimento da jurisdição constitucional, instituindo-se a clara obrigação da introdução de novas ferramentas de proteção dos direitos fundamentais. Assim, a Constituição europeia aproximou-se do modelo americano, tornando-se limitadora e definidora da organização do Estado e prevendo alguns direitos individuais, extremamente similar à Constituição americana. A Constituição europeia eram, antes do segundo pós-guerra, cartas procedimentais deixadas para as decisões das maiorias legislativas (SARMENTO, 2010, p. 2).

O Neoconstitucionalismo surge da nova compreensão da natureza e conteúdo da Constituição, envolvendo fundamentos filosóficos e teóricos do Direito. Essa nova compreensão constitucional destaca a importância do intérprete da lei em saber interpretar o texto, implicando na existência de uma pré-compreensão, de pré-juízos, de adequada interpretação como condição de possibilidade para o acontecer, de uma nova teoria das fontes e de uma nova teoria da norma jurídica, complementando, assim, a superação do positivismo a partir da batalha entre a teoria das fontes, a teoria da norma e a hermenêutica (STRECK, 2005, p. 164).

Pozzolo nos ensina que o neoconstitucionalismo é um termo bem apropriado, originalmente pensado para denominar um determinado modo antijuspositivista de aproximar-se ao Direito. Este termo, talvez, também tenha sido criado devido a uma certa indeterminação ou vagueza que lhe foi atribuído por usos um pouco diversos, já que o termo enfrentou uma difusão rápida e ampla perante os jusfilósofos, particularmente os italianos e espanhóis (POZZOLO, 2006, p. 77-78).

A importância de destacar que o neoconstitucionalismo não é plenamente coincidente com o juspositivismo já que aquele não se apresenta como uma doutrina descritiva, diferentemente do juspositivismo, mas sim como uma reconstrução racional. Assim sendo, o conceito e a compreensão do neoconstitucionalismo surgem da revisão bibliográfica da doutrina (DUARTE, 2006, p. 78).

Nesta nova fase, juntamente com temas como relações de trabalho, economia, família, direitos individuais e políticos, a Constituição inova com direitos sociais de natureza prestacional. Desse modo, com uma interpretação abrangente e extensiva das normas da Constituição pelo Judiciário, surge o fenômeno de constitucionalização da ordem jurídica, o qual é responsável pela ampliação da influência das constituições sobre todo o ordenamento, levando a novas leituras de normas e institutos nos mais variados ramos do Direito (NETO; SARMENTO, 2007, p. 113-148).

As teorias neoconstitucionalistas buscam elaborar novos módulos teóricos, ao invés da subsunção e do silogismo, características do positivismo formalista. Na conclusão da discricionariedade política do intérprete, ao analisar hard cases na vertente do positivismo moderno de Hart e Kelsen, o neoconstitucionalismo discute teorias da argumentação e métodos com fulcro na procura racional e intersubjetivamente controlável de melhor respostas aos hard cases (SARMENTO, 2010, p. 3).

Neste propósito existe uma importância da razão prática no âmbito jurídico, posto que no neoconstitucionalismo não são racionais somente as formas experimentais comprovadas ou deduzido *more geometrico* de premissas gerais, como no posi-

tivismo. Essas podem também ser a argumentação empregada racionalmente na solução de questões práticas que o Direito deve resolver (ALEXY, 2006, p. 177).

Um grande debate moral ocorre na discussão do poder normativo dos princípios, frente à grande carga axiológica empregada, como, por exemplo, a dignidade da pessoa humana, o Estado Democrático de Direito e a igualdade. Este debate entre direito e moral destaca uma das grandes divergências internas do neoconstitucionalismo. Os positivistas, como Luigi Ferrajoli, Riccardo Guastini, Luis Prieto Sanchís e Suzana Pozzolo, não aceitam a existência de ligação necessária entre direito e moral, porém reconhecem que pode haver uma ligação contingente sempre que o poder constituinte originário de valores morais positivos der-lhes poder jurídico (SARMENTO, 2010, p. 4). De outro lado, os não-positivistas Ronald Dworkin, Robert Alexy, Carlos Santiago Nino, entre outros, defendem que a moral e o direito tem conexão necessária, aderindo à tese de Gustav Radbruch, a qual afirma que normas extremamente injustas não tem validade jurídica, mesmo que o ordenamento as aborde (SARMENTO, 2010, p. 4).

De maneira mais didática Luís Roberto Barroso apresenta uma análise referente às transformações do direito constitucional, dividindo-as em três aspectos: histórico, filosófico e teórico (BARROSO, 2005, p.129).

No aspecto histórico, retrata o direito constitucional do pós-guerra na construção das Constituições italiana (1947), portuguesa (1976), espanhola (1978) e brasileira (1988), as quais necessitam uma mudança frente às atrocidades do nazismo alemão, cujas consequências despertaram para todo o mundo a importância e a necessidade de leis fundamentais para coibir qualquer tipo de injustiça (CAMBI, 2006, p. 663).

No aspecto filosófico, há a substituição da hermenêutica perante o dogmatismo legal, devido à aplicação dos princípios jurídicos influenciados pelo pós-positivismo. Barroso explica:

O marco filosófico do novo direito constitucional é o pós-positivismo e o debate acerca de sua caracterização situa-se na confluência das duas grandes correntes de pensa-

mento que oferecem paradigmas opostos para o Direito: o jusnaturalismo e o positivismo. Diametralmente opostos, mas por vezes, singularmente complementares. A quadra atual é assinalada pela superação – ou, talvez, sublimação – dos modelos puros por um conjunto difuso e abrangente de idéias [sic], agrupadas sob o rótulo genérico de pós-positivismo. (BARROSO, 2005, p. 132-133).

No âmbito do aspecto teórico, Barroso nos ensina que o neoconstitucionalismo possui três características peculiares: o reconhecimento da força normativa da Constituição como a mais forte das legislações, garantida no topo da pirâmide de Kelsen; a expansão da jurisdição constitucional; e o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional (BARROSO, 2005, p. 133).

Cabe citar, ainda, que as novas constituições contemporâneas entronizam com prodigalidade os valores morais, interligando o debate acima sobre a moral e o direito. Este debate teórico perde destaque tendo em vista que os próprios neoconstitucionalistas, os quais se afirmam como positivistas, reconhecem que a moral interage e penetra no tecido jurídico, particularmente nos princípios constitucionais. Estes são denominados positivistas inclusivos, dentre os quais podemos citar Herbert L. A. Hart, que destaca este assunto no pós-escrito de sua obra *The Concept of Law*, no qual rebate Ronald Dworkin ao criticar o seu pensamento (SARMENTO, 2010, p. 26).

Uma das características desta concepção neoconstitucionalista é o foco no Poder Judiciário, no qual figura como protagonista o magistrado, tido como responsável pela interpretação e aplicação do direito (SARMENTO, 2010, p. 5). Este é considerado “o guardião das promessas” civilizatórias dos textos constitucionais (termo empregado por GARAPON, 1996).

### **A constituição e a receptividade do neoconstitucionalismo no Brasil**

A Constituição possui a capacidade de ordenar e coordenar a vida política e social da nação por meio de seu poder



normativo, sua superioridade e sua centralidade em influenciar todo o sistema jurídico (SIQUEIRA JR, 2015, p. 4).

O debate jurídico retorna com força para questionar a eficácia normativa da Constituição, que nos dias atuais apresenta forte tendência de superação de uma dogmática constitucional clássica, segundo a qual a Constituição tinha a mera finalidade de repositório de princípios e diretrizes gerais, sem que ocorresse uma incidência normativa concreta. Assim sendo, é importante admitir que compõem a normatividade constitucional as leis infraconstitucionais que visam contemplar e disciplinar questões concretas (MENDONÇA, 2003, p. 282-283).

Nessa fase da doutrina do direito existe uma busca pela vocação normativa da Constituição, porém há de ser excluída a possibilidade da discricionariedade confundir-se com o arbítrio (REIS, 2012, p. 198), especialmente por força de vinculação normativa “imposta pela própria ideia do Estado-de-Direito e pelos seus princípios constitucionais” (NEVES, 1995, p. 539).

A Constituição exerce uma relação de superioridade entre as demais normas do sistema jurídico. Desse modo, Zagrebelski nos ensina que a resposta aos grandes e graves problemas estaria contida na fórmula do Estado constitucional (2007, p. 34).

O Estado Democrático de Direito pressupõe uma Constituição normativa autêntica, com força para disciplinar efetivamente a organização do poder (HESSE, 1991, p. 3). Neste diapasão, a Constituição traz princípios, diretivas e limites para a atuação estatal; assim, a doutrina cultural jurídica reedita os preceitos do jusnaturalismo, recuperando a dimensão axiológica do Direito e enaltecendo a justiça (SIQUEIRA JR, 2015, p. 5).

No espectro brasileiro, a Constituição Federal regulou uma imensa gama de assuntos com o propósito de diminuir o vasto número de questões ao alcance do legislador (SARMENTO, 2010, p. 3). A inclusão na legislação constitucional de diversos princípios vagos, com grande carga axiológica e poder de irradiação, favoreceu a constitucionalização do direito, tanto quanto a revisão de todo o ordenamento jurídico direcionado para a ótica dos valores constitucionais, denominada filtragem constitucional do Direito (SCHIER, 1999, p. 12).

Neste caminho, é relevante apresentar a evolução do Direito Constitucional Brasileiro após a promulgação da Carta de 1988, a qual ocorreu em dois momentos distintos, conforme a divisão realizada por Sarmento (2010, p. 7).

O primeiro momento, chamado de constitucionalismo brasileiro da efetividade, surge logo após a promulgação da Carta Magna de 1988. Nesta fase alguns autores passam a advogar a tese de que a Constituição deveria ser aplicada pelos magistrados, cita-se Barroso (1996) e Clève (1995). O constitucionalismo da efetividade e a incidência direta da Constituição sobre a realidade social, independentemente de qualquer mediação legislativa, contribuiria para tirar do papel as proclamações generosas de direitos contidas na CF/88, promovendo justiça, igualdade e liberdade. Se, até aquele momento, a desconstrução da dogmática jurídica estava em evidência, a doutrina da efetividade defendia o emprego da dogmática de maneira antecipada, por ocasião da concretização da Constituição (SARMENTO, 2010, p. 7-8).

O Segundo momento é a eclosão das teorias do pós-positivismo, apresentadas pela teoria dos princípios de Ronald Dworkin e Robert Alexy, dentre outras. Estas trouxeram debates importantes sobre a eficácia dos direitos fundamentais, a ponderação de interesses e o princípio da proporcionalidade. Naquele momento ressurgiu a ligação entre o direito e a filosofia, no antigo debate entre direito e moral, a partir de uma perspectiva pós-metafísica, como apresentadas por autores como Jürgen Habermas e John Rawls (STRECK, 1999).

A reflexão do conteúdo valorativo constitucional faz-se necessária por trazer-nos uma categoria de normas, os princípios. Alexy (2002, p. 86-87) ensina que os princípios são mandamentos de otimização. Estes são normas que ordenam a realização dos preceitos segundo circunstâncias fáticas e jurídicas. Já as regras são normas que estabelecem a medida exata de sua satisfação. O Direito é composto de princípios que são normas com linguagem subjetiva, pelas quais caberá ao intérprete decidir qual preceito melhor se enquadra ao caso concreto.

A respeito dos princípios, eles constituem o fundamento de validade de todo o sistema normativo infraconstitucional; assim, “o princípio é a regra matriz de um sistema, da qual brotam as demais normas e que dá uniformidade ao conjunto” (FERNANDES, 1999, p. 186). Neste sentido, “é admitido que um determinado ramo de Direito possa ter, além de um princípio geral do sistema, outros princípios que informam seus institutos fundamentais, ou seja, seus vários subsistemas” (FERNANDES, 1999, p. 186).

Hart classifica os princípios baseando-se em duas características que diferem o princípio da norma. Uma está relacionada à questão de grau, os princípios são amplos, gerais ou inespecíficos, no sentido de que “uma série de normas distintas poderia frequentemente ser apontada como manifestações ou exemplos de um único princípio” (HART, 2009, p. 335). A outra característica destacada sobre princípios é que:

por remeterem mais ou menos explicitamente a algum propósito, objetivo, atribuição de direito ou valor, os princípios são considerados, de certo ponto de vista, como algo cuja preservação ou adoção são desejáveis, e, assim, não apenas oferecem uma explicação que os exemplificam como também, no mínimo, contribuem para justificá-las.” (HART, 2009, p.336).

O neoconstitucionalismo como filosofia política redefine o papel dos elementos do Estado em uma sociedade cosmopolita, a qual naturalmente possui orientação para ver o impacto das decisões constitucionais de uma maneira especial. A participação popular é uma particularidade que ainda encontra-se em ascendência cultural constitucional, já trabalhada no sentido de patriotismo ou sentimento constitucional (CATTONI, 2007, p. 136). Habemas afirma que, para as normas serem válidas, todos os afetados por ela devem possuir o direito de consentir como participantes em um discurso racional, assim, os resultados da razão pública são legítimos e razoáveis (RAWLS, HABEMAS, 1998, p. 29). Este debate da filosofia política do neoconstitucionalismo engloba elementos de Estado, da crise de representatividade,

de blocos continentais e de multiculturalismo, dentre outros (CATTONI, 2007, p. 136).

Por fim, as grandes mudanças causadas pelo neoconstitucionalismo, desde 2003, com Miguel Carbonell, atestam que existe um consenso na definição das características centrais do novo paradigma, como, por exemplo, a valorização dos princípios e a adoção de métodos ou estilos mais abertos e flexíveis na hermenêutica jurídica, destacando a ponderação, a abertura da argumentação jurídica à moral e o papel de destaque do Judiciário na agenda de implementação dos valores da Constituição (SARMENTO, 2010, p. 9).

### **O protagonismo do poder judiciário do neoconstitucionalismo**

O neoconstitucionalismo apresenta como uma de suas características peculiares o foco no Poder Judiciário, como já apresentado no presente artigo. Neste diapasão, o caráter democrático do sistema, mediante atuação judicial, está assegurado, conforme retratado por Zaffaroni: “uma instituição não é democrática unicamente porque não provenha eleição popular, porque nem tudo o que provém desta origem é necessariamente democrático”. Para o autor uma instituição democrática é aquela funcional para o sistema democrático: “quando seja necessária para a continuidade, como ocorre com o judiciário” (ZAFFARONI, 1995, p. 43).

Neste sentido, o depósito de enormes expectativas na concretização dos princípios e ideais presentes na Constituição causa, por vezes, contestações e críticas pelo seu suposto caráter antidemocrático, haja vista que juízes e desembargadores, integrantes e aplicadores do Poder Judiciário, não são eleitos pelo povo, diferentemente dos parlamentares e chefes do Poder Executivo (SARMENTO, 2010, p. 9). Estas críticas advêm do fato de que em uma democracia é fundamental que as decisões políticas mais importantes sejam tomadas pelo povo, ou por seus representantes, e não por “tecnocratas de toga” (DAHL, 1997, p. 97).

A interpretação no neoconstitucionalismo possui um significado ainda mais abrangente, porque toda decisão legislativa ou judicial está pré-regulada por uma norma constitucional ou infraconstitucional e porque toda a produção de leis é aberta ao controle de constitucionalidade. Assim, ao aplicar determinado princípio tipificado constitucionalmente e ao interpretá-lo em um caso concreto, estará caracterizada a interpretação direta. Já a interpretação indireta pode ocorrer, conforme Moreira, em dois momentos: o primeiro, “por um juízo negativo sempre presente, que ocorre quando não se faz menção a uma inconstitucionalidade, o que significa que o dispositivo legal que fundamenta a decisão passou por um juízo negativo com sucesso”, não sendo considerado incompatível com a Constituição (MOREIRA, 2015, p.5); O segundo momento é indiretamente a interpretação constitucional por um juízo finalístico, visto que toda decisão deve ser embasada na Constituição. Por isso, destes três exercícios hermenêuticos (direto, indireto negativo e indireto finalístico) conclui-se que “toda a interpretação jurídica é antes de tudo uma interpretação constitucional” (MOREIRA, 2015, p.5).

Retornando ao debate, o cerne está no reconhecimento de que os juízes, intérpretes das leis, diante da vagueza e da abertura das normas constitucionais, estariam participando do processo de criação dessas leis. Este poder avocado pelos magistrados permite aplicar suas preferências valorativas e políticas, sendo que deveriam aplicar corretamente as do legislador. Por este motivo, diversas correntes ao longo da história rejeitaram a jurisdição constitucional, ou o ativismo judicial empregado, passando por revolucionários franceses (FIORAVANTI, 2001) como Carl Schmitt (1983), na República de Weimar, e chegando ao constitucionalismo popular norte-americano dos dias atuais.

O constitucionalismo popular é uma corrente norte-americana que nega a legitimidade democrática do controle de constitucionalidade, acreditando que cabe ao povo, e não aos juízes, o poder de definir o sentido das cláusulas abertas no texto constitucional (SARMENTO, 2010, p. 12). Destarte, a hermenêutica constitucional é o campo de estudo da tarefa da interpretação por natureza. Esta mudança com a abertura cons-

titucional modificou sua interpretação, a qual antes somente era cabível quando o texto constitucional não estivesse claro; ademais, agora a tarefa de interpretação equivale à aplicação do direito (GADAMER, 2002, p. 406).

O processo de concretização do texto constitucional, na visão filosófica, nada mais é do que o fechamento do círculo hermenêutico, e não de indeterminação como se fazia crer. Desse modo, a concretização da norma constitucional deve ser entendida como finalidade da atividade interpretativa melhor explorada no neoconstitucionalismo (CANOTILHO, 1998, p. 1221).

Barroso entende que a interpretação que tenha como parâmetro a Constituição é uma interpretação constitucional; portanto, ao excluírem interpretações de um dispositivo, a Constituição é a verdadeira fonte de valoração (MOREIRA, 2015, p. 7).

O grande questionamento é que existe uma grande discussão no neoconstitucionalismo entre o Poder Judiciário e o Poder Legislativo devido ao ativismo judicial. Por vezes, esta é necessária, particularmente quanto à tutela de direitos fundamentais, à proteção de minorias e à garantia da democracia, mas deve ser reconhecido que existe a falta de expertise do Poder Judiciário em áreas específicas, como por exemplo economia, políticas públicas e regulação.

Neste diapasão nos ensina Ávila que “o âmbito de controle pelo Judiciário deverá ser tanto menor quanto mais difícil e técnico for o juízo exigido para o tratamento da matéria” (ÁVILA, 2004, p. 188). O critério metodológico da discricionariedade influencia os cânones da interpretação e a aplicação do direito, seja pela contumácia de requisitos objetivos, pelos conceitos legais ou por comportamentos jurídicos, segmentando ora o espectro de decisões fungíveis, ora o esquema de soluções apodíticas (NEVES, 1995, p.198).

Sarmento destaca que “vejo com reticências a sedimentação, na nossa cultura jurídica, da visão de que o grande – senão o único – intérprete da Constituição seria o Poder Judiciário” (SARMENTO, 2010, p. 14). Neste sentido, tende-se a não aceitar a possibilidade de “diálogos construtivos interinstitucionais” entre

diversos órgãos estatais com o propósito de definir uma melhor interpretação dos ditames constitucionais, assim como ocorre no cenário anglo-saxão, sobre o qual diversos autores demonstram as vantagens desse processo (SARMENTO, 2010, p. 14).

O Supremo Tribunal Federal apresentou um julgamento que trata do assunto em estudo como um belo exemplo a ser apresentado. Trata-se do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nr 3510/DF a qual questiona sobre a constitucionalidade de pesquisas em células-tronco embrionárias. O ministro Luis Roberto Barroso, que defendia um dos amici curiae favoráveis às pesquisas, declarou que “o Judiciário deve adotar uma posição cautelosa, baseando-se no consenso obtido no Legislativo (Senado e Câmara dos Deputados)”, porém os demais ministros do Supremo Tribunal Federal não acompanharam o ministro Barroso e defenderam a imposição de novas normas pelo STF na área do Biodireito. Essa decisão culminou com o objeto do estudo do artigo, caracterizando-se assim pela notória elaboração de uma norma pelo Poder Judiciário (BARROSO, 2008).

Destaca-se a importância da segurança jurídica e da uniformização das decisões pelo ensinamento de Reis (2008, p. 5), que retrata que “a necessidade de distinção está fundamentada no fato de que a interpretação orientada pela Constituição prescinde dos mecanismos processuais de uniformização de jurisprudência”, e que “sua precedência hermenêutica de cariz concretizador ou aplicativo apenas resulta suscetível de harmonia e congruência diante de uma cultura judicial precedentalista, e não de uma política generalizante com atributo vinculante”. Neste sentido, ao destacar a Súmula n. 10 do STF que

carrega consigo, ao revés, uma cultura positivista de alcançar às normas jurídicas significados ou sentidos unívocos, cuja construção hermenêutica – embora fundamentada na Constituição – implica inerente descumprimento ao subjacente – e invencível – teto ou à teleologia semântica do texto, e, portando faz presumir, assim, o seu reclamo de inconstitucionalidade. (REIS, 2008, p.5).

Atualmente, no Brasil, o neoconstitucionalismo visa reabilitar a racionalidade prática no âmbito jurídico com as teorias da argumentação, as quais denotam aos intérpretes e juízes a fundamentação correta de suas decisões. Contudo, os juízes recepcionaram parcialmente as teorias jurídicas de corte pós-positivista, e a valorização dos princípios e da ponderação não vem sendo acompanhada do devido cuidado nas justificações das decisões (SARMENTO, 2010, p. 15).

Este quadro problemático do sistema jurídico funcional, no que tange a reabilitação da racionalidade prática, estável e harmônica com os valores do Estado Democrático de Direito, necessita obrigatoriamente da aplicação de regras e também de princípios (CANOTILHO, 1998, p. 1036). Em vista disso, tanto as regras como os princípios são fundamentais para o Direito. As regras, porque são indispensáveis e geram previsibilidade e segurança jurídica. Devido às suas características fechadas, geram, pois, menos erros de incidência. Já os princípios são essenciais na ordem jurídica por possuírem conotação aberta; dão mais plasticidade ao Direito, característica tão importante em uma sociedade complexa (SARMENTO, 2010, p. 16).

Neste sentido, importante destacar, sob a visão de uma “sociologia” da interpretação constitucional, “até que ponto a introdução entre nós” de uma “dogmática fluida” não pode ter como efeito colateral o agravamento de patologias que regem nossas relações sociais (ZAGREBELSKY, 1992, p. 15-19).

O raciocínio de Neves reflete sobre o tema em voga, a partir das categorias da teoria sistêmica de Niklas Luhmann, a qual retrata o Direito como “autopoietico” em uma sociedade moderna hipercomplexa porque estaria em um subsistema social estruturalmente fechado em relação ao meio envolvente, o qual apresentaria de acordo com um código binário próprio, por vezes lícito, por vezes ilícito (LUHMANN, 2004). Assim, esse código seria um tipo de filtro sobre as influências do meio envolvente sobre o Direito, confirmando a autonomia jurídica sobre os demais subsistemas sociais, como a política, a religião e a economia, dentre outras. Neste ponto, Neves sustenta que “em sociedades periféricas, como o Brasil, não se desenvolveu ple-

namente este fechamento estrutural do Direito” (NEVES, 1994, p. 31-32).

Por derradeiro, a interpretação constitucional possui três significados no neoconstitucionalismo, conforme Moreira (2008). O primeiro significado é literal, que aplica a interpretação das leis conforme a Constituição. O segundo sentido é o da interpretação, conforme está presente em mais de uma hipótese interpretativa, assim, cabe ao tribunal competente julgar qual das hipóteses se enquadra ao texto constitucional; sentido este mais característico do sistema brasileiro. O terceiro sentido é o da interpretação conforme a Constituição que é verificado no caso concreto, quando excepcionalmente os efeitos da regra são retirados por uma situação excepcional não prevista, sendo denominado de derrotabilidade da norma-regra, “que funciona como uma propriedade disposicional que aparece no neoconstitucionalismo (MOREIRA, 2008, p.7-8). Por isto esse é um dos aspectos positivos que o neoconstitucionalismo sustenta, visto que afasta as exceções e ataca a ponderação.

## Conclusão

O Neoconstitucionalismo, como uma teoria do direito, é bem caracterizado no presente artigo. Este demonstra em seu bojo dificuldades de interpretação e aplicabilidade em casos concretos. A interpretação jurídica afirmou uma visão constitucional em que o intérprete, por vezes, renuncia à neutralidade em prol de uma atitude que consagra o Estado Democrático de Direito, pois exige meios de controle constitucional. Este meio é praticado pelo Poder Judiciário e particularmente pelo Supremo Tribunal Federal, o qual é conceituado como o guardião da Constituição.

A interpretação do neoconstitucionalismo demonstra a capacidade que deve possuir o intérprete para, com sua experiência, princípios contundentes, pré-conceitos e distanciamento do positivismo jurídico de mero aplicador da lei, deve aplicar ao caso concreto tal interpretação, devendo estar dentro da mol-

dura desejada pelos princípios, normas e regras tipificadas na Constituição.

É fato que, por vezes, o Poder Judiciário extrapola sua prerrogativa constitucional ao interpretar leis, pois quem interpreta também participa do processo de criação dessa. Esta designação de poder constituinte permanente conferido aos juízes, pois interpretam de sua maneira a Constituição, deveria ser fruto de trabalho do Poder Legislativo. O protagonismo do Poder Judiciário tem se demonstrado, ao longo dos tempos, prejudicial para com o Poder Legislativo e também para com o povo, criando um embate entre poderes extremamente prejudicial para a democracia.

Os embates com o intuito de subvalorizar a aplicação dos princípios não devem prosperar. A derrotabilidade é o conceito-chave prático e impõe uma análise das críticas dirigidas em prol de uma teoria pró-princípios. A interpretação da Constituição confirma a evidência dos intérpretes em interpretar a Carta Magna, afastando o positivismo jurídico e o jusnaturalismo.

Por derradeiro, a teoria do direito neoconstitucionalista necessita que o Poder Judiciário entenda que deve colaborar, o que ocorre em determinados julgamentos, devendo encaminhar ao Legislativo as propostas surgidas dos embates jurídicos ou das mudanças interpretativas de leis.

## Referências

- ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- ALEXY, Robert. **Derecho y Razón Práctica**. México: Distribuciones Fontamara, 2006.
- ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.
- ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**. 4. ed. 2004.



BARCELLOS, Ana Paula de. **Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito. O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. **Revista de Direito Administrativo**, v. 240, p. 1-42, abr.-jun. 2005.

BARROSO, LUÍS ROBERTO. A fé na ciência: constitucionalidade e legitimidade das pesquisas com células-tronco embrionárias. 2008.

BARROSO, Luís Roberto. A fé na ciência: constitucionalidade e legitimidade das pesquisas com células-tronco embrionárias. In: MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; DO VALE, André Rufino. **A jurisprudência do STF nos 20 anos da Constituição**, São Paulo: Saraiva, 2010, p. 220-232.

BARROSO, Luís Roberto. **O Direito constitucional e a efetividade de suas normas**: limites e possibilidades da constituição brasileira. Rio de Janeiro: Renovar, 1996.

CAMBI, EDUARDO. Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo. In: FUX, Luiz; NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coords.). **Processo e Constituição: estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira**. São Paulo: Ed. RT, 2006.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 1998.

CARBONELL, Miguel. **Neoconstitucionalismo**. Madrid: Trotta, 2003.

CATTONI, Marcelo. **Direito, política e filosofia**. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. A teoria constitucional e o direito alternativo: para uma dogmática constitucional emancipatória. In: **Uma vida dedicada ao direito**: homenagem a Carlos Henrique de Carvalho, o editor dos juristas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 34-53

DAHL, Robert A. **Sobre a democracia**. Brasília: UNB, 2001.

DUARTE, Écio Oto Ramos; POZZOLO, Susanna. **Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico**: as faces da teoria do direito em tempos de interpretação moral da constituição. São Paulo: Landy, 2006.

DWORKIN, Ronald. **Is Law a Sitem of Rules**. Oxford: Oxford University Press. 1971.

ENTERRÍA, Eduardo García de. **La Constitución como norma y el tribunal constitucional**. 3. ed. Madrid: Civitas, 1985.

ENTERRÍA, Eduardo García de. **La Constitución como norma y el tribunal constitucional**. 4. ed. Madrid: Civitas, 2006.

FERNANDES, Antonio Scarance. Princípios e garantias processuais penais em 10 anos de Constituição Federal. In: MORAES, Alexandre de (Coord.). **Os 10 anos da Constituição Federal**: temas diversos. São Paulo: Atlas, 1999.

FIORAVANTI, Marizio. **Constitución**: de la antigüedad a nuestros días. Madrid: Trota, 2001.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método II**: Complementos e índice. Petrópolis: Editora Vozes, 2002.

GARAPON, Antoine. **Le Gardiende Promesses**: Le juge et la démocratie. Paris: Odile Jacob, 1996.

HART, Herbert L. A. **O conceito de direito**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 1991.

LUHMAN, Niklas. **Do sistema social à sociologia jurídica**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004.

MENDONÇA, Paulo Roberto Soares. **Dicionário de Filosofia do Direito**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

MOREIRA, Eduardo Ribeiro. Neoconstitucionalismo e teoria da interpretação. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, v. 63, p. 64-80, abr.-jun. 2008.

NEVES, Antônio Castanheira. O problema da discricionariedade. In: NEVES, Antônio Castanheira. **Digesta**: Escritos acerca do

Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e Outros, v. 1. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

NEVES, Marcelo. **A Constitucionalização simbólica**. São Paulo: Acadêmica, 1994.

RAWLS, John; HABEMAS, Jürgen. **Debates sobre el liberalismo político**. Barcelona: Paidós, 1998.

REIS, Mauricio Martins. Das interfaces não miméticas entre o controle difuso e a fiscalização concreta de constitucionalidade. **Observatório da Jurisdição Constitucional**, Brasília, ano 2, jul. 2008.

REIS, Mauricio Martins. Discricionariedade e Interpretação Jurídica. **Revista Brasileira de Direito**, v. 8, n. 2, p. 197-206, jul-dez 2012.

SARMENTO, Daniel. **O Neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

SCHIER, Paulo Ricardo. **Filtragem constitucional**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999.

SCHMITT, Carl. **La Defensa de la Constitución**. Madrid: Tecnos, 1983.

SIQUEIRA JR, Paulo Hamilton. Neoconstitucionalismo. **Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional. Vol. 7. DTR\2015\10972**.

**Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo**, São Paulo, v. 15, n. 29, p. 161-185, 2012.

STRECK, Lenio Luiz. A hermenêutica filosófica e as possibilidades de superação do positivismo pelo neoconstitucionalismo. In: CALLEGARI, André Luís; STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo. (Orgs.). **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica**. Anuário do Programa de pós-graduação em Direito da Unisinos: mestrado e doutorado. n. 8. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: Uma exploração hermenêutica da construção do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 1999.

VIANNA, Luiz Werneck; CARVALHO, Maria Alice Rezende; MELO, Manuel Palácios Cunha; BURGOS, Marcelo Baumam. **A Judicialização da Política e as relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

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

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil: ley, derechos, justicia**. 7. Ed. Madrid: Trotta, 2007.

ZAGREBELSKY, GUSTAVO. *Il Diritto Mite*. Torino: Einaudi, 1992.

WERNECK, LUIZ. *A Democracia e os três poderes no Brasil*. Belo Horizonte: UFMG, 2002.

# O TRATAMENTO JURÍDICO DOS CRIMES DE ÓDIO NO BRASIL

Mario Ederich Filho\*

\* Mestrando em Direito pela Fundação Escola Superior do Ministério Público – FMP. Advogado e Analista Técnico de Registro do Comércio da Junta Comercial do Rio Grande do Sul. Especialista em Direito Empresarial e Societário pela FMP. Especialista em Direito Público pela FMP.

## Resumo

O presente artigo apresenta os conceitos de crime, sob a perspectiva jurídico-legal, sob o prisma do fato social, em razão do conflito cultural entre classes dominantes e os grupos de desfavorecidos e a visão do crime decomposto em perspectivas legal, moral, social e humanista. Explica a origem da expressão crimes de ódio e os exemplos históricos mundiais. Esclarece os conceitos de racismo, etnocentrismo, xenofobia e homofobia, identificando o fenômeno comum do preconceito. Apresenta o tratamento jurídico do Brasil aos Crimes de Ódio, na Constituição Federal, nos tratados internacionais e na legislação infraconstitucional, assim como a interpretação constitucional atribuída pelo STF.

**Palavras-chave:** Crimes de Ódio. Racismo. Etnocentrismo. Xenofobia. Homofobia. Preconceito no Brasil. Discriminação no Brasil. Legislação brasileira sobre crimes de ódio.

## Abstract

This article presents the concepts of crime, from a juridical-legal perspective, from the social fact, due to the cultural conflict between the ruling classes and the groups of the disadvantaged and the view of the crime decomposed in legal, moral, social and humanist. It explains the origin of the expression hate crimes and world historical examples. It clarifies the concepts of racism, ethnocentrism, xenophobia and homophobia by identifying the common phenomenon of prejudice. It presents Brazil's legal treatment of hate crimes, the Federal Constitution, international treaties and infraconstitutional legislation, and the constitutional interpretation attributed by the Supreme Court.

**Key-words:** Hate Crimes. Racism. Ethnocentrism. Xenophobia. Homophobia. Prejudice in Brazil. Discrimination in Brazil. Brazilian legislation on hate crimes.

## Considerações iniciais

O presente artigo tem como objetivo apresentar o problema dos crimes de ódio, as formas de manifestação do preconceito e o seu tratamento jurídico no ordenamento brasileiro.

A apresentação dos crimes de ódio deve ser precedida da análise do conceito de crime, já que diversas condutas são criminalizadas em determinadas sociedades, porém, são permitidas em outras. O conceito de crime é trabalhado em diversas perspectivas, sendo elaborada a análise no plano jurídico-legal, e observada a dimensão cultural referente às diferenças e ao conflito de culturas existentes e o fato social proposto por Durkheim.

Apontar-se-á o recente surgimento da expressão crimes de ódio e a existência desses crimes na história mundial, bem como, a utilização de bias crimes ao invés de hate crimes, já que esses crimes são decorrentes da existência de um preconceito do autor do fato, que, ao agredir a vítima, não a individualiza e sim a representa como sendo membro de determinado grupo.

Algumas considerações sobre a legislação sobre crimes de ódio nos Estados Unidos da América e no Reino Unido serão abordadas, demonstrando a necessidade de cada país ter a sua legislação de acordo com o contexto histórico e cultural que vivem.

Pretende-se, ainda, esclarecer alguns conceitos sobre racismo, etnocentrismo, xenofobia e homofobia, os quais representam o preconceito por determinado grupo, reunindo as condições para cometimento de crimes de ódio.

Apresentar-se-á o tratamento jurídico à matéria, indicando a previsão constitucional e a assinatura de tratados internacionais que pretendem eliminar todas as formas de discriminação. Do mesmo modo que expor-se-á o ordenamento infraconstitucional brasileiro, demonstrando a preocupação do legislador para a proteção de determinados grupos e a omissão para a proteção de outro, abordando também como é o tratamento legislativo a manifestações e condutas discriminatórias.

## Do conceito de crime aos crimes de ódio

Para a compreensão dos crimes de ódio é necessário o estudo do conceito de crime, sendo que o que o define varia de cultura para cultura, conforme a permissão e a proibição de determinadas condutas pelo ordenamento jurídico. Para uma melhor definição, classifica-se o conceito de crime de acordo com sua definição jurídico-legal, em razão das diferenças culturais, pelo fato social, a existência de conflito cultural e o comportamento antissocial.

Dentro da definição jurídico-legal, devem-se vislumbrar alguns conceitos desenvolvidos por Paul W. Tappan (1947), nos quais o crime depende de uma conduta que viole o direito penal, compreendido o direito positivo e a jurisprudência, e o Estado penaliza como um crime ou delito essa conduta. Nesse caminho, somente pode ser considerado infrator aquele que for julgado por um tribunal, respeitando a lei processual.

Avançando sobre a perspectiva jurídico-legal do conceito de crime, Émile Durkheim, em estudo sobre o que seria o objeto da sociologia, definiu os fatos sociais. Segundo o autor, o “fato social é toda a maneira de fazer, fixada ou não, suscetível de exercer sobre o indivíduo uma coerção exterior: ou então, que é geral no âmbito de uma dada sociedade tendo, ao mesmo tempo, uma existência própria, independente das suas manifestações individuais” (DURKHEIM, 2007, p. 40).

Ao tratar sobre a definição de Durkheim, Almeida analisa que

a definição por ele apresentada prende-se com o consenso social, do seu ponto de vista a pena é uma reação exercida pela sociedade sobre aqueles que infringem certas normas de conduta. No fundo, um ato criminoso é aquele que ofende e coloca em causa os estados e os valores da consciência coletiva – o crime é uma transgressão ao que a consciência coletiva define como sendo certo ou errado, tornando o seu ato um comportamento anti-social [sic]. (ALMEIDA, 2013).

A definição jurídico-legal de crime não esclarece o motivo da escolha de determinadas condutas serem consideradas cri-



mes, já que, dependendo da sociedade, determinadas ações são permitidas ou toleradas. Essas definições explicam a tolerância de determinadas sociedades com a violência contra minorias ou também a preponderância de determinados indivíduos representados por uma classe, inclusive, legitimando a violência, física, moral ou emocional de uns para com os outros.

Nesse contexto, deve ser analisado conceito de crime de Thorsten Sellin, que abandonou o conceito jurídico-legal e “definiu o crime como sendo um conflito cultural entre a estrutura normativa dos grupos dominantes e os grupos dos desfavorecidos” (ALMEIDA, 2013).

Almeida, utilizando-se da obra de Sandra Walklate, considerou o crime segundo quatro perspectivas, distinguindo-se das cinco perspectivas defendidas por Walklate, já que a autora compreende a perspectiva moral e social como um único aspecto.

Segundo o autor, seguindo uma definição legal, crime é aquele comportamento que é proibido pelo código criminal, o código penal; numa perspectiva moral e social é o comportamento que ofende e viola as normas da consciência coletiva, sendo, por isso, merecedor de punição; do ponto de vista humanista, crime é o comportamento de indivíduos, instituições ou Estados que põe em causa os direitos humanos básicos. Por último, o construcionismo social, visiona o crime como sendo um comportamento que é definido como crime pelos agentes e atividades dos detentores de poder. (ALMEIDA, 2013).

A síntese realizada acima demonstra a existência do crime em diferentes perspectivas, sendo necessário ressaltar que, para a definição dos crimes de ódio, deve ser visto que a conduta não é dirigida somente a um indivíduo e sim ao que ele representa. Por isso, são importantes as lições de Almeida:

A noção de crime de ódio surgiu apenas em 1980, nos EUA, referindo-se a uma conduta ou comportamento proibido por lei. Trata-se de um comportamento em que o agressor determina as suas vítimas consoante os seus preconceitos, pois as suas ações são, sempre, ou quase sempre, motivadas por um preconceito geral, não se dirige a um indivíduo,

mas sim a um grupo que possui as características da vítima. (ALMEIDA, 2013).

Apesar da difusão da ideia de crime de ódio ter iniciado na década de 1980, há diversos exemplos de crimes de ódio dirigidos a raças, etnias, religiões, gênero e sexualidade na história mundial. Existe o exemplo do Holocausto, durante o qual a Alemanha nazista, na Segunda Guerra Mundial, perseguiu, torturou e matou milhões de judeus, negros, ciganos e deficientes físicos e mentais.

Diversos autores preferem a expressão Bias Crimes ao invés de Hate Crimes, ou seja, priorizam os crimes de preconceito ou inclinação a crimes de ódio, já que a ideia de ódio seria uma sugestão de uma agressão a um indivíduo e não a um grupo, mesmo que o ódio seja uma característica invariável e indistinta desse grupo.

#### Segundo Frederick M. Lawrence

Bias crimes are the criminal manifestation of prejudice. They may be distinguished from parallel crimes – crimes that are similar in all manner but for the absence of bias-motivation – in terms of the mental state of the actor as well as the nature of the harm caused. A parallel crime may be motivated by any one of a number of factors whereas bias crimes are motivated by a specific, personal and group-based reason: the victim’s real or perceived membership in a particular group. Different bias crime laws cover different Groups. In the United States, every bias crime law covers race and ethnicity in some form. Many also include religion, some sexual orientation, gender or other characteristics. (LAWRENCE, 2002).

De acordo com Lawrence, os crimes de ódio são a manifestação do preconceito cometido em razão da vítima pertencer a um grupo particular. Nos EUA, por exemplo, existem leis protegendo a raça, a etnia, mas também podem incluir religião, orientação sexual, sexo ou outras características. (LAWRENCE, 2002) A importância do tratamento jurídico aos crimes de ódio é resultado do efeito causado não somente às vítimas dos grupos atingidos e visados, mas também ao grupo ao qual pertencem, possuindo efeitos psicológicos superiores aos cometidos por ou-

tros crimes não motivados pelo ódio e preconceito (LAWRENCE, 2002). O dano ultrapassa as vítimas do grupo que pertencem, afetando os valores da sociedade como a igualdade e a harmonia entre os grupos, concluindo Lawrence:

Finally, the impact of bias crimes may spread well beyond the immediate victims and the target community to the general society. Such crimes violate not only society's general concern for the security of its members and their property but also the shared value of equality among its citizens and racial, religious or other Group harmony in a multicultural society. (LAWRENCE, 2002).

A escolha das categorias para incluir em determinada legislação sobre os crimes de ódio depende do contexto histórico e social de cada sociedade, já que esses baseiam-se nos valores que são considerados importantes para esta. Assim, a escolha de determinados grupos deve ser pautada pelas linhas de fissura de uma sociedade causadas pela história social de uma cultura.

Ocorre que a escolha de determinados grupos minoritários para a proteção de uma legislação de crimes de ódio deve ser realizada pelo Poder legislativo. Nos EUA existe um grande dilema referente à discriminação racial, resultado da escravidão. No Reino Unido, há uma história muito forte de discriminação racial e étnica, já que houve diversos episódios de violência contra o "outro", como o massacre dos judeus em Londres e em York, depois da coroação de Richard I, em 1189, sendo esses expulsos da Inglaterra em 1290 (LAWRENCE, 2002).

No Reino Unido há a presença de pessoas negras desde o século XVI, no entanto, no século XX, diversas pessoas de minorias étnicas passaram a viver na Grã-Bretanha, oriundas das colônias e ex-colônias britânicas, e causando muitos conflitos raciais sem que houvesse uma preocupação do sistema legal britânico (LAWRENCE, 2002).

Em razão disso foi editada a primeira lei britânica que proibia o incitamento ao ódio racial, o Act 1965, que criminalizou a conduta. Essa lei foi revista pelo Act 1986, no qual houve a definição do ódio racial, que seria o ódio contra determinado grupo

de pessoas em razão de cor, raça, nacionalidade, origens étnicas ou nacionais (LAWRENCE, 2002).

Nessa legislação que trata sobre o incitamento ao ódio racial não houve menção aos crimes resultantes de ódio racial, sendo esta considerada uma omissão proposital, já que não havia o apoio do governo. Em 1998, houve um agravamento da pena de determinados crimes quando motivados por ódio racial (LAWRENCE, 2002).

Existe uma dificuldade de uma produção legislativa que trate sobre os crimes de ódio, talvez pelo próprio preconceito da sociedade refletida nos membros do Poder legislativo em todos os lugares do mundo. Todavia, no caso brasileiro, temos membros que se dizem representantes de determinadas religiões e continua-se negando a existência de racismo, existindo duras críticas ao sistema de cotas para negros, além de indígenas e deficientes físicos, porém, não há explicação para a ausência de inserção social dos negros, já que esses representam mais da metade da população brasileira.

Lawrence (2002), ao analisar as lições da Grã-Bretanha referente aos crimes de ódio, afirma que o ato de legislar reflete uma condenação social do racismo, da intolerância religiosa e de demais tipos de intolerância, reconhecendo uma consciência formal do papel desses grupos na sociedade. E quando não há esse reconhecimento pelo legislador? A explicação de Lawrence é importante para o delineamento dessa matéria, o autor afirma que:

The message is that Group harmony and equality are not among the highest values held by the community. Perhaps more accurately, the message suggests a lack of formal awareness of the status and role of ethnic, racial or other Groups in the society. Simply put, it is impossible for the punishment choices made by the society not to express societal values. (LAWRENCE, 2002).

Lawrence reconhece que a punição do ódio não acaba com o ódio na sociedade, mas defende que, apesar da incapacidade de resolver o problema, não deve dissuadir de lidar com as peças do problema. Exemplifica com o caso das leis penais so-

bre violência doméstica e estupro, as quais não são suficientes para reprimir aspectos do sexismo, sexo e desigualdade de gênero, mas são ferramentas que possuem papel significativo na sociedade.

## Origem do ódio: racismo, etnocentrismo, xenofobia e homofobia

Ao escrever sobre crimes de ódio ou crimes originados pelo preconceito é necessário revisitar alguns conceitos que remetem a esses crimes, como racismo, homofobia, xenofobia e etnocentrismo. Tais expressões denotam as características do grupo visado pelo agressor ou infrator. O objetivo do agressor não é somente atingir a vítima e sim o que ela representa. Assim, passamos a diferenciar as expressões que denotam o preconceito, distinguindo uma da outra em razão do preconceito.

O racismo recai sobre as condições fenotípicas do indivíduo, assentando o seu preconceito em uma ideia de raça, dividindo a humanidade em raças e considerando uma delas superior às outras. Uma vertente psicológica do racismo afirma que o preconceito reflete-se em uma atitude negativa em razão do grupo ao qual pertence a vítima, seja em razão da raça, etnicidade, religião ou orientação sexual (ALMEIDA, 2013).

Almeida cita algumas teorias que visam a explicação da inexistência de raças, sendo independentes das que entendem a origem das raças, poligenistas ou monogenistas, estes defendem a visão das raças de forma hierarquizada e desigualitária. Os poligenistas acreditam na existência de diversas origens para o ser humano e os monogenistas acreditam em uma única origem, mas em graus de evolução diferenciados.

O Supremo Tribunal Federal (STF) ao julgar o Habeas Corpus nº 82.424, manifestou-se quanto ao racismo, denegando ordem que defendia a inexistência de crime de racismo no caso de apologia de ideias preconceituosas e discriminatórias contra

a comunidade judaica, já que segundo o Impetrante os judeus não seriam uma raça (BRASIL, 2004).

O STF se manifestou afirmando que inexistente a subdivisão da raça humana:

Com a definição e o mapeamento do genoma humano, cientificamente não existem distinções entre os homens, seja pela segmentação da pele, formato dos olhos, altura, pêlos ou por quaisquer outras características físicas, visto que todos se qualificam como espécie humana. Não há diferenças biológicas entre os seres humanos. Na essência são todos iguais. (BRASIL, 2004).

Assevera, ainda, que a divisão realizada da espécie humana em raças possui conteúdo simplesmente político-social, motivo do qual se origina a discriminação e o preconceito segregacionista (BRASIL, 2004).

Por outro lado, na análise dos crimes de ódio deve ser incluído um olhar sobre a xenofobia, que é a aversão aos estrangeiros, sendo que a origem etimológica da palavra significa o medo do estranho. Segundo Almeida (2013), “as migrações acabam por ser um dos grandes fatores para a propagação de sentimentos xenófobos, provocados por diferentes vivências culturais”.

O etnocentrismo refere-se à disposição que as pessoas assumem em que as características do próprio grupo são superiores aos de outros grupos. Segundo Rocha,

Etnocentrismo é uma visão do mundo onde o nosso próprio grupo é tomado como centro de tudo e todos os outros são pensados e sentidos através dos nossos valores, nossos modelos, nossas definições do que é a existência. No plano intelectual, pode ser visto como a dificuldade de pensarmos a diferença; no plano afetivo, como sentimentos de estranheza, medo, hostilidade, etc. (ROCHA, 2007, p. 7).

Segundo Almeida (2013), “este sentimento vai aumentando à medida que diferentes grupos culturais vão comunicando e o observador, o outsider é de uma cultura diferente”.

A homofobia refere-se à fobia de homossexuais, fundamentando “na mesma base da xenofobia, desenvolve-se um

sentimento de aversão, hostilidade face àqueles que não são iguais a nós” (ALMEIDA, 2013).

Luis Mott, em estudo realizado sobre a homofobia, coletou os seguintes dados sobre a homoafetividade e os direitos humanos:

Os gays representam 63% dessas vítimas, das quais 31% são travestis e 6% lésbicas. Sempre é bom lembrar que, proporcionalmente, as travestis e transexuais são muito mais vitimizadas do que as lésbicas e gays, pois a população de transgêneros brasileiros oscila entre 10 mil e 20 mil indivíduos, enquanto os gays devem ultrapassar 18 milhões. (MOTT, 2006).

Ao analisar os dados acima, Mott conclui que

Convém insistir num ponto: não se trata esses assassinatos de crimes comuns, fruto de assalto ou bala perdida, nem de “crimes passionais” como as páginas policiais costumam noticiar. São crimes de ódio, em que a condição homossexual da vítima foi determinante no *modus operandi* do agressor. Portanto, “crime homofóbico”, motivado pela ideologia preconceituosa dominante em nossa sociedade machista, que vê e trata o homossexual como presa frágil, efeminado, medroso, incapaz de reagir ou contar com o apoio social quando agredido. Tais crimes são caracterizados por altas doses de manifestação de ódio: muitos golpes, utilização de vários instrumentos mortíferos, tortura prévia. (MOTT, 2006).

Ao pesquisar sobre as diversas manifestações que originam os crimes de ódio, como o racismo, o etnocentrismo, a xenofobia e a homofobia, observamos ainda condutas direcionadas ao ataque de gênero, assim como a agressão de outros grupos vulneráveis, sendo responsáveis por justificar os crimes motivados por ódio e demonstrando a necessidade de uma legislação que proteja esses grupos.

Segundo Salo de Carvalho (2012), os grupos que defendem os homossexuais denominados LGBTs têm os mesmos direitos de reivindicação dos grupos que defendem os direitos das mulheres e dos afrodescendentes. O autor defende que:

Entendo que é fundamental reconhecer a existência de um passivo histórico na cultura ocidental que legitima formas distintas de tutela jurídica destes grupos vulneráveis. Não apenas pela violência interpessoal, fruto da cultura misógina, racista e homofóbica, que se presentifica e se atualiza no cotidiano, mas, sobretudo, pelo fato de terem sido instituídas formalmente políticas de Estado voltadas à eliminação e à segregação destas diferenças - por exemplo, o controle punitivo violento sobre o corpo feminino no Medievo (misoginia de Estado); as políticas escravagistas na época colonial (racismo de Estado); a criminalização e a patologização da homossexualidade na história recente (homofobia de Estado). (CARVALHO, 2012).

Após o cotejo dos conceitos acima, conclui-se que tais comportamentos revelam preconceitos dirigidos a um grupo de pessoas, sendo o estágio inicial para a motivação dos denominados crimes de ódio, razão pela qual também são denominados como crimes de preconceito.

Ocorre que as pessoas escondem determinados tipos de preconceitos, sendo este o motivo pelo qual na sociedade brasileira existe a negação de racismo ou de discriminação. Porém, o preconceito velado que carregam determinam o acesso a de determinados grupos a certas posições na sociedade, refletindo em salários menores e cargos hierárquicos inferiores para negros, homossexuais e mulheres.

Recentemente no Brasil há também a presença de estrangeiros, como os haitianos que começaram a chegar no país a partir de 2010. Existem algumas reportagens jornalísticas que mostram o problema deles se inserirem na sociedade, bem como os problemas referentes a serem vítimas de crimes.

Sobre o preconceito declarado, importantes são as lições Bandeira e Batista:

É comum as pessoas terem algum tipo de preconceito não declarado, porque têm vergonha ou porque têm medo de serem criticadas ou até mesmo excluídas de certos grupos. Isso os leva a disfarçarem o preconceito, justificando racionalmente certos comportamentos que poderiam ser qualificados de discriminatórios. É nesse contexto sombrio que o preconceito discrimina e dá margem a práticas de violência,

pois, seja pela sua onipotência ideológica, seja pela insolência mediática, acaba fomentando relações sociais hostis e violentas. O risco é que o preconceito pode ser suscetível e acabar se voltando contra seu portador, vítima ele/ela próprio/ a do que nele não é digno de humanidade. (BANDEIRA; BATISTA, 2002).

“Os crimes de ódio são baseados em preconceitos que podem estar subjacentes a um grupo ou a uma sociedade” (ALMEIDA, 2013), razão pela qual devem ser protegidos pelo ordenamento jurídico com a coibição de práticas discriminatórias e penalizando determinadas condutas.

Após as considerações sobre os crimes de ódio e de determinados conceitos que mascaram preconceitos, será apresentada a legislação brasileira que trata sobre o tema.

## Tratamento jurídico aos crimes de ódio

Analisar-se-á os dispositivos normativos que autorizam um tratamento ao combate ao preconceito, a descriminalização e a penalização dos crimes motivados por essa ideia.

A Constituição Federal prevê como fundamento da República Federativa do Brasil a dignidade da pessoa humana e tem como objetivo fundamental a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. Como garantia de direito fundamental, esta estabelece a igualdade e determina que a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais, prevendo que a prática de racismo é crime inafiançável e imprescritível.

As garantias constitucionais garantiram diversos instrumentos para o combate ao preconceito e à discriminação, como o acesso a direitos fundamentais aos homossexuais e a constitucionalidade de leis que servem como ferramenta ao combate aos crimes de gênero dirigidos às mulheres. Nesse sentido, Carvalho discorre:

No âmbito dos direitos antidiscriminatórios, tem sido notável o avanço do movimento LGBTs brasileiro nos últimos anos, ampliando significativamente suas conquistas, fato que marca, inclusive, uma ingerência positiva do Judiciário na política. Na ausência de marcos legais regulatórios da igualdade substancial, o movimento LGBTs aportou suas demandas ao Poder judiciário, encontrando um acolhedor espaço de reconhecimento de direitos - por exemplo, o reconhecimento de união estável e, posteriormente, do casamento civil entre pessoas do mesmo sexo, com reflexos nos direitos sucessório e previdenciário; a realização de cirurgias de mudança de sexo para transexuais no sistema público de saúde, a possibilidade de alteração do registro civil para adoção de nome correspondente à identidade de gênero; a adoção de crianças por casais homossexuais e, em decorrência, o direito à licença maternidade. (CARVALHO, 2012).

O STF reconhece o direito fundamental à orientação sexual, fundamentado em princípios que considera fundamentais – dignidade da pessoa humana, liberdade, autodeterminação, igualdade, pluralismo, intimidade, não discriminação e a busca da felicidade – para que fosse reconhecida a união homoafetiva como entidade familiar e razão pela qual estaria privilegiada o sentido da inclusão na própria Carta Constitucional (BRASIL, 2011a).

A Suprema Corte brasileira, ao permitir o casamento civil às pessoas do mesmo sexo, compreendeu a necessidade de um salto normativo da proibição do preconceito para a proclamação da liberdade sexual, já que o uso da sexualidade das pessoas estaria tutelado pelos princípios da intimidade e da privacidade (BRASIL, 2011b).

Esse salto normativo referente à proteção dos direitos dos homossexuais abrange a proibição de que a lei utilize expressões discriminatórias, como é o caso do art. 235 do Código Penal Militar, que utilizava as expressões “pederastia ou outro” e “homossexual ou não”, em que o STF acolheu o pedido para declarar que tais expressões não foram recepcionadas pela Carta Cidadã, em razão do reconhecimento do direito de liberdade de orientação sexual do indivíduo (BRASIL, 2016).



No plano internacional, existe uma grande preocupação com o racismo, a discriminação racial e outras formas de intolerância, sendo que muitas foram assinadas, submetidas ao Congresso Nacional e ratificadas pelo Brasil.

Na Convenção Americana sobre Direitos Humanos, conhecida como Pacto de San Jose da Costa Rica, há dispositivo que proíbe toda apologia ao ódio nacional, racial ou religioso que constitua discriminação. Ocorre que essa Convenção não estabelece a necessidade da aplicação de penalidades para aqueles que agirem contrariamente à norma. A proibição refere-se aos discursos de ódio, que é o ato de comunicação que inferioriza um indivíduo em razão das características de determinado grupo. Há o debate se tal proibição ofende a liberdade de expressão.

Na seção destinada ao racismo, foi mencionado o julgamento pelo STF do HC 82.424/RS, o qual interpretou que a liberdade de expressão não é uma garantia constitucional absoluta, e que não pode abranger manifestação de conteúdo imoral que resultem em ilicitude penal.

Os critérios de restrições à liberdade de expressão foram incluídos no Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (PIDCP), ratificado pelo Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992, com a regra de três passos, prevista no artigo 19(3), no qual a limitação deve ser expressamente prevista em lei, para resguardar interesse legítimo, exclusivamente aqueles interesses definidos pelos tratados internacionais, e a restrição deve ser necessária, devendo a justificativa ser relevante, suficiente, e proporcional ao fim almejado.

No PIDCP há dispositivo colocando a necessidade da proibição por lei de qualquer apologia ao ódio nacional, racial ou religioso que constitua instigação à discriminação, à hostilidade ou à violência. Em seu art. 19 originou os Princípios de Camden sobre Liberdade de Expressão e Igualdade, com o objetivo de promover um maior consenso global em relação à liberdade de expressão e à promoção da igualdade. Quanto às manifestações de ódio, assim se manifestou:

Os Princípios reconhecem, no entanto, que certos discursos, por exemplo o incitamento intencional ao ódio racial, são tão nocivos à igualdade que deveriam ser proibidos. Regras de proibição a tal discurso devem ser definidas de forma restritiva para prevenir quaisquer abusos nas restrições, inclusive por razões de oportunismo político. Medidas efetivas precisam ser tomadas para assegurar que tais regras sejam aplicadas igualmente para o benefício de todos os grupos protegidos. Nesse aspecto, uma abordagem caso a caso que leve em consideração o contexto e os padrões de vulnerabilidade é importante, especialmente por parte de autoridades judiciais. Tais regras devem ser usadas apenas para proteger indivíduos e grupos. Elas não devem ser invocadas para proteger crenças, ideologias ou religiões particulares. (ONU, 2009).

Os tratados internacionais firmados pelo Brasil não estabelecem a criminalização de condutas motivadas pelo ódio e nem aos denominados discursos de ódio, motivo pelo qual urge a necessidade da ratificação da Convenção Interamericana contra o racismo, a discriminação racial e formas correlatas de intolerância, na qual os Estados se comprometem a punir todos os atos e manifestações de racismos, discriminação racial e outras formas de discriminação.

No dia 4 de outubro de 2016 houve uma audiência pública para debater essa Convenção, porém, ainda se aguarda ratificação pelo Brasil, e atualmente está tramitando sob o MSC 237/2016, na Câmara Federal. A aprovação desse Tratado dará maior eficiência para reprimir condutas e manifestações discriminatórias e preconceituosas.

No âmbito da legislação interna há a definição de crimes resultantes de preconceito de raça ou cor, sendo considerado crime a prática, o induzimento ou o incitamento à discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional, conforme o artigo 20 da Lei 7.716/1989. O Brasil também considera crime contra o Estado e a Ordem Política e Social o ato de fazer propaganda de ódio de raça, religião ou classe.

Apesar da ementa da Lei preservar o texto original, incluindo somente o preconceito de raça ou cor, esta lei foi alterada pela Lei nº 8.081/1990, a qual inclui a discriminação ou precon-

ceito de raça, religião, etnia ou procedência nacional, sendo novamente incluída a expressão cor e retirada a forma de manifestação das condutas previstas pelo artigo, por modificação realizada pela Lei nº 9.459/1997.

Existem projetos de lei que pretendem incluir na Lei 7.716/1989 a criminalização da homofobia, porém tal projeto não consegue ser aprovado pelo Congresso Nacional pela força que a denominada bancada evangélica possui. No entanto, os movimentos LGBTs que defendem os direitos dos homossexuais estão conseguindo o reconhecimento de seus direitos via Poder Judiciário, em razão da omissão do legislador.

Outra conquista para a garantia do direito à igualdade e à não discriminação é o Estatuto da Igualdade Racial, Lei nº 12.288/2010, o qual é destinado a garantir à população negra a efetivação da igualdade de oportunidades, a defesa dos direitos étnicos individuais, coletivos e difusos e o combate à discriminação e às demais formas de intolerância étnica.

Segundo Carvalho (2012), a Lei nº 7.716/1989 criou um sistema próprio de criminalização das condutas decorrentes de preconceito racial, objetivando a responsabilização penal em razão do impedimento, recusa ou obstaculização de acesso a oportunidades, serviços e locais, reconhecendo que o artigo 20 estabelece uma forma típica de crimes de ódio. Na mesma direção, foi a Lei 10.741/03, que criou o tipo penal de injúria racial. De acordo com Carvalho (2012), “a lei 7.716/89 simplesmente nomina as condutas lesivas resultantes de preconceito de raça ou de cor e as insere dentro do tradicional sistema repressivo, ou seja, trata-se de uma inovação de tipos incriminadores no âmbito do direito penal”.

Para a proteção de grupos étnicos, raciais e religiosos, seguindo tratados internacionais pós Segunda Guerra Mundial, condenou-se crimes de genocídio, aqueles que pretendem destruir, em todo ou em parte, grupo nacional, étnico, racial ou religioso, agravando as penas por meio da remissão ao Código Penal, o qual constitui uma norma penal incompleta ou imperfeita.

Apesar da opinião de Carvalho concluir que a previsão da Lei nº 7.716/1989 é uma forma de tipificação dos crimes de ódio, em parte pela legislação penal dos crimes em espécie, existem circunstâncias que estabelecem um aumento da pena quando o autor do fato age em razão de preconceito de raça, cor, etnia, religião ou origem, conforme o tipo penal da Injúria Racial (art. 140, §3º) e da redução a condição análoga à de escravo (art. 149, §2º, II).

De todos os grupos vulneráveis, os homossexuais, representados pelos grupos LGBTs, apesar dos avanços nos direitos civis, ainda sentem falta da proteção penal, já que são vítimas de violência física e também moral, inclusive sendo-lhes dirigido ofensas a sua integridade por Deputados.

Para ilustrar essa violência, observa-se o julgamento do Inquérito 3590, no qual houve requerimento pelo Procurador Geral da República para instauração de Ação Penal e condenação pelo art. 20 da Lei nº 7.716/1989, em razão da mensagem pelo Twitter do Deputado Federal Marco Antônio Feliciano, por meio de uma manifestação de natureza discriminatória em relação a homossexuais: “A podridão dos sentimentos dos homoafetivos levam (sic) ao ódio, ao crime, a (sic) rejeição”.

O STF considerou o fato atípico, porém, afirmou que o ordenamento repudia a manifestação do Deputado, direcionando o caminho da confecção de legislação específica para tipificar tais condutas. Ainda, identificou a presença do fenômeno do discurso de ódio (ou manifestações de ódio), conforme consta no trecho do voto do Ministro Luis Roberto Barroso:

Eu até consideraria razoável que o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana impusesse um mandamento ao legislador para que tipificasse condutas que envolvam manifestações de ódio, de hate speech, como observou a Doutora Deborah Duprat. Mas a verdade é que essa lei não existe. Existe até um projeto de lei em discussão no Congresso Nacional. (BRASIL, 2014).

Conclui o Ministro Barroso que, por mais reprovável que a manifestação do Deputado fosse no plano moral, não há a possibilidade de tipificação penal, motivo pelo qual não recebeu

a denúncia acompanhando o voto do Relator, em que o art. 20 da Lei nº 7.716/1989 não alcança o preconceito decorrente da opção sexual.

## Considerações finais

A criminalização de determinadas condutas depende do estágio evolutivo de cada sociedade, sendo que a escolha de legislar sobre crimes de ódio e as categorias protegidas, decorre do contexto histórico e dos membros do Poder Legislativo.

Dessa forma, no Brasil, devido a sua formação histórica por imigrantes e escravos, houve a necessidade da proteção desses grupos desfavorecidos, razão pela qual, há a proteção contra a discriminação pela raça, cor, etnia, religião e procedência nacional. No mesmo contexto, encontram-se as experiências legislativas inglesa e americana, motivo pelo qual em seus ordenamentos condenaram a discriminação étnica e racial.

As diversas formas de manifestação do preconceito acarretam em comportamentos discriminatórios que negam oportunidades a determinados grupos de pessoas, acirrando os ânimos para o cometimento de crimes motivados pelo ódio.

O mundo está em ebulição e os fluxos migratórios são intensos, havendo o deslocamento de diversas pessoas no mundo, muitas procurando condições mais favoráveis de vida, outras fugindo de conflitos bélicos e sendo forçadas a entrarem em outros países, havendo, deste modo, a presença de culturas diferentes em um mesmo local.

A Constituição Federal veda o preconceito e qualquer tipo de discriminação. Sendo assim, o Brasil é signatário de diversos tratados internacionais que proíbem o racismo, a discriminação racial e religiosa, bem como qualquer outra forma de discriminação.

No plano da Organização dos Estados Americanos, houve a aprovação da Convenção Interamericana contra o racismo, a discriminação racial e formas correlatas de intolerância, sendo

a primeira a condenar a discriminação baseada na orientação sexual, identidade e expressão de gênero. Aguarda-se a ratificação pelo Brasil, já que o projeto ainda tramita no Congresso Nacional, sendo realizada audiência pública no dia 04 de outubro de 2016 para tratar da matéria.

Na legislação infraconstitucional, temos a proteção contra genocídio, que remete a condutas tipificadas no Código Penal, e ainda, há circunstâncias de aumento de pena no próprio Código, em razão da discriminação de raça, de cor, etnia, religião ou origem. O Brasil tem a sua própria legislação de crimes de ódio, já que os comportamentos tipificados na Lei nº 7.716/1989 são próprios do tratamento jurídico dado aos crimes de ódio no plano internacional, e a proteção penal dada a essas condutas pelo legislador demonstram condenação social e repúdio a conduta.

Por outro lado, visualiza-se que o Poder Legislativo brasileiro não teve a mesma preocupação com as condutas homofóbicas, não incluindo a homofobia nos crimes da Lei nº 7.716/1989. Isto decorre, principalmente, de um Legislativo que possui manifestações homofóbicas, como foi possível vislumbrar na decisão do STF no Inquérito nº 3.590 na qual afirmou que a conduta homofóbica do Deputado Marco Feliciano é reprovável, porém, não há crime previsto na lei de preconceito, porque essa não alcança o preconceito referente a orientação sexual.

Assim, vislumbra-se a necessidade da inclusão da homofobia na Lei nº 7.716/1989 e a ratificação da Convenção Interamericana contra o racismo, a discriminação racial e formas correlatas de intolerância para o restabelecimento de valores de pluralidade, dignidade, harmonia e igualdade, significado que o Legislador transmite ao reprimir condutas discriminatórias.

## Referências

ALMEIDA, Sara Alexandra de Carvalho e. **Os bastidores dos crimes de ódio: dimensões sociais e identitárias**. 2013. 94 f. Dissertação (Mestrado em Crime, Diferença e Desigualdade) – Instituto de

Ciências Sociais. Universidade do Minho, Braga, 2013. Disponível em: <<http://hdl.handle.net/1822/29294>>. Acesso em: 18 dez. 2016.

BANDEIRA, Lourdes; BATISTA, Analía Soria. Preconceito e discriminação como expressões de violência. **Estudos feministas**, Florianópolis, v. 10, n. 1, p. 119-141, 2002. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/43596096>>. Acesso em: 20 dez. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 291**, Relator Min. Roberto Barroso, 28 out. 2015, 2016.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4277**, Relator: Min. Ayres Britto, 05 mai. 2011. Brasília, DF, 2011b.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 477.554/MG**, Relator Min. Celso de Mello, Segunda Turma, 16 ago. 2011. Brasília, DF, 2011a.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Inquérito nº 3590**, Relator: Min. Marco Aurélio, 12 ago. 2014. Brasília, DF, 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 82.424**, Relator(a): Min. Moreira Alves, Relator(a) p/ Acórdão: Min. Maurício Corrêa, 17 set. 2003. Brasília, DF, 2003.

CARVALHO, Salo de. Sobre a criminalização da homofobia: perspectivas desde a criminologia queer. In: MEDEIROS, Fernanda Luiza Fontoura de; SCHWARTZ, Germano. (Orgs.) **O Direito da Sociedade**. v. 1. Canoas – RS: Editora Unilasalle, 2012. p. 257-282. Disponível em: <<http://www.revistas.unilasalle.edu.br/index.php/books/article/download/2090/1309#page=257>>. Acesso em: 20 dez. 2016

DURKHEIM, Émile. **As regras do método sociológico**. São Paulo: Martin Claret, 2007.

LAWRENCE, Frederick M. Memory, Hate, and the criminalization of Bias-Motivated Violence. In: MINOW, Martha. **Breaking the Cycles of Hatred: Memory, Law, and Repair**. Princeton: Princeton University Press, 2002. Disponível em: <[https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1004804](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1004804)>. Acesso em: 18 dez. 2016.

MOTT, Luis. Homo-afetividade e direitos humanos. **Estudos Feministas**, Florianópolis, v. 14, n. 2, p. 509-521, mai.-ago. 2006. Disponível em: <<https://repositorio.ufba.br/ri/bitstream/ri/2944/1/a11v14n2.pdf>>. Acesso em: 16 dez. 2016.

ONU. Artigo XIX: Campanha Global pela Liberdade de Expressão. **Princípios de Camden sobre Liberdade de Expressão e Igualdade**. São Paulo, 2009. Disponível em: <<http://www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain/opendocpdf.pdf?reldoc=y&docid=4b5827292>>. Acesso em: 20 dez. 2016.

ROCHA, Everardo P. Guimarães. **O que é etnocentrismo**. São Paulo: Brasiliense, 2007.

TAPPAN, Paul Wilbur. Who is the Criminal? **American Sociological Review**, v. 12, n. 1, p. 96-102, fev. 1947. Disponível em: <[https://www.jstor.org/stable/2086496?seq=1#page\\_scan\\_tab\\_contents](https://www.jstor.org/stable/2086496?seq=1#page_scan_tab_contents)>. Acesso em: 16 dez. 2016.



# ESTUDO COMPARATIVO ENTRE OS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA E O BRASIL: FOREIGN CORRUPT PRACTICES ACT (FCPA) E A LEI Nº 12.846/2013

Janssen da Silva Espindola\*  
Denise Bittencourt Friedrich\*\*

\* Acadêmico do 9º semestre do Curso de Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC. Participante dos grupos de pesquisas do Programa de Mestrado e Doutorado em Direito da UNISC. Certificate Program in Executive Management pela University of La Verne - ULV - Advanced Topics in Public Administration - College of Business & Public Management - Califórnia - USA. (2015). E-mail: janssenespindola@gmail.com.

\*\* Docente da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC - e professora permanente do Programa de Mestrado e Doutorado em Direito da UNISC. Doutora em Direito pela UNISC - (2014); Mestre em Direito - Políticas Públicas de Inclusão Social - pela UNISC (2007); Especialista em Direito Constitucional - ênfase em Direito Municipal pela Universidade Luterana do Brasil – ULBRA - (2005); Graduada em Direito pela UNISC (2002). E-mail: d-friedrich@hotmail.com.



## Resumo

O presente trabalho é um estudo comparativo entre os Estados Unidos da América (Foreign Corrupt Practices Act – FCPA) e o Brasil (Lei nº 12.846/2013). Objetiva-se o estudo da patologia social de corrupção, tema abordado nacionalmente e internacionalmente. Quando analisado o cenário internacional tem se percebido um comportamento diferente e muitos países já recepcionaram em suas leis a responsabilidade penal corporativa, exemplo desses são os Estados Unidos da América, o qual é considerado pioneiro no tema, tendo o FCPA o qual, em escala global, é tido como exemplo. Todo estudo acerca de corrupção é complexo, devido à maneira como essa está inserida na sociedade, por isso, cada vez mais novos estudos são inaugurados e não podem ser refutados, sem ao menos se tentar. O Brasil é um país globalizado e nesse sentido é importante adequar-se à tendência global.

**Palavras-chave:** Brasil. Corrupção. Estados Unidos da América. Pessoas jurídicas. Responsabilidade penal.

## Abstract

The present work approaches “A study compared with the United States of America and Brazil: Foreign Practices Corrupt Act (FCPA) and the Law nº 12.846/2013”. Aims to the study of the pathology social corruption, theme is aimed at approached nationally and internationally. When analyzed the international scenery has if noticed a different behavior and many countries already received in their laws the corporate penal responsibility, example of that it is the United States of America, which pioneer is considered in the theme, as well as he has FCPA, which is had as example in global scale. Every study concerning corruption is complex, due to way as that is inserted inside of the society, for that, more and more new studies are inaugurated and they are not able to be refuted, without at least if it tries. The globalization is an aspect that Brazil is part and in that sense it is important to adapt the global tendency.

**Keywords:** Brazil. Corruption. Criminal responsibility. Legal entities. United States of America.

## Introdução

A corrupção é um tema debatido nacionalmente e internacionalmente, os meios pelos quais se apresenta na sociedade são intrigantes, pois este é um problema social que danifica a coletividade. Além disso, os atos corruptivos, por muitos doutrinadores, já são tratados como uma espécie de patologia social que concentra suas consequências na sociedade e origina-se das ações humanas, sendo um dano social originado de um ou mais indivíduos dessa mesma comunidade. Tão grande é a complexidade envolvendo o tema que torna-se muito difícil encontrar um conceito para corrupção.

Deste contexto emergiu a necessidade de pensar formas de responsabilização que atendam à complexidade dos atos corruptivos, por isso o legislador na Lei nº 12.846/2013 (conhecida como lei anticorrupção) contemplou a responsabilidade civil e administrativa das empresas corruptas. Todavia, por ser algo recente tratado pela legislação, é importante que análises mais profundas sobre tais assuntos sejam feitas, assim como uma análise comparativa entre a legislação brasileira e de outros países que há mais tempo tratam do tema, como é o caso dos Estados Unidos.

No Brasil, com a entrada em vigor da Lei 12.846/2013, muitas críticas foram levantadas, haja vista esta não ter contemplado a responsabilidade penal das pessoas jurídicas, a exemplo de outros países. Cabe advertir que há países que responsabilizam penalmente pessoas jurídicas pela prática de atos considerados corruptos. Diante desta constatação, a partir de uma análise comparativa com os Estados Unidos da América, cabe indagar como é tratada a responsabilidade das pessoas jurídicas na Lei nº 12.846/2013 se comparada ao Foreign Corrupt Practices Act (FCPA).

Este trabalho usou como método de abordagem o hipotético-dedutivo, haja vista que a partir do problema levantado algumas hipóteses podem ser arguidas, as quais serão, ao longo da pesquisa, refutadas ou confirmadas. Quanto à técnica de pesquisa, empregou-se a bibliográfica.

## Corrupção

No presente capítulo é apresentada a contextualização histórica da corrupção, desde seus primeiros sinais na sociedade humana, passando pela história do Brasil e chegando aos marcos regulatórios internacionais.

### Aspectos históricos da corrupção

O conceito de corrupção como hoje se conhece é resultado de uma longa história, por isso, estudar-se-á, de forma resumida, nesse primeiro momento, aspectos históricos internacionais e nacionais, traçando um paralelo entre a evolução humana, a comunidade e a corrupção.

Mesmo sabendo da dificuldade de conceituar-se corrupção, ainda que raro, podemos encontrar alguns conceitos e para fins de estudo estes são oportunos. Gramaticalmente, corrupção deriva do latim *corruptio*, o qual é um substantivo feminino. Seu significado está próximo ao de deteriorar, ato, processo ou efeito de corromper. Ainda irá se encontrar em alguns dicionários como decomposição física, putrefação, modificação, adulteração e o mais interessante significado é: degradação do indivíduo, no seu aspecto moral (LEAL, 2013).

Para um geral sentido e mais simples de entender é possível dizer que corrupção deriva do latim, no qual a junção dos termos *cum* e *rumpo* forma a ideia de romper totalmente, indo mais além é destruir a base ou o fundamento de algo, entenda-se então, total rompimento do indivíduo com sua comunidade (DANI, 2014).

Portanto, romper com os preceitos sociais é inerente ao indivíduo. Um dos primeiros indícios de que este rompimento já existia é encontrado na filosofia Aristotélica, que se importou em conceituar Virtude na vida humana (*Arete*), ou seja, ações moralmente corretas com a comunidade na qual o homem estava inserido, buscando entender que esses preceitos são universais e que a nenhum é dado o direito de rompe-los (LEAL, 2013).

Na Democracia Grega, o cidadão era diretamente responsável por efetivá-la. Porém, o modelo fiscalizatório era a Bulé ou ainda Conselho dos Quinhentos, formação semelhante ao parlamento. Estes reuniam-se na Ágora (Praça Pública) inúmeras vezes durante o ano, o critério para participar era que deveriam ser pessoas de idade e com experiência pública política, por isso diziam quinhentos. A principal função desse organismo social era o acompanhamento e a execução dos programas públicos, assim como a fiscalização e a cobrança de atitudes moralmente corretas de administradores. Um dos poderes desse órgão era destituir, por meio de votação, aqueles que não seguiam os interesses coletivos, seguindo os desejos e favorecimentos pessoais, entenda-se corrupção. A simples inépcia no trato público ensejava destituição (MILHOMENS, 2009).

Logo, é possível raciocinar que moral e virtude devam ser princípios perseguidos no mundo contemporâneo, lembrando que qualquer ato voluntário necessita ao menos seguir e realizar regramentos e normas. Estas não necessariamente estão expressas de forma física, mas construídas na cultura e subjetivamente nos atos, ditos corretos, tentando assim o realizar o bem (LEAL, 2013).

A corrupção na República Federativa do Brasil é recente, mas a história conta que não é do século XXI que a corrupção sonda as estruturas do Estado.

## Brasil e a corrupção

A colonização do Brasil por Portugal ocorreu no século XVI, e já nos primeiros momentos a prática de corrupção por servidores da coroa se manifestava. Exemplos disso eram o contrabando de pau-brasil e especiarias, entre outras riquezas encontradas em solo brasileiro e que só podiam ser comercializadas se a coroa portuguesa autorizasse. No entanto, os fiscais aqui já não tinham tanto interesse em manter a coroa e logo acabavam repassando as mercadorias de maneira mais fácil e lucrativa (BIASON, 2011).

Outra parte da História do Brasil na qual se pode vislumbrar a corrupção é a exploração da mão de obra escrava. Essa foi utilizada para a exploração açucareira, primeiramente, e depois passou a fazer parte de todas rotinas dos abastados. No entanto, a proibição de escravização já existia, e era tema recorrente na Europa, porém, no Brasil, ainda assim, mantinha-se escravizados negros que adentravam pelos portos vindos da África. Todo esse cenário permaneceu ávido até a abolição da escravidão, mesmo com todos os esforços internacionais para denunciar a degradação humana. Horizontes de uma preocupação estatal com o combate da escravização só se deram após a independência brasileira, enquanto isso, propina, vantagens e muitos meios de corrupção foram praticados (BIASON, 2011).

Em 1822, com a proclamação da independência e com a primeira República, tem-se as primeiras formas de corrupção como hoje os brasileiros conhecem: a vantagem na construção de obras públicas e a eleitoral. Exemplo histórico e verídico é quando à Visconde de Mauá é concedida a licença para que ele explorasse cabo submarino, porém, nesse mesmo tempo, transfere-se a uma companhia britânica, da qual, mais tarde, tornou-se diretor. Outro caso popular, similar ao já exposto, é o de quando a iluminação pública à gás do Rio de Janeiro é dada a concessão, o empresário brasileiro ganhador mais tarde a transfere à uma empresa britânica por um valor estimado em 120 libras (BIASON, 2011).

Quando o Brasil era império não havia direito de voto à todos, as listas eram criadas por detentores do poder e os critérios eram subjetivos, com o objetivo de melhor ganhar o apoio de ricos. Voto a cabresto, degolas e café-com-leite são as mais famosas da história. Todas primeiras práticas eleitorais no Brasil foram movidas pelo poder econômico, os eleitores eram livres para seguirem seus chefes, normalmente grandes latifundiários e coronéis (BIASON, 2011).

Por volta de 1980, a redemocratização toma conta do Brasil, falácias de um novo Estado são proferidas, pois logo a frente o Impeachment de Collor esclareceu o que se estava construindo. Campanhas sustentadas por usineiros que trocavam dinheiro

por decretos, inclusive um caso ficou publicamente notável por “Esquema PC”, já que o tesoureiro da campanha de Collor era Paulo César Freitas (BIASON, 2011).

Importante lembrar que independente de todos os atos atentatórios aos bens públicos, o Brasil, há tempo trata o tema em leis, exemplo disso é a Constituição Imperial do ano de 1824. Esta responsabilizava os Ministros do Estado quando eles dissipavam os bens públicos, por concussão, peita ou suborno, mesmo que tivessem como subsídios as ordens do então imperador, os artigos 133, 134 e 135 da referida lei carta superior elucidavam isso (LEAL, 2013).

O fato de serem vistos momentos históricos em nenhum momento visa dizer que o Brasil não tem solução e à corrupção não há fim, ao contrário, por essa história é que se deve lutar, para que ela não continue nos alicerces de uma nova história.

### Corrupção e os tratados internacionais ratificados pelo Brasil

A corrupção já é temática globalizada, pois existem inúmeros acordos internacionais tratando disso. Esses encontram-se em reedição, ou seja, os esforços para o seu enfrentamento, bem como meios de combater e formas de responsabilizar seus causadores aprimoram-se com o passar dos tempos, juntamente com o desenvolver da sociedade.

O site Transparency International publicou (2016):

Based on expert opinion, the Corruption Perceptions Index measures the perceived levels of public sector corruption worldwide. Dark red indicates a highly corrupt public sector. Lighter red and orange countries fare a bit better, but corruption among public institutions and employees is still common. Yellow countries are perceived as cleaner, but not perfect. The scale of the issue is huge. Sixty-eight per cent of countries worldwide have a serious corruption problem. Half of the G20 are among them. Not one single country, anywhere in the world, is corruption-free.<sup>1</sup> (TRANSPARENCY INTERNATIONAL, 2016).

<sup>1</sup> Tradução livre: Com base na opinião de especialistas, o Índice de Percepção da Corrupção mede os níveis percebidos de corrupção no setor público em todo o mundo. Vermelho escuro indica um

O Brasil está na 79ª posição de 176 países estudados, segundo a ONG, ele está na cor laranja, a qual representa um índice não tão alto de corrupção se comparado aos países que estão na cor vermelha. No entanto, apresentam sim corrupção e principalmente entre empresas públicas e seus empregados (TRANSPARENCY INTERNATIONAL, 2016).

Considerando os dados exposto é possível afirmar que há a globalização da corrupção, ou seja, ela não escolhe países desenvolvidos ou subdesenvolvidos, mostra-se presente em qualquer país. Baseando-se nesta perspectiva os órgãos internacionais se movimentaram para trazer ao mundo parâmetros para combater o até então fenômeno corrupção. Oportuno lembrar, que os dados são recentes e que já há mecanismos de controle e prevenção, nesse sentido pode-se vislumbrar o que representava no século XX e passados a corrupção.

### Da Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais

A Convenção da OECD foi publicada em 17 de dezembro de 1997, em Paris (França) e sua vigência internacional deu-se a partir de 15 de fevereiro de 1999. No Brasil, a aprovação pelo Congresso ocorreu em 14 de junho de 2000, resultando no Decreto Legislativo nº 125. Em 24 de agosto de 2000 ocorreu a Ratificação à Convenção, tendo vigor, para o Brasil, em 23 de outubro de 2000. Ainda sobre a mesma convenção, em 30 de novembro de 2000 entrou em vigor o Decreto nº 3.678 (BRASIL, 2000).

A referida convenção trouxe para o Brasil a preocupação de responsabilizar-se, junto com outros Estados, pelo combate e pela responsabilização das pessoas jurídicas que corrompem funcionários públicos do estrangeiro a fim de depreciarem o

---

setor público altamente corrupto. Países vermelhos e alaranjados mais leves são um pouco melhor, mas a corrupção entre as instituições públicas e empregados ainda é comum. Países amarelos são percebidos como mais limpos, mas não são perfeitos. A escala do problema é enorme. Sessenta e oito por cento dos países do mundo tem um sério problema de corrupção. Metade do G20 estão entre eles. Nem um único país, em qualquer lugar do mundo, é livre de corrupção.

bem público. Essa postura de realização dos preceitos estipulados na convenção é explícita na edição da Lei nº 10.467 de 11 de junho de 2002, a qual criou no ordenamento penal mais dois tipos de corrupção: ativa em transação comercial internacional, art. 337-B e tráfico de influência em transação comercial internacional, art. 337-C, definindo também em seu texto o que é Funcionário Público Estrangeiro.

Ademais, é notório o caráter de cooperação que tem essa Convenção, pois, de uma vez por toda, comércio e investimentos feitos no âmbito internacional tiveram seus atos regulados, buscando assim o controle e o combate internacional da corrupção.

### **Convenção Interamericana Contra a Corrupção da Organização dos Estados Americanos (OEA)**

No dia 29 de março de 1996, em Caracas, foi adotado pelo Brasil o texto da Convenção Interamericana contra a Corrupção, o qual foi transcrito, em 25 de junho de 2002, pelo Congresso Nacional por meio do Decreto Legislativo nº 152. Já em 07 de outubro de 2002, a presidente da república promulgou o Decreto nº 4.410 (BRASIL, 2002).

A referida convenção, historicamente, é o primeiro esforço internacional que uniu países para que juntos debatessem e buscassem de forma universal o combate à corrupção. Logo, o que eram atos isolados em um ou outro país, passou a ser algo tratado internacionalmente. Os objetivos do decreto foram, entre outros, de determinar atos de corrupção e suborno transnacional, assim como determinar os efeitos desses sobre o patrimônio do Estado.

É possível precisar que o Brasil, em grande parte, já atende o tratado, a exemplo da tramitação em forma de Projeto Lei, a tipificação penal para o crime de enriquecimento ilícito, na forma do artigo 317-A do Código Penal Brasileiro. De forma efetiva, essas são oriundas da convenção: a Lei de Acesso à Informação e a Lei de Conflito de Interesses. Ambas originam da mesma convenção, sendo o Portal da Transparência e o Programa Olho Vivo No Dinheiro Público. Estes são formas

de incentivar o controle social, trazendo, assim, o cidadão para mais perto do dinheiro público. Por fim, foi criada a Secretaria de Transparência e Prevenção da Corrupção, a qual está ligada ao CGU (CGU, [201-]).

Como primeiro instrumento no âmbito internacional, ao que tange o Brasil, é possível dizer que, apesar de tudo, já estamos no caminho de, ao menos, minimizar as mazelas sociais ocasionadas pelos atos corruptivos. No entanto, o caminho mostra-se complexo e, devido ao caráter multifacetado da corrupção, ainda assim é necessário cautela e melhor definição dos meios de coibição de atos lesivos ao bem público.

### **Da Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção**

A Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção é a mais recente convenção a tratar da corrupção em sua essência na tentativa de frear seus efeitos. Aprovada pelo Congresso Nacional por meio do Decreto Legislativo nº 348, de 18 de maio de 2005, foi ratificada pelo Brasil em 15 de junho de 2005 e validada e promulgada internamente por meio do Decreto nº 5.687, de 31 de janeiro de 2006 (BRASIL, 2006).

Esta Convenção busca, de forma abrangente, a promoção e o fortalecimento das medidas preventivas e de combate à corrupção. Ela busca facilitar a cooperação no âmbito internacional, incluindo nesse a recuperação dos ativos que, por virtude de atos corruptivos, acabaram em outros territórios. Institui, como instrumento com o intuito de restabelecer a integridade do país, a obrigatoriedade da prestação de contas, bem como a gestão efetiva dos bens públicos (CGU, [201-]).

A principal motivação da convenção é pelo adjetivo complexo, o qual atribui-se à corrupção. Além disso, a forma de punição isolada não é mais suficiente para que os atos corruptivos cessem, e o meio mais garantidor para que se possa combater é o da prevenção de forma responsável, a qual só ocorrerá quando toda nação estiver aliada para a resolução dos problemas (CGU, [201-]).



Vencido o estudo acerca da origem legislativa do tema corrupção pelo Estado Brasileiro, adentra-se no objeto central desse trabalho que é a comparação entre a FCPA e a Lei 12.846 de 2013.

## Comparativo Estados Unidos das Américas e Brasil

Nesse capítulo, debater-se-á a necessidade de se repensar a forma como são responsabilizadas as pessoas jurídicas ao praticarem atos corruptivos nos Estados Unidos da América e no Brasil. Esse estudo é novo para os doutrinadores brasileiros, mas consolidado em grande parte do mundo.

### Estudos contemporâneos sobre a responsabilidade penal corporativa aplicada à corrupção

Em um panorama geral, Friedrich (2014) aponta as práticas corruptivas como provocadoras de um Estado de visão multi-dimensional, sendo a iniciativa privada a forma com a qual as funções da administração pública objetivam aumentar seus lucros. Por esse motivo, repensar de forma crítica o combate à corrupção se faz necessário, pois, nos últimos tempos, empresas são principais atores causadores da desmoralização pública das funções administrativas.

Para Leal (2016), é controversa a imputação penal para pessoas jurídicas, pois recai no repensar dos doutrinadores penalistas tradicionais, já que esses entendem que os preceitos do direito penal não se estendem aos entes coletivos, sendo, então, o principal obstáculo a discussão da culpabilidade. Para o autor, o preocupante quando se fala em corrupção é o quanto esta custa para um Estado. Leal acredita que este cálculo seja impossível, devido ao aspecto multifacetado, não somente bens jurídicos materiais são danificados. Nesse sentido, declarando que se torna complexo o estudo, está a quantidade de bens jurídicos imateriais lesionados, a saber, a probidade da adminis-

tração pública, a moral dos entes públicos, a política, a confiança do coletivo aos órgãos públicos, dentre outras possibilidades.

Outro ponto abordado por Leal (2016) é o cenário político, pois ele acredita que a corrupção de forma densa, incorporada na política, acaba desconstruindo o ideal de Democracia. Para o autor, além dos danos econômicos, o pior dano é aquele que ataca as estruturas moralizantes de um Estado, e é nesse aspecto que se maximiza os déficits da corrupção tendendo-os ao imensurável. Diante desse cenário, eleições não são mais sérias, o Estado produziu um sistema clientelista, no qual o mercado para negociações são os bens públicos.

Ainda em Leal (2016), o que se pode vislumbrar no estudo social da corrupção como crime é que, até então, os cidadãos não participavam de forma ativa para combatê-la. Porém, nos últimos anos, até onde se fala em vítimas inexistentes essas passaram a ser objeto de contestação diante das consequências sofridas pela corrupção. Ou seja, a comunidade passou a sofrer diretamente com o ataque à administração pública, pessoas físicas e jurídicas das quais os atos eram despercebidos, acabaram sendo descobertas e o anseio social contra aqueles que atentam ao bem público tornou-se latente.

Nessa contextualização, Leal (2016) assegura que, nos países ocidentais, na maioria, há a receptividade e aplicação da responsabilização penal às corporações. Fato gerador dessa cultura jurídica são os tratados internacionais que cobram de seus Estados-membros que combatam de forma contumaz o desfreio da corrupção, usando de todos meios legais possíveis. Nesses regulamentos internacionais encontram-se as corporações, as quais estão sujeitas a um processo penal se assim prever legislação do país.

Nos últimos tempos, no cenário internacional, inúmeros países aderiram à responsabilidade penal das empresas, a maioria influenciados pela Inglaterra e pelos Estados Unidos da América.

## A lei nº 12. 846 de 2013 – Lei Anticorrupção

Em 1º de agosto de 2013 publicou-se a Lei nº 12.846, ficando conhecida como a Lei Anticorrupção brasileira. A lei hoje possui 31 artigos os quais são divididos em 7 capítulos.

Sobre o objetivo da lei, seu preâmbulo “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” (BRASIL, 2013).

Esta lei responsabiliza, no âmbito administrativo e civil, as pessoas jurídicas por atos que atentem a administração pública, nacional ou estrangeira. Por mera liberdade ou não observância, não se atribuiu a responsabilidade no âmbito penal, entende-se a discricionariedade parlamentar. No entanto, nenhuma consulta popular para esse fim existiu, se a lei advém dos anseios dos cidadãos e da cobrança dos tratados internacionais, poderia, de certa forma, ter sido ao menos levado para discussão o tema.

Nesse sentido, Friedrich (2014) define que uma democracia para ser real e efetiva precisa ao menos estar baseada em dois institutos, os quais define como a participação social e o controle social. Quando se fala em participação social esta é bidimensional, podendo ser direta ou indireta. Os mecanismos concretos que efetivam a participação direta são: plebiscito, referendium, orçamento participativo, conselhos deliberativos. Já a participação indireta é o voto que os cidadãos depositam nas urnas para eleger representantes os quais decidem e agem por todo povo. Porém, esse ato de cidadania, outorga aos demais, que executem planos de governos, podendo nesses estarem os acordos da época de campanha eleitoral.

Art. 1º Esta Lei dispõe sobre a responsabilização objetiva administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira.

Parágrafo único. Aplica-se o disposto nesta Lei às sociedades empresárias e às sociedades simples, personificadas ou não, independentemente da forma de organização ou modelo societário adotado, bem como a quaisquer fundações, associações de entidades ou pessoas, ou sociedades

estrangeiras, que tenham sede, filial ou representação no território brasileiro, constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente. (BRASIL, 2013).

Friedrich e Leal (2015), ao referirem-se ao artigo segundo da lei<sup>2</sup>, dizem que a responsabilidade será objetiva no que tangente entes coletivos. Nesse sentido a pessoa jurídica envolvida independe provar seu dolo ou culpa, porém, há a observação do dano, seja material ou não, e do nexo de causalidade da ação atentatório contra a administração pública.

As penalizações ocorrem administrativamente conforme o artigo sexto:

Art. 6º Na esfera administrativa, serão aplicadas às pessoas jurídicas consideradas responsáveis pelos atos lesivos previstos nesta Lei as seguintes sanções:

I - multa, no valor de 0,1% (um décimo por cento) a 20% (vinte por cento) do faturamento bruto do último exercício anterior ao da instauração do processo administrativo, excluídos os tributos, a qual nunca será inferior à vantagem auferida, quando for possível sua estimação; e

II - publicação extraordinária da decisão condenatória. (BRASIL, 2013).

Para a presente lei o rol de atos é taxativo:

Art. 5º Constituem atos lesivos à administração pública, nacional ou estrangeira, para os fins desta Lei, todos aqueles praticados pelas pessoas jurídicas mencionadas no parágrafo único do art. 1º, que atentem contra o patrimônio público nacional ou estrangeiro, contra princípios da administração pública ou contra os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil, assim definidos: I - prometer, oferecer ou dar, direta ou indiretamente, vantagem indevida a agente público, ou a terceira pessoa a ele relacionada; II - comprovadamente, financiar, custear, patrocinar ou de qualquer modo subvencionar a prática dos atos ilícitos previstos nesta Lei; III - comprovadamente, utilizar-se de interposta pessoa física ou jurídica para ocultar ou dissimular seus reais interesses ou a identidade dos beneficiários dos atos praticados [...]. (BRASIL, 2013).

2 Art. 2º As pessoas jurídicas serão responsabilizadas objetivamente, nos âmbitos administrativo e civil, pelos atos lesivos previstos nesta Lei praticados em seu interesse ou benefício, exclusivo ou não. (BRASIL, 2013).

O inciso IV é um problema pois trata exclusivamente da temática licitação. No entanto, já existe no Brasil outra lei que trabalha o assunto, logo quando estiverem sendo analisados fatos ligados à corrupção, anteriormente será necessário ver se não recai na competência legal da 8.666/93.

IV - no tocante a licitações e contratos: a) frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo de procedimento licitatório público; b) impedir, perturbar ou fraudar a realização de qualquer ato de procedimento licitatório público; c) afastar ou procurar afastar licitante, por meio de fraude ou oferecimento de vantagem de qualquer tipo; d) fraudar licitação pública ou contrato dela decorrente; e) criar, de modo fraudulento ou irregular, pessoa jurídica para participar de licitação pública ou celebrar contrato administrativo; f) obter vantagem ou benefício indevido, de modo fraudulento, de modificações ou prorrogações de contratos celebrados com a administração pública, sem autorização em lei, no ato convocatório da licitação pública ou nos respectivos instrumentos contratuais; ou g) manipular ou fraudar o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos celebrados com a administração pública [...] (BRASIL, 1993).

No inciso V do artigo 5<sup>o</sup>, busca-se penalizar os obstáculos que os investigados promoverem, ou seja, a não cooperação para o desenrolar das investigações será punida. Nesse sentido, carecem especificações de como se daria as investigações e como estas seriam supervisionadas, bem como seria garantida a sua defesa:

Um ponto bem relevante na lei é que o Brasil se preocupou bastante em proteger as empresas internacionais, o que significa, para o âmbito internacional, cooperação além das fronteiras, como se vê no § 1<sup>o</sup>:

§ 1<sup>o</sup> Considera-se administração pública estrangeira os órgãos e entidades estatais ou representações diplomáticas de país estrangeiro, de qualquer nível ou esfera de governo, bem como as pessoas jurídicas controladas, direta ou

3 V - dificultar atividade de investigação ou fiscalização de órgãos, entidades ou agentes públicos, ou intervir em sua atuação, inclusive no âmbito das agências reguladoras e dos órgãos de fiscalização do sistema financeiro nacional. (BRASIL, 2013).

indiretamente, pelo poder público de país estrangeiro. § 2<sup>o</sup> Para os efeitos desta Lei, equiparam-se à administração pública estrangeira as organizações públicas internacionais. § 3<sup>o</sup> Considera-se agente público estrangeiro, para os fins desta Lei, quem, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, exerça cargo, emprego ou função pública em órgãos, entidades estatais ou em representações diplomáticas de país estrangeiro, assim como em pessoas jurídicas controladas, direta ou indiretamente, pelo poder público de país estrangeiro ou em organizações públicas internacionais.

### Foreign Corrupt Practices ACT (FCPA)

Nos Estados Unidos da América (EUA), após o período da industrialização, a amplitude dos atos de pessoas jurídicas tornou-se enorme, fazendo com que o ordenamento e o próprio tribunal reconhecessem a necessidade de melhor limitar atos empresariais. Diante disso, o cenário legislativo se construiu na observação de que:

In the federal system, the formative period for the doctrine of corporate criminal liability was the early Twentieth Century, when Congress dramatically expanded the reach of federal law, responding to the unprecedented concentration of economic power in corporations and combinations of business concerns as well as new hazards to public health and safety. Both the initial development of the doctrine and the evolution in its use reflect a utilitarian and pragmatic view of criminal law. (BEALE, 2014).<sup>4</sup>

A busca americana no estudo doutrinário da responsabilidade penal das pessoas jurídicas objetivou congregar fatos já vivenciados socialmente, além de normatizar e, de certa forma, conceber novo aspecto, vislumbrando assim que nenhum ente,

4 Tradução livre: No sistema federal, o período formativo para a doutrina da responsabilidade criminal das empresas foi o início do Século XX, quando o Congresso expandiu drasticamente o alcance da lei federal, respondendo à concentração sem precedentes de poder econômico nas empresas e combinações de interesses de negócio, bem como novos riscos para a saúde pública e segurança. Tanto o desenvolvimento inicial da doutrina e da evolução na sua utilização refletem uma visão utilitária e pragmática do direito penal.

quando em solo americano, ficasse sem a devida punição quando atentasse aos preceitos fundamentais do então Estado.

De certo modo, a doutrina brasileira, em primeiro aspecto, não tem pensamento único nem mesmo demonstra-se aceitar os estudos acerca da responsabilidade penal das empresas, pois, mesmo com o advento da lei que prevê a responsabilização penal dos entes coletivos por crimes ambientais, poucas são as decisões reconhecendo a ilicitude empresarial.

Dessa maneira, é oportuno dizer que a análise de forma crítica da construção de uma lei e até mesmo o reconhecimento do papel do mercado no processo evolutivo brasileiro, fazem-se necessários. Quando se adentra no estudo da corrupção de empresas, inúmeros são os casos nos quais os seus respondem as punições, mas empresas continuam de pé. Talvez realmente, não seja só processo penal para empresas que vá diminuir o índice de corrupção, no entanto este é mais preciso do que o processo administrativo.

O primeiro caso americano no qual figurou uma empresa como réu na esfera penal é de 1909. Conforme Beale, “in the United States, although some earlier state cases recognized corporate criminal liability, the seminal case in the development of federal criminal law was *New York Central & Hudson River Railroad Co. v. United States*, decided in 1909”<sup>5</sup> (BEALE, 2014).

O caso da *New York Central & Hudson River Railroad* inaugurou, naquele Estado, uma ampliação da jurisdição federal, pois as cortes estaduais possuíam, até então, maior autonomia para a legislação criminal quando o trato eram empresas, esse sendo um resultado do sistema da common law. Nesse sentido, “the Constitution explicitly authorized the federal government to prosecute only four kinds of offenses: treason, counterfeiting, crimes against the law of nations, and crimes on the high seas, such as piracy”<sup>6</sup> (BEALE, 2014).

5 Tradução livre: Nos Estados Unidos, embora alguns casos de estado, anteriormente, já terem reconhecido a responsabilidade criminal das empresas, o caso seminal no desenvolvimento da lei criminal federal foi *New York Central & Hudson River Railroad Co. v. Estados Unidos*, decidiu em 1909.

6 Tradução livre: A Constituição dos Estados Unidos criou um governo federal limitado aos poderes delegados únicos e limitados e para a autoridade federal limitou-se as questões concedidas ao governo central.

Nesse contexto, em 1977, os Estados Unidos das Américas, promulgou a Foreign Practices Corrupt Act (FCPA), a qual determinou ser ilegal pagamento, seja de pessoas físicas ou jurídicas americanas, aos funcionários internacionais da administração pública, com a finalidade de facilitar negócios (DOJ, 2004).

Em linhas gerais, o FCPA, requer:

Specifically, the anti-bribery provisions of the FCPA prohibit the willful use of the mails or any means of instrumentality of interstate commerce corruptly in furtherance of any offer, payment, promise to pay, or authorization of the payment of money or anything of value to any person, while knowing that all or a portion of such money or thing of value will be offered, given or promised, directly or indirectly, to a foreign official to influence the foreign official in his or her official capacity, induce the foreign official to do or omit to do an act in violation of his or her lawful duty, or to secure any improper advantage in order to assist in obtaining or retaining business for or with, or directing business to, any person. (DOJ, 2004).<sup>7</sup>

O FCPA é o dispositivo norte-americano que dispõe sobre a corrupção nos âmbitos criminais e cíveis.

As penalidades na FCPA serão da seguinte forma:

(A) Any juridical person that violates subsection (a) of this section shall be fined not more than \$2,000,000. (B) Any juridical person that violates subsection (a) of this section shall be subject to a civil penalty of not more than \$10,000 imposed in an action brought by the Attorney General. (DOJ, 2004).<sup>8</sup>

7 Tradução livre: Especificamente, as disposições anti-suborno da FCPA proíbem o uso intencional de e-mails ou qualquer meio de instrumentalidade de comércio interestadual corruptamente para promover qualquer oferta, pagamento, promessa de pagamento ou autorização de pagamento de dinheiro ou algum valor a qualquer pessoa, mesmo sabendo que a totalidade ou uma parte desse dinheiro ou coisa de valor será oferecido, dado ou prometido, direta ou indiretamente, a um funcionário público estrangeiro para influenciar o funcionário estrangeiro em sua capacidade oficial, induzir o funcionário estrangeiro para fazer ou deixar de fazer um ato em violação do seu dever legal, ou para assegurar qualquer vantagem indevida a fim de ajudar a obter ou manter negócios para ou com, ou direcionar negócios para qualquer pessoa.

8 Tradução Livre: (1) (A) Toda pessoa jurídica que violar a subseção (a) desta seção será multada em não mais do que \$2.000.000. (B) Toda pessoa jurídica que violar a subseção (a) desta seção estará sujeita a uma penalidade cível de não mais do que \$10.000 imposta no âmbito de um processo impetrado pelo Procurador Geral.

Percebe-se que no EUA as penalizações são oriundas da esfera criminal, no Brasil são da esfera administrativa.

§ 1º As sanções serão aplicadas fundamentadamente, isolada ou cumulativamente, de acordo com as peculiaridades do caso concreto e com a gravidade e natureza das infrações.

§ 2º A aplicação das sanções previstas neste artigo será precedida da manifestação jurídica elaborada pela Advocacia Pública ou pelo órgão de assistência jurídica, ou equivalente, do ente público.

§ 3º A aplicação das sanções previstas neste artigo não exclui, em qualquer hipótese, a obrigação da reparação integral do dano causado.

§ 4º Na hipótese do inciso I do caput, caso não seja possível utilizar o critério do valor do faturamento bruto da pessoa jurídica, a multa será de R\$ 6.000,00 (seis mil reais) a R\$ 60.000.000,00 (sessenta milhões de reais). (BRASIL, 2013).

Uma das grandes diferenças que existe entre os dispositivos é o que na Lei nº 12.846/13 não há a exigência do controle dos livros contábeis de forma detalhada, já o FCPA é rigoroso e prevê que as companhias mantenham registros atualizados e disponíveis para auditoria.

De acordo o § 78m (a) (2) do FCPA, que diz:

such annual reports (and such copies thereof), certified if required by the rules and regulations of the Commission by independent public accountants, and such quarterly reports (and such copies thereof), as the Commission may prescribe. Every issuer of a security registered on a national securities exchange shall also file a duplicate original of such information, documents, and reports with the exchange. (DOJ, 2004).<sup>9</sup>

Nessa alínea, o FCPA prevê que as empresas mantenham os controles contábeis. As leis do Brasil não possuem esse controle, o que agrava e incentiva que livros sejam omissos ou fraudados.

No Brasil, a Controladoria-Geral da União (CGU) é responsável, administrativamente, por penalizar os ilícitos previstos na lei. Nos EUA, é o Department of Justice (DOJ). A autonomia, quando se tem um órgão especialmente para tratar de um assunto específico, é maior, pois o DOJ, nos EUA, não está vinculado ao executivo.

Por fim, o Brasil não possui um órgão que seja autônomo para penalizar a corrupção, pois o órgão que tem essa atribuição é ligado ao executivo, o qual, por sua vez, é vinculado aos mandos governamentais. Sendo assim, não há segurança jurídica no agir da CGU.

Analisando os últimos casos de corrupção de maior amplitude que foram noticiados, grande parte deles deu-se no âmbito de controle da União. Seguindo essa linha alguns problemas existem, por exemplo: o órgão responsável por incentivar o combate à corrupção não possui competência, ou seja, falta meios para que possa atuar; outra possibilidade é que este possui competência, mas essa é vinculada fortemente a algum poder, nesse caso, ao executivo. Por fim, existe autonomia do CGU?

O processo administrativo, apesar de ter que seguir o princípio da transparência, é pouco transparente, pois a população não consegue, de forma efetiva, acompanhar os desdobres que versam esse processo. Nesse sentido, o processo penal é muito mais claro e possui uma tendência por melhor atender os anseios sociais.

Como já dito, em alguns momentos, o estudo é novo e requer, antes de qualquer decisão, muita participação social, bem como estudos aprofundados, pois nenhuma lei irá colaborar com o combate da corrupção se não juntar nas decisões todos envolvidos e, nesse caso, também os principais causadores, que são os cidadãos, desviantes da perseguição moral e criminosos que ferem dos direitos fundamentais, como a vida.

<sup>9</sup> Tradução Livre: (2) relatórios anuais (e cópias dos mesmos) certificados por contadores públicos independentes (se assim exigirem as regras e regulamentos da Comissão), e relatórios trimestrais (e cópias dos mesmos), como venha a ditar a Comissão.



## Conclusão

A evolução humana, bem como sua evolução social, acabou por evoluir também o que se conhece por corrupção. O que antes passava despercebido pelos olhos humanos, talvez, atualmente não se aceite mais. O recorte histórico da corrupção, ligado aos fatos vividos historicamente por um Estado, demonstram o quão íntimo estes são.

Quando estudado o FCPA, a lei que prevê a responsabilização das pessoas jurídicas por atos de corrupção, esse prevê que, na concepção da empresa, já se tenha os demonstrativos contábeis, ou seja, de onde veio o dinheiro que será o capital. Na lei brasileira, a Lei nº 12.846 de 2013, não há essa previsão, logo, o dinheiro ilícito para a fundação de empresas pode todos dias estar sendo homologado pelas juntas comerciais.

Quanto ao CGU, este é um órgão vinculado ao governo federal por intermédio de um ministério, o qual tem a função de controlar, fiscalizar e dar apoio ao executivo federal. Com o advento da lei anticorrupção é onde as empresas serão administrativamente sancionadas.

Analisando os últimos escândalos envolvendo corrupção, os quais na sua maioria das vezes ocorreram na esfera federal e dentro do executivo, poderia se dizer que o CGU tem capacidade, hoje, também de julgar, pois, se comparado ao DOJ, aquele é específico para a finalidade de julgamento e aplicação do FCPA.

Ainda, quanto mais atribuições se der ao âmbito administrativo, como o julgamento de casos corruptivos corporativos, pode-se incorrer de que nem a sua principal função, que seria a execução, não seja atendida. Se relacionarmos so DOJ, nos EUA, percebe-se a autonomia e celeridade no julgamento dos casos, enquanto no Brasil existe um acúmulo desproporcional, pois não há atribuição única ao CGU e sim lhe foi imposta mais uma, sem sequer pensar na criação de um órgão específico para o julgamento dos atos corruptivos.

No entanto, se irá alcançar grandes avanços ao combate da corrupção somente quando a temática deixar de ser trabalhada isoladamente. Não se combate corrupção em gabinetes, se essa vem da sociedade é lá que deve ser debatida.

## Referências

BEALE, Sara Sun. The Development and Evolution of the U.S. Law of Corporate Criminal Liability. In: **Duke Law Scholarship Repository**. 2014. Disponível em: <[http://scholarship.law.duke.edu/faculty\\_scholarship/3205/](http://scholarship.law.duke.edu/faculty_scholarship/3205/)>. Acesso em: 15 nov. 2016.

BIASON, Rita. Breve História da Corrupção no Brasil. Marília Transparente. 7 abr. 2011. Disponível em: <<http://matra.org.br/2011/04/07/breve-hist-ria-da-corrup-o-no-brasil/>>. Acesso em: 10 de nov. 2016.

BRASIL. **Decreto nº 3.678, de 30 de novembro de 2000**. Promulga a Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais, concluída em Paris, em 17 de dezembro de 1997. **Diário Oficial da União**. Brasília, DF, 30 nov. 2000. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/D3678.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3678.htm)>. Acesso em: 23 mai. 2016.

\_\_\_\_\_. **Decreto nº 4.410, de 7 de outubro de 2002**. Promulga a Convenção Interamericana contra a Corrupção, de 29 de março de 1996, com reserva para o art. XI, parágrafo 1º, inciso "c". **Diário Oficial da União**. Brasília, DF, 7 out. 2002. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/2002/D4410.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4410.htm)>. Acesso em: 23 mai. 2016.

\_\_\_\_\_. **Decreto nº 5.687, de 31 de janeiro de 2006**. Promulga a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, adotada pela Assembleia-Geral das Nações Unidas em 31 de outubro de 2003 e assinada pelo Brasil em 9 de dezembro de 2003. **Diário Oficial da União**. Brasília, DF, 31 jan. 2006. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2004-2006/2006/Decreto/D5687.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Decreto/D5687.htm)>. Acesso em: 23 mai. 2016.

\_\_\_\_\_. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. **Diário Oficial da União**. Brasília, DF, 21 jun. 1993. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L8666cons.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8666cons.htm)>. Acesso em: 10 nov. 2016.

\_\_\_\_\_. 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, 1 ago. 2013. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2013/lei/l12846.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12846.htm)>. Acesso em: 15 nov. 2016.

CONTROLADORIA GERAL DA UNIÃO – CGU. A convenção. [201-] Disponível em: <<http://www.cgu.gov.br/assuntos/articulacao-internacional/convencao-da-oea/a-convencao>>. Acesso em: 10 nov. 2016.

DANI, Leandro. Presidencialismo de coalizão: as relações entre governabilidade, sistema político e corrupção no Brasil. In. LEAL, Rogério Gesta; SILVA, Ianaiê Simonelli da (Orgs.). **As múltiplas faces da corrupção e seus efeitos na democracia contemporânea**. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2014. p. 59-71. Disponível em: <[http://www.unisc.br/portal/upload/com\\_editora\\_livro/as\\_multiplas\\_faces\\_red.pdf](http://www.unisc.br/portal/upload/com_editora_livro/as_multiplas_faces_red.pdf)>. Acesso em: 17 mai. 2016.

FRIEDRICH, Denise Bittencourt. **Controle da corrupção: caminhos para a política pública de controle a partir das contribuições da teoria procedimental da democracia contemporânea**. 2014. 294 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de Santa Cruz do Sul, Santa Cruz do Sul, 2014.

FRIEDRICH, Denise Bittencourt; LEAL, Rogério Gesta. Aplicabilidade do dever de transparência e de informação da iniciativa privada frente o princípio da sustentabilidade ética nos contratos públicos. **Revista Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo**, Santa Fe, v. 2, n. 2, p. 67-84, jul./dic. 2015. Disponível em: <[www.dx.doi.org/10.14409/rr.v2i2.5164](http://www.dx.doi.org/10.14409/rr.v2i2.5164)>. Acesso em: 15 nov. 2016.

LEAL, Rogério Gesta. **Patologias corruptivas nas relações entre estado, administração pública e sociedade: causas, conseqüências e tratamentos**. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2013.

\_\_\_\_\_. Fundamentos filosóficos e políticos da responsabilidade penal das pessoas jurídicas por atos de corrupção. **Revista de Direito Econômico e Socioambiental**, Curitiba, v. 7, n. 1, p. 179-219, jan./jun. 2016. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.7213/rev.dir.econ.socioambienta.07.001.AO08>>. Acesso em: 15 nov. 2016.

MILHOMENS, Lia Pantoja. **Corrupção: Um Estudo sobre suas origens, sua fiscalização e suas causas em nossos dias**. Brasil. Rio de Janeiro: IEJUSA, 15 jul. 2009. Disponível em: <<http://www.iejusa.com.br/cienciasjuridicas/corruptao.php>>. Acesso em: 17 mai. 2016.

THE UNITED STATES DEPARTMENT OF JUSTICE – DOJ. **Foreign Practices Corrupt Act**. Fraud Section. Washington, DC, [201-]. Disponível em: <<https://www.justice.gov/criminal-fraud/foreign-corrupt-practices-act>>. Acesso em: 15 nov. 2016.

THE UNITED STATES DEPARTMENT OF JUSTICE – DOJ. **Foreign Practices Corrupt Act**. Washington, DC, 22 jul. 2004. Disponível em: <<https://www.justice.gov/sites/default/files/criminal-fraud/legacy/2012/11/14/fcpa-english.pdf>>. Acesso em: 15 nov. 2016.

TRANSPARENCY INTERNATIONAL. **Corruption perceptions index 2015**. 2016. Disponível em: <<https://www.transparency.org/cpi2015/>>. Acesso em: 27 abr. 2017.

# A CRISE ÉTICA E A NECESSIDADE INADIÁVEL DA AFIRMAÇÃO DE UM DIREITO HUMANO FUNDAMENTAL AO GOVERNO PROBO\*

Cesar Luis de Araújo Faccioli\*\*

\* Artigo apresentado ao III Seminário Nacional Tutelas à Efetivação de Direitos Indisponíveis do curso de Mestrado em Direito da Fundação Escola Superior do MP (FMP), linha de pesquisa Tutela à Efetivação dos Direitos Públicos Incondicionados, eixo Patologias Corruptivas.

\*\* Mestrando em Direito pela Fundação Escola Superior do Ministério Público (FMP). E-mail: [faccioli@mprs.mp.br](mailto:faccioli@mprs.mp.br)

## Resumo

O presente artigo, desafiado pela reflexão contida na obra *Ecocivilização* (AZEVEDO, 2014) (que denuncia uma crise global multidimensional sem precedentes), trabalha o mesmo tema, a crise civilizatória, limitando, contudo, suas meditações a recorte sobre a atualidade brasileira e, nela, a crise ética, representada pela corrupção endêmica, identificando-se a necessidade de enfrentamento às desigualdades e injustiças agudizadas por essa morbidade moral contemporânea pela urgente afirmação de um direito humano fundamental ao governo probó, defluente de um princípio central de eticidade, destacando, como premissa e condição de sua argumentação, a possibilidade de formulação de direitos humanos independentes de sua imanência, necessários, contingentes e históricos, frutos da deliberação humana.

**Palavras-chave:** corrupção, direitos humanos, governo, eticidade.

## Abstract

This article, challenged by reflections within the book *Ecocivilization* (AZEVEDO, 2014) (which points out a global multidimensional crisis without precedents), works the same matter, the civil crisis, limiting, yet, its meditations about a fraction about the actuality of Brazil and, in it, the ethical crisis, is represented by endemic corruption, identifying the needs of coping of its inequalities and injustices aggravated by this contemporary moral morbidity through the urgency affirmation of a fundamental human right to the honest government, due of a central principle of ethics, highlighting, how premise and conditions of its argument, to possibility of formulation of independent human rights of its immanence, necessary, contingents and historicals, product of human deliberation.

**Keywords:** corruption, human rights, government, ethics.

## Introdução

O título deste artigo já antecipa o diagnóstico constataador que lhe dá significado. O mundo está em crise! Vive-se, sim – e negá-la seria um exercício irresponsável de solipsismo –, uma crise civilizatória sem precedentes, falando-se na escala mundial. Crise econômica, política, social, cultural, crise das identidades, do direito, da ciência e, sobretudo, crise ética. E aqui se citam apenas as dimensões mais visibilizadas pela mídia, atestatórias de um cenário de dificuldades múltiplas e extremas no qual o Estado, em todas as suas representações, é desafiado, diariamente, a dar conta das demandas de uma sociedade globalizada e cada vez mais complexa e multicultural. E fracassa, estando a crise ética na base desse malogro dominante.

O ilustre professor Plauto Faraco de Azevedo (2014, p. 13-14) bem define os tempos atuais logo na introdução de uma de suas mais preciosas obras, aduzindo que “tudo evidencia a insofismável crise civilizacional presente, a tudo permeando – a política, a economia, o direito, a democracia, a ética, a ciência [...]”.

O referido doutrinador, na obra citada, elabora rica argumentação a partir de cenários mundiais postos e escolhe como bem/valor público indisponível a ser tutelado, com prioridade, o meio ambiente, fazendo uma exortação à necessidade de se construir e afirmar um conceito e um valor viabilizadores da gestão adequada do tensionamento entre desenvolvimento econômico e preservação do planeta, o que se poderia chamar de “ecoeticidade” (se essa expressão não existe, o articulista pede licença para afirmar autoral o neologismo).

Neste artigo, contudo, o recorte geográfico é brasileiro, e o fragmento temático é o da ética como espaço da contingência humana, dimensão da escolha da sociedade organizada (em Estado) e sua possibilidade de fazer “diferente”. E o sub-recorte, neste tópico, é o enfrentamento da corrupção no Brasil e a possibilidade/necessidade de se enunciar, reconhecer e afirmar um direito humano instrumental dotado de fundamentalidade,

o direito ao governo probo, assim entendida a gestão pública honesta e eficiente, para tanto se enunciado como condição de toda a reflexão proposta, a viabilidade de direitos humanos “construídos” historicamente, tema que, em parte, fragiliza alguns dos alicerces clássicos do pensamento (ou pensamentos) jusnaturalista.

## **A crise e o malogro brasileiro em dar conta das promessas sociais da Constituição Federal de 1988: o peso da corrupção nas insuficiências prestacionais**

A crise-mãe, portanto, é a da civilização, lembrando-se a lição de Comparato, segundo quem se entende:

[...] por civilização a reunião de vários povos, que falam línguas da mesma família, partilham da mesma mentalidade coletiva, submetem-se às mesmas instituições de organização social e dispõem do mesmo saber tecnológico. Desse conjunto de elementos formadores de uma civilização, convém destacar a mentalidade coletiva e as instituições de organização social. (COMPARATO, 2011, p. 251).

Como se sabe, o Estado brasileiro, republicano e de direito, no epicentro da crise, sangra por todas as artérias de suas insuficiências por não dar conta das promessas sociais estampadas, qual promessas, no texto constitucional de 1988. Deficitário nas prestações sociais fundamentais (educação, saúde, assistência social e segurança), despreparado para o tsunami da crise globalizada que sucedeu um cosmético crescimento econômico, vê-se confrontado por movimentos da sociedade civil que questionam desde o valor de tarifas públicas até a própria democracia e seu modelo de representatividade mediada. Todas irresignações legítimas, devemos reconhecer!

E tratando de crise ética – e de transparência –, cumpre saudar que a corrupção no Brasil está sendo desnudada de modo inédito (fala-se, nomeadamente, da “Operação Lava



Jato”), ineditismo que inclui sinais alvissareiros de redução da impunidade e, especialmente, o primeiro grande episódio de responsabilização jurídica dos grandes corruptores.

Temos, pois, a obrigação e a oportunidade de, coletivamente, iniciar mudanças culturais e estruturais que poderão definir um novo Brasil, mais ético, mais eficiente, mais competitivo e, especialmente, mais inclusivo e garantidor da dignidade dos brasileiros.

E nesse norte, pretende-se fomentar, instigando, a reflexão acerca da possibilidade/necessidade da afirmação de um direito fundamental à administração pública proba, vale dizer, à gestão “não corrupta” e não gravemente imperita e, ademais, sua afirmação como direito humano (de natureza instrumental), desgarrando, assim, das concepções clássicas.

A pretensão é, ademais, que este artigo possa se constituir em mais uma contribuição (entre tantas) para uma futura – mas não remota – formulação e sedimentação de doutrina (cultura) viva de prevenção e combate à corrupção, resgatando-se, assim, o atávico civismo republicano e propondo-se a discussão vertical que venha a produzir concretas vias de intervenção “sanitarista” nas instituições estatais e não estatais (segundo e terceiro setores) nessa cena nacional de corrupção pública endêmica e aculturação de leniência e tolerância aos desvios éticos, lembrando-se, ademais, por relevante, que a corrupção, assim como as diversas manifestações de má-fé gerencial, está se tornando um fenômeno-sintoma egossintônico (que, por assimilação decorrente da reprodução em escala industrial, já não causa significativo desconforto ao tecido social, ou seja, está normalizado) da morbidez administrativa brasileira.

Além disso, essa “doença”, para alguns, “fenômeno”, para outros, determina sempre um quadro de “comorbidade”, ou seja, está sempre associada a outras atividades ilícitas (em regra é infração-meio que viabiliza a consumação de outros atentados ao patrimônio público), além de a corrupção constituir expressão da ilicitude, em sentido amplo, que vampiriza o Estado, sugando e desviando de seu curso regular os recursos que deveriam constituir as fontes de custeio e financiamento

dos direitos fundamentais do cidadão, como alimentação, educação, segurança, moradia etc. Isso é o que se chama de custo da corrupção. São os vínculos causais que unem a corrupção e o subfinanciamento dos direitos fundamentais. Ou seja, no limite, a corrupção mata!

Por isso se oferecem ao exame do leitor alguns argumentos que podem auxiliar na reflexão que leve ao reconhecimento da inadiável necessidade da inserção da eticidade gerencial pública (probidade e moralidade administrativa) no catálogo dos direitos humanos difusos, afirmando-lhe a fundamentalidade instrumental, contribuindo, assim, para a identificação de ferramentas de combate à má-fé gerencial e, especialmente, produzindo coerência ética sistêmica no trato da corrupção.

Assenta-se, assim, que o ponto de partida e premissa da meditação proposta é a aceitação, como uma possibilidade razoável (jusfilosoficamente), da existência – melhor seria dizer a formulação ou construção – de categoria de direitos humanos fundamentais que não decorram nem da lei divina nem da pura razão humana. Direitos humanos que não sejam imanências ou inerências da condição humana, mas construções éticas, ajustes estratégicos, decisões comunitárias, de certa forma contraturalidades ou convencionalidades cuja edificação conceitual se revela, e esta é a tese de fundo do artigo, um imperativo de viabilidade e conservação civilizatória, tendo como orientador o princípio que é o valor-fonte da República brasileira, o respeito e a promoção da dignidade da pessoa. Ou seja, a possibilidade de uma vontade social instituinte (e institucionalizada pela própria Constituição Federal) de um direito humano instrumental, cuja fundamentalidade se identifica em sua fundamental utilidade (notadamente a de prevenir desvios dos valores que financiarão as prestações sociais).

## Direitos humanos e direitos fundamentais: confluências necessárias

Em uma síntese possível nos limites deste artigo, os direitos humanos podem ser definidos como o acervo jurídico constituído pelo conjunto de princípios e de regras fundamentadas no reconhecimento da dignidade inerente a todos os seres humanos e cuja enunciação positivada pretende, em suma, assegurar o respeito universal e efetivo; em outras palavras, a efetivação desses direitos. Neste sumário orientado, é importante registrar, pela concepção clássica de direitos humanos, pode-se dizer, assim, que eles não seriam uma concessão do Estado formal entificado juridicamente, mas, antes, uma imanência, uma inerência do gênero humano, uma decorrência do atributo de humanidade. Tratar-se-ia, portanto, de um ramo especial dos chamados direitos subjetivos, afetado de fundamentalidade e cuja premissa única de titularidade é a condição de ser humano, entendimento que ganhou força, como se sabe, após o segundo pós-guerra do século passado.

Etimologicamente, outrossim, o termo “homem”, utilizado de modo genérico, provém do latim *homo*, que designa todo ser humano sem distinção alguma; o termo “direitos”, a seu turno, empregado em sentido subjetivo, refere-se a prerrogativas próprias de uma pessoa – ou titular – juridicamente protegidas. A expressão direitos humanos, assim, designa, na concepção clássica, prerrogativas próprias do ser humano que não de receber disciplina própria, na linha do constitucionalismo contemporâneo; ensina-nos, a propósito, o professor Henrique Lopes Dorneles (2001, p. 3) que “ela deriva da expressão ‘direitos naturais do homem’, abrangendo, em sua origem, essencialmente ‘as liberdades individuais’, estendendo-se, progressivamente, a prerrogativas de ordem social e de alcance objetivo”.

Já segundo entendimento atual, os direitos do homem são aqueles que estão consagrados (reconhecidos, positivados) nos textos internacionais e internalizados (nacionalizados por inserção no ordenamento jurídico brasileiro, em geral pela adesão a

declarações internacionais de direitos), não se excluindo a identificação (reconhecimento/afirmação) futura de novos direitos.

Nas palavras de Celso D. de Albuquerque Mello (2005, p. 5): “Se alguns vêm da própria natureza humana que construímos, outros advêm do desenvolvimento da vida social. Na verdade, o homem, nunca existiu isoladamente.”

E nessa definição identificamos um atributo cuja aceitação redefine a categoria que conhecemos pelo nome de direitos humanos e que é base para a reflexão formulada neste artigo: a historicidade. Vale dizer, os direitos humanos são categorias jurídicas decorrentes de construção histórico-cultural, portanto dotadas de contingências e temporalidade. Com razão, Bobbio (2004, p. 5) assevera que

[...] os direitos do homem[,] por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesa das novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez, e nem de uma vez por todas.

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; é a forma com que as relações humanas têm sido travadas e que mecanismos e instrumentos institucionais as têm mediado. Em cada uma dessas etapas, os direitos humanos foram se incorporando, sendo primeiro nas ideias políticas e, em seguida, no plano jurídico (portanto, no sistema normativo do direito positivo internacional e interno).

Desde a Declaração Universal, os direitos humanos<sup>1</sup> afiguraram-se como matéria cada vez mais trabalhada pela doutrina do direito internacional, provocando uma radical mudança de concepção dessa categoria, principalmente em face do direito internacional público tradicional.

Preleciona, a respeito, o professor Rogério Gesta Leal (2006):

1 Disponível em: <<http://www.dudh.org.br/declaracao/>>.

[...] a célere e eficaz evolução dos Direitos Humanos desde o início do século XX, principalmente no Ocidente, deve-se, essencialmente, ao caráter internacional de que foram investidos, incorporando-se ao Direito Internacional, a ponto de diferentes organizações internacionais tutelá-los em vários instrumentos formais e convencionais, no intento de garantir que os mesmos não sejam violados pelo estado.

Assim, os direitos humanos, ressignificados como fundamentais (especialmente por meio de inserção/enunciação constitucional), surgem como garantia social de ação coletiva, dessetorizada e sistemática para garantir a cada um o exercício pleno de suas diversas dimensões e vocações humanas, enfim, seus mínimos existenciais.

Quanto às gerações e/ou dimensões (expressões que definem os ciclos históricos cumulativos de emergência e afirmação), os direitos fundamentais são definidos como explicado a seguir. Os de primeira dimensão são os que refletem o pensamento do Estado liberal-burguês do século XVIII. Assim, os direitos (humanos) fundamentais materializam-se, limitadamente, no direito à igualdade perante a lei, à liberdade, à propriedade, à vida, nos direitos políticos básicos e nos direitos e garantias individuais do cidadão contra o abuso, inerente, do poder estatal ou de outros particulares. São as chamadas liberdades civis ou públicas. Por sua natureza, são apresentados como direitos de cunho negativo, em que o Estado e os particulares devem respeitar e tutelar as liberdades do cidadão. É o Estado absenteísta.

Os direitos fundamentais de segunda dimensão, outrossim, dizem respeito aos direitos sociais (notadamente trabalhistas), econômicos e culturais surgidos no início do século XX. Trata-se das liberdades sociais e do direito do cidadão de participar do bem-estar social, que lhe outorgam direitos a prestações sociais, como assistência social, saúde, educação, trabalho, previdência social etc. São os direitos de igualdade, correspondendo a deveres estatais de promover condições de igual acesso às políticas públicas, em geral por meio de prestações objetivas.

Os direitos fundamentais de terceira dimensão, por seu turno, dizem respeito à solidariedade e à fraternidade entre os cidadãos. No plano jurídico, reconhece-se a existência dos direi-

tos meta ou transindividuais, ou seja, que vão além da esfera de interesses do indivíduo, mas que também não são públicos (no sentido de titularizados pelo Estado). São os direitos difusos, coletivos em sentido estrito e individuais homogêneos. Mais especificamente, tratam dos direitos à paz, à autodeterminação dos povos, ao desenvolvimento sustentável, ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, à conservação do patrimônio histórico, cultural e paisagístico, ao direito à comunicação e a uma boa qualidade de vida; e, aqui, nesta dimensão, inclui-se o direito difuso (instrumental) ao governo probó.

Quanto ao tema geração e/ou dimensão dos direitos fundamentais, transcreve-se trecho precioso de lição dos ilustres professores Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins (2007) que bem sintetiza o que até aqui se expôs a respeito:

[...] muitos autores referem-se a gerações de direitos fundamentais, afirmando que sua história é marcada pela graduação, tendo surgido em primeiro lugar os direitos clássicos individuais e políticos, em seguida os direitos sociais e, por último, os "novos" direitos coletivos como os da solidariedade e de desenvolvimento, havendo também direitos de quarta geração relacionados ao cosmopolismo e à democracia universal. Esta visão é predominante na doutrina brasileira dos últimos anos e encontrou aceitação em decisões do Supremo Tribunal Federal.

## **Dos direitos humanos como produtos culturais emancipatórios, uma possibilidade a ser considerada**

Busca-se, assim, na linha do que até aqui dito, identificar e afirmar, no campo do grande guarda-chuva (gênero) dos direitos humanos fundamentais, uma (sub)categoria que fuja do arquétipo semântico tradicional dos direitos humanos (aquele claramente informado pelos influxos da definição clássica de direito natural).

Trata-se – essa categoria que se tenciona identificar – de espécie de direitos humanos fundamentais que não constituem inerências da natureza humana, algo que não portamos pela só condição de humanidade, cujo reconhecimento não é mero provimento declaratório de uma imanência anterior, atávica, nata, congênita, categorial e imutável, espécie de graça divina. Antes, ao contrário, afirma-se que os direitos fundamentais normativamente cristalizados (que, por isso, passam a ostentar o atributo da positividade) na Constituição Federal são, em verdade, conquistas político-jurídicas, são a expressão do êxito de um processo de lutas pelo reconhecimento e pela afirmação. Ao ferir a questão da abrangência semântica da expressão “direitos humanos”, o respeitado professor Marcelo Neves (2005, p. 4) leciona que “não se trata de direitos ‘eternos’, mas sim de construção e conquista político-jurídicas da modernidade, que, porém, têm viabilizado várias formas concretas de posituação e ‘interpretação’ de acordo com o respectivo contexto cultural e social”.

Com efeito, na construção metafórica de inspiração jusnaturalista de uma sociedade “natural”, há de se reconhecer que o homem “natural” não é portador de um direito humano ao governo honesto (tema-proposta deste trabalho). Ora, a ideia de uma categoria de direitos que nasceu com o gênero humano não se coaduna com essa espécie de direitos humanos que se forja na luta, histórica, por inclusão no âmbito semântico das normas internacionais e nas constituições dos Estados soberanos. Veja-se que a diversidade de significação semântica entre a visão clássica de direitos humanos e o direito humano difuso à probidade administrativa é central. Os direitos humanos “naturais, atemporais e, por isso, eternos”, preexistem à própria ideia e constituição do Estado, este, sim, uma construção (resultando contratualiforme) da razão política dos homens. Então, se os direitos naturais antecedem o contrato social, se os direitos humanos são identificados como direitos naturais, impossível, portanto, seria afirmar que o direito ao “bom governo” seja um direito humano? Não, e a justificação da resposta negativa é, em suma, o que se compartilha nesta modesta reflexão.

A objeção que se faz, nos limites deste trabalho, portanto, é contra o entendimento que insiste em reduzir o rol dos direitos fundamentais do homem aos direitos subjetivos clássicos, desconhecendo a necessidade-utilidade das tutelas coletivas no contexto massificado e globalizante em que estamos mergulhados.

Ainda nessa linha de argumentação, é pertinente a transcrição de outro trecho do brilhante artigo do professor Marcelo Neves (2005, p. 6), no qual aduz: “Quando me refiro a direitos humanos, não aponto para a noção de direitos eternos, essenciais, aistóricos. Os direitos humanos constituem uma conquista da sociedade moderna, cabendo também caracterizá-los como uma ‘invenção’ da modernidade.”

Existem, portanto, direitos fundamentais que escapam ao modelo jusnaturalista, modelo que se ancora no arquétipo quase simbólico do “homem natural”.

Como já antes se tangenciou, na doutrina clássica também dita tradicional os direitos do cidadão estavam ligados à visão liberal da política e do direito e, neste último, mais especificamente do direito subjetivo, de natureza e titularidade individual e, por isso, disponível. O clássico arquétipo liberal “credor-devedor” identificava a tutela prevalente do ordenamento jurídico na chamada modernidade: a segurança jurídica, a estabilidade das posições dos titulares dos direitos subjetivos que se contrapunham, o direito preocupava-se, notadamente, com a garantia do “*pacta sunt servanda*”, entendida como o negócio jurídico que vinculava privados, titulares de direitos individuais.

Com a evolução da humanidade, do pensamento jurídico, este na esteira do aumento da complexidade das relações entre os atores das redes de relações jurídicas e para(meta)jurídicas, notadamente a partir de meados do século XX, passaram a ser identificados outros direitos e interesses que não se adaptavam à antiga fórmula individualista, outras relações jurídicas que iam além da compreensão do direito subjetivo pessoalizado. O eixo de tutela deixava, paulatinamente, de ser o indivíduo para entrar em cena a coletividade, as corporações, as comunidades, os grupos sociais, nomeadamente os vulneráveis. Nasce, assim,

a era do direito de massa, das relações jurídicas que vão além do indivíduo, antessala do mundo globalizado e dos chamados direitos comunitários. São criadas as categorias jurídicas que recebem, catalogam e disciplinam esses “novos direitos”, no caso os direitos coletivos, identificados especialmente pelas espécies de direitos difusos e coletivos em sentido estrito.

Assim, superada a concepção individualista-liberal do direito – base do ideário epistêmico da Revolução Francesa –, consagrada nos vários códigos civis inspirados no “Code” de Napoleão, perdeu sentido a tentativa legiferante de construir leis baseadas no modelo do “direito-garantia”, normas vocacionadas a resguardar a estabilidade das relações jurídicas interpessoais (especialmente as mercantis). Nos últimos anos, produziram-se, no mundo ocidental, as assim chamadas pós-modernas constituições, contexto em que se inclui, com certeza, nossa “Carta Cidadã”, promulgada em 1988. São esses diplomas, em suma, instrumentos normativos (e com força normativa) que contemplam os direitos fundamentais de segunda e terceira geração, especialmente considerando o foco de interesse deste trabalho, os direitos meta ou transindividuais, gênero em que se insere o direito fundamental ao governo honesto.

### **Da evolução do modelo de Estado e sua relação com os direitos fundamentais. Do absentismo do Estado liberal à proatividade garantista do Estado democrático e constitucional de direito**

A ideia de Estado de direito é produto de um processo dialético de desenvolvimento sucessivo de outros conceitos e modelos de Estado e sociedade. E a da testagem desses modelos, marcadamente de seus insucessos. Tal fato se revela importante em face dos elementos políticos, econômicos e sociais envolvendo essa matéria. Se o Estado liberal de direito e o Estado social de direito não conseguiram, ao menos ao longo de toda a sua vigência, dar conta das progressivas e constantes demandas sociais, em especial no âmbito dos ideais de liberdade e igualdade, recorrentemente invocados, bem como da limitação do poder, da proteção e da implementação dos direitos huma-

nos fundamentais, há de se avaliar quais as novas possibilidades para o presente século. O próprio período do constitucionalismo social veio a contribuir, significativamente, para o avanço desse debate, eis que desbravador e certificador dos direitos humanos no âmbito de sua mais efetiva normatização, outorgando-lhes o *status* de direitos fundamentais constitucionais.

Pelos motivos que foram expostos anteriormente, pode-se concluir que não há a menor possibilidade de se desconsiderarem as experiências estatais anteriores, pois elas serviram e servem de parâmetro para novas modalidades e experiências políticas. Significa dizer que qualquer ideia de Estado democrático de direito que possamos resenhar conterà, necessariamente, atributos categoriais dos modelos anteriores. Em particular, a crise do Estado social que eclode a partir da década de 1960, mais especialmente em seu final, denuncia já a contestação de um modelo cultural e político que se encontrava exaurido, principalmente na Europa e nos Estados Unidos, e que pressiona, de dentro para fora, os países chamados desenvolvidos, tratando, especialmente, dos temas que envolvem os direitos civis, a não violência e a soberania dos povos e dos Estados, ao mesmo tempo que percebemos, nitidamente, o alargamento de um processo de transnacionalização das relações econômicas que outorga, para algumas grandes corporações transnacionais, um poder que ultrapassa o até então vigente no âmbito dos poderes públicos tradicionais instituídos. Soma-se a isso a chegada da grande crise do modelo econômico do pós-guerra, em 1973, quando o mundo capitalista, em geral, direciona-se para uma longa e profunda recessão, combinando baixas taxas de crescimento com altas taxas de inflação. São, com certeza, decorrências do neoliberalismo globalizado. Diante desse cenário, o Estado social já não consegue exercer o governo com resolutividade (inclusive comunitária), causando um sério desgaste em sua legitimidade, levando-o a uma séria implosão decisional, derivada de uma sobrecarga de expectativas sob as condições de um pluralismo associativo que politiza exageradamente todos os sujeitos sociais e coloca, portanto, uma clara diferença entre reivindicações e capacidade de controle e direção estatal



destas. Impõe-se, assim, uma valoração tanto da sociedade que se apresenta nesse final da década de 1960 quanto do Estado que é demandado, registrando-se como certo, todavia, tão somente a eliminação, sob todas as suas formas, da ideia de poder político arbitrário e comprometido com políticas pouco visíveis à comunidade (LEAL, 2006, p. 77-78).

Resumindo, mostra-se adequado dizer que o Estado democrático de direito é “amigo dos direitos fundamentais”, sem negar sua natureza contramajoritária. Nesse passo, é didática a assertiva do professor Manoel Gonçalves Ferreira Filho (2002, p. 49), reportando-se ao magistério de Mirkine-Guétz: “O Estado moderno – escreve ele – não pode contentar-se com o reconhecimento da independência jurídica do indivíduo; ele deve ao mesmo tempo criar um mínimo de condições jurídicas que permitam assegurar a independência social do indivíduo.”

E, nesse cenário, em que se reafirma o compromisso constitucional com as prestações fundamentais, voltamos ao tema central do artigo, a corrupção, o fenômeno que produz grandes impactos restritivos nas fontes de custeio das políticas públicas de atendimento aos direitos fundamentais. A propósito, a repressão à improbidade administrativa é denominada por Fábio Medina Osório (2007, p. 22) “combate às imunidades irrazoáveis do poder político”, instigante eufemismo para esse câncer que corrói, com indicativo de metástase, as fragilizadas entranhas antropóicas da sofrida nação brasileira.

Trata-se aqui, lembra-se uma vez mais, não só de um direito fundamental, mas também de um dever fundamental de gestão proba, espelhamentos necessários no marco constitucional brasileiro. De resto, o mesmo Fábio Medina Osório (2007, p. 46), identificando esse princípio que é a ideia-força do presente trabalho, denomina-o “imperativo ético da boa gestão pública na pós-modernidade”.

De outra banda, consigna-se que a afirmação do *direito fundamental à administração honesta* nessa quadra histórica se reveste de especial importância (a par de muitas outras razões extraíveis do próprio texto constitucional), porque cada vez mais sopram no Brasil contemporâneo os ventos (marcada-

mente europeus) da pós-modernidade, da globalização e sua compulsão pela eficiência administrativa a partir de concepções prevalentemente econômicas (em detrimento de valores ético-normativos). Percebe-se claramente esse movimento, agudizado após a edição da Emenda Constitucional nº 19/1998 (conhecida como a reforma do Estado). Os parâmetros da gestão privada migram e são absorvidos como significantes e, por isso, estruturantes e orientadores de uma nova ética pública balizada finalisticamente pelo atingimento de metas (produção de resultados economicamente expressivos). Ora, nesse contexto em que os entes públicos aplicam os famosos programas de qualidade total em uma estrutura estatal já infectada pela patologia da corrupção, desconsiderar a fundamentalidade do direito (e o respectivo dever) à probidade no manejo, pelos gestores, de dinheiros e valores públicos é, com certeza, agravar a doença socioinstitucional, induzindo, senão endossando, a ideia de prevalência, quase “divinização”, dos resultados e dos referenciais mercadológicos. Em outras palavras, nessa linha de pensamento, a probidade seria um dever meramente instrumental, sendo sua eventual violação quase insignificante nas hipóteses em que, atingido o objetivo (ação, projeto do governo etc.), estaríamos, portanto, retomando e relegitimando o tristemente famoso aforismo “os fins justificam os meios” e realimentando a espiral da corrupção, praticamente institucionalizando-a, se é que ainda não foi. Por isso, também, é imperioso reconhecer e afirmar a jusfundamentalidade da probidade administrativa como base da pirâmide que conforma a disciplina da probidade administrativa no Brasil. Não se poderá, sob o argumento da lógica empresarial privada, sacrificar a legalidade. Trocando em miúdos: “abaixo a ditadura da economicidade amoral”.

Aliás, esse debate sobre um dever “genético” (acepção não biológica) de honestidade no trato com a coisa pública remete o leitor ainda à sólida e atemporal ideia de “conaturalidade” do direito e da boa-fé, significando que a noção de direito nasce junto, na reflexão humana, com a ideia de boa-fé e de confiança (poder-se-ia chamar de moral). Esse princípio que impõe eticidade (expressão da tutela da confiança e/ou justa expectativa)

é uma das projeções humanas fundamentais para condicionar o comportamento da administração pública. Novamente, retomase a ambição de afirmar uma eticidade republicana genética a determinar a intolerância em relação a ataques à moral republicana, e, o que se tenta fazer, timidamente, neste trabalho é afirmar a possibilidade de identificar esses sinais textuais e a coerência sistêmica por meio do discurso – e da doutrina – dos direitos humanos. Aliás, a Constituição brasileira é, com certeza, uma das mais e melhores aparelhadas ferramentas normativas de combate à corrupção, tendo o princípio da moralidade como norte balizador e que aparece no texto sob várias roupagens designativas, como probidade, boa-fé, lealdade, decoro, entre outras. Portanto, esse compromisso com a honestidade na gestão pública é instituinte do Estado constitucional, e sua afirmação pelo (reconhecimento) princípio (ou proto) do governo honesto é fruto de extração hermenêutica conforme a Constituição.

A propósito, quanto ao tema boa-fé e sua força normativa, mostra-se esclarecedora a lição de José Guilherme Giacomuzzi (2001, p. 266):

Uma das funções que me parece mais relevante atribuir-se à boa-fé como princípio veiculado pela moralidade do art. 37 da Constituição Federal de 1988 é justamente o mandamento de proteção à confiança enquanto elemento componente do Estado de Direito Social. A confiança, que adquirira no âmbito privado especial relevância, tem-na, na órbita pública, redobrada.

### **Da afirmação constitucional da jusfundamentalidade do direito humano ao bom governo**

A honestidade gerencial, pois, foi consagrada constitucionalmente como princípio que alberga e expressa o dever fundamental do administrador público brasileiro: o dever de probidade, o dever do bom uso, de uso honesto, de boa-fé, enfim, de uso republicano da função pública. Nunca é demais lembrar que o princípio republicano traduz-se em uma tutelar afetação do patrimônio público. Daí o pedagógico alerta: a “coisa pública” é o patrimônio de todos, e não coisa de ninguém.

Portanto, é prioridade (pelo menos na proclamação formal que se extrai do texto da Constituição Federal vigente) do Estado brasileiro o combate sistêmico e “oficial” à corrupção, em especial na própria administração pública. Aliás, esse traço do DNA republicano de nosso país (pelo menos, repito, na dimensão declaratória do édito constitucional) é bem prospectado na lição do ilustre professor, advogado e ex-promotor de justiça Fábio Medina Osório (2007, p. 115-116):

Todas as Constituições brasileiras republicanas (1891, art. 54, 6º; 1834, art. 57, f; 1937, art. 85, d; 1946, art. 89, v; 1967, art. 84, v e EC 1/69, art. 82, v; 1988, art. 85, v) contemplaram a improbidade administrativa como crime de responsabilidade do Presidente da República e dos altos funcionários do Estado, o que não deixa de ser significativo e marcante, porque os ilícitos de responsabilidade, por atingirem o mais alto mandatário da nação, revestem-se de uma gravidade peculiar. A improbidade administrativa era, e é, um ilícito funcional de responsabilidade dos altos mandatários da nação, transparecendo sua gravidade e os valores que lhe são subjacentes. Não é novidade, pois, o “status” constitucional do dever de probidade, nem sua singular importância no direito brasileiro, visto que se trata de obrigação máxima do Presidente da República e dos altos mandatários da nação, com larga tradição no sistema constitucional. Essa espécie de constatação há de ser adequadamente valorada na teoria da improbidade.

Na vigente Constituição, uma derradeira confirmação, a revelação da vontade constituinte no sentido de afirmar a fundamentalidade do direito do cidadão governado a um governo honesto, vem nos arts. 37, § 4º, e 85, V, da Carta Política.

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (Alterado pela EC-000.019-1998).  
§ 4º Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível. (BRASIL, 1988).

## Conclusão

Os direitos humanos (e os fundamentais, em consequência, eis que aqui tratados como categorias de mesmo conteúdo) são, basicamente, conquistas a partir de lutas emancipatórias, produtos culturais e históricos. Logo, está-se falando de um catálogo em permanente construção e cuja expansão está condicionada a deliberações sociais e públicas advindas das tensões na cena política (logo, expansão também vinculada à solidez democrática). Nesse sentido, e diante do contexto (social e constitucional) brasileiro atual (fala-se da corrupção sistêmica), exsurge, como imperativo instituinte das mudanças que sonharam os constituintes de 1988, o reconhecimento e a afirmação de um direito humano e instrumental ao governo probó. Aliás, a inferência de que esse direito humano metaindividual ao governo honesto goza de fundamentalidade substancial se extrai do princípio da eticidade, por seu turno uma extração do valor-fonte de promoção da dignidade da pessoa humana. E, por fim, uma conclusão que se impõe por autoevidente, ou seja, a de que esse direito à governança proba goza (ou deveria gozar, essa é uma decisão ética, jurídica e política) também de fundamentalidade instrumental, destacando-se, com isso, as imediatas e mediatas relações entre os atos corruptivos e o desabastecimento alarmante dos tesouros dos entes federativos. Em suma, a subtração, a apropriação e os desvios dos dinheiros públicos inviabilizam a execução de políticas públicas de atendimento às demandas básicas e, assim, como já se disse, no limite, a corrupção mata!

## Referências

- AZEVEDO, Plauto Faraco de. **Ecocivilização**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 2004.
- COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.
- \_\_\_\_\_. **Fundamento dos direitos humanos**. Disponível em: <<http://www.iea.usp.br/artigos.htm>>. Acesso em: ago. 2016.
- \_\_\_\_\_. Capitalismo, civilização e poder. **Estudos Avançados USP**, São Paulo, v. 25, n. 72, 2011. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/eav/article/view/10585/12327>>. Acesso em: ago. 2016.
- DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- DORNELES, Henrique Lopes. A questão da fundamentação dos direitos humanos. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, v. VI, n. 14, ago. 2003. Disponível em: <[http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=3982](http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=3982)>. Acesso em: ago. 2016.
- FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. São Paulo: Atlas, 1994.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos humanos fundamentais**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- LEAL, Rogério Gesta. **Perspectivas hermenêuticas dos direitos humanos e fundamentais no Brasil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.
- MELLO, Celso D. de Albuquerque. **Direitos humanos e conflitos armados**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Martires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais**. 1. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2002.

\_\_\_\_\_. **Direitos fundamentais:** teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência. 1. ed. São Paulo, 1998. v. 3. (Coleção Temas Jurídicos).

NEVES, Marcelo. A força simbólica dos direitos humanos. **Rede:** Revista Eletrônica de Direito do Estado, Salvador, n. 4, 2005. Disponível em: <[http:// www.direitodoestado.com.br](http://www.direitodoestado.com.br)>. Acesso em: ago. 2016.

OSÓRIO, Fábio Medina. **Teoria da improbidade administrativa.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

