

Revista da

**AJURIS**





Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul

Administração e Expediente: Rua Celeste Gobbaro, nº 81, 4º andar  
Dep. Revista da AJURIS – Porto Alegre – RS  
Fones: (51) 3284.9103  
E-mail: sandra@ajuris.org.br

PRESIDENTE DA ASSOCIAÇÃO

*Vera Lúcia Deboni*

VICE-PRESIDENTE CULTURAL

*Madgéli Frantz Machado*

DIRETOR DA REVISTA

*Ingo Wolfgang Sarlet*

FUNDADOR

*Lenine Nequete*

## **COMPOSIÇÃO DOS CONSELHOS**

### **Conselho Diretivo**

- ✓ *Madgéli Frantz Machado – Vice-Presidente Cultural*
- ✓ *Ingo Wolfgang Sarlet – Diretor da Revista*
- ✓ *Eugênio Facchini Neto – Coordenador do Conselho Editorial*
- ✓ *Jayme Weingartner Neto – Diretor da Escola Superior da Magistratura*

### **Conselho Consultivo**

- ✓ *Ruy Rosado de Aguiar Júnior (Presidente), Alberto Delgado Neto, Alexandre Mussoi Moreira, Almir Porto da Rocha Filho, Antônio Guilberme Tanger Jardim, Antonio Janyr Dall'Agnol Júnior, Arminio José Abreu Lima da Rosa, Arnaldo Rizzardo, Carlos Alberto Etcheverry, Clademir José Ceolin Missaglia, Cláudio Caldeira Antunes, Cristóvam Daiello Moreira, Edith Salete Prando Nepomuceno, Eladio Luiz da Silva Lecey, Francisco José Moesch, Giovanni Conti, Iris Helena Medeiros Nogueira, José Antônio Paganella Boschi, Milton dos Santos Martins, Moacir Adiers, Ricardo Pippi Schmidt, Sérgio José Dulac Muller (in memoriam) e Wilson Carlos Rodycz.*

## Conselho Editorial Técnico Nacional

- ✓ *Adroaldo Furtado Fabricio, Araken de Assis, Athos Gusmão Carneiro (in memoriam), Carlos Alberto Alvaro de Oliveira (in memoriam), Elaine Harzheim Macedo, Eugênio Facchini Neto, Gilberto Schäfer, Ingo Wolfgang Sarlet, Maria Aracy Menezes da Costa, Nereu José Giacomolli, Paulo de Tarso Vieira Sanseverino, Rogério Gesta Leal, Tupinambá Pinto de Azevedo (in memoriam).*
- ✓ *Prof. Dr. José Luis Bolzan de Moraes – Unisinos, RS; Prof. Dr. Marcos Maliska – Unibrasil, Paraná; Prof. Dr. Andreas J. Krell – UFAL, Alagoas; Prof. Dr. Paulo Ricardo Schier – Unibrasil, Paraná; Prof<sup>a</sup> Dr<sup>a</sup> Maria Celina Bodin de Moraes – PUC, Rio de Janeiro; Prof. Dr. José Adercio Leite Sampaio – PUC, Minas Gerais; Prof. Dr. Fábio Siebeneichler de Andrade – PUC, RS; Prof. Dr. Paulo Caliendo – PUC, RS; e Prof. Dr. Wilson Steinmetz – UCS, RS; Prof. Dr. Alexandre Coutinho Pagliarini – Uninter, PR.*

## Conselho Editorial Técnico Internacional

- ✓ *Prof. Dr. Eugenio Raúl Zaffaroni – Universidad de Buenos Aires, Argentina; Prof. Jairo Parra Quijano – Universidad Santo Tomás, Bogotá, Colômbia; Prof. Dr. Nicola Picardi – Università La Sapienza, Roma, Itália; Prof<sup>a</sup> Dr<sup>a</sup> Paula Costa e Silva – Universidade de Lisboa, Portugal; Prof. Dr. Alessandro Simoni – Università Degli Studi di Firenze, Itália; Prof<sup>a</sup> Dr<sup>a</sup> Anna De Vita – Università Degli Studi di Firenze, Itália; Prof. Dr. José Maria Porras Ramirez – Universidad de Granada, Espanha; Prof. Dr. Paolo Ridola – Università La Sapienza, Roma, Itália; Prof. Dr. Humberto Nogueira Alcalá – Universidad de Talca, Santiago, Chile.*

## Avaliadores que participaram desta edição:

- ✓ *Alexandre Moraes da Rosa, UFSC, SC; Domingos Sávio Zainaghi, UNIFIEO, SP; Eduardo Rocha Dias, UNIFOR, CE; Estefânia Maria de Queiroz Barboza, UNIBRASIL, PR; Eugênio Facchini Neto, PUC, RS; Fábio Siebeneichler de Andrade, PUC, RS; Flávia de Almeida Montingelli Zanferdini, UNAERP, SP; Frederico da Costa Carvalho Neto, UNINOVE, SP; Fredie Souza Didier Junior, UFBA, BA; Gabrielle Bezerra Sales Sarlet, UNIRITTER, RS; Georges Abboud, FADISP, SP; Gerson Luiz Carlos Branco, UFRGS, RS; Giovanni Saavedra, PUC, RS; Gustavo Osna, PUC, RS; Ingo Wolfgang Sarlet, PUC, RS; Ivan Martins Motta, UNIFIEO, SP; José Fernando Vidal Souza, UNINOVE, SP; Luis Renato Vedovato, UNINOVE, SP; Maria Lúrida Calou de Araújo e Mendonça, UNIFOR, CE; Matheus Felipe de Castro, UNOESC, SC; Nereu José Giacomolli, PUC, RS; Patryck de Araújo Ayala, UFMT, MT; Roberto Correia da Silva Gomes Caldas, UNINOVE, SP; Robison Tramontina, UNOESC, SC; Rodrigo Luis Kanayama, UFPR, PR; Thais Novaes Cavalcanti, UNIFIEO, SP; Thiago Lopes Matsushita, FADISP, SP; Thiago Ribeiro Rafagnin, UFOB, BA.*

## Percentuais de endo e exogenia dos artigos científicos (14) desta edição:

- ✓ *Endogenia (04) – 28,57%*
- ✓ *Exogenia (10) – 71,43%*

## Outros textos publicados nesta edição:

- ✓ *Convite – (01)*
- ✓ *Prêmio AJURIS Direitos Humanos – (01)*

## Percentuais de endo e exogenia dos avaliadores (28) desta edição:

- ✓ *Endogenia (08) – 28,57%*
- ✓ *Exogenia (20) – 71,43%*

*Revista da*  
**AJURIS**  
ASSOCIAÇÃO DOS JUÍZES DO RIO GRANDE DO SUL

DOUTRINA NACIONAL  
DOUTRINA ESTRANGEIRA  
JURISPRUDÊNCIA SELECIONADA E COMENTADA  
NOTAS E RESENHAS DE LIVROS

ANO XLVI – Nº 147  
DEZEMBRO – 2019



© Direitos desta edição: Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul

DEPARTAMENTO REVISTA DA AJURIS

Sandra Flores – sandra@ajuris.org.br

REVISÕES ORTOGRÁFICA E GRAMATICAL – EDITORAÇÃO ELETRÔNICA

Dois Pontos Editoração

CAPA

Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul – AJURIS

### Dados Internacionais de Catalogação na Publicação – CIP

R454 Revista da AJURIS / Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul. –  
Ano 26, n. 75 (Set. 1999). – Porto Alegre: AJURIS, 1999- .

Semestral.

Continuação de: AJURIS: Revista da Associação dos Juízes do Rio  
Grande do Sul.

Descrição de: Ano 46, n. 147 (Dez. 2019)

ISSN 2358-2480

1. Direito – Periódico. 2. Poder Judiciário – Rio Grande do Sul. 3.  
Jurisprudência – Comentários. I. Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul  
(AJURIS).

CDU 34(05)

---

AJURIS não se responsabiliza pelos conceitos emitidos em artigos assinados.

AJURIS não devolverá, aos respectivos autores, originais não aproveitados.

AJURIS não é ainda repertório de jurisprudência autorizado pelos Tribunais Superiores, e a divulgação de acórdãos, comentado ou não, visa à informação de seus associados.

Solicitamos aos senhores colaboradores que os artigos sejam remetidos para o *e-mail* sandra@ajuris.org.br, em formato DOC – documento do Word.

Os colaboradores devem enviar identificação completa (qualificação profissional atual e endereços para correspondência, telefones e endereço eletrônico).

Originais não selecionados para a Revista poderão ser publicados na página da AJURIS na Internet ([www.ajuris.org.br](http://www.ajuris.org.br)).

Nossa Revista chega ao número 147. Uma longa e ininterrupta caminhada de quase meio século, desde que seu primeiro número, em julho de 1974, foi publicado. Sua linha editorial, ao longo desse tempo, alterou-se no sentido de se adequar aos novos tempos, aos novos interesses dos leitores, ao novo Direito com que lidam os operadores jurídicos da contemporaneidade.

Nossa revista viu o nascimento de novos códigos e de importantes estatutos jurídicos. Foi contemporânea à entrada em vigor do Código de Processo Civil de 1973 e assistiu às reformas legislativas dessa importante legislação. Foi testemunha da entrada em vigor da Lei de Registros Públicos, da então revolucionária “Lei do Divórcio”, da Lei de Proteção ao Meio Ambiente, da Ação Civil Pública, da Constituição Federal de 1988, do Código de Defesa do Consumidor, do Estatuto da Criança e do Adolescente, do Estatuto da Cidade, do novo Código Civil, do novo Código de Processo Civil e da Lei Geral de Proteção de Dados, para citar alguns documentos jurídicos dentre os mais importantes que foram promulgados nesse último meio século.

Em todos esses momentos, nossa Revista publicou artigos doutrinários, jurisprudência, comentários à jurisprudência, resenhas de livros. Por suas páginas passaram os melhores juristas, dando imprescindível contribuição para a melhor exegese das novidades legislativas. Em suas páginas puderam ser lidas lições que trouxeram até nós o que tinha de mais avançado no pensamento jurídico internacional, confirmando o acerto da máxima segundo a qual *Lex multiplex, jus unum* – a lei pode ser múltipla e territorial, mas o Direito é uno e universal.

A presente edição faz jus ao renome da revista. Publicamos, neste número, quatro artigos doutrinários internacionais de três juristas italianos (Alessio Martino [*Dignidade e prisão na experiência constitucional europeia*]; Antonio Saccoccio [*O papel dos contratos reais nos países do Brics: o contrato de mútuo*]; Giacomo Palombino [*Liberdade de informação e segurança pública: a problemática ponderação constitucional na luta contra o terrorismo internacional*]) e um francês (Rémy Cabrillac [*A violência econômica: perspectivas de direito comparado*]).

A doutrina nacional está representada por autores que abordam temas envolvendo o Poder Judiciário (Diógenes V. Hassan Ribeiro [*A Constituição Federal e a ascensão do Supremo Tribunal Federal: os tribunais no sistema jurídico*]; Hilbert Maximiliano Akihito Obara [*Facetas da jurisdição: da justiça Greco-Romana à aplicação positivista da lei*]; Gianfranco Faggin Mastro Andréa [*Supremo Tribunal Federal, comportamento estratégico e efeito Backlash: o caso da descriminalização do porte da maconha para consumo pessoal*]; Patrícia Dorigoni Hartmann [*Justiça*

*administrativa: o futuro dos tribunais brasileiros*]); direito tributário (Luiz Felipe Silveira Difini [*Reforma previdenciária: desconstitucionalização e tributação*]); direito penal e penitenciário (Alexandre Coutinho Pagliarini e Camila Saldanha Martins (*O combate à corrupção diante dos tratados internacionais assumidos pelo Brasil e sua influência na tipicidade penal*]); Ewerton Ricardo Messias e Gabriella Argenta Gomes Moraes [*A privatização dos presídios e a crise do sistema prisional*]; Roberto da Freiria Estevão e Claudemir Malheiros Brito Filho [*Princípio da proibição da proteção deficiente: função e missão do direito penal*]); direito privado (Ana Elisabeth Neirão Reymão e Joseane do Socorro de Sousa Amador [*Os contratos de integração: reflexões sobre seu papel no acesso ao crédito e para o desenvolvimento regional*]) e proteção de direitos fundamentais (Artenira da Silva e Silva, Josanne Cristina Ribeiro Ferreira Façanha e Lidiane Karlla Franco Cutrim [*Saúde da mulher, proteção do convívio familiar e parto prematuro: uma leitura discursiva do relatório da PEC 181 na Câmara dos Deputados Federais*]); Luciano Medeiros de Andrade Bicalho [*A necessidade da lei na defesa dos direitos fundamentais contra as intervenções do Poder Executivo*]; e Tamara Brancher [*O princípio da isonomia aplicado às pessoas com deficiência mental no casamento*], trabalho vencedor do Prêmio AJURIS de Direitos Humanos de 2017)).

Aos nossos fiéis leitores desejamos um bom proveito na leitura.

**Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet,**  
Diretor da Revista

**Prof. Dr. Eugênio Facchini Neto,**  
Coordenador do Conselho Editorial



## **DOCTRINA NACIONAL**

---

### **ALEXANDRE COUTINHO PAGLIARINI E CAMILA SALDANHA MARTINS**

*O combate à corrupção diante dos tratados internacionais assumidos pelo Brasil e sua influência na tipicidade penal* 13

---

### **ANA ELIZABETH NEIRÃO REYMÃO E JOSEANE DO SOCORRO DE SOUSA AMADOR**

*Os contratos de integração: reflexões sobre seu papel no acesso ao crédito e para o desenvolvimento regional* 39

---

### **ARTENIRA DA SILVA E SILVA, JOSANNE CRISTINA RIBEIRO FERREIRA FAÇANHA E LIDIANE KARLLA FRANCO CUTRIM**

*Saúde da mulher, proteção do convívio familiar e parto prematuro: uma leitura discursiva do relatório da PEC 181 na Câmara dos Deputados Federais* 73

---

### **DIÓGENES V. HASSAN RIBEIRO**

*A Constituição Federal e a ascensão do Supremo Tribunal Federal: os tribunais no sistema jurídico* 95

---

### **EWERTON RICARDO MESSIAS E GABRIELLA ARGENTA GOMES MORAES**

*A privatização dos presídios e a crise do sistema prisional* 129

---

### **GIANFRANCO FAGGIN MASTRO ANDRÉA**

*Supremo Tribunal Federal, comportamento estratégico e efeito Backlash: o caso da descriminalização do porte da maconha para consumo pessoal* 163

---

### **HILBERT MAXIMILIANO AKIHITO OBARA**

*Facetas da jurisdição: da justiça Greco-Romana à aplicação positivista da lei* 197

---

### **LUCIANO MEDEIROS DE ANDRADE BICALHO**

*A necessidade da lei na defesa dos direitos fundamentais contra as intervenções do Poder Executivo do Estado* 227

---

### **LUIZ FELIPE SILVEIRA DIFINI**

*Reforma previdenciária: desconstitucionalização e tributação* 251

---

### **PATRICIA DORIGONI HARTMANN**

*Justiça administrativa: o futuro dos tribunais brasileiros* 277

---

### **ROBERTO DA FREIRIA ESTEVÃO E CLEUDEMIR MALHEIROS BRITO FILHO**

*Princípio da proibição da proteção deficiente: função e missão do direito penal* 307

---

## **DOCTRINA ESTRANGEIRA**

---

**ALESSIO MARTINO**

*Dignidade e prisão na experiência constitucional europeia*

329

---

**ANTONIO SACCOCCIO**

*O papel dos contratos reais nos países do Brics: o contrato de mútuo*

343

---

**GIACOMO PALOMBINO**

*Liberdade de informação e segurança pública: a problemática ponderação constitucional na luta contra o terrorismo internacional*

361

---

**RÉMY CABRILLAC**

*A violência econômica: perspectivas de direito comparado*

379

---

## **PRÊMIO AJURIS DIREITOS HUMANOS**

---

**TAMARA BRANCHER**

*O princípio da isonomia aplicado às pessoas com deficiência mental no casamento*

393

---

## **NATIONAL DOCTRINE**

---

### **ALEXANDRE COUTINHO PAGLIARINI E CAMILA SALDANHA MARTINS**

*Combating the corruption before international treaties assumed by Brazil and its influence on criminal typicality* 13

---

### **ANA ELIZABETH NEIRÃO REYMÃO E JOSEANE DO SOCORRO DE SOUSA AMADOR**

*Integration contracts: social inclusion, financial and access to credit in favor of regional development* 39

---

### **ARTENIRA DA SILVA E SILVA, JOSANNE CRISTINA RIBEIRO FERREIRA FAÇANHA E LIDIANE KARLLA FRANCO CUTRIM**

*Health of women, protection of family convivia and premature delivery: a discursive reading of the report of PEC 181 in the Federal Chamber of Deputies* 73

---

### **DIÓGENES V. HASSAN RIBEIRO**

*The Federal Constitution and the rise of the Supreme Federal Court: the courts in the legal system* 95

---

### **EWERTON RICARDO MESSIAS E GABRIELLA ARGENTA GOMES MORAES**

*The privatization of prison and the crisis of the prison system* 129

---

### **GIANFRANCO FAGGIN MASTRO ANDRÉA**

*Supreme Court, strategic behavior and Backlash effect: the case of decriminalization of marijuana for personal use* 163

---

### **HILBERT MAXIMILIANO AKIHITO OBARA**

*Jurisdiction facets: from Greco-Roman justice to positivist law enforcement* 197

---

### **LUCIANO MEDEIROS DE ANDRADE BICALHO**

*The need for law in the defense of fundamental rights against interventions by the State Executive Power* 227

---

### **LUIZ FELIPE SILVEIRA DIFINI**

*Social security reform: desconstitutionalization and taxation* 251

---

### **PATRICIA DORIGONI HARTMANN**

*Administrative justice: the future of Brazilian courts* 277

---

### **ROBERTO DA FREIRIA ESTEVÃO E CLEDEMIR MALHEIROS BRITO FILHO**

*Principle of the prohibition of poor protection: function and mission of criminal law* 307

---

## **FOREIGN DOCTRINE**

---

**ALESSIO MARTINO**

*Dignity and prison at european constitutional experience*

329

---

**ANTONIO SACCOCCIO**

*The role of the real contracts in the Brics countries: the contract of loan*

343

---

**GIACOMO PALOMBINO**

*Freedom of information and public safety: a complicated constitutional balance in international terrorism battle*

361

---

**RÉMY CABRILLAC**

*Economic duress: prospectives of comparative law*

379

---

## **AJURIS HUMAN RIGHTS AWARD**

---

**TAMARA BRANCHER**

*The principle of isonomy applied to people with mental disabilities in marriage*

393

---

## O COMBATE À CORRUPÇÃO DIANTE DOS TRATADOS INTERNACIONAIS ASSUMIDOS PELO BRASIL E SUA INFLUÊNCIA NA TIPICIDADE PENAL

*COMBATING THE CORRUPTION BEFORE INTERNATIONAL TREATIES ASSUMED BY BRAZIL AND ITS INFLUENCE ON CRIMINAL TYPICALITY*

**Alexandre Coutinho Pagliarini<sup>1</sup>**

Doutor em Direito do Estado (PUCSP, São Paulo/SP, Brasil)

**Camila Saldanha Martins<sup>2</sup>**

Mestranda em Direito (Uninter, Curitiba/PR, Brasil)

**ÁREA(S):** direito público; direito penal; direito internacional.

**RESUMO:** O propósito deste texto científico é abordar a questão do combate à corrupção diante da incorporação dos tratados internacionais no ordenamento jurídico brasileiro. Trata-se de um tema de grande importância no mundo

atual, dada a proliferação de atos corruptivos e, consequentemente, de responsabilizações nesse sentido. Pretende-se discorrer sobre como os tratados internacionais influenciaram a edição da Lei Anticorrupção e também outras legislações nacionais, inclusive em âmbito penal. Nessa medida, o

---

<sup>1</sup> Pós-Doutor em Direito Constitucional pela Universidade de Lisboa. Mestre em Direito do Estado pela PUC/SP. Professor Titular do PPGD e da Graduação em Direito da Uninter (Curitiba/PR). Professor da UniSociesc/UniCuritiba. *E-mail:* alexandrepagliarini@terra.com.br. Currículo: <http://lattes.cnpq.br/1618544193350080>. Orcid: <https://orcid.org/0000-0001-5257-2359>.

<sup>2</sup> Pós-Graduada em Direito Penal Econômico pelo Instituto de Direito Econômico Europeu (IDPEE) em parceria com o Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCrim) e a Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Portugal. Especialista em Direito Tributário e Processo Tributário pela Universidade Positivo (UP). Especialista em Direito Penal e Processual Penal pela Escola Brasileira de Direito Aplicado em parceria com o Centro Universitário OPET. Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito de Curitiba do Centro Universitário Curitiba (UniCuritiba). Professora Titular da Graduação da Faculdade de Pinhais (FAPI), Paraná. Advogada. *E-mail:* camila@bmef.adv.br. Currículo: <http://lattes.cnpq.br/970231687630941>. Orcid: <https://orcid.org/0000-0003-2692-962X>.

debate sobre a influência das disposições convencionais internacionais na criação de tipos penais reassume posição de destaque, sendo necessário levar em consideração o princípio da reserva legal e as disposições constitucionais garantias, além dos tratados de direitos humanos já incorporados com *status* de norma constitucional. Por outro lado, em contraposição a essa compreensão, foi também necessário abordar a regra de que a incorporação dos tratados é feita de forma imediata, diante do modelo monista adotado pelo Estado brasileiro. Para melhor aproveitamento do tema, também se abordou decisões paradigma do Supremo Tribunal nesse sentido, não se pretendendo defender uma ou outra abordagem, mas sim demonstrar os diferentes posicionamentos, com seus pontos coerentes e também incoerentes.

**ABSTRACT:** *The aim of this scientific paper to address the issue of combating corruption in view of the incorporation of international treaties into Brazilian's legal system. This is a topic of great importance in today's world, given the proliferation of corrupt acts and, consequently, responsibilities in this regard. It is intended to address how international treaties influenced the drafting of the Anti-Corruption Law and also other national laws, including in criminal matters. To this extent, the debate on the influence of international conventional provisions on the creation of criminal types resumes a prominent position, taking into account the principle of legal reserve and constitutional guarantees, and even those human rights treaties already incorporated with status of constitutional norm. On the other hand, in contrast to this understanding, it was also necessary to address the incorporation of treaties is made immediately, given the monistic model adopted by the Brazilian State. To make better use of the theme, the Supreme Court leading decisions were also approached in this sense, not intending to defend one approach or another, but to demonstrate the different positions, with their coherent and also incoherent points.*

**PALAVRAS-CHAVE:** corrupção; tratados internacionais; cooperação jurídica internacional; legalidade; Constituição.

**KEYWORDS:** *corruption; international treaties; international legal cooperation; legality; Constitution.*

**SUMÁRIO:** Introdução; 1 A corrupção em âmbito global; 2 A internacionalização dos tratados de combate à corrupção pelo Brasil; 3 Os tratados como justificativa do anteprojeto da Lei Anticorrupção; 4 O combate à corrupção diante dos tratados internacionais incorporados e assumidos pelo Brasil; Considerações finais; Referências.

**SUMMARY:** *Introduction; 1 Corruption at the global level; 2 The internationalization of anti-corruption treaties by Brazil; 3 The treaties as justification of the draft Anti-Corruption Law; 4 The fight against corruption in the face of international treaties incorporated and assumed by Brazil; Final considerations; References.*

## INTRODUÇÃO

O fenômeno da corrupção é, atualmente, uma das grandes inquietações da atualidade. Ele envolve qualquer locupletamento indevido, decorrente da prática de ato ilegal ao mesmo tempo antiético para beneficiar alguém ou facilitar alguma atividade.

Nas últimas décadas, além do aumento dos casos envolvendo corrupção na seara pública nacional, cresceu também a imagem desonesta do País em nível internacional. Isso se corrobora a partir dos dados obtidos pela Organização Não Governamental “Transparência Internacional”, pelo qual somos considerados o 105º País no índice de transparência, nosso pior resultado desde 2012. Estima-se que cerca de R\$ 130 bilhões são desviados todos os anos com a corrupção, correspondendo a 2,3% de todo o produto interno bruto do País<sup>3</sup>. A partir desses números, é possível creditar a essa demanda social o crescimento dos movimentos de apoio à punição e repreensão da corrupção no País, a exemplo do que observamos com as chamadas “Dez Medidas contra a Corrupção”<sup>4</sup>.

Foi nesse cenário crescente que surgiram as legislações de combate à corrupção, tanto internamente quanto no âmbito internacional. Voltam a ter interesse na atualidade, portanto, os tratados internacionais já ratificados pelo Brasil no início das décadas de 1990 e 2000, na medida em que servem de base para a edição da “Lei Anticorrupção”.

É também ao redor desse panorama que se justifica a presente pesquisa. Os tratados internacionais ratificados pelo Brasil servem de base para a edição da Lei Anticorrupção, além de inovarem na legislação pátria no que se refere à criação de tipos penais diferenciados, visando justamente combater esse fenômeno em âmbito mundial. Por meio desse objetivo, pretende-se abordar quais são os tratados adotados pelo ordenamento jurídico no combate às práticas corruptivas. Ainda, intenta-se também estudar qual a influência dessas convenções na edição de normas penais incriminadoras, se tal adoção é legítima ou não e em que medida ela pode influenciar a tipicidade penal. Isso tudo levando em conta os posicionamentos do Supremo Tribunal Federal sobre

<sup>3</sup> Transparência Internacional. Índice de percepção da corrupção 2018. Disponível em: <<http://ipc2018.transparenciainternacional.org.br/#ipc-2018>>. Acesso em: 22 ago. 2019.

<sup>4</sup> BRASIL. Ministério Público Federal. Dez medidas contra a corrupção. Disponível em: <<http://www.dezmedidas.mpf.mp.br>>. Acesso em: 22 ago. 2019.

o disposto sobre os tratados internacionais e a edição de leis com novos tipos penais, fundados em convenções internacionais.

## 1 A CORRUPÇÃO EM ÂMBITO GLOBAL

Entre as patologias contemporâneas mais usuais está a corrupção. É considerada, na opinião de Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha, a pior devassidão social, pois atinge os países causando desgostos nacionais e interacionais, levando também à falência de empresários e empresas privadas e públicas, culminando, por fim, em índices altíssimos de desigualdades sociais e violação de direitos fundamentais<sup>5</sup>. Isso porque ela é capaz de acarretar a diminuição gradativa da qualidade de vida de uma sociedade, impedindo a concretização de direitos. Assim, estamos diante de uma prática altamente antidemocrática, tendo em vista que acarreta o descrédito das instituições e o enfraquecimento dos valores morais e éticos de um povo.

Isso ocorre porque a corrupção é responsável pelo desvio dos deveres formais de um papel público, em razão da sobreposição dos interesses pessoais em nome de ganhos financeiros ou *status*. Quando ela causa esse desequilíbrio no papel do Estado, atinge nossa democracia.

Nesse sentido, é estritamente necessário que a corrupção seja compreendida como um resultado da interação constante entre interesses público e privado dentro da estrutura do Estado, de modo que ela sempre existirá quando uma autoridade pública exercer poder de discricionariedade na distribuição de um benefício ou de um custo para o setor privado<sup>6</sup>. Na contemporaneidade, passou a exercer maior influência e incidência nas economias atuais, especialmente diante do aumento dos fluxos comerciais internacionais, dando ensejo, inclusive, a um maior número de oportunidades para realização de negócios por sua prática.

Desse modo, já faz algum tempo que ela deixou de se limitar ao território de um Estado, caracterizando-se pela transnacionalidade. Além de ultrapassar as fronteiras dos países no que tange à corrupção estatal, ela também está amplamente relacionada à prática de crimes de características tipicamente transnacionais, como evasão de divisas, tráfico de drogas, de

<sup>5</sup> ROCHA, Maria Elizabeth Guimarães Teixeira et al. Fundamentos constitucionais sobre a luta contra a corrupção no Brasil. *Revista Ius Gentium*, Curitiba, v. 9, n. 1, p. 140-156, jan./abr. 2018, p. 101.

<sup>6</sup> FERREIRA, Luciano Vaz; MOROSINI, Fábio Costa. A implementação da lei internacional anticorrupção no comércio: o controle legal da corrupção direcionado às empresas transnacionais. *Revista Brasileira de Estratégia e Relações Internacionais*, v. 2, n. 3, p. 257-277, jan./jun. 2013, p. 259.



pessoas e organizações criminosas. Ainda, se aproveita dos mais modernos e avançados recursos tecnológicos em matéria de comunicação, com a utilização de recursos informáticos, desembocando no crime de maior preocupação global da atualidade: a lavagem de capitais<sup>7</sup>. Essa posição também é sustentada por Larissa Ramina, ao afirmar que a globalização fez com que a corrupção se internacionalizasse e, por consequência, faz com o que seu combate se torne prioritário<sup>8</sup>.

No âmbito internacional, parece ser a França o país onde os seus efeitos causaram mais profunda e revoltante repercussão, já que possui uma das histórias mais significativas em termos de conquistas das liberdades individuais e busca pela igualdade<sup>9</sup>. A China também foi vítima das práticas corruptivas, pois, em sua antiguidade, os funcionários recebiam uma gratificação extra denominada “*yang-lien*”, cujo significado basicamente é “nutrir a incorruptibilidade”<sup>10</sup>. Na Itália, por sua vez, uma das mais conhecidas ações contra a corrupção teve seu curso, a denominada “Mãos Limpas”, na qual se visou mais no combate à corrupção do que a proteção dos direitos individuais<sup>11</sup>, à semelhança do que ocorre no Brasil com a denominada “Operação Lava-Jato”.

Em suma, podemos afirmar que a corrupção está globalizada<sup>12</sup>. Esse reconhecimento adquire relevância, especialmente para a adoção de medidas combativas também em domínio global, em sua repressão, detecção e prevenção, as quais vem sendo mobilizadas dentro dos Estados e da sociedade internacional para que se encontrem instrumentos de atuação conjunta e

<sup>7</sup> GARCIA, Mônica Nicida. Três Convenções Internacionais Anticorrupção e seu impacto no Brasil. In: PIRES, Luis Manuel Fonseca; ZOCKUN; ADRI, Renata Porto (Coord.). *Corrupção, ética e moralidade administrativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 3.

<sup>8</sup> RAMINA, Larissa. *Ação internacional contra a corrupção*. Curitiba: Juruá, 2002. p. 2003.

<sup>9</sup> FÉDER, João. *Erário: o dinheiro de ninguém*. Tribunal de Contas do Estado do Paraná, Curitiba, 1997. p. 11.

<sup>10</sup> *Ibid.*, p. 117.

<sup>11</sup> *Ibid.*, p. 121.

<sup>12</sup> “O substantivo globalização, sinônimo de mundialização, é utilizado mais para se referir ao recorte econômico dessas mudanças que são efetivamente multidimensionais (ainda que se reconheça a economia como o motor, ou aspecto central, desse processo), e, ao mesmo tempo em que o referido vocábulo exprime uma tradução mais literal do difundido em inglês, *globalization*. Ademais, o étimo ‘global’, também tem como sinônimo o ‘integral’, que não necessariamente é planetário.” (DE MORAIS, Jose Luis Bolzan; SALDANHA, Jânia Maria Lopes; VIEIRA, Gustavo Oliveira. Sobre a internacionalização do direito a partir dos direitos humanos. Ou: para onde caminha a humanidade. *Revista Direitos Culturais*, Santo Ângelo, v. 6, n. 11, p. 109-132, jul./dez. 2011, p. 112)

integrada. Ela se apresenta em dimensões internacionais tão significativas que a cooperação internacional é indispensável para seu combate, a fim de promover a responsabilidade, a transparência e o seguimento das regras do Estado Democrático de Direito.

## **2 A INTERNACIONALIZAÇÃO DOS TRATADOS DE COMBATE À CORRUPÇÃO PELO BRASIL**

### **2.1 CONVENÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS DE COMBATE À CORRUPÇÃO**

Desde 1996, vem sendo expandida a discussão global sobre a corrupção, dadas as suas dimensões que ultrapassam as barreiras dos Estados. Com isso, vários órgãos e entidades internacionais se engajaram na elaboração de normas e tratados que trouxessem à comunidade internacional um objetivo comum de combate à corrupção. Entre elas, está a Organização das Nações Unidas.

A entidade possui 193 Países-membros ativos atualmente, os quais necessariamente estão vinculados às suas normativas, tendo em vista a obrigatoriedade de cumprimento dos tratados por seus signatários<sup>13</sup>. Embora os debates sobre as práticas corruptivas em negócios internacionais tenham iniciado com a Resolução nº 3.514 da Assembleia-Geral do Órgão, foi apenas por iniciativa da UNODC, em novembro de 2009, que mais de mil delegados e cento e vinte e cinco países se reuniram em Doha, no Qatar, para a implementação da Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção<sup>14</sup>.

Ela contém setenta e um artigos e é dividida em oito capítulos. Entre suas previsões, traz mecanismos de prevenção, criminalização de atos corruptos, cooperação jurídica internacional e recuperação de ativos. Prevê, ainda, a criação de agências anticorrupção, transparência no setor público, participação da sociedade civil organizada, códigos de conduta para funcionários públicos e regras para a contratação e gestão pública. Seu nível de detalhamento pode ser atribuído ao fato de ela abranger uma gama maior de Estados do que as outras Convenções Internacionais, além das significativas diferenças de cultura entre os Estados signatários, localização geográfica, língua, regime político e

---

<sup>13</sup> REZEK, Francisco. *Direito internacional público: curso elementar*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 103.

<sup>14</sup> UNITED NATIONS OFFICE ON DRUGS AND CRIMES. Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção. Escritório de ligação e parceria no Brasil. Disponível em: <<https://www.unodc.org/lpo-brazil/pt/corruptcao/convencao.html>>. Acesso em: 8 jun. 2019.

jurídico. Sendo criada, ao menos em tese, para as mais variadas nações – desde as democracias clássicas aos regimes mais autoritários –, ela contém disposições de aplicabilidade global, tomando como base os Estados em que o respaldo e o incentivo da comunidade internacional sejam mais necessários no que tange ao combate à corrupção.

Por isso, é considerado o maior e mais completo tratado global vinculante contra a corrupção, trazendo disposições acerca da adoção de instrumentos penais, civis e administrativos às nações ratificantes. Em um de seus principais cenários, prevê a cooperação jurídica internacional entre os Estados, como medida de facilitar o combate à corrupção, diante de previsões que dispõe sobre extradição, transferência de procedimentos criminais, investigações conjuntas e, ainda, recuperação de ativos em casos de crime de lavagem de capitais.

Trazendo-a ao cenário pátrio, destaca-se que, como Convenção, tem *status* de Lei Ordinária e suas disposições independem de regulamentação ou edição de leis específicas, ou seja, ela é aplicada de forma imediata. Como o Brasil foi signatário dela no ano de 2003, possui efeito vinculante por si só, obrigando o Estado a adotar suas medidas. No entanto, ainda assim foi ratificada em âmbito nacional, primeiramente, pelo Decreto Legislativo nº 348, de 18 de maio de 2005, e, posteriormente, promulgada pelo Decreto Presidencial nº 5.687, de 31 de janeiro de 2006.

## 2.2 CONVENÇÃO INTERAMERICANA CONTRA A CORRUPÇÃO (OEA)

Trata-se do primeiro instrumento internacional de combate à corrupção, aprovado em 1996<sup>15</sup>, com medidas repressivas e também preventivas. Como é de sua natureza própria de tratado internacional, foi incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro por meio de Decreto Legislativo (nº 152, de 25 de junho de 2002) e, posteriormente, aprovada por meio de Decreto Presidencial, sob o nº 4.410, de 7 de outubro de 2002. Assim como a CNUCC, detém *status* de lei ordinária, vinculando o Estado brasileiro ao seu cumprimento.

Entre seus objetivos, previu a promoção e o fortalecimento, por cada Estado-membro, de mecanismos para prevenir e reprimir as práticas

<sup>15</sup> UNITED NATIONS OFFICE ON DRUGS AND CRIMES. Convenção Interamericana contra a Corrupção. Corrupção: marco legal. Legislação Internacional. Disponível em: <<https://www.unodc.org/lpo-brazil/pt/corruptcao/marco-legal.html>>. Acesso em: 9 jun. 2019.

corruptas. Diferentemente das demais, essa Convenção inova ao criminalizar coautores, instigadores, cúmplices e acobertados, tanto em âmbito doméstico quanto internacional. Todavia, é importante destacar que ela é direcionada exclusivamente à corrupção em âmbito público<sup>16</sup>.

Ela ainda estabelece uma série de medidas preventivas que visam alcançar o objetivo de internacionalização. Assim, atua como verdadeiro instrumento sintetizador de normas esparsas de Direito Constitucional, Administrativo, Tributário, Penal e Civil, possibilitando a intersecção de todos esses ramos do Direito em um único sistema – o de combate à corrupção<sup>17</sup>.

Sua implementação pelos Estados signatários foi acompanhada pelo Mecanismo de Acompanhamento da Implementação da Convenção (MESICIC), conhecido como “documento de Buenos Aires”, o qual consiste basicamente na avaliação periódica dos subscritores. Inclusive o Brasil já passou por essa avaliação na primeira rodada, recebendo diversas recomendações, cujo cumprimento será objeto de nova avaliação nas próximas avaliações<sup>18</sup>. Os relatórios de revisão ainda foram feitos nos anos de 2014 e 2017, última etapa de avaliação pela qual o Brasil passou.

Ao ser ratificado e incorporado pelo Brasil, tornou-se um instrumento importante no combate à corrupção, exceto no que tange às cláusulas de direito penal<sup>19</sup>, haja vista a presença da obrigatoriedade de cumprimento da estrita legalidade no ordenamento jurídico brasileiro<sup>20</sup>. No entanto, sob o aspecto das normativas tratadas pela Convenção, é possível afirmar que o ordenamento jurídico brasileiro é bem completo em instituir legislações combativas à corrupção, sendo certo que o único dispositivo ainda não tipificado legalmente no Brasil como crime é o enriquecimento ilícito, o qual é previsto como

---

<sup>16</sup> Ramina, 2008, p. 72.

<sup>17</sup> Garcia, 2011, p. 8.

<sup>18</sup> Ibid., p. 10.

<sup>19</sup> É sabido que o direito penal se opera mediante o princípio da estrita legalidade, previsto em seu art. 1º, *caput*, que prediz: “Art. 1º Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal” (Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm)>. Acesso em: 9 jun. 2019).

<sup>20</sup> Além da previsão da estrita legalidade em matéria especificamente penal trazida pelo art. 5º, inciso XXXIX, a Constituição da República Federativa do Brasil garante que não haverá pena sem anterioridade normativa, até porque a edição de normas penais é de competência exclusiva da União, conforme art. 22, inciso I, da CF.

improbidade administrativa, mas já apresentado no art. 277 do Projeto de Lei de alteração do Código Penal.

### **2.3 CONVENÇÃO DOS FUNCIONÁRIOS PÚBLICOS ESTRANGEIROS DA OCDE (ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO)**

Segundo a Controladoria-Geral da União, estamos diante de um instrumento de cooperação internacional na área de prevenção e repressão à corrupção de funcionários públicos estrangeiros, na esfera de transações comerciais internacionais. Ele estabelece responsabilidades às pessoas jurídicas que corrompem os funcionários públicos estrangeiros, considera a imposição de sanções cíveis ou administrativas às pessoas que recaiam em condenações nesse sentido, estabelece prestações de assistência jurídica recíproca efetiva e rápida entre os Estados-membros e visa eliminar a concorrência desleal gerada pelas práticas corruptivas.

Sua precursora é a lei americana FCPA (Foreign Corrupt Practices Act), de 1977, primeiro diploma legal a combater atos de corrupção em nível internacional. Abarcou os escândalos de Watergate ocorridos nos Estados Unidos na década de 1970, que revelaram a prática comum de pagamentos de ilícitos de grandes multinacionais americanas para funcionários públicos estrangeiros, visando à facilitação para seus negócios em outros países, culminando na renúncia do presidente norte-americano Richard Nixon.

No entanto, a adoção dessas medidas no cenário dos Estados Unidos fez com que suas empresas ficassem menos competitivas no contexto internacional, o que desencadeou grande pressão internacional americana para a adoção da Convenção dos Funcionários Públicos Estrangeiros da OCDE. Dessa forma, a primeira preocupação da Convenção foi obter o compromisso dos Estados-membros de promoverem a imediata criminalização dos atos de corrupção de funcionários estrangeiros ligados às transações comerciais internacionais: seu art. 1º já traz essa obrigatoriedade de tipificação.

Adveio do Anteprojeto nº 14/1995, submetido ao Conselho e aprovado, incitando os Estados a desenvolver e implementar medidas anticorrupção, a fim de prevenir, detectar, investigar, controlar e incentivar a cooperação jurídica nessa matéria<sup>21</sup>. Ela é fruto da constatação da OCDE de que a corrupção é um

<sup>21</sup> Ramina, 2008, p. 48.

fenômeno amplamente difundido nas transações comerciais internacionais, incluindo comércio e investimento, o qual desperta diversas preocupações morais e políticas, abalando a boa governança e o desenvolvimento econômico, causando ainda distorção das condições internacionais de competitividade<sup>22</sup>.

Foi aprovada em 1999 e ratificada pelo Brasil no ano 2000, por meio do Decreto nº 3.678, de 30 de novembro de 2000, apesar de o País não ser membro da OCDE. Ela trouxe importantes mudanças no âmbito de nossa legislação interna, tendo em vista que as Convenções Internacionais que têm o Brasil como signatário ingressam no ordenamento jurídico com força de lei ordinária, de modo que não seria necessária uma nova lei de combate à corrupção. Segundo o ex-Ministro do Superior Tribunal de Justiça Gilson Dipp, no entanto, o País possui um entrave burocrático relacionado à aplicabilidade de pactos internacionais, que estaria relacionado à dificuldade desses perante o Supremo Tribunal Federal<sup>23</sup>.

É por isso, inclusive, que houve a edição da Lei nº 10.467/2002, a qual introduziu no Código Penal brasileiro o Capítulo II-A no Título IX, denominado “dos crimes praticados por particulares contra a administração pública estrangeira”, contendo os arts. 337-B, 337-C e 337-D, os quais tornam típicas as condutas de corrupção ativa em transação comercial internacional e tráfico de influência em transações comerciais internacionais, além de definirem o conceito de funcionário público estrangeiro. Assim, a referida Convenção inova na responsabilização dessas pessoas, pois torna-se precursora desses tipos penais, não havendo nenhuma legislação anterior nesse sentido dentro do território nacional.

Ademais, ainda conforme a orientação convencional, foi a principal normativa internacional que serviu de fundamento à denominada “Lei Anticorrupção”, promulgada em 1º de agosto de 2013<sup>24</sup>, a qual se debruçará a seguir nesse estudo.

---

<sup>22</sup> Garcia, 2011, p. 3.

<sup>23</sup> DIPP, Gilson. Dipp defende a aplicação de convenções contra a corrupção. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2013-nov-05/gilson-dipp-defende-aplicacao-convencoes-internacionais-corrupcao>>. Acesso em: 9 jun. 2019.

<sup>24</sup> BRASIL. Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013. Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a Administração Pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2013/lei/l12846.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12846.htm)>. Acesso em: 9 jun. 2019.

### 3 OS TRATADOS COMO JUSTIFICATIVA DO ANTEPROJETO DA LEI ANTICORRUPÇÃO

O combate à corrupção no Brasil é normatizado em várias legislações pátrias, como o Código Penal, a Lei de Ação Civil Pública, a Lei de Licitações, entre outras. No entanto, a mais importante delas certamente é a denominada “Lei Anticorrupção”.

Não obstante sua edição tenha ocorrido só no ano de 2013, é fato que seu nascimento decorreu de diversos debates realizados em nível internacional ao longo dos anos, em especial com influência britânica e americana. Apesar de as influências serem posteriores à ratificação e promulgação dos decretos internacionais em território nacional, foi diante desse cenário internacional de novo destaque à corrupção que o tema volta a ser debatido no Brasil, agora sob a forma de inovação legislativa. Dentro do País, ainda, a discussão foi acelerada especialmente ante os protestos da população que tomaram as ruas em 2013, primeiramente motivadas pelo aumento da tarifa do transporte público e, posteriormente, culminando em manifestações populares reivindicando o fim da corrupção<sup>25</sup>.

Instaurado em 2010, o processo legislativo da Lei Anticorrupção tinha como objetivo principal o cumprimento dos compromissos internacionais decorrentes da ratificação dos tratados pelo Brasil, em especial aos termos da Convenção sobre o combate da corrupção de funcionários públicos estrangeiros em transações comerciais internacionais da OCDE, subscrita por nosso Estado em 1997 e ratificada em 2000. Isso porque o tratado em questão é o que prevê a responsabilização e o combate à corrupção em relação às empresas internacionais, quando relacionam-se com funcionários públicos, o que atinge o interesse da comunidade internacional.

É certo que, ao assinar os referidos tratados, o Estado brasileiro já havia manifestado seu consentimento em implementar tais regramentos em seu ordenamento jurídico nacional. Ao firmar o ato jurídico da vontade, celebrou-o por meio do *pacta sunt servanda*, determinando a obrigatoriedade de ele ser cumprido dentro na circunscrição do Estado nacional, podendo ser mal visto

---

<sup>25</sup> VILAR, Fábio da Costa; DIAS, Ronaldo Mayrink de Castro Garcias. Os diplomas internacionais, o momento político e a edição da lei anticorrupção, p. 177-187. In: *Direito penal econômico: tendências e perspectivas*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017. p. 177.



em âmbito internacional se assim não o fizesse, inclusive com a imposição de eventuais reprimendas internacionais.

Trata-se de uma perspectiva de cooperação internacional entre as nações, com a necessidade de produção compartilhada, oriunda do conjunto de vontades soberanas pela cooperação normativa. Assim, é necessário que o texto constitucional esteja aberto às inclusões da cooperação internacional<sup>26</sup>.

No entanto, mesmo sob essa lógica, é imprescindível reconhecer que os tratados internacionais funcionam como veículos introdutores de normas no ordenamento jurídico, inclusive de natureza formal<sup>27</sup>, como é o caso dos tratados ratificados<sup>28</sup> pelo Brasil em relação ao combate à corrupção, posto que celebrados sob a égide do princípio da boa-fé e sem nenhum vício de vontade. A ratificação, nesse caso, é de competência do Presidente da República, que não poderá fazê-la sem submeter à análise e aprovação do Congresso Nacional.

No caso em questão, é certo mencionar que, além do Estado brasileiro consentir com sua obrigatoriedade de cumprimento, todos os três ainda foram ratificados pela modalidade formal, qual seja, a edição de Decreto submetido ao Poder Legislativo. Assim, sequer seria necessário que tal legislação tivesse sido editada. Diante do regramento do direito internacional, o tratado funciona como veículo introdutor de normas e, assim, na legislação brasileira, já dispõem do mesmo *status* conferido à lei ordinária, sem hierarquia entre eles.

No entanto, mesmo diante de tais normativas internacionais e da obrigatoriedade de o Estado brasileiro cumprir o tratado a que se obrigou voluntariamente em âmbito internacional, o Poder Executivo encaminhou ao Congresso Nacional o projeto de lei em questão, o qual tramitou por quase três anos na Câmara dos Deputados, sem que nenhuma conduta proativa tenha sido

---

<sup>26</sup> MALISKA, Marcos Augusto. A cooperação internacional para os direitos humanos entre o direito constitucional e o direito internacional. Desafios ao Estado constitucional cooperativo. Disponível em: <[http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/bh/marcos\\_augusto\\_maliska.pdf](http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/bh/marcos_augusto_maliska.pdf)>. Acesso em: 8 fev. 2020.

<sup>27</sup> PAGLIARINI, Alexandre Coutinho. *Constituição e direito internacional: cedências possíveis no Brasil e no mundo globalizado*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 91.

<sup>28</sup> “Ratificação é ato internacional e é de competência do chefe do Estado ou do chefe de governo, dando-se preferência, por razões que dispensam análise, ao primeiro, não estando aptos os parlamentos nacionais a ratificar tratados por não serem tais colegiados legislativos titulares das relações exteriores dos Estados. Assim, é por meio da ratificação que o Estado, já signatário de um tratado aprovado, exprime internacionalmente seu desejo de se obrigar por tal veículo introdutor de normas, sendo também pela ratificação que o chefe do Estado [...]” (Pagliarini, 2004, p. 123)



tomada para aprová-la. Todavia, diante da pressão popular inflamada à época pelos aludidos protestos do ano de 2013, foi aprovado por essa Casa Legislativa em menos de um mês (12 de junho de 2013), após decretado regime de urgência e, posteriormente, encaminhando ao Senado, o qual o aprovou em votação simbólica em 4 de julho de 2013.

Especificamente a despeito da legislação, destaca-se que estamos diante de uma norma criada com o fim de ampliar o rol de condutas puníveis, introduzindo ainda a responsabilidade objetiva da pessoa jurídica por atos de corrupção contra o interesse do Estado, até então inexistente em nosso ordenamento. Ainda por meio de suas disposições, ela também demonstra a imprescindibilidade de adoção de política de governança pelas empresas, consistente basicamente na elaboração de códigos de conduta, regras e procedimentos anticorrupção, como canais de denúncia, além de disposições sobre colaboração premiada<sup>29</sup> e leniência<sup>30</sup>, com o intuito de prevenir as práticas corruptas praticadas pelas empresas e, conseqüentemente, as punições. Embora seja uma lei em tese de punibilidade administrativa da empresa, seus reflexos também são grandes na área cível e penal.

É justamente por isso que não pode incluí-la no ordenamento jurídico de maneira irresponsável. Por prever novas criminalizações e diminuir determinados direitos, deve ser fundada na noção de proporcionalidade, a qual se trata de um dever de proteção por parte do Estado<sup>31</sup>. Mesmo sendo necessária a proteção eficiente do patrimônio e da administração públicos, a inobservância da proporcionalidade leva a uma omissão constitucional.

---

<sup>29</sup> Colaboração premiada é o acordo realizado entre Ministério Público ou autoridade policial federal ou judiciária e participante de determinado delito, por meio do qual as autoridades buscam obter informações relevantes sobre a materialidade do crime praticado e identificação de outros coparticipantes, dando ao colaborador, em troca, benefícios que são relativos à aplicabilidade da pena, como sua extinção ou redução, a depender das informações por ele trazidas (nota da autora).

<sup>30</sup> Acordo de leniência, por sua vez, é uma inovação legislativa trazida pela Lei Anticorrupção. Conhecida como a “colaboração premiada das empresas”, é por meio do acordo de leniência entre empresa e autoridade administrativa que se opera a elucidação de outros delitos cometidos no âmbito da empresa ou de outras empresas. Por meio dele, igualmente, pressupõe-se a assunção de “culpa” da empresa pela prática do ilícito, por meio da qual ocorre a redução da multa e da penalidade da empresa pelo próprio órgão administrativo (nota da autora).

<sup>31</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre a proibição de excesso e de insuficiência. *Revista da Ajuris*, ano XXXII, n. 98, p. 132, jun. 2005.

Como mencionado no decorrer desse capítulo, se observarmos a exposição de motivos da referida legislatura, é possível concluir que sua edição se deu justamente com o objetivo de dar efetividade às normativas internacionais sobre o tema, de modo que as três Convenções supramencionadas serviram de fundamento para sua implementação. Diante do compromisso assumido, era necessário que o próprio Estado brasileiro estabelecesse regras de tratamento da corrupção no âmbito das empresas dentro de seu território. Assim nasceu a Lei Anticorrupção.

#### **4 O COMBATE À CORRUPÇÃO DIANTE DOS TRATADOS INTERNACIONAIS INCORPORADOS E ASSUMIDOS PELO BRASIL**

A corrupção transformou-se em uma das grandes mazelas da atualidade. Com isso, toda a comunidade internacional tem movimentado seus esforços para combatê-la, por meio das mais variadas formas e, principalmente, através da adoção de métodos de cooperação jurídica internacional, já que os crimes dela decorrente ultrapassam as barreiras nacionais.

Foi nesse sentido que se deu a edição da Lei Anticorrupção em território brasileiro, como visto. Decorrente dos tratados internacionais adotados, ela é o caminho mais fácil para permitir a responsabilização da pessoa jurídica por atos de corrupção contra a Administração Pública nacional ou estrangeira. Isso, pois é o método menos garantista, quebrando ou dando novos entendimentos a diversos conceitos que são próprios do Direito Penal e, portanto, sujeitos à estrita legalidade<sup>32</sup>.

No Estado Democrático de Direito, a função administrativa está vinculada ao princípio da legalidade, o qual também orienta e deve orientar toda atividade estatal. A previsibilidade das consequências de ações e omissões é decorrente da segurança jurídica, de modo que, na esfera penal, as condutas consideradas como crime são necessariamente descritas de forma individualizada e precisa, tanto no aspecto objetivo – ou seja, a descrição fática em si da conduta –, quanto, também, decorrente do ânimo subjetivo do agente.

---

<sup>32</sup> COUTO, Rainer. A responsabilidade da pessoa jurídica no combate à corrupção: uma análise dos 20 anos da Convenção anticorrupção da OCDE. In: FÉRES, Marcelo Andrade; CHAVES, Natália Cristina. *Sistema anticorrupção e empresa*. Belo Horizonte: P'lácido, 2018. p. 57; AMORIM, Rafael Amorim. A aplicação do princípio da tipicidade nos atos lesivos previstos na lei anticorrupção empresarial. In: FÉRES, Marcelo Andrade; CHAVES, Natália Cristina. *Sistema anticorrupção e empresa*. Belo Horizonte: P'lácido, 2018. p. 194.

Nessa linha de ideias, as Convenções aqui tratadas, embora de suma importância no combate da corrupção transnacional, não poderão subsidiar a responsabilização dos agentes públicos brasileiros que venham a ser corrompidos em transações internacionais. Tais sujeitos devem ser responsabilizados nos termos das legislações brasileiras assim editadas, as quais definem os crimes de corrupção ativa, passiva, concussão, entre outros, independente de quem seja o corruptor e o corrompido – pessoas físicas, jurídicas, nacionais e/ou estrangeiras.

Não obstante não haver nenhuma disposição constitucional direta e expressa que disponha sobre a hierarquia entre tratado e norma constitucional, reconhecemos que eles possuem *status* de lei ordinária. Isso quer dizer que não podem ser superiores à Constituição, até porque se submetem ao controle de constitucionalidade, como as demais legislações pátrias. Estarão equiparados às normas constitucionais apenas os tratados internacionais que versem sobre direitos humanos, nos termos do que determina o art. 5º, § 3º, da Constituição da República Federativa do Brasil. Em não sendo o caso, não há que se falar em sobreposição das normas pactícias sobre a Carta Magna. Assim, da mesma forma que se submetem ao controle de constitucionalidade, igualmente estarão limitadas às disposições constitucionais e, por consequência, ao princípio da estrita legalidade penal.

Esse princípio é responsável por limitar toda a atividade repressiva estatal. É o teor da Constituição da República Federativa do Brasil, a qual prevê, em seu art. 5º, inciso XXXIX, que “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena com prévia cominação legal”. Afasta-se, por oportuno, a arbitrariedade do exercício do *ius puniendi* pelo Estado, exigindo-se que qualquer reprimenda decorra de ilícitos previamente definidos na legislação, primando pela segurança jurídica<sup>33</sup>. Dessa forma, o tipo penal, como modelo abstrato de um comportamento que deve individualizar a conduta proibida, só pode ser criado pelo Poder Legislativo, como prevê a teoria da separação dos poderes<sup>34</sup>. Até porque a função legislativa é caracterizada pela possibilidade de inovar no ordenamento jurídico, criando direitos e obrigações não previstos anteriormente<sup>35</sup>.

<sup>33</sup> Amorim, 2018, p. 194.

<sup>34</sup> BRANDÃO, Cláudio. *Tipicidade e interpretação do direito penal*. Revista Sequência, Florianópolis, n. 68, p. 59-89, 2014, p. 60.

<sup>35</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 36.

Ainda, por meio da estrita legalidade, obriga-se o legislador a determinar toda e qualquer conduta proibida, devendo a lei penal ser prévia, certa e escrita, ou seja, é necessário que sejam elencadas, mediante normas, as condutas que não podem ser praticadas, surgindo o prévio conhecimento do cidadão do que pode ou não fazer, assim como a fundamentação do Estado para possível punição<sup>36</sup>.

É o conceito que fundamenta e legitima o direito penal, servindo como limites negativo e positivo ao *jus puniendi*, pois lhe determina critérios que têm por escopo explicar e racionalizar aquele poder, ao mesmo passo que o limita. Por consequência, tudo que não se amoldar aos seus critérios não poderá ser objeto de punição por parte do Estado<sup>37</sup>.

Dessa forma, ele se divide em quatro axiomas principais, sendo que o primeiro deles é representado pelo *nullum crimen, nulla poena, sine lege praevia*, o qual determinará que a norma incriminadora<sup>38</sup> seja prévia à conduta considerada crime. Todo indivíduo tem o direito subjetivo público a saber se o que está praticando se constitui crime ou não. Em segundo lugar, a legalidade refere-se ao *nullum crimen, nulla poena, sine lege scripta*, de modo que somente a *lei strictu sensu*, seja ela ordinária ou complementar, pode definir fatos como crimes e determinar penas<sup>39</sup>. Também é responsável pela previsão da ideia de *nullum crimen, nulla poena, sine lege stricta*, determinando que ainda que o sistema penal seja lacunoso, a lei deve ser sempre quanto mais estrita possível, não permitindo que ilações ou interpretações judiciais *in mallam parten* ao acusado sejam feitas. Finalmente, a estrita legalidade pressupõe o que chamamos de *nulla poena sine lege certa*, impossibilitando que expressões vagas ou sem sentido determinado tenham o condão de gerar normas penais incriminadoras<sup>40</sup>. Com isso, concluímos que o princípio da reserva legal dispõe que a lei penal será sempre prévia, escrita, estrita e certa, não comportando qualquer excepcionalidade, por se traduzir como um direito fundamental de todo sujeito de direitos.

<sup>36</sup> LOURENÇO, Cristina Sílvia. A crise do poder de punir do Estado. *Revista Jurídica (Unicuritiba)*, Curitiba, v. 1, n. 42, p. 399-418, 2016, p. 405.

<sup>37</sup> Brandão, loc. Cit., p. 76.

<sup>38</sup> Norma penal incriminadora é aquela que define infrações penais, proibindo a prática de determinada conduta, no caso dos crimes comissivos ou, ainda, impondo a prática de outras, no caso dos crimes omissivos, com a imposição de uma sanção por seu descumprimento ao final, a qual chamamos de pena (nota da autora).

<sup>39</sup> SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal: parte geral*. Curitiba: Empório do Direito, 2017. p. 38.

<sup>40</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Direito penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, v. 1, 2011. p. 22.

Sob essa ótica, o princípio da legalidade ainda está amplamente relacionado com os pressupostos do garantismo, idealizado por Luigi Ferrajoli. Isso porque, enquanto o primeiro limita o poder do Estado, o segundo estará garantindo que, quando a intervenção for legal, ela também será legítima, do ponto de vista da proteção dos direitos e das garantias individuais<sup>41</sup>. Por isso, será preciso que esse juízo esteja de acordo com a previsão constitucional do princípio da reserva penal, ou seja, somente a lei, em sentido formal, editada, votada, aprovada e promulgada nos ditames constitucionais poderá tipificar novo fato criminoso. Dessa perspectiva normativa ainda é preciso que se compreenda que tais competências são de exclusividade do Congresso Nacional, não servindo decretos presidenciais ou mesmo decretos legislativos.

Foi nesse sentido, inclusive, que entendeu o Supremo Tribunal Federal em 2015, quando do julgamento do *Habeas Corpus* nº 121.835. O Relator Ministro Celso de Mello ratificou a jurisprudência da Corte, assentando que o tratado internacional não possui o escopo de norma penal incriminadora, sob pena de violação ao princípio da reserva legal<sup>42</sup>. Nesse caso específico, o Supremo Tribunal Federal deixou de aplicar a compreensão de “organização criminosa” trazida pela Convenção de Palermo, a qual, embora tenha sido ratificada pelo Estado brasileiro, não fez decorrer nenhuma nova legislação. Assim, naquele momento, não haveria punição para “organização criminosa” em nosso ordenamento jurídico, posto não existir nenhuma lei em sentido formal que dispusesse sobre esse conceito. Por isso, o Relator compreendeu que, em matéria penal, ainda prevalece o princípio constitucional da lei em sentido formal, ou seja: somente admite-se a lei interna como a única fonte formal e direta de direito penal.

Desse modo, ainda que aprovado pelo Legislativo, o tratado não é fruto da expressão da vontade do povo brasileiro, pois não conta com a possibilidade de alteração do conteúdo celebrado pelo Chefe de Estado. Apesar de ratificá-lo, esse ato não tem conotação de aprovação de lei, como demanda a Constituição Federal.

É claro que tais posicionamentos são fixados sob a compreensão garantista e dos autores de direito penal. Sob outro prisma, no entanto, resgatamos o

<sup>41</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón: teoría del garantismo penal*. 5. ed. Madrid: Trotta, 2001. p. 786.

<sup>42</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal, *Habeas Corpus* nº 121.835/PE, Relator: Ministro Celso de Mello, 2ª Turma, Data de julgamento: 13 de outubro de 2015. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=9832750>>. Acesso em: 21 ago. 2019.

entendimento trazido no início desse texto, no sentido de que um Estado, ao ratificar um tratado, assume o compromisso de obedecer aos seus preceitos. Isso não se traduz apenas em possibilidade de ação, mas sim à estrita obediência de seus mandamentos. Assim, bastaria a ratificação para sua imediata aplicabilidade, sendo desnecessária a intervenção legislativa. Não seria mais possível, portanto, sustentar a tese dualista<sup>43</sup>. Essa compreensão também é sustentada em decorrência de uma decisão do Supremo Tribunal Federal. Em 2008, ao julgar o Recurso Extraordinário nº 466.343-1/SP, a Corte entendeu que os tratados que não disponham sobre direitos humanos terão força de lei ordinária.

Nesse julgamento, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a incidência do Pacto de São José da Costa Rica no ordenamento jurídico brasileiro, excluindo a possibilidade de prisão civil do depositário infiel, anteriormente prevista na legislação pátria.

Sob esse aspecto, por uma questão de coerência, deveria ser reconhecido que poderiam os tratados instituir norma penal incriminadora, posto que igualado às leis que o fazem. Ainda mais os tratados supralegais ou mesmo de natureza constitucional, que detêm mais legitimidade, para estabelecer aquilo que a sociedade internacional entendeu por bem uniformizar<sup>44</sup>. Estaria superado, portanto, o postulado do *nullun crimen, nulla poena sine lege*. Tendo o tratado internacional *status* de lei, a norma incriminadora poderia partir dele. A edição de lei só seria necessária, nesse caso, se e quando houver a necessidade de precisar.

Entretanto, sem adentrar no mérito da referida decisão, é preciso salientar que ela foi tomada para a medida da ampliação de direitos, posto que trata de situação mais favorável ao sujeito de direito. Assim, quando um tratado trazer

---

<sup>43</sup> PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos; AGAZZI, Anna Carla. Integração, eficácia e aplicabilidade do direito internacional dos direitos humanos no Direito brasileiro - Interpretação do artigo 5º, §§ 1º e 2º da Constituição Federal de 1988. São Paulo: Centro de Estudos da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/direitos/tratado3.htm>>. Acesso em: 21 ago. 2019.

<sup>44</sup> MAZZUOLI, Valério de Oliveira; QUEIROZ, Paulo. Possibilidade jurídica de instituição de normas penais incriminadoras pela via dos tratados internacionais. *LexMagister online*, Porto Alegre, 2015. Disponível em: <[http://www.editoramagister.com/doutrina\\_27392727\\_possibilidade\\_juridica\\_de\\_instituicao\\_de\\_normas\\_penais\\_incrimadoras\\_pela\\_via\\_dos\\_tratados\\_internacionais.aspx](http://www.editoramagister.com/doutrina_27392727_possibilidade_juridica_de_instituicao_de_normas_penais_incrimadoras_pela_via_dos_tratados_internacionais.aspx)>.

favorecimento em matéria de direitos humanos<sup>45</sup>, assim será adotado dentro do País. Por outro lado, também já expressou o Supremo Tribunal Federal que a edição de normas penais será feita exclusivamente por meio de lei em sentido formal, competência exclusiva do Congresso Nacional.

Essa mesma conclusão lógica é possível de ser obtida a partir da interpretação hermenêutica do Direito, posto que, conforme ensina Carlos Maximiliano, as regras ampliativas de direito devem ser interpretadas ampliativamente, enquanto as regras restritivas de direitos devem ser interpretadas restritivamente<sup>46</sup>. Tendo em vista que a lei penal incriminadora é inegavelmente uma regra restritiva de direitos, sua interpretação deve ser estrita, pelo que preceitua a Constituição da República Federativa do Brasil quando traz o princípio da reserva legal.

Assim, somente os tratados internacionais que versam sobre direitos humanos possuem tal *status* constitucional, os quais, em sua maioria, dispõem acerca da necessidade de respeito à garantia constitucional da reserva legal, como é o caso do próprio Pacto de São José da Costa Rica, a exemplo. Mesmo com as demandas sociais estritamente necessárias, que clamam pelo combate à corrupção, o postulado constitucional deve servir de azo à incorporação dos tratados internacionais nesse sentido, assim como fez a Convenção sobre o combate à corrupção de funcionários públicos estrangeiros em transações comerciais. Esse tratado internacional, ao ser incorporado no ordenamento jurídico por meio de decreto, foi transformado em lei penal em sentido formal, acrescentando ao Código Penal o Capítulo II-A do Título XI, justamente criminalizando as condutas praticadas contra a Administração Pública estrangeira por meio dos arts. 337-B, C e D.

Não podemos perder de vista que o direito é norma, a partir da premissa básica traduzida pelo pensamento de Hans Kelsen. Não pode nenhuma autoridade se afastar dos comandos normativos básicos decorrentes da Constituição sem o devido processo legal substantivo, entre eles o princípio da legalidade penal.

---

<sup>45</sup> Note-se que se faz necessário distinguir os conceitos direitos humanos, direitos fundamentais e direitos naturais. Os direitos fundamentais são direitos reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado. A expressão direitos humanos guardaria relação com os documentos de direito internacional, com pretensão de universalidade. Os direitos naturais, por sua vez, não se equiparariam aos direitos humanos, visto esses serem direitos históricos positivados em normas de direito internacional (SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. p. 31).

<sup>46</sup> MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 102.



Não fosse assim, estaríamos sob a vigência da insegurança jurídica, afastando-se da normatividade da lei para dar preferência a um tratado internacional que poderá advir da lógica costumeira, provocando, conseqüentemente, uma incerteza quanto ao conteúdo, geradora da imprevisibilidade e provável injustiça social<sup>47</sup>. A lei penal deve ser aplicada em seus exatos termos, tratando de assegurar que os direitos sejam protegidos contra a intervenção indevida estatal, não podendo se configurar como a esfera de poder que ofende a proteção conferida pela Constituição.

Isso porque, como já destacado, toda atividade do Poder Público é vinculada ao princípio da legalidade. Nesse nível, todos estão subordinados às leis gerais e abstratas que disciplinam sua forma e seu exercício, cuja observância se aplica a todos. Ademais, todos os poderes do Estado estão a serviço dos direitos fundamentais, mediante incorporação limitativa em sua construção, ou seja, uma das proibições é a de lesionar os direitos de liberdade<sup>48</sup>.

No caso do combate à corrupção, portanto, somente as condutas criminais disciplinadas por meio de lei poderão incorporar novas responsabilizações nesse âmbito, seja em aplicabilidade à pessoa física ou jurídica, como prevê a Lei Anticorrupção. Assim ocorrerá, portanto, da mesma forma, com outros tratados que disponham sobre a corrupção e que sejam ratificados pelo Brasil.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

O combate à corrupção em nosso cenário atual tem trazido muitos debates internacionais, especialmente sobre a adoção de práticas de cooperação internacional e a incorporação de regramentos comuns à ordem mundial. Com isso, justificam-se também as inovações trazidas pelos tratados internacionais sobre o tema, especialmente no que concerne à seara penal.

Com a adoção da Lei Anticorrupção, a proliferação de responsabilizações por atos corruptos praticados por empresas reacendeu o debate sobre a possibilidade de os tratados internacionais disporem ou não sobre normativas penais, especialmente sobre normas incriminadoras. Não obstante os tratados sejam incorporados de forma imediata no ordenamento jurídico brasileiro, a discussão principal sobre a possibilidade ou não de servirem para criação de

---

<sup>47</sup> ARGUELLES, Diego Werneck; FALCÃO, Joaquim; SCHUARTZ, Luís Fernando. Jurisdição, incerteza e estado de direito. *Revista de Direito Administrativo*, Belo Horizonte, n. 243, p. 5, set./dez. 2006.

<sup>48</sup> Ferrajoli, 2001, p. 856.



tipos penais torna-se imprescindível, especialmente diante dos movimentos de combate à corrupção, mas também levando em conta o que dispõe o princípio constitucional da estrita legalidade.

Nesse espaço, é importante destacar que não se pretendeu trazer uma resposta ao debate, mas sim mencionar as posições a respeito do tema, apontando quais as justificativas para a adoção de um ou outro posicionamento. Enquanto o primeiro abordado se relaciona mais com os postulados garantistas do direito penal, o segundo aponta as considerações normativas sobre a incorporação dos tratados em território nacional.

Colocando em confronto as duas ideias, o objetivo foi demonstrar qual a influência dessas duas possibilidades na tipicidade penal, alertando-se, ao final, apenas para a necessidade de se respeitarem os postulados constitucionais sobre o assunto. Nessa medida, não há como se deslegitimar a adoção dos tratados internacionais como fonte de direito; todavia, não podemos perder de vista a formalidade do direito.

Nenhuma autoridade poderá se afastar dos comandos legalistas da Constituição sob a premissa do combate à corrupção e da celeridade, especialmente o princípio da legalidade penal. Trata-se de preceito relativo ao Estado Democrático de Direito, garantindo segurança jurídica a todos os cidadãos.

Nessa medida, afastando-se da normatividade da lei para dar preferência a um tratado internacional que poderá advir da lógica costumeira, é possível causar um incremento na insegurança, na incerteza quanto ao conteúdo da norma. Qualquer atuação do Poder Público é vinculada ao princípio da legalidade, ainda mais em matéria penal.

## REFERÊNCIAS

AMORIM, Rafael Amorim. A aplicação do princípio da tipicidade nos atos lesivos previstos na lei anticorrupção empresarial. In: FÉRES, Marcelo Andrade; CHAVES, Natália Cristina. *Sistema anticorrupção e empresa*. Belo Horizonte: P'lácido, 2018.

ARGUELLES, Diego Werneck; FALCÃO, Joaquim; SCHUARTZ, Luís Fernando. Jurisdição, incerteza e Estado de Direito. *Revista de Direito Administrativo*, Belo Horizonte, n. 243, set./dez. 2006.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm)>. Acesso em: 9 jun. 2019.

\_\_\_\_\_. Lei nº 10.467, de 11 de junho de 2002. Acrescenta o Capítulo II-A ao Título XI do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - *Código Penal, e dispositivo à Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998, que "dispõe sobre os crimes de 'lavagem' ou ocultação de bens, direitos e valores; a prevenção da utilização do Sistema Financeiro para os ilícitos previstos nesta Lei, cria o Conselho de Controle de Atividades Financeiras (Coaf), e dá outras providências"*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10467.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10467.htm)>. Acesso em: 9 jun. 2019.

\_\_\_\_\_. Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013. Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a Administração Pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2013/lei/l12846.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12846.htm)>. Acesso em: 9 jun. 2019.

\_\_\_\_\_. Ministério Público Federal. Dez medidas contra a corrupção. Disponível em: <<http://www.dezmedidas.mpf.mp.br>>. Acesso em: 22 ago. 2019.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal, *Habeas Corpus nº 121.835/PE*, Relator: Ministro Celso de Mello, 2ª Turma, Data de julgamento: 13 de outubro de 2015. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=9832750>>. Acesso em: 21 ago. 2019.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário nº 466.343-1/SP, Relator: Ministro Cezar Peluso, Tribunal Pleno, Data de julgamento: 3 de dezembro de 2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/imprensa/pdf/re466343.pdf>>. Acesso em: 3 set. 2019.

BRANDÃO, Cláudio. Tipicidade e interpretação do direito penal. *Revista Sequência*, Florianópolis, nº 68, p. 59-89, 2014.

CONJUR. Dipp defende a aplicação de convenções contra a corrupção. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2013-nov-05/gilson-dipp-defende-aplicacao-conven-coes-internacionais-corrupcao>>. Acesso em: 9 jun. 2019.

COUTO, Rainer. A responsabilidade da pessoa jurídica no combate à corrupção: uma análise dos 20 anos da Convenção anticorrupção da OCDE. In: FÉRES, Marcelo Andrade; CHAVES, Natália Cristina. *Sistema anticorrupção e empresa*. Belo Horizonte: P'lácido, 2018.

DE MORAIS, Jose Luis Bolzan; SALDANHA, Jânia Maria Lopes; VIEIRA, Gustavo Oliveira. Sobre a internacionalização do direito a partir dos direitos humanos. Ou: para onde caminha a humanidade. *Revista Direitos Culturais*, Santo Ângelo, v. 6, n. 11, p. 109-132, jul./dez. 2011.

FÉDER, João. *Erário: o dinheiro de ninguém*. Tribunal de Contas do Estado do Paraná, Curitiba, 1997.

FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón: teoría del garantismo penal*. 5. ed. Madrid: Trotta, 2001.

FERREIRA, Luciano Vaz; MOROSINI, Fábio Costa. A implementação da lei internacional anticorrupção no comércio: o controle legal da corrupção direcionado às empresas transnacionais. *Revista Brasileira de Estratégia e Relações Internacionais*, v. 2, n. 3, p. 257-277, jan./jun. 2013.

GARCIA, Mônica Nicida. Três Convenções Internacionais Anticorrupção e seu impacto no Brasil. In: PIRES, Luis Manuel Fonseca; ZOCKUN; ADRI, Renata Porto (Coord.). *Corrupção, ética e moralidade administrativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

GRECO FILHO, Vicente. O combate à corrupção e a lei de responsabilidade de pessoas jurídicas (Lei nº 12.846/2013). *Revista Jurídica ESMP/SP*, v. 9, p. 15-30, 2016.

LOURENÇO, Cristina Sílvia. A crise do poder de punir do Estado. *Revista Jurídica (Unicuritiba)*, Curitiba, v 1, n. 42, p. 399-418, 2016.

MALISKA, Marcos Augusto. A cooperação internacional para os direitos humanos entre o direito constitucional e o direito internacional. Desafios ao Estado constitucional cooperativo. Disponível em: <[http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/bh/marcos\\_augusto\\_maliska.pdf](http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/bh/marcos_augusto_maliska.pdf)>. Acesso em: 8 fev. 2020.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira; QUEIROZ, Paulo. Possibilidade jurídica de instituição de normas penais incriminadoras pela via dos tratados internacionais. *LexMagister online*, Porto Alegre, 2015. Disponível em: <[http://www.editoramagister.com/doutrina\\_27392727\\_possibilidade\\_juridica\\_de\\_instituicao\\_de\\_normas\\_penais\\_incrimadoras\\_pela\\_via\\_dos\\_tratados\\_internacionais.aspx](http://www.editoramagister.com/doutrina_27392727_possibilidade_juridica_de_instituicao_de_normas_penais_incrimadoras_pela_via_dos_tratados_internacionais.aspx)>.

PAGLIARINI, Alexandre Coutinho. *Constituição e direito internacional: cedências possíveis no Brasil e no mundo globalizado*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

PENNA, Bernardo Schmidt Teixeira. Ativismo judicial à brasileira: “papel criador do intérprete” x “papel criativo do intérprete” - Dois casos paradigmáticos do Supremo Tribunal Federal. *Revista de Direito da Faculdade Guanambi*, Guanambi, v. 3, n. 1, p. 57-74, jan./jun. 2016.

PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos; AGAZZI, Anna Carla. Integração, eficácia e aplicabilidade do direito internacional dos direitos humanos no Direito brasileiro - Interpretação do artigo 5º, §§ 1º e 2º da Constituição Federal de 1988. São Paulo: Centro de

Estudos da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/direitos/tratado3.htm>>. Acesso em: 21 ago. 2019.

RAMINA, Larissa. A Convenção Interamericana contra a Corrupção: uma breve análise. *Revista de Direitos Fundamentais e Democracia*, v. 6, 2008.

\_\_\_\_\_. *Ação internacional contra a corrupção*. Curitiba: Juruá, 2002.

\_\_\_\_\_. Tratamento jurídico internacional da corrupção: a Convenção Interamericana contra a Corrupção da OEA e a Convenção sobre o combate à corrupção de funcionários públicos estrangeiros em transações comerciais internacionais da OCDE. *Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, Belo Horizonte: Fórum, ano 3, n. 11, jan./mar. 2003.

REZEK, Francisco. *Direito internacional público: curso elementar*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

ROCHA, Maria Elizabeth Guimarães Teixeira et al. Fundamentos constitucionais sobre a luta contra a corrupção no Brasil. *Revista Ius Gentium*, Curitiba, v. 9, n. 1, p. 140-156, jan./abr. 2018.

SANTOS, Juez Cirino dos. *Direito penal: parte geral*. Curitiba: Empório do Direito, 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

\_\_\_\_\_. Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre a proibição de excesso e de insuficiência. *Revista da Ajuris*, ano XXXII, n. 98, jun. 2005.

TRANSPARÊNCIA Internacional. *Índice de percepção da corrupção 2018*. Disponível em: <<http://ipc2018.transparenciainternacional.org.br/#ipc-2018>>. Acesso em: 22 ago. 2019.

VILAR, Fábio da Costa; DIAS, Ronaldo Mayrink de Castro Garcias. Os diplomas internacionais, o momento político e a edição da lei anticorrupção, p. 177-187. In: *Direito penal econômico: tendências e perspectivas*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017.

UNITED NATIONS OFFICE ON DRUGS AND CRIMES. Convenção Interamericana contra a Corrupção. Corrupção: marco legal. Legislação Internacional. Disponível em: <<https://www.unodc.org/lpo-brazil/pt/corruptcao/marco-legal.html>>. Acesso em: 9 jun. 2019.

\_\_\_\_\_. Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção. Escritório de ligação e parceria no Brasil. Disponível em: <<https://www.unodc.org/lpo-brazil/pt/corruptcao/convencao.html>>. Acesso em: 8 jun. 2019.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. *En torno de la cuestión penal*. Buenos Aires: B. de F., 2005.

\_\_\_\_\_. *Direito penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, v. 1, 2011.

Submissão em: 06.04.2020

Rodada 1

Avaliado em: 13.04.2020 (Avaliador B)

Avaliado em: 07.04.2020 (Avaliador C)

Rodada 2

Avaliado em: 24.05.2020 (Avaliador A)

Aceito em: 04.08.2020

# OS CONTRATOS DE INTEGRAÇÃO: REFLEXÕES SOBRE SEU PAPEL NO ACESSO AO CRÉDITO E PARA O DESENVOLVIMENTO REGIONAL

*INTEGRATION CONTRACTS: SOCIAL INCLUSION, FINANCIAL AND  
ACCESS TO CREDIT IN FAVOR OF REGIONAL DEVELOPMENT*

**Ana Elizabeth Neirão Reymão<sup>1</sup>**

Professora do PPG em Direito, Políticas Públicas e Desenvolvimento Regional  
(Cesupa, Belém/PA, Brasil)

**Joseane do Socorro de Sousa Amador<sup>2</sup>**

Mestranda no PPG em Direito, Políticas Públicas e Desenvolvimento Regional  
(Cesupa, Belém/PA, Brasil).

**ÁREA(S):** direito civil; direito administrativo; políticas públicas.

**RESUMO:** O presente artigo discute os contratos de integração e a importância de eles serem utilizados sob os objetivos da Política Nacional de Desenvolvimento Regional (PNDR). Discute-se o marco legal desse instru-

mento, a Lei nº 13.288/2016, bem como alguns casos de sua experiência no Brasil, com destaque para a produção de dende na Amazônia Legal. A pesquisa é de abordagem qualitativa, tendo como procedimento o levantamento bibliográfico e documental. Argumenta-se que a promulgação da referida Lei é importante para as atividades eco-

---

<sup>1</sup> Economista (UFPA). Doutora em Ciências Sociais (UnB). Mestre em Economia (Unicamp). Professora da Faculdade de Economia (UFPA). Grupo de Pesquisas CNPq Emprego, Subemprego e Políticas Públicas na Amazônia (PPGD-Cesupa). *E-mail:* bethrey@uol.com.br. Currículo: <http://lattes.cnpq.br/7523845838580356>. Orcid: <http://orcid.org/0000-0001-5124-6308>.

<sup>2</sup> Banco da Amazônia. Advogada. *E-mail:* joseane.amador@ig.com.br. Currículo: <http://lattes.cnpq.br/2303725654434442>. Orcid: <http://orcid.org/0000-0003-3351-9733>.

nômicas no meio rural brasileiro, trazendo algumas vantagens operacionais em relação às normas anteriores e, assim, reduzindo os custos de transação dessas atividades. Não raro, são utilizados como garantia para agricultores familiares e produtores rurais acessarem o crédito, situação na qual o artigo defende a importância de o Banco Central definir rigorosos critérios de acompanhamento a serem observados pelas instituições financeiras na concessão desse crédito, utilizando os objetivos da PNDR como parâmetro para regulamentar a utilização desses contratos em favor da sustentabilidade e eficiência social do sistema financeiro, assegurando o interesse público.

**ABSTRACT:** *The paper discusses the integration contracts and the importance of using them in accordance with the National Policy of Regional Development (PNDR)'s objectives. It discusses the legal framework of this instrument, Law nº 13.288/2016, as well as some cases of its experience in Brazil, with emphasis on palm oil production in the Legal Amazon. The research has a qualitative approach, having as a procedure the bibliographical and documentary survey. It is argued that the enactment of the law is important for the economic activities in the Brazilian rural environment, bringing some operational advantages in relation to the previous rules and, thus, reducing the transaction costs of these activities. They are often used as collateral for family farmers and rural producers to access credit, but the article argues that it is important for the Central Bank to set strict monitoring criteria to be observed by financial institutions in granting such credit, using the PNDR objectives as a parameter for regulate the use of these contracts in favor of the sustainability and social efficiency of the financial system, with guarantee of the public interest.*

**PALAVRAS-CHAVE:** contrato de integração; desenvolvimento regional; Amazônia; custos de transação.

**KEYWORDS:** *integration contract; regional development; Amazonia; transaction costs.*

**SUMÁRIO:** Introdução; 1 A Lei nº 13.288/2016 e os contratos de integração; 2 O contrato de integração na Amazônia Legal: o caso da produção de dendê; 3 A Política Nacional de Desenvolvimento Regional e a importância de os contratos de integração observarem seus objetivos; 4 O Banco Central do Brasil, a política de crédito e os contratos de integração; Conclusão; Referências.

**SUMMARY:** *Introduction; 1 The Law nº 13.288/2016 and the integration contracts; 2 Integration contact in the Legal Amazon: the case of palm oil production; 3 The National Policy for Regional Development and the importance of integration contacts in meeting their objectives; 4 The Central Bank of Brazil, credit policy and integration contracts; Conclusion; References.*

## INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objetivo discutir os contratos de integração e a importância de sua utilização estar vinculada aos objetivos da Política Nacional de Desenvolvimento Regional (PNDR).

A Lei nº 13.288/2016 define os contratos de integração como instrumentos jurídicos pelo qual um dos contratantes (integrador) firma uma relação de cooperação com o integrado, pessoa responsável pelo fornecimento de matéria-prima. O integrador é responsável pela coordenação técnica do processo de produção e garante a compra de ao menos uma parcela do produto gerado.

Esse tipo de contrato é muito frequente na agropecuária, entre grandes indústrias (integradores) e pequenos produtores rurais e/ou agricultores familiares. Não raro, são utilizados como instrumento de garantia para que produtores rurais acessem crédito junto a instituições financeiras.

A principal vantagem da utilização desses contratos é a redução dos custos de transação da atividade econômica, isso é, das incertezas envolvidas no processo de transacionar. Essas incertezas impõem a necessidade do dispêndio de recursos para planejar, adaptar e monitorar as interações entre os agentes econômicos. São custos de negociar, redigir e garantir o cumprimento de um contrato (Coase, 1937; Williamson, 2012). Cassi e Gonçalves (2014) mostram que, na agroindústria, o uso dos contratos como garantia permite reduzir os custos para a aquisição de insumos e possibilitam um planejamento em longo prazo, com o fornecimento/compra ininterrupto da matéria-prima, entre outros aspectos que serão discutidos nesse artigo.

Tais contratos podem ser instrumentos de desenvolvimento regional? Esse é o problema de pesquisa do presente estudo. Argumenta-se que, apesar dos avanços e de alguns casos bem-sucedidos, sua eficácia social requer que sejam observados os objetivos da Política Nacional de Desenvolvimento Regional (PNDR), tendo em vista os numerosos casos negativos envolvendo o seu uso. O texto destaca o caso do processo de integração promovido pelo Grupo Agropalma no Pará, iniciado em 2007, com o objetivo de assegurar a produção agroindustrial do dendê no âmbito do Programa Nacional de Produção e Uso de Biodiesel (PNPB), mas que resultou em condições muito desfavoráveis aos agricultores familiares.



Programas de desenvolvimento regional, como a PNDR, visam à redução dos desequilíbrios inter e intrarregionais em bases sustentáveis e estão amparados constitucionalmente, como versam os arts. 3º e 170, por exemplo.

Apesar de alguns problemas, essa política tem o nobre intuito de integrar e desenvolver as regiões brasileiras, elegendo como estratégia o apoio de programas e ações de incentivo aos sistemas produtivos locais, nos quais os contratos de integração poderiam desempenhar uma relevante função social, desde que observe os ditames constitucionais e os objetivos dessa importante política pública, discutirá o artigo.

Trata-se de uma pesquisa de abordagem qualitativa, tendo como procedimento o levantamento bibliográfico e documental, com consulta a estudos e pesquisas, bem como à legislação acerca dos contratos de integração. Além da introdução e da conclusão, o texto tem mais quatro seções principais. A primeira versa sobre a Lei nº 13.288/2016 e os contratos de integração. A segunda seção analisa o contrato de integração na Amazônia Legal, relatando o caso da produção de dendê. A terceira seção discute a Política Nacional de Desenvolvimento Regional e a importância de os contratos de integração observarem seus objetivos. Destaca-se, na quarta seção, a atuação do Banco Central do Brasil na concessão de crédito usando os contratos de integração.

## **1 A LEI Nº 13.288/2016 E OS CONTRATOS DE INTEGRAÇÃO**

O contrato de integração entre o agricultor e a indústria caracteriza-se pela cooperação entre o contratante (integrador) e o fornecedor de matéria-prima (integrado), para que esse, sob a coordenação técnica do primeiro, garanta o abastecimento dos insumos para a cadeia produtiva, tendo como garantia a compra de uma parcela ou da totalidade do resultado de sua atividade. Nas palavras de Cassi e Gonçalves (2014, p. 253):

O contrato de integração é o instrumento jurídico pelo qual um dos contratantes (chamado de integrador), atuante em determinada área produtiva, estabelece uma relação de cooperação com outra pessoa (chamado de integrado) para que esta, mediante o fornecimento de matéria-prima e sob sua coordenação técnica, exerça uma etapa preliminar do processo de produção, com

a garantia de compra de ao menos uma parcela do resultado dessa atividade.

Lembram os autores que a relação de integração pode ser utilizada em diversas atividades econômicas nas quais ocorre um processo de produção; porém, “tem-se mostrado bastante comum no ramo agropecuário, ocorrendo entre grandes indústrias (integradores) e pequenos produtores rurais (integrados), notadamente nos setores de aves e suínos” (Cassi; Gonçalves, 2014, p. 254).

Esse instrumento ganhou ênfase a partir do processo de modernização da agricultura e da necessidade de a agroindústria se ajustar ao cumprimento de padrões de qualidade, sem deixar de garantir a eficiência em volume de produção e rentabilidade (Paiva, 2010).

As relações comerciais entre o produtor rural e a agroindústria já existiam muito antes do advento da Lei nº 13.288/2016, sendo os contratos verbais e escritos resolvidos com base no Estatuto da Terra, diante da ausência de norma específica. Porém, até a promulgação da referida Lei, foi percorrido um longo caminho.

O primeiro projeto sobre o tema surgiu em 1998, e, em 2010 e 2011, foram apresentados mais dois, tendo este último sido convertido no PL 6.459/2013, que deu origem à Lei nº 13.288/2016.

De acordo com ela, essa forma de negócio agrário pode ser conceituada como uma relação contratual que estabelece responsabilidades e obrigações recíprocas entre produtores integrados e integradores, que visa planejar e realizar a produção e a industrialização ou comercialização de matéria-prima, bens intermediários ou bens de consumo final (art. 2º, inciso I).

Antes dessa regulamentação, tal relação gerou muitas dúvidas e conflitos que motivaram a edição da referida Lei (Paiva, 2010). A controvérsia girava em torno da natureza jurídica dessa relação, havendo questionamentos acerca da possibilidade de ser considerado um contrato agrário de parceria rural, previsto no art. 4º do Estatuto da Terra.

Uma das alterações desse Estatuto, por meio da Lei nº 11.443/2007, inseriu o § 5º ao art. 96, o qual trata da parceria rural, e estabeleceu que os dispositivos nele mencionados não se aplicariam aos contratos de parceria agroindustrial, de aves e suínos, devendo os contratos serem regidos por lei específica.

Assim, até o advento da Lei nº 13.288/2016, os contratos de integração eram considerados atípicos, graças às suas peculiaridades e à ausência de enquadramento em outros tipos já previstos no ordenamento jurídico nacional. No entanto, prevaleceu o entendimento na jurisprudência pela atipicidade do contrato civil, limitando-o às regras impostas pela legislação civil<sup>3</sup>.

Com a Lei nº 13.288/2016 surgiu, então, um contrato civil, amparado também pela legislação aplicável às sociedades cooperativas, com características diferentes dos contratos de parceria e arrendamento rural, uma vez que o objeto do contrato de integração está na vinculação da matéria-prima, e não mais no uso da propriedade.

Tendo natureza jurídica de contrato civil, os negócios firmados com os produtores rurais e as integradoras podem, assim, ser caracterizados em três formas, como esclarece Paiva (2010): horizontal, quando as partes pertencem à mesma categoria econômica; vertical, em que as partes pertencem a categorias diferentes; e circular, que compreende ao mesmo tempo ambas as formas de integração.

Importante marco legal para os contratos de integração, a Lei nº 13.288/2016 indiscutivelmente representou um diferencial importante para o setor, apresentando algumas vantagens operacionais em relação às normas anteriores.

Entre os que defendem as vantagens de sua adoção, Fiel (2017, [n.p.]) destaca que os contratos deverão:

- i) Estabelecer os padrões de qualidade dos insumos a serem fornecidos e dos produtos a serem entregues;
- ii) Definir o custo financeiro dos insumos fornecidos em adiantamento pelo integrador;
- iii) Delimitar as responsabilidades do integrador e do produtor integrado quanto ao recolhimento de tributos incidentes no sistema de integração; e
- iv) Estabelecer obrigações para o integrador e o produtor integrado sobre o cumprimento da

---

<sup>3</sup> No julgamento do REsp 171989/PR, o Supremo Tribunal Federal (STF) decidiu que o contrato não estaria inserido no âmbito dos contratos típicos do Estatuto da Terra, mas que deveria, de qualquer forma, observar as normas atinentes à legislação agrária.

legislação de defesa agropecuária, sanitária e ambiental. Há a possibilidade de se definir contratualmente a responsabilidade ambiental de cada agente da cadeia produtiva, de modo a, em eventual sinistro ambiental decorrente da atividade do empreendimento, responsabilizar apenas o real culpado pelo dano.

Outra vantagem trazida pela Lei nº 13.288/2016 é a de que os papéis dos produtores integrados e do integrador estão bem definidos, segundo o autor. Os produtores integrados são os produtores agropastoris (exercem atividades de agricultura, pecuária, silvicultura, aquicultura, pesca ou extrativismo vegetal), se vinculam ao integrador por meio de contrato de integração vertical, recebendo bens ou serviços para a produção e para o fornecimento de matéria-prima, bens intermediários ou bens de consumo final. Já o integrador é a pessoa física ou jurídica que se vincula ao produtor integrado por meio de um contrato de integração vertical, fornecendo bens, insumos e serviços, e recebendo matéria-prima, bens intermediários ou bens de consumo final utilizados no processo industrial ou comercial.

Adicionalmente, Fiel (2017) menciona a criação da Comissão de Acompanhamento, Desenvolvimento e Conciliação da Integração (Caded), a quem as partes poderão recorrer para a interpretação de cláusulas contratuais ou outras questões inerentes ao contrato de integração, como estabelece o art. 6º da Lei em análise. Destaca também a instalação do Fórum Nacional de Integração (Foniagro), um fórum que deve ser implementado por cada setor ou cadeia produtiva. O Fórum terá competência para definir diretrizes de acompanhamento e desenvolvimento do sistema de integração, de modo a fortalecer as relações entre o produtor integrado e o integrador.

Em algumas regiões do País, os contratos de integração no agronegócio têm sido uma experiência exitosa, trazendo vantagens para a avicultura e suinocultura, por exemplo. Cassi e Gonçalves (2014, p. 264) argumentam que “o crescimento da produção de carne de frango e o protagonismo do setor avícola brasileiro no mundo se devem em parte à utilização do contrato de integração pelos agentes econômicos que exercem essa atividade”.

Com base na teoria dos custos de transação, defendem que, entre as principais vantagens desse tipo de contrato, tem-se o fato de que ele libera a

indústria dos custos do sistema de preços, bem como garante a existência de matéria-prima em quantidade e qualidades suficientes para a produção. Em consequência, o contrato de integração reduz os custos envolvidos em todas as etapas de uma negociação para a aquisição de aves pela indústria avícola. Entre esses custos estão: “Os custos para se achar um produtor rural, negociar preços, redigir instrumentos contratuais e garantir o cumprimento das obrigações assumidas são severamente diminuídos pelo sistema de integração” (Cassi; Gonçalves, 2014, p. 264).

Outra vantagem destacada pelos autores é quanto à possibilidade de a indústria realizar um planejamento em longo prazo, com o fornecimento ininterrupto de matéria-prima para sua atividade garantido:

Outro elemento peculiar do sistema é a transformação na negociação em uma rede contratual, na qual a eventual falha de um dos contratados é imediatamente suprida pela cobertura de outro, o que permite à indústria realizar um planejamento a longo prazo com a garantia do fornecimento ininterrupto de matéria-prima para sua atividade. (Cassi; Gonçalves, 2014, p. 264)

Enfim, os contratos de integração permitem a redução do risco do negócio, tanto da indústria quanto do produtor rural (integrado), que “terá a garantia de venda dos produtos resultantes de sua atividade e ainda contará com a expertise da técnica industrial para aumentar a sua produtividade” (Cassi; Gonçalves, 2014, p. 255).

Porém, nem todos os casos são bem-sucedidos, o que evidencia a necessidade da edição da Lei nº 13.288/2016, que pretende evitar problemas como os identificados, por exemplo, no estudo sobre a cadeia produtiva do fumo no sul do Brasil (Paraná, Santa Catarina e Rio Grande do Sul) (Begniss et al., 2007).

Os autores discutem práticas oportunistas, que levavam ao rompimento dos contratos entre produtores e fumageiras, e o papel da confiança como base para os relacionamentos interorganizacionais. Begniss e colaboradores (2007) mostram que mudanças nas condições de mercado e a atuação de atravessadores, em alguns casos, estimulavam os fumicultores a quebrarem seus contratos, quer

dizer, a agirem de forma oportunista, desarticulando o sistema integrado de produção e ameaçando a sustentabilidade da fumicultura brasileira:

Na medida em que vai ocorrendo a produção do fumo, as partes envolvidas nesta relação contratual vão adquirindo conhecimentos adicionais sobre a produção e principalmente sobre as condições de mercado, as quais não possuíam no momento do estabelecimento do contrato. Este desajuste de informação abre espaço para a atuação dos atravessadores, que estimulam os fumicultores a quebrarem seus contratos, ou seja, a agirem de forma oportunista. Por sua vez, este comportamento oportunista pode levar a um resultado coletivo menos satisfatório ou até mesmo indesejável, configurado na desarticulação do sistema integrado de produção. Como o sistema integrado é apontado e reconhecido como o elemento definidor da competitividade sistêmica da fumicultura brasileira, a sua sustentabilidade estaria seriamente ameaçada. (Begniss et al., 2007, p. 320)

Mais recentemente, a própria Confederação da Agricultura e Pecuária do Brasil (CNA) reconheceu vários problemas nos contratos de integração, como explicado no Parecer Técnico nº 7/2017, de 2 de agosto de 2017, que analisa o já anteriormente citado caso do setor de aves e suínos sob a ótica do novo Código Civil (Lei nº 10.406/2002) e da Lei dos Contratos de Integração (Lei nº 13.288/2016):

Os contratos de integração que estão em vigor e as suas minutas de propostas, são incompletos, ou seja, omissos na maior parte dos casos, permitindo que a agroindústria imponha a sua vontade e manipule os resultados. Desta forma, achata o elo mais fraco da cadeia, o produtor, em vez de repassar os custos para o consumidor e perder poder de competitividade. (Carvalho; Ayres, 2017, p. 9)

Como explica a própria CNA, diante dos muitos casos de irregularidade identificadas em contratos do setor de aves e suínos, tanto os assinados antes

da Lei da Integração quanto as minutas apresentadas após sua sanção, a instituição tem buscado subsidiar juridicamente produtores integrados e suas representações quanto à legalidade dos contratos difundidos pelas principais empresas integradoras do País. Suas análises concluem que nenhum dos contratos acessados respeitou ambas as regras ditadas pelo ordenamento jurídico brasileiro, quer seja anterior à sanção da nova Lei da Integração, quer seja após sua vigência.

Assim, aponta problemas de desequilíbrio contratual, com termos frequentemente não favoráveis ao integrado, financiamentos desnecessários, cobranças indevidas, ausência de instrumentos de negociação e de diálogo. Destaca a ausência de direitos e deveres das partes, pois geralmente não dispõem claramente os direitos dos produtores. Aponta, por fim, a falta de uma demonstração clara e transparente da remuneração do produtor, com a presença de muitos descontos (Carvalho; Ayres, 2017).

Outro caso negativo é o da dendeicultura na Amazônia Legal, discutido na seção a seguir.

## **2 O CONTRATO DE INTEGRAÇÃO NA AMAZÔNIA LEGAL: O CASO DA PRODUÇÃO DE DENDÊ**

Como em outras partes do País, tais contratos já eram aplicados mesmo antes da edição da Lei nº 13.288/2016, que regulamentou a matéria. Um dos casos que mais se destacam, nesse período anterior à legislação, é o do processo de integração promovido pelo Grupo Agropalma no Estado do Pará, que iniciou em 2007 essa modalidade para a obtenção dos insumos necessários à produção agroindustrial do dendê no âmbito do Programa Nacional de Produção e Uso de Biodiesel (PNPB).

O PNPB foi implantado pela Medida Provisória nº 214/2004, posteriormente convertida na Lei nº 11.097/2005 (conhecida como Lei do Biodiesel) em janeiro do ano seguinte. Grande parte (75%) do biodiesel brasileiro é retirada da soja, segundo dados de 2015 da Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP). O sebo bovino ocupava o segundo lugar (cerca de 24%), sendo o restante oriundo de outras oleaginosas e gorduras animais, como o óleo de algodão (2,03%), o óleo de fritura (0,80%), a gordura de porco (0,48%), a gordura de frango (0,04%), o óleo de palma/dendê (0,07%) e outros materiais graxos (0,70%).

Santos (2017) lembra que o dendê, também chamado de palma, emergiu como alternativa para diversificar as fontes de matérias-primas para o combustível, reduzindo a dependência da soja e do sebo bovino na fabricação de biodiesel.

Tendo a Amazônia cerca de setenta milhões de hectares considerados como áreas aptas para o cultivo do dendê, uma série de medidas governamentais foram adotadas para incentivar a produção na região. No âmbito do PNPB, o Ministério do Desenvolvimento Agrário (MDA)<sup>4</sup> criou o Selo Combustível Social, concedido aos produtores de biodiesel que comprarem matérias-primas da agricultura familiar nas distintas regiões do País, representando redução das alíquotas do PIS/Pasep<sup>5</sup> e da Cofins<sup>6</sup>.

De acordo com a Lei nº 11.326, de julho de 2006, agricultor familiar é aquele que utiliza principalmente mão de obra familiar na atividade agrícola, tira maior parte da renda familiar da propriedade rural e tem uma área de até quatro módulos fiscais. Esse módulo é definido como o tamanho mínimo que uma propriedade rural precisa ter para garantir a sobrevivência de uma família, sendo seu tamanho variável entre os Municípios brasileiros.

Porém, como explicam Reymão e Santos (2016, p. 24), o termo agricultura familiar encerra, ainda, elementos políticos, sociais e econômicos, dada a história

---

<sup>4</sup> Com a Medida Provisória nº 870/2019 e a reorganização da estrutura ministerial do Poder Executivo, as atribuições do MDA foram assumidas pelo Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento (Mapa), sendo o PNPB de competência da Secretaria de Agricultura Familiar e Cooperativismo.

<sup>5</sup> O Programa de Integração Social (PIS) foi criado por meio da Lei Complementar nº 7/1970, buscando a integração do empregado do setor privado com o desenvolvimento da empresa. Paralelamente, foi instituído, pela Lei Complementar nº 8/1970, o Programa de Formação do Patrimônio do Servidor Público (Pasep), com o qual União, Estados, Municípios, Distrito Federal e territórios contribuíam com o fundo destinado aos empregados do setor público. Pouco tempo depois, por força da Lei Complementar nº 26/1975, o Pasep foi unificado com o PIS, dando origem ao Fundo PIS-Pasep. O art. 239 da Constituição Federal de 1988 alterou a destinação dos recursos provenientes das contribuições desse fundo, que passaram a ser alocados ao Fundo de Amparo ao Trabalhador (FAT), para o custeio do Programa do Seguro-Desemprego, do Abono Salarial e ao financiamento de Programas de Desenvolvimento Econômico pelo Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES).

<sup>6</sup> A Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (Cofins) foi instituída pela Lei Complementar nº 70/1991, com o objetivo de arrecadar fundos para a seguridade social no País: assistência social, previdência social e saúde pública. É um tributo federal cujos contribuintes são as pessoas jurídicas de direito privado em geral, inclusive as pessoas a elas equiparadas pela legislação do Imposto de Renda, exceto as microempresas e as empresas de pequeno porte submetidas ao Simples Nacional (Lei Complementar nº 123/2006).



de luta dos trabalhadores do meio rural brasileiro e a importância desses na produção de alimentos, por exemplo. Outro aspecto importante a ser lembrado é que, sendo o Brasil um País muito desigual e diverso, o termo agricultura familiar pode representar realidades bastante distintas: “Dependendo do contexto socioeconômico em que vivem esses agricultores, as condições naturais do seu entorno e suas modificações impactam os produtores familiares” (Reymão; Santos, 2016, p. 24).

Outras medidas governamentais adotadas para incentivar a produção na região foram o Zoneamento Agroecológico do Dendê (ZAE), a implantação do Programa de Produção de Palma de Óleo do Estado do Pará, em 2010, e a criação do Pronaf-Eco Dendê, linha de crédito dentro do Programa Nacional da Agricultura Familiar (Pronaf) voltada para o investimento em energia renovável e sustentabilidade, o Pronaf Eco.

Todas essas políticas públicas, que envolvem desde questões ambientais até a disponibilização de recursos financeiros para as culturas do dendê, fizeram com que ele passasse a receber significativos investimentos na Amazônia, com o aumento da participação da agricultura familiar no seu cultivo, o que ampliou a área ocupada pela cultura no nordeste do Pará, principal região produtora.

Assim, o PNPB foi implantado em 2004 com o anunciado objetivo de produzir biocombustível por meio da “inclusão social dos assentados da reforma agrária e de agricultores familiares enquadrados no Programa Nacional de Fortalecimento da Agricultura familiar (Pronaf)” (Silva, 2017, p. 4).

O sítio oficial do PNPB na Internet também destaca a sustentabilidade e a inclusão social dos agricultores familiares ao programa:

É um programa interministerial do Governo Federal, criado em 2004, que objetiva a implementação de forma sustentável, tanto técnica, como econômica, da produção e uso do biodiesel, com enfoque na inclusão social e no desenvolvimento regional, via geração de emprego e renda. (Brasil, 2019, [n.p.]).

Em abril de 2007, a experiência do biodiesel de dendê no Pará já envolvia 150 famílias, sendo assim descrita:

No limite de terras da Agropalma (com 60 mil hectares de floresta nativa “rigorosamente preservados”,

segundo Claudiomar) está a experiência da empresa com a Agricultura Familiar. São três grupos de 50 famílias que plantam em torno de 1,5 mil pés de palma cada uma. Os lotes, de 10 a 11 hectares, ficam um ao lado do outro. A Agropalma cumpre o acertado com o MDA: adquire da agricultura familiar 10% da matéria-prima que utiliza, dá o adubo, as mudas e toda a assistência técnica (as terras pertenciam ao Governo do Estado e ainda não foi transferida aos agricultores). Em troca, a empresa garante a exclusividade no fornecimento da produção por 25 anos e tem desoneração (R\$ 0,15 por litro) no pagamento de PIS/Pasep e Cofins. O Banco da Amazônia (Basa) repassa o financiamento do Pronaf, com juros de 3% ao ano, carência de três anos e “rebate” de 40% da dívida se for paga até o dia do vencimento. (Toti, 2007, p. A 20)

Nesse exemplo, observa-se o envolvimento de uma grande empresa integradora (Grupo Agropalma), dos produtores integrados, do agente de fomento que concedeu crédito aos pequenos produtores de dendê (Basa) e, ainda, a atuação dos Governos estaduais (ZAE) e federal (concessão de benefícios fiscais para a empresa e assistência técnica aos agricultores).

Foi neste contexto que foram firmados cerca de 464 contratos e muitos agricultores familiares foram integrados à cadeia produtiva do dendê entre 2010 e 2012, conforme dados do balanço do Banco da Amazônia apresentados em Serra Neto (2016): em 2010, foram 46 contratos; em 2011, esse número subiu para 66; e, em 2012, alcançou a expressiva marca de 352 novos contratos.

Porém, ao contrário dos casos exitosos da avicultura e suinocultura apresentados por Cassi e Gonçalves (2014), infelizmente essa não é a situação identificada em vários estudos, como os de Ferreira (2016), Serra Neto (2016), Sousa (2015), Silva (2017) e Santos (2017).

Segundo Ferreira (2016, p. 124), os contratos de parceria atenderam apenas aos interesses da empresa, deixando o agricultor familiar em condições desfavoráveis:

A “parceria” está configurada por uma relação de extrema subordinação do pequeno agricultor à

lógica essencialmente econômica da Agropalma, que o transformou em uma espécie de “funcionário terceirizado”. As cláusulas contratuais que regem a “parceria” resguardam, notoriamente os interesses da empresa. Houve o controle unilateral da estrutura de governança da cadeia produtiva do dendê pela Agropalma. O agricultor familiar foi integrado à cadeia do dendê em condições totalmente desfavoráveis para a racionalidade orgânica da agricultura familiar.

Serra Neto (2016) é ainda mais contundente em suas análises, mostrando que a produção do dendê no Pará, por meio da integração da agricultura familiar, não atende à função social à qual se propõe, qual seja, de garantir o desenvolvimento regional e social. Tendo como base o Inquérito Civil nº 607/2010 sobre as práticas de terceirização e de flexibilização de mão de obra utilizadas no cultivo do dendê no Estado do Pará, relatórios da ONG Repórter Brasil (2010 e 2013), o estudo de Vieira (2015) conclui que os contratos de integração são instrumentos de uma versão moderna de escravidão por dívida, visando apenas garantir maior competitividade das empresas no mercado globalizado, com o sacrifício de populações locais e fraude à legislação pátria.

Entre as preocupantes questões levantadas por Serra Neto (2016), destacam-se as dificuldades de os agricultores familiares no cultivo do dendê, tendo em vista que eles não tinham tradição nessa atividade; o monopólio definido no contrato firmado em longo prazo de vigência (em média, 25 anos), que obriga os contratados a fornecer dendê, exclusivamente, para aqueles com quem firmam o contrato, tendo esses o direito de preferência e outras facilidades na sua renovação; o preço a ser pago pelo dendê sendo definido, unilateralmente, pela empresa, a partir de seus interesses e da valorização da palma no mercado internacional; além do fato de que os valores recebidos pelos agricultores eram muito baixos.

Com base no estudo de Vieira (2015) e tendo como referência planilhas fornecidas pela empresa para que os agricultores pudessem acompanhar todas as transações realizadas no ano anterior o montante recebido e dos descontos efetuados pela Agropalma junto a um conjunto de agricultores, nos anos de 2011 e 2012, Serra Neto (2016) mostra que os agricultores perceberam rendimentos mensais inferiores aos salários-mínimos vigentes à época. Muitos

agricultores familiares precisavam contratar, temporariamente, em momentos de maior demanda, mão de obra, reduzindo mais ainda a renda dessas famílias “parceiras”.

Em pesquisa realizada com produtores rurais do Assentamento Taperuçu, localizado no Município de São Domingos, Estado do Pará, Sousa (2015) também investiga o modelo de integração da “dendeicultura”. Destaca a autora que boa parte do financiamento ficou com a empresa, e não com o agricultor, sob a justificativa de que isso era necessário para cobrir suas despesas com o plantio:

Ao observar uma cédula de financiamento rural com valor, de aproximadamente R\$ 65.000,00 observamos que 43.371,00 (quarenta e três mil, trezentos e setenta e um reais), ou seja, 67,1% do financiamento fica com a empresa. Isto porque além de ser responsável pela assistência técnica a empresa também é fornecedora de mudas, adubos sementes de puerária e outros materiais. (Sousa, 2015, p. 13)

Assim, os contratos de integração, enquanto instrumentos da política pública do dendê para a Amazônia Legal, estariam provocando a perda da essencialidade do agricultor familiar na região, transformando-o em um trabalhador assalariado (Silva, 2017). Ou, o que é ainda mais grave, em escravos modernos, como argumenta Serra Neto (2016, p. 74):

Fica evidente que existem, ao invés de um contrato firmado livremente entre iguais, sob a forma de parceria, claras relações de natureza trabalhista com o intuito de burlar a legislação pátria e violar o direito dessas famílias. Essas práticas podem suscitar o questionamento sobre eventuais vínculos trabalhistas e, até mesmo, em alguns casos, a prática do uso de trabalho análogo ao escravo.

Desse modo, um dos principais problemas dos contratos de integração é que os agricultores familiares não foram integrados à cadeia produtiva do dendê da forma como anunciada pelo MDA e PNPB: em favor da sustentabilidade e da geração de emprego e renda.

As pesquisas aqui mencionadas revelam que os agricultores ficaram sujeitos a exaustivas jornadas de trabalho que inviabilizam, inclusive, a manutenção da produção de outros gêneros necessários à subsistência, não receberam informações adequadas para o uso de agrotóxicos (Santos, 2017), tampouco foram informados apropriadamente quando da celebração dos contratos, levando os agricultores à crença de que o dendê seria uma espécie de “ouro vermelho”, evidenciando “que o verdadeiro compromisso das empresas é, sim, com as terras e com a produção, importando muito pouco o impacto no cotidiano das famílias” (Serra Neto, 2016, p. 105).

Neste contexto, o modelo de integração adotado antes do advento da Lei nº 13.288/2016, ou seja, diante da falta de uma legislação específica, deixou de consignar, nos referidos contratos, algumas obrigações e direitos das partes envolvidas, em especial dos produtores rurais.

Porém, a efetividade dessa Lei requer que sejam observados, entre outros, os objetivos da Política Nacional de Desenvolvimento Regional (PNDR), discutidos na seção a seguir.

### **3 A POLÍTICA NACIONAL DE DESENVOLVIMENTO REGIONAL E A IMPORTÂNCIA DE OS CONTRATOS DE INTEGRAÇÃO OBSERVAREM SEUS OBJETIVOS**

As desigualdades regionais são um traço marcante da economia brasileira. O Sul e Sudeste são duas regiões que, historicamente, possuem atividade econômica mais pujante e diversificada, enquanto o Norte e o Nordeste, comparativamente, tiveram um crescimento econômico menos significativo no decorrer do século XX e com mais acentuadas desigualdades, apesar da relativa desconcentração em favor da última, na década recente.

Esse quadro demanda políticas públicas para melhorar a coesão social e territorial do País e de suas regiões. Programas de desenvolvimento regional devem visar à redução dos desequilíbrios inter e intrarregionais em bases sustentáveis. Políticas públicas de ação regional, consubstanciadas em programas e ações governamentais, assumem importante papel para a redução das desigualdades regionais brasileiras, valorizando as diversidades regionais e optando por ações integradas de políticas públicas no território.

Essa discussão da agenda de desenvolvimento regional iniciou-se após a Segunda Guerra Mundial quando, pressionados pela opção socialista,

os Governos e as instituições de coordenação econômica e política do ocidente buscavam oferecer uma opção àquele modelo. Naquele contexto, o desenvolvimento econômico assumiu destaque em suas agendas (Diniz, 2001).

No Brasil, a questão das desigualdades regionais ganhou ênfase, pela primeira vez, no Plano Trienal de Desenvolvimento Econômico e Social (1962-1964), elaborado por Celso Furtado para a gestão do Presidente João Goulart. Em busca do crescimento econômico, o plano enfatizava a correção de desequilíbrios estruturais, por meio da descentralização regional de investimentos e da redistribuição de renda.

Na Constituição Federal de 1988 (CF/1988), o tema aparece no art. 3º, que estabelece, entre os objetivos fundamentais da República, a garantia ao desenvolvimento nacional, bem como a erradicação da pobreza e a redução das desigualdades sociais.

Em paralelo, o art. 170, inciso VII, da CF/1988 estabelece a redução das desigualdades regionais e sociais como princípio da ordem econômica, a qual deve ser fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, objetivando assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social.

Porém, como mostra Silva (2015), apesar da importância dada à problemática regional no texto constitucional, a década de 1990 e a primeira metade dos anos 2000 deixaram o planejamento regional em segundo plano. Em substituição, o País optou pelo planejamento econômico nacional, por meio dos planos plurianuais (PPAs), nem sempre efetivos, como conclui Garcia (2015b).

O primeiro PPA, elaborado pelo Governo vencedor das eleições de 1989, ano seguinte à promulgação da nova Constituição Federal, e que deveria vigorar de 1991 a 1995, cumpriu apenas as exigências constitucionais. Foi apresentado ao Congresso Nacional e aprovado quase sem discussão e emendas, e, define Garcia (2015b), era apenas como um Orçamento Plurianual de Investimento (OPI) avantajado.

O segundo PPA, que cobriria o quadriênio 1996-1999, não foi muito diferente:

De novo, o plano não será um guia para a ação, mas tão somente um OPI expandido, acompanhado de um texto bem elaborado, revelador de uma realidade mais

complexa, mas sem articulação consistente com os projetos e ações que, ao final, acabam por não acontecer plenamente, mesmo se repensados e redimensionados a cada exercício financeiro (orçamentos anuais). (Garcia, 2015b, p. 28)

Esses dois primeiros PPAs foram elaborados em um contexto no qual o Poder Executivo federal atribuía baixa importância ao processo de planejamento governamental. O PPA 2000-2003 nasceu em um ambiente institucional diferente, que considerava relevante o planejamento em médio e longo prazos, devendo esse ser embasado em uma teoria e seguir uma metodologia própria, baseada nas orientações de um grupo de trabalho interministerial (GTI).

Esse grupo era integrado por representantes do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão (MP) (Secretaria de Planejamento e Avaliação – SPA, Secretaria de Orçamento Federal – SOF, Secretaria de Controle de Empresas Estatais – Sest, Ipea e Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE), do Ministério da Fazenda (MF) (Secretaria do Tesouro Nacional – STN, Secretaria Federal de Controle – SFC, Secretaria da Receita Federal – SRF, e Banco Central do Brasil – BCB), do Tribunal de Contas da União (TCU), do Conselho Nacional de Política Fazendária (Confaz), do Instituto Brasileiro de Administração Municipal (Ibam), da Associação Brasileira de Orçamento Público e da Associação dos Profissionais em Finanças Públicas. A missão do GTI era, “em 60 dias, elaborar o projeto de lei complementar (PLC) de que trata o art. 165, § 9º, da CF/1988, da perspectiva do Poder Executivo, mas se considerando as formulações e os aportes dos projetos de lei e substitutivos originados no Parlamento” (Garcia, 2015a, p. 60).

Apesar dos avanços, o PPA 2000-2003 e os seguintes foram cada vez mais se orçamentalizando e assumindo o caráter de programação plurianual de despesas. Ademais, ao não ser seletivo, incluir muitos temas e ser construído sem dar destaque às prioridades do Governo, o PPA pouco tem conseguido anunciar os objetivos maiores de cada governante. Isso obrigou os Governos a, sistematicamente, elaborarem outros planos e políticas como forma de manifestarem suas prioridades (Garcia, 2015a).

É neste contexto que se insere a Política Nacional de Desenvolvimento Regional (PNDR). As discussões sobre a problemática regional foram retomadas de forma mais ampla na esfera governamental em 2003, quando uma equipe

da Secretaria de Políticas de Desenvolvimento Regional do Ministério da Integração Nacional (MI), liderada por Tânia Bacelar de Araújo, elaborou a proposta original da PNDR.

O processo de discussão e de negociações em torno da elaboração dessa política durou até 2007, tendo a mesma sido instituída por meio do Decreto nº 6.047, de 22 de fevereiro de 2007.

A extinção da Superintendência do Desenvolvimento da Amazônia (Sudam) e da Superintendência do Desenvolvimento do Nordeste (Sudene) em 2001, a reformulação do sistema de incentivos fiscais no início de 2000 e os impactos negativos do processo de reestruturação industrial deflagrado pela abertura econômica estimulavam o debate sobre a necessidade de políticas públicas para alavancar o desenvolvimento regional, praticamente abandonadas no Brasil após a década de 1980.

A PNDR foi anunciada indicando mudanças teóricas, metodológicas e operacionais sobre o planejamento nacional e regional, tanto na esfera técnica quanto na acadêmica, lembra Silva (2015). A política pretendia articular as instituições públicas nas escalas federal, estadual e municipal, bem como as empresas privadas e a sociedade civil organizada, bem como trouxe “uma série de inovações no plano teórico-metodológico e operacional, como a utilização de novos recortes regionais e a criação de programas específicos para atendê-los” (Silva, 2015, p. 9).

Assim, a elaboração da PNDR representou um esforço para combater a desarticulação e dispersão da ação do Estado dos inúmeros planos, projetos, leis e instrumentos isolados de intervenção federal, estadual e municipal, frequentemente conflitantes, como explica o próprio sumário executivo sobre a mesma (Brasil, 2007).

Nessa linha, foram estabelecidas três premissas fundamentais à retomada do desenvolvimento regional, segundo o documento original da PNDR:

- a) promoção e integração/articulação das instituições de governo para o esforço de redução das desigualdades regionais;
- b) adoção de estratégias de ação em múltiplas escalas geográficas;
- c) consolidação da PNDR como política de Estado.

O art. 1º do Decreto nº 6.047/2007 estabelece:



A política de desenvolvimento regional - PNDR tem como objetivo a redução das desigualdades de nível de vida entre as regiões brasileiras e a promoção da equidade no acesso a oportunidades de desenvolvimento, e deve orientar os programas e ações no Território Nacional, atendendo ao disposto no inciso III do art. 3º da Constituição.

A instituição da PNDR veio acompanhada da recriação da Sudam (2007), da Sudene (2007), e da Superintendência de Desenvolvimento do Centro-Oeste (Sudeco) (2009). Porém, uma das principais diferenças anunciadas entre a PNDR e o planejamento regional realizado até então era de que esse focava na escala macrorregional, enquanto a primeira atuaria sob novos recortes e escalas regionais.

A tipologia da PNDR (2008-2011) tinha como objetivo classificar as microrregiões utilizadas pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), a fim de orientar a natureza das políticas aplicáveis em cada uma delas, de acordo com quatro faixas de renda: alta, baixa, dinâmica e estagnada.

Para sua primeira fase (2008-2011), definiu as seguintes áreas prioritárias para atuação da política: escala macrorregional - áreas de atuação da Sudene, da Sudam e da Sudeco, com exceção dos espaços de alta renda; escala intermediária - semiárido, faixa de fronteira e regiões integradas de desenvolvimento (Rides); e escala sub-regional - mesorregiões diferenciadas, territórios rurais e territórios da cidadania (Silva, 2015).

A PNDR também inovou por incluir o planejamento participativo e a criação e o apoio aos arranjos produtivos locais (APLs) para alcançar o desenvolvimento das áreas prioritárias.

Como instrumentos financeiros dessa política, destacam-se os fundos constitucionais (Fundo Constitucional de Financiamento do Centro-Oeste - FCO, Fundo Constitucional de Financiamento do Nordeste - FNE, e Fundo Constitucional de Financiamento do Centro-Oeste - FNO) e o crédito ao setor produtivo, com atendimento preferencial à micro e pequena empresa (MPE) e à agricultura familiar. Esses fundos foram instituídos pela Lei nº 7.827, de 27 de setembro de 1989, ao regulamentar o art. 159, inciso I, alínea c, da Constituição da República Federativa do Brasil, com o objetivo de contribuir

para o desenvolvimento econômico e social das Regiões Centro-Oeste, Nordeste e Norte, por meio das instituições financeiras federais de caráter regional, mediante a execução de programas de financiamento aos setores produtivos.

O início de sua operação foi em 1989, bem antes da publicação da PNDR, como lembra Coelho (2017). Para ampliar a aderência da operação desses fundos à PNDR e favorecer suas áreas prioritárias, o MI logrou aprovar, junto aos conselhos deliberativos dos fundos, resolução que orienta a utilização da tipologia territorial da política para a definição dos limites de financiamento.

Outro instrumento da PNDR são os fundos de desenvolvimento regional. Regulamentados em 2002 pela Medida Provisória (MP) nº 2.156, que versa sobre o Fundo de Desenvolvimento do Nordeste (FDNE), e pela MP 2.157, que trata do Fundo de Desenvolvimento da Amazônia (FDA), esses só iniciaram suas operações em 2006. Com o objetivo de prover financiamento subsidiado para investimentos em infraestrutura e empreendimentos de grande porte nas áreas de atuação das superintendências, tais fundos foram convertidos em fundos financeiros com a Lei nº 12.712, de 30 de agosto de 2012. Em consequência, não podem ser contingenciados e podem acumular em seu patrimônio os recursos eventualmente não gastos em cada exercício. “Sua operação é baseada na subscrição de debêntures conversíveis em ações, emitidas pelas empresas beneficiárias”, destaca Coelho (2017, p. 12).

Por fim, os incentivos fiscais federais também constituem instrumento de política regional. São isenções como as sobre o reinvestimento do Imposto de Renda Pessoa Jurídica (IRPJ), criados pela MP 2.199-14/2001, as quais correspondem a dois terços dos pedidos totais de incentivos e a mais de 90% do volume de gastos tributários. Há também incentivos sobre o Imposto de Renda (IR), os quais devem ser reconhecidos pela Receita Federal, a partir de laudo emitido pelas superintendências de desenvolvimento regional.

Infelizmente, no entanto, a operação desses instrumentos não tem sido muito positiva quanto à aderência à PNDR. Coelho (2017, p. 12) mostra que, “ironicamente, registrou-se aumento relativo das aplicações dos fundos constitucionais nas microrregiões de ‘alta renda’, mesmo após a publicação do Decreto nº 6.047/2007, que institucionaliza a PNDR”. Na região Nordeste, foi ainda pior, com leve retração das aplicações nas microrregiões de baixa renda.

Destaca o autor que “as empresas localizadas em regiões de alta renda poderiam captar recursos de outras fontes, como o Banco Nacional do Desenvolvimento (BNDES), liberando espaço para aplicações dos fundos constitucionais em regiões de baixa renda” (Coelho, 2017, p. 12), mas não foi o que ocorreu.

O caso dos fundos de desenvolvimento regional não foi muito diferente. Assim como os incentivos fiscais federais, cuja governabilidade escapa à PNDR. Entre 2003 e 2010, movimentaram cerca de R\$ 27 bilhões, com favorecimento à indústria e ao turismo, além das atividades agroindustriais. Mesmo com a institucionalização da política em 2007, “nada foi mudado na gestão dos incentivos, que segue à margem da PNDR” e “a Portaria MI nº 2091-A/2007, que aprova a consolidação do regulamento dos incentivos fiscais para as regiões da Amazônia e do Nordeste, nem chega a mencionar a PNDR”, destaca Coelho (2017, p. 12).

Note, está se falando de cerca de R\$ 30 bilhões para os fundos constitucionais e mais de R\$ 27 bilhões em incentivos fiscais, volume de recursos não desprezíveis que estão, de fato, desassociados de uma política de desenvolvimento regional ou nacional (Coelho, 2017). São instrumentos que atendem mais a interesses setoriais, os quais visam se beneficiar das vantagens creditícias e tributárias oferecidas.

Assim, o relatório do Tribunal de Contas da União (TCU) acerca da PNDR (Brasil, 2009) resume algumas críticas quanto ao direcionamento dos recursos, ausência de indicadores e metas, bem como falta de estrutura ou processos de trabalho para o desempenho da missão institucional das entidades vinculadas à execução da PNDR. Em consequência, emitiu o Acórdão TCU nº 2.919/2009, contendo uma série de recomendações para aumentar a aderência dos instrumentos de política regional à PNDR, que pouco avançaram até 2017 (Coelho, 2017).

A partir dos debates na I Conferência Nacional de Desenvolvimento Regional (I CNDR), promovida pelo MI, uma nova versão da PNDR foi editada, em 2013, tendo quatro objetivos principais: i) convergência de renda inter-regional; ii) competitividade regional e geração de emprego e renda; iii) agregação de valor e diversificação econômica; e iv) construção de uma rede de cidades policêntrica.

Além da proposta de criação de um Sistema Nacional de Desenvolvimento Regional (SNDR), a PNDR II defende a criação de um Fundo Nacional de Desenvolvimento Regional (FNDR) para o custeio de ações de estímulo à estruturação produtiva das economias regionais, bem como uma maior aproximação com as universidades e os centros de pesquisa, como a Embrapa.

No âmbito da PNDR II está inserido o programa de Rotas de Integração Nacional, articulando redes de Arranjos Produtivos Locais (APLs) em setores estratégicos, definido como estratégia de desenvolvimento regional e inclusão produtiva do MI, conforme Portaria MI nº 164/2014. As Rotas foram incorporadas ao Plano Plurianual (PPA) 2016-2019 como iniciativa do Programa 2029 (Desenvolvimento Regional e Territorial), construindo-se “redes de APLs setorialmente e territorialmente interligados que promovem a inovação, a diferenciação, a competitividade e a lucratividade dos empreendimentos associados” (Coelho, 2017, p. 17).

Então, tendo a PNDR o objetivo de integrar e desenvolver as distintas regiões do País e eleito como estratégia o apoio de programas e ações de incentivo aos sistemas produtivos locais, os contratos de integração poderiam desempenhar uma importante função social. A exemplo da exitosa experiência na avicultura e suinocultura, poderiam ser uma forma de redução dos custos envolvidos nas diferentes etapas de uma negociação para a aquisição de insumos (custos para encontrar um produtor/comprador, negociar preços, redigir contratos e garantir o cumprimento das obrigações assumidas – *enforcement*), de planejar ações em longo prazo, tendo assegurado um fornecimento de matéria-prima/comprador de seu produto, bem como de redução do risco do negócio, tanto da indústria quanto do produtor rural (integrado).

Neste contexto, os contratos de integração poderiam viabilizar o acesso ao crédito para os pequenos produtores rurais como forma de a política apoiar os APLs e promover a inserção social produtiva e financeira da população das regiões com maiores carências e desigualdades. Para isso, faz-se necessária a implantação efetiva das Comissões para Acompanhamento, Desenvolvimento e Conciliação da Integração (Cadec) e do Fórum Nacional de Integração (Foniagro), estabelecendo as diretrizes que devem pautar os contratos de integração em cada um dos APLs, fortalecendo as relações entre o produtor integrado e o integrador à luz dos objetivos da PNDR.

Quer dizer, por ser o contrato de integração um instrumento que estabelece uma relação de cooperação do contratante com o integrado, garantindo a compra de ao menos uma parcela do resultado da atividade econômica desse, ele pode ser utilizado como um importante instrumento de garantia para que o agricultor familiar e os produtores rurais em geral acessem o crédito, como já efetuado.

No entanto, considerando as experiências negativas aqui relatadas, entende-se que é importante que o Banco Central do Brasil (BCB), enquanto órgão de controle das políticas de crédito, estabeleça critérios de acompanhamento a serem observados pelas instituições financeiras que concedem crédito usando os contratos de integração, como se argumenta na seguir.

#### **4 O BANCO CENTRAL DO BRASIL, A POLÍTICA DE CRÉDITO E OS CONTRATOS DE INTEGRAÇÃO**

A Lei nº 4.595/1964, que dispõe sobre a política e as instituições monetárias, bancárias e creditícias, criou o Conselho Monetário Nacional (CMN) e estabeleceu o papel do Banco Central do Brasil (BCB) na regulamentação do crédito no Brasil. Em seu art. 4º, inciso VI, define como competência do CMN disciplinar o crédito em todas as suas modalidades e as operações creditícias em todas as suas formas, nele incluindo os aceites, os avais e as prestações de quaisquer garantias por parte das instituições financeiras. O art. 10, inciso VI, estabelece como competência privativa do BCB o exercício do controle do crédito sob todas as suas formas.

Entende-se que essas instituições reguladoras do crédito são fundamentais para a eficácia da Lei dos Contratos de Integração, uma vez que esses contratos são uma interface essencial do crédito, sem o qual esse poderá restar prejudicado.

Assim, considerando que um contrato de integração é oferecido como uma garantia para financiamentos bancários, voltados para o fomento e à produção de matéria-prima por cooperativas agrícolas e pequenos produtores, parece salutar destacar algumas formas de intervenção que poderão mitigar os riscos de fracasso dessa forma integrada de produção.

É notório que as garantias deverão ser prestadas com segurança jurídica para o retorno do crédito às instituições financeiras. Portanto, se um contrato de integração fracassar, todo o sistema envolvido fracassará também, na medida em que a produção não será entregue na forma e nos prazos pactuados. Os

produtores não receberão os valores ajustados e não poderão honrar com o pagamento do empréstimo tomado, cuja garantia de crédito foi amparada no contrato de integração.

Trata-se de uma cadeia que envolve não apenas os aspectos de inclusão financeira dos pequenos agricultores, mas também de fomento e desenvolvimento agrícola do País. Conforme dispõe o item 15 do Manual de Crédito Rural, emitido pelo BCB, a contratação dessas operações deve observar algumas condições, como a responsabilidade pelo atendimento prestado aos mutuários por meio do contratado; os deveres da instituição financeira contratante de garantir a integridade, a confiabilidade, a segurança, o sigilo e a conformidade com a legislação e a regulamentação das operações de crédito rural contratadas; os serviços a serem prestados pelo agente de crédito rural contratado; entre outros.

Em sua letra i, destaca: “Fica o Banco Central do Brasil autorizado a baixar normas e a adotar medidas necessárias à preservação das boas práticas bancárias nos processos de contratação de operações de crédito rural por intermédio dos agentes de crédito rural” (BCB, 2018, p. 12).

Dessa forma, na definição de diretrizes sobre a concessão e o acompanhamento de crédito, resta necessário estabelecer medidas específicas de atenção aos contratos de integração. Assim, ao contratar operações lastreadas por esses contratos, cumprirá ao sistema financeiro inserir algumas boas práticas de mitigação de riscos, como um cronograma de aplicação e o aval da entidade responsável pela fiscalização e pelo acompanhamento dos contratos de integração, conforme definido na legislação.

Cumprir lembrar que a Lei nº 13.288/2016 estabelece, em seu art. 6º, que cada unidade da integradora e os produtores a ela integrados devem constituir a já mencionada Comissão para Acompanhamento, Desenvolvimento e Conciliação da Integração (Cadec).

A exigência dessa Comissão nos financiamentos bancários lastreados por contratos de interação poderá garantir que os prazos sejam cumpridos, que os recursos sejam corretamente aplicados e que os produtores possam garantir o pagamento adequado do seu trabalho, e, com isso, adimplir os empréstimos bancários tempestivamente. Ou seja, as partes poderão recorrer à Cadec para a interpretação de cláusulas contratuais ou outras questões inerentes ao contrato.

Desse modo, poderá o BCB definir, em complemento àquilo não explicitado na Lei em análise, exigências que garantam que o crédito viabilizado por meio dos contratos de integração seja aplicado à luz da PNDR.

Espera-se, dessa forma, que o crédito viabilizado pelos contratos de integração possa atender ao verdadeiro sentido da cidadania financeira, oportunizando produtos e serviços financeiros de qualidade a mais brasileiros de maneira sustentável e benéfico a todos.

O próprio presidente (à época) do Banco Central, Alexandre Tombini, destacou a importância do tema no V Fórum Banco Central sobre Inclusão Financeira, ocorrido em 2013, na Cidade de Fortaleza:

Com isso, cada vez mais brasileiros estão utilizando os serviços financeiros para as atividades cotidianas ou para a realização de atividades comerciais. No entanto, o acesso à conta bancária e a proximidade física de pontos de atendimento são apenas uma dimensão da inclusão financeira. Há muito mais a se fazer, principalmente na dimensão da qualidade desses serviços financeiros. Por um lado, é importante que o cidadão tenha conhecimento e segurança para tomar decisões financeiras adequadas às suas necessidades e que tenha meios eficazes para se proteger. Por outro lado, é essencial que as instituições e os provedores de produtos e serviços financeiros tenham consciência de que a qualidade e a integridade dos produtos e serviços oferecidos, principalmente a essa gama de novos clientes, são pré-requisitos fundamentais para que o processo da inclusão financeira seja sustentável e benéfico a todos. Por isso, o processo de inclusão é sedimentado nesses três pilares fundamentais: educação financeira, proteção e inovação. (Banco Central do Brasil, 2013)

Mais recentemente, o Relatório de Cidadania Financeira (BCB, 2018) destacou que essa cidadania pressupõe: (1) inclusão financeira, (2) educação



financeira, (3) proteção ao consumidor de serviços financeiros e (4) participação em discussões acerca do funcionamento do sistema financeiro.

Dessa forma, a cidadania financeira é importante para a inclusão social e produtiva dos agricultores familiares, devendo nesse processo serem observados os vários aspectos desse conceito multidimensional. A facilidade do acesso e a utilização adequada dos serviços financeiros também é um passo muito importante para a redução das desigualdades sociais e para o desenvolvimento regional, uma vez que a inclusão financeira pode ser indutora do desenvolvimento, graças ao círculo virtuoso que ela promove. Como descreve o Relatório de Inclusão Financeira nº 1, um sistema financeiro inclusivo estimula mais poupança e mais investimento para o crescimento do setor produtivo, proporciona um aumento na renda e emprego, o desenvolvimento da indústria financeira, bem como uma maior eficiência Sistema Financeiro Nacional e eficácia da política monetária (BCB, 2010).

Assim, acredita-se que a definição, pelo BCB, de critérios de acompanhamento a serem observados pelas instituições financeiras que concedem crédito tendo os contratos de integração como garantia melhorará a eficácia e efetividade dos contratos em análise. Ajudará, também, a promover a eficiência social no sistema financeiro que, como esclarece Roman (2008), está associada ao atendimento das necessidades de crédito da comunidade, oferecendo produtos e serviços de boa qualidade e a baixo custo, especialmente à população de baixa renda localizada em regiões distantes dos grandes centros financeiros. Desse modo, maximiza-se a eficiência social do sistema financeiro: “O ponto máximo de eficiência social é atingido quando são maximizadas as condições dos menos favorecidos” (Roman, 2008, p. 93).

Nesse sentido, a atuação preventiva do BCB enquanto ente regulador do crédito poderá conferir efetividade ao seu papel legalmente atribuído de satisfazer os anseios da coletividade, expressos na PNDR. Mendes (2015) lembra que essa garantia do interesse público, o bem-estar social, decorrente da atuação preventiva, isso é, previamente à efetivação de uma conduta lesiva punível, tem como finalidade obstar ou interromper condutas que se demonstrem potencialmente danosas ao bem-estar da coletividade. Espera-se, então, que as medidas regulamentadoras do BCB ajudem a garantir um efetivo equilíbrio para os envolvidos no sistema de produção integrado, dando maior efetividade à PNDR e às vantagens anunciadas pelo uso dos contratos de integração.



## CONCLUSÃO

O artigo buscou mostrar a importância de os contratos de integração serem empregados em associação aos objetivos da Política Nacional de Desenvolvimento Regional (PNDR).

A Lei nº 13.288/2016 foi promulgada para disciplinar esses contratos, os quais envolvem a cooperação entre o contratante (integrador) e o fornecedor (integrado), com vistas a assegurar o abastecimento dos insumos para uma dada cadeia produtiva, de um lado, e a garantia da compra de parte ou todo o resultado da atividade desse fornecedor, do outro. Assim, alguns autores defendem o uso desse instrumento jurídico como um importante mecanismo de fomento às atividades agroindustriais no País, notadamente quando se observa que uma das principais razões que levam o produtor a participar do sistema integrado é a falta de capital para investir na atividade e o risco decorrente da instabilidade do mercado.

O texto mostrou que a promulgação da referida Lei trouxe algumas vantagens operacionais em relação às normas anteriores, como a clara definição dos padrões de qualidade dos insumos e dos produtos a serem entregues, do custo financeiro dos insumos adiantados pelo integrador, a delimitação das responsabilidades das partes quanto ao recolhimento de tributos relativos ao sistema de integração, assim como melhor definiu outros papéis dos produtores integrados e do integrador, por exemplo.

Foram mencionadas algumas exitosas experiências brasileiras baseadas no uso desses contratos, como os casos da avicultura e suinocultura na região Sul. Mostrou-se que esses instrumentos podem ser utilizados para a redução dos custos de encontrar um produtor/comprador, para negociar preços, para redigir contratos e de *enforcement*, entre outros que surgem na negociação para a aquisição de insumos. Ao assegurarem o fornecimento de matéria-prima/comprador da produção, permitem que ações em longo prazo sejam planejadas e, em consequência, a redução do risco do negócio da indústria e do produtor rural (integrado) (Cassi; Gonçalves, 2014).

Porém, há algumas experiências malsucedidas, como a do fumo no Sul do Brasil e a da dendecultura na Amazônia Legal, discutidos neste artigo.

Nesta última, estudos como os de Ferreira (2016), Serra Neto (2016), Sousa (2015), Silva (2017) e Santos (2017) mostram que os contratos de integração atenderam apenas aos interesses da empresa integradora (Grupo Agropalma), deixando o agricultor familiar em condições muito desfavoráveis. Esses ficaram sujeitados a exaustivas jornadas de trabalho, tiveram inviabilizada a produção de alimentos importantes para a subsistência da família, não foram orientados adequadamente para o uso de agrotóxicos, ficaram sujeitos a um preço baixo do produto contratado, entre outros problemas descritos pela literatura revista neste texto. Assim, não houve a anunciada integração à cadeia produtiva do dendê em favor da sustentabilidade e da geração de emprego e renda, como anunciado pelo MDA e pela PNPB.

A edição da Lei nº 13.288/2016 promete um modelo de integração diferente, consignando nos referidos contratos algumas obrigações e direitos não explicitados na legislação anterior e que oportunizaram problemas como os anteriormente relatados. Porém, o presente artigo defende que sua efetividade requer que sejam observados os objetivos da PNDR e, ainda, uma ativa atuação do BCB na regulamentação do crédito envolvendo tais contratos.

A PNDR (Decreto nº 6.047/2007) foi anunciada tendo como objetivo a redução das desigualdades sociais entre as regiões brasileiras e a promoção da equidade no acesso a oportunidades de desenvolvimento, devendo orientar os programas e as ações do Estado brasileiro, em conformidade com o disposto no inciso III do art. 3º da CF/1988, como mostrou este artigo.

Embora o texto tenha destacado alguns problemas em sua execução, seus objetivos são importantes. Os contratos de integração têm sido apontados como instrumentos para viabilizar o acesso ao crédito para os pequenos produtores rurais como forma de essa política apoiar os APLs e promover a inserção social produtiva e financeira no meio rural. Porém, é imprescindível que haja a efetiva implantação das Cadecs e do Foniagro, estabelecendo as diretrizes dos contratos de integração nos diferentes APLs apoiados pela PNDR. Isso poderá elevar a efetividade social desse instrumento.

Assim, no caso de serem utilizados como garantia para que agricultores familiares e produtores rurais em geral acessem o crédito, o artigo destacou a importância de o BCB definir rigorosos critérios de acompanhamento a serem observados pelas instituições financeiras na concessão desse crédito. Assim, em

complemento à Lei nº 13.288/2016, defende-se que o BCB deve atuar no sentido de que os objetivos da PNDR sirvam de parâmetro para a utilização desses contratos.

Acredita-se que a verdadeira inclusão financeira deve oportunizar produtos e serviços financeiros de qualidade, o que pressupõe sustentabilidade e eficiência social do sistema financeiro com garantia do interesse público.

## REFERÊNCIAS

BANCO CENTRAL DO BRASIL (BCB). V Fórum de Inclusão Financeira, Fortaleza, 2013. *Anais*. Disponível em: <[https://www.bcb.gov.br/pec/appron/apres/Discurso\\_Alexandre\\_Tombini\\_V\\_Forum\\_BC\\_Inclusao.pdf](https://www.bcb.gov.br/pec/appron/apres/Discurso_Alexandre_Tombini_V_Forum_BC_Inclusao.pdf)>. Acesso em: 21 ago 2018.

\_\_\_\_\_. Manual de Crédito Rural (MCR) 651, de 3 de julho de 2018. Disponível em: <<https://www3.bcb.gov.br/mcr/completo>>. Acesso em: 10 jul. 2019.

\_\_\_\_\_. *Relatório de Cidadania Financeira*. Brasília: BCB, 2018.

\_\_\_\_\_. *Relatório de Inclusão Financeira nº 1*. Brasília: BCB, 2010.

BEGNIS, Heron Sergio Moreira; ESTIVALETE, Vania de Fátima Barros; PEDROZO, Eugênio Avila. Confiança, comportamento oportunista e quebra de contratos na cadeia produtiva do fumo no sul do Brasil. *Revista Gestão & Produção*, v. 14, n. 2, p. 311-322, 2007.

BRASIL. I Conferência Nacional de Desenvolvimento Regional, 2013. Disponível em: <[http://www.integracao.gov.br/c/document\\_library/get\\_file?uuid=54bce099-503a-4076-8613-d90dd6107c79&groupId=10157](http://www.integracao.gov.br/c/document_library/get_file?uuid=54bce099-503a-4076-8613-d90dd6107c79&groupId=10157)>. Acesso em: 25 maio 2018.

\_\_\_\_\_. Lei nº 13.288, de 16 de maio de 2016. Dispõe sobre os contratos de integração, obrigações e responsabilidades nas relações contratuais entre produtores integrados e integradores, e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, 17 maio 2016, Seção 1, p. 1. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2016/Lei/L13288.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/L13288.htm)>. Acesso em: 21 ago. 2018.

\_\_\_\_\_. Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento (Mapa). Programa Nacional de Produção e Uso de Biodiesel (PNPB). Disponível em: <<http://www.mda.gov.br/sitemda/secretaria/saf-biodiesel/o-que-%C3%A9-o-programa-nacional-de-produ%C3%A7%C3%A3o-e-uso-do-biodiesel-pnpb>>. Acesso em: 18 jul. 2019.

\_\_\_\_\_. Ministério da Integração Nacional. Secretaria de Desenvolvimento Regional. *Política Nacional de Desenvolvimento Regional*: sumário executivo. Brasília: MI, 2007.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Contas da União. *Relatório de Levantamento do Programa de Promoção da Sustentabilidade de Espaços Sub-Regionais – Promeso*. Brasília: TCU, 2009.

CARVALHO, Thiago Moreira de; AYRES, Victor. *Parecer Técnico nº 7/2017*. Brasília: Confederação da Agricultura e Pecuária do Brasil, 2017.

CASSI, Guilherme Helfenberger Galino; GONÇALVES, Oksandro Osdival. Os custos de transação no contrato de integração. *Revista da Ajuris*, v. 41, n. 136, p. 247-266, 2014.

COASE, Ronald H. The Nature of the Firm. *Economica*, New Series, v. 4, n. 16, p. 386-405, 1937.

COELHO, Vitarque Lucas Paes. A PNDR e a nova fronteira do desenvolvimento regional brasileiro. *Boletim Regional, Urbano e Ambiental*, Ipea, n. 17, jul./dez. 2017. Disponível em: <[http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/8141/1/BRU\\_n17\\_PNDR.pdf](http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/8141/1/BRU_n17_PNDR.pdf)>. Acesso em: 4 set. 2018.

DINIZ, Clélio Campolina. A questão regional e as políticas governamentais no Brasil. *Texto para Discussão*, Belo Horizonte: Cedeplar/Face/UFMG, n. 159, 2001. 19 p.

FERREIRA, Vanilda Araújo. As influências socioeconômicas e ambientais da cadeia produtiva do dendê no desenvolvimento local do Baixo Tocantins. Dissertação (Mestrado) - Universidade Federal do Pará, Núcleo de Altos Estudos Amazônicos. Belém, 2016.

FIEL, Adamir de Amorim. Contratos de integração vertical: um instrumento que imprime equilíbrio ao agronegócio. 2017. Disponível em: <<http://conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.589475>>. Acesso em: 26 set. 2018.

GARCIA, Ronaldo Coutinho. PPA: O que não é e o que pode ser. In: CARDOSO JR., José Celso; CUNHA, Alexandre dos Santos (Org.). *Planejamento e avaliação de políticas públicas*. Brasília: Ipea, 2015a. p. 55-79. Disponível em: <[http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com\\_content&view=article&id=2456](http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=2456)>. Acesso em: 13 jan. 2016.

\_\_\_\_\_. Reorganização do processo de planejamento do governo federal: o PPA 2000-2003. In: CARDOSO JR., José Celso; CUNHA, Alexandre dos Santos (Org.). *Planejamento e avaliação de políticas públicas*. Brasília: Ipea, 2015b. p. 17-30 (parte do Capítulo 1). Disponível em: <[http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com\\_content&view=article&id=24567](http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=24567)>. Acesso em: 13 jan. 2016.

MACEDO, Fernando Cezar de; COELHO, Vitarque Lucas Paes. A Política Nacional de Desenvolvimento Regional - PNDR e os Fundos Constitucionais de Financiamento. Universidade de Santa Cruz do Sul, 2015. Disponível em: <<https://online.unisc.br/seer/index.php/redes/article/view/6221>>. Acesso em: 17 jun. 2018.

MENDES, Humberto Cestaro Teixeira. O Estado regulador e a ascensão da atuação administrativa preventiva. *Revista da Procuradoria-Geral do Banco Central*, Brasília-BCB, v. 9, n. 2, p. 45-58, dez. 2015. Disponível em: <<https://revistapgbcb.bcb.gov.br/index.php/revista/issue/view/7/Revista%20da%20Procuradoria-Geral%20do%20Banco%20Central%20-%20Volume%209%20-%20N%C3%BAmero%202>>.

OLIVEIRA JR., Márcio. Marco regulatório das políticas de desenvolvimento regional no Brasil: fundos de desenvolvimento e fundos constitucionais de financiamento. Núcleo de Estudos e Pesquisas do Senado Federal. Texto para Discussão nº 101. Brasília/DF, 2011. Disponível em: <[http://www.senado.gov.br/senado/conleg/textos\\_discussao.htm](http://www.senado.gov.br/senado/conleg/textos_discussao.htm)>.

PAIVA, Nunziata Stefania Valenza. O problema da qualificação jurídica dos contratos de integração vertical agroindustriais no direito brasileiro. *Revista da Faculdade de Direito UFG*, [s.l.], v. 33, n. 2, p. 185-198, 2010. Disponível em: <<http://www.revistas.ufg.br/revfd/article/view/9883>>. Acesso em: 17 jun. 2018>. Acesso em: 18 maio 2018.

REYMÃO, Ana Elizabeth Neirão; SANTOS, Ricardo Thomaz. O crédito à agricultura familiar na Amazônia e os desafios do Pronaf para a efetivação do princípio segurança alimentar. XXV Encontro Nacional Do Conpedi, Brasília, 2016. *Anais*. Brasília: Conpedi.

ROMAN, Flaábio José. Normas constitucionais de Justiça Social: incidência e eficácia no sistema financeiro. *Revista da Procuradoria-Geral do Banco Central*, Brasília-BCB, v. II, n. 2, p. 93, dez. 2008.

SANTOS, Ricardo Thomaz. Desenvolvimento rural da Amazônia Oriental e Pronaf-Eco dendê: reflexões sobre a política pública de incentivo à produção de biodiesel e à agricultura familiar no município de Tomé-Açú. Dissertação (Mestrado em Direito, Políticas Públicas e Desenvolvimento), Centro Universitário do Estado do Pará. Belém, 2017. 141 f.

SERRA NETO, Prudêncio Hilário. Os contratos de parceria na monocultura do dendê no estado do Pará: integração da agricultura familiar ou uma forma moderna de escravidão por dívida? Dissertação (Mestrado em Direito, Políticas Públicas e Desenvolvimento), Centro Universitário do Estado do Pará. Belém, 2016. 142 f.

SILVA, Simone Affonso da. A PNDR e o planejamento regional brasileiro no início do século XXI. *Texto para Discussão do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada*, Brasília, n. 2150, nov. 2015. Disponível em: <[http://www.portalfederativo.gov.br/biblioteca-federativa/estudos/td\\_2150-pndr-e-planejamento-regional-sec-xxi.pdf](http://www.portalfederativo.gov.br/biblioteca-federativa/estudos/td_2150-pndr-e-planejamento-regional-sec-xxi.pdf)>. Acesso em: 12 set. 2018.

SILVA, Thais Sousa. O agronegócio na Amazônia paraense: Dendeicultura e “questão social”. *VIII Jornada Internacional de Políticas Públicas*, São Luis, 2017. Disponível em: <<http://www.joinpp.ufma.br/jornadas/joinpp2017/pdfs/eixo10/oagronegocionaamazoniapar aensedendeiculturaequestaosocial.pdf>>. Acesso em: 4 out. 2018.

SOUSA, Claudiane de Fátima Melo de. Será mesmo o diabo? Expansão da dendeicultura e o campesinato na Amazônia Paraense. Dissertação (Mestrado) - Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Antropologia, Universidade Federal do Pará. Belém, 2015. 188 p.

TOTTI, Paulo. Biodiesel de dendê, uma nova esperança. *Valor Econômico*, Especial, p. A20, 12 abr. 2007. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/477281/noticia.htm?sequence=1>>. Acesso em: 10 jul. 2019.

VIEIRA, Ana Carolina. A integração camponesa ao monocultivo do dendê: subordinação e transformação do campesinato amazônico. Dissertação (Mestrado), Universidade Federal do Pará. Belém, 2015.

WILLIAMSON, Oliver E. *As instituições econômicas do capitalismo: firmas, mercados, relações contratuais*. São Paulo: Pezco, 2012.

Submissão em: 29.11.2019

Avaliado em: 19.08.2020 (Avaliador A)

Avaliado em: 17.08.2020 (Avaliador B)

Aceito em: 26.08.2020

# SAÚDE DA MULHER, PROTEÇÃO DO CONVÍVIO FAMILIAR E PARTO PREMATURO: UMA LEITURA DISCURSIVA DO RELATÓRIO DA PEC 181 NA CÂMARA DOS DEPUTADOS FEDERAIS

*HEALTH OF WOMEN, PROTECTION OF FAMILY CONVIVIA AND PREMATURE DELIVERY: A DISCURSIVE READING OF THE REPORT OF PEC 181 IN THE FEDERAL CHAMBER OF DEPUTIES*

**Artenira da Silva e Silva<sup>1</sup>**

Doutora em Saúde Coletiva (UFBA, Salvador/BA, Brasil)

**Josanne Cristina Ribeiro Ferreira Façanha<sup>2</sup>**

Doutoranda e Mestra em Políticas Públicas (UFMA, São Luís/MA, Brasil)

**Lidiane Karlla Franco Cutrim<sup>3</sup>**

Mestranda em Direito e Instituições do Sistema de Justiça (UFMA, São Luís/MA, Brasil)

- 
- <sup>1</sup> Pós-Doutora em Psicologia e Educação pela Universidade do Porto. Mestre em Saúde e Ambiente pela Universidade Federal do Maranhão. Graduada em Psicologia pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Docente e Pesquisadora do Departamento de Saúde Pública e do Mestrado em Direito e Instituições do Sistema de Justiça da Universidade Federal do Maranhão. Coordenadora de linha de pesquisa do Observatório Ibero Americano de Saúde e Cidadania e Coordenadora do Observatorium de Segurança Pública (PPGDIRUFMA/CECGP). Psicóloga Clínica e Forense. *E-mail:* artenerassilva@hotmail.com. Currículo: <http://lattes.cnpq.br/3279747633416042>. Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-1716-6133>.
- <sup>2</sup> Doutoranda em Políticas Públicas pela Universidade Federal do Maranhão (2016) com estudos concentrados na área de Políticas Públicas e Movimentos Sociais, na linha de pesquisa de Violência, Família, Criança, Idoso e Gênero. Mestre em Políticas Públicas pela Universidade Federal do Maranhão (2014). Especialista em Linguística Aplicada e Ensino de Línguas. Licenciada em Letras pela Faculdade Atenas Maranhense. Graduada em Direito pela Universidade CEUMA (2006). Docente da Faculdade Pitágoras de São Luís e da Unidade de Ensino Dom Bosco. Advogada militante. *E-mail:* jocrf\_2009@hotmail.com. Currículo: <http://lattes.cnpq.br/3595800379681473>. Orcid: <https://orcid.org/0000-0001-5320-0004>.
- <sup>3</sup> Mestranda em Direito e Instituições do Sistema de Justiça com estudos concentrados linha de pesquisa de Dinâmica e efetividade das instituições do sistema de justiça e na temática de investigação Estado e Direitos Sociais. Graduada em Direito pela Universidade CEUMA (2016). *E-mail:* lidiane.k.f.cutrim@hotmail.com. Currículo: <http://lattes.cnpq.br/9140878660550117>. Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-3064-6473>.



**ÁREA(S):** direitos difusos; direitos humanos.

**RESUMO:** A proteção de direitos de grupos vulneráveis, como mulheres e crianças, é elementar na construção de uma sociedade equitativa e fraterna. Este artigo busca, a partir dos discursos produzidos na comissão especial encarregada de votar a Proposta de Emenda à Constituição (PEC) nº 181, de 2015, analisar a importância atribuída à proteção da saúde da mulher e da criança inseridas em contexto de parto prematuro. Neste sentido, buscase, a partir do método interpretativo da análise de discurso, significar os argumentos desenvolvidos pelo relator da comissão no que toca à saúde da mulher e à proteção do convívio familiar no contexto do parto pré-termo. Utiliza-se, para tanto, a corrente teórico-metodológica da análise de discurso de matriz francesa de Michel Pêcheux, a partir da qual será realizada, por meio da materialidade verbal explícita no voto do relator, desvelar a ideologia implícita em seu discurso, caracterizando a relação de poder entre o sujeito autor e a necessidade de proteção da saúde da mulher e do convívio familiar quando mãe e recém-nascidos são afetados pelo parto prematuro.

**ABSTRACT:** *Vulnerable groups rights protection, such as women and children, is elementary for promoting an equative and fraternal society. This paper analyzes the*

*importance attached to the protection of the women and children, considering the voting of the Constitutional Amendment (PEC) 181 of 2015. Therefore, it uses the interpretative method of speech analysis, to signify the arguments developed by the reporter of the commission, when presenting the right of women to protect their family unit in the context of premature birth. The speech analysis undergone in this study was based on the French matrix of Michel Pêcheux. The carried-out analysis considered the explicit verbal materiality in the studied vote of the commission reporter, revealing the implicit ideology in the analyzed discourse, also characterizing the powerful relationship between the Subject Author and the need of protection of women's health and their family life, when mother and newborn are affected by premature birth.*

**PALAVRAS-CHAVE:** análise de discurso; PEC 181/2015; saúde da mulher.

**KEYWORDS:** *discourse analysis; PEC 181/2015; women's health.*

**SUMÁRIO:** Introdução; 1 A saúde da mulher e o convívio entre mãe e filho: o sofrimento da parturiente em contexto de parto prematuro; 2 O voto do relator da PEC 181/2015 na Câmara dos Deputados; 3 A condição cultural das mulheres no discurso do relator: a (re)produção de um discurso dominador a partir de uma análise conforme proposto em Pêcheux; Conclusão; Referências.



**SUMMARY:** *Introduction; 1 The health of women and the relationship between mother and child: the suffering of the parturient in the context of preterm birth; 2 The vote of the rapporteur of PEC 181/2015 in the Chamber of Deputies; 3 The cultural condition of women in the speech of the rapporteur: (re) production of institutional violence based on an analysis as proposed in Pêcheux; Conclusion; References.*

## INTRODUÇÃO

**D**e acordo com o Ministério da Saúde (2014), no Brasil, 7,2% dos nascidos vivos foram pré-termo em 2010<sup>4</sup>. Considera-se pré-termo os nascimentos que ocorrem antes das 37 semanas de gestação. De acordo com Demitto *et al.* (2017), as complicações relacionadas com a prematuridade são a primeira causa de mortes neonatais e infantis.

Deste modo, em 2015, o Projeto de Emenda à Constituição nº 181, originário do Senado Federal, propõe a alteração na redação do art. 7º, XVIII. Busca-se estender a licença-maternidade aos casos em que o parto tenha sido prematuro, situação que se impõe para tratar com equidade mulheres e crianças inseridas nesse contexto, a fim de assegurar a convivência entre mãe e filho, reconhecendo a importância do estabelecimento e a devida sedimentação da vinculação inicial afetiva entre ambos.

Este trabalho aborda a necessidade de proteção à saúde emocional da parturiente e do direito ao convívio familiar entre mãe e filho durante o período da licença-maternidade. A partir da insuficiência do período estabelecido na redação original do texto constitucional para que as parturientes e os recém-nascidos inseridos em contexto do parto prematuro possam estabelecer uma convivência saudável e promotora à saúde de ambos, o constituinte derivado (reformador), por meio da PEC 181, de 2015, originária do Senado Federal, busca corrigir o texto da norma a fim equipará-los às mães e filhos que levaram a termo sua gestação.

Sobressaem, no âmbito da PEC 181/2015, inúmeros aspectos polêmicos que poderiam ser propostos a partir da revisão<sup>5</sup> do texto original; contudo, a

---

<sup>4</sup> De acordo com o estudo do relatório apresentado pela Unicef – Brasil (2013) em 2010, a prevalência relatada pelo Sinasc foi de 7,2%, cerca de 38% menor do que a estimativa de 11,7% obtida com a equação de correção.

<sup>5</sup> Embora se considere que as discussões sobre o direito à vida e ativismo judicial tenham ganhado centralidade na referida proposta, esses aspectos não serão destacados no escopo do presente estudo.

proposta do presente artigo é analisar o que se considera ser a ideia central da própria PEC, qual seja, a real necessidade de proteção da saúde da mulher e do recém-nascido prematuro e do convívio familiar entre ambos. Cumpre ressaltar que a proteção da saúde e da convivência parental do recém-nascido estará sendo considerada na presente análise no bojo do direito da mulher, reafirmando-se que o intento da pesquisa é avaliar a importância conferida à saúde da mulher atingida pelo drama do parto prematuro, bem como à tutela do convívio familiar explicitado pelo relator da comissão especial na Câmara dos Deputados Federais.

Para alcançar a proposta intentada, o presente trabalho está estruturado em três centros de discussão: o primeiro trata da necessidade de proteção à saúde psicológica da mulher em situação de parto prematuro, destacando a necessidade de proteção da convivência familiar; por fim, evidenciam-se as consequências emocionais sofridas pela parturiente inserida nesse contexto. Logo, será discutida a necessidade de tratar, de forma equitativa, mães em situação de parto prematuro, considerando-se a especificidade da situação em relação ao parto em tempo regular.

O segundo ponto de discussão analisa, a partir da corrente teórico-metodológica de Michel Pêcheux, o discurso produzido no parecer do relator da comissão especial encarregado pela votação da Proposta de Emenda à Constituição nº 181 no âmbito da Câmara dos Deputados Federais. Nesse aspecto, busca-se inferir o grau de importância conferido pelo relator à proteção da saúde da mulher, bem como à proteção do convívio familiar diante do parto prematuro, desvelando-se, nas materialidades verbais do documento analisado, as ideologias implícitas na fala (voto) do relator e a compreensão deste sujeito sobre a condição das mulheres, que, *a priori*, na mesma medida do neonato prematuro, são os principais interessados na referida PEC.

No terceiro e último tópico, aprofundam-se as discussões em torno da condição da mulher no Brasil e seus reflexos sobre o sujeito relator e o seu voto, destacando-se este deputado, enquanto assujeitado à ideologia construída pela sua história de vida, um dado passível de ser explicitado nas intencionalidades reproduzidas no parecer analisado.

---

Compreende-se que a revisão do teto original, caso seja a PEC aprovada em sua redação atual, trará inúmeros reflexos sobre a saúde psicológica da mulher, que, mesmo nos casos já permitidos pela lei e jurisprudência, teriam que levar a termo uma gravidez indesejada; contudo, reafirma-se que a referida discussão não constitui objeto deste artigo.

## 1 A SAÚDE DA MULHER E O CONVÍVIO ENTRE MÃE E FILHO: O SOFRIMENTO DA PARTURIENTE EM CONTEXTO DE PARTO PREMATURO

Inicialmente, ressalta-se que os direitos sexuais e reprodutivos constituem direitos humanos reconhecidos nacional e internacionalmente, sendo os reprodutivos, para Marques e Pereira (2011), a oposição a qualquer controle coercitivo da natalidade e qualquer imposição natalista que resulte na proibição da utilização de métodos contraceptivos, e os sexuais relacionados ao potencial do indivíduo em expressar sua sexualidade com liberdade, bem como a garantia do acesso à educação sexual durante toda a vida.

O aumento da participação feminina no mercado de trabalho, desde as últimas décadas do século passado até nossos dias, tem sido reflexo de conquistas sociais voltadas a garantir a autonomia e liberdade da mulher. Diante da inserção feminina no mercado de trabalho, foram introduzidas normas de proteção ao trabalho da mulher, em nível constitucional e infraconstitucional. Dentre essas normas, destaca-se o direito à licença-maternidade, vez que o constituinte de 1988, no art. 7º, XVIII<sup>6</sup>, garantiu às mulheres o direito à licença-maternidade de até 120 (cento e vinte) dias.

Esses direitos das mulheres nasceram juntamente com a saúde reprodutiva e buscam interagir com os direitos sociais, principalmente no que confere à saúde, à educação, à informação, com os direitos individuais de não interferência e não discriminação. A saúde sexual e reprodutiva ocupa um lugar importante na construção da igualdade de gênero e na construção da autonomia de adolescentes e jovens, sendo fundamental para a formação de pessoas saudáveis e responsáveis (Brasil, 2007a; Brasil, 2007b).

Nery e Tyrrell (2014) enfatizam que a mulher é prioridade nas políticas públicas de saúde, enquanto ser reprodutivo. Porém, vale ressaltar que no Brasil, com a criação do PAISM, evocou-se o conceito de integralidade na assistência à saúde da mulher, que envolvia a oferta de ações globalmente dirigidas.

Por outro lado, quando são considerados os registros de nascimentos, o Brasil é um dos países com mais elevada taxa de nascimentos prematuros no mundo. Esse dado desperta preocupação, haja vista que as complicações

---

<sup>6</sup> O constituinte originário estabeleceu, no art. 7º, que: “São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: [...] XVIII – licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com a duração de cento e vinte dias” (Brasil, 1988).

relacionadas com a prematuridade são a primeira causa de mortes neonatais e infantis em países de renda média e alta, incluindo o Brasil (Unicef, 2013).

Como reflexos do cenário do puerpério pré-termo, pode-se observar o elevado grau de ansiedade e a desestrutura emocional nas mães de neonatos prematuros, o que aspira preocupação com a saúde dessas mulheres, sobretudo no que diz respeito a seu aspecto emocional (Costa; Mombelli; Marcon, 2009).

A PEC 181, de autoria do Senador Aécio Neves, representa uma medida de superação da isonomia formal no tocante às mulheres em licença-maternidade cujo parto tenha sido prematuro, de modo a estender o prazo da licença-maternidade nesses casos, em razão da necessidade de internação dos recém-nascidos prematuros por maior lapso temporal.

Destacam-se como ideias centrais desta PEC: a proteção e o restabelecimento da saúde emocional da mãe e do bebê prematuro e a valorização e o amadurecimento de laços entre mãe e filho, já que o convívio de ambos resta prejudicado durante o período em que a criança permanece internada sob cuidados praticamente exclusivos dos profissionais de saúde.

Quando a criança nasce prematuramente, é necessário que seja realizada a sua internação em unidades de terapia intensiva neonatais, momento marcado por cuidados praticamente exclusivos de profissionais. Alguns fatores como o período de internação, procedimentos realizados e cuidados recebidos são relevantes para avaliar o seu desenvolvimento (Padovani; Linhares; Carvalho; Duarte; Martinez, 2004).

Costa, Mombelli e Marcon (2009, p. 321) apontam que “o estado afetivo da mãe expresso pelos sentimentos de temor, ansiedade, desespero, insegurança, medo, tristeza, entre outros, está diretamente ligado à situação da hospitalização do filho e que o afloramento desses sentimentos constitui resposta emocional às solicitações de adaptação”. Pode-se inferir que o nascimento prematuro é capaz de afetar consideravelmente a saúde emocional das mães de neonatos prematuros frente à internação do filho após o parto.

Veronez *et al.* (2017) consideram que o estabelecimento do vínculo afetivo entre a mãe e o bebê pode ser comprometido pelos reflexos da prematuridade, de modo particular sobre a saúde mental da mãe, o que pode acarretar comprometimento do vínculo entre ambos, devendo sempre ser facilitada a aproximação dos pais com seu filho a fim de contribuir com a formação e sedimentação dos laços de afeto entre ambos.

Brum e Schermann (2014), ao estudarem *intervenções para promover a qualidade do vínculo mãe-bebê* em contexto de nascimento prematuro, afirmam que inúmeros estudos sobre intervenções precoces com bebês de risco têm sido realizados, com o objetivo de melhorar os efeitos negativos do nascimento pré-termo na parentalidade, bem como a interação mãe-criança e o desenvolvimento infantil. Os autores (2014) ressaltam que, a partir dessa concepção, os períodos neonatais e o pós-natal (do nascimento até um ano) tornam-se sensíveis para o desenvolvimento infantil e para a realização de intervenções, que determinam ganhos que se mantêm a curto, médio e longo prazo.

Desses estudos, pode-se concluir que o nascimento pré-termo pode impactar negativamente a saúde psicológica da parturiente, notadamente pela sensação de impotência, bem como pela aproximação tardia com o recém-nascido. Assim, é fundamental equiparar mães e neonatos pré-termo a fim de assegurar-lhes estabilidade emocional e fortalecer os laços afetivos entre ambos a partir da relação de cuidado em ambiente familiar. Esses aspectos são de relevância para avaliar a necessidade de equiparação da trabalhadora afetada pelo parto pré-termo da trabalhadora que teve parto a termo.

## 2 O VOTO DO RELATOR DA PEC 181/2015 NA CÂMARA DOS DEPUTADOS

Pêcheux buscou pensar discursivamente a materialidade inserta na linguagem. O autor considera que todo objeto de leitura e a própria língua são, em princípio, opacos, encontrando significação em razão da ideologia de quem deles faz uso. Assim, será considerada, neste estudo, a “unidade de análise”<sup>7</sup> impressa na linguagem do relator a fim de caracterizar as suas intencionalidades (Pêcheux, 1967).

Para Guasso (2014), Pêcheux, ao trabalhar a análise de discurso(s), desconstrói sentidos aparentemente estabilizados/neutralizados, colocando-se frente a uma série de conflitos e de procedimentos próprios ao campo da linguagem em funcionamento, em (dis)curso, analisando, nesse viés, o sujeito e a ideologia como elementos fundamentais para a produção de (des)conhecimento. Todavia, Pêcheux não indica a resolução de todos os problemas da/na língua, sugerindo apenas caminhos de leitura/análise possíveis.

---

<sup>7</sup> “A unidade de análise não aparece mais como sendo o texto, mas o discurso, o qual corresponde a um conjunto determinado de condições de produção.” (Pêcheux, 1967, p. 211)

O relatório e voto produzidos pelo relator da Comissão Especial encarregada de emitir parecer sobre a PEC 181/2015 trazem, naturalmente, a ideologia<sup>8</sup> do autor, explicitando um processo pelo qual determinadas direções de sentido ganham evidência dentro das relações sociais. O autor da Comissão Especial destaca, desde as linhas iniciais de seu relatório, que a PEC 181 tem por objeto principal a proteção da vida do nascituro que nasce a pré-termo, *in litteris*:

Para esse efeito, em primeiro lugar, lembramos que a *Proposta garante a proteção da vida ao feto ou nascituro que nasceu antes do momento esperado*, necessitando de amparo especial até que possa ser cuidado pela mãe em condições de normalidade em sua residência. [...] Impõe-se, portanto, na perspectiva deste Relator, que a *apreciação da PEC 58/2011 seja antecedida pelo aprofundamento das discussões em torno de três eixos temáticos, quais sejam: 1º) dignidade da pessoa humana e o direito à vida; 2º) Estado de Direito; 3º) ativismo judicial*. Para tanto, propomos a realização de três painéis principais, correlativos aos temas indicados. (grifos nossos)

Cumprе frisar que a localização do artigo no qual se propõe a alteração está situado entre os incisos do art. 7º da Constituição Federal de 1988, em que se tutelam os direitos sociais dos trabalhadores pelo constituinte originário. Isso permite compreender, a partir desse ponto de leitura<sup>9</sup>, que a interpretação dada pelo relator (proteção da vida) traz um deslocamento do bem tutelado pelo constituinte originário, retirando-se da análise central a mulher e sua condição no mercado de trabalho para dar lugar à proteção da vida da criança prematura.

Estudos relacionados aos impactos do nascimento pré-termo sobre as mães descortinam um cenário de angústia, de ansiedade, de depressão (Carvalho;

---

<sup>8</sup> A ideia de ideologia em Pêcheux traduz um funcionamento simbólico de como o sujeito se insere na história, sendo um processo constitutivo do funcionamento da língua e da linguagem (Pêcheux, 2009).

<sup>9</sup> Neste sentido, o analista é um intérprete, e a interpretação nunca será absoluta e única, pois também produzirá seu sentido. Silva (2017, p. 80) explica que a noção de leitura constitui, portanto, um processo no qual a produção de sentido está imbricada não só ao sujeito que produz um discurso e mobiliza os sentidos possíveis sobre determinada questão – o sujeito-autor –, mas também às condições sociais, políticas e históricas que circunstanciam uma tomada de posição frente à leitura – o leitor virtual, projetado, imaginariamente, pelo sujeito-autor –, em um lugar discursivo específico.

Linhares; Martinez, 2001; Costa; Mombelli; Marcon, 2009; Veronez; Borghesan; Corrêa; Higarashi, 2017). Em que pesem sejam amplos os estudos em torno da prematuridade no Brasil, o relatório sob análise não avalia os reflexos de um parto prematuro sobre a saúde mental da mulher trabalhadora em situação de parto prematuro, invisibilizando-os.

Ao avaliar os impactos da prematuridade sobre a psicodinâmica familiar das mães acompanhantes de bebês prematuros, Meira (2005) considera que a complexidade das mudanças provocadas pela chegada de um bebê não se limita apenas às variáveis psicológicas e bioquímicas, sendo os fatores socioeconômicos fundamentais. Isso porque, em uma sociedade na qual, principalmente nas áreas urbanas, a mulher costumeiramente trabalha fora de casa e também é responsável pelo orçamento familiar, o fato de ter um filho provoca consequências bastante significativas.

A PEC 181 vem atender a uma demanda já antiga das mulheres, por meio da qual o constituinte derivado preocupa-se em equiparar a mãe e neonato prematuros às mães e neonatos a termo, favorecendo o fortalecimento de vínculo entre ambos e, conseqüentemente, minorando todo o sofrimento experimentado durante o período em que a criança esteve internada.

Dentre os 40 parágrafos do relatório, apenas quatro fazem referência à mulher; entretanto, não abordam sua condição no mercado de trabalho, nem discutem os traumas de um parto pré-termo e seu impacto sobre a família recém-formada. Do mesmo modo, o texto não se preocupou com a hipótese de extensão do período da licença-paternidade nos casos de prematuridade, considerando o compartilhamento de obrigações parentais e de apoio efetivo necessário à mulher mãe.

O material analisado constrói-se com base em audiências realizadas no âmbito da comissão, a partir de plano de trabalho sugerido pela relatoria em três painéis que discutiam o direito à vida, o ativismo judicial e o aborto. Fica claro que, desde o início, não houve interesse em compreender os efeitos da prematuridade sobre as mulheres trabalhadoras, seja no que se refere ao retorno às atividades laborais sem de fato poder conviver em condições de normalidade com o filho, seja no que tange aos impactos disso sobre sua saúde mental. Contudo, a análise de discurso busca o que está opaco, pois o que está latente em relação ao conteúdo de linguagem manifesto e materializado será aprofundado no próximo tópico.



### **3 A CONDIÇÃO CULTURAL DAS MULHERES NO DISCURSO DO RELATOR: A (RE)PRODUÇÃO DE UM DISCURSO DOMINADOR A PARTIR DE UMA ANÁLISE CONFORME PROPOSTO EM PÊCHEUX**

O aporte teórico-metodológico próprio da análise de discurso permite afirmar que as formações discursivas constroem-se, historicamente, através de relações sociais de poder e de força, estruturadas por questões ideológicas.

A partir da leitura do relatório e voto do presidente da comissão, percebe-se que a proteção da mulher no mercado de trabalho e de sua saúde mental, no contexto do puerpério prematuro, possui menor ou nenhuma relevância em relação à proteção da vida do recém-nascido.

O relator da PEC 181 na Câmara dos Deputados Federais é membro da “bancada da Bíblia”<sup>10</sup> e com isto revela-se o seu apelo pelo interesse de demandas voltadas a fazer prevalecer os interesses de grupos religiosos. Em estudos sobre a referida frente parlamentar, tem se destacado constantemente a tonalidade reacionária e moralista. Isto nos permite inferir o assujeitamento do autor às ideologias de um grupo social estruturado em bases patriarcais nas quais há pouco ou nenhum interesse pelas demandas sociais de autonomia e liberdade das mulheres. Prandi e Santos (2017, p. 209-210) comentam que o engajamento dos evangélicos na esfera política limita-se a ser, como vimos, acima de tudo, reacionário. Sem muitos acordos para além daquilo que rejeitam no plano moral, eles se juntam principalmente para reagir a alguma proposta que consideram afrontosa, mais do que para propor alguma política moralmente edificante. Não só reacionários, portanto, mas também moralistas, posto que a união desses congressistas ocorre predominantemente em torno de pautas morais, e não em torno da elaboração de políticas públicas de cunho mais estrutural.

Almeida (2015), ao estudar o quanto as demandas de gênero permanecem insatisfeitas e de difícil assimilação pelo sistema jurídico, descreve o que é descortinado no discurso do relator, evidenciando que o mesmo problema vivenciado no Poder Judiciário também é comum no âmbito do Poder

---

<sup>10</sup> De acordo com Prandi e Santos: “Trata-se de um grupo suprapartidário, composto por congressistas ligados a diferentes igrejas evangélicas, tanto do ramo histórico ou de missão como do pentecostal e neopentecostal, que atuam em conjunto para aprovar ou rejeitar a legislação de interesse religioso e pautar diversas discussões no parlamento brasileiro. Seu nome oficial é Frente Parlamentar Evangélica, mas essa frente é correntemente chamada de bancada evangélica pela mídia, pela literatura científica, pelo Departamento Intersindical de Assessoria Parlamentar (Diap) e por seus próprios membros” (2017, p. 187).



Legislativo, indicando que a opressão a que se refere em relação às demandas de gênero é estrutural. Para Almeida (2015), essa violência consiste na expressão de um poder cujo exercício violento se faz explícito, sendo que sua base reside nas normas e padrões comportamentais sociais naturalizados que também são reproduzidos nas várias instituições sociais.

Ao deixar de apreciar a importância da saúde psicológica da mulher, as angústias advindas da maternidade, notadamente asseveradas pelos aspectos da prematuridade, o deputado autor do relatório faz transparecer um ideal materno de irrestrita devoção e altruísmo, figura que vem sendo desconstruída pelos movimentos feministas<sup>11</sup>.

Santos (2003, p. 301-314) assevera que “as relações familiares estão dominadas por uma forma de poder, o patriarcado, que está na origem da discriminação sexual de que são vítimas as mulheres”. O referido autor aduz ainda que o poder do patriarcado extrapola o ambiente familiar e se reproduz em outras esferas sociais.

Não se negam aqui as diferenças biológicas entre homens e mulheres; pontua-se, contudo, que diferenças culturais, sociais, econômicas e políticas entre ambos os gêneros, construídas historicamente, não podem ser consideradas como naturais à mulher. Ao naturalizar esses fatores, reforça-se uma discriminação que influencia as relações sociais entre as pessoas e reproduz-se nas instituições. Considera-se a discriminação como o ato de distinguir ou restringir, cujo efeito é a anulação ou limitação do reconhecimento de direitos fundamentais no campo político, econômico, social ou em qualquer outro domínio da vida (Melo; Teles, 2002).

Nesse trecho do relatório, observa-se o claro preterimento do direito tutelado pelo constituinte originário no art. 7º, para introduzir na emenda a proteção do direito à vida, desde a concepção:

Enfatizamos, aliás, que, após o parto, o recém-nascido prematuro já não conta mais com o acolhimento e a proteção do ambiente intrauterino, mas sim, no caso específico, com a novidade de confrontação

---

<sup>11</sup> Scavone apud Ferrand e Lagevin afirma que, em uma terceira corrente dos movimentos feministas, a maternidade tem seu sentido reinterpretado, compreendendo que “não é o fato biológico da reprodução que determina a posição social das mulheres, mas as relações de dominação que atribuem um significado social à maternidade”.

com o mundo num ambiente em que a agressão se faz necessária pelo impositivo tratamento médico-hospitalar. Portanto, a medida alvitrada merece inteira acolhida.

*Aliás, cumpre ressaltar que justamente a proteção dispensada ao prematuro, no sentido de assegurar-lhe a convivência com a família após o período de restabelecimento médico-hospitalar, indica uma orientação calcada em nossa tradição cultural e jurídica intimamente ligada à proteção da vida ainda no ventre materno.*

Esse deslocamento de objeto tutelado reflete a urgência do relator em fazer valer os interesses de um grupo social que reforça ideais do patriarcado<sup>12</sup> no Poder Legislativo. Costa (2017, p. 8) propõe que se observe “a manifestação e institucionalização da dominação masculina sobre as mulheres e crianças na família, e a extensão da dominação masculina sobre as mulheres na sociedade em geral”.

Para reafirmar de modo mais contundente ainda o caráter perverso e potente da violência simbólica<sup>13</sup> no caso concreto, cumpre destacar o que pontua Bourdieu (2003, p. 15): “A força da ordem masculina pode ser aferida pelo fato de que ela não precisa de justificação: a visão androcêntrica se impõe como neutra e não tem necessidade de se enunciar, visando sua legitimação”.

De acordo com Costa (2017, p. 6), a lógica patriarcal se faz por uma lógica de dominação física e simbólica naturalizada que circunscreve a mulher ao âmbito da “esfera privada” com o discurso da “dona do lar” e “mãe de família”.

O relator evidencia forte identidade com a “teoria dos papéis” parsoniana, que, conforme entende Scavone *apud* Parsons (2001, p. 142), “atribuía à mulher um papel expressivo dentro da família [...] e ao homem um papel instrumental

<sup>12</sup> Ao estudar como a representação da sociedade brasileira, marcada por uma lógica de violência contra a mulher, assenta-se num modelo patriarcal Costa (2017, p. 3), caracteriza o patriarcado como “uma categoria sociológica ou antropológica (mas poderíamos também dizer filosófica e política) a partir da qual se concebe um modo específico de organização social, a saber, uma organização em que o homem mais velho tem a autoridade máxima”.

<sup>13</sup> “O que denomino de violência simbólica ou dominação simbólica, ou seja, formas de coerção que se baseiam em acordos não conscientes entre as estruturas objetivas e as estruturas mentais” (Bourdieu, 2012, p. 239). Assim, para Bourdieu, a violência simbólica é exercida com a cumplicidade tácita daqueles que a sofrem ou a exercem de modo inconsciente.

[...], possibilitando-nos pensar a maternidade como parte deste papel, o que contribuiria para o funcionamento do sistema social”.

Forna (1999), ao estudar o modo com a sociedade modela o “papel” das mães e as reprime, identificou a ideologia que acompanha o mito da mãe perfeita como a que concebe uma maneira de ser mãe, um estilo de maternidade exclusiva, aprisionada, mãe em tempo integral, em que pesem as mudanças no trabalho e na vida de milhões de mulheres, e de se falar na era “pós-feminismo”, a atitude em relação às mulheres continua semelhante à da “idade das trevas”.

Abordar a condição da mulher, especialmente em contexto de maternidade, é uma atividade complexa e por essa razão deve considerar os estudos sobre gênero, relações de poder na sociedade, entre outras questões fundamentais a fim de compreender a demanda em que a PEC se insere.

De acordo com Scavone (2001), a perspectiva de gênero nos permitiu abordar a maternidade em seus múltiplos aspectos, sendo abordada como símbolo de um ideal de realização feminina ou da opressão ou poder das mulheres, ratificando as inúmeras possibilidades de interpretação de um mesmo símbolo. Além disso, segundo o autor (2001), essa perspectiva pode ser compreendida como integrante de um tipo de organização institucional familiar, cujo núcleo central articulador é a família.

Destaca-se o teor dos quatro parágrafos em que o relator disserta sobre a mulher:

Doutor Paulo observou que o aborto, mesmo nos Estados Unidos, foi introduzido pelo ativismo judicial, lastreado ideologicamente na consideração de que se trata de *um direito fundamental (e unilateral) da mulher*.

[...]

Posteriormente, foi a vez da Professora Lília Nunes dos Santos que observou *não existir um direito absoluto à liberdade (da mulher)* ao ponto de suprimir o direito à vida do nascituro. Aliás, para a palestrante, todo direito fundamental tem um limite, e na ponderação entre princípios – método hermenêutico tão aplicado em nossos tempos –, não há margem para a prevalência de um pela supressão do outro. [...] Nesse sentido,

considerou que a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 442 pretendeu tornar absoluta a liberdade de escolha da mulher ao aborto como direito fundamental.

[...]

Portanto, para a professora, as propostas de emenda à Constituição em análise vêm a resguardar *os direitos fundamentais à saúde da mulher e da criança em situação de vulnerabilidade*, também se considerando o aborto.

Nesse fragmento, observa-se, de forma nítida, a concepção de subordinação na qual o relator insere a mulher. A moralidade do autor viola, a partir da lógica patriarcal opaca na construção de seu discurso, a concepção de igualdade entre homens e mulheres, presente no projeto democrático do constituinte originário e materializado no *caput* do art. 5º da Constituição Federal.

Essa opacidade desvela a ideologia patriarcal na qual se encontra inserido o documento sob análise e se revela como um símbolo<sup>14</sup> de opressão às mulheres, reafirmando outros, construídos histórico, cultural e politicamente como resultados das relações de poder e dominação de um gênero sobre o outro.

Na formulação do seu voto, o relator firma-se em trabalhos acadêmicos e na fala de membros da sociedade civil. Contudo, restringe os painéis de debate a cientistas que não trabalham os direitos sociais do trabalho ou a condição da mulher no mercado de trabalho, uma vez que se trata de uma PEC com relação direta a estes assuntos. Nem mesmo o relator considerou a elaboração de painéis para discutir os reflexos da prematuridade na saúde das mães ou dos nascituros, posto que o que se pretende é equipará-los às mães e bebês em situação de regularidade gestacional.

O fundamento científico utilizado para dar suporte ao aditivo, por ele proposto, não se observa quando constrói sua fala acerca da necessidade de alterar a redação do texto constitucional, senão vejamos:

De pronto cumpre enaltecer a medida alvitrada em torno da extensão da licença maternidade quando o

---

<sup>14</sup> Scavone (2001) explica que a maternidade pode ser interpretada a partir das diferentes possibilidades como um símbolo de força, um ideal de realização feminina ou um símbolo da opressão ou de poder das mulheres.

recém-nascido, por alguma intercorrência, necessitar de cuidados médicos especiais, levando ao afastamento do convívio com sua família sob os auspícios de uma enorme frustração. As Propostas, assim, têm em consideração o profundo lapso afetivo e espiritual que a separação provoca na mãe que gestou o bebê em seu ventre, após passar por diversas modificações fisiológicas e emocionais, com grandes expectativas de ter consigo seu ente querido. Imagine-se, portanto, os sentimentos da mãe, sua aflição e preocupações, suas angústias, tendo o seu filho recém-nascido em atendimento hospitalar. Tal ausência, na verdade, e como é óbvio, também é sentida pelo pai e pelo restante da família. Não há sentido, de fato, em esgotar a licença-maternidade contando o período em que o bebê se encontrava hospitalizado. Mesmo porque a essência da licença-maternidade está centrada na oportunidade que a mãe dispõe para cuidar e nutrir física e emocionalmente seu filho, num período tão importante e crucial de adaptação recíproca.

Assim, é possível concluir que não se observa o devido esmero do relator em considerar o direito tutelado (trabalho da mulher) pelo constituinte originário e os motivos que dele advêm para a alteração da norma constitucional, considerando-se devidamente a condição da mulher no mercado de trabalho e a saúde da mulher. Evidencia-se, assim, haver pouco ou nenhum interesse em abordar esses temas, omitindo-se do texto analisado discussões relativas a demandas trabalhistas femininas, bem como de outras demandas feministas que fazem interface com o tema da PEC 181/2015.

Cumprе salientar que o relator da PEC votou de forma favorável pela aprovação do texto da reforma trabalhista, a qual permite que a mulher gestante realize atividades laborais em ambientes insalubres, desconsiderando, contraditoriamente, o risco à saúde e à vida do feto nas condições consideradas.

Cleto (2014), em seu estudo sobre a *divisão de tarefas por gênero e o dever de cuidado parental*, afirma que as relações entre gêneros vêm acompanhadas “de uma ideologia velada, que promovem a discriminação e a separação de vocações

e obrigações – cria-se o indivíduo para que este atue de forma pré-estabelecida por construções sociais, assim como se esperam dele atitudes condizentes com o seu gênero”.

Embora aborde os reflexos do parto prematuro sobre a convivência paterna, o relator não propõe equiparação ao homem trabalhador inserido no contexto da prematuridade, limitando-se a explicitar um entendimento comum de patriarcado, sustentado pela divisão do trabalho, retirando a importância do gênero masculino no que se refere ao dever de cuidado com sua prole.

## CONCLUSÃO

O artigo, tal como concebido, buscou, a partir da análise de discurso em Pêcheux, compreender o contexto de formação do discurso construído no voto do relator da comissão especial encarregada por apreciar a PEC 181/2015. A referida PEC busca equiparar as mulheres empregadas que tiveram parto prematuro àquelas que levaram a gestação até o fim, sem complicações que provocassem o parto pré-termo. Em que pese a proposta inicial versasse sobre a proteção do trabalho da mulher, ao chegar à Câmara dos Deputados Federais a PEC, sofreu uma reformulação significativa, deslocando-se o foco da proteção do trabalho da mulher gestante durante a licença-maternidade para ter como foco a proteção da vida (desde a sua concepção).

Para Orlandi (2011), ao realizarmos a análise de um discurso a partir do que propõe Michel Pêcheux, devemos considerar o sujeito produtor do discurso como o resultado da relação existente entre sua história e uma determinada ideologia. Desse modo, analisamos e localizamos no voto proferido pelo Deputado Federal Jorge Tadeu Mudalem pontos marcantes que evidenciam o discurso de um sujeito intimamente impactado por uma história e ideologia que secundarizam o trabalho da mulher, bem como sua saúde físico-psíquica privilegiando apenas seu papel no contexto familiar e sua capacidade reprodutiva.

Sob os aspectos do aprofundamento de discussões sobre pontos que fazem interface com a situação a ser tutelada no texto constitucional, qual seja, a proteção do trabalho da mulher gestante durante a licença-maternidade, foi possível observar que o relator não demonstrou interesse em aprofundar a discussão sobre projeto de emenda apresentado pelo Senado, invisibilizando em seu texto a relevância de demandas trabalhistas de mulheres e de homens quando possuem filhos que nasceram em condições de prematuridade.

Foi ainda possível observar que o relator omitiu-se de ressaltar outras questões pertinentes à discussão, como as relativas a questões de igualdade de gêneros que claramente permeiam o contexto relativo a um parto prematuro. Conclui-se, dessa forma, pela própria montagem dos painéis de discussões, a negligência da condição da mulher no mercado de trabalho ou a sua saúde físico-psíquica no contexto do puerpério de um parto prematuro. A propósito, o que se observou foi que o relator optou por elaborar um plano de atividades para a formação de comissões, objetivando a instalação de painéis para discutir temas como ativismo judicial, estado de Direito, dignidade da pessoa humana e proteção à vida; assim, o autor utilizou a cientificidade para sustentar o aditivo por ele proposto.

O relator ignorou por completo as inúmeras produções acadêmicas sobre a condição da mulher no mercado de trabalho, os reflexos da prematuridade sobre a saúde mental da mãe de bebês prematuros e até as intervenções para favorecer o convívio entre mães e filhos inseridos nesse contexto, que serviram de subsídio para discussões em torno da projeto apresentado e que poderiam justificar ou não a emenda constitucional posposta pelo Senado.

Observou-se que o relator dissertou sobre a prematuridade a partir de uma visão superficial e notadamente construída sobre o que ele acredita ocorrer dentro do contexto de um nascimento pré-termo, bem como sobre as interferências desta condição sobre a dinâmica das relações interpessoais relativas à família que se forma. Nesse sentido, o relator, propositadamente, abriu mão de estudos científicos voltados à equidade de gênero e à saúde da mulher no contexto do puerpério prematuro.

Ainda foi possível identificar no documento em que se transcreve o voto analisado, de modo sobrelevado, por conteúdos explícitos e ocultos do texto, a defesa da ideologia de dominação da mulher, característica dos interesses de grupos dominados pela ideologia patriarcal que subjuga as mulheres à condição de inferioridade diante da força masculina, enclausurando-as na esfera doméstica. Consideramos, assim, que este seja um elemento de forte evidência para que o autor não tenha instalado painéis de discussão sobre a condição da mulher no mercado de trabalho e a proteção do seu vínculo empregatício durante a licença-maternidade.

Realizando-se, pois, a análise do discurso do relator, a investigação realizada no presente estudo permitiu a propositura reflexiva relativa à

identificação de influências socioculturais de valores pessoais introjetados e devidamente sedimentados, projetados pelo sujeito na formação de seu discurso, que, ao modificar o foco da emenda constitucional para a proteção da vida desde a sua concepção, propõem uma zona de total indeterminação da mulher mesmo diante de casos nos quais é possível a realização de aborto pela legislação criminal, mais uma vez evidenciando a dominação da mulher em seu discurso.

Do mesmo modo, foram negligenciados pelo relator alguns aspectos relacionados às questões como, por exemplo, o impacto financeiro da chegada de um bebê prematuro, a saúde mental da mãe e também do pai, as interferências que o parto prematuro pode trazer na formação do vínculo entre esses sujeitos, fazendo transparecer, em seu discurso, o ideal de mulher autuista que sozinha levaria silenciosamente as complicações de um puerpério prematuro, trazendo, de modo velado, uma espécie de mãe perfeita, bem como deixando para o homem o papel instrumental de provedor, como se nenhum papel relevante pudesse desempenhar durante o puerpério de um parto pré-termo.

O voto analisado evidenciou ideias fortemente replicadas em meio a comunidades evangélicas nas quais o relator está inserido, tendo, portanto, seu processo de formação discursiva estrito alinhamento com os ideais comumente endossados entre os líderes religiosos dessas comunidades e que são comuns ao conjunto de valores defendidos por estes grupos.

Por fim, cumpre esclarecer que a presente pesquisa não busca deslegitimar a representação do Deputado Federal Jorge Tadeu Mudalem, tampouco busca impor descrédito às crenças de determinado grupo religioso. Reafirmamos que a presente pesquisa teve como foco o discurso proferido pelo deputado, buscando, a partir dele, identificá-lo como produto do meio ao qual está inserido, de sua história e da ideologia própria do grupo ao qual pertence.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. Organização do texto: Juarez de Oliveira. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1990.

\_\_\_\_\_. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. Ficha de tramitação de Projetos, PEC 181/2015. Brasília, 2017. Disponível em: <[camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2075449](http://camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2075449)>. Acesso em: fev. 2013. Voto do Relator Deputado Jorge Tadeu Mudalen.



\_\_\_\_\_. *Marco legal: saúde, um direito de adolescentes*. Secretaria de Atenção à Saúde, Área de Saúde do Adolescente e do Jovem. Brasília, 2007a.

\_\_\_\_\_. *Marco teórico e referencial: saúde sexual e saúde reprodutiva de adolescentes e jovens*. Secretaria de Atenção à Saúde, Departamento de Ações Programáticas Estratégicas. Brasília, 2007b.

BOURDIEU, P. (1930-2002). *A dominação masculina*. Trad. Maria Helena Kühner. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2003.

\_\_\_\_\_. *O poder simbólico*. Lisboa: Difel, 1989.

BRUM, E. H. M.; SCHERMANN L. Intervenção para promover a qualidade do vínculo mãe-bebê em situação de nascimento pré-termo. *Revista Brasileira de Crescimento e Desenvolvimento Humano*, 2007. Disponível em: <<https://www.revistas.usp.br/jhgd/article/view/19828>>. Acesso em: 19 jan. 2018.

CLETO, J. A licença-maternidade como representação de uma ideologia velada: a divisão de tarefas por gênero e o dever de cuidado parental. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região*, Belo Horizonte, v. 58, n. 89, p. 37-48, jan./jun. 2014.

COSTA, M. R. A. N. da. Patriarcado, violência, injustiça – Sobre as (im)possibilidades da democracia. *Debate Feminista*, September 2017, Elsevier; DOI: 10.1016/j.df.2017.07.004. Acesso em: 28 jan. 2018.

DEMITTO, M. O.; GRAVENA, A. A. F.; DELL'AGNOLO, C. M.; ANTUNES, M. B.; PELLOSO, S. M. High risk pregnancies and factors associated with neonatal death. *Rev Esc Enferm USP*, 2017;51:e03208. DOI: <<http://dx.doi.org/10.1590/S1980-220X2016014703208>>. Acesso em: 19 jan. 2018.

FORNA, A. *Mãe de todos os mitos: como a sociedade modela e reprime as mães*. Rio de Janeiro: Ediouro, 1999.

KLAUS, M. H.; KENNEL, J. H. *Pais/bebê e a formação do apego*. Porto Alegre: Artes Médicas, 1993.

MARQUES, D. M.; PEREIRA, A. L. Assistência pautada nos direitos sexuais e reprodutivos: uma condição para promover a saúde da mulher. *Rev. Eletr. Enf.*, v. 13, n. 3, p. 449-455, 2011.

MEIRA, B. B. A. Prematuridade: um estudo sobre a psicodinâmica familiar das mães acompanhantes de bebês prematuros. Assis, 2005. Dissertação (Mestrado em Psicologia) Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”. Disponível em: <[https://alsafi.ead.unesp.br/bitstream/handle/11449/97691/meira\\_bba\\_me\\_assis.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://alsafi.ead.unesp.br/bitstream/handle/11449/97691/meira_bba_me_assis.pdf?sequence=1&isAllowed=y)>. Acesso em: 19 jan. 2018.

MELO, M. de; TELES, M. A. de A. *O que é violência contra a mulher*. São Paulo: Brasiliense, 2002.

MENDES, S. DA R. *Criminologia feminista: novos paradigmas*. São Paulo: Saraiva, 2014.

NERY, I. S.; TYRREL, M. A. R. *O aborto provocado e a questão de gênero*. 3. ed. Teresina: EDUFPI, 2014.

NOBREGA, F. J.; NASCIMENTO, C. F. L.; MÄDER, C. V. N.; FALCONE, V. M. A natureza do vínculo mãe/filho – Onde tudo começa. In: NÓBREGA, Fernando José de. *Vínculo mãe/filho*. Rio de Janeiro: Revinter, 2005.

ORLANDI, E. P. Michel Pêcheux e a teoria da análise de discurso: desdobramentos importantes para a compreensão de uma tipologia discursiva. Disponível em: <<https://www.revistas.ufg.br/lep/article/viewFile/32465/17293>>. Acesso em: 23 nov. 2016 e 21 dez. 2016.

PADOVANI, F. H. P.; LINHARES, M. B. M.; CARVALHO, A. E. V.; DUARTE, G.; MARTINEZ, F. E. Avaliação de sintomas de ansiedade e depressão em mães de neonatos pré-termo durante e após hospitalização em UTI-Neonatal. *Revista Brasileira de Psiquiatria*, São Paulo, 2004. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rbp/v26n4/a09v26n4.pdf>>. Acesso em: 29 jan. 2018.

PÊCHEUX, M. *O discurso: estrutura ou acontecimento*. Trad. Eni Pucinielli Orlandi. 3. ed. Campinas: Pontes, 2002.

\_\_\_\_\_. *Semântica e discurso: uma crítica à afirmação do óbvio*. Trad. Eni Puccinelli Orlandi et al. 4. ed. Campinas: Unicamp, 2009.

\_\_\_\_\_. Analyse de contenu et théorie du discours. *Bulletin d'Études et Recherches Psychologiques*, n. 3, p. 211-227, 1967.

PRANDI, R.; SANTOS, R. W. dos (2008). Quem tem medo da bancada evangélica? Posições sobre moralidade e política no eleitorado brasileiro, no Congresso Nacional e na Frente Parlamentar Evangélica. *Tempo Social*, 2 (29), p. 155-172.

SCAVONE, L. A maternidade e o feminismo: diálogo com as ciências sociais. *Cadernos Pagu*, Núcleo de Estudos de Gênero – Pagu, n. 16, 2001. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/cpa/n16/n16a08.pdf>>. Acesso em: 15 fev. 2018.

SILVA, K. F. G. da. Sobre a (re)produção de conhecimento: reflexões a partir do (dis)curso de Michel Pêcheux. Santa Maria: 2017. Dissertação. (Mestrado em Letras). Rio Grande do Sul. Universidade Federal de Santa Maria. Disponível em: <[https://sucupira.capes.gov.br/sucupira/public/consultas/coleta/trabalhoConclusao/viewTrabalhoConclusao.jsf?popup=true&id\\_trabalho=4996663](https://sucupira.capes.gov.br/sucupira/public/consultas/coleta/trabalhoConclusao/viewTrabalhoConclusao.jsf?popup=true&id_trabalho=4996663)>. Acesso em: 16 jan. 2018.

UNICEF-Brasil. Consultoria para realizar pesquisa para estimar a prevalência de nascimentos pré-termo no Brasil e explorar possíveis causas. In: VICTORA, Cesar.

*Consult.* Programa de Pós-Graduação em Epidemiologia, Universidade Federal de Pelotas, Pelotas, 2013.

VERONEZ, M.; BORGHESAN, N. A. B.; CORRÊA, D. A. M.; HIGARASHI, I. H. Vivência de mães de bebês prematuros do nascimento a alta: notas de diários de campo. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rngen/v38n2/0102-6933-rngen-1983-144720170260911.pdf>>. Acesso em: 19 jan. 2018.

Submissão em: 19.04.2019

Rodada 1

Avaliado em: 09.07.2019 (Avaliador A)

Avaliado em: 06.06.2019 (Avaliador B)

Avaliado em: 12.09.2019 (Avaliador C)

Rodada 2

Avaliado em: 23.09.2019 (Avaliador A)

Rodada 3

Avaliado em: 19.05.2020 (Avaliador A)

Rodada 4

Avaliado em: 29.05.2020 (Avaliador A)

Aceito em: 04.08.2020



# A CONSTITUIÇÃO FEDERAL E A ASCENSÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: OS TRIBUNAIS NO SISTEMA JURÍDICO

*THE FEDERAL CONSTITUTION AND THE RISE OF THE SUPREME FEDERAL COURT: THE COURTS IN THE LEGAL SYSTEM*

**Diógenes V. Hassan Ribeiro<sup>1</sup>**

Professor do PPGD, Mestrado e Doutorado (Unilasalle, Canoas/RS, Brasil)

**ÁREA(S):** direito constitucional.

**RESUMO:** O artigo apresenta pesquisa sobre a ascensão do Supremo Tribunal Federal que iniciou com a Constituição Federal de 1988 e sobre a posição dos tribunais no sistema jurídico. O referencial teórico de partida é a Teoria dos Sistemas Sociais de Niklas Luhmann. Pretende-se apresentar, na história do constitucionalismo brasileiro, as funções ocupadas pelo Supremo Tribunal Federal. O problema central é se uma democracia emergente necessita de uma instância que lhe dê sustentação. Vincula-se esse problema às fragilidades do sistema de governo escolhido nas instituições democráticas emergentes do novo ordenamento jurídico. A história revela que as manifestações do poder soberano,

em alguns momentos pontuais, dependeram das forças armadas. Todavia, o artigo defenderá que não é necessária, nem foi outorgada pela Constituição Federal, nenhuma função de prevalência do Supremo Tribunal Federal.

**ABSTRACT:** *The article presents research about the rise of the Supreme Federal Court that initiated with the Federal Constitution of 1988 and about the position of the courts in the legal system. The theoretical starting point is Niklas Luhmann's Social Systems Theory. It is intended to present, in the history of Brazilian constitutionalism, the functions occupied by the Supreme Federal Court. The central problem is whether an emerging democracy needs an instance that supports it. This problem is linked to the fragilities of the system of government*

---

<sup>1</sup> Desembargador do TJRS, Mestre e Doutor (Unisinos), Pós-Doutor em Direito (CES/FEUC-UC-PT). E-mail: drdiogenes@uol.com.br. Currículo: <http://lattes.cnpq.br/7079599657359764>. Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-2400-9291>.

*chosen in the emerging democratic institutions of the new legal system. History reveals that the manifestations of the sovereign power, at some specific moments, depended on the armed forces. However, the article will argue that is not necessary, nor was it granted by the Federal Constitution, a prevalence function of the Supreme Federal Court.*

**PALAVRAS-CHAVE:** tribunais; Constituição; democracia; teoria dos sistemas; Brasil.

**KEYWORDS:** *courts; Constitution; democracy; systems theory; Brazil.*

**SUMÁRIO:** Introdução; 1 A posição dos tribunais no sistema jurídico; 2 As crises políticas na história constitucional brasileira; 3 O presidencialismo e o parlamentarismo e suas crises; 4 O papel das Forças Armadas e do Supremo Tribunal Federal na solução das crises no modelo presidencialista; 5 A Constituição de 1988 e a ascensão do Supremo Tribunal na superação das crises; 6 A interpretação constitucional e o Supremo Tribunal Federal; Conclusões; Referências.

**SUMMARY:** *Introduction; 1 The position of the courts in the legal system; 2 Political crises in Brazilian constitutional history; 3 Presidentialism and parliamentarism and its crises; 4 The role of the Armed Forces and the Supremo Tribunal Federal in solving crises in the presidential model; 5 The 1988 Constitution and the rise of the Supremo Tribunal Federal in overcoming crises; 6 The constitutional interpretation and the Supremo Tribunal Federal; Conclusions; References.*

## INTRODUÇÃO

**A** Constituição Federal de 1988, resultado de um processo constituinte soberano, integrante da Assembleia Constituinte convocada pela Emenda nº 26, de 27 de novembro de 1985, representa, efetivamente, um novo ordenamento jurídico – e político – para o Estado brasileiro. O problema objeto dessas reflexões e pesquisas é pertinente à solução das crises políticas e suas diversas possibilidades. Perquire-se sobre se uma democracia emergente necessita de uma instância que lhe dê sustentação.

O Brasil, desde a Independência do Reino de Portugal, teve oito Constituições, e a Constituição de 1988, que completa 30 anos, é apenas a terceira em período de tempo de vigência. Espera-se que chegue ao primeiro posto, mas, para tanto, precisará ser considerada idosa, considerando que essa característica têm os que superam a idade de 60 anos. No caso brasileiro, a Constituição de 1988 precisará ter 66 anos, mais do que o dobro do seu tempo de vigência atual,

para superar a Constituição do Império, outorgada em 25 de março de 1824, que permaneceu vigente até 15 de novembro de 1889, com a proclamação da República. A segunda Constituição mais longeva foi a da chamada Primeira República, ou República Velha, promulgada em 24 de fevereiro de 1891, em vigor até 1934. Rigorosamente, a Constituição de 1891 permaneceu vigente até a Revolução de 1930, com a deposição de Washington Luís, em 24 de outubro de 1930, e a subsequente ascensão ao poder de Getúlio Vargas. Júlio Prestes, que havia vencido as eleições na disputa com Getúlio Vargas, diante da acusação de fraudes eleitorais e em razão da crise pelo assassinato de Fernando Pessoa, candidato a vice-presidente na chapa com Getúlio Vargas, não tomou posse. Portanto, a Constituição de 1891 permaneceu vigente por 39 anos.

Na vigência da Constituição atual, já ocorreram impedimentos de dois presidentes da república, ainda que no primeiro caso tenha havido renúncia pouco antes. Houve, em 2017, apresentação de duas denúncias contra o Presidente da República atual, que não tiveram seu processamento admitido pela Câmara dos Deputados.

Há narrativa, com relação à última eleição indireta aos cargos de Presidente e de Vice-Presidente da República, que teria havido deliberação do Supremo Tribunal Federal para a posse de José Sarney<sup>2</sup>, diante da enfermidade de Tancredo Neves, que não havia tomado posse no cargo. Nessa eleição, concorreram Tancredo Neves, pelo MDB, contra Paulo Maluf, pelo PDS. Tancredo foi eleito com 480 votos, enquanto Paulo Maluf obteve 180 votos. A questão constitucional proposta era sobre se Ulisses Guimarães, então Presidente da Câmara dos Deputados, seria quem deveria assumir<sup>3</sup>. Foi possibilitada, interinamente, a assunção de José Sarney, mas, com a morte de Tancredo Neves, sem tomar posse no cargo, José Sarney tomou posse sem que o então Presidente João Baptista Figueiredo, último General Presidente, transmitisse o cargo. A aludida reunião deliberativa, que teria ocorrido na casa do Ministro Cordeiro Guerra, Presidente do Supremo Tribunal Federal, mostra a chancela à eleição realizada, independentemente da redação da Constituição Federal de 1969. A leitura do art. 77 daquela Carta outorgada estabelecia que o vice-presidente somente

<sup>2</sup> SANCHEZ, Sidney. Entrevista ao *site* Consultor Jurídico publicada em 27 de outubro de 2017. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-out-27/entrevista-sydney-sanches-ex-presidente-supremo-tribunal-federal>>. Acesso em: 6 abr. 2018.

<sup>3</sup> STF 2010. Notícia do *site* do Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/PORTAL/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=118798>>. Acesso em: 6 abr. 2018.

sucederia o presidente, ou seja, deveria antes ter havido a posse no cargo pelo presidente. Todavia, o § 1º continha redação ambígua, mencionando a eleição do vice-presidente também e, logo em seguida, a Emenda Constitucional nº 25, de maio de 1985, inseriu o § 1º no art. 75, esclarecendo sobre o vice-presidente ser considerado eleito conjuntamente com o presidente.

Muito embora não seja conhecida a força política da deliberação do Supremo Tribunal Federal, não oficial como visto, naquela ocasião, por isso não é possível saber se foi determinante para a posse de José Sarney, o fato é que ocorreu e, se tal deliberação não foi determinante, ao menos se somou às forças políticas garantindo a posse do vice-presidente eleito.

Nesses termos, o artigo apresenta pesquisa que revela, especialmente, as funções históricas do Supremo Tribunal e, com base em doutrina, verifica se essas funções identificam-se com as suas funções constitucionais no Estado Democrático de Direito. A análise das crises políticas brasileiras e as opções entre presidencialismo e parlamentarismo, inauguradas com a Constituição da Proclamação da República, são revisitadas. No seguimento do artigo, examinam-se as funções de direito e as práticas de fato das forças armadas e do Supremo Tribunal Federal no modelo presidencialista, partindo para a confrontação no modelo parlamentarista e suas possibilidades. Por fim, o artigo apresentará, na visão do autor, o papel constitucional do Supremo Tribunal Federal, que não é a de servir como “superego da sociedade”, na feliz metáfora de Ingeborg Maus<sup>4</sup>, mas que tem um papel, ou função, constitucional no Estado Democrático de Direito.

## 1 A POSIÇÃO DOS TRIBUNAIS NO SISTEMA JURÍDICO

Na Teoria dos Sistemas Sociais Autopoieticos de Niklas Luhmann, os tribunais ocupam uma posição destacada – e central – no sistema jurídico, tal como ocorre, por exemplo, com as universidades no sistema da educação, com os hospitais no sistema da saúde, com as instituições financeiras no sistema econômico com o Estado, no sistema político, entre outras organizações. Sobre o Estado, válido lembrar o que diz Celso Fernandes Campilongo<sup>5</sup>, pois, efetivamente, é o centro organizacional seletivo, mas o sistema político possui

<sup>4</sup> MAUS, Ingeborg. O Judiciário como superego da sociedade. *Novos Estudos/Cebrap*, São Paulo, n. 58, p. 183-202.

<sup>5</sup> CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Política, sistema jurídico e decisão judicial*. São Paulo: Max Limonad, 2002. p. 83.



uma periferia altamente complexa, configurada por diversas organizações políticas. Daí decorre a diferença centro-periferia, em que há, no centro, complexidade reduzida e, na periferia, complexidade ampliada.

Convém, muito embora a qualidade dos leitores, retornar aos grandes conceitos, ou institutos da teoria dos sistemas sociais autopoieticos. A sociedade é um sistema – e um “sistema social *omniabarcador*”<sup>6</sup>. A expressão *omni* em português deve ser traduzida por “oni”, que significa “estar em tudo”, tendo como exemplo onipotente, ou seja, que possui o dom da ubiquidade. Abarcar significa abraçar, abranger. Portanto, trata-se de um sistema onicompreensivo. Antes de tudo, porém, a compreensão da sociedade como um sistema significa uma diferença. Conforme Luhmann<sup>7</sup>, adotando a teoria de George Spencer Brown, as formas são limites, configurando lados, o interior e o exterior, por isso a diferença sistema e entorno, os dois lados da forma. O lado/limite interior é o lado do sistema, o lado exterior/limite é o lado do entorno/ambiente.

Luhmann<sup>8</sup> explica que o sistema sociedade caracteriza-se unicamente por comunicações, por isso não se caracteriza por uma determinada essência, como moralidade, ou seja, por felicidade, solidariedade, integração, consenso racional etc. Assim, a comunicação é como opera a sociedade, que depende de comunicações, por isso não há sociedade sem comunicação, nem comunicação sem sociedade. Daí: sociedade é igual a comunicação. Portanto, sociedade não é formada pelos indivíduos, estes que configuram sistemas biológicos ou sistemas psíquicos. O sistema biológico tem sua operação própria, assim como o sistema psíquico, que são utilizados no processo de comunicação, mas que não são comunicação<sup>9</sup>. O código binário de operação do sistema sociedade, o sistema que está em tudo e que abrange tudo, é sim-não<sup>10</sup>, pois toda comunicação abre a dupla possibilidade de aceitação ou de rejeição. A sociedade é o sistema mais complexo, que precisa reduzir a sua complexidade e que, por isso, tornou possível a existência de sistemas menos complexos, como o sistema jurídico, o sistema econômico, o sistema político, o sistema da saúde etc. Compreendendo o sim-não como o código de operação do sistema sociedade, trata-se de uma

<sup>6</sup> LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad*. Trad. Javier Torres Nafarrate y Darío Rodríguez Mansilla. México: Universidad Iberoamericana, Editorial Herder, 2007. p. 55.

<sup>7</sup> Idem, ib., p. 40.

<sup>8</sup> Idem, ib., p. 48.

<sup>9</sup> Idem, ib., p. 75.

<sup>10</sup> Idem, ib., p. 82.

forma muito complexa de comunicação, disso decorrendo a necessidade de distinção dos demais subsistemas da sociedade, na sua diferenciação funcional. Os subsistemas cumprem uma função para o sistema onicompreensivo. Por isso, o código de operação dos demais sistemas é diverso, mas, de certo modo, paralelo. No sistema jurídico, o código é lícito-ilícito; no sistema político, poder-contrapoder, ou governo-oposição; no sistema da saúde, é saúde-doença; no sistema econômico, é ter-não ter, ou pagar-não pagar. Os sistemas, para permanecerem sistemas, são fechados, clausurados. No caso do sistema jurídico, somente opera o código lícito-ilícito, não lhe cabendo operar o código do sistema político, governo-oposição, nem o código do sistema da religião, crer-não crer, ou do sistema da moral, apreço-desapreço, ou, ainda, do sistema econômico.

Ao sistema jurídico não cabe decidir sobre preços, o que é próprio do sistema econômico, ou sobre políticas públicas, da competência do sistema político, nem também sobre o sistema da saúde, na sua correlação com a doença. Evidentemente que o sistema jurídico pode dizer, com base no Direito, que um determinado preço público, por exemplo, é ilícito, ou que a discricionariedade ou omissão de um governo é, por igual, ilícita, segundo as regras de direito postas pelo legislativo, ou segundo o próprio Direito, com suas diversas fontes normativas, especialmente a Constituição. Mas, a toda a evidência, não cabe ao Poder Executivo julgar um fato como ilícito penal e determinar uma sanção concreta, também não cabendo ao sistema jurídico impor que determinadas políticas públicas ingressem na estratégia de governo, ou que deve ser feita tal política de preços públicos. A história demonstrou que nem o sistema político pode impor congelamento de preços privados, nem o sistema jurídico pode controlar política de congelamento de preços, uma vez que preços privados competem ao sistema econômico numa sociedade de mercado e democrática.

Essa a caracterização dos sistemas fechados operacionalmente, pelo código. Entretanto, os sistemas, de modo paradoxal, são abertos cognitivamente ao entorno, uma vez que o fechamento operacional não significa isolamento<sup>11</sup>. De diversas formas o sistema é aberto. A mais comum concepção de abertura é a do acoplamento estrutural, como ocorre, por exemplo, com a Constituição, que é o acoplamento estrutural entre o sistema jurídico e o sistema político, pois, ao mesmo tempo em que funciona como fundamento de legitimidade da

---

<sup>11</sup> LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. Trad. Javier Torres Nafarrate. México: Universidad Iberoamericana, Editorial Herder, 2005. p. 133.

política, serve como fundamento de validade das normas jurídicas. A linguagem também, por seu turno, liga, como acoplamento estrutural, a sociedade/comunicação com os sistemas de consciência. Todavia, a abertura cognitiva que merece referência agora é a abertura que ocorre na periferia dos sistemas, na fronteira do sistema, em que há uma realização mais fragilizada, ou filtrante, na expressão de Jean Clam<sup>12</sup>. Na periferia ocorrem zonas de contato com os demais sistemas funcionais da sociedade<sup>13</sup>, enquanto o centro do sistema recebe relações filtradas<sup>14</sup>.

Nesses termos, por ocupar o centro do sistema jurídico, os tribunais realizam a forma mais adequada e perfeita da operação sistêmica, dizendo, de modo final e efetivo, o que é direito/lícito ou não-direito/ilícito. A legislação, como os contratos, encontra-se na periferia do sistema jurídico<sup>15</sup>. Por mais impactante que seja essa afirmação, é possível demonstrá-la, uma vez que, para a Teoria dos Sistemas Sociais Autopoieticos, o Poder Legislativo e o Poder Executivo estão no sistema político, enquanto o Poder Judiciário é o centro do sistema jurídico. Relativamente aos contratos, promovem o acoplamento estrutural entre o sistema econômico e o sistema jurídico: num sentido é instituto da economia, que promove trocas; noutra, é instituto jurídico, que estabiliza expectativas normativas entre os contratantes. Fundamental observar que apenas no centro do sistema jurídico é possível ligar o passado/lei ao futuro/decisões sobre casos. Assim, os tribunais reconstróem o passado no formato do caso que se julga no presente<sup>16</sup>. Disso decorre a possibilidade de permanecer sendo aplicável uma Constituição por 230 anos, como ocorre com a Constituição americana, assim como um Código Civil de 1916, que permaneceu vigente até 2002, e de uma Constituição, de 1988, que completa três décadas. A interpretação que foi dada à Constituição de 1988, no caso da união civil homoafetiva, é, possivelmente, o melhor exemplo, e foi dada pelo Supremo Tribunal Federal.

<sup>12</sup> ROCHA, Leonel Severo; SCHWARTZ, Germano; CLAM, Jean. *Introdução à teoria do sistema autopoietico do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 134.

<sup>13</sup> LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. Trad. Javier Torres Nafarrate. México: Universidad Iberoamericana, Editorial Herder, 2005. p. 383.

<sup>14</sup> ROCHA, Leonel Severo; SCHWARTZ, Germano; CLAM, Jean. *Introdução à teoria do sistema autopoietico do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 133.

<sup>15</sup> *Idem*, *ib.*, p. 385-6.

<sup>16</sup> *Idem*, *ib.*, p. 388.

Enfim, na periferia dos sistemas, a clausura operacional, que ocorre pela sua operação, é enfraquecida. Em outras palavras, Marcelo Neves descreve a modernidade periférica como possibilidade de alopoiese social, quando há a “prevalência de outros códigos de preferência sobre o código lícito/ilícito”, diversa e antagônica à autopoiese<sup>17</sup>.

A função do sistema jurídico está relacionada de modo muito próximo com a sua dimensão temporal, pois a função do direito tem em conta expectativas, sobretudo expectativas normativas. E, por seu turno, a função das normas está em possibilitar o preparo para um futuro incerto, “genuinamente incierto”<sup>18</sup>. Daí a dimensão temporal, ou seja, o tempo ficou normativamente controlado, previsto, tornando possível que haja um controle sobre o que pode ocorrer no futuro. Os tribunais, então, como centro do sistema jurídico, constituem os sistemas de organização das decisões do sistema jurídico.

Esse tema será revisitado, infletindo a pesquisa, no próximo item, para a análise histórica das crises constitucionais no Brasil, com o objetivo de mostrar a ausência de amadurecimento político, o que pode ser caracterizado também como modernidade periférica.

## **2 AS CRISES POLÍTICAS NA HISTÓRIA CONSTITUCIONAL BRASILEIRA**

O Brasil adotou muitos institutos e instituições dos Estados Unidos, mas a história dos países, como não poderia deixar de ser, é extremamente diversa. Enquanto a Constituição americana é resultante de uma assembleia constituinte e da formação de uma verdadeira federação, o Brasil passou por processo histórico absolutamente diverso. A primeira Constituição brasileira, a Constituição do Império, todos sabem, foi imposta por D. João Pedro I, em 1824. Os Estados Unidos nunca foram sede de Império, ou de Reino, mas o Brasil, no Rio de Janeiro, a partir de 1815, com a invasão francesa, por Napoleão Bonaparte, em Portugal, e a vinda para o Brasil da Família Real em 1808, foi sede do Reino Unido Portugal, Brasil e Algarve<sup>19</sup>.

<sup>17</sup> NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil. O Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008. p. 239.

<sup>18</sup> LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. Trad. Javier Torres Nafarrate. México: Universidad Iberoamericana, Editorial Herder, 2005. p. 181-7.

<sup>19</sup> OLIVEIRA, Eduardo Romero de. A ideia de império e a fundação da monarquia constitucional no Brasil (Portugal-Brasil, 1772-1824). *Tempo*, Niterói, v. 9, n. 18, p. 43-63, June 2005. Disponível em:

Em razão da Revolução do Porto, de 20 de agosto de 1820, as Cortes exigiram uma Constituição e o retorno do Rei a Portugal, o que ocorreu em 25 de abril de 1821. O movimento tinha o firme propósito de elaborar uma Constituição, tanto no Brasil como em Portugal, mas as intenções evidentes eram de cancelar ou reduzir a autonomia administrativa do Brasil e de fazer retornar o chamado “pacto colonial”, pelo qual o Brasil não podia importar, nem exportar, o que somente fazia com o intermédio de Portugal. Esse pacto havia sido removido com a vinda da Família Real ao Brasil<sup>20</sup>. O movimento separatista, que visava à independência, antevisto pelo próprio D. João VI antes da sua partida, culminou na convocação da Constituinte, em junho de 1822, pelo Príncipe Regente, D. Pedro, que foi instalada em 17 de junho de 1822, mas iniciou os trabalhos em 17 de abril de 1823<sup>21</sup>, ou 3 de maio de 1823<sup>22</sup>. Assim, a Constituição foi convocada antes da Independência do Brasil, mas iniciou os trabalhos já noutra situação política.

Essa Constituição que estava sendo elaborada foi chamada de “Constituição da Mandioca”<sup>23</sup>, porque, em vez de ser vista a capacidade eleitoral, de ser eleitor e de ser eleito, com a renda, como era comum na época, ficou previsto no projeto de Constituição que somente poderiam ser eleitores/eleitos os que tivessem renda anual entre 150 e 1000 alqueires de farinha de mandioca. Mas, além desse problema, o mais importante, segundo D. Pedro, era o de que o Poder Legislativo predominava sobre o Poder Executivo. A Decisão de Governo/Reino, de 19 de junho de 1822, expôs sobre a convocação da assembleia constituinte, mencionando, inclusive, como seriam feitas as eleições. Na época, a Província Cisplatina, Uruguai, pertencia ao Brasil, por isso teve dois deputados eleitos. O número total de deputados não poderia ser inferior a 100, sendo, por exemplo,

---

<[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S141377042005000100003&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S141377042005000100003&lng=en&nrm=iso)>. Acesso em: 18 abr. 2018.

<sup>20</sup> MALERBA, Jurandir. *O Brasil imperial (1808-1889): panorama da história do Brasil no século XIX*. Maringá: Eduem, 1999. Disponível em:

<<https://bibliotecaonlinedahisfj.files.wordpress.com/2015/02/jurandir-malerba-o-brasil-imperial.pdf>>. Acesso em: 25 mar. 2018, p. 15.

<sup>21</sup> Idem, ib., p. 20-1.

<sup>22</sup> TRESPACH, Rodrigo. *Histórias não (ou mal) contadas: revoltas, golpes e revoluções no Brasil*. Rio de Janeiro: Harper Colins, 2017. p. 39.

<sup>23</sup> TRESPACH, Rodrigo. *Histórias não (ou mal) contadas: revoltas, golpes e revoluções no Brasil*. Rio de Janeiro: Harper Colins, 2017. p. 40.

na Província de São Paulo, eleitos nove; na de Minas Gerais, 20; na do Rio de Janeiro, 8<sup>24</sup>.

O primeiro golpe, portanto, no Brasil foi realizado por Dom Pedro I, contrariado com a prevalência do Poder Legislativo. A Assembleia Constituinte foi dissolvida no dia 12 de novembro de 1823, sendo executor do ato o recém-nomeado ministro-chefe, Coronel Francisco Vilela Barbosa<sup>25</sup>. A expressão “golpe de Estado” foi utilizada conforme o significado do *Dicionário Aurélio*<sup>26</sup>, após o verbete 5: “Subversão da ordem e tomada do poder por indivíduo ou grupo de certo modo ligados ao Estado”. No caso histórico mencionado, considerando que não havia, propriamente, Constituição anterior, rigorosamente foi um ato do Imperador contra o próprio ato de convocar uma Assembleia Constituinte para elaborar a Constituição. Dissolvida a Constituição, o Imperador D. Pedro I outorgou, em 25 de março de 1824, a Constituição do Império.

Essa Constituição, como dito antes, foi a mais longeva. Seus sinais de agonia iniciaram com as medidas paulatinas a favor da abolição da escravidão no Brasil, o último país independente do continente americano que promoveu o fim da escravidão negra. A Princesa Isabel assinou a Lei Áurea, Lei Imperial de 13 de maio de 1888. Antes da proclamação da República, o Brasil teve outras crises institucionais. Houve a abdicação de D. Pedro I, que deixou o Príncipe D. Pedro II, à época com 6 anos de idade, em 1831. A partir de 1847, foi instituído, propriamente, regime parlamentar, com a criação do cargo de Presidente do Conselho de Ministros<sup>27</sup>. Consta que a proclamação da República teve várias causas, mas as principais foram os movimentos republicanos, o Exército e a burguesia cafeeira em razão da abolição da escravidão. O fim da escravidão foi demorado, iniciando em 1831, com a proibição de entrada de novos escravos no Brasil, com a Lei Feijó-Barbacena, chamada de “lei para inglês ver”<sup>28</sup>, pois os escravos apenas formalmente deixaram de entrar no Brasil. Em 1871 foi editada

<sup>24</sup> JOBIM, Nelson; PORTO, Walter Costa (Org.). *Legislação eleitoral no Brasil: do século XVI a nossos dias*. Brasília: Senado Federal, p. 36 e ss., 1996, 3 v.

<sup>25</sup> TRESPACH, Rodrigo. *Histórias não (ou mal) contadas: revoltas, golpes e revoluções no Brasil*. Rio de Janeiro: Harper Colins, 2017. p. 41.

<sup>26</sup> FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Aurélio: o dicionário da língua portuguesa*. Curitiba: Positivo, 2008. p. 267.

<sup>27</sup> FIGUEIREDO, Marcelo. Transição do Brasil Império à Velha República. *Revista Iberoamericana de Filosofía, Política y Humanidades*, Sevilla: Araucaria, a. 13, n. 26, p. 135, 2º sem. 2011.

<sup>28</sup> TRESPACH, Rodrigo. *Histórias não (ou mal) contadas: revoltas, golpes e revoluções no Brasil*. Rio de Janeiro: Harper Colins, 2017. p. 77.

a Lei do Ventre Livre, mas os filhos de escravos, embora livres, deveriam permanecer oito anos em poder do proprietário de sua mãe e, ainda, deveria ser paga a quantia de 600 mil réis ou o filho deveria permanecer trabalhando até completar a idade de 21 anos<sup>29</sup>.

As interpretações são diversas sobre o fim da monarquia, mas, em certo sentido, há convergência. Leonel Severo Rocha<sup>30</sup> menciona que a crise monárquica decorreu da sua “incapacidade de acolher as reivindicações de novos setores sociais emergentes, notadamente das novas elites econômicas do sul do País e dos interesses dos militares, detentores de um poder de fato não correspondido proporcionalmente em nível de representação e decisão política”. O poder econômico e militar claramente motivou a queda da monarquia.

Enfim, a monarquia durou pouco mais de um ano após a Lei Áurea. E, em 1891, o Brasil teve a primeira Constituição Republicana promulgada. Devido à forte influência de Rui Barbosa, o grupo por ele liderado, contrário ao dos positivistas Benjamin Constant, Demétrio Ribeiro e Quintino Bocaiúva, impôs a convocação da Assembleia Nacional Constituinte<sup>31</sup>. A adoção do regime presidencialista decorreu mais do interesse dos militares, mas, para buscar um equilíbrio, ou um poder contrário de contenção e de controle, Rui Barbosa, na revisão constitucional, em que teve “influência incontestável”<sup>32</sup>, pelo o equilíbrio entre os três poderes, propôs um poder judiciário forte<sup>33</sup>. Leonel Severo Rocha<sup>34</sup> afirma que Rui Barbosa era indiferente sobre a adoção do presidencialismo ou do parlamentarismo, e que o presidencialismo foi adotado antes de ele tomar posição a respeito, mas acabou aceitando o presidencialismo. Sua motivação sempre fora o federalismo. Todavia, no início da sua vida política, Rui Barbosa era claramente a favor do parlamentarismo britânico<sup>35</sup>, mas a ideia estaria inserida na Monarquia. Em artigo publicado, Paulo Brossard de Souza Pinto<sup>36</sup>

<sup>29</sup> Idem, ib.

<sup>30</sup> ROCHA, Leonel Severo. *Do juridicismo à democracia conservadora na interpretação da Constituição de 1891*. Passo Fundo: Justiça do Direito, 2006. p. 86.

<sup>31</sup> Idem, ibidem, p. 88.

<sup>32</sup> Idem, ib., p. 90.

<sup>33</sup> Idem, ib., p. 94.

<sup>34</sup> Idem, ib., p. 92.

<sup>35</sup> Idem, ib., p. 93.

<sup>36</sup> BROSSARD, Paulo. Presidencialismo e parlamentarismo na ideologia de Rui Barbosa. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, 1949. Disponível em: <<http://seer.ufrgs.br/index.php/revfacdir/issue/view/2693/showToc>>. Acesso em: 20 mar. 2018, p. 227.



afirma, sem qualquer dúvida, que Rui Barbosa, em momento posterior, repudiou o presidencialismo, pois, no regime parlamentar, havia responsabilidade do governo.

Logo após a instauração da República, o Marechal Deodoro da Fonseca fechou o congresso e tornou-se ditador, tendo como vice-presidente o Marechal Floriano Peixoto, que o apoiou e que, em seguida, também promoveu um golpe, assumindo a Presidência<sup>37</sup>.

Várias crises políticas se sucederam até a Revolução de 1930, com a assunção de Getúlio Vargas ao poder. Nesse interregno, houve a “Coluna Prestes”, sob a liderança de Luiz Carlos Prestes, entre abril de 1925 e junho de 1927, quando teria havido 50 batalhas, com 94 confrontos, tendo sido percorridos 24.947 km, quase três vezes mais do que Mao Tsé Tung na famosa “Longa Marcha”. Posteriormente, Prestes foi convidado a participar da Aliança Liberal, de Getúlio Vargas, para tirar do poder o Presidente Washington Luís e impedir a posse de Júlio Prestes, vitorioso nas eleições. Prestes, tido então como “anticomunista”, flertava com os liberais, mas acabou indo para Moscou e, depois, retornando, por imposição do Partido Comunista de Moscou para o PCB, no Brasil, com finalidade revolucionária<sup>38</sup>.

É importante lembrar que a Primeira República também é designada de “república dos coronéis”, que era o posto mais elevado da Guarda Nacional<sup>39</sup>.

Muitos indicam que não se pode atribuir a expressão “revolução” ao movimento que resultou na assunção ao poder de Getúlio Vargas a partir de 1930. Teria sido uma “revolução das elites” ou uma “competição oligárquica”<sup>40</sup>. Com as acusações recíprocas de fraudes e o assassinato de João Pessoa, na Paraíba, logo após a derrota nas eleições de 1º de março de 1930 para Júlio Prestes, o movimento em prol de Getúlio se fortaleceu, sendo transformado em

---

<sup>37</sup> CALDEIRA, Jorge. *História da riqueza do Brasil*. Rio de Janeiro: Estação Brasil, 2017. p. 327.

<sup>38</sup> TRESPACH, Rodrigo. *Histórias não (ou mal) contadas: revoltas, golpes e revoluções no Brasil*. Rio de Janeiro: Harper Colins, 2017. p. 148-154.

<sup>39</sup> FIGUEIREDO, Marcelo. Transição do Brasil Império à Velha República. *Revista Iberoamericana de Filosofía, Política y Humanidades*, Sevilla: Araucaria, a. 13, n. 26, p. 143, 2º sem. 2011.

<sup>40</sup> CAMARGO, Aspásia. *A revolução das elites: conflitos regionais e centralização política. A revolução de 30: seminário realizado pelo Centro de Pesquisa e Documentação de História Contemporânea do Brasil (CPDOC) da Fundação Getúlio Vargas*. Rio de Janeiro, setembro de 1980. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1983. Disponível em: <[http://cpdoc.fgv.br/producao\\_intelectual/arq/148.pdf](http://cpdoc.fgv.br/producao_intelectual/arq/148.pdf)>. Acesso em: 10 abr. 2018, p. 16-7.



movimento armado. A deposição de Washington Luís ocorreu em 24 de outubro e já em 3 novembro a Junta Governativa Provisória passou o poder a Getúlio Vargas, como Chefe de Governo Provisório.

O Decreto nº 22.621, de 5 de abril de 1933, procedeu a convocação de Assembleia Constituinte, estabelecendo o número de 254 deputados que a comporiam, indicando a forma de eleição. Promulgada a Constituição de 1934, em 6 de julho de 1934, ela teve vida curta, iniciando pelo Decreto Legislativo nº 6, de 18 de dezembro de 1935, da Câmara e do Senado, que promulgou as três primeiras emendas à Constituição, possibilitando ao Presidente da República “declarar comoção intestina grave com finalidades subversivas”, impor a perda da patente ao militar e a demissão do serviço público, o servidor civil, que praticar atos subversivos. Como diversos relatos históricos mostram, a Constituição de 1934, resultante do Movimento Constitucionalista de 1932, tinha vários problemas, e Getúlio Vargas havia declarado que seria “o primeiro revisionista”. O primeiro, e mais importante, é o de que não era permitida a reeleição e que o mandato duraria até 1938. Quanto ao conteúdo, continha “um emaranhado de artigos de inspiração iluminista e democrática (direitos civis e sociais) e passagens de apelo fascista e exageradamente protecionista (nacionalismo, corporativismo, brechas autoritárias)”<sup>41</sup>. Além disso, atendia aos interesses dos “tenentistas”, dos “adversários” paulistas e de grupos de pressão nacionalistas integralistas.

A fracassada Revolução de 1935, liderada pela Aliança Nacional Libertadora, comandada pelo “General” Luís Carlos Prestes, que teve início em Natal em 23 de novembro, em Recife, um dia depois, e no Rio de Janeiro, em 27 de novembro, teria servido de pretexto para que, em 10 de novembro de 1937, depois de uma série de medidas que demonstraram a concentração de poder em torno de Getúlio Vargas, fosse fechado o Congresso<sup>42</sup> e que se iniciasse o regime de ditadura do Estado Novo. De acordo com Daniel Rodrigues Aurélio<sup>43</sup>, o Estado Novo resultou da soma da “intentona comunista” com o “Plano Cohen”

<sup>41</sup> AURÉLIO, Daniel Rodrigues. *Dossiê Getúlio Vargas*. São Paulo: Universo dos Livros, 2009. Disponível em: <<http://politicaedireito.org/br/wp-content/uploads/2017/02/Dossiê-Getulio-Vargas-Daniel-Rodrigues-Aurelio-1.pdf>>. Acesso em: 16 abr. 2018, p. 36.

<sup>42</sup> PANDOLFI, Dulce. A revolta comunista de 1935. (2017). Disponível em: <<http://cpdoc.fgv.br/producao/dossies/FatosImagens/RevoltaComunista>>. Acesso em: 20 mar. 2018.

<sup>43</sup> AURÉLIO, Daniel Rodrigues. *Dossiê Getúlio Vargas*. São Paulo: Universo dos Livros, 2009. Disponível em: <<http://politicaedireito.org/br/wp-content/uploads/2017/02/Dossiê-Getulio-Vargas-Daniel-Rodrigues-Aurelio-1.pdf>>. Acesso em: 16 abr. 2018, p. 37.

e a “Constituição Polaca”. O “Plano Cohen” seria um documento subscrito pelo húngaro Bela Kuhn (ou Cohen), de autoria da Internacional Socialista, com o objetivo da Revolução Socialista no Brasil<sup>44</sup>. E a “Constituição Polaca” foi a Constituição outorgada em 10 de novembro de 1937, por Getúlio Vargas, que havia sido elaborada por Francisco Campos, com clara inspiração na Constituição Polonesa, fascista, de abril de 1935.

A deposição de Getúlio Vargas ocorreu em 29 de outubro de 1945, pelo Alto Comando Militar, com a transferência do poder para o Presidente do Supremo Tribunal Federal, José Linhares, até janeiro de 1946, quando deveria passar o poder ao Presidente que seria eleito. Realizadas as eleições em 2 de dezembro, sendo vitorioso Eurico Gaspar Dutra, tomou posse, tendo também sido eleitos para a Assembleia Constituinte 320 congressistas. A Constituição foi promulgada em 18 de setembro de 1946. Getúlio também foi eleito como constituinte em 1946, ao cargo de senador, iniciando, logo em seguida, as articulações para o seu retorno. Nas eleições de 3 de outubro de 1950, Getúlio foi eleito, mas não alcançou 50% dos votos, ficando com 48,7%. Com a oposição forte do jornalista e Deputado pela UDN Carlos Lacerda, Vargas tomou posse em janeiro de 1951, mas não cumpriu o mandato, suicidando-se em 24 de agosto de 1954. O atentado contra Carlos Lacerda e o Major Rubem Vaz, resultando este morto, teria sido um dos fatos últimos a motivar o suicídio. Nos dez anos posteriores, o período de normalidade política, embora com crises, foi o de Juscelino Kubitschek. Em seguida ao suicídio de Getúlio, Café Filho, vice-presidente, assumiu, permanecendo até 1955, por apenas dezessete meses, quando renunciou por razões de saúde, assumindo a Presidência o Presidente da Câmara, Carlos Luz, que foi acusado de não querer passar o governo para Juscelino Kubitschek, eleito presidente para tomar posse em 1956. Foi, então, deposto pelo General Lott, em novembro de 1955, assumindo a Presidência o Presidente do Senado, Nereu Ramos. Juscelino Kubitschek governou entre 1956 e 1961, quando assumiu Jânio Quadros, que permaneceu presidente por apenas sete meses, pois renunciou.

O período de Jânio Quadros e de João Goulart, até o golpe militar de 1964, é analisado com base em cinco diferentes doutrinas por Lucília de Almeida Neves

---

<sup>44</sup> *Idem*, *ib.*, p. 38.

Delgado<sup>45</sup>, Professora de História da Universidade Federal de Minas Gerais, que não deixa de apresentar a sua conclusão a respeito, cabendo transcrição<sup>46</sup>:

Finalmente cabe registrar que este balanço não deve ser encerrado sem o registro de nossa convicção de que os responsáveis pela deposição de João Goulart foram militares, respaldados por apoio internacional e em parceria com partidos políticos, segmentos e organizações da sociedade civil que se opunham à opção política do presidente e de seus aliados históricos.

Foram os grupos conservadores, históricos opositores do trabalhismo e de João Goulart, os responsáveis pela interrupção da experiência democrática brasileira em 1964. Foram eles também que, à frente do governo federal, reproduziram por vinte anos uma prática discricionária, autoritária, arbitrária e excludente. Inauguraram e reproduziram o tempo da ditadura no Brasil pós-1964.

Importante, ainda, a análise dessa autora que menciona não ter sido a primeira vez que uma experiência democrática foi interrompida na trajetória republicana<sup>47</sup>.

No período militar, houve duas Constituições, ambas outorgadas, a de 1967 e a de 1969 (esta que por alguns não é considerada Constituição, mas sim Emenda Constitucional nº 1, de 1969, que editou o novo texto à Constituição de 1967). Também no período do governo de Getúlio houve duas Constituições: a de 1934, promulgada, e a Constituição Polaca, de 1937, outorgada.

### **3 O PRESIDENCIALISMO E O PARLAMENTARISMO E SUAS CRISES**

O catedrático da Universidade Federal do Ceará Paulo Bonavides, um dos juristas mais importantes do Brasil, é também um dos maiores entusiastas do sistema parlamentarista. Em uma de suas inúmeras obras, o jurista cearense diz que o parlamentarismo “deixou de ser simples técnica de governo, para se enriquecer de um conteúdo que lhe confere certa dignidade ideológica e o converte no instrumento por excelência de manutenção dos valores democráticos

---

<sup>45</sup> DELGADO, Lucilia de Almeida Neves. O Governo João Goulart e o golpe de 1964: memória, história e historiografia, 2010. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/tem/v14n28/a06v1428.pdf>>. Acesso em: 12 abr. 2018, p. 129-130.

<sup>46</sup> Idem, ib., p. 143.

<sup>47</sup> Idem, ib., p. 142.

da sociedade aberta e pluralista”<sup>48</sup>. Afirma ainda que se trata de “alternativa única” para os regimes autoritários dos países em desenvolvimento do chamado terceiro mundo. São elencadas por esse prestigiado autor diversas distorções do sistema presidencialista, tido por alguns como um modelo de governo forte, mas o correto é considerá-lo um regime de força<sup>49</sup>. É possível pesquisar e classificar as vantagens e as desvantagens de ambos os modelos: presidencialista e parlamentarista. Quem está, como o autor do artigo, no rol dos que entendem que o parlamentarismo é o modelo que tem mais amplas vantagens não está neutro/imparcial para abordar esse tema.

Impositivo, contudo, assinalar a maior vantagem do parlamentarismo em relação ao presidencialismo, que é a da responsabilidade política do chefe de governo no modelo parlamentarista, que não a possui o chefe de governo, que também exerce a chefia do Estado, no modelo presidencialista.

Nas eleições, o modelo presidencialista desde o início revela-se um engodo, pois, em um regime político pluripartidário, o presidente eleito raramente terá o seu partido como majoritário no Congresso, o que lhe imporá alianças, muitas vezes de natureza fisiológica: o chamado “presidencialismo de coalisão”, na sempre lembrada feliz expressão de Sérgio Abranches<sup>50</sup>. O pior cenário é quando há a eleição de um candidato populista, ou de um candidato de partido bem minoritário no Congresso. Se for um candidato populista, certamente terá um governo de curta duração, pois não conseguirá aprovar medidas que possibilitem o cumprimento das suas promessas, ou levará o Estado a dificuldades econômicas. De qualquer forma, terá dificuldades no curto prazo. O candidato de partido com base minoritária não imporá o seu governo, pela ausência de adesão partidária, e, assim, não governará, ressalvada a possibilidade remota de obter maioria episódica. Não tendo responsabilidade política, o tempo de mandato poderá ser um tempo perdido, uma protelação desnecessária, não tendo condições políticas de governar. O engodo está no fato de o eleitor pensar em eleger diretamente o chefe da nação, uma pessoa que poderá levar o país a patamares melhores em termos de qualidade de vida, sem saber que as promessas, possivelmente, não tenham condições de ser cumpridas.

---

<sup>48</sup> BONAVIDES, Paulo. *Teoria do Estado*. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 223.

<sup>49</sup> BONAVIDES, Paulo. *Teoria do Estado*. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 224.

<sup>50</sup> ABRANCHES, Sérgio Henrique Hudson. Presidencialismo de coalisão: o dilema institucional brasileiro. *Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, v. 31, p. 5, 1988.

O modelo parlamentarista, ao contrário, desde o início revela a sua face de governo de responsabilidade, sem maiores engodos, com a finalidade de levar adiante um projeto e plano de governo abrangente e democrático, que atenda as correntes majoritárias no parlamento. O eleitor, em vez de eleger um determinado político, elege um conjunto de ideias expostas em um partido político. Os partidos políticos, posteriormente, aglutinam-se com o objetivo de elaborar o projeto e plano de governo que atenda as aspirações do povo.

Havendo crises no modelo presidencialista, há duas soluções: ou o *impeachment* ou aguardar o término do mandato. A primeira alternativa representa uma ruptura de tal natureza que mantém o país refém e bloqueado política e economicamente enquanto se aguarda o julgamento, que pode durar meses. A segunda alternativa é aquela em que a classe política dá condições mínimas de governabilidade até expirar o prazo do mandato presidencial, com vistas a eleger outro candidato.

É muito diferente o sistema parlamentarista, em que há a chamada responsabilidade política do chefe de governo, que não exerce a chefia do Estado, que é exercida pelo Presidente, nas repúblicas, ou pelo monarca, nas monarquias. É escolhido para a chefia de governo, nos sistemas parlamentaristas puros, um parlamentar integrante do partido que obteve maioria de votos, que se coliga a outros partidos para obter maioria no parlamento. Fracassado, por qualquer razão, o plano de governo, o chefe de governo perde o prestígio e o mandato de primeiro ministro, sem maiores traumas, iniciando o parlamento a eleição de outro parlamentar que possa congregar os representantes do povo na direção de governança. Não há rupturas políticas dramáticas, nem maior demora nesse processo. O chefe de governo permanecerá enquanto tiver o apoio da maioria. Evidente que, quando não houver consenso no parlamento, ficará aberta a possibilidade de o presidente ou o monarca convocar eleições gerais, antes do término dos mandatos, sem maiores traumas.

#### **4 O PAPEL DAS FORÇAS ARMADAS E DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NA SOLUÇÃO DAS CRISES NO MODELO PRESIDENCIALISTA**

No texto acima, na parte em que examinadas as crises constitucionais no Brasil, foi constatado que, em diversas ocasiões, as forças armadas ocuparam papel de hegemonia na solução de crises graves. Há pontos de vista que, pelo

menos em outras ocasiões, revelam que esse papel hegemônico apresentou soluções diversas das democráticas.

Por soluções democráticas compreende-se aquela em conformidade à previsão constitucional, caracterizando “golpe” a solução alternativa.

A Constituição de 1824, outorgada por D. Pedro I, claramente não caracteriza, por isso mesmo, uma Constituição democrática. Se, evidentemente, a Família Real portuguesa não tivesse vindo para o Brasil em 1808, certamente tudo teria sido diferente e uma verdadeira independência teria ocorrido. As sugestões deixadas por D. João VI, quando do seu retorno a Portugal, a Dom Pedro eram, exatamente, de que fosse o beneficiado com a independência do Brasil. O Poder Moderador, a seu turno, do Imperador, que exercia o Poder Executivo, é de inspiração absolutista. A ausência de lideranças contrárias e a repressão histórica desde a Inconfidência Mineira a movimentos alternativos, assim como tendo consigo o poder militar armado, moveu o Imperador a impedir o trabalho dos constituintes, promovendo o primeiro “golpe” depois da independência, outorgando a Constituição do Império.

Em 1789, na Proclamação da República, como é natural num rompimento político dessa natureza, de mudança da forma política de governo, diversamente do que ocorreu com a Independência de 1822, a solução também foi em sentido contrário à previsão constitucional. Todavia, logo na sequência, foi convocada assembleia constituinte, que foi respeitada, vindo a ser promulgada a Constituição de 1891. O nascimento do presidencialismo no Brasil, inspirado no modelo americano, com base numa frágil federação, que não decorreu da união de estados praticamente autônomos, mas da descentralização administrativa com a transformação do país unitário imperial em uma república federativa, com uma federação frágil, ausentes competências constitucionais claras e instituições fortes, ou que pudessem ser construídas instituições fortes e democráticas, promoveu a vitória política de unidades regionais, tendo sido chamada de “república do café com leite” diante da alternância no poder executivo central de presidentes oriundos de São Paulo e de Minas Gerais. Em vez de instituições democráticas, privilegiaram-se as oligarquias, o que significa que a prática democrática não se instituiu diante dos privilégios do patrimonialismo desde sempre praticado. O notável Sérgio Buarque de Holanda<sup>51</sup> teria sido o primeiro historiador e sociólogo a definir a expressão *patrimonialismo* como a condição

---

<sup>51</sup> HOLANDA, Sergio Buarque. *Raízes do Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras, 2014. p. 169.

antagônica ao estado burocrático de Max Weber, pois “para o funcionário *patrimonial* a própria gestão política apresenta-se como assunto de seu interesse particular”<sup>52</sup>.

Isso não significa dizer que noutros países de formação liberal burguesa não tivessem existido oligarquias. Contudo, a história, nesses países, mostra que se privilegiou a democracia, desde as pequenas comunidades, ou depois de revoluções. Nos Estados Unidos, foi assim que a democracia prevaleceu sobre as oligarquias, não tornando possível um estado patrimonialista em detrimento de uma filosofia liberal burguesa. Os autores Daron Acemoglu e James Robinson claramente demonstram isso na obra *Por que as nações fracassam*<sup>53</sup>. Basta ver uma das seguintes passagens do final da obra:

O que há em comum entre as revoluções políticas que lograram abrir caminho para instituições mais inclusivas e as graduais mudanças institucionais na América do Norte, na Inglaterra do século XIX e em Botsuana após a independência – e que também promoveu significativo fortalecimento das instituições políticas inclusivas – é o fato de terem conseguido empoderar um segmento transversal bastante amplo da sociedade. O pluralismo, pedra angular das instituições políticas inclusivas, requer que o poder político tenha ampla distribuição pela sociedade – o que, começando pelas instituições extractivistas que concentram o poder nas mãos de uma elite estrita, exige por sua vez um processo de empoderamento.<sup>54</sup>

A Revolução de 1930, como já constou acima, tratou-se de uma “revolução das elites” ou uma “competição oligárquica”<sup>55</sup>, em que a ligação entre Getúlio

<sup>52</sup> Idem, ib., p. 175.

<sup>53</sup> ACEMOGLU, Daron; ROBINSON, James. *Por que as nações fracassam*: as origens do poder, da prosperidade e da pobreza. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

<sup>54</sup> Idem, ib., p. 354.

<sup>55</sup> CAMARGO, Aspásia. A revolução das elites: conflitos regionais e centralização política. A revolução de 30: seminário realizado pelo Centro de Pesquisa e Documentação de História Contemporânea do Brasil (CPDOC) da Fundação Getúlio Vargas. Rio de Janeiro, setembro de 1980. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1983. Disponível em: <[http://cpdoc.fgv.br/producao\\_intelectual/arq/148.pdf](http://cpdoc.fgv.br/producao_intelectual/arq/148.pdf)>. Acesso em: 10 abr. 2018, p. 16-7.



Vargas, que tinha sido militar e que assume o governo provisório usando farda, com o tenente-coronel Pedro Aurélio de Góis Monteiro, que comandou o Estado Maior da Revolução<sup>56</sup>, possibilitou a Getúlio Vargas a assunção como Chefe de Governo Provisório. Portanto, também neste momento as forças armadas tiveram papel preponderante. Posteriormente, em 1937, nos mesmos termos, o grupo político em torno de Getúlio Vargas reunia militares que garantiam o seu poder e o fechamento do Congresso, assim como a outorga da Constituição Polaca, tendo como pretexto a Revolução de 1935, especialmente.

O Marechal Henrique Teixeira Lott, em 1955, assegurou, com sua ação, a posse no cargo de Presidente da República de Juscelino Kubitschek, ao impedir o golpe que estava sendo preparado, logo depois da renúncia, por saúde, de Café Filho, quando assumiu o cargo o Presidente da Câmara Carlos Luz. Nesse episódio, a liderança do Ministro da Guerra impediu um golpe contra a Constituição de 1946 e possibilitou a posse de Juscelino Kubitschek<sup>57</sup>.

A ditadura militar a partir de 1964 iniciou com as forças armadas derrubando o governo de João Goulart, mantendo-se no poder até 1985, com a sucessão de Generais no exercício da Presidência da República e a outorga de duas Constituições, de 1967 e de 1969.

Portanto, desde o Império, apenas em um dos momentos pode-se dizer que as forças armadas não estiveram presentes para protagonizar um golpe contra a Constituição vigente, e esse momento foi, exatamente, a posse de Juscelino Kubitschek, a partir de 1956. Logicamente que as interpretações podem oscilar, diante de alguns, sem base acadêmica, postularem que teria havido uma espécie de contrarrevolução, seja em 1937, seja em 1964. Assim, apregoam que os fatos impuseram a ação das forças armadas contra a continuidade democrática.

Relativamente ao Supremo Tribunal Federal, destacadamente teve papel importante na posse de José Sarney, com a morte de Tancredo Neves, como se mostrou acima, quando, depois de uma reunião, portanto de modo não oficial, os ministros decidiram que a posse cabia ao vice-presidente eleito, a despeito de o presidente eleito não ter tomado posse no cargo. Nesse momento histórico, os

---

<sup>56</sup> AURÉLIO, Daniel Rodrigues. *Dossiê Getúlio Vargas*. São Paulo: Universo dos Livros, 2009. Disponível em: <<http://politicaedireito.org/br/wp-content/uploads/2017/02/Dossie-Getulio-Vargas-Daniel-Rodrigues-Aurelio-1.pdf>>. Acesso em: 16 abr. 2018, p. 30.

<sup>57</sup> LOTT, Henrique Batista Duffles Teixeira. Henrique Teixeira Lott (depoimento, 1978). Rio de Janeiro: CPDOC, 2002. Disponível em: <<http://www.fgv.br/cpdoc/historal/arq/Entrevista117.pdf>>. Acesso em: 16 abr. 2018.



ministros do Supremo Tribunal Federal afiançaram uma interpretação que, sem dúvida alguma, mostrou-se uma interpretação frágil da Constituição, pois não era possível depreender que o vice-presidente eleito pudesse assumir o cargo se o presidente eleito não tivesse tomado, solene e oficialmente, posse. Tanto isso é verdade que, em seguida à posse de José Sarney, foi aprovada proposta de emenda constitucional com a finalidade de cancelar a interpretação adotada. Trata-se da Emenda Constitucional nº 25, de maio de 1985.

Antes disso, como mostra o sítio da rede mundial de computadores do Supremo Tribunal, em Julgamentos Históricos, aquele Tribunal legitimou o Ato Institucional nº 2, de 27 de outubro de 1965, e, por igual, o Ato Institucional nº 1, de 9 de abril de 1964, os quais excluíram da apreciação judicial os atos praticados pelo Comando Supremo da Revolução e pelo Governo Federal. Portanto, no acórdão do julgamento do Inquérito Policial nº 2-GB, questionava-se a competência da Justiça comum, Federal ou do Supremo Tribunal Federal em relação à investigação procedida contra João Goulart. Nesse julgamento, o Supremo Tribunal Federal entendeu ser da competência da Justiça Federal, pois a Constituição de 1967 legitimou os atos praticados pelo Comando Supremo da Revolução e, portanto, não havia mais foro privilegiado do presidente da república. Como esse julgamento somente ocorreu em março de 1968<sup>58</sup>, a situação político-institucional do País já estava consolidada, tanto que já havia a Constituição de 1967, outorgada pelos militares.

## 5 A CONSTITUIÇÃO DE 1988 E A ASCENSÃO DO SUPREMO TRIBUNAL NA SUPERAÇÃO DAS CRISES

Na vigência da Constituição Federal de 1988, não houve relatos de ações militares que protagonizassem movimentos em prol ou contra a Constituição, senão breves relatos midiáticos que se mostraram de pouca importância, considerando que não tiveram nenhum desfecho mais sério. Contudo, o Supremo Tribunal Federal, tanto no *impeachment* de Fernando Collor de Mello como no *impeachment* de Dilma Rousseff, teve diversas oportunidades de decidir sobre questões importantes.

No caso de Fernando Collor de Mello, houve a impetração de três mandados de segurança: MS 21564, MS 21623 e MS 21689. Também houve o

<sup>58</sup> STF 2012. Julgamentos históricos. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/sobreStfConhecaStf/julgamentoHistorico/anexo/Inquerito\\_2.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/sobreStfConhecaStf/julgamentoHistorico/anexo/Inquerito_2.pdf)>. Acesso em: 3 abr. 2018.

juízo da Ação Penal nº 307. No Mandado de Segurança nº 21.564, a decisão, por maioria, foi de estabelecer que o prazo para defesa, em vez de ser de cinco sessões plenárias, deveria ser de 10 sessões plenárias da Câmara de Deputados. No MS 21623, foi confirmado o indeferimento de oitiva de testemunha e, no MS 21689, foi julgada válida, por maioria, a Resolução do Senado que aplicou a pena de inabilitação para o exercício de função pública por oito anos, muito embora tenha havido a renúncia ao cargo de presidente da república.

Relativamente ao *impeachment* de Dilma Roussef, houve diversos julgamentos pelo Supremo Tribunal Federal, sendo provável que o mais relevante foi o proferido na ADPF 378-MC<sup>59</sup>, em que se assentou a interpretação da Lei nº 1.079/1950. Houve, também, o julgamento da ADIn 5478-MC, sobre a ordem de votação na Câmara dos Deputados. A deliberação adotada na ADPF 378-MC estabeleceu inúmeras regras de hermenêutica, seja da Lei nº 1.079/1950, seja dos arts. 85 e 86 da Constituição Federal. Embora esteja consagrada a ideia de que se trata de um julgamento jurídico-político, ou político-jurídico, no sentido de que é abastecido por regras legais e constitucionais, devendo ser observadas garantias judiciais constantes da Constituição Federal, entre outras normas jurídicas, quanto ao mérito do julgamento, propriamente dito, não há interferência jurisdicional, quando se trata de denúncia por crime de responsabilidade, em que o julgamento do mérito se dá no Senado Federal. Este excerto consta da página 59 do acórdão da ADPF 378-MC:

Em síntese, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal até aqui delineada sob uma perspectiva sistemático-conceitual assentou que a natureza do processo de *impeachment* é jurídico-política, passível de controle judicial apenas e tão somente para amparar as garantias judiciais do contraditório e do devido processo legal. Além disso, o instituto é compatível com a Constituição e concretiza o princípio republicano, exigindo dos agentes políticos responsabilidade civil e política pelos atos que praticam no exercício de poder.

Rigorosamente, desse entendimento do relator, Ministro Edson Fachin, pois, no caso a redação do acórdão ficou com o Ministro Roberto Barroso, não

---

<sup>59</sup> STF 2015. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&doc-ID=10444582>>.

se destoou. O Ministro Celso de Mello, entretanto, expressou compreensão um pouco diversa, mencionando que o Supremo Tribunal Federal, mesmo nas questões políticas, pode ter de decidir e não fica impedido:

Reafirme-se, portanto, que a jurisprudência constitucional do Supremo Tribunal Federal jamais tolerou que a invocação da natureza “*interna corporis*” dos atos emanados das Casas legislativas pudesse constituir um ilegítimo manto protetor de comportamentos abusivos e arbitrários do Poder Legislativo. (página 337 do acórdão na ADFP 378-MC)

Portanto, muito embora nesses dois momentos políticos o Supremo Tribunal Federal tenha julgado várias ações constitucionais, não ficou assentado em nenhum deles que o Senado Federal, quanto ao mérito do julgamento jurídico-político do *impeachment*, não tivesse liberdade ampla de julgar conforme a convicção dos senadores, especialmente no que respeita a entender haver tipicidade na conduta, ou condutas, constantes da acusação formalizada na denúncia proposta. Nesses termos, o Supremo Tribunal Federal não tem poder para fazer qualquer filtragem, tal como ocorre, por exemplo, nos julgamentos do Tribunal do Júri, quando o juiz singular pode impronunciar quando entender que não há indícios suficientes de autoria, ou quando não houver prova da materialidade, ou, ainda, quando não ocorrer *animus necandi*. No caso do *impeachment*, o Supremo Tribunal Federal não exerce nenhuma filtragem dessa natureza, tão somente julga questões atinentes ao rito e ao processo de julgamento, não lhe cabendo análise do mérito do julgamento.

Assim, desde a Constituição Federal de 1988, o Supremo Tribunal Federal passou a ocupar um papel institucional e político de maior projeção, proferindo julgamentos de importantes temas para a cidadania e para a política. Não é necessário examinar os diversos casos pertinentes a direitos fundamentais que julgou, uma vez que não é o objetivo desta pesquisa.

Mas há outros julgamentos de natureza política que merecem algum destaque. Um deles é o que suspendeu do exercício do mandato do Deputado Federal Eduardo Cunha, então Presidente da Câmara dos Deputados, na Ação Cautelar nº 4.070, conforme decisão unânime do Plenário em 5 de maio de 2016, referendando a decisão do relator, Ministro Teori Zavascki. Tratou-se de grave decisão, pois foi suspenso o mandato do Presidente da Câmara

dos Deputados, o primeiro na linha sucessória presidencial, pois já havia sido julgado o *impeachment* de Dilma Rouseff. É possível perceber uma semelhança de repetição da história, como fraude ou como drama, lembrando de Nietzsche e de Marx, em relação ao episódio Eduardo Cunha, então Presidente da Câmara dos Deputados, que teve suspenso o mandato, inclusive ficando impedido de exercer a Presidência da Câmara, em razão de decisão do Supremo Tribunal Federal, com o episódio Carlos Luz, mas então protagonizado pelo Marechal Lott, para garantir a posse de Juscelino Kubitschek, presidente eleito.

Outros vários julgamentos ocorreram no âmbito da chamada Operação Lava Jato. Atualmente está sendo investigado o Presidente da República por crime comum em relação ao qual não pode ser processado, uma vez que ocorreu antes da posse no cargo.

Enfim, o Supremo Tribunal Federal assumiu um papel de maior protagonismo na cena política nacional.

## **6 A INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL E O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

O Supremo Tribunal Federal não é, essencialmente, uma Corte Constitucional semelhante aos modelos europeus. Aproxima-se desses modelos, mas, como conserva competências recursais de julgamento em matérias constitucionais, especialmente de Corte de julgamento de ações, e especialmente por ter nas suas origens o modelo norte-americano de Suprema Corte. O Supremo Tribunal Federal, portanto, é um misto de Suprema Corte e de Corte Constitucional. Carlos Mário Velloso, então ministro do Supremo Tribunal Federal, publicou artigo na *Revista de Informação Legislativa do Senado* em 1993, decorrente de palestra anteriormente proferida, no qual sugeriu modificações no texto constitucional na ocasião da revisão constitucional, que ficou expressamente prevista de ser feita no prazo de cinco anos após a promulgação. No artigo, sugere as competências que deveriam ser mantidas e as que deveriam ser suprimidas, de modo a tornar o Supremo Tribunal Federal mais próximo de uma Corte Constitucional, senão essencialmente conforme este modelo.

Efetivamente, faltaria, ainda, para que houvesse a conformação a tal modelo europeu, o mandato e que a indicação passasse a ser exercida por outros poderes da República, assim como por outras instituições.

A inclinação que o Supremo Tribunal Federal passou a ter nos últimos anos para uma jurisprudência pós-positivista, contrariamente à jurisprudência positivista-normativista que norteou essencialmente suas decisões, é tema que deve ser melhor analisado em futura pesquisa. Nos limites deste artigo, bastaria examinar sobre o que tem escrito Luís Roberto Barroso, Ministro do Supremo Tribunal Federal. Em uma de suas últimas obras, talvez a última, expressou que, “para além do papel puramente representativo, supremas Cortes desempenham, ocasionalmente, o papel iluminista de empurrar a história quando ela emperra”<sup>60</sup>. Ressalvou no mesmo trecho, contudo, que se trata de uma competência perigosa, “a ser exercida com parcimônia, pelo risco democrático que ela representa e para que as Cortes constitucionais não se transformem em instâncias hegemônicas”.

Algumas decisões do Supremo Tribunal Federal foram adotadas, nos últimos anos, com essa inclinação: i) a interpretação que permitiu a união civil homoafetiva; ii) a interpretação que permitiu o aborto de feto anencefálico; iii) a interpretação que possibilitou a transparência nas informações dos salários, remunerações e subsídios dos funcionários públicos. Outras decisões foram adotadas mais recentemente, que envolvem questões propriamente de natureza criminal, no âmbito da chamada Operação Lava Jato, ou que possuem alguma relação com as aspirações da opinião pública em torno da corrupção e da impunidade: i) possibilitação da execução da pena desde que ocorra confirmação da sentença condenatória por um órgão Colegiado, em grau recursal; ii) restrição do foro privilegiado de deputados e senadores, esta que teve seu julgamento finalizado na semana passada, depois de longo pedido de vista, quando já havia oito votos favoráveis à restrição.

Percebe-se, dessa curta relação de decisões, que há julgamentos de temas importantes, os quais, pela dificuldade de deliberação nas casas parlamentares, não se tornaram leis e, por isso, o Supremo Tribunal Federal finalmente decidiu produzindo um sentido que, de alguma, forma, vai ao encontro de aspirações de minorias ou conforme a opinião pública, mas que não encontravam ressonância no meio legislativo.

Cumprido, então, reconhecer que, desde a Constituição Federal, mas muito mais nos últimos anos, houve a ascensão do Supremo Tribunal Federal como instituição que cumpre um papel institucional relevante para o Brasil, aliás

---

<sup>60</sup> BARROSO, Luís Roberto. *A judicialização da vida e o papel do Supremo Tribunal Federal*. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 118.

como não poderia deixar de cumprir, inserido no modelo democrático de Estado de Direito.

Indaga-se sobre se esse papel corre o risco de tornar-se hegemônico. Em sentido antagônico ao expressado no entendimento do Ministro Roberto Barroso, o então Ministro Eros Roberto Grau teve oportunidade de expressar, em julgamento deveras importante no Supremo Tribunal Federal, que:

As árvores judiciais – como observa Karl Loewenstein, referindo-se à Suprema Corte dos Estados Unidos – as árvores judiciais de ordinário não alcançam o céu. Poderíamos, diz ele, por conta da posição superior que a Suprema Corte de fato ocupa na dinâmica constitucional, chegar facilmente à conclusão de que ao seu poder não se colocam limites. Esta suposição é, no entanto, incorreta. Foram tomadas providências para que também as árvores judiciais não alcancem o céu.<sup>61</sup> (Acórdão na Reclamação nº 4.335/AC)

Percebem-se, daí, duas posições claras. A posição defendida pelo Ministro Roberto Barroso é a de que o Supremo Tribunal Federal deve alargar a sua presença institucional, prevalecendo a atuação de Corte Constitucional, de natureza mais política. Essa posição é defendida no âmbito interno do Supremo e também em obras doutrinárias do Ministro Roberto Barroso, encontrando, ainda, espaço na doutrina, como, por exemplo, na obra de Marco Félix Jobim<sup>62</sup>, em que faz uma análise comparativa da Suprema Corte estadunidense e do Supremo Tribunal Federal, em especial tratando do que chama de “medidas estruturantes”. Baseado na doutrina de Owen Fiss, a partir do célebre caso *Brown v. Board of Education*, em que o autor norte-americano cunhou a expressão *structural reform*, entende que é possível defender, “em casos de parecido teor e dependendo do momento cultural da sociedade brasileira”, intervenção

<sup>61</sup> STF 2014. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docD=630101>>. Voto do Ministro Eros Grau proferido em abril de 2007, p. 77-8. Acesso em: abr. 2018.

<sup>62</sup> JOBIM, Marco Félix. *Medidas estruturantes: da Suprema Corte Estadunidense ao Supremo Tribunal Federal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

semelhante do Supremo Tribunal Federal, “na efetividade de determinados direitos não alcançados pelos demais Poderes do Estado”<sup>63</sup>.

A outra posição aparentemente defendida por Eros Grau, de maior contenção do Supremo Tribunal Federal, indica a possibilidade de o parlamento editar lei que corrija alguma interpretação do Supremo Tribunal, não implicando qualquer violação ao que chama de “distinção”, não separação, dos poderes da República. Ora, o Supremo Tribunal Federal, como último intérprete da Constituição, não detém hegemonia no quadro dos poderes no que tange à aplicação da Carta Política da Nação. Foi o que ocorreu, por exemplo, quando o Supremo entendeu inconstitucional a lei dos crimes hediondos, 8.072/1990, que impunha a vedação da progressão da pena. Isso não impossibilitou ao parlamento editar lei, corrigindo a inconstitucionalidade declarada, no sentido de que, para os crimes considerados hediondos ou equiparados, cabia progressão da pena, porém não nos mesmos limites temporais dos demais crimes de menos gravidade. Esse diálogo, por assim dizer, é perfeitamente possível.

E, sem a menor dúvida, convergem ambos os ministros dos Supremo, Barroso e Grau, no sentido de, sempre, caber muita cautela da Suprema Corte quando publica decisão de natureza política, que restringe, por exemplo, o exercício do poder e da competência de outro poder da República, inclusive quanto às suas omissões, porque omissão de decidir também, em um sentido, é compreendida como decisão.

## CONCLUSÕES

Examinada a história constitucional brasileira e suas crises, é inarredável constatar que, em alguns momentos históricos, houve a presença das forças armadas, ou do Supremo Tribunal Federal. As forças armadas, sem qualquer dúvida, estiveram presentes em quase todos os momentos, sobretudo com maior protagonismo. Apenas na vigência da Constituição de 1988 é que é possível afirmar que as forças armadas não tiveram esse protagonismo, que passou para o Supremo Tribunal Federal. Nas ocasiões em que as forças armadas tiveram maior, ou quase total protagonismo, estiveram aliadas às forças políticas hegemônicas, às elites políticas oligárquicas, às elites empresariais, urbana, ruralista e financeira, assim como às elites intelectuais.

---

<sup>63</sup> Idem, *ib.*, p. 92.



Antes da Constituição de 1988, o Supremo Tribunal Federal somente teve influência na posse de José Sarney, quando, conforme constou antes, em uma reunião informal, os ministros entenderam que, independentemente da posse de Tancredo Neves, à beira da morte na semana da posse e sem a mínima condição de tomar posse, estaria legitimada a posse de José Sarney. Assim, a partir de 15 de março de 1985, o vice-presidente eleito tomou posse interina no cargo de Presidente da República e, após, em 21 de abril, data da declaração da morte de Tancredo Neves, foi empossado efetivamente no cargo, sem que o presidente tivesse tomado posse no cargo. Como, igualmente, viu-se antes, na ocasião do golpe militar de 1964, o Supremo Tribunal Federal legitimou as ações militares adotadas, por isso consideraram que não tinham competência para o conhecimento de questões relativas ao inquérito relativamente a atos subversivos de que foi acusado o Presidente João Goulart, decidindo pela competência da Justiça Federal.

Nesses termos, pode-se concluir, inicialmente, que há dois momentos. O primeiro entre 1822 e 1987, o segundo a partir de outubro de 1988. No primeiro momento sempre houve protagonismo das forças armadas, que ampararam a independência do Brasil, a proclamação da República, a Era Vargas e, por fim, a ditadura militar a partir de 1964. No segundo, há a ascensão do Supremo Tribunal Federal, com a Constituição democrática de 1988.

Essa ascensão do Supremo Tribunal Federal pode significar o êxito das instituições democráticas, que tem em vista, justamente, o amadurecimento institucional da cidadania em geral. Ora, se antes de 1988 as crises eram solucionadas pelas forças armadas, com total protagonismo em alguns momentos, ou com relevante protagonismo noutros, e se esta não é uma via democrática, com apoio na Constituição Federal, a partir de 1988 as crises políticas têm sido solucionadas pela via institucional democrática, com suporte na legislação e na Constituição Federal. Isso não significa dizer que as soluções sejam perfeitas, mas, na medida em que se adequam à lei – e a lei deve sempre ocupar o espaço privilegiado nas democracias –, as soluções mostram-se democráticas. O episódio Fernando Collor teve uma solução constitucional, passando pelas fases previstas na Constituição e na legislação, inclusive com decisões do Supremo Tribunal Federal. Situação idêntica ocorreu com Dilma Rousseff, mas, sendo esse episódio ainda recente, não houve a perfeita interpretação, havendo dois lados: um que interpreta como golpe institucional e outro, acolhido inclusive no âmbito do Supremo Tribunal Federal, que interpreta como solução constitucional. Não



constitui objetivo deste artigo superar a neutralidade para adotar um dos lados opostos. A análise que se faz é aquela que constitui o objetivo do artigo – a ascensão do Supremo Tribunal Federal.

Contudo, o mais importante é afirmar que não é necessário que nenhuma instituição exerça uma influência de protagonismo no Estado Democrático de Direito, pois as instituições devem exercer os seus papéis constitucionais. A propósito desse tema, vale recordar a distinção que faz David Sánchez Rubio<sup>64</sup>, entre dominação e emancipação, aprofundando, com alguma divergência, anterior exposição de Boaventura de Souza Santos e suas categorias conhecimento-regulação e conhecimento-emancipação. As instituições, em todas as culturas, regulam e ordenam as relações humanas com vistas a reduzir o caos, que seria sempre negativo por si mesmo. Mas a chave da compreensão seria perceber se a caracterização da regulação sociocultural está sob a dinâmica da emancipação ou se está sob a dinâmica da dominação.

O exercício hegemônico do poder é uma distorção assentada na ideia de dominação, enquanto o exercício distinto, observados os papéis constitucionais, permite ver a ideia de regulação emancipação.

Nesse mesmo sentido, não é possível esquecer a advertência/lição de Ingeborg Maus em artigo publicado originalmente em 1989, traduzido no Brasil em 2000, quando conclui que o Judiciário não pode funcionar como superego da sociedade<sup>65</sup>. A socióloga alemã constata e censura o deslocamento da “libido” da sociedade do aparato político, executivo e parlamento, para o Judiciário. Assim, contra a “despersonalização da lei” adequada aos seus fundamentos democráticos, a justiça passou a reavivar “fortes momentos de domínio patriarcal e de autonomia decisória quando relativizou matérias legais isoladas, apelando para convenções morais e ‘valores’. Exatamente nessa autorrepresentação da Justiça como instância moral localiza-se sua contrapartida à libido projetada pela sociedade”<sup>66</sup>.

Nesses termos, o Supremo Tribunal Federal, nesta importante ascensão democrática institucional, não pode incidir em ideias hegemônicas

<sup>64</sup> RUBIO, David Sánchez. *Encantos e desencantos dos direitos humanos*. Coleção Estado e Constituição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, v. 15, 2014. p. 68-73.

<sup>65</sup> MAUS, Ingeborg. O Judiciário como superego da sociedade. *Novos Estudos/Cebrap*, São Paulo, n. 58, p. 183.

<sup>66</sup> Idem, ib., p. 200.

de protagonismo político, porque isso impede o exercício do seu papel constitucional, nem, tampouco, deve passar a exercer, por exemplo, um papel semelhante ao de superego da sociedade, numa concepção de que a sociedade estaria órfã. A Constituição e a evolução do Estado acentuam a necessidade de que o poder seja exercido sem hegemonia, seja no aspecto estritamente político, seja, no caso do Supremo Tribunal Federal, ainda e sobretudo, impedindo que caia na tentação de guardião da moral. Portanto, ao Supremo Tribunal Federal não cabem os papéis de guardião da política, que soluciona crises políticas, ou de guardião da moral, no sentido de exercer o superego da sociedade. Por isso válida a referência teórica à Teoria dos Sistema Sociais Autopoiéticos, que reserva ao Poder Judiciário, como organização, o centro do sistema jurídico, mas não lhe cabe o centro do sistema político, nem, muito menos, o centro do sistema da moral, ou o centro de qualquer outro sistema social.

## REFERÊNCIAS

ABRANCHES, Sérgio Henrique Hudson. Presidencialismo de coalizão: o dilema institucional brasileiro. *Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, v. 31, 1988.

ACEMOGLU, Daron, ROBINSON, James. *Por que as nações fracassam: as origens do poder, da prosperidade e da pobreza*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

AURÉLIO, Daniel Rodrigues. *Dossiê Getúlio Vargas*. São Paulo: Universo dos Livros, 2009. Disponível em: <<http://politicaedireito.org/br/wp-content/uploads/2017/02/Dossie-Getulio-Vargas-Daniel-Rodrigues-Aurelio-1.pdf>>. Acesso em: 16 abr. 2018.

BARROSO, Luís Roberto. *A judicialização da vida e o papel do Supremo Tribunal Federal*. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

BONAVIDES, Paulo. *Teoria do Estado*. São Paulo: Malheiros, 1999.

BROSSARD, Paulo. Presidencialismo e parlamentarismo na ideologia de Rui Barbosa. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, 1949. Disponível em: <<http://seer.ufrgs.br/index.php/revfacdir/issue/view/2693/showToc>>. Acesso em: 20 mar. 2018.

CAMARGO, Aspásia. *A revolução das elites: conflitos regionais e centralização política*. A revolução de 30: seminário realizado pelo Centro de Pesquisa e Documentação de História Contemporânea do Brasil (CPDOC) da Fundação Getúlio Vargas. Rio de Janeiro, setembro de 1980. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1983. Disponível em: <[http://cpdoc.fgv.br/producao\\_intelectual/arq/148.pdf](http://cpdoc.fgv.br/producao_intelectual/arq/148.pdf)>. Acesso em: 10 abr. 2018.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Política, sistema jurídico e decisão judicial*. São Paulo: Max Limonad, 2002.

- CALDEIRA, Jorge. *História da riqueza do Brasil*. Rio de Janeiro: Estação Brasil, 2017.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. *A Constituição na vida dos povos*. São Paulo: Saraiva, 2010.
- DELGADO, Lucilia de Almeida Neves. O Governo João Goulart e o golpe de 1964: memória, história e historiografia, 2010. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/tem/v14n28/a06v1428.pdf>>. Acesso em: 12 abr. 2018.
- FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Aurélio: o dicionário da língua portuguesa*. Curitiba: Positivo, 2008.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. O modelo político na Constituição do Império. *Revistas USP*, 1975. Disponível em: <<https://www.google.com.br/search?q=constitui%C3%A7%C3%A3o+do+imp%C3%A9rio&oeq=constitui%C3%A7%C3%A3o+do+imp%C3%A9rio&aqs=chrome..69i57j0l5.7009j0j7&sourceid=chrome&ie=UTF-8>>. Acesso em: 15 abr. 2018.
- FIGUEIREDO, Marcelo. Transição do Brasil Império à Velha República. Sevilla: Araucaria. *Revista Iberoamericana de Filosofía, Política y Humanidades*, a. 13, n. 26, 2º sem. 2011.
- HISTÓRIA ORAL DO SUPREMO (1998-2013) v. 20. Paulo Brossard/Fernando de Castro Fontainha, Ângela Moreira Domingues da Silva, Izabel Saenger Nuñez (Org.). Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, 2017.
- HOLANDA, Sergio Buarque. *Raízes do Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras, 2014.
- JOBIM, Marco Félix. *Medidas estruturantes: da Suprema Corte Estadunidense ao Supremo Tribunal Federal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.
- JOBIM, Nelson; PORTO, Walter Costa (Org.). *Legislação eleitoral no Brasil: do século XVI a nossos dias*. Brasília: Senado Federal, 1996. 3 v.
- LASSANCE, Antonio. Getúlio Vargas e a Revolução de 1930. Disponível em: <<https://antoniolassance.blogspot.com.br/2010/10/getulio-vargas-e-revolucao-de-1930.html>>. Acesso em: 9 abr. 2018.
- LOTT, Henrique Batista Duffles Teixeira. Henrique Teixeira Lott (depoimento, 1978). Rio de Janeiro, CPDOC, 2002. Disponível em: <<http://www.fgv.br/cpdoc/historal/arq/Entrevista117.pdf>>. Acesso em: 16 abr. 2018.
- LUHMANN, Niklas. A posição dos tribunais no sistema jurídico. *Revista da Ajuris*, Porto Alegre, a. XVII, n. 49, jul. 1990.
- \_\_\_\_\_. *El derecho de la sociedad*. Trad. Javier Torres Nafarrate. México: Universidad Iberoamericana, Editorial Herder, 2005.
- \_\_\_\_\_. *La sociedad de la sociedad*. Trad. Javier Torres Nafarrate y Darío Rodríguez Mansilla. México: Universidad Iberoamericana, Editorial Herder, 2007.

MALERBA, Jurandir. O Brasil imperial (1808-1889): panorama da história do Brasil no século XIX Maringá: Eduem, 1999. Disponível em: <<https://bibliotecaonlinedahisfj.files.wordpress.com/2015/02/jurandir-malerba-o-brasil-imperial.pdf>>. Acesso em: 25 mar. 2018.

MARQUES, Raphael Peixoto de Paula. Estado de exceção e mudança (in)constitucional no Brasil (1935-1937). *Revista Electrónica, Oviedo/Centro de Estudios Políticos y Constitucionales: Historia Constitucional*, v. 14, 2013.

MAUS, Ingeborg. O Judiciário como superego da sociedade. *Novos Estudos/Cebrap*, São Paulo, n. 58, p. 183-202.

NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil. O Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

OLIVEIRA, Eduardo Romero de. A ideia de império e a fundação da monarquia constitucional no Brasil (Portugal-Brasil, 1772-1824). *Tempo*, Niterói, v. 9, n. 18, p. 43-63, June 2005. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S141377042005000100003&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S141377042005000100003&lng=en&nrm=iso)>. Acesso em: 18 abr. 2018.

PANDOLFI, Dulce (Org.). *Repensando o Estado Novo*. Rio de Janeiro: Ed. Fundação Getulio Vargas, 1999. Disponível em: <[http://cpdoc.fgv.br/producao\\_intelectual/arq/142.pdf](http://cpdoc.fgv.br/producao_intelectual/arq/142.pdf)>. Acesso em: 12 abr. 2018.

\_\_\_\_\_. A revolta comunista de 1935. (2017) Disponível em: <<http://cpdoc.fgv.br/producao/dossies/FatosImagens/RevoltaComunista>>. Acesso em: 20 mar. 2018.

POLETTI, Ronaldo. *Constituições brasileiras*. 3. ed. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, v. III, 2012.

PRADO JR., Caio. *Formação do Brasil contemporâneo/colônia*. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

ROCHA, Leonel Severo. *Do juridicismo à democracia conservadora na interpretação da Constituição de 1891*. Passo Fundo: Justiça do Direito, 2006.

\_\_\_\_\_. A democracia em Rui Barbosa. *Sequência*, Florianópolis, p. 24-29, 32.

ROCHA, Leonel Severo; SCHWARTZ, Germano; CLAM, Jean. *Introdução à teoria do sistema autopoietico do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

RUBIO, David Sánchez. *Encantos e desencantos dos direitos humanos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

SANCHEZ, Sidney. Entrevista ao site Consultor Jurídico publicada em 27 de outubro de 2017. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-out-27/entrevista-sydney-sanches-ex-presidente-supremo-tribunal-federal>>. Acesso em: 6 abr. 2018.

SOUZA, Jessé. *A elite do atraso: da escravidão à Lava Jato*. Rio de Janeiro: Leya, 2017.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Acórdão na Reclamação nº 4335/AC. Voto do Ministro Eros Grau. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630101>>. Acesso em: 18 abr. 2018.

STF 2010. Notícia do *site* do Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/PORTAL/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=118798>>. Acesso em: 6 abr. 2018.

STF 2012. Julgamentos históricos. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/sobreStfConhecaStfJulgamentoHistorico/anexo/Inquerito\\_2.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/sobreStfConhecaStfJulgamentoHistorico/anexo/Inquerito_2.pdf)>. Acesso em: 3 abr. 2018.

STF 2015. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10444582>>. Acesso em: 5 abr. 2018.

TRESPACH, Rodrigo. *Histórias não (ou mal) contadas: revoltas, golpes e revoluções no Brasil*. Rio de Janeiro: Harper Colins, 2017.

VELLOSO, Carlos Mário. O Supremo Tribunal Federal, Corte Constitucional: uma proposta que visa a tornar efetiva a sua missão precípua de guarda da Constituição. Brasília: *Revista de Informação Legislativa do Senado Federal*, n. 120, 1993.

Submissão em: 19.04.2019

Rodada 1

Avaliado em: 10.06.2019 (Avaliador A)

Avaliado em: 16.07.2019 (Avaliador D)

Avaliado em: 16.07.2019 (Avaliador E)

Rodada 2

Avaliado em: 05.08.2019 (Avaliador A)

Avaliado em: 13.08.2019 (Avaliador B)

Avaliado em: 23.08.2019 (Avaliador C)

Rodada 3

Avaliado em: 17.10.2019 (Avaliador A)

Avaliado em: 17.10.2019 (Avaliador B)

Aceito em: 02.08.2020

# A PRIVATIZAÇÃO DOS PRESÍDIOS E A CRISE DO SISTEMA PRISIONAL

## THE PRIVATIZATION OF PRISON AND THE CRISIS OF THE PRISON SYSTEM

**Ewerton Ricardo Messias<sup>1</sup>**

Professor nos cursos de Graduação em Direito e Administração  
(UNIMAR, Marília/SP, Brasil)

**Gabriella Argenta Gomes Moraes<sup>2</sup>**

Bacharel em Direito (UNIMAR, Marília/SP, Brasil)

**ÁREA(S):** direitos humanos; direito processual penal; direito comparado.

**RESUMO:** O sistema prisional brasileiro encontra-se falido há décadas. Diante de tal fato, têm se buscado alternativas para solucionar a ineficiência da aplicação da pena privativa de liberdade. A má gestão realizada pelo Estado tem como consequência um baixo índice de ressocialização, o que ocasiona rebeliões, mortes, fugas e imagens de insalubridade no ambiente carcerário,

situações que ficaram notórias em 2006, com as ondas de ataques violentos comandados por organizações criminosas do interior de presídios, e em 2017, com os massacres de presos ocorridos nos Estados do Amazonas, Roraima, Alagoas e Rio Grande do Norte. A presente pesquisa pautar-se-á na premissa de que a privatização das unidades prisionais poderá propiciar melhorias na qualidade dos serviços ofertados, por meio do investimento em novas tecnologias e em novas práticas

---

<sup>1</sup> Doutor e Mestre em Direito pelo Programa de Mestrado e Doutorado em Direito da Universidade de Marília - UNIMAR. Professor convidado no Programa de Mestrado e Doutorado em Meio Ambiente e Desenvolvimento Regional da Universidade do Oeste Paulista - UNOESTE, Presidente Prudente, São Paulo, Brasil. *E-mail:* ewerton\_messias@hotmail.com. Currículo: <http://lattes.cnpq.br/1361703878121901>. Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-9175-4865>.

<sup>2</sup> Advogada. *E-mail:* gabriella\_argenta@hotmail.com. Currículo: <http://lattes.cnpq.br/4054909606361647>. Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-1956-8312>.

de gestão, visando aumentar o índice de ressocialização das pessoas submetidas ao cumprimento de penas privativas de liberdade. Será utilizado o método dedutivo, buscando, a partir de pesquisa bibliográfica, demonstrar a importância da privatização dos presídios como alternativa de solução para crise carcerária instalada no Brasil. Em conclusão, aponta-se para a inconstitucionalidade da privatização e para a constitucionalidade da terceirização dos presídios, entendida, esta última, como meio eficiente para resolver a ineficácia e a ineficiência do Estado, visando propiciar maior dignidade aos apenados com uma possível redução de custos aos cofres públicos.

**ABSTRACT:** *The Brazilian prison system has been bankrupt for decades, faced with this fact has been sought alternatives to solve the ineffectiveness of the penalty of deprivation of liberty. The mismanagement carried out by the State has as a consequence a low index of resocialization, which causes rebellions, Deaths, fugues and images of unhealthy conditions in prisons, situations that were notorious in 2006, with waves of violent attacks by criminal organizations inside prisons, and in 2017, with the massacres of prisoners in the states of Amazonas, Roraima, Alagoas and Rio Grande do Norte. The present research will be based on the premise that the privatization of the prison units can provide improvements in the quality of the services offered, by investing in new technologies and new management practices, aiming to increase the resocialization rate of people submitted to the Deprivation of liberty. The deductive method will be used, searching, based on bibliographical research, to demonstrate the importance of the privatization of prisons as an alternative solution to the prison crisis installed in Brazil. In conclusion, we point to the unconstitutionality of privatization and to the constitutionality of the outsourcing of prisons, the latter being understood as an efficient means to solve the inefficiency and inefficiency of the State, aiming to provide greater dignity to the victims with a possible reduction costs to the public coffers.*

**PALAVRAS-CHAVE:** pena privativa de liberdade; qualidade dos serviços; ressocialização.

**KEYWORDS:** *deprivation of liberty; quality of services; resocialization.*

**SUMÁRIO:** Introdução; 1 Regra-matriz orientadora da conduta da Administração Pública: uma construção a partir do constructivismo lógico-semântico; 2 Caos no sistema prisional brasileiro; 3 A privatização dos presídios: um estudo no direito comparado; 4 Abrangência do termo privatização e o início da privatização do sistema prisional brasileiro; 5 Experiências privatizadoras no Brasil; 6 Obstáculos jurídicos e políticos às privatizações ou às terceirizações dos presídios brasileiros; Conclusão; Referências.



**SUMMARY:** *Introduction; 1 Master rule guiding the conduct of public administration: A construction based on Logical-Semantic Constructivism; 2 Chaos in the Brazilian prison system; 3 The privatization of prisons: a study in comparative law; 4 Extension of the term privatization and the beginning of privatization of the Brazilian prison system; 5 Privatizing experiences in Brazil; 6 Legal and political obstacles to the privatization or outsourcing of Brazilian prisons; Conclusion; References.*

## INTRODUÇÃO

O sistema público prisional vem demonstrando sinais de ineficiência e ineficácia visto o alto custo *per capita* para manutenção dos presos em tal sistema, aliado às baixas condições de segurança e dignidade da pessoa humana, em virtude da má gestão realizada pelo Poder Público, redundando em um baixo índice de ressocialização daqueles que ingressam no sistema prisional brasileiro, bem como na morte de centenas deles.

A privatização do sistema prisional pode se revelar como uma forma de solução à ineficiência estatal, pois a iniciativa privada poderia, por meio do investimento em novas tecnologias, reduzir os custos com pessoais e implementar o trabalho e o estudo em todas as unidades prisionais, possibilitando, aos presos, a remissão da pena por meio da alfabetização, do ensino técnico e do exercício do trabalho humano digno, de forma a cumprir, também, um dos fundamentos da ordem econômica brasileira.

A privatização do sistema prisional pode se revelar também como uma forma de solução à ineficácia estatal, visto que a gestão privada poderá inserir, na gestão do sistema prisional, práticas de gestão pela qualidade, visando à melhoria contínua do processo de ressocialização do preso, por meio do planejamento prévio, do acompanhamento e da checagem de resultados contínuos e da retroalimentação do sistema de gestão com práticas aptas a solucionar eventuais problemas surgidos durante o período avaliado, de forma a atender a uma antiga demanda da sociedade brasileira, qual seja, a ampliação do percentual de ressocialização dos presos.

A ressocialização dos presos contidos no sistema prisional brasileiro trata-se de uma antiga demanda da sociedade brasileira. Os eventos ocorridos em 2006, no Estado de São Paulo, com a chamada “Megarrebalião do sistema prisional paulista”, e em 2017, nos Estados do Amazonas, Roraima, Alagoas e Rio Grande do Norte, com a morte de centenas de presos, mortos com requintes



de crueldade por outros presos, demonstra a falência do sistema prisional brasileiro e a necessidade de alternativas mais eficientes e eficazes na busca do controle do sistema prisional e da ressocialização dos presos, por meio do investimento em novas tecnologias e em novas práticas de gestão, o que poderia ser feito pela iniciativa privada, por meio da privatização do sistema prisional brasileiro.

A justificativa para a pesquisa do tema em tela é a escassez de discussão doutrinária e jurisprudencial acerca da privatização do sistema prisional brasileiro como uma possível oportunidade de resolução dos problemas existentes.

Quanto ao objetivo a ser alcançado, trata-se de uma tentativa de clarificar se a privatização do sistema prisional brasileiro pode se revelar como uma forma de solução à ineficiência e à ineficácia do atual modelo estatal.

A despeito da suma importância da matéria abordada, o tema ainda carece de pesquisa aprofundada sob o prisma que ora se pretende focalizar, lacuna essa que, ao ser preenchida, certamente trará auxílio doutrinário ao intérprete e ao aplicador do Direito, contribuindo para que as normas jurídicas infraconstitucionais, relacionadas ao tema, possam ser aplicadas de forma mais eficaz e em consonância com as normas constitucionais.

Para a obtenção dos resultados almejados pela pesquisa, o método de abordagem a ser seguido será o empírico-dialético<sup>3</sup>, utilizando-se das pesquisas bibliográfica, legislativa e jurisprudencial, tendo como pano de fundo um sistema de referência pautado no giro linguístico, representado por meio do constructivismo lógico-semântico de Paulo de Barros Carvalho<sup>4</sup>.

---

<sup>3</sup> Para Lourival Vilanova, “os objetos culturais, entre os quais se aloja o direito, são todos aqueles que estão na experiência, tendo existência real, contudo sempre valiosos, positiva ou negativamente. O ato gnosiológico próprio é a ‘compreensão’ e o método da correspondente ciência é o ‘empírico-dialético’” (VILANOVA, Lourival. *Fundamentos do Estado de Direito*. In: VILANOVA, Lourival. *Escritos jurídicos e filosóficos*. São Paulo: IBET/Axis-Mundi, v. I, 2008. p. 82).

<sup>4</sup> Segundo Paulo de Barros Carvalho, “[...] o constructivismo lógico-semântico é, antes de tudo, um instrumento de trabalho, modelo para ajustar a precisão da forma à pureza e à nitidez do pensamento; meio e processo para a construção rigorosa do discurso, no que atende, em certa medida, a um dos requisitos do saber científico tradicional. Acolhe, com entusiasmo, a recomendação de Norberto Bobbio, segundo a qual não haverá ciência ali onde a linguagem for solta e descomprometida. O modelo constructivista se propõe amarrar os termos da linguagem, segundo esquemas lógicos que deem firmeza à mensagem, pelo cuidado especial com o arranjo sintático da frase, sem deixar de preocupar-se com o plano do conteúdo, escolhendo as significações mais adequadas à fidelidade da

## 1 REGRA-MATRIZ ORIENTADORA DA CONDUTA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: UMA CONSTRUÇÃO A PARTIR DO CONSTRUCTIVISMO LÓGICO-SEMÂNTICO

A proposta metodológica indicada na presente pesquisa é tratar o tema seguindo uma concepção epistemológica bem delineada, tendo como referencial teórico o constructivismo lógico-semântico, tratando de forma lógica e semântica suas proposições com o intuito de construir seu objeto.

Dessa forma, utilizar-se-á de algumas referências do método a fim de encontrar as causas e consequências da crise do sistema prisional brasileiro, bem como a validade da sua eventual privatização, visando orientar a conduta da Administração Pública diante do ordenamento jurídico brasileiro. As referências utilizadas são:

(i) o direito é texto e contexto, construído a partir da linguagem, inspirado pelas premissas do giro linguístico; (ii) as normas jurídicas somente são construídas após a intervenção do intérprete que arquiteta o sentido da norma e a positiva em normas individuais e concretas; (iii) o direito positivo, sob o ângulo ora eleito, é o conjunto de normas jurídicas válidas em um dado sistema 'S'; [...] (v) seguindo as orientações da retórica, não admite interpretações certas ou erradas, mas válidas ou não, sendo a validade uma relação de pertinencialidade ao sistema jurídico e não de correspondência ou coerência; (vi) a norma não incide automática e infalivelmente, mas precisa ser incidida, ou seja, um indivíduo precisa aplicar ou fazer incidir a norma jurídica para que o evento passe a ser fato jurídico.<sup>5</sup>

Para o constructivismo lógico-semântico, o estudo da crise do sistema prisional brasileiro de sua eventual privatização para orientar a conduta da

---

enunciação" (CARVALHO, Paulo de Barros. *Algo sobre o constructivismo lógico-semântico*. São Paulo: Instituto Brasileiro de Estudos Tributários, 2014. p. 2).

<sup>5</sup> FARIAS, Mayra Andrade Marinho. *Fontes do Direito no constructivismo lógico-semântico e na teoria comunicacional do Direito: dado ou construído?* Revista Teorias do Direito e Realismo Jurídico, Brasília, v.2, n.1, p. 21-43, jan./jun. 2016. p. 8. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/teoriasdireito/article/view/355/355>. Acesso em: 8 ago. 2020.

Administração Pública diante do ordenamento jurídico brasileiro “[...] está voltado primordialmente para o exame dos fatos dentro de um sistema ‘S’ (direito positivo)”<sup>6</sup>. Nessa perspectiva, observa-se uma visão factual do Direito, reduzindo a complexidade por meio de uma organização de acontecimentos do mundo social, o que será feito por meio da construção da regra-matriz da conduta da Administração Pública, aplicando-se a ela os fatos sociais. O contato inicial do cientista no Direito se dá com o acesso ao conjunto dos enunciados prescritivos (o direito posto). A partir dos fatos enunciativos, retrocede-se ao epicentro produtor de normas, que se identifica com a atividade da enunciação.

Nesse sentido, a partir das premissas do constructivismo lógico-semântico, o conceito dos objetos estudados são enunciações, algo totalmente “construído”. Assim, orientando-se por esse método, será possível identificar a validade da privatização do sistema prisional brasileiro para orientar a conduta da Administração Pública em relação ao ordenamento jurídico – sistema “S” do qual fazem parte (ordenamento jurídico brasileiro), por meio da construção da regra matriz da conduta da Administração Pública, aplicando-se a ela os fatos sociais envolvidos nas situações estudadas.

## 1.1 A REGRA-MATRIZ DE INCIDÊNCIA

Para um melhor entendimento e contextualização da importância da regra-matriz de incidência desenvolvida pelo sistema do constructivismo lógico-semântico, mister se faz primeiramente compreender o significado da norma jurídica e sua relação com os fatos sociais.

Os fatos corriqueiros do dia a dia, isoladamente, não geram efeitos jurídicos. Esses efeitos apenas passam a ter espaço e incidência porque uma norma jurídica os toma como proposição antecedente, implicando-lhes consequências. Assim, sem a norma jurídica, não há direitos e deveres na esfera jurídica. Dessa forma, o estudo do Direito volta-se às normas, e não aos fatos ou às relações sociais deles decorrentes, que se estabelecem por influência da linguagem jurídica.

Complementa Lourival Vilanova, esclarecendo que, na linguagem escrita e falada do direito positivo, não se depara com o dever-ser, com a função

---

<sup>6</sup> CARMO, Valter Moura do; ROSA, André Luís Cateli. Validade da tributação em relação à monetização auferida por meio do fornecimento gratuito de dados e do desenvolvimento e disponibilização gratuitos de programas e aplicativos. *Revista Jurídica – UniCuritiba*, Curitiba, v. 04, n. 53, p. 156-189, out./dez. 2018. p. 161. Disponível em: <<http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/3235/371371751>>. Acesso em: 7 ago. 2020.

sintática de modal deôntico neutro, de forma que, “[...] generalizando, obtenho o conceito de norma jurídica. Agora, só formalizando obtenho o conceito de ‘dever ser’: ultrapassando a linguagem da teoria geral do Direito para ingressar na linguagem formal da lógica”<sup>7</sup>.

No processo gerador de sentido dos textos jurídicos, o intérprete, conhecendo a regra matriz (estrutura lógica), sai em busca dos conteúdos significativos do texto posto para completá-la e assim constrói a regra-matriz de incidência (norma jurídica). Aurora Tomazini de Carvalho assevera que:

A regra-matriz, considerada como estrutura lógica, é desprovida do conteúdo jurídico, trata-se de um esquema sintático que auxilia o intérprete no arranjo de suas significações, na construção da norma jurídica. A regra-matriz, enquanto norma jurídica aparece quando todos os campos sintáticos desta estrutura forem semanticamente completados.<sup>8</sup>

A interpretação, segundo o constructivismo lógico-semântico, deve abranger os planos sintático e semântico. O plano sintático é formado pelo relacionamento que os símbolos linguísticos mantêm entre si, sem qualquer alusão ao mundo exterior ao sistema. O semântico diz respeito às ligações dos símbolos com os objetos significados, as quais, tratando-se da linguagem jurídica, são os modos de referência à realidade: qualificar fatos para alterar normativamente a conduta. E o pragmático é tecido pelas formas segundo as quais os utentes da linguagem a empregam na comunidade do discurso e na comunidade social para motivar comportamentos<sup>9</sup>.

A estrutura lógica, que é um esquema sintático, deve ser preenchida pelo intérprete por meio do arranjo das significações que a completam, resultando, assim, na norma jurídica, que é a regra-matriz de incidência. É nessa linha de raciocínio que Paulo de Barros Carvalho propõe uma ocorrência mínima a ser verificada em toda e qualquer norma, que caracteriza a regra-matriz de incidência, a qual serve como ferramenta ao estudioso do Direito para melhor

<sup>7</sup> VILANOVA, Lourival. Fundamentos do Estado de Direito. In: VILANOVA, Lourival. *Escritos jurídicos e filosóficos*. São Paulo: IBET/Axis-Mundi, v. I, 2008. p. 53-54.

<sup>8</sup> CARVALHO, Aurora Tomazini de. *Curso de teoria geral do Direito: o construtivismo lógico-semântico*. 2. ed. São Paulo: Noeses, 2010. p. 378.

<sup>9</sup> CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito Tributário: linguagem e método*. São Paulo: Noeses, 2015. p. 286.

compreensão de seu objeto<sup>10</sup>. Resultado disso é a possibilidade de verificação do enquadramento das condutas sociais ao ordenamento jurídico vigente, por meio do preenchimento semântico de todos os campos sintáticos.

A partir da compreensão da norma jurídica (em sentido estrito), pode-se identificar comportamentos prescritos tanto no antecedente quanto no consequente, materializados em seus elementos mínimos e condicionados por critérios lógicos (sintático-semânticos), quais sejam: 1) na hipótese normativa, (a) o critério material (verbo e complemento), (b) o critério espacial (âmbito de incidência normativa – que não se confunde com o âmbito de vigência da norma), que é o local onde se reputa ocorrido o fato social que enseja a relação jurídica obrigacional, e (c) o critério temporal (momento da ocorrência do evento, cuja certificação se dá por meio de linguagem jurídica competente – vertido em fato jurídico – consoante descrito na hipótese normativa); e, 2) no consequente normativo, verificam-se (a) o critério pessoal (sujeitos ativo e passivo da relação obrigacional) e o (b) o critério quantitativo<sup>11</sup>.

Significa dizer que a regra-matriz possibilita ao estudioso do Direito verificar a validade da norma jurídica segundo o sistema de referência utilizado, ou seja, no presente estudo, a validade da privatização do sistema prisional brasileiro como marco argumentativo para o adequado preenchimento lógico-semântico da regra-matriz.

## **1.2 A REGRA-MATRIZ DE CONDUTA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA**

Conforme demonstrado, a regra-matriz representa uma norma de comportamento posta no sistema para disciplinar uma conduta. No caso da Administração Pública, refere-se aos meios pelos quais o sujeito ativo (Administração Pública) deve se comportar perante o sujeito passivo (toda a coletividade), quando do desempenho de suas funções, por meio de todos os Poderes da União, Estados, Municípios e Distrito Federal.

---

<sup>10</sup> CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 235-237.

<sup>11</sup> CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 235-237.

Assim, a conduta da Administração Pública perante toda a coletividade possui suas estruturas lógicas iniciais traçadas pelo art. 37 da Constituição Federal de 1988<sup>12</sup>.

### 1.2.1 Critérios da hipótese

A hipótese normativa consiste em proposição antecedente e descritiva de possível evento do mundo social, evento que, no presente estudo, refere-se à conduta da Administração Pública, cujos critérios são o critério da materialidade da conduta da Administração Pública, o critério espacial e o critério temporal.

O critério material da conduta da Administração Pública, contida na regra-matriz constitucional, é a obediência aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. Ou seja, todos os atos executados pela Administração Pública, seja direta, seja indireta, devem obedecer aos princípios acima mencionados. Tem-se, portanto, como verbo obedecer e, como complemento, os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

Dessa forma, ao elaborar as leis, o Poder Legislativo deve obedecer aos referidos princípios; o mesmo deve ocorrer com o Poder Executivo, quando do exercício de suas funções; da mesma forma, o Poder Judiciário deve obedecê-los, em todas as decisões proferidas, bem como quando da realização do controle de legalidade dos atos administrativos, com base na Súmula nº 473 do Supremo Tribunal Federal (STF)<sup>13</sup>.

Ewerton Ricardo Messias e André Luís Cateli Rosa dissertam que:

De acordo com o critério espacial, a conduta da Administração Pública de que cuida o art. 37 da Constituição Federal deve ser observada em todas as esferas, ou seja, por qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, resultando em observância pelos órgãos

<sup>12</sup> “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: [...]”. (BRASIL, 1988)

<sup>13</sup> “Súmula nº 473 – A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial.” (STF, 1969)

da Administração Pública direta e indireta, onde quer que estejam. O critério temporal deve corresponder ao momento em que ocorre a materialização do fato no mundo fenomênico.<sup>14</sup>

Assim, em relação ao Poder Legislativo, a materialização ocorre com a publicação de seus atos, que deverão, para tanto, observar os princípios trazidos pelo art. 37 da Constituição Federal. No que tange ao Poder Judiciário, a materialização do fato ocorre com a externalização das decisões dos juízes, em todos os graus de jurisdição, que também deverão observar os mencionados princípios. No que se refere ao Poder Executivo, a materialização ocorre a cada ato de seus representantes na gestão dos órgãos públicos, que deverão sempre estar alinhados com os já mencionados princípios.

Para possibilitar um melhor entendimento, pode-se trazer à baila a distinção feita por Paulo de Barros Carvalho entre o “tempo do fato” e o “tempo no fato”. Segundo o autor:

O tempo *do fato* é aquele instante no qual o enunciado denotativo, perfeitamente integrado como expressão dotada de sentido, ingressa no ordenamento do direito posto, não importando se veiculado por sentença, por acórdão, por ato administrativo ou por qualquer outro instrumento introdutório de normas individuais e concretas. [...] Algo diverso, porém, é o tempo *no fato*, isto é, a ocasião a que alude o enunciado factual, dando conta da ocorrência concreta do evento.<sup>15</sup> (grifos do autor)

Dessa forma, o tempo “no fato” é o momento de ocorrência de um evento no mundo fenomênico que, quando convertido em linguagem competente, transforma-se em tempo “do fato”. Assim, este sempre será posterior àquele. Em relação às condutas da Administração Pública, tem-se a prática de seus

<sup>14</sup> MESSIAS, Ewerton Ricardo; ROSA, André Luís Cateli. A validade da análise econômica do Direito nas decisões judiciais: uma análise à luz do constructivismo lógico-semântico. *Revista Brasileira de Estudos Jurídicos*, Montes Claros/MG, v. 14, n. 2, maio/ago. 2019. p. 135-136. Disponível em: <<https://direito.fasa.edu.br/k/bej/7105494.pdf>>. Acesso em: 8 ago. 2020.

<sup>15</sup> CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário: fundamentos jurídicos da incidência*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 194.

atos como indicador do tempo no fato. Quando esse fato é traduzido em linguagem competente, ou seja, enquadra-se dentre aqueles previstos em lei, é que se considera ocorrido o fato gerador e permitida a instauração da relação jurídica reveladora da obrigação de observância aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, trazidos pelo art. 37 da Constituição Federal<sup>16</sup>.

### 1.2.2 Critérios do consequente

O consequente normativo funciona como prescritor de condutas intersubjetivas, envolvendo dois ou mais sujeitos de direito em torno de uma conduta regulada como proibida, permitida ou obrigatória. No presente estudo, que aborda a conduta da Administração Pública, tem-se a constituição dos seguintes critérios do consequente: o critério pessoal e o critério quantitativo.

Em relação ao critério pessoal, necessário apontar os sujeitos passivos e ativos da relação jurídica, que, no caso da conduta da Administração Pública, consubstanciam-se da seguinte forma: (i) sujeito passivo são todos os indivíduos que fazem parte do Estado Democrático de Direito promulgado pela Constituição Federal, conforme consta em seu preâmbulo; (ii) como sujeito ativo, figuram todos os integrantes da Administração Pública, direta e indireta, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Assim, a Constituição Federal delimita a norma de incidência das condutas da Administração Pública em aspecto pessoal, externalizando quais as pessoas que possuem relação com o fato imponível.

Ao estabelecer no art. 37 da Constituição Federal que 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, evidenciou-se que, independente de qualquer meio de mensuração dos atos da Administração Pública, tais princípios deverão ser obedecidos.

Decorrente disso, sob o critério quantitativo, tem-se que toda e qualquer conduta da Administração Pública encaixar-se-á na regra-matriz aqui construída,

<sup>16</sup> MESSIAS, Ewerton Ricardo; ROSA, André Luís Cateli. A validade da análise econômica do Direito nas decisões judiciais: uma análise à luz do constructivismo lógico-semântico. *Revista Brasileira de Estudos Jurídicos*, Montes Claros/MG, v. 14, n. 2, maio/ago. 2019. p. 135-136. Disponível em: <<https://direito.fasa.edu.br/k/bej/7105494.pdf>>. Acesso em: 8 ago. 2020.



independentemente de mensuração, e conseqüentemente deverá observar os mencionados princípios, caso preenchidos seus demais critérios.

## 2 CAOS NO SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO

O Estado tem a principal função de exercer o controle social, que é realizado através das leis e suas sanções. O crime, quando praticado, leva o criminoso a sofrer a sanção que lhe é imposta; em grande parte dos casos, a sanção é a prisão. A função dessa pena, que restringe a liberdade, é propiciar a correção do infrator, visando à reabilitação para o convívio em sociedade.

A crise que o sistema prisional brasileiro enfrenta não é atual, e uma possível solução vem sendo debatida há muito tempo. O problema do sistema prisional inicia-se na superlotação carcerária, a qual desencadeia outros inúmeros problemas. Segundo dados coletados pelo Infopen, no Brasil existem 607.371 pessoas encarceradas, sendo que existem apenas 376.669 vagas. Outra informação preocupante é a taxa de presos sem condenação, que é de 41%, sendo aproximadamente quatro entre dez presos<sup>17</sup>.

A reincidência e o aumento da criminalidade colaboram para a superlotação das cadeias, dos Centros de Detenção Provisória e dos presídios brasileiros, conforme indicam os números acima demonstrados<sup>18</sup>. A realidade dos presídios brasileiros é descrita nos motivos da criação da Comissão Parlamentar de Inquérito – CPI do Sistema Carcerário:

Rebeliões, motins freqüentes (*sic*) com destruição de unidades prisionais; violência entre encarcerados, com corpos mutilados e cenas exibidas pela mídia; óbitos não explicados no interior dos estabelecimentos; denúncias de torturas e maus-tratos; presas vítimas de abusos sexuais; crianças encarceradas; corrupção de agentes públicos; superlotação; reincidência elevada; organizações criminosas controlando a massa carcerária, infernizando a sociedade civil e encurralando

<sup>17</sup> MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. *Levantamento nacional de informações penitenciárias*. Brasília: Departamento Penitenciário Nacional, 2014. p. 11; 13.

<sup>18</sup> GELINSKI NETO, Francisco; FRANZ, Giovane. A crise carcerária e a privatização do sistema prisional, p. 2. Disponível em: <[http://www.apec.unesc.net/V\\_EEC/sesoes\\_tematicas/Temas%20Especiais/A%20CRISE%20CARCER%20E%20A%20PRIVATIZA%20C3%87%20C3%83O%20DO%20SISTEMA%20PRISIONAL.pdf](http://www.apec.unesc.net/V_EEC/sesoes_tematicas/Temas%20Especiais/A%20CRISE%20CARCER%20E%20A%20PRIVATIZA%20C3%87%20C3%83O%20DO%20SISTEMA%20PRISIONAL.pdf)>. Acesso em: 30 abr. 2019.

governos; custos elevados de manutenção de presos; falta de assistência jurídica e descumprimento da Lei de Execução Penal, motivaram o Deputado Domingos Dutra a requerer a criação da CPI sobre o sistema carcerário brasileiro.<sup>19</sup>

O problema enfrentado no sistema carcerário não é atribuído à ausência de leis, pois, no que se refere à execução penal, especificamente a Lei de Execução Penal – Lei nº 7.210/1984, o ordenamento jurídico é considerado satisfatório, porém o Estado falha ao colocar em prática o que está disposto na legislação.

A falsa percepção da sociedade brasileira de que o aprisionamento diminui a criminalidade reforça a falta de interesse por parte do Estado em investir em políticas públicas relacionadas à execução da pena, resultando em total abandono dos estabelecimentos prisionais. É o que pontua Silva:

[...] é a falsa crença do povo brasileiro que somente se reduz a criminalidade com a edição de novas leis, ou seja, com a definição de novos tipos penais, com o agravamento das penas, com a supressão de garantias do réu durante o processo e a acentuação da severidade da execução das sanções.<sup>20</sup>

O abandono dos estabelecimentos prisionais foi retratado no livro publicado pelo Conselho Nacional de Justiça, fruto do projeto “Mutirão Carcerário”, que objetiva garantir o devido processo legal revendo as prisões de presos definitivos e provisórios, assim como realizar inspeção nos estabelecimentos prisionais. Tal publicação evidenciou a infraestrutura precária dos presídios de vários Estados, pois, conforme relatou o Juiz Douglas Melo, ao descrever as condições de um dos presídios do Estado do Amazonas, “as grades estão soltas, paredes

<sup>19</sup> CÂMARA DOS DEPUTADOS. Centro de Documentação e Informação. Comissão Parlamentar de Inquérito do Sistema Carcerário. Brasília: Edições Câmara, 2009. p. 41.

<sup>20</sup> SILVA, Luzia Gomes da. Análise histórica do sistema penitenciário: subsídios para a busca de alternativas à humanização do sistema prisional. *Conteúdo Jurídico*, Brasília, 24 nov. 2012. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.40751&seo=1>>. Acesso em: 1º maio 2019.

balançam, há infiltrações em todas as partes do presídio. Há risco grave de que a laje desmorone sobre os presos a qualquer momento”<sup>21</sup>.

Há dupla penalização da pessoa do condenado, pois, além de sofrer a pena imposta, ele ainda passa pela situação de superlotação das celas, má alimentação e falta de higiene, estando sujeito ao contágio de doenças. Nesse sentido, Assis afirma que:

Acaba ocorrendo é uma dupla penalização na pessoa do condenado: a pena de prisão propriamente dita e o lamentável estado de saúde que ele adquire durante a sua permanência no cárcere. Também pode ser constatado o descumprimento dos dispositivos da Lei de Execução Penal, a qual prevê, no inciso VII do art. 41, o direito à saúde por parte do preso como uma obrigação do Estado.<sup>22</sup>

O indivíduo preso deve ter seus direitos fundamentais garantidos; no entanto, esta não é a realidade no sistema carcerário brasileiro. Os estabelecimentos prisionais tornaram-se depósitos humanos, indo na contramão do que dispõe a Constituição Federal acerca das garantias fundamentais, bem como a Lei de Execução Penal, em seus arts. 40 e 41.

Nessa mesma linha de raciocínio, em decisão liminar da arguição de preceito fundamental, o Ministro Marco Aurélio concluiu que:

No sistema prisional brasileiro, ocorre violação generalizada de direitos fundamentais dos presos no tocante à dignidade, higidez física e integridade psíquica. A superlotação carcerária e a precariedade das instalações das delegacias e presídios, mais do que inobservância, pelo Estado, da ordem jurídica correspondente, configuram tratamento degradante, ultrajante e indigno a pessoas que se encontram sob custódia. As penas privativas de liberdade aplicadas

---

<sup>21</sup> CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Mutirão carcerário: raio-x do sistema penitenciário brasileiro*. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2012. p. 29.

<sup>22</sup> ASSIS, Rafael Damaceno de. A realidade atual do sistema penitenciário brasileiro. *Revista CEJ*, Brasília, a. XI, n. 39, p. 74-78, out./dez. 2007. p. 75.

em nossos presídios convertem-se em penas cruéis e desumanas. Os presos tornam-se “lixo digno do pior tratamento possível”, sendo-lhes negado todo e qualquer direito à existência minimamente segura e salubre. Daí o acerto do Ministro da Justiça, José Eduardo Cardozo, na comparação com as “masmorras medievais”.<sup>23</sup>

A evidência da crise do sistema prisional também se dá com a ocorrência de rebeliões, e entre elas se destacam as ocorridas em 2006, quando ondas de ataques violentos ocorreram por ordens de facções criminosas do interior de presídios, e em 2017, com o massacre ocorrido entre os presos nos estados do Amazonas, Roraima, Alagoas e Rio Grande do Norte. A traçar um paralelo entre as rebeliões ocorridas e a situação em que se encontram os presos no sistema carcerário brasileiro, Assis afirma que as rebeliões “[...] nada mais são do que um grito de reivindicação de seus direitos e de uma forma de chamar a atenção das autoridades quanto à situação subumana na qual eles são submetidos dentro das prisões”<sup>24</sup>.

A função ressocializadora da pena de prisão foi banalizada, pois, aos olhos da sociedade, a pena tem apenas como função a punição, o que diverge do objetivo do nosso ordenamento jurídico, o qual é totalmente voltado à recuperação do condenado e do egresso do cárcere. Conforme consta da CPI do Sistema Carcerário, a taxa de reincidência no Brasil é alta, o que ratifica a ideia de ineficiência<sup>25</sup> e ineficácia do sistema prisional:

<sup>23</sup> MILANEZ, Bruno Augusto Vigo. “Estado de coisas inconstitucional” e o sistema penitenciário brasileiro. Disponível em: <<https://canalcienciascriminais.com.br/estado-de-coisas-inconstitucional-e-o-sistema-penitenciario-brasileiro/>>. Acesso em: 20 abr. 2019.

<sup>24</sup> ASSIS, Rafael Damaceno de. A realidade atual do sistema penitenciário brasileiro. *Revista CEJ*, Brasília, a. XI, n. 39, p. 74-78, out./dez. 2007. p. 76.

<sup>25</sup> O termo ineficiência tem significado justamente oposto ao termo eficiência – este, por sua vez, possui diversas concepções, como a eficiência de Pareto e a eficiência de Kaldor-Hicks; no entanto, por motivo de corte metodológico, neste artigo adotar-se-á a concepção de que a eficiência relaciona-se com a maximização de ganhos e de externalidades positivas e com a minimização de prejuízos e de externalidades negativas. Assim, haverá maximização da eficiência se houver possibilidade de aumentar e internalizar a lucratividade, gerar desenvolvimento social e propiciar a proteção do equilíbrio ambiental – externalidades positivas – e, ao mesmo tempo, evitar prejuízos, retrações sociais e danos ambientais – externalidades negativas, sendo que, caso ocorram, estes também deverão ser internalizados, pelos empreendimentos econômicos, nos custos de produção. (COOTER, Robert;

[...] Inexistem estatísticas oficiais sobre a taxa de reincidência. Segundo apontou o Sr. Maurício Kuehne, diretor do Depen, enquanto se observa uma taxa de reincidência de 60% a 65% nos países do Primeiro Mundo, a taxa de recidiva penal no Brasil oscila de 70% a 85%.<sup>26</sup>

Ao tratar sobre a alta taxa de reincidência, Assis afirma que:

Essa realidade é um reflexo direto do tratamento e das condições a que o condenado foi submetido no ambiente prisional durante o seu encarceramento, aliadas ainda ao sentimento de rejeição e de indiferença sob o qual ele é tratado pela sociedade e pelo próprio Estado ao readquirir sua liberdade. O estigma de ex-detento e o total desamparo pelas autoridades faz com que o egresso do sistema carcerário torne-se marginalizado no meio social, o que acaba o levando de volta ao mundo do crime, por não ter melhores opções.<sup>27</sup>

Atribui-se também a alta taxa de reincidência ao fato de a grande maioria dos presos não trabalharem. Segundo levantamento realizado pelo Infopen, apenas 16% da população prisional do país trabalha<sup>28</sup>, sendo, este, um direito e dever do preso, previsto no art. 28 da Lei de Execução Penal, que tem por objetivo a reeducação do preso por meio do desenvolvimento de uma atividade laboral, visando a atingir a sua ressocialização<sup>29</sup>.

Diante das circunstâncias apontadas, é inegável que o cenário prisional brasileiro é caótico, necessitando de medidas eficazes e emergenciais, visto que se encontra à beira de um colapso.

---

ULEN, Thomas. *Law and Economics*. Addison Wesley. 6. ed. Berkeley: Berkeley Law Books, 2016. p. 14; 42-43)

<sup>26</sup> CÂMARA DOS DEPUTADOS. Centro de Documentação e Informação. *Comissão Parlamentar de Inquérito do Sistema Carcerário*. Brasília: Edições Câmara, 2009. p. 277.

<sup>27</sup> ASSIS, Rafael Damaceno de. A realidade atual do sistema penitenciário brasileiro. *Revista CEJ*, Brasília, a. XI, n. 39, p. 74-78, out./dez. 2007. p. 77.

<sup>28</sup> MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias*. Brasília: Departamento Penitenciário Nacional, 2014. p. 127.

<sup>29</sup> CABRAL, Luísa Rocha; SILVA, Juliana Leite. O trabalho penitenciário e a ressocialização do preso no Brasil. *Revista do Centro Acadêmico Afonso Pena*, Belo Horizonte, n. 1, p. 157-184, p. 8, jan./jun. 2010.

### 3 A PRIVATIZAÇÃO DOS PRESÍDIOS: UM ESTUDO NO DIREITO COMPARADO

É sempre muito importante utilizar experiências estrangeiras, porém, ao utilizar o direito comparado, devem ser tomados alguns cuidados, visto que se trata de realidades diferentes em diferentes sistemas jurídicos nacionais.

O Projeto de Lei nº 3.123/2012, que dispõe sobre a privatização dos estabelecimentos penitenciários, apresenta as experiências vivenciadas em outros países, como justificção para a privatização dos presídios brasileiros:

Seguindo o exemplo de diversos países, a medida da privatização virá contribuir para desafogar a máquina estatal e desonerar os cofres públicos, tornando a execução das penas mais humanitárias, feita em condições mais dignas e, por conseguinte, atingindo um nível maior de ressocialização e reintegração do condenado, assim como demonstrado nos processos atualmente existente.<sup>30</sup>

Assim, a iniciativa legislativa em busca da privatização dos presídios brasileiros tem como esteio as experiências internacionais acerca de tal tema, motivo pelo qual se faz mister o estudo de tais experiências internacionais para, em seguida, verificar a possibilidade legal da privatização de presídios, diante do sistema jurídico brasileiro. Em razão de corte metodológico, serão estudados os modelos americano e francês de privatização do sistema prisional.

#### 3.1 MODELO AMERICANO

Os Estados Unidos foram quem deram início à onda de privatizações de presídios, a qual foi iniciada na década de 80, durante o governo de Ronald Reagan, com a justificativa de resolver o problema carcerário com a redução dos gastos públicos<sup>31</sup>.

O problema carcerário intensificou-se com o encarceramento em massa, levado a efeito como uma forma de política para afastar os incômodos do meio

<sup>30</sup> BRASIL. Projeto de Lei nº 3.123, de 2012, p. 4. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/sileg/integras/966123.pdf>>. Acesso em: 24 abr. 2019.

<sup>31</sup> CORDEIRO, Greicianny Carvalho. *Privatização do sistema prisional brasileiro*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2006. p. 91.

social, a qual ficou conhecida como “a passagem do Estado Social para o Estado Penal”<sup>32</sup>.

Ao dissertar acerca da elevação do aprisionamento nos Estados Unidos, Wacquant afirma que “a política de encarceramento em massa estimulou também o ressurgimento e a expansão exponencial de cadeias e prisões construídas e/ou administradas por operadores privados [...]”, tendo como justificativa a insuficiência de recursos do Estado<sup>33</sup>.

Os presídios privatizados não são unanimidade no País, pois, em decorrência do seu modelo federativo, apenas alguns estados adotaram tal medida. O modelo de privatização dos presídios estadunidenses encontra-se dividido em três espécies: a primeira, o arrendamento das prisões, espécie na qual a empresa privada constrói a prisão e depois a arrenda ao Poder Público por um tempo estipulado em contrato de arrendamento, após o qual a propriedade predial passa a ser do Estado; a segunda espécie é a administração privada das penitenciárias, na qual a iniciativa privada tanto constrói quanto administra o presídio; a terceira espécie é a contratação com empresas privadas para a execução de serviços específicos, como alimentação, vestimentas etc., e em troca o apenado fornece seu trabalho<sup>34</sup>.

Neste ponto, interessante explicitar que o trabalho do apenado nos Estados Unidos, diferente do que é previsto no Brasil, é tido como um dever e não só como um direito do apenado. As grandes corporações americanas usam desta mão de obra em virtude de os apenados não desfrutarem de nenhum direito trabalhista, sendo que, quando se recusam a trabalhar, perdem os poucos privilégios que são concedidos a eles. Aliado a isso, o salário por hora para mão de obra qualificada nas prisões privadas varia de US\$ 0,13 a US\$ 0,50. Por tudo isso, a exploração da mão de obra dos apenados nos Estados Unidos sofre duras críticas<sup>35</sup>. Nesta última espécie de privatização, apesar dos aspectos positivos,

---

<sup>32</sup> SILVA, José Adaumir Arruda da. *A privatização de presídios: uma ressocialização perversa*. Rio de Janeiro: Revan, 2016. p. 76.

<sup>33</sup> WACQUANT, Loic. *Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos [a onda punitiva]*. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007. p. 119-120.

<sup>34</sup> ASSIS, Rafael Damaceno de. A realidade atual do sistema penitenciário brasileiro. *Revista CEJ*, Brasília, a. XI, n. 39, p. 74-78, out./dez. 2007. p. 2.

<sup>35</sup> MELO, João Ozorio de. Trabalho de presos nos EUA está mais forte e controverso do que nunca. *Revista Eletrônica Consultor Jurídico*, set. 2014. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2014-set-13/fimde-trabalho-presos-eua-forte-controverso-nunca>>. Acesso em: 26 abr. 2019.

como a redução dos gastos estatais, o governo americano sofre muitas críticas, em virtude da exploração do trabalho do preso por parte dos gestores das prisões privatizadas<sup>36</sup>.

Foram três os fatores que favoreceram o crescimento da interferência privada no sistema prisional norte-americano: o primeiro foi a superpopulação carcerária; o segundo foi a necessidade de se fazer grande investimento no sistema prisional, e a obtenção de “tamanho” verba somente seria possível por intermédio de plebiscito, porém a recusa da sociedade norte-americana em custear isso fez o Poder Público buscar a alternativa de contratar empresas para administrar estabelecimentos penitenciários<sup>37</sup>; e o terceiro foi a adoção de uma legislação de tolerância zero, com endurecimento das leis penais e agravamento das penas, em decorrência do aumento da violência, fazendo o índice de encarceramento aumentar<sup>38</sup>.

Apesar de ter sido considerada uma solução quando de sua implementação, em 2016 o Departamento de Justiça dos Estados Unidos decidiu que deixaria de usar prisões privadas; neste sentido, manifestou-se a subsecretária de Justiça Sally Yates, a qual justificou tal decisão afirmando que os presídios privados “não oferecem o mesmo nível de serviços correccionais, programas e recursos, não apresentam redução significativa de custos e não mantêm o mesmo nível de segurança e proteção”<sup>39</sup>.

### 3.2 MODELO FRANCÊS

Assim como na maioria dos países, a França também recorreu à privatização dos presídios em decorrência da crise que afligia seu sistema prisional. Nesse sentido, segundo Maria Cristina de Souza Trulio:

[...] a proposta de privatização de presídios nasceu a partir da constatação da superpopulação carcerária e devido à falta de recursos para o Estado em implantar,

<sup>36</sup> ASSIS, Rafael Damaceno de. A realidade atual do sistema penitenciário brasileiro. *Revista CEJ*, Brasília, a. XI, n. 39, p. 74-78, out./dez. 2007. p. 3.

<sup>37</sup> MINHOTO, Laurindo Dias. *Privatização dos presídios e criminalidade*. São Paulo: Max Limonad, 2000. p. 55.

<sup>38</sup> CORDEIRO, Greicianny Carvalho. *Privatização do sistema prisional brasileiro*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2006. p. 99.

<sup>39</sup> CORREA, Alessandra. Por que os EUA decidiram deixar de usar prisões privadas. BBC Brasil, 2016. Disponível em: <<http://www.bbc.com/portuguese/internacional-37195944>>. Acesso em: 26 abr. 2019.



com as suas dotações orçamentárias, um programa de construção de estabelecimentos prisionais que pudesse atender à demanda.<sup>40</sup>

Sendo assim, surgiram vários movimentos acerca do assunto, até que foi aprovada a Lei nº 87.432, de 22 de junho de 1987, oportunidade em que a maioria do Parlamento, comandado por François Mitterrand, era de direita no país<sup>41</sup>. Diferente da forma como ocorre nos Estados Unidos, na França a iniciativa privada participa do gerenciamento prisional junto com o Estado, mediante uma cogestão, em que o Estado e a empresa atuam em parceria, firmada mediante contrato, gerenciando e administrando o estabelecimento prisional<sup>42</sup>.

No modelo francês, a criação de um estabelecimento penitenciário privado exige a realização de licitação pública<sup>43</sup>. Esse modelo sofreu críticas de duas esferas da sociedade: a primeira, integrada pelos sindicatos de trabalhadores, que consideravam a realização do trabalho dentro dos presídios uma forma desleal de concorrência laboral com a massa de desempregados que não se encontravam presos; a segunda, integrada pela própria população, que discordava do fato de o sistema prisional apenas se preocupar com a exploração da mão de obra do preso em detrimento de sua ressocialização<sup>44</sup>. Acerca das funções desenvolvidas por cada parte contratante no modelo francês de privatização, Cordeiro afirma que:

Ao Estado compete a responsabilidade pela segurança externa da prisão, além de indicar o diretor geral do estabelecimento. À iniciativa privada cabe, além da

---

<sup>40</sup> TRULIO, Maria Cristina de Souza. Privatização dos estabelecimentos prisionais no Brasil: uma reavaliação da proposta após experimentação em alguns estados ante a sua pretensão em contribuir para o desenvolvimento humano. 2009. 146f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Cândido Mendes. Rio de Janeiro, p. 105.

<sup>41</sup> CABRAL, Sandro. “Além das grades”: uma análise comparada das modalidades de gestão do sistema prisional. 2006. 291f. Tese (Doutorado em Administração) – Universidade Federal da Bahia. Salvador, p. 170.

<sup>42</sup> CORDEIRO, Greicianny Carvalho. *Privatização do sistema prisional brasileiro*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2006. p. 109.

<sup>43</sup> ANZELIERO, Ana Carolina Alves. Privatização do sistema prisional brasileiro. 2008. Trabalho de Conclusão de Curso (Pós-Graduação *Lato Sensu* em Direito) – Instituto Paranaense de Ensino. Maringá, p. 8.

<sup>44</sup> ASSIS, Rafael Damaceno de. A realidade atual do sistema penitenciário brasileiro. *Revista CEJ*, Brasília, a. XI, n. 39, p. 74-78, out./dez. 2007. p. 4.

responsabilidade pela segurança interna da prisão, organizar todas as tarefas relacionadas aos presos (trabalho, educação, alimentação, assistência médica e jurídica, lazer etc.).<sup>45</sup>

No modelo francês, há uma gestão compartilhada do sistema prisional, em que o Estado, juntamente com a iniciativa privada, atua para a execução da pena de forma mais eficiente, tanto no que tange ao cumprimento das leis atinentes à execução penal, quanto no que se refere à redução dos custos públicos com a manutenção do sistema prisional.

#### **4 ABRANGÊNCIA DO TERMO PRIVATIZAÇÃO E O INÍCIO DA PRIVATIZAÇÃO DO SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO**

Para se analisar a possibilidade jurídica de privatização dos presídios no Brasil, faz-se necessária a análise do termo “privatização”, o qual, segundo o conceito amplo, trata-se dos casos em que o Estado delega o serviço público a um particular, compreendendo a privatização em sentido estrito e a terceirização.

Importante salientar que a divergência doutrinária acerca da privatização dos presídios brasileiros reside na diferenciação entre a privatização em sentido estrito e a terceirização. Em síntese, a privatização em sentido estrito refere-se à transferência de ativos ou de ações de empresas estatais para o setor privado, enquanto a terceirização abrange os contratos de gestão, permissão e concessão<sup>46</sup>. Nesse sentido, Cordeiro explica que “a privatização dos presídios afasta o Estado e, portanto, seus servidores públicos da execução da pena, cabendo ao particular a tarefa de realizá-la, o que poderá ocorrer numa maior ou menor intensidade, inserindo-se, nessa última hipótese, a terceirização”<sup>47</sup>. Sendo assim, a transferência das funções referentes ao sistema prisional do Estado ao particular pode se dar pela terceirização de determinados serviços ou pela privatização total.

<sup>45</sup> CORDEIRO, Greicianny Carvalho. *Privatização do sistema prisional brasileiro*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2006. p. 109.

<sup>46</sup> MAURICIO, Celia Regina Nilander. *A privatização do sistema prisional*. 2011. 167f. Dissertação (Mestrado em Direito Penal) - Pontifícia Universidade Católica. São Paulo, p. 89.

<sup>47</sup> CORDEIRO, Greicianny Carvalho. *Privatização do sistema prisional brasileiro*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2006. p. 133.

O Estado, desde muito tempo, não vem cumprindo o seu papel nas políticas públicas relacionadas ao sistema prisional, violando os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana e contrariando os objetivos da pena, previstos na Lei de Execuções Penais (Lei nº 7.210/1984). Esse sistema falido faz com que a principal finalidade da pena não seja cumprida, qual seja, a ressocialização do apenado<sup>48</sup>.

Assim como ocorreu em diversas áreas de responsabilidade do Estado, diante de sua incapacidade administrativa, o sistema prisional brasileiro também tem sido foco de discussões acerca de privatizações. Em decorrência da incapacidade supracitada, a ideia de privatização no Brasil começou a tomar forma na década de noventa, pois funções exclusivas do Estado foram sendo passadas à iniciativa privada, com o objetivo de “[...] diminuir a dívida pública e fornecer algum tipo de liberdade econômica”<sup>49</sup>.

No Brasil, deu-se início às privatizações dos presídios com a participação da iniciativa privada na execução penal, não pela privatização em sentido estrito, mas pela parceria entre Estado e iniciativa privada, por meio de terceirização. Porém, nos últimos anos, o que vem sendo denominado como terceirização do sistema prisional brasileiro, na verdade, revela-se como privatização em sentido estrito, dada a transferência de serviços e atribuições relacionadas à execução da pena à iniciativa privada<sup>50</sup>.

Na CPI do Sistema Carcerário, realizada pela Câmara dos Deputados em 2009, Moreira manifestou seu entendimento acerca dessa transferência de atribuições do Estado à iniciativa privada, oportunidade em que afirmou não ser contrário à privatização, mas deixando claro ser contrário à terceirização

---

<sup>48</sup> GONÇALVEZ, Diego Vitor; MELNICK, Fernando de Lucas S., BOZZA, Fábio, DOBJENSKI, Sandra Mara. Privatização do sistema penitenciário brasileiro: uma forma paliativa de mistificação ou uma solução? Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/53857/privatizacao-do-sistema-penitenciario-brasileiro>>. Acesso em: 28 abr. 2019.

<sup>49</sup> SILVA, Luzia Gomes da. Análise histórica do sistema penitenciário: subsídios para a busca de alternativas à humanização do sistema prisional. *Conteúdo Jurídico*, Brasília, 24 nov. 2012. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.40751&seo=1>>. Acesso em: 1º maio 2019.

<sup>50</sup> CORDEIRO, Greicianny Carvalho. *Privatização do sistema prisional brasileiro*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2006. p. 140.

da execução da pena pelo Governo, pois tal atribuição é exclusiva do Estado brasileiro, *não podendo, portanto, ser transferida à iniciativa privada*<sup>51</sup>.

Nesse sentido, o Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária editou a Resolução nº 8, de 9 de dezembro de 2002, recomendando a rejeição de quaisquer propostas tendentes à privatização do sistema penitenciário brasileiro, dispondo, ainda, que somente “[...] os serviços penitenciários não relacionados à segurança, à administração e ao gerenciamento de unidades, bem como à disciplina, ao efetivo acompanhamento e à avaliação da individualização da execução penal [...]”<sup>52</sup> poderiam ser exercidos por empresas privadas.

Diante de toda essa problemática, necessária faz-se a análise das experiências privatizadoras existentes no Brasil, o que se fará no item seguinte.

## 5 EXPERIÊNCIAS PRIVATIZADORAS NO BRASIL

Conforme já dito anteriormente, a ideia privatizadora surgiu em decorrência do caos<sup>53</sup> em que vive o sistema prisional e foi inspirado nos modelos internacionais de implantação.

Assim como fez em diversas áreas, no sistema prisional não foi diferente: o Estado optou por delegar suas políticas de natureza pública à iniciativa privada, adotando uma postura de mínima intervenção. Nesse sentido, Ghader afirma que

[...] a incapacidade comprovada do Estado para administrar o sistema prisional, assegurando aos presos em sua custódia os direitos humanos, e em face da sua total impossibilidade de dar meios para que a pena possa cumprir seus objetivos de prevenção, retribuição e de ressocialização, é que têm surgido

<sup>51</sup> CÂMARA DOS DEPUTADOS. Centro de Documentação e Informação. *Comissão Parlamentar de Inquérito do Sistema Carcerário*. Brasília: Edições Câmara, 2009. p. 114.

<sup>52</sup> BRASIL. Resolução nº 8, de 9 de dezembro de 2002. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, 11 dez. 2002, Seção 1, p. 127, p. 1.

<sup>53</sup> Para a teoria do caos, não há caos absoluto, assim como não há ordem estável, pois o que há é um sistema dinâmico, caracterizado pelo movimento circular, aberto e contínuo entre ordem - desordem - interação - nova ordem. Segundo Leonardo Boff, “esse processo, na medida em que avança, tende a criar mais e mais diversidade e, com isso, a reforçar a complexidade” (BOFF, Leonardo. *A águia e a galinha*. 34. ed. Petrópolis: Vozes, 1997. p. 53). Assim, o caos é generativo, pois a desordem que o acompanha incentiva o surgimento de sucessivas novas ordens.

algumas experiências quanto à forma de gerenciamento prisional.<sup>54</sup>

No que se refere à terceirização dos serviços penitenciários, “[...] apesar de 92% das unidades serem geridas por ente público, 58% apresentam algum tipo de serviço terceirizado. Aproximadamente, seis em cada dez unidades do país têm algum tipo de serviço terceirizado”, segundo dados coletados pelo Levantamento de Informações Penitenciárias<sup>55</sup> acerca do tema. Esses serviços variam entre alimentação, limpeza, saúde, serviços administrativos, segurança, assistência educacional, assistência social, assistência jurídica, assistência laboral e/ou lavanderia.

Um pouco diferente dessas terceirizações, a primeira experiência de administração prisional, que teve significativa participação da iniciativa privada, foi a do Presídio Industrial de Guarapuava, no Estado do Paraná, que foi inaugurado em 12 de novembro de 1999<sup>56</sup>. Nessa experiência pioneira, segundo Cabral, “o governo paraense contratou uma empresa para a construção da unidade e, uma vez finalizada a obra, transferiu sua administração para uma empresa privada, a Humanitas Administração Prisional S/C Ltda. [...]”<sup>57</sup>.

Na parceria de cogestão, a empresa ficou responsável pela alimentação, necessidades de rotina, assistência médica, psicológica e jurídica dos presidiários e ao Estado coube a nomeação do diretor, do vice-diretor e do diretor de disciplina, que supervisionavam a qualidade de trabalho da empresa contratada e faziam valer o cumprimento da Lei de Execuções Penais.

A reincidência registrada dos egressos desse presídio, em 2005, era de 6%<sup>58</sup>, uma realidade bem diferente da média nacional dos presídios sob total

---

<sup>54</sup> GHADER, Miza Tânia Ribeiro Marinho. A privatização do sistema prisional brasileiro. *Revista Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIV, n. 86, mar. 2011.

<sup>55</sup> MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias*. Brasília: Departamento Penitenciário Nacional, 2014. p. 86.

<sup>56</sup> OSTERMANN, Fábio Maia. A privatização de presídios como alternativa ao caos prisional. *Revista Científica dos Estudantes de Direito da UFRGS*, Porto Alegre, v. 2, n. 1, p. 13, maio 2010.

<sup>57</sup> CABRAL, Sandro. “Além das grades”: uma análise comparada das modalidades de gestão do sistema prisional. 2006. 291f. Tese (Doutorado em Administração) - Universidade Federal da Bahia. Salvador, p. 185.

<sup>58</sup> DOS SANTOS, Jorge Amaral. A utilização das parcerias público-privadas pelo sistema prisional brasileiro em busca da ressocialização do preso. Uma perspectiva possível. *Revista Jus Navigandi*,

responsabilidade do Poder Público, a qual foi estimada em 2009 entre 70% e 85%<sup>59</sup>. Importante ressaltar que grande parte dos apenados trabalhava no presídio, sendo que os que não trabalhavam na fábrica trabalhavam na cozinha, faxina ou lavadeira, recebendo remuneração e tendo direito à remição de pena<sup>60</sup>.

Após a experiência pioneira, surgiram outras no Brasil, como a Penitenciária Industrial Regional de Cariri, no Estado do Ceará, e a Penitenciária Industrial de Cascavel, no Estado do Paraná<sup>61</sup>. Tal prática foi se expandindo para outros Estados, como, por exemplo, o Estado da Bahia, onde tal experiência ocorre no Conjunto Penal de Valença, no Conjunto Penal de Juazeiro, no Conjunto Penal de Serrinha, no Conjunto Penal de Itabuna e no Conjunto Penal de Lauro de Freitas; e no Estado do Amazonas, onde tal experiência ocorre no Complexo Penitenciário Unidade Prisional do Puraquequara, no Instituto Penal Antonio Trindade e no Complexo Penitenciário Anísio Jobim.

Com a expansão da prática, foi publicada a Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004, instituindo normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada - PPP no âmbito da Administração Pública. Nesse contexto, surge o primeiro presídio privado no Brasil, que ocorreu pela parceria do Estado com a iniciativa privada para construção e gerenciamento do Complexo Penitenciário de Ribeirão das Neves<sup>62</sup>. Paula Sacchetta esclarece que o Complexo Penitenciário de Ribeirão das Neves

[...] é uma PPP (parceria público-privada) desde sua licitação e projeto, enquanto as outras eram unidades

---

Teresina, a. 14, n. 2338, nov. 2009. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/13906>>. Acesso em: 28 abr. 2019.

<sup>59</sup> CÂMARA DOS DEPUTADOS. Centro de Documentação e Informação. *Comissão Parlamentar de Inquérito do Sistema Carcerário*. Brasília: Edições Câmara, 2009. p. 277.

<sup>60</sup> MAURICIO, Celia Regina Nilander. *A privatização do sistema prisional*. 2011. 167f. Dissertação (Mestrado em Direito Penal) - Pontifícia Universidade Católica. São Paulo, p. 116.

<sup>61</sup> MONTEIRO, Ingrid Maria Sideaux Bararf. *Sistema penitenciário: cogestão, uma realidade*. 2007. 53f. Trabalho de Conclusão de Curso (Curso de Especialização em Direito Penal e Direito Processual Penal) - Universidade Estadual do Ceará. Fortaleza, p. 14.

<sup>62</sup> SILVA, José Adaumir Arruda da. *A privatização de presídios: uma ressocialização perversa*. Rio de Janeiro: Revan, 2016. p. 98.

públicas que em algum momento passaram para as mãos de uma administração privada.<sup>63</sup>

A empresa que conquistou o direito de ser parceira do Estado nesse projeto foi a Gestores Prisionais Associados – GPA. Acerca do funcionamento de tal PPP, a empresa esclarece que:

O Estado é responsável por: vias de acesso, facilidades e utilidades públicas; questões disciplinares e de segurança (Poder de Polícia); controle da execução da pena; segurança externa e de muralhas; transporte de presos (escoltas); fiscalização do contrato de PPP.

A GPA é responsável por: construção, administração e manutenção física do complexo prisional; projeto arquitetônico; planos operacionais e de ressocialização; financiamento do empreendimento; prestação de serviços assistenciais (jurídico, educacional, de saúde, material, de trabalho, cultural e profissionalizante); uso de tecnologia de última geração (controles eletrônicos de segurança); gestão de todo o complexo prisional; entrega do empreendimento ao Estado, ao fim do contrato, em excelentes condições; prestação de contas bimestral ao Estado acerca da qualidade na execução dos serviços.<sup>64</sup>

Uma das justificativas utilizadas pelo Poder Público para as terceirizações e privatizações dos presídios foi “retirar dos ombros da sociedade o pesado ônus arcado com a manutenção dos presos”<sup>65</sup>, aliado à redução dos custos para com o sistema prisional e a insuficiência de recursos para arcar com investimentos nessa área.

---

<sup>63</sup> SACCHETTA, Paula. Quanto mais presos, maior o lucro. *Revista Eletrônica Carta Capital*, São Paulo, maio 2014. Disponível em: <<https://www.cartacapital.com.br/sociedade/quanto-mais-presos-maior-o-lucro-3403.html>>. Acesso em: 29 abr. 2019.

<sup>64</sup> GESTORES PRISIONAIS ASSOCIADOS. *O que é uma PPP?* Minas Gerais: Site da Empresa Gestores Prisionais Associados, 2015. Disponível em: <<http://www.gpapp.com.br/index.php/br/component/content/article?id=64>>. Acesso em: 29 abr. 2019.

<sup>65</sup> CORDEIRO, Greicianny Carvalho. *Privatização do sistema prisional brasileiro*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2006. p. 158.

Nos presídios de Cariri e Guarapuava, o Estado paga em torno de R\$ 1.200,00 por preso à empresa que administra o presídio<sup>66</sup>. Segundo Harumi Visconti, no Complexo de Ribeirão das Neves, a iniciativa privada recebe R\$ 2.700,00 por preso, sendo que esse valor pode sofrer desconto caso ocorram violações de direitos, fugas ou rebeliões dentro do presídio<sup>67</sup>.

No 4º Encontro do Pacto Integrador de Segurança Pública Interestadual e 64ª Reunião do Colégio Nacional de Secretários de Segurança Pública, a Ministra Carmen Lúcia, do STF, fazendo uma clara crítica ao modelo de administração penitenciária brasileiro, disse que há algo de errado, pois “um preso no Brasil custa R\$ 2,4 mil por mês e um estudante do ensino médio custa R\$ 2,2 mil por ano”<sup>68</sup>.

Tal crítica demonstra que a terceirização ou a privatização de presídios no Brasil revela-se como uma atividade econômica mais lucrativa que a atividade de educação no ensino médio. Nesse aspecto, interessante o raciocínio de Mariana Lins de Carli Silva, para quem:

O preso é categorizado como produto de um negócio altamente lucrativo, cuja lógica de investimento é simples: quanto mais presos, mais verbas estatais serão repassadas para as empresas. De sua operacionalidade percebe-se a finalidade real: o lucro de empresas privadas a partir da expansão do encarceramento em massa.<sup>69</sup>

---

<sup>66</sup> MAURICIO, Celia Regina Nilander. A privatização do sistema prisional. 2011. 167f. Dissertação (Mestrado em Direito Penal) – Pontifícia Universidade Católica. São Paulo, p. 115-117.

<sup>67</sup> VISCONTI, Harumi. A privatização do sistema penitenciário é um caminho sem volta. *Revista Eletrônica Brasil de Fato*, São Paulo, 22 de outubro de 2014. Disponível em: <<https://www.brasildefato.com.br/node/30231/>>. Acesso em: 29 abr. 2019.

<sup>68</sup> CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Cármen Lúcia diz que preso custa 13 vezes mais do que um estudante no Brasil. Brasília: Agência CNJ de Notícias, 2016. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/83819-carmen-lucia-diz-que-presos-custa-13-vezes-mais-do-que-um-estudante-no-brasil>>. Acesso em: 30 abr. 2019.

<sup>69</sup> SILVA, Mariana Lins de Carli. Privatização de presídios: o lucro que vem dos massacres. *Revista Eletrônica Jusbrasil*, Salvador, 2015. Disponível em: <<https://portal-justificando.jusbrasil.com.br/noticias/220542948/privatizacao-de-presidios-o-lucro-que-vem-dos-massacres>>. Acesso em: 30 abr. 2019.



Diante das citadas experiências, as discussões acerca da possibilidade jurídica das privatizações ou terceirizações dos presídios brasileiros tornam-se cada vez mais frequentes, conforme se verá adiante.

## 6 OBSTÁCULOS JURÍDICOS E POLÍTICOS ÀS PRIVATIZAÇÕES OU ÀS TERCEIRIZAÇÕES DOS PRESÍDIOS BRASILEIROS

No âmbito jurídico, questiona-se a constitucionalidade da terceirização ou da privatização do sistema prisional brasileiro, pois, apesar de não existir vedação expressa na legislação, o Estado não está autorizado legalmente a transferir o seu poder de coação, o qual é exclusivamente seu, vez que viola o direito fundamental à liberdade<sup>70</sup>.

Em outro giro, a Lei de Execuções Penais deixa claro o caráter jurisdicional da atividade de execução da pena, portanto, indelegável, devendo ser exercida exclusivamente pelo Estado<sup>71</sup>. Nesse ponto, importante se faz observar que, para alguns doutrinadores, a terceirização não afronta o texto constitucional ou infraconstitucional, pois o que ocorre não é a delegação do poder jurisdicional de execução da pena, mas tão somente a terceirização da administração penitenciária. Assim entende Luiz Flávio Borges D'Urso, ao afirmar que:

Não se está transferindo a função jurisdicional do Estado para o empreendedor privado, que cuidará exclusivamente da função material da execução penal, vale dizer, o administrador particular será responsável pela comida, pela limpeza, pelas roupas, pela chamada hotelaria, enfim, por serviços que são indispensáveis num presídio.

Já a função jurisdicional, indelegável, permanece nas mãos do Estado que, por meio de seu órgão-juiz, [...]

---

<sup>70</sup> SILVA, Luzia Gomes da. Análise histórica do sistema penitenciário: subsídios para a busca de alternativas à humanização do sistema prisional. *Conteúdo Jurídico*, Brasília, 24 nov. 2012. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.40751&seo=1>>. Acesso em: 1º maio 2019.

<sup>71</sup> ASSIS, Rafael Damaceno de. A realidade atual do sistema penitenciário brasileiro. *Revista CEJ*, Brasília, a. XI, n. 39, p. 74-78, out./dez. 2007. p. 75.

que é o único legitimado para o uso da força, dentro da observância da lei.<sup>72</sup>

Dessa forma, fica clara a necessidade da distinção entre os termos terceirização e privatização, pois, na terceirização, o particular não exerce atividade de execução penal, como ocorre na privatização.

O segundo obstáculo é o político, que pode ser analisado por dois aspectos. O primeiro refere-se ao fato de que a privatização tornou-se um negócio para as empresas, e a preocupação reside na “[...] possibilidade desse rentável mercado de controle do crime propiciar um incentivo cada vez maior à criminalidade e também à adoção de políticas de encarceramento”<sup>73</sup>. O segundo aspecto diz respeito à forma como o Estado contrata e fiscaliza tais contratações: o massacre ocorrido no mês de fevereiro em Manaus, no Complexo Penitenciário Anísio Jobim, chamou a atenção por ser um presídio terceirizado, administrado pela empresa Umanizzare, o qual revelou a inabilidade do Estado de gerenciar e fiscalizar os contratos realizados com a iniciativa privada<sup>74</sup>.

Portanto, fica evidente que o Estado, ao transferir a administração dos presídios ao particular, não deve fazê-lo por meio da privatização, mas sim da terceirização, não se eximindo de suas responsabilidades previstas na Constituição Federal de 1988 e na legislação infraconstitucional brasileira, devendo manter o monopólio estatal da execução penal e uma rigorosa fiscalização dos contratos de terceirização à iniciativa privada.

## CONCLUSÃO

A situação em que se encontra o sistema prisional brasileiro é conturbada, em um cenário de superlotação, proliferação de doenças e abusos, físicos e psíquicos, em que não se cumpre a principal função da pena, qual seja, a função ressocializadora.

<sup>72</sup> D'URSO, Luiz Flávio Borges. *Direito criminal na atualidade*. São Paulo: Atlas, 1999. p. 75.

<sup>73</sup> CORDEIRO, Greicianny Carvalho. *Privatização do sistema prisional brasileiro*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2006. p. 78.

<sup>74</sup> CABRAL, Sandro. Crise em presídios prova que setor público não sabe gerenciar PPPs. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/empreendedorsocial/colunas/2017/03/1866014-cri-se-em-presidios-prova-que-setor-publico-nao-sabe-gerenciar-ppps.shtml>>. Acesso em: 30 abr. 2019.

Diante de tal panorama fático, uma das alternativas adotadas como solução no Brasil foi a terceirização ou a privatização dos presídios. Nesse sentido, a maior parte das experiências brasileiras foi realizada com base no modelo francês, conhecido como gestão mista ou cogestão.

No início, ocorreram algumas terceirizações de serviços básicos dos presídios, porém, com o passar do tempo, a prática ampliou-se, de forma que, em alguns casos, reconhece-se a chamada privatização em sentido estrito, o que se revela inconstitucional, diante da impossibilidade de delegação da execução penal ao particular, visto esta ser um monopólio constitucional do Estado.

Conclui-se, assim, que a privatização dos presídios, com a transferência da gestão da execução penal do Estado para a iniciativa privada, revela-se inconstitucional, portanto, o modelo possível de ser adotado, visando a resolver a ineficácia e a ineficiência do Estado e propiciando maior dignidade aos apenados com uma possível redução de custos aos cofres públicos, é o modelo da terceirização dos presídios, no qual o Estado transfere à iniciativa privada somente a administração dos recursos materiais e humanos do presídio, mantendo-se no exercício da função de gestor da execução da pena, conforme preconizam a Constituição Federal e a Lei de Execução Penal.

Contudo, é imprescindível cautela por parte do Estado, pois ele deve assegurar que as disposições contratuais estejam sendo cumpridas pela iniciativa privada, para garantir que o preso cumpra sua pena sem a violação de seus direitos fundamentais, possibilitando a sua ressocialização, visto que, apesar de, na maioria dos casos, não delegar a atividade de execução penal à iniciativa privada, ao se ausentar, mesmo que parcialmente, de seu papel enquanto Poder Público, estará o Estado realizando tal delegação.

As experiências que já ocorreram apresentaram bons resultados quanto à execução penal, apesar de existirem algumas falhas/lacunas a serem consertadas/preenchidas. Como a prática já foi inserida em larga escala no Brasil, compete ao Estado fazer o sistema prisional recompor-se e que as experiências sejam exitosas.

## REFERÊNCIAS

ANZELIERO, Ana Carolina Alves. Privatização do sistema prisional brasileiro. 2008. Trabalho de Conclusão de Curso (Pós-Graduação *Lato Sensu* em Direito) - Instituto Paranaense de Ensino. Maringá.

ASSIS, Rafael Damaceno de. A realidade atual do sistema penitenciário brasileiro. *Revista CEJ*, Brasília, a. XI, n. 39, p. 74-78, out./dez. 2007.

BOFF, Leonardo. *A águia e a galinha*. 34. ed. Petrópolis: Vozes, 1997.

BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília: Presidência da República, [2020]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm). Acesso em: 8 ago. 2020.

\_\_\_\_\_. Projeto de Lei nº 3.123, de 2012. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/sileg/integras/966123.pdf>. Acesso em: 24 abr. 2019.

\_\_\_\_\_. Resolução nº 8, de 9 de dezembro de 2002. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Poder Executivo, Brasília, 11 dez. 2002, Seção 1, p. 127.

CABRAL, Luísa Rocha; SILVA, Juliana Leite. O trabalho penitenciário e a ressocialização do preso no Brasil. *Revista do Centro Acadêmico Afonso Pena*, Belo Horizonte, n. 1, p. 157-184, jan./jun. 2010. Disponível em: <https://revistadoacaop.direito.ufmg.br/index.php/revista/article/view/277/274>. Acesso em: 8 ago. 2020.

CABRAL, Sandro. “Além das grades”: uma análise comparada das modalidades de gestão do sistema prisional. 2006. 291f. Tese (Doutorado em Administração) – Universidade Federal da Bahia. Salvador. Disponível em: [http://www.adm.ufba.br/sites/default/files/publicacao/arquivo/tese\\_sandro\\_cabral.pdf](http://www.adm.ufba.br/sites/default/files/publicacao/arquivo/tese_sandro_cabral.pdf). Acesso em: 8 ago. 2020.

\_\_\_\_\_. Crise em presídios prova que setor público não sabe gerenciar PPPs. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/empreendedorsocial/colunas/2017/03/1866014- crise-em-presidios-prova-que-setor-publico-nao-sabe-gerenciar-ppps.shtml>. Acesso em: 30 abr. 2019.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. Centro de Documentação e Informação. Comissão Parlamentar de Inquérito do Sistema Carcerário. Brasília: Edições Câmara, 2009.

CARMO, Valter Moura do; ROSA, André Luís Cateli. Validade da tributação em relação à monetização auferida por meio do fornecimento gratuito de dados e do desenvolvimento e disponibilização gratuitos de programas e aplicativos. *Revista Jurídica – UniCuritiba*, Curitiba, v. 04, n. 53, p. 156-189, out./dez. 2018. Disponível em: <http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/3235/371371751>. Acesso em: 7 ago. 2020.

CARVALHO, Aurora Tomazini de. *Curso de teoria geral do Direito: o construtivismo lógico-semântico*. 2. ed. São Paulo: Noeses, 2010.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Algo sobre o constructivismo lógico-semântico*. São Paulo: Instituto Brasileiro de Estudos Tributários, 2014.

\_\_\_\_\_. *Curso de direito tributário*. São Paulo: Saraiva, 2002.

\_\_\_\_\_. *Direito tributário: fundamentos jurídicos da incidência*. São Paulo: Saraiva, 2012.

\_\_\_\_\_. *Direito Tributário: linguagem e método*. São Paulo: Noeses, 2015.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Cármen Lúcia diz que preso custa 13 vezes mais do que um estudante no Brasil. Brasília: Agência CNJ de Notícias, 2016. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/83819-carmen-lucia-diz-que-presos-custa-13-vezes-mais-do-que-um-estudante-no-brasil>. Acesso em: 30 abr. 2019.

\_\_\_\_\_. *Mutirão carcerário: raio-x do sistema penitenciário brasileiro*. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2012.

COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Law and Economics*. Addison Wesley. 6. ed. Berkeley: Berkeley Law Books, 2016.

CORDEIRO, Greicianny Carvalho. *Privatização do sistema prisional brasileiro*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2006.

CORREA, Alessandra. Por que os EUA decidiram deixar de usar prisões privadas. BBC Brasil, 2016. Disponível em: <http://www.bbc.com/portuguese/internacional-37195944>. Acesso em: 26 abr. 2019.

D'URSO, Luiz Flávio Borges. *Direito criminal na atualidade*. São Paulo: Atlas, 1999.

FARIAS, Mayra Andrade Marinho. *Fontes do Direito no constructivismo lógico-semântico e na teoria comunicacional do Direito: dado ou construído?* Revista Teorias do Direito e Realismo Jurídico, Brasília, v.2, n.1, p. 21-43, jan./jun. 2016. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/teoriasdireito/article/view/355/355>. Acesso em: 8 ago. 2020.

GELINSKI NETO, Francisco; FRANZ, Giovane. A crise carcerária e a privatização do sistema prisional. Disponível em: [http://www.apec.unesc.net/V\\_EEC/sesoes\\_tematicas/Temas%20Especiais/A%20CRISE%20CARCER%20C3%81RIA%20E%20A%20PRIVATIZA%20C3%87%20C3%83O%20DO%20SISTEMA%20PRISIONAL.pdf](http://www.apec.unesc.net/V_EEC/sesoes_tematicas/Temas%20Especiais/A%20CRISE%20CARCER%20C3%81RIA%20E%20A%20PRIVATIZA%20C3%87%20C3%83O%20DO%20SISTEMA%20PRISIONAL.pdf). Acesso em: 30 abr. 2019.

GESTORES PRISIONAIS ASSOCIADOS. *O que é uma PPP?* Minas Gerais: Site da Empresa Gestores Prisionais Associados, 2015. Disponível em: <http://www.gpapp.com.br/index.php/br/component/content/article?id=64>. Acesso em: 29 abr. 2019.

GHADER, Miza Tânia Ribeiro Marinho. A privatização do sistema prisional brasileiro. *Revista Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIV, n. 86, mar. 2011. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/a-privatizacao-do-sistema-prisional-brasileiro/>. Acesso em: 8 ago. 2020.

GONÇALVES, Diego Vitor; MELNICK, Fernando de Lucas S.; BOZZA, Fábio; DOBJENSKI, Sandra Mara. Privatização do sistema penitenciário brasileiro: uma forma paliativa de mistificação ou uma solução? Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/53857/privatizacao-do-sistema-penitenciario-brasileiro>. Acesso em: 28 abr. 2019.

MAURICIO, Celia Regina Nilander. A privatização do sistema prisional. 2011. 167f. Dissertação (Mestrado em Direito Penal) – Pontifícia Universidade Católica. São Paulo. Disponível em: <https://sapientia.pucsp.br/bitstream/handle/5526/1/Celia%20Regina%20Nilander%20Mauricio.pdf>. Acesso em: 8 ago. 2020.

MELO, João Ozorio de. Trabalho de presos nos EUA está mais forte e controverso do que nunca. *Revista Eletrônica Consultor Jurídico*, set. 2014. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2014-set-13/fimde-trabalho-presos-eua-forte-controverso-nunca>. Acesso em: 26 abr. 2019.

MESSIAS, Ewerton Ricardo; ROSA, André Luís Cateli. A validade da análise econômica do Direito nas decisões judiciais: uma análise à luz do constructivismo lógico-semântico. *Revista Brasileira de Estudos Jurídicos*, Montes Claros/MG, v. 14, n. 2, maio/ago. 2019. Disponível em: <https://direito.fasa.edu.br/k/bej/7105494.pdf>. Acesso em: 8 ago. 2020.

MILANEZ, Bruno Augusto Vigo. “Estado de coisas inconstitucional” e o sistema penitenciário brasileiro. Disponível em: <https://canalcienciascriminais.com.br/estado-de-coisas-inconstitucional-e-o-sistema-penitenciario-brasileiro/>. Acesso em: 20 abr. 2019.

MINHOTO, Laurindo Dias. *Privatização dos presídios e criminalidade*. São Paulo: Max Limonad, 2000.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias*. Brasília: Departamento Penitenciário Nacional, 2014.

MONTEIRO, Ingrid Maria Sideaux Barath. *Sistema penitenciário: cogestão, uma realidade*. 2007. 53f. Trabalho de Conclusão de Curso (Curso de Especialização em Direito Penal e Direito Processual Penal) – Universidade Estadual do Ceará. Fortaleza. Disponível em: <http://www.mpce.mp.br/wp-content/uploads/ESMP/monografias/d.penal-d.proc.penal/sistema.penitenciario.co-gestao.uma.realidade%5B2007%5D.pdf>. Acesso em: 8 ago. 2020.

OSTERMANN, Fábio Maia. A privatização de presídios como alternativa ao caos prisional. *Revista Científica dos Estudantes de Direito da UFRGS*, Porto Alegre, v. 2, n. 1, p. 1-32, maio 2010. Disponível em: <https://www.ufrgs.br/ressevera/wp-content/uploads/2010/08/v02-n01-artigo02-privatizacao.pdf>. Acesso em: 8 ago. 2020.

SACCHETTA, Paula. Quanto mais presos, maior o lucro. *Revista Eletrônica Carta Capital*, São Paulo, maio 2014. Disponível em: <https://www.cartacapital.com.br/sociedade/quanto-mais-presos-maior-o-lucro-3403.html>. Acesso em: 29 abr. 2019.

SANTOS, Jorge Amaral dos. A utilização das parcerias público-privadas pelo sistema prisional brasileiro em busca da ressocialização do preso. Uma perspectiva possível. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, a. 14, n. 2338, nov. 2009. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/13906>. Acesso em: 28 abr. 2019.

SILVA, José Adaumir Arruda da. *A privatização de presídios: uma ressocialização perversa*. Rio de Janeiro: Revan, 2016.

SILVA, Luzia Gomes da. Análise histórica do sistema penitenciário: subsídios para a busca de alternativas à humanização do sistema prisional. *Conteúdo Jurídico*, Brasília, 24 nov. 2012. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.40751&seo=1>. Acesso em: 1º maio 2019.

SILVA, Mariana Lins de Carli. Privatização de presídios: o lucro que vem dos massacres. *Revista Eletrônica Jusbrasil*, Salvador, 2015. Disponível em: <https://portal-justificando.jusbrasil.com.br/noticias/220542948/privatizacao-de-presidios-o-lucro-que-vem-dos-massacres>. Acesso em: 30 abr. 2019.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Súmula nº 473, de 3 dezembro de 1969. Brasília: Plenário, 1969. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=1602>. Acesso em: 8 ago. 2020.

TRABALHO apresentado no I Curso Internacional de Teoria Geral do Direito. Veneza: IBET/Università Ca'Foscari Venezia, 2016. Disponível em: <https://www.ibet.com.br/hotsites/tgdvенеza/artigos/mayra-andrade-marinho-farias.pdf>. Acesso em: 8 ago. 2020.

TRULIO, Maria Cristina de Souza. Privatização dos estabelecimentos prisionais no Brasil: uma reavaliação da proposta após experimentação em alguns estados ante a sua pretensão em contribuir para o desenvolvimento humano. 2009. 146f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Cândido Mendes. Rio de Janeiro. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp109051.pdf>. Acesso em: 8 ago. 2020.

VILANOVA, Lourival. Fundamentos do Estado de Direito. In: VILANOVA, Lourival. *Escritos jurídicos e filosóficos*, São Paulo: IBET/Axis-Mundi, v. I, 2008.

VISCONTI, Harumi. A privatização do sistema penitenciário é um caminho sem volta. *Revista Eletrônica Brasil de Fato*, São Paulo, 22 de outubro de 2014. Disponível em: <https://www.brasildefato.com.br/node/30231/>. Acesso em: 29 abr. 2019.

WACQUANT, Loic. *Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos [a onda punitiva]*. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

Submissão em: 01.05.2019

Avaliado em: 26.06.2019 (Avaliador A)

Avaliado em: 07.08.2020 (Avaliador E)

Aceito em: 20.08.2020



# SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, COMPORTAMENTO ESTRATÉGICO E EFEITO *BACKLASH*: O CASO DA DESCRIMINALIZAÇÃO DO PORTE DA MACONHA PARA CONSUMO PESSOAL

*SUPREME COURT, STRATEGIC BEHAVIOR AND BACKLASH EFFECT: THE CASE OF DECRIMINALIZATION OF MARIJUANA FOR PERSONAL USE*

**Gianfranco Faggin Mastro Andréa<sup>1</sup>**

Docente na Graduação de Direito (Unip, São Paulo/SP, Brasil)

**ÁREA(S):** direito constitucional; direito penal; direito público.

**RESUMO:** O presente artigo visa analisar se os comportamentos estratégicos de Ministros do Supremo Tribunal Federal são influenciados pelo receio do efeito *backlash*. O protagonismo judicial na concretização de direitos fundamentais das minorias realçou seu caráter contramajoritário. Tal atuação pode proporcionar o efeito *backlash*, consistente em uma reação por parte da arena política majoritária como reflexo do sentimento social prevalente. No Brasil, o efeito *backlash* pode ocorrer dependendo da posição

do Supremo Tribunal Federal. O caso da descriminalização do porte da maconha para consumo pessoal causa comoção social e apresenta-se relevante a investigação do comportamento estratégico dos Ministros como meio de evitar o efeito *backlash*, ao lado da constatação dos ganhos democráticos que se deixa de se obter em longo prazo com esse atuar. Para tanto, valeu-se do método indutivo dialógico, bem como de levantamento bibliográfico sobre o tema e concluiu-se que o efeito *backlash* apresenta-se como fator importante de influência no comportamento estratégico dos Ministros do Supremo Tribunal Federal. O valor e ineditismo

---

<sup>1</sup> Doutorando e Mestre em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Especialista em Direito Público pela Faculdade de Direito Damásio de Jesus. Graduado em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Analista do Ministério Público da União. Autor do livro *Estado de Coisas Inconstitucional no Brasil*. E-mail: [professorgianfaggin@gmail.com](mailto:professorgianfaggin@gmail.com). Currículo: <http://lattes.cnpq.br/9702790239703189>. Orcid: <http://orcid.org/0000-0003-4817-0298>.



da pesquisa são notórios, uma vez que o material acerca do tema é escasso e a questão apresenta-se como instrumento relevante de identificação do comportamento de elementos centrais do Poder Judiciário brasileiro.

**ABSTRACT:** *This article aims to examine whether strategic behaviors Ministers of the Supreme Court are influenced by fear of the backlash effect. The judicial role in the realization of the fundamental rights of minorities stressed his countermajoritarian character. Such activities can provide the backlash effect, consistent in a reaction on the part of the political arena as a reflection of the majority social sentiment prevalent. In Brazil, the backlash effect can occur depending on the position of the Supreme Court. The case of decriminalization of marijuana for personal use size causes social uproar and presents relevant research of strategic behavior of Ministers as a means of avoiding the backlash effect, next to the realization of democratic gains left to achieve in the long term with this act. For both, the dialogic inductive method as well as bibliographical study on the topic concluded that the backlash effect presents itself as an important factor of influence on the strategic behavior of the Ministers of the Supreme Court. The value and originality of the research is notable, since the material on the subject is scarce and the question presents itself as a relevant instrument of identification of behavior of core elements of the Brazilian Judiciary.*

**PALAVRAS-CHAVE:** protagonismo judicial; efeito *backlash*; comportamento estratégico; maconha.

**KEYWORDS:** *judicial role; backlash effect; strategic behavior; marijuana.*

**SUMÁRIO:** Introdução; 1 Breves considerações sobre o protagonismo e ativismo judicial; 2 Minimalismo judicial e constitucionalismo democrático; 3 O efeito *backlash*; Conclusão; Referências.

**SUMMARY:** *Introduction; 1 Brief considerations on the role and judicial activism as phenomena of neoconstitutionalism; 2 Democratic constitutionalism and judicial minimalism; 3 The effect of backlash; Conclusion; References.*

## INTRODUÇÃO

O protagonismo judicial é uma realidade sem volta. A incorporação aos textos constitucionais de um amplo rol de direitos e princípios de espectros abstratos e conceitos indeterminados, atrelado à maior busca da tutela jurisdicional pela população, especialmente em questões polêmicas, acaba por desaguar perante o Supremo Tribunal Federal, exigindo sua atuação.

Por sua vez, o Supremo Tribunal Federal, desde a última década, não tem se esquivado das questões que lhe são submetidas, assumindo importante papel neste novo momento do constitucionalismo brasileiro. A relevância da jurisdição constitucional atualmente é facilmente perceptível diante das decisões judiciais do STF em matérias sensíveis, pautando-se sempre pela dificuldade contramajoritária de atuação. As decisões judiciais passaram por temas de alta indagação social, como, por exemplo: direito à união homoafetiva, direito à interrupção da gravidez de feto anencéfalo, direito à pesquisa com células-tronco, entre outros.

Ocorre que, pelo Direito norte-americano, já se vem estudando há algum tempo o denominado efeito *backlash*. Conforme restou sedimentado pela doutrina, tal efeito seria uma reação de setores da sociedade, grupos conservadores, organizações e partidos políticos contra os avanços do protagonismo judicial em matérias polêmicas controversas. Segundo a literatura norte-americana, tal reação seria tão violenta que poderia provocar um verdadeiro retrocesso dos direitos das minorias estigmatizadas que teriam encontrado na Suprema Corte uma arena de reconhecimento de seus direitos fundamentais frente à maioria.

No presente artigo, realiza-se uma análise dos dois principais posicionamentos da literatura norte-americana no que se refere ao *backlash*. O primeiro chamado de minimalismo judicial e o segundo denominado de constitucionalismo democrático. Posteriormente, procura-se demonstrar, por meio de uma abordagem histórica do *backlash* nos Estados Unidos, tanto seus possíveis efeitos negativos quanto positivos. Após, investiga-se o histórico e a ocorrência do *backlash* no Brasil. No último tópico, debruça-se sobre a questão da descriminalização do porte da maconha para consumo pessoal, objeto de recurso extraordinário pendente de julgamento no STF, oportunidade em que se questiona o posicionamento estratégico de alguns Ministros para evitar o efeito *backlash*.

Em suma, a questão que se busca pautar para o debate, sem a pretensão de esgotar o assunto, valendo-se dos votos até então colhidos no julgamento do recurso extraordinário encimado, consiste na reflexão se seria legítimo que razões de natureza estratégica (como evitar o *backlash*) sejam incorporadas às decisões judiciais e se a atuação do STF como catalisador da agenda política seria ou não constitucionalmente adequada e socialmente desejável.

## 1 BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE O PROTAGONISMO E ATIVISMO JUDICIAL

Cada vez mais o Supremo Tribunal Federal vem ocupando capas dos jornais de grande circulação. Isso porque todas as questões relevantes vêm sendo submetidas a essa última instância do Poder Judiciário no Brasil. Diversos assuntos capazes de dividir opiniões e provocar “paixões” na opinião pública vêm sendo sistematicamente pautados para votação, desde o direito ao aborto de fetos anencéfalos, passando pela união de casais homossexuais e agora, recentemente, tratando da questão da descriminalização do porte para uso da maconha.

Segundo Ribeiro<sup>2</sup>, em situações como essa o que seria mais confortável? Saber que os Juízes/Ministros julgarão com base na lei ou se com fulcro na melhor política pública? Patente, portanto, a sempre presente tensão entre direito e política.

O fenômeno recente de se levar questões políticas ao âmbito do Poder Judiciário é denominado de “judicialização da política” e vem demonstrando uma outra face do direito, qual seja, sua dependência política. Naturalmente, o direito é consequência da política, já que decorre do processo legislativo que envolve embates e disputas políticas nas casas legislativas. Mas o que se tornou evidente é o afastamento do juspositivismo tradicional que enxerga no juiz um mero técnico burocrata de aplicação da lei ao caso concreto, em um simples processo de subsunção do fato à norma. As questões morais e o caráter contramajoritário da Suprema Corte vêm se destacando cada vez mais, sendo que as questões que na última década têm aportado perante o STF, por si só, demonstram uma mudança tanto da sua dinâmica quanto da sua própria postura perante “casos difíceis”, conforme bem destaca Ronald Dworkin<sup>3</sup>.

Até o final da Segunda Guerra Mundial, o mundo jurídico pautava-se basicamente pelo pensamento do juspositivismo, tendo Hans Kelsen<sup>4</sup> como seu expoente máximo. Trata-se do modelo legal onde direito é sinônimo de lei. Ou

---

<sup>2</sup> RIBEIRO, Pedro José de Almeida. A política, o direito e a incerteza. *Revista do BNDES*, Rio de Janeiro, n. 39, p. 255-279, 2013. Disponível em: <<https://web.bnDES.gov.br/bib/jspui/handle/1408/2929>>. Acesso em: 11 dez. 2015.

<sup>3</sup> DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. 2. ed. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

<sup>4</sup> Hans Kelsen é o principal representante do positivismo jurídico, tendo como principal referência sua obra *Teoria pura do direito*.

seja, qualquer questão relativa à política estava fora da esfera jurídica. Não havia valoração moral na aplicação das leis.

Esse modelo legal enfrentou uma grande crise nos Estados Unidos a partir da década de 1930, oportunidade em que se verificou o movimento realista do direito, onde se reconhece que o processo decisório é influenciado por diversas forças políticas e econômicas, sendo a lei apenas mais um dos elementos a serem considerados. Com essas constatações surge o modelo oposto ao legal: modelo político ou atitudinal.

De fato, com o final da Segunda Guerra Mundial e diante da experiência dos horrores que os nazistas causaram com o holocausto, percebeu-se que a aplicação fria e calculista da lei também não poderia mais perdurar. Era preciso reconhecer que questões de justiça, com valoração moral, deveriam fazer parte da ciência jurídica. Assim, na década de 70 tem-se a construção da teoria da justiça por John Rawls<sup>5</sup> como forma de resgatar o conceito de justiça e demonstrar sua racionalidade e possibilidade de incorporação à ciência jurídica. Essa nova tendência do constitucionalismo foi confirmada por diversos autores, como, por exemplo: Ronald Dworkin, Robert Alexy, entre outros.

Trata-se de uma flagrante incorporação de diversos direitos que antes eram objeto de leis ordinárias, mas agora constam das Constituições. Houve uma expansão, portanto, do rol de direitos estampados nos textos constitucionais, proporcionando verdadeira força normativa da Constituição. Princípios e valores morais passaram a pautar os fundamentos nos julgamentos das cortes constitucionais, especialmente por meio da ponderação de valores constitucionais.

Diante disso, a responsabilidade do Poder Judiciário foi ampliada, já que passou a ser demandado em questões e situações que antes se encontravam apenas na arena política, ou seja, dos Poderes Legislativo e Executivo.

A expansão global do protagonismo judicial já foi verificada há algum tempo nos estudos realizados por Tate<sup>6</sup>, como um fenômeno que, apesar de ser mundial, encontra solo especialmente fértil nos países do capitalismo periférico (Países latino-americanos, Índia e países da África). Isso porque, nesses países,

---

<sup>5</sup> Para ver mais, conferir RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. 3. ed. Trad. Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

<sup>6</sup> TATE, C. N.; VALLINDER, T. The Judicialization of Politics. In: \_\_\_\_\_ (Ed.). *The Global Expansion of Judicial Power*. New York: New York University, 1995.

ao contrário dos países do capitalismo central, o chamado Estado de Bem-estar Social, quando o foi implementado, geralmente se deu de maneira tímida e incipiente.

Diante disso, com o estabelecimento de um amplo rol de direitos em suas Constituições, notadamente regras e princípio abstratos e indeterminados, atrelado à conscientização da população acerca de seus direitos e a descrença em sua implementação pelos atores legitimados para tanto, como Poder Executivo e Legislativo, passa-se a judicializar diversas questões que antes eram afetas apenas à arena política.

Nesse passo, um aumento significativo da judicialização acaba por refletir o próprio texto constitucional desses países que passaram a abarcar questões dos mais diversos gêneros, mas especialmente direitos sociais, econômicos e culturais. Aqui já surge a dificuldade quanto à questão do atuar do Poder Judiciário, uma vez que, dependendo de como se dá seu posicionamento, teremos o chamado ativismo judicial, consistente em um modo geral de atuar judicial mais pró-ativo, buscando concretizar o texto constitucional, ainda que seja necessário, para tanto, invadir espaços políticos de outros poderes.

O ativismo judicial geralmente está ligado à atuação do Poder Judiciário diante de uma omissão inconstitucional parlamentar. No Brasil, isso se observa nas hipóteses de normas constitucionais de eficácia limitada<sup>7</sup>, ou seja, aquelas que dependem de imprescindível regulamentação legal para sua implementação<sup>8</sup>.

O ativismo judicial, portanto, pode ser visto de maneira positiva, na medida em que o Poder Judiciário é chamado a atuar para que o bloqueio institucional, geralmente de questões ligadas a minorias, seja superado, quer por meio de intervenções pontuais nos demais poderes constituídos, quer na implementação de políticas públicas.

Trata-se aqui de uma atuação contramajoritária do Poder Judiciário, já que, em uma democracia, vigora o princípio majoritário, pela qual a maioria elege os seus representantes nas respectivas casas legislativas e é natural que direitos das minorias sejam relegados ao esquecimento ou ignorados. Com efeito, caberia, nesse passo, esse papel contramajoritário do Poder Judiciário, no sentido de proteger direitos fundamentais estampados na Constituição Federal,

---

<sup>7</sup> Classificação de José Afonso da Silva.

<sup>8</sup> São normas constitucionais geralmente acompanhadas de ordens do tipo “nos termos da lei”, “nos termos e nos limites definidos em leis específica”.

evitando-se o vilipêndio dos interesses e direitos das minorias que não são ouvidas. Assim, o Poder Judiciário agiria como um contrapeso necessário para a manutenção de uma democracia saudável.

Por outro lado, existem fortes críticas ao ativismo judicial como modalidade de unilateralismo decisório e supremacia judicial, sob o fundamento de que violaria a democracia e colocaria em risco o princípio da separação do Poderes. Sustenta-se que o fato de os Ministros do Supremo Tribunal Federal não terem sido eleitos limitaria sua missão a de meros aplicadores de leis e que ultrapassar tal barreira proporcionaria o exercício de verdadeira atividade legislativa, por meio de interpretações constitucionais elásticas em total afronta e invasão da competência dos demais poderes da República.

Fato é que direito e política interagem de maneira dialética e se interpenetram, o que impossibilita sua distinção clara, principalmente no âmbito de decisões judiciais. A grande questão que pauta os debates contemporâneos é justamente estabelecer a linha tênue da relação entre direito e política, tendo como principal ator o ativismo judicial. Essa é a crise da atualidade e que para alguns críticos coloca em cheque a democracia e o próprio sistema de separação dos Poderes idealizado por Montesquieu.

Estabelecidas essas premissas imprescindíveis acerca do momento em que se vive, passa-se a explicitar duas correntes norte-americanas opostas e que se debruçam sobre o tema dos limites do protagonismo judicial.

## 2 MINIMALISMO JUDICIAL E CONSTITUCIONALISMO DEMOCRÁTICO

A teoria do minimalismo judicial foi criada por Cass Sunstein. Para essa teoria, os Tribunais não devem interferir em questões para além do caso concreto que se apresenta e que possam, posteriormente, causar arrependimento ou refluxo social (*backlash*). Nesse passo, é preciso deixar questões constitucionais polêmicas para a deliberação democrática, pois, dessa forma, não se correria o risco de gerar reações indesejadas.

Para o norte-americano Sunstein<sup>9</sup>, o chamado minimalismo judicial prega que os provimentos jurisdicionais e seus respectivos argumentos só seriam legítimos quando efetivamente necessários para a solução do caso. A proposta

---

<sup>9</sup> SUNSTEIN, Cass. *One Case at a Time: Judicial Minimalism on the Supreme Court*. Harvard: Harvard University Press, 1999.

é de que o Poder Judiciário mantenha-se silente sobre questões controversas polêmicas sempre que isso seja possível. Trata-se da proposta de neutralidade do Poder Judiciário em matérias que suscitem evidentes conflitos, geralmente morais.

Sunstein propugna que certas formas de minimalismo potencializam a democracia e “asseguram que importantes decisões sejam tomadas pelos atores democraticamente responsáveis”<sup>10</sup>. Questões altamente complexas e polêmicas (que causam divisão na sociedade) não devem ser objeto de deliberação pelo Poder Judiciário. Para o autor, o ideal seria um Judiciário minimalista que se abstenha de resgatar regras amplas e teorias abstratas, contentando-se com aquilo que seja estritamente imprescindível para o julgamento do caso concreto.

Para Sunstein, a decisão minimalista tem como atributos a estreiteza e superficialidade. Estreiteza, porque se limita a julgar o que lhe foi apresentado sem maiores digressões abstratas ou sob a égide de princípios com conceitos abertos e indeterminados. Superficialidade, pois em, casos polêmicos de profundos desacordos, as pessoas buscam alcançar acordos parcialmente teorizados. O objetivo é alcançar “acordos sobre abstrações entre desacordos ou incerteza sobre o significado particular de tais abstrações”<sup>11</sup>.

Portanto, restou bem claro que, para o teórico americano Sunstein, questões polêmicas e que geram divisão na sociedade quanto a opiniões, especialmente questões como do aborto, casamento de homossexuais, descriminalização do porte das drogas para uso pessoal, etc., não deveriam ser objeto de manifestação judicial, já que tais situações seriam melhor enfrentadas em uma arena exclusiva e naturalmente democrática, qual seja: Casa Legislativa (ocupada por parlamentares eleitos pelo povo). Segundo o autor, isso evitaria que conflitos e custos prejudicassem o Poder Judiciário com a possível quebra de sua legitimidade perante a população, já que esse Poder teria – tão somente – a função de julgar, aplicar a lei, e não se esmiuçar em questões que não lhe são afetas<sup>12</sup>.

Totalmente contrário a esse entendimento, tem-se uma teoria maximalista denominada de constitucionalismo democrático. Tal teoria foi desenvolvida por Robert Post e Reva Siegel. O constitucionalismo democrático tem por finalidade

---

<sup>10</sup> *Ibidem*, p. 5.

<sup>11</sup> *Ibidem*, p. 11.

<sup>12</sup> *Idem*.



analisar e compreender as práticas acerca dos direitos constitucionais, sobre como esses foram instituídos em uma cultura constitucional marcada pelas controvérsias. Ao contrário do minimalismo de Sunstein, o “constitucionalismo democrático entende que a divergência interpretativa é uma condição normal para o desenvolvimento do direito constitucional”<sup>13</sup>.

Em síntese, o constitucionalismo democrático de Post e Siegel legitima a atuação do judiciário por meio da utilização de princípios constitucionais de abertura argumentativa no processo de interpretação constitucional, potencializando o engajamento público expresso em termos de interações entre as Cortes e os movimentos sociais. Nesse ponto, a história americana é marcada por lutas pelo conteúdo de interpretações constitucionais sobre questões morais controvertidas que envolvem direitos de minorias. A década de 60 foi marcada por intensas lutas de reconhecimento relativas a questões de raça, enquanto na década de 70 foram amplamente discutidas as questões de gênero. Recentemente tem-se debatido sobre questões de aborto, direitos de gays e religião, de forma que os diferentes movimentos sociais têm se apropriado do discurso jurídico sobre diferentes interpretações constitucionais para reivindicarem seus direitos.<sup>14</sup>

Para Post e Siegel não é crível a admissão da teoria minimalista, evitando-se, assim, o conflito. Segundo os autores, a atuação do Poder Judiciário, ao contrário do que é pregado por Sunstein, pode, na verdade, contribuir de maneira positiva para a própria democracia, ao pautar questões de interesse de minorias. Uma leitura moral da Constituição teria o poder de inspirar moralidade crítica e romper com padrões e valores sociais arraigados de preconceitos. A simples mobilização do cidadão, por meio da provocação do atuar do Tribunal ao tocar

---

<sup>13</sup> POST, Robert; SIEGEL, Reva. *Roe Rage: Democratic Constitutionalism and the Backlash*. *Harvard Civil Rights - Civil Liberties Law Review*, p. 374, 2007. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract//990968>>. Acesso em: 11 dez. 2015.

<sup>14</sup> BUNCHAFT, Maria Eugenia. *Constitucionalismo democrático versus minimalismo judicial*. *Revista Direito, Estado e Sociedade*, n. 38, p. 158, 2014.



em questão sensível, acaba por potencializar as interações com os governantes e delinea novos “significados constitucionais”<sup>15</sup>.

Ao contrário do que alega Sunstein, segundo Bunchaft não há que se temer o refluxo social (*backlash*):

Disso se infere, a nosso ver, que, quando se concebe a arena constitucional como um cenário simbólico de lutas pelo reconhecimento, compreendemos que, em situações estratégicas, o judiciário pode ser a vanguarda da sociedade, protegendo minorias estigmatizadas pelo processo político majoritário, ainda que resolvendo questões morais controvertidas. Compreendemos, com base em Post e Siegel, que o refluxo insere-se em um contexto de um amplo processo hermenêutico capaz de inspirar práticas de contestação por meio das quais os movimentos sociais e os cidadãos procuram interpretar o conteúdo do direito constitucional. Nesse sentido, defendemos que a sensibilidade do direito constitucional à opinião popular potencializa a sua legitimidade democrática. É justamente a possibilidade de o povo delinear “sentidos constitucionais”, que explica porque a Constituição inspira lealdade aos cidadãos, ainda que determinadas interpretações constitucionais não prevaleçam em decisões judiciais específicas.<sup>16</sup>

Contrapondo a teoria do minimalismo à do constitucionalismo democrático, Post e Siegel destacam que o minimalismo enfraqueceria os atributos essenciais da prática jurídica, temendo o exercício ordinário da habilidade de desencadear o conflito social<sup>17</sup>.

<sup>15</sup> POST, Robert; SIEGEL, Reva. Roe Rage: Democratic Constitutionalism and the *Backlash*. *Harvard Civil Rights – Civil Liberties Law Review*, 2007. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract//990968>>. Acesso em: 11 dez. 2015.

<sup>16</sup> BUNCHAFT, Maria Eugenia. Constitucionalismo democrático *versus* minimalismo judicial. *Revista Direito, Estado e Sociedade*, n. 38, p. 160, 2014.

<sup>17</sup> POST, Robert; SIEGEL, Reva. Roe Rage: Democratic Constitutionalism and the *Backlash*. *Harvard Civil Rights – Civil Liberties Law Review*, 2007. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract//990968>>. Acesso em: 11 dez. 2015.

Conforme esclarecem Rego e Cristianetti, para o constitucionalismo democrático o conflito quanto a entendimentos constitucionais é visualizado como algo positivo, no sentido de uma função construtiva do desacordo e, portanto, seria legítimo o Poder Judiciário apreciar questões controversas polêmicas<sup>18</sup>. Já o minimalismo, por sua vez, interpreta o conflito sobre entendimentos constitucionais como ameaçador à coesão social, suscetível de inspirar o refluxo social ou *backlash*.

Seguindo a temática da contraposição das teorias, segundo Bunchaft, “o uso construtivo do silêncio na apreciação de teorias abstratas e profundas, somente revela-se eficaz quando o processo democrático cumpriu seu papel inclusivo, respeitando as condições de abertura e participação de minorias”<sup>19</sup>. Ou seja, do contrário, caso haja exclusão das minorias, cabe a valoração moral por parte do Poder Judiciário, justamente como forma de atuação contramajoritária, sem receio de potencializar conflitos, já que eventual refluxo social em situações como tais apenas reforça ainda mais a democracia.

Como bem apontam Souza Neto e Sarmento pela experiência brasileira, “o Supremo Tribunal Federal não tem se caracterizado pelo minimalismo. Pelo contrário, são frequentes nas decisões proferidas pela Corte o recurso a amplas teorizações ou a construções excessivamente abrangentes, [...]”<sup>20</sup>.

Contrapondo as duas teorias, fica claro qual foi a adotada pelo Supremo Tribunal Federal no Brasil, notadamente pela importância do Poder Judiciário na construção de entendimentos favoráveis à proteção das minorias estigmatizadas, tendo em vista que é ele quem pode protegê-las quando ninguém mais o pode. Na medida em que o processo deliberativo pautado pelo princípio majoritário não protege as minorias, cabe ao Judiciário fazê-lo, e, por esse motivo, afigura-se ainda maior sua importância no campo da defesa das minorias estigmatizadas na área do Direito Constitucional. Bunchaft, por sua vez, assevera que “a

---

<sup>18</sup> REGO, C. E. R. F.; CRISTIANETTI, Jéssica. *Minimalismo, constitucionalismo democrático e o refluxo social em Roe Rage*. 1. ed. Florianópolis: Conpedi, v. 1, 2014. p. 242-257.

<sup>19</sup> BUNCHAFT, Maria Eugénia. Constitucionalismo democrático *versus* minimalismo judicial. *Revista Direito, Estado e Sociedade*, n. 38, p. 149, 2014.

<sup>20</sup> SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum: 2014. p. 226.

sensibilidade do direito constitucional à opinião popular potencializa a sua legitimidade democrática”<sup>21</sup>.

Não se trata, contudo, de conferir total descrédito à teoria minimalista, mas sim enxergá-la com temperamento, até porque não se nega que existem experiências históricas de ativismo judicial extremamente negativas e que violam direitos de minorias.

Cabe, portanto, observar se determinada lei aprovada foi efetivamente debatida na sociedade, de forma a incluir a participação de todos os segmentos sociais no seu processo de elaboração, desde que não se refira a direitos de grupos minoritários. Nesse caso, concorda-se que o Judiciário deva assumir postura cautelosa, a fim de respeitar o juízo democrático. Por outro lado, tratando-se de situação de lei que envolve direitos de grupos estigmatizados e, estes não tiveram oportunidade de se manifestar porque, por exemplo, maiorias parlamentares frustraram o potencial racionalizador do debate com a imposição de concepções religiosas, tem-se a modificação total da situação, onde afigura-se medida de rigor a atuação mais progressista do Poder Judiciário<sup>22</sup>.

Assim, é possível concluir que, para o constitucionalismo democrático, a opinião popular e os entendimentos constitucionais controversos são essenciais, dada a sensibilidade do Direito Constitucional para potencializar a legitimidade democrática, entendimento totalmente contrário à Teoria do minimalismo de Sunstein, guardadas suas temperanças.

### 3 O EFEITO *BACKLASH*

A expressão *backlash* tem origem na elaboração doutrinária norte-americana e por uma tradução literal, conforme o dicionário jurídico de Oxford, significa uma reação adversa robusta, por um grande número de pessoas, a um desenvolvimento social ou político<sup>23</sup>. Ainda, em termos jurídicos, se caracteriza por uma “intensa e continuada desaprovação de uma decisão judicial,

<sup>21</sup> BUNCHAFT, Maria Eugenia. Constitucionalismo democrático *versus* minimalismo judicial. *Revista Direito, Estado e Sociedade*, n. 38, p. 153, 2014.

<sup>22</sup> REGO, C. E. R. F.; CRISTIANETTI, Jéssica. *Minimalismo, constitucionalismo democrático e o refluxo social em Roe Rage*. 1. ed. Florianópolis: Conpedi, v. 1, 2014. p. 242-257.

<sup>23</sup> Oxford Dictionary. *Backlash* definition. Disponível em: <[http://www.oxforddictionaries.com/us/definition/american\\_english/backlash](http://www.oxforddictionaries.com/us/definition/american_english/backlash)>. Acesso em: 12 Dec. 2015. Tradução livre de “a strong and adverse reaction by a large number of people, especially to a social or political development”.

acompanhada de medidas agressivas de resistência e de tentativa de remover a sua força legal”<sup>24</sup>.

Trata-se, portanto, de um súbito e intenso movimento de reação, como resposta a uma mudança ou alteração de entendimento igualmente brusca na trajetória do movimento. De fato, o conceito inicial de *backlash* tem origem na física e pauta-se pela terceira Lei de Newton: a toda uma ação corresponde uma reação igual e em sentido contrário. Transpôs-se aludido conceito para a realidade social, como forte e violenta reação a uma mudança nas regras de convívio, o que produziu efeitos no âmbito do direito como um desdobramento natural de sua incorporação.

Importante frisar que a utilização do prefixo “*back*” não significa a ideia necessariamente de regresso ou retrocesso, mas sim verdadeira reação em sinal inverso, ou seja, a princípio trata-se tão somente de uma contraposição de igual intensidade a uma mudança tida por ameaça ao *status quo*. É claro que, por vezes, essa resposta pode se dar de tal maneira reacionária que o *status quo* se torna, posteriormente, mais conservador do que já o era. Daí Cass Sunstein alertar para o perigo da atuação das Cortes Constitucionais em questões polêmicas, que dividem a sociedade, apostando em sua teoria do minimalismo judicial como solução para tais situações, onde a melhor resposta pauta-se pela estreiteza e superficialidade, verdadeiro silêncio, deixando para o campo dos legitimados democraticamente (casas legislativas) o ônus e os custos de resolver determinados temas.

O *backlash* geralmente tem sido vinculado a um efeito negativo em relação à Corte Constitucional, já que sua ocorrência retiraria a legitimidade da decisão judicial, colocando o Poder Judiciário em descrédito para com a população, bem como possibilitaria um efeito contrário e pior para proteção das minorias como objeto de posicionamentos contramajoritários da Corte.

Realmente, conforme se verificará a seguir, os principais casos que exemplificam o *backlash* apontam para uma posição reacionária da sociedade em curto prazo; porém, não se afigura totalmente correto também afirmar que os efeitos sempre serão negativos, já que em longo prazo é possível, justamente por meio da provocação da sociedade e das instâncias políticas com temas impopulares e que não constam da agenda majoritária, garantir que o embate de

<sup>24</sup> SUNSTEIN, Cass. *Constitution of Many Minds*. Princeton, NJ: Princeton University Press, 2009. p. 3-7.

ideias e conflitos gerem dividendos, que ao final reforçam e legitimam a própria democracia<sup>25</sup>.

### 3.1 HISTÓRICO NORTE-AMERICANO DO BACKLASH COMO EFEITO DE DECISÃO JUDICIAL

O emprego da palavra *backlash* na arena política norte-americana devido a reações às decisões da Suprema Corte, envolvendo proteção de direitos civis, tem seu registro inaugurado na década de 60 por Stern<sup>26</sup>. Na literatura norte-americana, a expressão *backlash* foi fortemente relacionada aos casos *Brown versus Board of Education* (1954) e *Roe versus Wade* (1973).

No caso *Brown versus Board of Education* (1954)<sup>27</sup>, questionou-se à Corte Suprema norte-americana a segregação racial. Apesar de a escravidão já ter sido extinta, permanecia na sociedade norte-americana, principalmente nos Estados do sul, uma política que segregava brancos e negros chamada de “*equal but separate*”. Em geral, negros não poderiam andar nos mesmos ônibus que brancos, frequentar os mesmos banheiros públicos ou as mesmas escolas. E foi exatamente quanto à discriminação no que se refere à frequência às escolas públicas que tratou o caso levado à Suprema Corte.

O que se questionou no caso foi a constitucionalidade da segregação racial frente ao dispositivo constitucional de que todos seriam iguais. Em maio de 1954, a Suprema Corte norte-americana decidiu, por unanimidade, pela inconstitucionalidade da segregação em escolas públicas, sob o fundamento de que a separação de escolas públicas para brancos e negros violaria a “*equal protection clause*” da décima quarta emenda da Constituição dos Estados Unidos da Americana. Conforme posição da Corte: “*We conclude that in the field of public education the doctrine of ‘separate but equal’ has no place. Separate educational facilities are inherently unequal. [...]*”<sup>28</sup>.

<sup>25</sup> POST, Robert; SIEGEL, Reva. *Roe Rage: Democratic Constitutionalism and the Backlash*. *Harvard Civil Rights – Civil Liberties Law Review*, 2007. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract//990968>>. Acesso em: 11 dez. 2015.

<sup>26</sup> STERN, Felice A. *Backlash*. *American Speech*, v. 40, n. 2, p. 156-157, May 1965.

<sup>27</sup> A denominação de “*caso Brown versus Board of Education*”, na verdade, foi dada em razão da consolidação de cinco casos versando sobre o tema da segregação racial em escolas públicas de cinco diferentes Estados, quais sejam: *Brown v. Board of Education of Topeka*, *Briggs v. Elliot*, *Davis v. Board of Education of Prince Edward County (VA.)*, *Boiling v. Sharpe* and *Gebhart v. Ethel*.

<sup>28</sup> Disponível em: <<http://www.uscourts.gov/educational-resources/educational-activities/history-brown-v-board-education-re-enactment>>. Acesso em: 14 dez. 2015.

Entretanto, por se tratar de questão polêmica e que dividia a opinião pública à época, verificou-se o efeito *backlash*, principalmente na região sul dos Estados Unidos, o que retardou o progresso racial, pelo menos em curto prazo. A decisão da Suprema Corte criou um ambiente que conduziu ao extremismo político, bem como à violência, tudo como reação legislativa dos Estados sulistas<sup>29</sup>.

Outro caso que se tornou clássico exemplo de decisão judicial que provocou o efeito *backlash* foi *Roe versus Wade* (1973). Nesse caso, a Suprema Corte norte-americana foi chamada a se manifestar sobre o direito ao aborto ou a interrupção voluntária da gravidez. Roe teria sido vítima de estupro e sustentava o direito de interromper sua gravidez; porém, o Estado do Texas, representado por *Wade*, se opunha em razão da existência de lei estadual que proibia o aborto. A Corte estadual decidiu em favor de Roe; porém, recusou-se a estabelecer uma restrição contra a legislação do aborto. A controvérsia demorou a chegar na Suprema Corte, que, por sua vez, firmou precedente histórico ao reconhecer o direito ao aborto ou a interrupção da gravidez voluntária, sob o fundamento de que a maioria das leis contra o aborto nos Estados Unidos violava o direito constitucional à privacidade, garantido sob a cláusula do devido processo legal da décima quarta emenda da Constituição. Assim, aludida decisão impôs a modificação de todas as leis federais e estaduais que restringiam o aborto e que fossem contrárias à decisão da Suprema Corte.

Contudo, verificou-se um forte efeito *backlash* à decisão judicial da Suprema Corte. Grande parte da população e dos setores conservadores da Igreja Católica, após a decisão a favor do aborto, acaba dando luz a políticas deformadas, sendo uma delas a “*Roe Rage*”. Criou-se um discurso de ódio contra o direito das minorias – no caso: mulheres – a realizarem o aborto. De fato, a premissa do *backlash* no caso *Roe versus Wade* é de que algo em relação à declaração judicial de direitos das minorias produz uma especial polarização e virulenta reação por parte dos perdedores que não teriam a mesma resposta caso se desse pela via legislativa. Em outras palavras, a vitória do direito das minorias em casos polêmicos perante a Suprema Corte seria ainda pior do que perder a própria demanda, isto porque os efeitos reacionários provocados acabariam por gerar

---

<sup>29</sup> KLARMAN, Michael. Courts, social change and political backlash. *Hart Lecture at Georgetown Law Center*, March 31, p. 1-11, 2011, Speaker's Notes. Disponível em: <<http://scholarship.law.georgetown.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1001&context=hartlecture>>. Acesso em: 11 dez. 2015.

verdadeiro retrocesso em questões que caminhavam lentamente, porém de maneira progressiva<sup>30</sup>.

Outros casos ensejadores do *backlash* foram *Miranda versus Arizona* (1966), precedente que deu origem ao discurso do esclarecimento do preso; *Furman versus Georgia* (1972), contrário à pena de morte, oportunidade em que gerou respostas legislativas pró-pena de morte em trinta e cinco Estados norte-americanos<sup>31</sup>. Mais recentes, tem-se o caso *Goodbridge versus Department of Public Health* (2003), tratando de casamento de pessoas do mesmo sexo e que influenciou reação legislativa de mais de vinte e cinco Estados americanos. Por fim, o caso *Kelo versus City of London* (2005) versando sobre subordinação de propriedade à sua função social, o que determinou resposta legislativa à decisão da Suprema Corte com mais de quarenta Estados editando normas locais em contradição à pronúncia havida em *judicial review*.

A união homoafetiva mais uma vez foi tema de decisão judicial em 2006, mas foi em junho de 2015 que a Suprema Corte terminou por decidir pela legalização do casamento entre pessoas do mesmo sexo. Em uma decisão histórica, no caso *Obergefell versus Hodges*, a Suprema Corte determinou a liberação do casamento entre pessoas do mesmo sexo nos treze Estados que ainda as proibiam. Com a decisão judicial, as uniões homoafetivas passaram a ser legalizadas em todos os cinquenta Estados americanos. Aludida decisão prevaleceu por cinco votos contra quatro<sup>32</sup>.

Por certo, os setores conservadores empreenderão respostas contra a decisão da Suprema Corte americana, justamente para proporcionar um efeito *backlash*. Contudo, o tema atualmente, ao que parece, após vários anos de debates, desde o caso *Goodbridge versus Department of Public Health* (2003), tem obtido simpatia da população em geral, o que pode garantir sua persistência como conquista das minorias, sem riscos de eventual deslegitimação da decisão da Suprema Corte.

---

<sup>30</sup> GREENHOUSE, Linda; SIEGEL, Reva. Backlash to the future? From Roe to Perry. *UCLA Law Review Disc.* (forthcoming 2013). Disponível em: <<http://www.uclalawreview.org>>. Acesso em: 16 dez. 2015.

<sup>31</sup> KLARMAN, Michael. Courts, social change and political backlash. *Hart Lecture at Georgetown Law Center*, March 31, p. 1-11, 2011, Speaker's Notes. Disponível em: <<http://scholarship.law.georgetown.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1001&context=hartlecture>>. Acesso em: 11 dez. 2015.

<sup>32</sup> Disponível em: <[http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2015/06/150625\\_mudanca\\_legal\\_casamento\\_gay\\_eua\\_pai](http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2015/06/150625_mudanca_legal_casamento_gay_eua_pai)>. Acesso em: 12 dez. 2015.



Portanto, as reações legislativas no caso *Goodbridge versus Department of Public Health* (2003), denominadas de *backlash*, podem ter surtido efeitos à época, mas garantiram a veiculação do dissenso e fomentaram a discussão, o debate e o conflito a ponto de amadurecer democraticamente a população quanto a uma agenda das minorias, de tal forma que o retorno da questão, após mais de uma década, perante a Suprema Corte, seja agora legitimamente incorporado e aceito, o que confirmaria a teoria do constitucionalismo democrático de Post e Siegel.

Com efeito, apresentada a origem do conceito *backlash*, bem como os fatores históricos que o norteiam e, ainda hoje, surgem como advertência para que decisões judiciais da Suprema Corte sejam cuidadosas ao tratar de questões polêmicas que geram paixões na população, passa-se a analisar o contexto de um possível efeito *backlash* decorrente das decisões judiciais do Supremo Tribunal Federal no Brasil.

### 3.2 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E O EFEITO *BACKLASH* NO BRASIL

No Brasil, a atuação mais progressista e liberal do Supremo Tribunal Federal (STF), apontando para um protagonismo judicial cada vez mais importante, principalmente ao longo da última década, acaba por suscitar também as mesmas dúvidas e receios que pairam sobre os doutrinadores norte-americanos. Afinal, diante da possibilidade do efeito *backlash* frente às decisões judiciais do STF em questões polêmicas, não seria melhor evitar-se a arena judicial, garantindo-se o não retrocesso em discussões sensíveis? É justificável que o receio dos julgadores quanto ao efeito *backlash* orientem suas decisões, a ponto de os votos proferidos pautarem-se mais pela eventual reação popular dos setores conservadores da sociedade do que em razões jurídicas?

Defende-se que não. A despeito da teoria do minimalismo judicial de Cass Sunstein e das advertências de Michael Karlman no que tange aos efeitos nocivos que o *backlash* pode proporcionar, tem-se que a experiência já demonstrou, outrossim, principalmente por meio do caso *Roe versus Wade*, que o *backlash* é um elemento com o qual se deve lidar.

Conforme dispõe o constitucionalismo democrático de Post e Siegel, o efeito *backlash* é uma decorrência natural do dissenso. É sabido que, em uma democracia baseada no sistema legislativo bicameral, vigora o princípio majoritário e, invariavelmente, questões de direitos da minoria encontrarão



apenas no Poder Judiciário a possibilidade de pautar questões que são ignoradas pelo Poder Legislativo. A atuação do Poder Judiciário, como contrapeso no sistema democrático, por meio de uma atuação contramajoritária, sempre nos limites da interpretação constitucional, ponderando princípios constitucionais para se alcançar a melhor decisão, afigura-se como elemento maximizador da democracia.

A atuação contramajoritária, ao mesmo tempo em que provoca reações igualmente violentas, permite que questões fora do eixo majoritário sejam pautadas, discutidas. Isso já ocorreu no Brasil e o Supremo Tribunal Federal posicionou-se em uma clara defesa dos direitos da minoria, como, por exemplo, no reconhecimento da validade jurídica das uniões homoafetivas, na descriminalização da antecipação terapêutica do parto, em caso de anencefalia do feto, bem como na decisão favorável à realização de pesquisas científicas com células-tronco embrionárias.

O efeito *backlash* nos casos apontados antes foi perceptível diante da ascensão política de grupos conservadores, havendo, por certo, um risco de retrocesso em determinados temas. A cada “caso difícil” enfrentado pelo Supremo Tribunal Federal, acompanha-se, na arena política, a aprovação de medidas legislativas contrárias ao avanço judicial. Com o reconhecimento das uniões homoafetivas pelo STF, em uma clara reação, iniciou-se a tramitação do denominado “Estatuto da Família”<sup>33</sup>, que pretende excluir as relações homoafetivas da proteção estatal. Quanto à autorização do STF para o aborto de fetos anencéfalos, também fortaleceram-se grupos conservadores favoráveis ao “Estatuto do Nascituro”<sup>34</sup>, com o escopo principal de se proibir absolutamente o aborto e as pesquisas com células-tronco.

À medida que se tem uma postura liberal do STF, cresce também o conservadorismo. É bem provável que se estivesse em um país totalmente liberal, uma posição conservadora do Supremo Tribunal Federal fatalmente geraria um *backlash* liberal, “às avessas”; porém, a sua aplicação mais comum se vislumbra

---

<sup>33</sup> BRASIL. Projeto de Lei nº 6.583/2013, em tramitação na Câmara dos Deputados. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=597005>>. Acesso em: 6 fev. 2016.

<sup>34</sup> BRASIL. Projeto de Lei nº 478/2007, em tramitação na Câmara dos Deputados. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=345103>>. Acesso em: 6 fev. 2016.

com o conteúdo progressista e liberal das decisões judiciais em contraposição aos setores conservadores.

Um papel importante do protagonismo judicial do Supremo Tribunal Federal e o seu posicionamento contramajoritário é realmente expor as mazelas dos discursos reacionários que proporcionam a necessária mobilização social para que se discuta questões polêmicas de forma aberta. Pode até ser que em curto prazo reações adversas sejam tomadas no campo político, visando deslegitimar o Poder Judiciário, inclusive. Porém, mais relevante que isso são os ganhos em longo prazo que tanto o direito das minorias quanto a democracia acabam por alcançar, conforme a experiência norte-americana já demonstrou, por meio do constitucionalismo democrático. Os preconceitos, as barreiras e as questões polêmicas estão presentes e, uma vez provocado, não pode o Poder Judiciário simplesmente “virar as costas” às minorias que dele buscam respostas.

### **3.3 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E COMPORTAMENTO ESTRATÉGICO NO CASO DA DESCRIMINALIZAÇÃO DO PORTE DA MACONHA PARA CONSUMO PESSOAL COMO FREIO A EVENTUAL EFEITO *BACKLASH***

Em agosto de 2015, o Supremo Tribunal Federal iniciou o julgamento do Recurso Extraordinário nº 635.659/SP<sup>35</sup> pela sistemática da repercussão geral que trata de questão sensível e polêmica: a descriminalização do porte da maconha para uso pessoal.

O Ministro Relator Gilmar Mendes apresentou o seu relatório, sendo que logo após foram realizadas sustentações orais pela Defensoria Pública do Estado de São Paulo, pelo Ministério Público do Estado de São Paulo e diversas instituições e organizações não governamentais, figurando como *amicus curiae*, a fim de enriquecer o debate e fornecer subsídios e outros pontos de vista sobre a questão colocada.

No caso concreto sob análise pelo Supremo Tribunal Federal, um detento foi surpreendido na posse de três gramas de maconha no interior do presídio e, conforme a atual lei de drogas vigente no Brasil, foi aplicado o disposto no art. 28 da Lei nº 11.343/2006, que considera crime adquirir, guardar, ter em

---

<sup>35</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4034145>>. Acesso em: 7 fev. 2016.

depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar<sup>36</sup>.

Portanto, apesar da despenalização quanto à figura do uso da droga, no sentido de que o usuário não é punido mais com pena privativa de liberdade, tem-se a manutenção da aplicação das sanções de caráter penal, na medida em que o sujeito se submete à: “I – advertência sobre os efeitos das drogas; II – prestação de serviços à comunidade; III – medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo”. Nesse passo, o mero usuário que adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, conforme nossa legislação, praticará crime, ou seja, conduta típica e com todas as decorrências que lhe são inerentes, sendo uma das mais relevantes o fato de o usuário, uma vez detido, deixar de ser considerado réu primário.

Pois bem, a tese defendida em sede de recurso extraordinário pela Defensoria Pública do Estado de São Paulo consiste no questionamento incidental da constitucionalidade do art. 28 da Lei nº 11.343/2006, uma vez que criminaliza o uso da maconha em violação ao direito fundamental da privacidade

---

<sup>36</sup> “Art. 28. Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas:

I - advertência sobre os efeitos das drogas;

II - prestação de serviços à comunidade;

III - medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo.

§ 1º Às mesmas medidas submete-se quem, para seu consumo pessoal, semeia, cultiva ou colhe plantas destinadas à preparação de pequena quantidade de substância ou produto capaz de causar dependência física ou psíquica.

§ 2º Para determinar se a droga destinava-se a consumo pessoal, o juiz atenderá à natureza e à quantidade da substância apreendida, ao local e às condições em que se desenvolveu a ação, às circunstâncias sociais e pessoais, bem como à conduta e aos antecedentes do agente.

§ 3º As penas previstas nos incisos II e III do caput deste artigo serão aplicadas pelo prazo máximo de 5 (cinco) meses.

§ 4º Em caso de reincidência, as penas previstas nos incisos II e III do caput deste artigo serão aplicadas pelo prazo máximo de 10 (dez) meses.

§ 5º A prestação de serviços à comunidade será cumprida em programas comunitários, entidades educacionais ou assistenciais, hospitais, estabelecimentos congêneres, públicos ou privados sem fins lucrativos, que se ocupem, preferencialmente, da prevenção do consumo ou da recuperação de usuários e dependentes de drogas.

§ 6º Para garantia do cumprimento das medidas educativas a que se refere o caput, nos incisos I, II e III, a que injustificadamente se recuse o agente, poderá o juiz submetê-lo, sucessivamente a:

I - admoestação verbal;

II - multa.

§ 7º O juiz determinará ao Poder Público que coloque à disposição do infrator, gratuitamente, estabelecimento de saúde, preferencialmente ambulatorial, para tratamento especializado.”

e intimidade pessoal, nos termos do art. 5º, inciso X, da CF/1988<sup>37</sup>. Sustenta que, para a criminalização de condutas, há que se exigir, outrossim, o princípio da lesividade, ou seja, que a conduta tipificada como criminosa proporcione lesão a terceiros, o que não ocorreria com o mero uso da maconha, na medida em que no máximo ocorreria a autolesão do usuário, que se encontra fora da atuação do âmbito penal, razão pela qual pugna pela absolvição do acusado por atipicidade da conduta.

Por sua vez, alega o Ministério Público do Estado de São Paulo que o bem jurídico protegido pelo art. 28 da Lei nº 11.324/2006 seria a saúde pública, razão pela qual não haveria que se falar em inexistência de lesividade. A coibição do uso de drogas afigurar-se-ia medida estatal a ser perseguida pelo *jus puniendi* como forma de repressão e prevenção/proteção da própria saúde pública em sentido amplo.

A questão é polêmica e coloca em conflito dois direitos fundamentais: de um lado, a proteção dos direitos a liberdade, intimidade e privacidade pessoal dos cidadãos; enquanto, de outro, os direitos à segurança pública e saúde pública. Já fica evidente que a discussão extremamente sensível e que divide a opinião da sociedade brasileira apresenta-se na arena judicial novamente como pleito contramajoritário, porquanto na arena política, desde 2006, vem se mantendo a política criminal de combate ao uso e tráfico de drogas sob um posicionamento majoritário e criminalizador.

Em voto denso, o Ministro Gilmar Mendes reconheceu a inconstitucionalidade do art. 28 da Lei nº 11. 343/2006, retirando todos os efeitos penais das sanções ali previstas. Entendeu o Ministro que até que o Poder Legislativo regulamente a questão, para se evitar um vácuo jurídico, as medidas previstas no artigo encimado deverão ser aplicadas como meramente administrativas, sem qualquer caráter e efeitos penais. Ressaltou, outrossim, que não se trata de legalização ou liberação do uso de drogas, mas sim apenas a descriminalização do uso. Em outras palavras, o uso de drogas passaria a não ser mais objeto do direito penal, tornando-se conduta atípica. Pontuou que a eventual legalização ou não do tema caberia ao Poder Legislativo e não mereceria ser adentrada

---

<sup>37</sup> “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] X – são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.”

pelo Poder Judiciário. Por fim, destacou que, em função de a lógica jurídica para descriminalização da maconha no caso em concreto ser isonômica em relação a outras substâncias consideradas ilícitas, *posicionou-se, desde logo, pela descriminalização do uso de todas as drogas*, privilegiando o direito fundamental à liberdade, privacidade e intimidade pessoal, além da proporcionalidade da medida, atrelado à inexistência de lesividade que justifique como primeira *ratio* a criminalização<sup>38</sup>.

Verifica-se que a decisão do Ministro Relator demonstra um pujante protagonismo judicial, na medida em que vai além dos lindes do caso concreto, ao concluir pela descriminalização não só do uso da maconha, como também de todas as demais drogas.

Após pedido de vista, o Ministro Edson Fachin proferiu seu voto onde também *concluiu pela descriminalização do uso da maconha, porém manteve a criminalização das demais drogas*. Defendeu a autocontenção da Corte em questões de natureza penal, sob o sustentáculo de que a eventual atuação fora dos limites circunstanciais do caso poderia conduzir a intervenções judiciais desproporcionais. Frisou que não caberia ao Poder Judiciário preencher o vácuo legislativo oriundo da possível declaração de inconstitucionalidade do art. 28 da Lei nº 11. 343/2006, tampouco a fixação de parâmetros de referência para diferenciação do uso e do tráfico de drogas, já que tais ônus caberiam exclusivamente às Casas Legislativas e ao Poder Executivo, conforme a política criminal de combate às drogas adotadas. Destacou que

se está diante de hipótese que tipifica a gravidade das escolhas trágicas. Não há solução perfeita. O desafio ao legislador e à sociedade é definir se a autorização lícita, considerando para tanto a droga vertida no caso concreto, regulamentada e restrita, pode contribuir para principiar a solver o germe de tais questões; meias soluções são apenas remédios efêmeros para problemas graves.

Por fim, concluiu pelo provimento ao recurso para absolver o acusado por atipicidade da conduta, com a declaração de inconstitucionalidade incidental

---

<sup>38</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE635659.pdf>>. Acesso em: 16 dez. 2015.

progressiva do art. 28 da Lei nº 11.343/2006, apenas em relação à maconha, objeto do caso concreto<sup>39</sup>.

Por sua vez, o Ministro Luis Roberto Barroso, por meio de voto didático, *manifestou-se favorável à descriminalização apenas da maconha, atendo-se ao caso concreto, sem tecer quaisquer aprofundamentos acerca das demais drogas*. Também reconheceu que a política de combate às drogas falhou e, portanto, seria preciso uma mudança nas políticas públicas, já que, após quase uma década da implementação da última lei, tem-se o aumento do poder do tráfico, do consumo e a falta de êxito nos tratamentos. Sugere que a descriminalização da maconha seja um teste para verificar na prática como se desenvolveria a questão e, se o Brasil alcançaria ganhos como outros países que também já descriminalizaram o uso, tal como Portugal, Argentina, Uruguai, Peru, Chile, Colômbia, Paraguai, etc. Ressalta em seu voto a necessidade de o Supremo Tribunal Federal estabelecer critério objetivo de aferição de quantidade da droga permitida para uso, sob pena de a discricionariedade concentrada na autoridade policial perpetuar-se quanto a quem seria enquadrado como usuário ou como traficante. Sugeriu que seja considerado como referência para uso próprio a quantidade de vinte e cinco gramas de maconha, bem como a possibilidade de cultivo de até seis pés da planta da maconha fêmea, até que o Poder Legislativo delibere a respeito. Conclui, portanto, pelo provimento do recurso com a absolvição do acusado, declarando-se a inconstitucionalidade incidental do art. 28 da Lei nº 11.343/2006, apenas em relação à maconha<sup>40</sup>. Após, o Ministro Teori Zavascki pediu vista dos autos, interrompendo o julgamento<sup>41</sup>.

Até o momento, três votos do pleno do Supremo Tribunal Federal foram colhidos e o *ponto comum em todos eles consiste na descriminalização do porte da maconha para consumo pessoal*. Por certo se trata de questão que divide a população e causa paixão nas defesas dos pontos de vista antagônicos.

Sob o ponto de vista jurídico, cresce a tendência quanto ao entendimento de que o uso das drogas não merece ser tratado como crime, em observância à prevalência do princípio da liberdade, privacidade e intimidade pessoal, bem

<sup>39</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE635659EF.pdf>>. Acesso em: 16 dez. 2015.

<sup>40</sup> Disponível em: <<http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2015/09/Anotações-para-o-voto.pdf>>. Acesso em: 16 dez. 2015.

<sup>41</sup> Com o falecimento do Ministro Teori, a sucessão do feito dirigiu-se ao Ministro Alexandre de Moraes, o qual já liberou o feito para julgamento desde 23.11.2018.

como em função da inexistência da possibilidade da punição da autolesão no âmbito penal. Tanto que nos três votos foi suscitado o fato de que não cabe ao Estado pautar escolhas morais dos indivíduos, o que feriria a autodeterminação, ou seja, o simples fato de que a utilização da droga seria reprovável moralmente pelo sentimento social, não justificaria sua criminalização. Mas porque então apenas o Ministro Gilmar Mendes foi além no seu voto e entendeu que se caberia a descriminalização do uso da maconha, caberia também o mesmo raciocínio para todas as demais drogas, enquanto os Ministros Edson Fachin e Luis Roberto Barroso – sendo o último geralmente conhecido por seus posicionamentos mais liberais e progressistas – terminaram por demonstrar receio no avanço da questão?

A resposta para tais indagações poderia repousar na verificação de um certo comportamento estratégico tanto do Ministro Edson Fachin quanto do Ministro Luis Roberto Barroso, notadamente com receio de que a decisão do Supremo Tribunal Federal produza o efeito *backlash*, já anteriormente destacado.

O posicionamento do Relator Ministro Gilmar Mendes, ao que parece – ao contrário dos demais Ministros –, demonstrou sua convicção quanto à questão colocada, sem temperar ou reprimir seu posicionamento ao sabor de eventuais reações conservadoras da sociedade contra seu voto, a ponto de ir além do pedido formulado no caso concreto e declarar a inconstitucionalidade do art. 28 da Lei nº 11.343/2006 em relação a todas as drogas, e não apenas à maconha. Aliás, é perfeitamente cabível na análise de um recurso extraordinário sob a sistemática da repercussão geral que a Corte extrapole os limites do pedido formulado para firmar tese acerca de tema, que, para além dos interesses subjetivos da demanda, seja de inegável relevância jurídica, social, política ou econômica, conforme exatamente ocorre com o caso submetido ao Supremo Tribunal Federal.

Como já se viu, para a ocorrência do efeito *backlash* é necessária a existência de certa dinâmica, conforme segue: debate de matéria que divide a opinião pública (no caso drogas), em que o Judiciário profere decisão liberal em defesa de direitos fundamentais; devido à falta de maturidade sobre o tema, a consciência social reage violentamente à decisão judicial com discursos conservadores; a crítica massiva à decisão judicial muda a opinião pública de maneira a influenciar as escolhas eleitorais da população; devido a essa influência, candidatos com discurso conservador ganham espaço no cenário político; ao vencer as eleições, o grupo conservador passa a aprovar leis conforme sua posição; tendo em vista que o poder político também influencia a composição dos órgãos de cúpula do



Poder Judiciário, também abre-se espaço para um retrocesso de entendimento no próprio Poder Judiciário; que, ao final, proporcionará um retrocesso jurídico capaz de criar situação ainda pior do que existia antes da decisão judicial.

Essa visão negativa do efeito *backlash* preconizada por Cass Sunstein e Michael Klarman orientara o voto, principalmente do Ministro Luis Roberto Barroso, já que, em entrevista concedida, uma vez indagado sobre a razão de ter se atido a analisar a descriminalização apenas do uso da maconha, afirmou:

[...] é que eu não sei bem qual é a posição do Tribunal. Nós temos um estilo de deliberação em que as pessoas não conversam internamente. Eu achei que uma posição um pouco menos avançada teria mais chance de conquistar a maioria.

Também tive a preocupação de nós não perdermos a interlocução com a sociedade, que não apoia majoritariamente a descriminalização das drogas. Mas eu acho que em relação à maconha é possível conquistar, nesse momento, com explicações racionais, essa adesão da sociedade. Ao passo que, em relação às drogas mais pesadas, isso seria mais difícil.

Minha posição é que a descriminalização em relação a outras drogas deve ser feita mediante um debate consistente, entre pessoas esclarecidas e informadas, de modo a conquistar a adesão da sociedade, em lugar de funcionar como uma imposição arbitrária do tribunal. Racionalidade, seriedade no debate e consistência nos argumentos produzem melhores resultados que palavras de ordem.

[...]

Entendo a crítica dos especialistas, mas eles precisam considerar que uma decisão da Suprema Corte considerando inconstitucional uma criminalização feita pelo legislador tem que ser uma decisão com algum grau de sintonia com o sentimento social.



Tomar uma medida dessa importância sem a capacidade de trazer a sociedade junto pode acarretar um risco que os autores americanos chamam de *backlash*, que é uma certa reação generalizada que dificulte o respeito e o cumprimento da decisão.

[...]

A decisão sobre aborto nos Estados Unidos teve um *backlash* enorme. Na Alemanha, uma decisão da corte constitucional federal que determinou a retirada dos crucifixos das escolas na Baviera também. Quando você está lidando com sentimento social, tem que acertar a dose, sob pena de não trazer a sociedade junto.<sup>42</sup>

Portanto, a resposta do Supremo Tribunal Federal no caso que lhe foi submetido, sem se arvorar em eventual desagrado ou não da sociedade, por coerência e razão jurídica, deveria se orientar pela descriminalização do uso de *todas as drogas*, e não apenas da maconha. O que se verifica é que, por questões de sentimento social, atrelada a uma conhecida moralidade mais conservadora da sociedade, no que se refere ao tema das drogas no Brasil, justamente para se evitar um efeito *backlash*, entendeu por bem o Ministro Luis Roberto Barroso não avançar no tema com receio de possíveis reações desproporcionais e deletérias que não agregariam em nada o progresso da análise da questão.

A literatura norte-americana reconhece três modelos de comportamento judicial: o modelo legalista, o modelo ideológico e o modelo estratégico. Cada modelo enfatiza a importância de um fator como preponderante para explicar o processo decisório dos magistrados. Verificados na prática, tem-se que os modelos não se excluem, ou seja, o magistrado, na elaboração de sua decisão, pode se valer de todos ao mesmo tempo. O mais comum e esperado é o modelo legalista, pautado pelo fator material jurídico-ortodoxo. Contudo, os que geram mais polêmica são os modelos ideológico e estratégico, na medida em que questões extralegais interferem nas convicções dos juízes<sup>43</sup>.

<sup>42</sup> Disponível em: <[http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2015/09/150914\\_drogas\\_barroso\\_m](http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2015/09/150914_drogas_barroso_m)>. Acesso em: 15 dez. 2015.

<sup>43</sup> MELLO, Patrícia Perrone Campos. Comportamento ideológico e estratégico no Supremo Tribunal Federal. In: SARMENTO, Daniel (Org.). *Jurisdição constitucional e política*. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 273-309.

No modelo ideológico de comportamento judicial, “a ideologia dos magistrados constitui o elemento central, determinante da decisão judicial”<sup>44</sup> e foi inspirado nas ideias do realismo jurídico, corrente de pensamento norte-americano articulada como reação ao excessivo formalismo do modelo legalista. Pelo modelo ideológico, as decisões e os votos dos juízes podem ser explicados e previstos com base em suas convicções ideológicas. Isso é algo relativamente fácil de ser verificado no espaço ideológico norte-americano, já que é bipartido entre democratas (progressistas) e republicanos (conservadores).

No Brasil, por sua vez, não se verifica a polarização ideológica experimentada entre republicanos e democratas no contexto norte-americano, ao menos quanto à matéria constitucional. No cenário brasileiro, essa divisão ideológica com expressão constitucional não resta clara, e, em um cenário político de pouca definição ideológica, a compreensão do *background* dos Ministros do STF pode constituir um elemento importante para a explicação de seu comportamento judicial<sup>45</sup>.

Entretanto, para o caso da descriminalização do porte da maconha para consumo próprio, do ponto de vista ideológico, cumpre apenas ressaltar a notória posição progressista do Ministro Luis Roberto Barroso, que, em contradição com suas convicções ideológicas, entendeu como prudente reconhecer a descriminalização do porte para uso apenas da maconha, mantendo o caráter criminoso em relação a todas as demais drogas. Nesse ponto, verifica-se o claro manejo do modelo estratégico de comportamento judicial.

Existe uma forma mais sofisticada de votação ideológica, que se manifesta quando o juiz opta por não decidir o caso de acordo com suas preferências, por acreditar, por exemplo, que sua tese não receberá a adesão da maioria, e afirma um entendimento mais moderado, que acredita que conquistará tal adesão. Quando atua de tal modo, seu comportamento é não apenas ideológico, mas também estratégico.<sup>46</sup>

---

<sup>44</sup> Ibidem, p. 274.

<sup>45</sup> Ibidem, p. 293.

<sup>46</sup> Ibidem, p. 281.

Trata-se da posição tomada pelo Ministro Barroso. Os estudiosos do modelo estratégico recorrem à *teoria das escolhas racionais* e à *teoria dos jogos* para explicar tal tipo de comportamento. Conforme a primeira teoria, os agentes atuando racionalmente e tendo um conjunto de objetivos que desejam ver realizados, optam por condutas maximizadoras dos benefícios almejados, ou seja, no caso dos magistrados, pretendem influenciar o conteúdo do direito de acordo com suas preferências e, por isso, procuram adotar o comportamento que lhes garanta a consecução de tal objetivo na maior medida possível. Já, pela *teoria dos jogos*,

no caso do juiz, acredita-se que este definirá sua conduta, de acordo com suas preferências ideológicas, mas a partir da reação que espera dos demais juízes (ou dos demais Poderes e autoridades ou agentes com os quais interage), abandonando entendimentos que considera mais adequados e optando por uma segunda linha de abordagem (*second best decision*), se esta favorecer a obtenção de uma decisão que seja satisfatória, ainda que não seja a ideal, do ponto de vista de suas preferências políticas.<sup>47</sup>

Em suma: O comportamento estratégico decorre da observância pelo magistrado de que sua convicção ideológica pode não ser acatada quando de sua decisão pelos demais colegas e, portanto, a fim de maximizar e garantir, ainda que de forma moderada, uma decisão que lhe seja satisfatória, opta pela *second best decision*. Além disso, o magistrado também vale-se do comportamento estratégico, a fim de evitar uma repulsa da opinião pública majoritária, precavendo-se quanto a um possível efeito *backlash* que entende como pernicioso à proteção dos direitos das minorias em curto prazo.

Destarte, direito e política se entrelaçam e em questões politicamente sensíveis, como, por exemplo, a descriminalização do uso das drogas, os juízes decidem no limite entre direito e política, já que, em casos como tais, o conteúdo moral termina por abstrair o conteúdo da lei.

Portanto, verifica-se tanto no voto do Ministro Luiz Roberto Barroso quanto no do Ministro Edson Fachin, ainda que em menor medida, certo comporta-

---

<sup>47</sup> Idem, *ibidem*.

mento estratégico, pautado pelo pragmatismo e consequencialismo, devido ao receio do refluxo social (*backlash*) a que pode ser objeto a decisão judicial do Supremo Tribunal Federal, causando mais prejuízos do que benefícios ao progresso dos direitos em jogo.

Não obstante a posição minimalista dos Ministros apontados, afigura-se perfeitamente possível a aplicação da teoria do constitucionalismo democrático de Post e Siegel<sup>48</sup>. O julgamento do RE 635659/SP apresenta-se como uma oportunidade inigualável de se pautar questão de suma importância, maximizando a decisão judicial do Supremo Tribunal Federal exatamente para provocar um maior debate e por certo conflito acerca do tema. A função do Poder Judiciário em matérias sensíveis é nitidamente contramajoritária, garantindo na pauta de discussões o avanço sobre temas polêmicos e proporcionando que o dissenso, totalmente saudável em uma democracia tão jovem como a brasileira, seja profundamente explorado, a fim de que se garanta o atingimento de um consenso com o inevitável fortalecimento da democracia.

Tramita no Senado Federal o Projeto de Lei nº 236/2012 (novo Código Penal)<sup>49</sup>, em que há expressa previsão de descriminalização do uso das drogas no § 2º do art. 212<sup>50</sup>. Já houve apresentação de emenda da lavra do Senador Pedro Taques para a manutenção da criminalização, o que, por si só, já demonstra as dificuldades de consenso. Apesar disso, em enquete realizada em agosto de 2012 pelo DataSenado para levantamento de opinião dos internautas sobre a descriminalização da produção e do porte de drogas para consumo próprio no

<sup>48</sup> POST, Robert; SIEGEL, Reva. Roe Rage: Democratic Constitutionalism and the *Backlash*. *Harvard Civil Rights – Civil Liberties Law Review*, 2007. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract//990968>>. Acesso em: 11 dez. 2015.

<sup>49</sup> BRASIL. Senado Federal. Disponível em: <<http://www.senado.leg.br/atividade/rotinas/materia/getPDF.asp?t=111516&tp=1>>. Acesso em: 21 dez. 2015.

<sup>50</sup> Exclusão do crime  
“Art. 212. [Omissis]  
[...]

§ 2º Não há crime se o agente:

I - adquire, guarda, tem em depósito, transporta ou traz consigo drogas para consumo pessoal;

II - semeia, cultiva ou colhe plantas destinadas à preparação de drogas para consumo pessoal.

§ 3º Para determinar se a droga destinava-se a consumo pessoal, o juiz atenderá à natureza e à quantidade da substância apreendida, à conduta, ao local e às condições em que se desenvolveu a ação, bem como às circunstâncias sociais e pessoais do agente.

§ 4º Salvo prova em contrário, presume-se a destinação da droga para uso pessoal quando a quantidade apreendida for suficiente para o consumo médio individual por cinco dias, conforme definido pela autoridade administrativa de saúde.”

projeto de lei que reforma o Código Penal brasileiro, os resultados mostraram que 84,92% dos 370.843 votos registrados no *site* do Senado manifestaram apoio à proposta. Por outro lado, quase 56 mil votos discordaram da matéria<sup>51</sup>.

A discussão, portanto, não é desconhecida pelas Casas Legislativas, mas, por se tratar de matéria controversa, acaba por gerar morosidade em sua apreciação e resolução. O Supremo, como catalisador do debate, fomentará a discussão e garantirá um saudável diálogo institucional, na medida em que, em uma democracia, os Poderes Judiciário e Legislativo não devem se encarar como inimigos sobre quem deve dar a “última palavra”, mas sim atuarem de forma complementar, por meio de freios e contrapesos<sup>52</sup>.

Apesar de o julgamento encontrar-se inacabado, faltando colher os votos dos demais Ministros, ao que parece o Supremo Tribunal Federal avançará com a descriminalização do porte da maconha para consumo próprio, levando-se em conta a tendência dos votos até então apresentados. Entretanto, percebe-se que, em razão de certo temor quanto ao efeito negativo de um possível *backlash*, apesar do sentimento pessoal dos Ministros em favor da descriminalização do porte para consumo de todas as drogas, tem-se o firmamento de posicionamentos aquém do que seria o ideal, limitando-se à droga (maconha) constante do caso concreto.

Com efeito, é compreensível e justificável o receio de alguns Ministros de se posicionar de maneira progressista acerca de temas polêmicos, notadamente diante dos limites da autocontenção judicial e da preocupação no que se refere à manutenção de legitimidade e credibilidade do STF. Entretanto, em uma democracia não podem existir ressalvas a temas “tabus”, já que os conflitos e embates fazem parte da normalidade do processo de crescimento democrático do próprio País e de suas instituições, sendo o comportamento estratégico um elemento que apenas postergará o conflito e dissenso inevitável e que merece solução célere, dada a gravidade que envolve, principalmente o tema da descriminalização do porte de drogas para consumo pessoal.

<sup>51</sup> BRASIL. Senado Federal. Disponível em: <[http://www12.senado.gov.br/institucional/datasenado/enquetes/consultarenquete?materia\\_id=quase-85-dos-votos-apoiaram-legalizar-producao-e-porte-de-drogas-para-consumo-proprio](http://www12.senado.gov.br/institucional/datasenado/enquetes/consultarenquete?materia_id=quase-85-dos-votos-apoiaram-legalizar-producao-e-porte-de-drogas-para-consumo-proprio)>. Acesso em: 21 dez. 2015.

<sup>52</sup> SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira. Notas sobre a jurisdição constitucional e democracia: a questão da última palavra e alguns parâmetros de autocontenção judicial. *Quaestio Iuris*, v. 6, n. 2, p. 107-150, 2013.

## CONCLUSÃO

A nova tendência do constitucionalismo definitivamente sedimentou a supremacia judicial, proporcionando uma maior judicialização e, como consequência inerente, uma interpretação mais elástica e aberta dos dispositivos constitucionais, notadamente diante da crescente presença de princípios abstratos e conceitos indeterminados nas Constituições contemporâneas.

Como decorrência da busca da via judicial pela população, com o objetivo de concretização e efetivação de preceitos constitucionais, tornou-se inevitável o surgimento de um certo ativismo judicial, pautado por um agir protagonista, pró-ativo dos magistrados, diante da omissão ou deficiência na implementação das prescrições constitucionais/legais pelos demais poderes.

Dessa tensão na concretização de direitos constitucionalizados, especialmente quando diante de “casos difíceis”, surgem as teorias do minimalismo judicial e constitucionalismo democrático, como bússolas a orientarem o Judiciário na realização de sua vocação. Se, por um lado, o minimalismo judicial prega a autocontenção e uma atuação mais conservadora do magistrado; por outro, o constitucionalismo democrático encoraja a intervenção judicial como novel resposta ao jurisdicionado, garantindo o direito de minorias estigmatizadas em atuação francamente contramajoritária.

Como se verificou, o efeito *backlash*, consistente em uma reação de igual ou maior intensidade a uma mudança tida por ameaça ao *status quo*, geralmente apresenta-se como consequência direta de uma atuação mais ativista dos Tribunais, principalmente quando estes, ao agirem em caráter contramajoritário e em proteção a direitos fundamentais, contrapõem-se a políticas conservadoras que bloqueiam o avanço e a implementação da agenda política de direitos das minorias.

Entretanto, nos termos da teoria do constitucionalismo democrático, tais refluxos sociais são perfeitamente normais de se observarem em curto prazo, gerando realmente conflitos, mas também provocando a abertura do debate sobre questões até então ignoradas, já que sequer discutidas nas arenas políticas, garantindo-se, assim, em longo prazo, a oxigenação do debate de maneira democrática, capaz de proporcionar um real avanço nos temas polêmicos, tal como ocorreu com a questão da união homoafetiva nos Estados Unidos da América do Norte.

O efeito *backlash* também pode ser observado no Brasil e o julgamento do recurso extraordinário de repercussão geral que trata da descriminalização do porte da maconha para uso pessoal apresenta-se como um desses casos paradigmáticos enfrentados pelo Supremo Tribunal Federal. A constatação do comportamento estratégico de alguns Ministros nesse julgamento aponta para o receio de contrariar o sentimento social majoritário presente no Brasil, consistente na manutenção da criminalização do porte para uso das drogas, já que uma descriminalização ampla poderia provocar uma reação virulenta contra o Tribunal, em nítido efeito *backlash*. Talvez daí se justifique o fato de o Ministro Luis Roberto Barroso, cujo posicionamento sempre se pautou por uma agenda progressista, ter reconhecido apenas a descriminalização do porte para uso da maconha, e não em relação às outras drogas, como o fez o Ministro Gilmar Mendes.

De fato, a tomada de um posicionamento progressista/conservador amoldado ao respectivo *background* de cada Ministro afigura-se como o ideal, já que, além de garantir um comportamento legal e ideológico, aponta para a coerência nos julgados. Entretanto, diante da possibilidade de posições ideológicas mais avançadas não convencerem os demais Ministros e atrelado a isso, o receio de que o Supremo Tribunal Federal tenha de enfrentar e arcar com os custos e ônus de um efeito *backlash*, com a perda de sua legitimidade, tem-se como altamente provável que a opção pelos Ministros de um comportamento estratégico apresenta-se como a mais palatável.

A despeito dos receios do refluxo social, valendo-se da teoria do constitucionalismo democrático, acredita-se que o julgamento em pauta apresenta-se como uma excelente oportunidade para a instauração de um debate profícuo, profundo e que efetivamente imponha a discussão da descriminalização do porte de *todas* as drogas para uso pessoal, e não só a da maconha, como uma das prioridades nas agendas políticas. Um atuar do Supremo Tribunal Federal nessa linha provocaria a necessária convulsão social e o respectivo dissenso, ambos capazes de trazer ganhos democráticos em longo prazo. Para que isso seja possível, o STF, com altivez e coragem, deve estar preparado para enfrentar, conscientemente, as fortes reações conservadoras em curto prazo, mas sabendo, outrossim, dos ganhos que a abertura de um debate efetivamente democrático pró-futuro poderá proporcionar.

## REFERÊNCIAS

- BUNCHAFT, Maria Eugenia. Constitucionalismo democrático *versus* minimalismo judicial. *Revista Direito, Estado e Sociedade*, n. 38, 2014.
- DWORKIN, Ronald M. *O Império do Direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- \_\_\_\_\_. *Uma questão de princípio*. 2. ed. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- GREENHOUSE, Linda; SIEGEL, Reva. Backlash to the future? From Roe to Perry. *UCLA Law Review Disc.* (forthcoming 2013). Disponível em: <<http://www.uclalawreview.org>>. Acesso em: 16 dez. 2015.
- KLARMAN, Michael. Courts, social change and political backlash. *Hart Lecture at Georgetown Law Center*, March 31, p. 1-11, 2011, Speaker's Notes. Disponível em: <<http://scholarship.law.georgetown.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1001&context=hartlecture>>. Acesso em: 11 dez. 2015.
- MELLO, Patrícia Perrone Campos. Comportamento ideológico e estratégico no Supremo Tribunal Federal. In: SARMENTO, Daniel (Org.). *Jurisdição constitucional e política*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 273-309.
- POST, Robert; SIEGEL, Reva. Roe Rage: Democratic Constitutionalism and the *Backlash*. *Harvard Civil Rights – Civil Liberties Law Review*, p. 373-433, 2007. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract//990968>>. Acesso em: 11 dez. 2015.
- RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. 3. ed. Trad. Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2008.
- REGO, C. E. R. F.; CRISTIANETTI, Jéssica. *Minimalismo, constitucionalismo democrático e o refluxo social em Roe Rage*. 1. ed. Florianópolis: Conpedi, v. 1, 2014.
- RIBEIRO, Pedro José de Almeida. A política, o direito e a incerteza. *Revista do BNDDES*, Rio de Janeiro, n. 39, p. 255-279, 2013. Disponível em: <<https://web.bndes.gov.br/bib/jspui/handle/1408/2929>>. Acesso em: 11 dez. 2015.
- SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira. Notas sobre a jurisdição constitucional e democracia: a questão da última palavra e alguns parâmetros de autocontenção judicial. *Quaestio Iuris*, v. 6, n. 2, p. 107-150, 2013.
- SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum: 2014.
- STERN, Felice A. *Backlash. American Speech*, v. 40, n. 2, p. 156-157, May 1965.



SUNSTEIN, Cass. *One Case at a Time: Judicial Minimalism on the Supreme Court*. Harvard: Harvard University Press, 1999.

\_\_\_\_\_. *Constitution of Many Minds*. Princeton, NJ: Princeton University Press, 2009.

TATE, C. N.; VALLINDER, T. The Judicialization of Politics. In: \_\_\_\_\_. (Ed.). *The Global Expansion of Judicial Power*. New York: New York University, 1995.

Submissão em: 18.04.2018

Avaliado em: 29.07.2019 (Avaliador B)

Avaliado em: 24.01.2020 (Avaliador E)

Aceito em: 04.08.2020

# FACETAS DA JURISDIÇÃO: DA JUSTIÇA GRECO-ROMANA À APLICAÇÃO POSITIVISTA DA LEI

*JURISDICTION FACETS: FROM GRECO-ROMAN JUSTICE TO POSITIVIST LAW ENFORCEMENT*

**Hilbert Maximiliano Akihito Obara<sup>1</sup>**

Juiz de Direito (TJRS, Porto Alegre/RS, Brasil)

**ÁREA(S):** teoria geral do processo; jurisdição.

*subsumption of the law to the specific case, along the lines of legalistic positivism.*

**RESUMO:** Este artigo tem como objetivo, considerando os pressupostos jurídicos greco-romanos e medievais, bem como a tendência de aproximação do sistema da *civil law* e *common law*, tecer considerações críticas a respeito da jurisdição como resultado de uma atividade interpretativa de subsunção da lei ao caso concreto, nos moldes do positivismo legalista.

**PALAVRAS-CHAVE:** pré-positivismo; interpretação; subsunção.

**KEYWORDS:** *pre-positivism; interpretation; subsumption.*

**ABSTRACT:** *This paper aims, considering the Greco-Roman and medieval legal, as well as the tendency of approximation of the civil law and common law system, to make critical considerations about jurisdiction as a result of an interpretative activity of*

**SUMÁRIO:** Introdução; 1 Justiça e direito na perspectiva greco-romana; 2 O direito natural no Medievo; 3 Legalismo na modernidade; Conclusão; Referências.

**SUMMARY:** *Introduction; 1 Justice and law in the greco-roman perspective; 2 The natural law in the medieval; 3 Legalism in modernity; Conclusion; References.*

---

<sup>1</sup> Mestre e Doutor em Direito pela Unisinos. Professor da Graduação e Pós-Graduação da Unilasalle, Canoas/RS, Brasil. E-mail: hmaobara@hotmail.com. Currículo: <http://lattes.cnpq.br/5577266784113691>. Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-4144-3620>.

## INTRODUÇÃO

A tarefa jurisdicional aglutinou características diversas ao longo da história. Na modernidade, a concepção jurídica positivista legalista teve forte presença, permitindo a admissão do juiz boca da lei, cuja atuação deveria ocorrer por aplicação subsuntiva. O escrito questiona a adequação desse modelo na contemporaneidade. Para tanto, o artigo resgata alguns importantes marcos jurídicos relacionados com a temática, tanto historicamente quanto em modelos correntes, alcançados por meio de pesquisa bibliográfica. O objetivo é de contribuir para o reconhecimento de que a jurisdição hodierna merece novos contornos que não se prendam ao modelo legalista da *civil law*.

A tarefa delineada reconhece a tendência hodierna de aproximação das tradições da *civil law* e da *common law*. Então, buscará, no tronco comum da perspectiva greco-romana e medieval, a ausência de sustentáculos para o modelo da legalidade positivista e de sua jurisdição objetificante. De igual modo, será trazida a crítica moderna dessa matriz jurídica, especialmente em face da comparação com o desenvolvimento do sistema da *common law*.

O ponto de partida está na filosofia helenística, com sua incessante preocupação com o justo, com o equilibrado e isonômico, fonte do jurracionalismo, a permitir a censura ao formalismo de um direito consubstanciado exclusivamente no texto legal. Em um segundo momento, no Medieval, não foi muito diferente, com o direito originando primacialmente da base da sociedade e do reconhecimento do direito natural, resgatando a noção de justiça, tão cara na civilização greco-romana. Nos dois momentos históricos jurídicos a supremacia da justiça torna-se indispensável para o direito, sendo conformadora de quaisquer regras formais. O sistema da *common law* seguiu fortemente essa herança e manteve a confiança na produção jurídica além da legalidade, ocasionando a cisão com o sistema da *civil law*. Ocorre que as críticas ao padrão legalista decisório, tanto à sua falta de elasticidade quanto à subserviência ao poder político, em momento tendencial de reaproximação de tradições, parecem depor contra o modelo criticado.

## 1 JUSTIÇA E DIREITO NA PERSPECTIVA GRECO-ROMANA

A paralisia do paradigma legalista contribui para a crise do direito. No necessário enfrentamento é importante voltar os olhos para o anterior

enfrentamento jurídico do tema, na perspectiva greco-romana<sup>2</sup>. Esse olhar para o passado, todavia, não é em vão. Ocorre com vistas ao futuro, no sentido de nortear o desenvolvimento. Assim, é assumido o pressuposto de que o aperfeiçoamento jurídico deve ser guiado pela tradição<sup>3</sup>, de modo a ser alcançada a desejada concórdia e harmonia social<sup>4</sup>.

O ponto de partida, seguindo a tradição do Direito Ocidental, é o da Grécia. Na antiga Grécia havia a procura incessante da ordem harmoniosa, pelos seus pensadores, em diversos campos de conhecimento<sup>5</sup>. Não podia,

<sup>2</sup> “E mais uma vez, como nos séculos XVIII e XIX, perdura o velho conflito entre a liberdade antiga e a liberdade moderna. Nesse embate, o que se decide é a sorte de uma concepção de vida, ligada a um sistema social em crise, que não despreza, contudo, frente aos padecimentos da enfermidade que o devora, as esperanças de cura radical. Daí não podermos menoscar a importância que têm para os nossos dias o estudo e a compreensão das antigas instituições gregas e romanas.” (BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 140)

<sup>3</sup> “Ora, o drama da sociedade contemporânea, sequiosa de apoio em valores permanentes, põe em relevo um ponto essencial, realçado desde Aristóteles até Cícero, e herdado por tradição relevante da civilização ocidental, de que *natura iuris ab hominis repetenda est natura*. O que significa que, quando está em causa o problema do homem, põe-se, concomitantemente, com mais urgência a indagação dos fundamentos do Direito, e vice-versa. Isto já nos auxilia a compreender que, quaisquer que sejam as diretrizes assumidas pelo jusnaturalismo, o direito natural reduz-se, em última análise, a um problema de antropologia ou, mais especificamente, de axiologia antropológica, visto como a sua configuração necessariamente depende do sentido do valor atribuído ao homem de per si e das conseqüências dessa validade radical. É claro que, consoante a concepção que cada época histórica tem do homem, segundo diversas escalas prioritárias de valores, variará o enfoque do direito natural. Ocorre, todavia, que, no decurso de um mesmo ciclo de cultura, a compreensão jusnaturalista depende do entendimento que cada autor elabora a respeito do ser humano e seus fins, o que torna o direito natural por sua natureza fluido e problemático, isto é, algo que não pode deixar de se pensado, muito embora não possa ser conceitualmente determinado.” (REALE, Miguel. *Direito natural/direito positivo*. São Paulo: Saraiva, 1984. p. 5/6)

<sup>4</sup> “En el mundo antiguo, la realización de una sociedad unida y pacificada definía el ideal político. Honoia, la diosa de la concordia, era celebrada en las ciudades griegas, y en el mundo latino se erigían templos dedicados a la diosa Concordia. En esos diferentes universos, participar es, ante todo, afirmarse como miembro de una comunidad, significa manifestar una pertenencia y expresar adhesión a las instituciones. Es el sentido, en Roma, de la famosa fórmula SPQR, *Senatus populus que romanus*. Quiere decir que el pueblo y el Senado no son más que uno y no implica referencia alguna a lo perteneciente al orden de un mandato o de una delegación.” (ROSANVALLON, Pierre. *La Legitimidad Democrática*. Imparcialidad, Reflexividad y Proximidad. Barcelona: Paidós, 2010. p. 42)

<sup>5</sup> “Os fundadores do estoicismo, que viveram mais tarde nos impérios helenistas e se afastaram dos negócios públicos, ocuparam-se sobretudo com moral. A mesma coisa é verdade de Epicuro, mesmo quando tentou esboçar sua própria teoria da gênese do direito. Admitindo a possibilidade de aplicá-los aos governos das cidades, Pitágoras se interessa pelos números, pelas matemáticas e pela música. Platão, representado pelo famoso quadro de Rafael, tem os olhos voltados para o céu, e, se se preocupa com justiça no Górgias, na República, nas Leis e em outros diálogos, era com uma justiça moral, ou com uma justiça universal, ou com Política, não com o ofício jurídico. No mesmo quadro de Rafael,

portanto, ser diferente em relação ao Direito<sup>6</sup>. O poeta Hesíodo, por exemplo, anunciava que haveria um critério racional ordenador, razão pela qual o homem agia de forma diversa dos animais. Esse critério seria observável na lei, maior dádiva concedida divinamente aos homens, por permitir a paz, submetendo a um árbitro as divergências<sup>7</sup>. Árbitro que em Aristóteles ganha a condição de juiz ao vincular a sua função ao direito. Portanto, esse terceiro deveria ser necessariamente desinteressado, de modo a permitir a equidade e a justiça<sup>8</sup>.

Sem desconhecer que o rico pensamento grego desenvolveu teses diversas, como a do favorecimento das leis da natureza, condicionante de um direito de opressão do mais forte sobre o mais fraco. Nessa linha, Antifo e Cálicles

---

Aristóteles olha para a terra. Dotado desse espírito universal que fez dele o modelo do Filósofo, de uma curiosidade enciclopédica, pouca coisa na vida terrestre escapou às suas observações, e sobretudo não os fenômenos da vida social cotidiana: o comércio, a partilha das riquezas no interior de cada cidade; as defesas dos advogados, cuja análise sua retórica oferece; o comportamento dos pleiteantes e dos juizes, de seus conselhos, as realidades judiciárias. Devemo-lhe ter descoberto o conceito do direito.” (VILLEY, Michel. *O direito e os direitos humanos*. Trad. Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 34/35)

<sup>6</sup> “É um tema eminentemente grego o do direito. Os poetas, os trágicos, os filósofos são como que obcecados pela descoberta, no seio do cosmos, das cidades, ou da história humana, de uma ordem harmoniosa. Poderíamos seguir seu desenvolvimento sob termos diversos, numa multidão de autores.” (VILLEY, Michel. *O direito e os direitos humanos*. Trad. Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 33)

<sup>7</sup> “As concepções jurídicas do período arcaico dos gregos chegaram até nós através das obras épicas de Homero e da poesia de Hesíodo. Naquele tempo se considerava a lei emanada dos deuses, sendo transmitida à humanidade por uma revelação da vontade divina. Hesíodo observou que os animais selvagens, os peixes e as aves se entredevoraram porque desconhecem a lei; mas Zeus, o senhor dos deuses olímpicos, concedeu a lei à humanidade como a sua maior dádiva. Hesíodo contrastava assim o nomos (princípio ordenador) da natureza irracional com o do mundo racional (ou, pelo menos, potencialmente racional) dos seres humanos. Estranho a esse pensamento foi o cepticismo de certos sofistas de uma época posterior, que procuravam extrair um direito de os fortes oprimirem os fracos do fato de na natureza os peixes grandes devorarem os pequenos. Para Hesíodo a lei era um mandamento de paz, fundado na justiça, compelindo os homens a absterem-se de violência e a submeterem as suas divergências a um árbitro.” (BODENHEIMER, Edgar. *Ciência do direito*. Filosofia e metodologia jurídicas. Trad. Enéas Marzano. Rio de Janeiro: Forense, 1966. p. 17/18)

<sup>8</sup> “Qual é, de fato, o ofício do juiz? Ele tem diante de si dois pleiteantes que disputam um pedaço de terra, uma parte de herança, a guarda de uma criança em caso de divórcio, o montante preciso de um crédito, de uma obrigação, uma honra, um encargo público. Em vez de esvaziar pela violência sua divergência, recorrem à justiça, ou seja, ao juiz. E o juiz os dispensará depois de ter, em sua sentença, determinado a parte de cada um. Em seu Comentário do texto de Aristóteles, Tomás de Aquino observará que a justiça particular é mormente a virtude do juiz e dos juristas seus auxiliares, entre os quais, quando as leis têm o objetivo de guiar o trabalho do juiz, cumprirá incluir os legisladores. Dos particulares só é requerido, para serem ‘justos’, ‘executar’ as determinações do direito, cujos autores são os juristas.” (VILLEY, Michel. *O direito e os direitos humanos*. Trad. Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 42/43)

criticaram o direito criado pelo homem, reconhecendo-o como artificial e fortuito, modificável em razão do tempo, das pessoas e das circunstâncias, primando pela isonomia entre os homens, quando a lei da natureza reconhece a desigualdade, dando as ferramentas para que o “mais forte” justifique suas atitudes para além da lei<sup>9</sup>. Teses subjetivistas e relativistas que encontraram oposição ferrenha nos pensamentos de Sócrates e Platão, que na temática da jurisdição, direito e justiça, tem destacada a elaboração de um conceito de justiça baseada em critérios valorativos em prol da sociedade e da coletividade<sup>10</sup>. Sem faltar a indispensável referência à Aristóteles, com sua concepção de justiça e equidade, influenciadora de São Tomás de Aquino<sup>11</sup>, e das concepções jusnaturalistas decorrentes, sempre desafiadoras da perspectiva positivista da estrita legalidade<sup>12</sup>.

<sup>9</sup> “Nítida distinção entre a natureza (*physis*) e a lei (*nomos*) foi estabelecida pelo sofista Antifo. As determinações do *physis* são necessárias e inafastáveis, ensinava êle, porém as do *nomos* derivam do arbítrio humano e não passam de disposições artificiais e fortuitas, modificáveis com o tempo, as pessoas e as circunstâncias. Segundo êle, ninguém pode violar as leis da natureza com impunidade; mas quem viola a lei do Estado não sofre qualquer castigo ou desonra, se não fôr descoberta a transgressão. Implícita neste argumento está a presunção de que as convenções humanas na realidade nada mais são que grilhões da ‘lei’ natural. Partindo de semelhantes premissas, o sofista Cálicles proclamou o ‘direito do forte’ como um postulado básico de direito ‘natural’, em contraposição ao direito ‘convencional’. Na vida animal como na humana, argumenta êsse filósofo, a natureza repousa na inata superioridade do forte sobre o fraco; por outro lado, as determinações legais humanas são ditadas pelos fracos e pelo maior número, porque os fracos são sempre a maioria. As leis procuram tornar os homens iguais, ao passo que pela sua natureza êles são fundamentalmente desiguais. Portanto, o homem forte age apenas de acôrdo com o *physis*, se desdenha as convenções do grupo e se desvencilha das restrições artificiais da lei.” (BODENHEIMER, Edgar. *Ciência do direito*. Filosofia e metodologia jurídicas. Trad. Enéas Marzano. Rio de Janeiro: Forense, 1966. p. 19/20)

<sup>10</sup> “Discutindo com Trasímaco o significado da justiça, na República de Platão, Sócrates consegue impor aos seus ouvintes o argumento de que a definição de justiça feita por Trasímaco está ‘de cabeça para baixo’. Esta era em verdade a opinião refletida de Sócrates e do seu grande discípulo, Platão (429 – 348 A.C.), sobre a maior parte dos ensinamentos dos sofistas: a de que êles haviam ‘invertido’ a significação da verdade, e a de que o seu cepticismo e agnosticismo representavam um perigo para o bem-estar da sociedade e a harmonia da coletividade. O próprio Sócrates se impôs a tarefa de superar o subjetivismo e o relativismo dos sofistas, com a criação de um sistema ético substantivo baseado numa teoria de valores objetivamente verificados.” (BODENHEIMER, Edgar. *Ciência do direito*. Filosofia e metodologia jurídicas. Trad. Enéas Marzano. Rio de Janeiro: Forense, 1966. p. 20)

<sup>11</sup> “O direito (*tò díkaion*) será, portanto, ‘o objeto da justiça’ – escreve Santo Tomás, excelente intérprete do texto de Aristóteles –, a finalidade perseguida; é, dizíamos nós, a ordem, a harmonia, à qual tende a atividade do homem ‘justo’.” (VILLEY, Michel. *O direito e os direitos humanos*. Trad. Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 40)

<sup>12</sup> “O direito natural tem sido uma constante histórica, no sentido de que, apesar de todas as profundas objeções que lhe foram e são feitas, permanece sempre como um problema inarredável dos domínios da cognição jurídica. Mesmo nas épocas de mais arraigado positivismo, quando parecia superada de vez a tese jusnaturalista (tomado este termo na sua aceção ampla, sem reduzi-lo ao racionalismo abstrato

Em Roma, ao ideal organizativo grego pode ser acrescentada, para o desenvolvimento do Direito, a classificação distintiva entre Justiça e Direito, tendo o segundo como meio para alcançar o primeiro. No Direito romano, indubitavelmente, a lei cumpre papel de relevância para o Direito. Porém, o Direito não é confundido com as leis que o compõem, sendo um elemento agregador e permissor de um destaque jurisprudencial<sup>13</sup>. Em sendo assim, em Celso, é permitido defender, no Direito romano, um objetivo de justiça na atuação da lei, no exercício jurisdicional<sup>14</sup>. Em Ulpiano, o conceito de jurisdição também assume o elemento equitativo e de justiça ao impor ao juiz a tarefa de “atribuir a cada um” o seu direito, em que pese, por deturpação do conceito, tenha agregado o aspecto estritamente legalista, mediante a exigência de um

---

pré-kantiano), não se poderá afirmar que, mesmo então, a idéia de direito natural tenha deixado de ser um problema para se converter apenas em uma indagação ilusória, devida à persistência inadmissível de um equívoco.” (REALE, Miguel. *Direito natural/direito positivo*. São Paulo: Saraiva, 1984. p. 1)

<sup>13</sup> “Afinal de contas, a linguagem romana distinguirá o direito (*jus*) e o justo (*o id quod justum est*). O latim dispõe de dois termos, quando o grego só tinha um (*tò díkaion*). O justo é a finalidade perseguida; o direito, o que se conseguiu descobrir e formular positivamente dele. Para Aristóteles, já era a vocação de *Dikaion* ser determinado com maior ou menor imperfeição (*supra*, p. 51-2). Cumpriria concluir disso que em Roma o direito tenha assumido forma de leis? Que os jurisconsultos romanos já estivessem conquistados pelo positivismo jurídico? Não gostaria de subestimar o papel das leis em Roma. Encontra-se em Tito Lívio a sentença que diz que a lei das XII Tábuas seria tido a ‘fonte de todo o direito romano público e privado’. De fato, a lei determina a organização judiciária e o processo: de modo que, sem ela, independente dela, não poderia existir *jus civile*. Em contrapartida, não se poderia sustentar que as sentenças sejam deduzidas das leis, que os fundadores da ciência jurídica romana tenham fechado o direito num sistema legislativo. As leis e o direito constituem esferas distintas (ainda que possam interferir). No *Digesto*, depois dos dois títulos referentes aos princípios do *jus*, vem um terceiro, separado, relativo às leis. Nele começa-se reproduzindo algumas definições do *nòmos*, extraídas dos gregos, relativas à lei que rege a ordem e a moral da cidade. O direito possui uma função própria e órgãos autônomos. É, a título principal, um produto jurisprudencial.” (VILLEY, Michel. *O direito e os direitos humanos*. Trad. Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 63/64)

<sup>14</sup> “Assim como Aristóteles, o jurisconsulto romano tem acesso ao direito pela justiça. O direito constitui um elemento (o objeto ou a causa final) dessa espécie de atividade habitual que a justiça é. Começo da obra: 1) D, I, I, I (tirado das Institutas de Ulpiano): ‘A quem vai trabalhar o direito é necessário conhecer de onde deriva esta palavra: ‘justiça’ (*est autem a justitia appellatum*). Com efeito, segundo a elegante frase do jurista Celso, o direito é a arte do bom e do equitativo (busca de uma proporção justa) – *jus est ars boni et aequi*. Têm razão aqueles que nos chamam de sacerdotes da justiça: pois cultivamos a justiça, professamos o conhecimento do bom e da boa proporção, operando o discernimento do justo e do injusto. Nós, juristas, cultivamos a filosofia verdadeira, não seu simulacro verbal.” (VILLEY, Michel. *O direito e os direitos humanos*. Trad. Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 60)



reconhecimento prévio (legal) do direito<sup>15</sup>. Não é diferente em Gaio que, na classificação de *jus gentium* e *jus civile*, equiparava o primeiro ao direito natural<sup>16</sup>. Ao que pode ser acrescentada a influência estoica, com a vinculação de justiça e isonomia<sup>17</sup>, propiciadora de destacadas reformas políticas e jurídicas<sup>18</sup>.

<sup>15</sup> “D, I, I, 10 (extraído de outra obra didática de Ulpiano). ‘A justiça é uma vontade constante e duradoura’ (essa parte do texto traz ainda uma coloração estoica) ‘de atribuir a cada qual o seu direito’. *Jus suum cuique tribuere*. As três últimas palavras dessa definição são familiares aos moralistas e retóricos da Antiguidade. E decerto muitos a aplicavam à justiça geral, essa virtude social que tendia a que cada qual fosse posto em seu lugar certo e mantivesse seu papel próprio no todo. Mas, para os juristas, trata-se de atribuir a cada qual o seu jus: assim como o verificaremos, uma porção de bens ou ônus exteriores. Mais tarde, os romanistas modernos falsificarão esse adágio, trocando *tribuere* pela palavra *reddere*; devolver ao próximo o que lhe é devido, como se se soubesse de antemão a consistência da dívida. Não! O ofício do juiz é apenas atribuir, logo, determinar os respectivos jura de cada cidadão.” (VILLEY, Michel. *O direito e os direitos humanos*. Trad. Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 61/62)

<sup>16</sup> “O *jus civile* a que se refere Gaio é a lei aplicável unicamente aos cidadãos romanos. O *jus gentium*, por outro lado, era um conjunto de regras aplicáveis nas questões que envolviam pessoas sem a cidadania romana. Eram sobretudo usos, normas e princípios que apresentavam os ingredientes comuns aos sistemas legislativos dos povos com os quais Roma entrou em contato. Toda vez que observavam que uma determinada regra ou uso eram praticadas por um grande número de outras nações, os romanos incorporavam-nos ao *jus gentium*. Como um conjunto de princípios universais ou quase-universais, Gaio equiparava o *jus gentium* ao *jus naturale*.” (BODENHEIMER, Edgar. *Ciência do direito*. Filosofia e metodologia jurídicas. Trad. Enéas Marzano. Rio de Janeiro: Forense, 1966. p. 30)

<sup>17</sup> “Os filósofos estoicos estavam convencidos de que os homens são essencialmente iguais, e que as discriminações entre eles, por conta do sexo, classe, raça ou nacionalidade, eram injustas e contrárias à lei da natureza: Essa idéia estoica da igualdade humana ganhou algum terreno na filosofia política e na jurisprudência do Império Romano. Como se compreende, a influência da filosofia estoica foi apenas um elemento entre outros que geraram a tendência para uma igualdade social ainda um pouco maior, notável no período posterior a Augusto. Mas tendo-se em vista que alguns dos grandes imperadores daquele período, Antonino Pio e Marco Aurélio entre eles e certos juristas, como Papiniano e Paulo, estavam sob o domínio das idéias estoicas, não se deve subestimar a casual correlação entre essa filosofia e o desenvolvimento das idéias humanitárias e de igualdade do Império Romano. Várias tentativas foram feitas para adaptar o direito positivo aos postulados de um direito natural estoico, embora o alcance de tais tentativas se limitasse a determinadas medidas específicas e não afetasse o corpo do direito romano no seu todo ou as suas principais instituições. Porém as da escravidão e da família, particularmente, sofreram a influência da divulgação da nova doutrina.” (BODENHEIMER, Edgar. *Ciência do direito*. Filosofia e metodologia jurídicas. Trad. Enéas Marzano. Rio de Janeiro: Forense, 1966. p. 31)

<sup>18</sup> “Toda evolução histórica é determinada por um grande número de fatores concorrentes e interdependentes, e quase sempre é muito difícil medir exatamente a influência de um determinado fator. Tudo o que se pode dizer é que muitos dos líderes da vida política e jurídica em Roma, no fim da república e no período imperial, estavam sob a influência da filosofia estoica, sendo assim muito provável que essa filosofia humanitária tenha desempenhado algum papel nas reformas sociais e legislativas que se efeturaram nesse período da história romana. Entre as razões sociológicas que talvez expliquem por que a filosofia estoica encontrou tão fértil solo em Roma deve incluir-se a tendência para um império universal, bastante acentuada na última fase da antiguidade, e de que resultou a criação



Finalmente, de modo a espantar qualquer dúvida sobre a influência pragmática do ideal de justiça, basta referir os métodos técnicos romanos da *regulae iuris* e *actiones utiles* utilizados para resguardar a equidade na decisão<sup>19</sup>.

Essas construções jurídicas greco-romanas jamais poderiam servir de base para um viés estritamente legalista, como tentaram fazer crer alguns romanistas modernos. A atuação da lei sempre foi indissociável do objetivo de alcançar a justiça<sup>20</sup>. Com o que a perspectiva criticada acaba, na realidade, afastada de uma base histórica<sup>21</sup>. Por outro lado, o pensamento produzido também

---

do *Imperium Romanum*. O conceito estóico de um estado-universal, com uma cidadania e um direito comum a todos, fundado na razão natural, adquiriu um sentido bem real e nada utópico, naquelas circunstâncias históricas. Estendidos os direitos de cidadania à maioria dos súditos das províncias romanas, no ano 22 da nossa era, a idéia de uma comunidade da humanidade civilizada (*civitas maxima*), em contraposição ao paroquialismo das pequenas cidades-estados dos primeiros períodos, esteve bem próxima da realidade. Não admira, pois, que, sendo assim, as concepções filosóficas dos estóicos, reforçadas com o advento e a propagação das idéias cristãs, tenham produzido um impacto significativo na evolução política e jurídica do Império Romano.” (BODENHEIMER, Edgar. *Ciência do direito*. Filosofia e metodologia jurídicas. Trad. Enéas Marzano. Rio de Janeiro: Forense, 1966. p. 34)

<sup>19</sup> “É nessa perspectiva que são vistos e utilizados dois instrumentos técnicos que remontam aos romanos: as chamadas *regulae iuris* e *actiones utiles*. As *regulae iuris* – às quais Justiniano dedicou um título inteiro do *Digesto*, o último – são critérios gerais de juízo a que o cientista do direito chega na sua tentativa de traçar esquemas organizativos de caráter universal, partindo sempre de uma análise empírica de cada caso concreto. Nos glosadores, o fundamento e a legitimidade da *regula* decorrem da circunstância de que, neles, ‘*eadem aequits vertitur*’, há uma mesma base equitativa. As *actiones utiles* são aquela criação do *ius honorarium* romano mediante as quais o pretor, ao constatar analogias, estendia a tutela processual para além dos casos previstos pelo *ius civile*: um tema extraordinariamente sugestivo para os pluralistas medievais é o da concorrência e integração entre dois ordenamentos e, de fato, é um tema retomado pelos nossos glosadores, e retomado segundo o costumeiro motivo equitativo: a ação útil é uma ficção pretoriana segundo a qual  *fingitur ex aequitate*.” (GROSSI, Paolo. *A ordem jurídica medieval*. 1. ed. São Paulo: Martin Fontes, 2014. p. 209/210)

<sup>20</sup> “Tanto na Grécia como para os romanos, a idéia do direito é solidária da de justiça. A própria linguagem o prova. O *Corpus Juris Civilis* enfatizará esse vínculo: *jus*, derivado de *justitia* (*jus a justitia appellatum*), será notado já nas primeiras linhas do *Digesto*. Pelo menos as duas palavras são aparentadas. Alguns romanistas da época moderna propuseram do termo uma segunda etimologia; quiseram ligar a palavra *jus a jussum*, de *jubeo*, eu ordeno, a fim de identificar o direito ao sistema das leis estatais, ao mando do poder. Mas ela não é muito defensável, porque *jubere*, em latim clássico, não evocava um mando. Em grego, é a mesma palavra, *dikaion*, que traduzimos ora por justo e ora por direito. Nossas linguagens européias não puderam separar-se, nesse ponto, das línguas antigas: o ministério dito da ‘Justiça’ se ocupa do direito. *Recht* ficou ligado, morfológicamente, a *Gerechtigkeit*.” (VILLEY, Michel. *O direito e os direitos humanos*. Trad. Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 35)

<sup>21</sup> Lenio Streck informa a falta de preocupação com o fundamento histórico, inclusive na operacionalização do direito criticado: “Independentemente das respostas que possam ser oferecidas a esses questionamentos, parece claro que esse ‘ecumenismo jurídico’ tem graves consequências no plano da operacionalidade. Por vezes, lidamos com mecanismos sem reconhecer neles o efetivo traço

não era autorizativo da elevação de uma justiça pessoal (arbítrio), ainda que governamental/estatal. Isso porque defendiam um direito objetivo superior a qualquer um, a qualquer poder, permitindo traçar um paralelo com o Estado de Direito da modernidade<sup>22</sup>. O legado, dessa forma, passa por um limite jurídico na atuação de todos, inclusive do julgador, ao mesmo tempo em que enfrenta a estagnação objetiva legalista em razão da perseguição teórica e pragmática da justiça.

## 2 O DIREITO NATURAL NO MEDIEVO

No Medievo houve uma construção jurídica própria, incorporando elementos romanos<sup>23</sup>, mas fundamentalmente agregando uma singularidade originária do *jus commune*<sup>24</sup>.

---

histórico que os conformou” (STRECK, Lenio. *Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 29).

<sup>22</sup> “Aqueles que agora a sustentam usam o velho procedimento de dar nova roupagem a coisas antigas, tentando aproveitar as vantagens apresentadas pela tradição. Evitaremos incursões históricas supérfluas, limitando-nos à análise de alguns dados conhecidos. A Antiguidade grega manteve o ideal do domínio da lei ante o capricho despótico. Assim, os gregos se vangloriavam de serem governados por leis e não por homens (Heródoto), porque as leis são menos apaixonadas do que os homens (Aristóteles). A democracia ateniense apresentou, em certo sentido, o modelo do Estado de Direito frente ao Estado-poder simbolizado por Esparta. Ainda que os direitos individuais não fossem conhecidos pelos gregos, os defensores do Estado Liberal de Direito pretendiam traçar paralelos com a herança grega e, ao menos, apontar antecedentes clássicos para o primado da lei sobre o poder.” (VERDÚ, Pablo Lucas. *A luta pelo direito*. Trad. Agassiz Almeida Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 2/3)

<sup>23</sup> “Com efeito, durante todo o primeiro período medieval, uma corrente jurídica de certo modo romana continuou a viver – elementar, rudimentar, muito distante dos refinados cultismos do *Digesto* – sobretudo em alguns territórios, ao passo que a igreja sempre se nutriu de Direito romano. Se houve uma redescoberta, foi aquela de um Direito romano ‘autêntico’ e de textos ‘autênticos’, filologicamente precisos, segundo aquela que parece ser uma exigência difusa – e não apenas eclesial – da era gregoriana, se houve uma redescoberta, foi aquela do *Digesto* como instrumento operacional, e os historiadores do direito apontam com ênfase, uma data e uma circunstância como relevantes, o ano de 1076 e o chamado Plácito de Márturi, uma assembleia judicial realizada na Toscan, no mosteiro-castelo de Márturi, em cujas datas e circunstâncias o *Digesto* é reapresentado como material utilizável e utilizado na práxis jurídica.” (GROSSI, Paolo. *A ordem jurídica medieval*. 1. ed. São Paulo: Martin Fontes, 2014. p. 193)

<sup>24</sup> “O surgimento do moderno Estado-nação pôs termo à unidade decorrente da aceitação comum do Direito romano-canônico, ou *jus commune*, que perdurou na Europa durante a era feudal e no início da era moderna. O *jus commune*, associado em muitas mentes ao conceito de Sacro Império Romano, foi um direito que transcendeu as diversidades de tribos locais, comunidades e nações. Com a decadência do feudalismo, o advento da Reforma e o conseqüente enfraquecimento da autoridade do Sacro Império Romano, a monarquia centralizadora começou a surgir como o principal tributário da lealdade dos cidadãos.” (MERRYMAN, John Henry; PEREZ-PERDOMO, Rogelio. *A tradição da civil*

A ordem nasce da base social, de forma espontânea, em movimento ascendente inverso, portanto, do direito estatal<sup>25</sup>. Aliás, essa preponderância da forma de conceber o direito, com maior proximidade das pessoas e distanciamento de um poder central estatal, resultou no que Grossi denomina de “relativa indiferença” do regime político medieval para com as regras de convivência locais, onde o governante não tinha sido despertado para o anseio englobante do jurídico, o que acontece com o advento do Estado, em relação à produção e ao monopólio jurídicos<sup>26</sup>. No vácuo estatal, a Igreja Católica fez implementar o seu domínio, nas mais amplas esferas do Medievalo, com sua mensagem de salvação, posta de forma muito bem articulada, de modo a permitir um alcance efetivo em todas as aglomerações populacionais<sup>27</sup>.

---

*law*: uma introdução aos sistemas jurídicos da Europa e da América Latina. Trad. Cássio Casagrande. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 2009. p. 46)

<sup>25</sup> “Eis como devemos abordar o direito medieval: como uma grande experiência jurídica que abriga uma infinidade de ordenamentos, em que o direito – antes de ser norma é comando – é ordem, ordem do social, movimento espontâneo, isto é, que nasce das bases, de uma civilização que protege a si mesma da rebeldia da incandescência cotidiana, construindo para si essas autonomias, verdadeiros refúgios para indivíduos e grupos. A sociedade plasma-se de direito e sobrevive, pois ela mesma, por sua articulação em ordenamentos jurídicos, é acima de tudo direito.” (GROSSI, Paolo. *A ordem jurídica medieval*. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 39)

<sup>26</sup> “O Estado sempre considerou a relevância do direito, do direito como um todo, para a realização de seus objetivos ‘totalitários’, e sempre o incluiu em seus programas: embora com manifestações sensivelmente diferentes, encontramos uma mesma postura básica seja no Estado romano (onde isso ocorre através de vários canais confluentes, sobretudo uma apropriada *iurisprudencia*), seja no Estado liberal moderno, onde o problema da produção jurídica é subtraído a diferentes órgãos, reservado ao próprio Estado e reduzido – em sua quase totalidade – ao único canal obrigatório da lei, expressão da vontade exclusiva do macrocosmo Estado. Este último é exemplo que qualificamos como autêntico absolutismo jurídico, apesar dos pressupostos econômico-jurídicos de cunho tipicamente liberal. Profundamente diferente, por sua vez, é a postura do regime político medieval, o qual, desprovido de anseios e de vocações totalizantes, parece-nos – ao contrário – inclinado a uma relativa indiferença pelo jurídico. Vamos esclarecer melhor: não pretendemos de modo algum dizer que o direito tem um peso relativo na civilização medieval, afirmação que seria desmentida pela centralidade daquele para a caracterização desta. Queremos dizer apenas que o detentor do poder não concebe o direito enquanto tal como objeto necessário de suas atenções e instrumento obrigatório de seu regime; não o identifica como um indispensável *instrumentum regni*. A atenção do monarca, do senhor, da comuna medieval, está voltada sobretudo para aquela área do jurídico naturalmente vinculada ao exercício e à conservação do poder, que hoje identificaríamos na noção genérica de ‘direito público’. Para todo o restante, é evidente uma relativa indiferença e, se preferirmos, o respeito implícito por outras fontes normativas.” (GROSSI, Paolo. *A ordem jurídica medieval*. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 61)

<sup>27</sup> “Ninguém duvida da presença da Igreja (da Igreja Romana, é óbvio) na civilização medieval: em boa parte, essa civilização é criada por ela. No vazio deixado pela ausência do Estado, munida de sua mensagem de salvação, de seu vigor econômico cada vez mais crescente, das suplências sociopolíticas e culturais de que firmemente se investia cada vez mais, a igreja foi uma presença viva, eficaz e abrangente, graças também a uma organização paroquial bastante articulada e universalmente

O domínio referido não passou ao largo do Direito, fazendo prevalecer um viés metafísico/jurídico umbilicalmente atado ao direito natural. Nos mais remotos fundamentos da doutrina cristã, reinante por toda Idade Média, é possível encontrar referências que podem conduzir ao reconhecimento de um direito natural, como em Paulo, que parece admitir um senso moral comum a todos os homens que lhes permite trilhar o caminho do bem independentemente de uma lei formal<sup>28</sup>. Nesse sentido, foi desenvolvido o pensamento de Santo Agostinho e Isidoro de Sevilha, ao reconhecerem a precedência do direito natural, o qual era submisso à lei eterna e divina. O corolário seria o viver em harmonia, muito próximo do caminho do bem referido por Paulo, pressupondo uma comunidade divina, imersa no direito natural originário e equitativo do homem<sup>29-30</sup>. Um novo panorama foi instaurado, com base na contribuição de São Tomás de Aquino, ao ser agregada a imprescindibilidade da racionalidade para o desvelamento do direito natural<sup>31</sup>. A lei formal, produzida pelo homem, desse

---

difundida, que conseguia penetrar até nos mais remotos recessos rurais.” (GROSSI, Paolo. *A ordem jurídica medieval*. 1. ed. São Paulo: Martin Fontes, 2014. p. 135)

- <sup>28</sup> “Os mais remotos fundamentos da filosofia do direito cristão foram assentados vários séculos antes do começo da Idade Média. Numa Epístola de Paulo aos romanos já se encontra uma referência ao ‘direito natural’, em que êle fala de uma ‘lei escrita nos corações dos homens’, admitindo a possibilidade de os gentios, que desconhecem as leis das sagradas escrituras, procederem ‘por natureza de conformidade com a lei’. Esta passagem pode ser interpretada como o reconhecimento de um senso moral inato no homem, o qual, convenientemente aperfeiçoado, o conduz ao bem, mesmo inexistindo para êle uma lei escrita.” (BODENHEIMER, Edgar. *Ciência do direito*. Filosofia e metodologia jurídicas. Trad. Enéas Marzano. Rio de Janeiro: Forense, 1966. p. 35)
- <sup>29</sup> “Essa lei terrena, na opinião de Agostinho deve procurar satisfazer as exigências da lei eterna. Se ela contiver disposições manifestamente contrárias à lei de Deus, suas disposições não terão nenhuma força compulsória, e não deverão ser cumpridas. ‘Privados de justiça, que são os reinos, senão grandes pilhagens?’. Ainda que as leis terrenas tentem cumprir os postulados da *lex aeterna* e fazer justiça nas relações humanas, elas jamais atingirão a perfeição da lei eterna. Numa época qualquer, em um futuro remoto, esperava Agostinho, a *civitas terrena*, a comunidade mundana, será substituída pela *civitas dei*, a comunidade divina. Nesta, vista como uma coletividade de todos os crentes e fiéis, a eterna lei de Deus reinaria para sempre, e a natureza original do homem, contaminada pela falta de Adão, seria restabelecida em toda a sua glória.” (BODENHEIMER, Edgar. *Ciência do direito*. Filosofia e metodologia jurídicas. Trad. Enéas Marzano. Rio de Janeiro: Forense, 1966. p 36/37)
- <sup>30</sup> “Evidentemente a definição, quando se refere à ‘posse comum de tôdas as coisas’ e a liberdade universal, contempla em parte o suposto ‘direito natural absoluto’ dos primeiros tempos da humanidade, visto que, à época em que escreveu Isidoro de Sevilha, nem o comunismo, nem a igual liberdade de todos os seres humanos eram conhecidos, fôsse no país dêle próprio, fôsse em outros.” (BODENHEIMER, Edgar. *Ciência do direito*. Filosofia e metodologia jurídicas. Trad. Enéas Marzano. Rio de Janeiro: Forense, 1966. p. 37)
- <sup>31</sup> “Porém, embora nenhum mortal comum possa conhecer a lei eterna na sua inteira verdade, pode êle ter dela uma noção parcial, mediante a faculdade da razão, de que foi dotado por Deus. Essa participação

modo, não poderia ser despótica, desarrazoada, devendo guardar conformidade com o direito natural<sup>32</sup>. Pensamento que, apesar de tudo, admitia a precedência do mandamento divino, no que não se diferenciava das concepções anteriores<sup>33</sup>.

O panorama foi modificado em um segundo momento medieval, onde houve uma reviravolta jurídica decorrente da redescoberta do estudo do Direito romano. Esse estudo revigorou a linguagem jurídica, exigindo uma técnica mais elaborada, promovendo um caráter científico do Direito<sup>34</sup>. A atuação dos glosadores resultava em uma produção jurídica cada vez mais complexa, em que pese o objetivo primordial fosse apenas o de “esclarecer” o sentido do texto<sup>35</sup>.

---

da criatura racional na lei cósmica é chamada direito natural (*lex naturalis*) por São Tomás. O direito natural é assim apenas um reflexo incompleto e imperfeito dos ditames da razão divina, porém êle habilita o homem a conhecer ao menos alguns dos princípios da *lex aeterna*.” (BODENHEIMER, Edgar. *Ciência do direito*. Filosofia e metodologia jurídicas. Trad. Enéas Marzano. Rio de Janeiro: Forense, 1966, p. 38)

<sup>32</sup> “O direito natural, como um corpo de princípios gerais e abstratos, é complementado na filosofia tomista por diretrizes mais particulares, emanadas de Deus, sobre a maneira de conduzirem os homens as suas vidas. Essa fusão é exercida pela lei divina (*lex divina*), a Lei revelada através das Sagradas Escrituras e registrada no Velho e no Novo Testamento. A última espécie de lei é a humana (*lex humana*). Aquino define-a como sendo ‘um ordenamento da razão para o bem comum, ditado e promulgado por quem tenha a incumbência de cuidar da comunidade’. Destarte Aquino, qual Aristóteles, incorpora o conceito de razão na sua definição da lei. Para que o mandamento governamental tenha qualidade de lei, êle precisa harmonizar-se com algum postulado da razão. Uma lei injusta ou desarrazoada, como a que repugne ao direito natural, não é lei, mas sim uma deturpação da lei.” (BODENHEIMER, Edgar. *Ciência do direito*. Filosofia e metodologia jurídicas. Trad. Enéas Marzano. Rio de Janeiro: Forense, 1966, p. 39).

<sup>33</sup> “Para Tomás de Aquino eram quatro as diferentes espécies de leis: a eterna, a natural, a divina e a humana. A lei eterna (*lex aeterna*) é o ‘plano de governo no Sumo Govêrno’. É a razão e a sabedoria divina dirigindo todos os movimentos e ações no universo. Tudo quanto é sujeito à divina providência é governado e medido pela lei eterna. Na sua integridade, só Deus a conhece. Nenhum ser humano é capaz de saber como ela é, a não ser, talvez, ‘os bem-aventurados que vêem Deus na Sua essência’.” (BODENHEIMER, Edgar. *Ciência do direito*. Filosofia e metodologia jurídicas. Trad. Enéas Marzano. Rio de Janeiro: Forense, 1966, p. 38)

<sup>34</sup> “A primeira – como já dissemos – estava inscrita nas coisas, ou seja, nas exigências reais dos tempos: o costume, factual e particularista, já não era suficiente; eram necessários amplos esquemas de organização, uma linguagem e uma técnica aprimoradas. Se essas arquiteturas gerais e apuradas, esse conhecimento técnico, essa linguagem específica tão elaborada haviam condenado o Digesto ao exílio durante todo o período protomedieval, agora se revelam como bons motivos para reativá-lo. Se antes, em relação aos fatos primitivos emergentes, elas pareciam e eram formas inaplicáveis e até incompreendidas, agora – no final do século XI – a crescente força cultural as tornava cada vez mais compreensíveis, enquanto o novo panorama econômico demonstrava que podiam ser novamente aplicadas.” (GROSSI, Paolo. *A ordem jurídica medieval*. 1. ed. São Paulo: Martin Fontes, 2014. p. 193/194)

<sup>35</sup> “Tantos motivos excelentes para estimular e legitimar uma ‘redescoberta’; tantos motivos excelentes para surpreender os novos juristas do período sapiencial, continuamente inclinados sobre os textos do *Corpus iuris*, redigindo sobre eles exercícios cada vez mais complexos. Não por acaso eles foram

Também houve considerável contribuição para o discurso da ciência jurídica, o direito Justinianeu, que continha um postulado teórico ao qual era agregada a sacralidade e venerabilidade, de modo a permitir ampla aceitação no contexto social e temporal no qual foi inserido<sup>36</sup>. A partir de então, foi enraizada a noção de que o Direito poderia ser uma ciência autônoma<sup>37</sup>, dando origem, em um período de maturação e evolução, ao que Damaska denominou de legalismo lógico<sup>38</sup>. Contudo, seria inexato dizer que, mesmo no final do período medieval,

---

chamados – e mais tarde continuaram a ser assim chamados – ‘glosadores’ e ‘comentadores’, ambos os termos tendentes a sublinhar a referência a um texto a ser glosado e comentado, a identificar – ao menos formalmente – sua atividade científica ao esclarecer um texto.” (GROSSI, Paolo. *A ordem jurídica medieval*. 1. ed. São Paulo: Martin Fontes, 2014. p. 195)

<sup>36</sup> “O direito justinianeu podia ser o momento de validade forte. Poderia ser reconhecido – ainda que simples ‘postulado teórico’ – como a projeção jurídica de uma unidade imperial ainda presente e atuante nos séculos XI-XII, mas sobretudo tratava-se de um conjunto normativo coberto pelo manto de sacralidade e de venerabilidade; sacralidade, pois quem o promove e o promulga é um príncipe extremamente católico, Justiniano I, que propositalmente impregnou a compilação com o seu papel de defensor da fé e nela deixou traços visíveis da plena adesão à dogmática cristã (basta pensar nos títulos do *Codex* sobre a Trindade e sobre as *sacrosanctae ecclesiae*), venerabilidade, pois se trata de um conjunto normativo que remonta a uma Antiguidade percebida como remota e lendária, e por isso coberta com o manto dessa indiscutível respeitabilidade que o sedimentar-se dos séculos confere aos olhos do observador medieval. O corpus iuris apresentava-se em suma, como *auctoritas*: era um repositório sapiencial e normativo corroborado não só pelo decurso do tempo (que na Idade média é sempre dotado de uma enorme força incisiva), mas pela aceitação coletiva; por ser recebido por uma longa corrente de gerações, é desvinculado do particular, é a voz de uma grande *communio* e, por isso, é garantia segura e base sólida.” (GROSSI, Paolo. *A ordem jurídica medieval*. 1. ed. São Paulo: Martin Fontes, 2014. p. 194)

<sup>37</sup> “Las normas de decisión se encontraban en textos diseminados de derecho canónico, como decretos conciliares o pronunciamientos papales, y en algún grado, también en la recopilación del siglo sexto de derecho romano por el emperador bizantino Justiniano. Más importante para nuestros propósitos es el enfoque desarrollado hacia estos textos. Desde luego estos textos datados en períodos y marcos sociales diferentes e inspirados por visiones del mundo y políticas sociales diversas, con bastante frecuencia eran discordantes. Pero la filosofía imperante era que tales discrepancias e incoherencias aparentes eran a menudo superficiales y que, bajo la superficie, el orden racional esperaba ser descubierto. La actitud desarrollada de este modo implicaba que la búsqueda de la solución correcta significaba apoyarse en el análisis testual y en la penetración lógica de su significado. Cada vez más se consideró el derecho como un sistema cerrado autosuficiente, una ciencia.” (DAMASKA, Mirjan. *Las Caras de la Justicia y el Poder del Estado*. Análisis Comparado del Proceso Legal. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2000. p. 57/58)

<sup>38</sup> Mirjan Damaska refere que o legalismo lógico teria tido origem com o surgimento da universidades italianas no final do século XI, referindo a respeito delas que “proporcionaban el ambiente en que los estudiantes, aislados de los mezquinos detalles y responsabilidades de la práctica legal, podían darse el lujo de tratar los textos de la antigüedad clásica con una erudición despasionada y como objetos de indagación intelectual. Pero no se debe olvidar que los estudiante de derecho canónico también se habían dedicado a la actividad de buscar ‘concordancias’ entre ‘cánones discordantes’ mediante un método esencialmente similar de análisis lógico. Su actividad fue motivada no por el deseo de confeccionar teorías o dar conferencias coherentes, sino por el propósito eminentemente práctico de asistir a los altos poderes eclesiásticos en la gestión del aparato



foi concebido um pensamento institucional rígido, com um legalismo inflexível, marcante da influência liberal no Direito. Havia mitigações, como a de um julgador que primava pela consciência, como observado, nas lições apoiadas em São Tomás de Aquino, no direito natural, na justiça e na equidade<sup>39</sup>, noções capazes de trazer contribuições relevantes na crítica ao legalismo moderno<sup>40</sup>.

Em arremate, o vácuo do Império Romano foi, assim, bem utilizado pela Igreja para a consolidação de seu poder<sup>41</sup>, admitindo um direito voltado para as peculiaridades sociais e individuais, portanto, com maior elasticidade<sup>42</sup>, que devia ser alcançada pelo sujeito, mais especificamente pelos representantes de Deus na terra. Havia, assim, mesmo que plantadas as sementes do legalismo objetivista, na segunda fase medieval, com o trabalho dos pandectistas, precipuamente, em razão da crença no direito natural tomasiano, a busca da

---

*emergente*" (DAMASKA, Mirjan. *Las Caras de la Justicia y el Poder del Estado*. Análisis Comparado del Proceso Legal. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2000. p. 58).

<sup>39</sup> "Unas páginas más adelante que el pasaje sobre el derecho natural, cuando trata sistemáticamente de la equidad, Tomás explica que cuando se dice que lo equitativo es mejor que lo justo no se está señalando que pertenezca a un género distinto, sino sólo que es mejor que lo justo tal como está indicado en la ley positiva." (GARCÍA-HUIDOBRO, Joaquín. *Filosofía y Retórica del Iusnaturalismo*. Universidad Nacional Autónoma de México. Instituto de Investigaciones Jurídicas. 1. ed. México, 2002. p. 107).

<sup>40</sup> "Pero también hay una razón positiva, a saber, que es posible que la admisión de ciertos criterios de justicia que valgan más allá del consenso y la ley vigentes nos ayuden a tener un derecho y una política mejores que los actuales." (GARCÍA-HUIDOBRO, Joaquín. *Filosofía y Retórica del Iusnaturalismo*. Universidad Nacional Autónoma de México. Instituto de Investigaciones Jurídicas. 1. ed. México, 2002. p. 120)

<sup>41</sup> "Pode-se concordar pacificamente acerca de um aspecto: essa igreja - que é romana, que muito absorveu da civilização romana, que está familiarizada com o direito romano do qual será, por toda a alta idade Média, seu veículo seguro -, essa igreja recebeu de Roma, como legado, o sentimento da importância do direito e, por conseguinte, a persuasão do direito como consolidador social, como garantia de incisividade na história e - por que não dizer? - também como instrumento de poder." (GROSSI, Paolo. *A ordem jurídica medieval*. 1. ed. São Paulo: Martin Fontes, 2014. p. 139/140)

<sup>42</sup> "A opção pelo direito e a visão instrumental deste apoiam-se numa análise antropológica mais profunda de cunho claramente pastoral. Se o direito canônico deve servir essa criatura extremamente frágil, pecadora, vítima das mais diversas circunstâncias, se deve tornar-se instrumento dela, não pode ser concebido como uma regra igual para todos. A igualdade jurídica de nós, modernos, que é a igualdade burguesa, igualdade formal de pessoas concretamente desiguais, é para a igreja uma monstruosidade. Nos tribunais canônicos de todos os tempos, inclusive nos atuais, seria inconcebível a expressão 'a lei é igual para todos', que nós, leigos, gostamos de ostentar com ingênua vaidade em nossas aulas de direito, porque a lei canônica não pode ser igual para todos se todos não são efetivamente iguais. A lei canônica - que não é uma garantia formal, mas um auxílio substancial - deve levar em conta as *humanae fragilitates* que tem diante de si e, para organizá-las adequadamente, deve amoldar-se a elas, sacrificar a logicidade, a sistematicidade e a unitariedade formais e 'elasticizar-se' como uma roupa que procura se adequar aos diversos corpos subjacentes." (GROSSI, Paolo. *A ordem jurídica medieval*. 1. ed. São Paulo: Martin Fontes, 2014. p. 148/149)

justiça de caráter divino. Essa interessante imbricação entre religiosidade e vida social importou na busca de soluções das controvérsias sociais por meio do alcance racional do direito divino<sup>43</sup>.

Em todo o contexto medieval, a força política e jurídica da Igreja esteve presente, em face das peculiaridade da época, forjando uma aliança entre o divino e o profano<sup>44</sup>, inclusive no Direito, especialmente para o artigo, no processo canônico. A ascendência divina, tendo o papa no topo terreno, foi responsável por um processo clerical de modelo piramidal<sup>45</sup>, onde, desse modo, a confiança na justiça divina, muito além das regras formais, estava entregue, em última análise, ao maior representante da igreja<sup>46</sup>. Então, também no modelo posterior ao helênico, no medieval o legalismo moderno não encontra respaldo. O Medievo, o Direito canônico e o direito natural reforçam a mentalidade de um direito justo e elástico produto do exercício da função do juiz eclesial<sup>47</sup>.

---

<sup>43</sup> “Como corresponde a un sistema de derecho sacro, se esperaba que los jueces de la iglesia temperasen el rigor de las reglas con consideraciones dictadas por la conciencia (aequitas, arbitrium). Pero la dispensa resultante de la rigidez no debe ser interpretada como una desviación apóstata del poder eclesiástico a una discrecionalidad no estructurada y no revisable; las reparaciones de la norma tenían que ser ejercida “en conformidad con la razón” y estaban sujetas a la revisión de los superiores.” (DAMASKA, Mirjan. *Las Caras de la Justicia y el Poder del Estado*. Análisis Comparado del Proceso Legal. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2000. p. 59)

<sup>44</sup> “A Igreja inseriu-se no costume, absorveu-o, mas também o plasmou. Como sociedade religiosa, num mundo ávido do sagrado, conseguiu alojar-se no coração de toda a sociedade civil e quase identificar-se com ela numa fusão bastante singular e harmônica entre sagrado e profano, entre dimensão civil e religiosa.” (GROSSI, Paolo. *A ordem jurídica medieval*. 1. ed. São Paulo: Martin Fontes, 2014. p. 135)

<sup>45</sup> “Como lo expresara otro producto de ese siglo – el surgimiento hacia el cielo de la catedral gótica-, el ordenamiento sería piramidal y ierárquico. El propio término hierarchia, desconocido para los griegos clásicos fue acuñado por un monje sirio para expresar la perfecta estructura del gobierno celestial y también la organización ideal del poder eclesiástico. Por lo tanto, no ha de sorprender que el impulso de la iglesia hacia una unidad mayor lograrse una estructura jerárquica del clero con el papa a la cabeza de la pirámide de poder.” (DAMASKA, Mirjan. *Las Caras de la Justicia Y El Poder del Estado*. Análisis Comparado del Proceso Legal. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2000. p. 55)

<sup>46</sup> “Sem dúvida, este último constitui a maior parte do direito canônico, e é um material jurídico de extraordinária elasticidade nas mãos do superior eclesiástico, seja ele o Pontífice Romano, um bispo ou um juiz canônico, na sua função de aplicar o direito; se esse material baseia-se não num critério de necessidade, mas apenas de utilidade, utilidade para o fiel, é justo e oportuno que o superior tenha o poder – grande, mas funcional – de tornar essa utilidade substancial, adaptando-a às situações concretas inerentes ao próprio indivíduo ou às circunstâncias em que ele estiver inserido historicamente. Por isso, os superiores eclesiásticos às vezes aplicam com severidade e rigor os cânones sagrados: às vezes, pela necessidade dos tempos, toleram que se cometam violações e às vezes, em benefício espiritual do indivíduo ou para evitar um prejuízo coletivo, dispensam a observância da norma.” (GROSSI, Paolo. *A ordem jurídica medieval*. 1. ed. São Paulo: Martin Fontes, 2014. p. 151)

<sup>47</sup> “Só os que se obstinam numa falta de conhecimento comum podem ver no direito canônico apenas um arsenal de noções e institutos teologizantes dotados de algum interesse unicamente para o fiel;



### 3 LEGALISMO NA MODERNIDADE

No cenário histórico da cultura instaladora do paradigma legalista, é comumente destacado, pela doutrina, o período imediatamente posterior ao da Revolução francesa, para a *civil law*, caracterizado pelo desejo de fortificação e consolidação do poder emergente por meio da tentativa de unificação legislativa e implementação de um controle hierárquico judicial rigoroso, de modo a alcançar a aplicação das regras objetivamente postas<sup>48</sup>. A perspectiva idealizada de liberdade e igualdade, em face da opressão autoritária dos monarcas, pela força da lei emanada do povo, foi desacreditada pela revelação de que a lei, antes de refletir a vontade do povo, acaba servindo aos interesses daquele(s) detentor(es) do poder estatal<sup>49</sup>, podendo ser utilizada, portanto, como instrumento para atendimento de fins questionáveis, para dizer o mínimo, como nas experiências totalitárias do período moderno.

Na experiência revolucionária contra a monarquia, a oligarquia judicial, muitas vezes, acabava impedindo, por meio da atividade de “interpretação”<sup>50</sup>, o

---

ao contrário, como procuramos demonstrar, o direito canônico é também (ou se traduz também) uma mentalidade jurídica. A posição central da equidade canônica, verdadeira norma constitucional não escrita; o sentimento constante da variabilidade do direito humano; a consequente e necessária elasticidade deste e o papel relevante do juiz aplicador são pontos indiscutíveis que ultrapassam os limites restritos da sociedade eclesial, penetrando na ordem jurídica da sociedade civil, estimulando-a e permeando-a.” (GROSSI, Paolo. *A ordem jurídica medieval*. 1. ed. São Paulo: Martin Fontes, 2014. p. 265)

<sup>48</sup> “En la gran mayoría de los países continentales los funcionarios judiciales se hicieron profesionales de carrera. La participación lega en los procesos judiciales, allí donde llegó a sobrevivir, se redujo a la insignificancia o a un ritual. Los funcionarios judiciales, ahora organizados en una jerarquía, dejaron de ser percibidos como independientes del centro del poder del Estado. Y a diferencia de los jueces de la iglesia, los adjudicatores seculares dejaron de estar autorizados a adaptar las ordenanzas y otras fuentes legales para que se conformaran con su conciencia. Se pensaba que la integridad de una autoridad central poderosa requería un gobierno mediante reglas.” (DAMASKA, Mirjan. *Las Caras de la Justicia y el Poder del Estado*. Análisis Comparado del Proceso Legal. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2000. p. 62)

<sup>49</sup> “Não existe lei que não seja uma expressão de desigualdade. À esse respeito, a lei é um verdadeiro reflexo do poder estatal, que também só tem em mira regular a coexistência de grupos raciais e sociais desiguais, mediante a soberania do grupo mais forte sobre o mais fraco. A lei não pode surgir fora do estado, porque é essencialmente o exercício do poder estatal. As noções de ‘direito natural’ e de ‘direitos inalienáveis’ são produtos absurdos de pura imaginação, declarou Gumplowicz, e tão desprovidos de sentido quanto os conceitos de ‘livre arbítrio’ ou ‘razão’. A presunção de que a lei se preocupa com a criação da liberdade e de igualdade entre os homens é uma manifestação de ilusão espiritual. Verdadeiro é exatamente o contrário.” (BODENHEIMER, Edgar. *Ciência do direito*. Filosofia e metodologia jurídicas. Trad. Enéas Marzano. Rio de Janeiro: Forense, 1966. p. 125/126)

<sup>50</sup> Mirjan Damaska ressalta o lamento de Voltaire a respeito do defeito narrado: “El hiperbólico lamento de Voltaire, dirigido a esta característica del panorama legal, se hizo famoso: ‘Hay tantas interpretaciones de la ley

romantizado objetivo do povo expressos na lei<sup>51</sup>. De modo diverso, o que acabava ocorrendo era a obstacularização dos interesses da burguesia ascendente<sup>52</sup>. Então, de qualquer modo, era necessário afastar a “perniciiosidade” da atividade interpretativa, que acabava interferindo nos objetivos políticos governamentais, tornando o juiz, exclusivamente, *la bouche de la ley*<sup>53-54</sup>. A revelação referida traz elementos para a racionalização no momento presente, a respeito da conveniência da manutenção da limitação da atividade “interpretativa” do direito sobre os

---

*como cidade’ (il y ait autant des jurisprudences que de villes)”* (DAMASKA, Mirjan. *Las Caras de la Justicia y el Poder del Estado*. Análisis Comparado del Proceso Legal. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2000. p. 63).

<sup>51</sup> “Na França, a aristocracia judicial foi um dos alvos da Revolução não apenas em razão de sua tendência em se identificar com a aristocracia rural, mas também porque os juízes falhavam em distinguir claramente entre aplicar e produzir o direito. Como resultado desta deficiência, frequentemente frustravam-se os esforços da Coroa para unificar o reino e dar efetividade às reformas legislativas relativamente ilustradas e progressistas. Os juízes recusavam-se a aplicar as novas leis, interpretavam-nas contrariamente à sua finalidade ou criavam obstáculos à sua execução pelos funcionários da administração. Montesquieu e outros desenvolveram a teoria de que a única forma segura de prevenir este tipo de abuso era, primeiro, separar o Legislativo e o Executivo do Poder Judiciário e, em seguida, regulamentar cuidadosamente o funcionamento do Judiciário para assegurar que este ramo ficasse restrito a aplicar o direito elaborado pelo legislador e não interferisse nas funções administrativas dos membros do executivo.” (MERRYMAN, John Henry; PEREZ-PERDOMO, Rogelio. *A tradição da civil law: uma introdução aos sistemas jurídicos da Europa e da América Latina*. Trad. Cássio Casagrande. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 2009. p. 41)

<sup>52</sup> “Não existe lei que não seja uma expressão de desigualdade. À esse respeito, a lei é um verdadeiro reflexo do poder estatal, que também só tem em mira regular a coexistência de grupos raciais e sociais desiguais, mediante a soberania do grupo mais forte sobre o mais fraco. A lei não pode surgir fora do estado, porque é essencialmente o exercício do poder estatal. As noções de ‘direito natural’ e de ‘direitos inalienáveis’ são produtos absurdos de pura imaginação, declarou Gumpłowicz, e tão desprovidos de sentido quanto os conceitos de ‘livre arbítrio’ ou ‘razão’. A presunção de que a lei se preocupa com a criação da liberdade e de igualdade entre os homens é uma manifestação de ilusão espiritual. Verdadeiro é exatamente o contrário.” (BODENHEIMER, Edgar. *Ciência do direito*. Filosofia e metodologia jurídicas. Trad. Enéas Marzano. Rio de Janeiro: Forense, 1966. p. 125/126)

<sup>53</sup> “No obstante, mientras que el antiguo régimen no se oponía a la desenfadada creación de normas por parte de las cabezas de las pirámides judiciales (arrêts de règlement), la doctrina revolucionaria de separación de poderes exigió el cambio. La rama judicial debería limitarse a la aplicación de normas con total prohibición de introducirse en la función de hacer políticas de la legislatura. En teoría, a los tribunales se les prohibía interpretación de las leyes: el juez es sólo la bouche (la boca), no le cerveau (el cerebro), de la ley.” (DAMASKA, Mirjan. *Las Caras de la Justicia y el Poder del Estado*. Análisis Comparado del Proceso Legal. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2000. p. 62)

<sup>54</sup> “De manera general y de modo latente, la verdadera doctrina de la libertad judicial desde las más altas opiniones legales, ha encontrado su hogar espiritual en el entorno de los funcionarios del legalismo lógico: requiere la exaltación de las normas libres de contexto y la creencia en que la creación y la aplicación de estas normas pueden ser tajantemente separadas.” (DAMASKA, Mirjan. *Las Caras de la Justicia y el Poder del Estado*. Análisis Comparado del Proceso Legal. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2000. p. 68)

perigos da visão de uma jurisdição subserviente aos interesses do poder político governamental.

O arquétipo legalista pressupunha a criação de um conjunto de regras tão amplas que fosse capaz de contemplar todas as condutas juridicamente relevantes, dando ensejo ao movimento de codificação. O grande destaque, em face de sua enorme abrangência territorial e influência, foi o Código francês napoleônico<sup>55</sup>, constituindo o que foi denominado de família jurídica francesa, em face de estarem acobertadas por características comuns centradas na confiança em uma normatização abstrata decorrente de uma ciência autônoma e autossuficiente proveniente exclusivamente do Estado<sup>56</sup>, reforçando o desejo monopolista governamental a ser visto com o olhar crítico aguçado.

---

<sup>55</sup> “A família romântica, francesa em sentido lato, surgiu da expansão ou do papel de modelo dos grandes códigos napoleônicos; hoje, ela constitui, depois do anglo-saxónico e do russo, o círculo jurídico com maior expansão mundial. A sua actual zona de influência engloba quase todos os países românicos da Europa (com excepção da Suíça romântica) e da América latina (com certas reservas, sobretudo, no Brasil e no Peru), bem como quase todos os territórios do antigo império colonial francês em África e no Leste asiático. A sua influência estende-se, para além disto, na Europa, aos actuais Estados do Benelux (Bélgica, Países Baixos, Luxemburgo) e a parte da Europa balcânica (Romênia); na América do Norte, a parte das antigas zonas de ocupação francesa até aos inícios do século XIX (Luisiana, as províncias canadianas de Quebec e Montreal); e, no Próximo Oriente, aos países de forte influência cultural francesa (Egito, Síria e Líbano).” (WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. 2. ed. Trad. A. M. Botelho Hespánha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1967. p. 573)

<sup>56</sup> “Caracterizam esta família jurídica, por um lado, a recepção ou a influência do trabalho de codificação napoleónica, que por sua vez se baseara na reformulação sistemática do direito comum e dos costumes, bem como nos ideais do direito penal do primeiro liberalismo; por outro lado, uma cultura judicial marcadamente político-forense. Este estilo é assinalado pelos factos de o advogado, em evidência na vida pública pela sua eloquência forense, pertencer também à elite política e dominar largamente a vida pública, de a função de procurador público constituir, em maior medida que na Europa central, uma função dependente do governo e de a alta magistratura mostrar um espírito de corpo mais fechado do que no resto do continente. Por razões diferentes das do mundo anglo-saxónico, o direito constitui também por isso um importante factor de integração social e política, pois é precisamente a ordem jurídica abstracta que se transforma na salvaguarda das liberdades burguesas. A ciência jurídica cabe aqui uma influência menor do que a do foro e da magistratura, em relação ao que acontecia na época clássica da pandectística alemã. Consequentemente, os inconvenientes típicos do racionalismo do continente revelam-se não tanto num doutrinário científico como num formalismo auto-suficiente e num legalismo abstracto. Todas essas particularidades asseguram hoje aos juristas latinos, sobretudo aos franceses, um especial impacto no grémio internacional.” (WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. 2. ed. Trad. A. M. Botelho Hespánha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1967. p. 573/574)

O referido modelo é refletido no pensamento do influente processualista Chiovenda<sup>57</sup>. O jurista afirma que a jurisdição implica em atuar a vontade abstrata da lei ao caso concreto, pressupondo o alcance da “certeza” objetiva dos fatos para tornar concreta a lei por meio de uma atividade substitutiva<sup>58</sup>. O pensamento expressado foi seguido fortemente no processo moderno<sup>59</sup>, no Brasil e em todos os países inseridos na tradição da *civil law*, tendo como corolário a admissão da interpretação como instrumento jurídico apto a alcançar o sentido unívoco da lei, em que o texto legal correntemente alcança a condição de direito<sup>60</sup>.

No sistema da *common law*, o principal fator diferencial da *civil law* decorre da inexistência de um rompimento brusco do Estado autoritário para o liberal. O modelo anglo-americano não decorreu de revolução, fato que afastou o

---

<sup>57</sup> AROCA, Juan Montero. *El Derecho Procesal em el Siglo XX*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000. p. 445/446.

<sup>58</sup> CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Ed. Bras, t. II, 1965, p. 12; e *Principii di Diritto Processuale Civile*. Le azioni, Il Processo di Cognizione. Editore Jovene, 1923. p. 301.

<sup>59</sup> “Lembre-se que o fim da jurisdição, para a doutrina chiovendiana e pós-chiovendiana, era o de dar ‘atuação à lei’. A impossibilidade de se conceder a tutela do direito com base em verossimilhança ou antes do exaurimento do processo de conhecimento teve por base, além de outras coisas, a suposição de que o único julgamento que poderia ‘atuar a lei’ só poderia ser posterior à verificação da existência do direito. Na trilha do direito liberal, o processo deveria conter somente um julgamento, realizado apenas após a elucidação dos fatos componentes do litígio. O julgamento posterior à cognição sempre foi associado à ideia de ‘busca da verdade’. A ‘certeza’ do juiz seria pressuposto da sua capacidade de ‘enunciar a lei’. De modo que a garantia de liberdade e de segurança, neste caso, estariam em um julgamento que, a partir da ‘descoberta da verdade’, atuasse a vontade da lei.” (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Processo cautelar*. Curso de processo civil. 3. ed. Revista dos Tribunais, v. 4, 2011. p. 55)

<sup>60</sup> “A ideia de método, contudo, apesar da necessidade de uma instrumentalidade, foi a que mais se alastrou, não sendo raro encontrá-la entre os processualistas mais seguidos pelos lidadores do Direito. Na verdade, essa é a regra. A hermenêutica, portanto, ainda tem sido vista como um estudo com sistematização de procedimentos aplicáveis para determinar o sentido e o alcance das expressões do Direito. Ainda é considerada um ‘roteiro’ para interpretação da norma à luz do fato concreto. Nessa linha de pensamento, também o raciocínio do juiz é um silogismo. Esse tipo de visão é corrente nos países em que o Direito provém da matriz romano-germânica, como é o caso do Brasil e dos países da Europa Continental. Nelas, a lei é a fonte primordial do Direito. Todos esses países surgem como sendo países de direito escrito. Os juristas procuram, antes de tudo, descobrir as regras e soluções do direito estribando-se nos textos legislativos ou regulamentares emanados do parlamento ou das autoridades governamentais ou administrativas. A função dos juristas, fundamentalmente, é descobrir, com o auxílio de vários processos de interpretação, a solução que em cada caso corresponda à vontade do legislador.” (HOMMENDING, Adalberto Narciso. *Fundamentos para uma compreensão hermenêutica do processo civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 56/67)

temor da interpretação judicial criadora de obstáculos políticos<sup>61</sup>. Muito antes o contrário, era esperada uma atuação judicial mais próxima dos casos concretos e das pessoas<sup>62</sup>, sem tantas exigências objetificantes a limitar a atuação judicial<sup>63</sup>. Na Inglaterra, desde o século XVII, a corrente política vitoriosa (*whig*) limitou os poderes do monarca passando para o parlamento, justificando a limitação pelo Direito e não pelo político (liberdade e igualdade)<sup>64</sup>. Esse direito objetivo era o

<sup>61</sup> “Pero el temor de ‘politizar’ indebidamente la administración de justicia está tan arraigado que parece indeseable dar poder a jueces ordinarios (reales) para que eliminen leyes inconstitucionales. En cambio, se ha dado este poder a un tribunal superior y especializado, considerado no tanto como un auténtico tribunal, sino como un organismo superlegislativo.” (DAMASKA, Mirjan. *Las Caras de la Justicia y el Poder del Estado. Análisis Comparado del Proceso Legal*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2000. p. 121)

<sup>62</sup> “Hagamos una breve pausa para recapitular. Los procedimientos adaptados a las necesidades de los funcionario paritarios se centran en torno a un nivel único de poder: el juicio es el punto focal de todo el proceso y preferentemente se desarrolla sin interrupción. Su preparación no es responsabilidad de una rama especializada de la justicia, ni de otros funcionarios públicos especializados, y queda relegada a las partes implicadas en el caso. Por lo tanto los jueces necesariamente llegan a los casos sin estar preparados y no son capaces de hacerse cargo de recoger pruebas y actividades similares, por lo menos inicialmente. Como resultado, los que preparan un juicio – las partes o sus asistentes forenses – también presentan pruebas a los órganos decisorios. Se prefieren los testimonios directos y la comunicación oral a los registros de pruebas (pruebas documentales) y declaraciones escritas. Sin mecanismos regulares de revisión, las partes insatisfechas con la sentencia deben intentar persuadir al juez para que reconsidere el caso, o intentar frustrar la ejecución de la sentencia en procesos colaterales. La mezcla sencilla de la acción privada u oficial hace que las fronteras exteriores del proceso sean indistintas y contengan elementos de la empresa procesal privada. Además, pese a que aspectos del juicio podrían estar sujetos a extensas reglamentaciones técnicas, estas reglamentaciones pueden ser fácilmente desplazadas por las normas invocadas por los funcionarios paritarios según su discreción.” (DAMASKA, Mirjan. *Las Caras de la Justicia y el Poder del Estado. Análisis Comparado del Proceso Legal*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2000. p. 116/117)

<sup>63</sup> “En retrospectiva, este capítulo ha dado el perfil del proceso legal adaptado al espíritu y la metodología del poder jerárquico. La señal distintiva de tales procedimientos jerárquicos es que se han estructurado como una sucesión de etapas, que se revelan ante funcionarios encerrados en una cadena de subordinación. La decisión inicial no es un punto focal, que ensombrezca la importancia de lo que precediera o lo que pueda seguir. El expediente del caso es el nervio central de todo el proceso, que integra los distintos niveles de tomas de decisión. Si cuando un caso se mueve de un nivel a otro, la información contenida en el registro escrito es negada a los funcionarios, el proceso jerárquico podría perder orientación. La ecuación de la actividad procesal con la acción bajo supervisión oficial es también típica de los procesos jerárquicos. La delegación de cualquier paso procesal a extraños es inapropiada e incluso repugnante. La empresa procesal privada es, por tanto, un oxymoron en el léxico del poder jerárquico.” (DAMASKA, Mirjan. *Las Caras de la Justicia y el Poder del Estado. Análisis Comparado del Proceso Legal*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2000. p. 101)

<sup>64</sup> “A luta travada na Inglaterra do século XVII contra o absolutismo monárquico teve uma característica fundamental: foi acompanhada de uma retórica que não pôs diretamente a ênfase sobre a liberdade e os direitos subjetivos, mas levantou como sua bandeira o direito objetivo.” (SANTORO, Emilio. *Rule of law e “liberdade dos ingleses”*. A interpretação de Albert Venn Dicey. In: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo (Org.). *O Estado de Direito. História, teoria, crítica*. São Paulo: Martin Fontes, 2006. p. 201).

*common law*, o direito originário, reconhecível pelos tribunais, fonte de liberdade<sup>65</sup> e de proteção do cidadão contra os desmandos governamentais<sup>66</sup>. Ocorre que surgiram correntes que acabaram por reconhecer a soberania do parlamento, sem qualquer condicionante<sup>67</sup>, aposta muito próxima do legalismo da *civil law*. Todavia, imperou o entendimento de que o parlamento era condicionado pela jurisprudência, que era inarredável a submissão parlamentar ao *common law*, cabendo-lhe, no máximo, no papel de corte maior, reelaborar e nunca criar o direito<sup>68</sup>. No aspecto jurisdicional, nunca foi admitido, na *common law*, o juiz boca da lei. O constante reconhecimento da cisão de direito e lei nunca colocou o órgão legislativo como o exclusivo produtor do direito. A produção do direito podia ser, assim, judicial e legislativa, respeitando a autonomia de ambas, mas a

<sup>65</sup> “A liberdade é apresentada como o reflexo de um direito e de uma administração da justiça que ‘tornam os sujeitos livres’. É a partir da ordem objetiva das normas e das ações de tutela dos tribunais que o sujeito obtém aquela proteção que, para Coke, constitui o ‘direito originário’ graças ao qual cada um pode proteger os seus bens, a terra, a mulher, os filhos, o corpo, a vida e a honra contra as agressões.” (SANTORO, Emilio. *Rule of law* e “liberdade dos ingleses”. A interpretação de Albert Venn Dicey. In: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo (Org.). *O Estado de Direito*. História, teoria, crítica. São Paulo: Martin Fontes, 2006. p. 201/202)

<sup>66</sup> “O *common law* era tido como verdadeira fonte da liberdade, acreditado como o aparelho jurídico capaz de limitar o poder do monarca e de proteger a liberdade dos indivíduos. A retórica *whig* deve a própria legitimação ao fato de que no século XVII o *common law* já tinha praticamente anulado as diferenças feudais de *status*, garantindo, com exceção das mulheres, a quase total igualdade dos ingleses perante a lei.” (SANTORO, Emilio. *Rule of law* e “liberdade dos ingleses”. A interpretação de Albert Venn Dicey. In: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo (Org.). *O Estado de Direito*. História, teoria, crítica. São Paulo: Martin Fontes, 2006, p. 202)

<sup>67</sup> “A constituição inglesa, portanto, por definição, enquanto centrada na soberania do Parlamento, não pode prever nenhum elenco de direitos fundamentais intangíveis. A soberania do Parlamento, é, segundo Dicey, incompatível com a existência de um pacto fundamental que defina as competências de qualquer autoridade. Não existe nenhum limite ao poder legislativo do Parlamento, não existe *a fortiori* nenhum órgão que possa declarar nula, uma norma legislativa por esta ter violado os princípios constitucionais e em particular os direitos fundamentais dos cidadãos.” (SANTORO, Emilio. *Rule of law* e “liberdade dos ingleses”. A interpretação de Albert Venn Dicey. In: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo (Org.). *O Estado de Direito*. História, teoria, crítica. São Paulo: Martin Fontes, 2006, p. 218)

<sup>68</sup> “Nesse processo, Cortes e parlamento não desempenharam o mesmo papel e não devem, por isso, ser colocados no mesmo plano. O Parlamento, na qualidade de órgão legislativo, limitou-se, de fato, a receber e sistematizar a elaboração jurisprudencial das Cortes e quando participou, de modo criativo do processo de constitucionalização dos direitos, o fez como *High Court* do país, e não como órgão legislativo, reelaborando, portanto, o *common law*, e não ‘criando’ um novo direito.” (SANTORO, Emilio. *Rule of law* e “liberdade dos ingleses”. A interpretação de Albert Venn Dicey. In: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo (Org.). *O Estado de Direito*. História, teoria, crítica. São Paulo: Martin Fontes, 2006. p. 224)



afirmação do *rule of law*, por meio da atividade judicial, foi o ininterrupto estofo da *common law*<sup>69</sup>.

Possível estabelecer um liame da *common law* como direito natural, na medida em que ambos admitem um “substrato” preponderante, que deve ser respeitado pelo direito formal, sob pena de invalidade<sup>70</sup>, resultando, pragmaticamente, em uma primazia judicial<sup>71</sup>. Situação que veio a ser complementada na experiência norte-americana, em que, no século XX, foi concebida uma noção construtiva do Direito dentro de parâmetros interpretativos constitucionais, em contraposição à suposta maior abertura decorrente da *common law*, da aplicação da *rule of law*. Nessa nova perspectiva foi adotada a metáfora da Constituição *Machine*<sup>72</sup>, em que

<sup>69</sup> “A idéia de que o legislador desapareça e permaneça apenas o texto legislativo é o pressuposto essencial do sistema constitucional delineado por Dicey: é a precondição que permite às Cortes o exercício de uma atividade normativa própria e autônoma. Ela, de fato, cria o quadro no qual a atividade judicial configura não como a continuação da obra do legislador, mas como uma atividade dotada de finalidades autônomas: as Cortes não devem dar execução à vontade do legislador, mas têm de amalgamar a sua vontade com a tradição constitucional incorporada no *common law*. Por trás da regra hermenêutica que proíbe aos juízes de considerar as leis como expressão de vontade do parlamento, está, de fato, a consciência de que os juízes que são chamados a interpretar a lei, são influenciados não apenas pelos sentimentos típicos da magistratura, que, como vimos, é ‘ciumenta’ em relação ao poder do Executivo, mas também pelo espírito do *common law*. São essas duas posturas das Cortes, protegidas pela fidelidade à letra da lei, que representam o pilar do *rule of law* assim como foi conceitualizado por Dicey. São essas duas posturas das Cortes que neutralizam o voluntarismo ínsito no princípio da soberania do Parlamento e garantem a proteção das ‘liberdades dos ingleses’.” (SANTORO, Emilio. *Rule of law e “liberdade dos ingleses”*. A interpretação de Albert Venn Dicey. In: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo (Org.). *O Estado de Direito*. História, teoria, crítica. São Paulo: Martin Fontes, 2006. p. 241/242)

<sup>70</sup> Emilio Santoro, ao referir a inserção do parlamento à tradição jurídica: “Essa inserção ocorreu combinando e moderando o princípio da soberania parlamentar com a idéia de que o *common law* e as suas normas consuetudinárias do Reino são o grande *substratum* do direito. Se as normas de produção parlamentar não encontrarem um lugar nesse ‘substrato’, então são regras sem nenhuma influência significativa no conjunto do quadro normativo e, portanto, incapazes de lesar os ‘direitos dos ingleses’” (SANTORO, Emilio. *Rule of law e “liberdade dos ingleses”*. A interpretação de Albert Venn Dicey. In: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo (Org.). *O Estado de Direito*. História, teoria, crítica. São Paulo: Martin Fontes, 2006. p. 244).

<sup>71</sup> “Em outras palavras, essa posição chega até a ponto de afirmar, analogamente ao que fizeram os jusrealistas do século XX, que os atos legislativos não são automaticamente direito; os juízes podem, com as devidas precauções e modalidades, recusar-se a aceitar uma norma de lei como direito.” (SANTORO, Emilio. *Rule of law e “liberdade dos ingleses”*. A interpretação de Albert Venn Dicey. In: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo (Org.). *O Estado de Direito*. História, teoria, crítica. São Paulo: Martin Fontes, 2006. p. 244)

<sup>72</sup> “A idéia do *common law* como expressão objetiva e imparcial de um estado de coisas espontâneo, reflexo de uma realidade que tinha de ser salva das intervenções distorcidas do legislador, foi superada por um direito concebido não mais como ‘dado’, mas como ‘construção’, capaz de regular e

a discricionariedade judicial era limitada pela Constituição<sup>73</sup>. A atividade judicial, apesar da elasticidade inerente ao modelo adotado, não poderia atender a um fim ideológico, deveria obedecer aos preceitos constitucionais fundamentais<sup>74</sup>. O sistema da *common law*, desse modo, nunca ignorou a necessidade de um direito capaz de conter o político, mesmo o estatal e ainda que expresso por meio da lei formal, bem como do reconhecimento de uma dinâmica de amoldamento ao social, distantes da perspectiva legalista.

Nos dias de hoje há uma tendência de aproximação das tradições, reforçando mais as conformações do que as diferenças<sup>75</sup> dos ordenamentos

---

direcionar em sentido normativo a realidade. A metáfora da Constituição ‘*machine*’, inspirada em uma visão mecanicista-newtoniana, substitui-se a idéia de uma ‘*living Constitution*’, sustentada por uma abordagem historicista e evolutiva do direito.” (CASALINI, Brunella. Soberania popular, governo de leis e governo dos juízes nos Estados Unidos da América. In: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo (Org.). *O Estado de Direito*. História, teoria, crítica. São Paulo: Martin Fontes, 2006. p. 281)

<sup>73</sup> “Tudo isso abalou os princípios do Estado liberal de Direito. A concepção oitocentista da Constituição como *rule of law* apoiava-se sobre a autoridade de um direito aparentemente neutro e apolítico. A prática constitucional novecentista ultrapassou tanto os limites entre direito público e direito privado quanto aqueles entre direito e política. O reconhecimento de um ineliminável elemento de discricionariedade interpretativa por parte do juiz e o ativismo da Corte Suprema obrigaram a repensar o papel da interpretação judiciária da Constituição como o significado, as virtudes e os limites próprios do *rule of law*.” (CASALINI, Brunella. Soberania popular, governo de leis e governo dos juízes nos Estados Unidos da América. In: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo (Org.). *O Estado de Direito*. História, teoria, crítica. São Paulo: Martin Fontes, 2006. p. 282/283)

<sup>74</sup> “Se os *Critical Legal Studies* desferem um ataque direto contra a idéia de *rule of law*, afirmando sem meios-termos o caráter ideológico da deliberação judiciária, diversas abordagens contemporâneas ao estudo do direito constitucional norte-americano tentam fazer uma reavaliação da idéia do ‘governo da lei’ por meio da formulação de teorias da interpretação voltadas a pôr o juízo jurisdicional sobre bases objetivas. O êxito dessa operação está condicionada pela escolha daquilo que se pretende considerar fundamental da Constituição: o seu caráter de texto escrito, ou a sua intenção originária, ou só princípios inspiradores da tradição constitucional, ou então a vontade popular expressa nos momentos constituintes. Desses elementos, o juiz deveria poder deduzir regras gerais dentro das quais subsumir o caso particular. E em cada um desses casos, embora sobre a base de concepções diversas do *rule of law*, procura-se conduzir o juiz além do limite da política, ou melhor, além de uma função jurisdicional que desenvolve, de fato, um papel legislativo.” (CASALINI, Brunella. Soberania popular, governo de leis e governo dos juízes nos Estados Unidos da América. In: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo (Org.). *O Estado de Direito*. História, teoria, crítica. São Paulo: Martin Fontes, 2006. p. 284)

<sup>75</sup> A respeito das características comuns aos dois sistemas: “*Debería quedar claro que puede emplearse el estilo jerárquico o paritario tanto para jugar una disputa bipolar adversarial, como para establecer si existen condiciones previas legales para la puesta en vigor de una política o programa estatal. Una controversia entre dos partes puede ser dirimida tanto por jueces profesionales como por legos; el contraste puede desarrollarse en forma escrita (intercambio de escritos) o bien oralmente; los adversarios puede enfrentarse en un round único o en varios, argumentando ante uno o varios niveles de autoridad*” (DAMASKA, Mirjan. *Las Caras de la Justicia y*



jurídicos<sup>76</sup>. Surge um desenvolvimento jurídico por influências recíprocas, por “*interferenze orizzontali*”<sup>77</sup>. Os aprofundamentos jurídicos nessa inter-relação podem auxiliar no enfrentamento de diversas problemáticas, como a apresentada no escrito, consistente do paradigma legalista. Afigura legítimo e desejável buscar vetores de racionalidade nas construções históricas oriundas de um tronco comum, sem prejuízo da perseguição de um objetivo constitucional e democrático<sup>78</sup>. Do mesmo modo, o alicerce da ausência de ruptura histórica na experiência da *common law*, formadora de um direito não submetido ao poder político e com uma capacidade dinâmica de amoldamento social, que parte de suas bases integrativas, como do direito natural<sup>79</sup>, pode contribuir para o aperfeiçoamento do sistema da *civil law*.

---

*el Poder del Estado. Análisis Comparado del Proceso Legal*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2000. p. 122).

<sup>76</sup> “A singularidade e a especificidade dos institutos cedem em geral à tendência à homogeneização ditada pela circulação dos modelos jurídicos.” (MITIDIÉRO, Daniel. *Antecipação da tutela: da tutela cautelar à técnica antecipatória*. 2. ed. Revista dos Tribunais, 2014. p. 88)

<sup>77</sup> TARUFFO, Michele. *Il Processo Civile di Civil Law e di Common Law: Aspetti Fondamentali, Sui Confini – Scritti Sulla Giustizia Civile*. Bologna: Il Mulino, 2002. p. 89.

<sup>78</sup> “O conjunto de técnicas trazidas pela expressiva maioria da doutrina tende a objetificar o Direito, impedindo o questionar originário da pergunta pelo sentido do Direito na sociedade, que faz soçobrar, com isso, a força normativa da Constituição. Isso sem falar na velha dualidade *voluntas legis* e *voluntas legislatoris*, sobre a qual não é necessário desperdiçar energias nesta quadra da história. Mas há que se ficar atento: no plano do sentido comum teórico, existe um ‘algo mais’ do que a filosofia da consciência, que é o paradigma metafísico aristotélico-tomista, de cunho dedutivista; ambos consubstanciam as práticas argumentativas dos operadores jurídicos. Assim, na medida em que o processo de formação dos juristas tem permanecido associado a tais práticas, tem-se um certo retorno (ou permanência) ao objetivismo jurídico, que nada mais é do que a afirmação das posturas próprias do normativismo positivista.” (STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica, Constituição e autonomia do Direito*. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito*, p. 68, jan./jun. 2009)

<sup>79</sup> “Uma de las cosas que sorprende a quien se adentra en el estudio de la filosofía práctica de Tomás de Aquino es que la literatura secundaria no se halla donde uno esperaría encontrarla. En efecto, tradicionalmente el tomismo ha florecido en Europa continental, y más específicamente en Francia, España e Italia. Sin embargo, si se examinan los estudios más recientes sobre este autor medieval – por ejemplo, en los últimos veinte años – se verá que buena parte de ellos procede del mundo anglosajón. Al mismo tiempo, sus autores distan de parecer adherentes a una escuela, que se limitan a un círculo restringido de lectores, sino que traen en escena a Tomás de Aquino con el propósito, entre otros, de prestar una contribución real y actual al debate ético contemporáneo. En muchos casos se trata de filósofos que no han partido de Tomás de Aquino, sino que han llegado a él movidos por necesidades muy reales, como la de dar una fundamentación consistente a la ética o la de resolver problemas metodológicos en la constitución de las diversas ciencias sociales.” (GARCÍA-HUIDOBRO, Joaquín. *Filosofía y Retórica del Iusnaturalismo*. Universidad Nacional Autónoma de México. Instituto de Investigaciones Jurídicas. 1. ed. México, 2002. p 59)

A conciliação integrativa das tradições, em face do percurso delineado de ambas, parece não dar mais espaço para a legalidade estrita, para a crença na coincidência de lei e direito. A objetividade do texto legal é insuficiente para o contexto atual. O direito como algo dado pelo legislador deve dar lugar a um direito dinâmico<sup>80</sup>, com aptidão, inclusive, para frear abusos políticos, mesmo que dissimulados em uma aparente legalidade. O percurso jurídico não pode, portanto, sofrer distanciamento do pensamento contemporâneo de Pinker, com o pressuposto básico do humanismo, sem desconhecer, por um lado, a força entrópica<sup>81</sup>, como tendência fática e social<sup>82</sup>, mas, de outra banda, com uma auto-organização possível<sup>83</sup>, que não ocorre espontaneamente, mas impõe, no plano do progresso social, jurídico e processual, um trabalho constante<sup>84</sup>.

<sup>80</sup> “A consideração do Direito como luta parece algo natural, além de contar com antigos argumentos. Parece natural, na medida em que o Direito é concebido de forma dinâmica, como um processo mais ou menos difícil de se realizar, afastando-se das posições que o vêem como algo definitivamente dado, proposto ou aceito.” (VERDÚ, Pablo Lucas. *A luta pelo direito*. Trad. Agassiz Almeida Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 129)

<sup>81</sup> “O primeiro fundamento para compreender a condição humana é o conceito de entropia ou desordem, que nasceu da física do século XIX e foi definido em sua forma atual pelo físico Ludwig Boltzmann.” (PINKER, Steven. *O novo iluminismo*. Em defesa da razão, da ciência e do humanismo. Trad. Laura Teixeira Motta e Pedro Maia Soares. São Paulo: Schwarcz S.A., 2018. p. 34)

<sup>82</sup> “A primeira vista, parece que a lei da entropia ensinaria apenas uma história desoladora e um futuro deprimente. O universo começou em um estado de baixa entropia, o Big Bang, com sua concentração inimaginavelmente densa de energia. A partir de então, tudo degingolou, com o universo se dispersando – como continuará a fazer – em um mingau ralo de partículas distribuídas de maneira uniforme esparsa por todo o espaço. Na realidade, obviamente, o universo como o encontramos não é um mingau informe. Ele é animado com galáxias, planetas, montanhas, nuvens, flocos de neve e uma eflorescência de flora e fauna, que nos inclui.” (PINKER, Steven. *O novo iluminismo*. Em defesa da razão, da ciência e do humanismo. Trad. Laura Teixeira Motta e Pedro Maia Soares. São Paulo: Schwarcz S.A., 2018. p. 37)

<sup>83</sup> “Uma razão para o cosmo ser repleto de coisas interessantes é um conjunto de processos chamado auto-organização, que permite o surgimento de zonas de ordem circunscritas. Quando entra energia em um sistema e ele dissipa essa energia em seu resvala para a entropia, pode adquirir uma configuração ordenada e até bela; esfera, espiral, galáxia *starburst*, rodadozinho, onda, cristal, fractal. A propósito, o fato de acharmos belas essas configurações sugere que a beleza talvez não esteja apenas nos olhos de quem vê. A resposta estética do cérebro pode ser uma receptividade aos padrões contraentrópicos que podem surgir na natureza.” (PINKER, Steven. *O novo iluminismo*. Em defesa da razão, da ciência e do humanismo. Trad. Laura Teixeira Motta e Pedro Maia Soares. São Paulo: Schwarcz S.A., 2018. p. 37)

<sup>84</sup> “De um ponto de vista olímpico, ela define o destino do universo e o propósito fundamental da vida, da mente e do empenho humano: usar energia e conhecimento para repelir a maré de entropia e criar refúgios de ordem benéfica” (PINKER, Steven. *O novo iluminismo*. Em defesa da razão, da ciência e do humanismo. Trad. Laura Teixeira Motta e Pedro Maia Soares. São Paulo: Schwarcz S.A., 2018. p. 37). E, em seguida, aplicando o entendimento para a situação da violência: “Então você está dizendo que

## CONCLUSÃO

Os apanhados greco-romanos e medievais indicam que as soluções dos conflitos nas suas sociedades nunca foram legalistas, portanto, muito distantes da aplicação subsuntiva de uma lei formal posta pelo governante. Na Grécia a noção de direito era umbilicalmente comprometida com o ideal de justiça. As soluções das controvérsias tinham como objetivo alcançar a justiça. Em Roma, em que pese o relevante elemento ordenador legalista implementado, nunca foi abandonado o mesmo ideal de justiça presente no pensamento grego. Em seguida, com o declínio do Império Romano, no Medievo, o vácuo permitiu a elevação de um direito ascendente da base da sociedade, do fático sobre as regras impostas por governante. Situação que foi muito bem como apanhada pela Igreja Católica, o que lhe permitiu exercer amplo domínio social e controle jurídico. No âmbito pesquisado é ressaltada a formulação do direito natural de São Tomás de Aquino, que, não muito distante do ideal de justiça, revelava um direito anterior ao direito formal a condicionar-lhe. Isso sem prejuízo do desenvolvimento, em seu segundo período, denominado sapiencial, dos estudos pandectistas, fundamentais para a formação positivista legalista. Contudo, o esboço histórico revela a preponderância do primado da justiça, do fático na construção jurídica e do direito natural nesse período a afastar uma justificação da manutenção do legalismo e da jurisdição subsuntiva na contemporaneidade.

O caldo jurídico, social e político das culturas mencionadas teve maior receptividade no sistema da *common law*, que fortaleceu o direito costumeiro, as decisões jurisprudenciais, contra eventuais desmandos governamentais, inclusive por meio de regras estatais. O sistema da *civil law*, por seu turno, preferiu a ruptura revolucionária, como regra, implementando um ordenamento jurídico objetivo, amparado na lei, que supostamente atenderia à vontade do povo e limitaria as atividades governamentais. No entanto, diante do reconhecimento de que o desmando governamental autoritário, que foi o motivo da ruptura ocorrida no sistema da *civil law*, pode ser repaginado por meio do paradigma da lei objetiva, não é possível mais concebê-lo. A herança criticada, no seu

---

todos podemos ficar sossegados porque a violência acaba por si mesma. Ilógico, capitão. Se você vir que um monte de roupa suja diminuiu, isso não significa que as roupas se lavaram sozinhas. Significa que alguém as lavou. Se um tipo de violência diminuiu, então alguma mudança no meio social, cultural ou material causou o declínio. Se as condições persistirem a violência pode permanecer baixa ou decrescer ainda mais; do contrário, não cairá. Por isso é importante descobrir quais são as causas, para que possamos tentar intensificá-las e aplicá-las de modo mais abrangente a fim de assegurar que o declínio da violência continue" (Ibidem, p. 68).

revelar instrumentalista, sem ponto de partida e de chegada seguros, viabiliza o atendimento de interesses do(s) detentor(es) do poder político, que podem passar distante do romantizado desejo do povo. À vista disso, o legado da *common law*, que tem por base uma construção jurídica apartada da criação legislativa estatal, ao qual pode ser agregada particularmente a experiência norte-americana referida, de uma pauta constitucional, abrem novos caminhos para o Direito pátrio, que não pode mais ficar refém da legalidade estrita e do exercício jurisdicional por subsunção.

No desmanchar da crença positivista legalista encetada no estudo, tem relevo a falsidade da justificação de imposição da metafísica vontade do povo por meio da lei. A utilização do instrumento legal para conservar e fazer prevalecer interesses políticos de classes e grupos sociais específicos, que colocavam, não raras vezes, em segundo plano o interesse comum, impessoal, é reveladora da necessidade de buscar uma base sólida a limitar o agir político, que no estudo foram representados pelo justo, pelo direito natural e pelo direito jurisprudencial. Não só isso, mas esses mesmos fundamentos conferem uma dinâmica indispensável para o direito. Assim sendo, a conclusão só pode ser a de ultrapassagem do legalismo positivista, responsável por uma crise intimamente vinculada com o distanciamento entre o jurídico e o social, com o risco de fazer prevalecer interesses que podem passar ao largo de um desejável desenvolvimento racional humanístico do direito. Por conseguinte, a jurisdição boca da lei deve ser substituída, no presente, com pretensão constitucional e democrática, por outra capaz de contribuir para o constante aperfeiçoamento jurídico, reconectando-o com os interesses sociais.

## REFERÊNCIAS

AROCA, Juan Montero. *El Derecho Procesal em el Siglo XX*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000.

BAPTISTA, Ovídio A. da Silva. *Processo e ideologia: o paradigma racionalista*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

BODENHEIMER, Edgar. *Ciência do direito*. Filosofia e metodologia jurídicas. Trad. Enéas Marzano. Rio de Janeiro: Forense, 1966.

BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

CASALINI, Brunella. Soberania popular, governo de leis e governo dos juízes nos Estados Unidos da América. In: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo (Org.). *O Estado de Direito*. História, teoria, crítica. São Paulo: Martin Fontes, 2006.

- CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Ed. Bras, t. II, 1965.
- \_\_\_\_\_. *Principii di Diritto Processuale Civile*. Le azioni, Il Processo di Cognizione. Editore Jovene, 1923.
- DAMASKA, Mirjan. *Las Caras de la Justicia y el Poder del Estado*. Análisis Comparado del Proceso Legal. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2000.
- GARCÍA-HUIDOBRO, Joaquín. *Filosofía y Retórica del Iusnaturalismo*. Universidad Nacional Autónoma de México. Instituto de Investigaciones Jurídicas. 1. ed. México, 2002.
- GROSSI, Paolo. *A ordem jurídica medieval*. 1. ed. São Paulo: Martin Fontes, 2014.
- HOMMERDING, Adalberto Narciso. *Fundamentos para uma compreensão hermenêutica do processo civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Processo cautelar*. Curso de processo civil. 3. ed. Revista dos Tribunais, v. 4, 2011.
- MERRYMAN, John Henry; PEREZ-PERDOMO, Rogelio. *A tradição da civil law: uma introdução aos sistemas jurídicos da Europa e da América Latina*. Trad. Cássio Casagrande. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 2009.
- MITIDIERO, Daniel. *Antecipação da tutela: da tutela cautelar à técnica antecipatória*. 2. ed. Revista dos Tribunais, 2014.
- PICARDI, Nicola. *Do juízo ao processo*. Jurisdição e processo. Organizador e revisor técnico da tradução Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- PINKER, Steven. *O novo iluminismo*. Em defesa da razão, da ciência e do humanismo. Trad. Laura Teixeira Motta e Pedro Maia Soares. São Paulo: Schwarcz S.A., 2018.
- REALE, Miguel. *Direito natural/direito positivo*. São Paulo: Saraiva, 1984.
- ROSANVALLON, Pierre. *La Legitimidad Democrática*. Imparcialidad, Reflexividad y Proximidad. Barcelona: Paidós, 2010.
- SANTORO, Emilio. *Rule of law e “liberdade dos ingleses”*. A interpretação de Albert Venn Dicey. In: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo (Org.). *O Estado de Direito*. História, teoria, crítica. São Paulo: Martin Fontes, 2006.
- STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica, Constituição e autonomia do Direito*. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito*, jan./jun. 2009.
- \_\_\_\_\_. *Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- TARUFFO, Michele. *Il Processo Civile di Civil Law e di Common Law: Aspetti Fondamentali, Sui Confini – Scritti Sulla Giustizia Civile*. Bologna: Il Mulino, 2002.

VERDÚ, Pablo Lucas. *A luta pelo Estado de Direito*. Trad. Agassiz Almeida Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

VILLEY, Michel. *O direito e os direitos humanos*. Trad. Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. 2. ed. Trad. A. M. Botelho Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1967.

Submissão em: 09.09.2019

Rodada 1

Avaliado em: 14.02.2020 (Avaliador A)

Avaliado em: 13.02.2020 (Avaliador B)

Rodada 2

Avaliado em: 08.06.2020 (Avaliador A)

Aceito em: 04.08.2020

# A NECESSIDADE DA LEI NA DEFESA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS CONTRA AS INTERVENÇÕES DO PODER EXECUTIVO DO ESTADO

*THE NEED FOR LAW IN THE DEFENSE OF FUNDAMENTAL RIGHTS AGAINST INTERVENTIONS BY THE STATE EXECUTIVE POWER*

**Luciano Medeiros de Andrade Bicalho<sup>1</sup>**

Professor de Direito Administrativo (IDP, Brasília/DF, Brasil)

**ÁREA(S):** direitos fundamentais; Estado Democrático de Direito; direito constitucional.

**RESUMO:** O Estado Democrático de Direito tem como um de seus princípios fundamentais o princípio da legalidade, que impõe ao Poder Executivo do Estado a submissão às leis ditadas pelo Parlamento. Nas últimas décadas, tem sido anunciada uma crise da lei parlamentar, o que levaria, em consequência, à perda da centralidade do princípio da legalidade nos ordenamentos jurídicos contemporâneos. Na realidade, o que está em crise não é a lei, mas um conceito liberal de lei, inaugurado pela Revolução Francesa e que influenciou a legislação ao longo do século XIX. A crítica ao princípio da legalidade

administrativa está muitas vezes ancorada no errôneo “transplante” ou “empréstimo” de conceitos que foram desenvolvidos no contexto político-legal específico dos séculos XVIII e XIX e, portanto, não podem ser utilizados nos sistemas jurídicos contemporâneos. Assim, necessário identificar em que contexto surgiram e quais os pressupostos político-jurídicos dos dois sistemas que servem de espelho para as construções teóricas sobre o princípio da legalidade administrativa, e, a partir de então, demonstrar como esses dois modelos não são mais cabíveis diante das principais transformações que sofreram os Estados nacionais ao longo do século XX.

**ABSTRACT:** *One of the fundamental principles of the Democratic State of Law*

---

<sup>1</sup> Doutorando em Ciências Jurídicas pela Universidade de Granada, na Espanha. Membro do Núcleo de Comparações Jurídicas Brasil-Europa. Membro do Conselho Editorial da Revista “Debates em Direito Público”. Advogado da União. E-mail: luciano.bicalho@agu.gov.br. Currículo: <http://lattes.cnpq.br/1607452689320575>. Orcid: <https://orcid.org/0000-0001-5600-4527>.

*is the principle of legality, which requires the state executive power to submit to the laws dictated by Parliament. In recent decades, a crisis of parliamentary law has been announced, which would lead to the loss of the centrality of the principle of legality in contemporary legal systems. In reality, what is in crisis is not the law, but a liberal concept of law, inaugurated by the French Revolution and which influenced legislation throughout the 19th century. Criticism of the principle of administrative legality is often anchored in the erroneous “transplantation” or “borrowing” of concepts that were developed in the specific political-legal context of the 18th and 19th centuries and, therefore, cannot be used in contemporary legal systems. Thus, it is necessary to identify in which context they arose and which are the political-legal presuppositions of the two systems that serve as a mirror for theoretical constructions on the principle of administrative legality, and, from then on, to demonstrate how these two models are no longer applicable in the face of the main transformations that national states underwent throughout the 20th century.*

**PALAVRAS-CHAVE:** princípio de legalidade administrativa; a lei na Revolução Francesa; a lei na formação do Estado alemão; mudanças no conceito de lei no século XX.

**KEYWORDS:** *principle of legality; the law in the French Revolution; the law in the formation of the German State; changes in the concept of law in the 20th century.*

**SUMÁRIO:** Introdução; 1 Os sistemas jurídicos de referência: da Revolução Francesa ao movimento de restauração na Alemanha; 2 A transformação da lei a partir do século XX; 3 O princípio de legalidade após as transformações ocorridas no século XX; 4 Em defesa da centralidade do princípio da legalidade nos ordenamentos jurídicos contemporâneos; Conclusão; Referências.

**SUMMARY:** *Introduction; 1 The legal systems of reference: from the French revolution to the restoration movement in Germany; 2 The transformation of the law from the 20<sup>th</sup> century; 3 The principle of legality after the transformations occurred in the twentieth century; 4 In defense of the centrality of the principle of legality in contemporary legal systems; Conclusion; References.*

## INTRODUÇÃO

O Estado Democrático de Direito, que emergiu na Europa após a Segunda Guerra Mundial e se estendeu posteriormente a todos os continentes, assenta-se em quatro princípios fundamentais:



a soberania popular, a divisão dos poderes do Estado, a garantia dos direitos fundamentais e o princípio da legalidade<sup>2</sup>.

O princípio da legalidade na esfera administrativa consubstancia-se, em linhas gerais, na submissão dos atos da Administração Pública às leis ditadas pelo Parlamento. Para que a Administração não se desvie de seus objetivos legítimos, as atividades de legislar e administrar são encarregadas a estruturas estatais diversas, formadas por um corpo de agentes distintos, e a atividade administrativa, que se manifesta mediante atos concretos e individualizados, resta subordinada à atividade legislativa, que se expressa mediante leis gerais e abstratas.

A natureza e os limites da submissão do Poder Executivo do Estado à lei, entretanto, não estão adequadamente fixados, o que resulta no enfraquecimento do princípio da legalidade administrativa e, conseqüentemente, deixa os direitos fundamentais dos indivíduos mais vulneráveis a intervenções ilegítimas.

Em 1789, o art. 5º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão determinou a submissão absoluta da Administração Pública às leis parlamentares: “A lei não pode proibir senão as ações nocivas à sociedade. Tudo que não é vedado pela lei não pode ser obstado e ninguém pode ser constrangido a fazer o que ela não ordene”. Esse conceito de legalidade espalhou-se amplamente pelos sistemas jurídicos da tradição romano-germânica e ainda hoje influencia a redação de diversas constituições mundo afora. Cite-se, como exemplos, a Constituição francesa de 1958 (preâmbulo), a Constituição italiana (art. 23), a Constituição argentina (art. 19), a Constituição austríaca (art. 18), além da Constituição brasileira (art. 5º).

Talvez devido à difusão do texto do art. 5º da Declaração de 1789, muitos juristas continuam conferindo ao princípio de legalidade administrativa a mesma conotação que se lhe reconheciam na Declaração de 1789<sup>3</sup>, o que constitui um grave anacronismo, pois esse conceito refere-se a um período muito específico

<sup>2</sup> A doutrina difere quanto aos princípios fundamentais que dão identidade ao Estado Democrático de Direito. Coincidimos, em nossa definição, com a classificação de COSCULLUELA MONTANER, Luis. *El principio de legalidad como vertebrador del Estado de Derecho: su lenta y accidentada institucionalización en España*, 2010.

<sup>3</sup> No Brasil, por exemplo, cite-se MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 141; GASPARINI, Diógenes. *Direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 71; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2012. p. 65.

da história, cujas características são absolutamente diversas das realidades político-jurídicas das democracias atuais.

Evidentemente, nem todos concordam que o princípio de legalidade administrativa atualmente coincide com aquele elaborado pelos revolucionários franceses. Contudo, quando se diverge da interpretação de que a Administração Pública só pode fazer o que a lei expressamente prevê (vinculação positiva à lei), comete-se, comumente, o equívoco de considerar que, portanto, o princípio da legalidade administrativa significa justamente o contrário, ou seja, que a Administração pode fazer tudo aquilo que não esteja proibido por uma lei (vinculação negativa à lei). Esta última ideia de simples vinculação negativa à lei, sem embargo, corresponde ao modelo das monarquias dos Estados da Confederação Germânica fundado pelo Congresso de Viena de 1815, e que, da mesma forma que o modelo francês de 1789, em nada corresponde com a realidade político-jurídica atual.

O debate sobre a submissão da Administração Pública à lei, portanto, oscila, como um pêndulo, entre dois lados: ou se defende que a administração só pode fazer o que a lei expressamente permite (vinculação positiva à lei) ou que a administração pode fazer tudo o que não é proibido por lei (vinculação negativa à lei). Os dois modelos de referência, entretanto, são apenas duas entre tantas possíveis formas de organização e controle do Poder Executivo do Estado. O princípio da legalidade, como, de resto, qualquer instituto jurídico, faz parte de uma técnica de organização social e, portanto, reflete uma solução para um problema específico que surge: a ordenação dos elementos e forças sociais em um dado momento. Consequentemente, esse conceito altera-se conforme variam as estruturas sociais. Como bem disse Dietrich Jesch (1978, p. 5), *“las cuestiones cardinales del principio de legalidad han de ser resueltas con referencia a una determinada situación constitucional”*. Não se deve, por isso, cometer o erro de considerar como categorias universais o que nada mais são do que respostas a demandas históricas específicas de um determinado sistema de organização jurídico-política.

Fundados nesses dois modelos de conceitos de legalidade, especialmente no modelo francês, muitos consideram que o princípio de legalidade administrativa está em crise e já não possui mais papel central na organização dos poderes do Estado. Estas críticas, contudo, estão ancoradas no errôneo “transplante” ou

“empréstimo”<sup>4</sup> de conceitos que foram desenvolvidos no contexto político-legal específico dos séculos XVIII e XIX e, portanto, não podem ser utilizados nos sistemas jurídicos contemporâneos.

O presente artigo pretende apresentar os contextos em que surgiram e quais os pressupostos dos dois sistemas que servem de espelho para as construções teóricas sobre o princípio da legalidade, e, a partir de então, demonstrar como esses modelos não são mais cabíveis diante das principais transformações que sofreram os Estados nacionais ao longo do século XX.

Não se pretende determinar qual o modelo atualmente vigente, o que, desde logo, requer a análise individualizada de cada ordenamento jurídico, uma vez que a natureza e os limites da submissão da Administração Pública à lei dependem da específica organização das forças políticas e da consequente organização dos poderes do Estado. Pretende-se apenas demonstrar que a pretensa crise do princípio de legalidade administrativa reflete muito mais a crise de certo modelo de legalidade, que de fato não é mais cabível nos ordenamentos jurídicos contemporâneos, e que o princípio segue sendo elemento central da organização do Estado.

## 1 OS SISTEMAS JURÍDICOS DE REFERÊNCIA: DA REVOLUÇÃO FRANCESA AO MOVIMENTO DE RESTAURAÇÃO NA ALEMANHA

O princípio da legalidade administrativa é um dos produtos da longa luta entre o monarca e os estamentos da sociedade moderna. A formação dos Estados nacionais e a consequente centralização do poder nas mãos do rei quebraram o delicado equilíbrio entre a monarquia e as classes feudais, que foi assegurado na Idade Média por meio do contrato de vassalagem. Os estamentos, especialmente a burguesia em formação, reivindicam o poder político através da submissão do Poder Executivo do Estado (nas mãos do rei) às normas ditadas por uma assembleia de legisladores representantes desses grupos sociais, o que, resumidamente, é a ideia central do princípio da legalidade administrativa em sua origem<sup>5</sup>.

<sup>4</sup> Sobre os conceitos de “transplante” ou “empréstimo” constitucional, cf. PERJU, Vlad. *Constitutional transplants, borrowing, and migrations. Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, edited by M. Rosenfeld and A. Sajo, 1304-1327. Oxford: Oxford University Press, 2012.

<sup>5</sup> Os conflitos entre o rei e os estamentos da sociedade se iniciam na Baixa Idade Média e avançam até a Idade Moderna, gerando a celebração de diversos pactos entre o rei e os estamentos, podendo-se destacar, entre os mais importantes, a Carta de *Lorris* de 1155; as Declarações das Cortes de León de 1188; a *Magna Charta* de 1215; os *Fueros* de Aragão de 1247; a Bula de Ouro do rey André II de Hungria

Nesta contenda, cada uma das partes litigantes elabora a respectiva teoria jurídica que dá suporte às suas pretensões. De todas as disputas históricas travadas entre burguesia e monarquia, destacaram-se duas, que condicionaram a teoria do direito administrativo que se seguiu: França revolucionária do final do século XVIII e Estado alemão em formação no século XIX.

## 1.1 O MODELO DA REVOLUÇÃO FRANCESA

A Revolução Francesa significou efetivamente a ruptura<sup>6</sup> de um mundo ordenado pela tradição para um mundo construído pela vontade do homem livre para decidir seu destino através dos critérios da razão universal. Os representantes do terceiro estado que, em 17 de junho de 1789, se autoproclamam representantes da nação francesa não queriam apenas a abolição do sistema político vigente, mas de toda a estrutura estamental da época, criando uma nova sociedade “*ex nihilo*”, ou seja, livre de qualquer preconceito ou condicionamento social anterior, construída exclusivamente pela vontade do homem livre e racional.

Orientados pela filosofia liberal iluminista, os franceses reconhecem, por meio da Declaração de Direitos do Homem e do cidadão de 1789, que “os homens nascem e permanecem livres e iguais em direitos” (art. 1º). Sendo todos os indivíduos naturalmente livres e iguais, defende Locke (2019, p. 176), um dos pensadores que mais influenciou o pensamento da época, “ninguém pode ser retirado desse estado e se sujeitar ao poder político de outro sem o seu consentimento”. Dessa maneira, completa Locke, o poder político surge do

---

de 1222; a *Petition of Right*, de 1628; e a *Bill of Rights*, de 1689. Essas declarações de direitos, no entanto, diferenciam-se bastante do conceito atual de declaração de direitos. Primeiro, porque não pretendiam criar nenhum novo direito novo, mas restabelecer ou reafirmar a validade das “leis fundamentais do reino”, direitos adquiridos historicamente, decorrentes dos laços de fidelidade e proteção que obrigam senhores e vassallos, de acordo com sua posição na organização social. Ademais, não tinham aspirações de universalidade, mas apenas reivindicavam respeito por algumas liberdades específicas em favor de certos grupos sociais, especialmente a nobreza.

<sup>6</sup> Ainda que para alguns, a exemplo de Alexis de Tocqueville (1996, p. 105), a revolução tenha inovado muito menos do que em geral se supõe, a Revolução Francesa representou uma mudança radical no fundamento da autoridade política e na organização jurídico-política do Estado. Celotto y Conte (2007, p. 125-142) ressaltam que “*lo spirito rivoluzionario volle affidare alla legge il compito di rinnovare profondamente il sistema del diritto vigente in Francia. Si prenda ad esempio la dichiarazione del 1789: la legge è espressione della volontà popolare, uguale per tutti (art. 6), sola fonte di determinazione dei reati e delle relative pene (arts. 7 e 8), è la sola fonte che possa determinare i limiti della libertà individuale, altrimenti inviolabile (art. 4); è anche strumento di garanzia contro gli abusi degli ufficiali pubblici (art. 9), ed è metro dell'ordine pubblico (arts. 10 e 11)*”.

livre acordo de todos os membros da sociedade, isto é, surge de uma espécie de contrato social: “A única maneira pela qual alguém se despoja de sua liberdade natural e se coloca dentro das limitações da sociedade civil é através de acordo com outros homens”.

Esse corpo de associados que vive sob uma lei comum, a que Sieyès (1989, p. 61) chamou de “nação”, goza de absoluta liberdade para criar as normas que regulam as relações sociais sem nenhuma limitação externa, ou seja, é soberano, conforme previsto no art. 3º da Declaração de 1789: “O princípio de toda soberania reside essencialmente na Nação. Nenhum corpo ou indivíduo pode exercer qualquer autoridade que não emane expressamente dela”. Logo, a vontade geral da nação é constitutiva do poder do Estado e fundamento de validade de todos seus atos. Contudo, assim que fundado o Estado, o exercício desta soberania é definitivamente transferido para a Assembleia Nacional, que se torna o único legislador, em conformidade com o disposto na Constituição de 1791<sup>7</sup>.

No regime político instaurado pelos franceses, a lei se converte não apenas na suprema, mas na única fonte legítima de atribuição de um poder político. Como defendia Sieyès (1989, p. 111), a lei é a forma de expressão da vontade soberana da nação, cujo conteúdo só pode ser o interesse comum, e, por isso, a lei é superior (todos os outros atos de poder lhe estão submetidos) e ilimitada (pode dispor sobre qualquer assunto). À soberania da vontade que expressa corresponde a soberania da lei, que é, com efeito, uma “*norma omnipotente, que puede regular cualquier materia, sin limitación alguna*” (Muñoz Machado, 2015, p. 37). Esse conceito de lei foi consagrado na Constituição francesa de 1791: “Não há autoridade na França superior a da lei; o rei reina apenas por ela, e somente em nome da lei ele pode exigir obediência”.

<sup>7</sup> “Título III - Dos Poderes Públicos. Art. 1º A Soberania é uma, indivisível, inalienável e imprescritível. Ela pertence à Nação e nenhuma parte do povo nem indivíduo algum pode atribuir-se o exercício. Art. 2º A Nação é a única da qual emanam todos os poderes, mas não pode exercê-los senão por delegação. A Constituição francesa é representativa: os representantes são os Corpos legislativos e o Rei. Art. 3º O Poder Legislativo é delegado a uma Assembleia Nacional composta por representantes temporários, livremente eleitos pelo povo, para ser por ela exercido, com a sanção do Rei, da maneira que será determinada logo em seguida. [...] Capítulo III - Do Exercício do Poder Legislativo. Seção primeira. Poderes e Funções da Assembleia Nacional Legislativa. Art. 1º A Constituição delega exclusivamente ao Corpo Legislativo os poderes abaixo: 1º propor e decretar as leis: apenas o Rei pode convidar Corpo legislativo a tomar uma proposta em consideração; [...]”

Consequentemente, a lei é a única fonte da qual derivam obrigações juridicamente válidas, ou seja, todos os fatos e atos jurídicos só são reconhecidos pela ordem jurídica se forem regulados por uma lei, que, única fonte habilitada a intervir na liberdade dos indivíduos, conforme restou determinado pelo art. 5º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789.

Uma vez que a nação é soberana e todo poder político emana apenas dela, a Assembleia Nacional que a representa está na cúspide da estrutura do estado<sup>8</sup>, é o único poder político constituído que detém a prerrogativa de manifestar a vontade geral da nação, o único com capacidade para dar movimento ao Estado, de criar direitos e instituir obrigações. Os demais são “poderes derivados”, meros executores das decisões do Poder Legislativo<sup>9</sup>. Daí a absoluta submissão do Poder Executivo ao Poder Legislativo do Parlamento ou, do ponto de vista dos atos de cada um destes poderes, a total submissão do ato administrativo à lei, expressamente consagrada no art. 6º, capítulo IV, do título III da Constituição de 1791: “O Poder Executivo não pode ditar qualquer lei, nem mesmo provisória, mas apenas declarações em conformidade com as leis para ordenar ou revogar a sua execução”.

Conforme destacado por Zagrebelsky (2011, p. 27), *“La Asamblea representaba originariamente a la Nación y todos los demás órganos eran simples ‘autoridades’ derivadas”* por lo que *“la ausencia de leyes – leyes que atribuyesen potestades a la Administración – significaba para esta la imposibilidad de actuar”*.

Foi concebido, em suma, um conceito formal de lei como ato pelo qual adquirem forma as decisões do Parlamento<sup>10</sup>. Uma vez que o Parlamento é o órgão representativo do corpo social soberano, não existem limites materiais às leis parlamentares. Assim, *“no es posible ninguna referencia al contenido de la ley, pues sería incompatible con el supuesto de la ley, la soberanía parlamentaria”* (De Cabo Martín, 2000, p. 29). Como nenhuma delimitação é possível, o poder soberano expresso nas leis não é sequer limitado pela Constituição, uma vez que ambas as normas são expressão desse mesmo poder.

<sup>8</sup> Como adverte António Pedro Barbas Homem (2001, p. 189), o princípio de separação dos poderes foi desenhado não só para garantir a autonomia dos poderes, mas para impor a supremacia do Poder Legislativo.

<sup>9</sup> Cf. VEDEL, Georges. El problema de las relaciones entre el legislativo y el ejecutivo. *Revista de Ciencias Sociales*, v. III, n. 2, p. 284, jun. 1959.

<sup>10</sup> Cf. DE CABO MARTÍN, Carlos. *Sobre el concepto de ley*. Madrid: Trotta, 2000. p. 29.

## 1.2 O MODELO DO ESTADO ALEMÃO DO SÉCULO XIX

Após a derrota de Napoleão Bonaparte, nos anos de 1814 e 1815 houve uma série de reuniões entre as autoridades diplomáticas dos países europeus, conhecidas como Congresso de Viena, em que se consolidou a restauração dos governos do continente sob a égide do princípio monárquico (*Monarchische Prinzip*).

Um dos resultados do Congresso de Viena foi a fundação da Confederação Germânica, que unificou os reinos alemães em uma confederação de Estados soberanos presidida pela Casa dos *Habsburgo* da Áustria<sup>11</sup>. A Ata elaborada ao final do Congresso declarava que todos os poderes do Estado eram conferidos ao rei como chefe de Estado (princípio monárquico)<sup>12</sup>. No entanto, a admissão do princípio monárquico com a extensão reconhecida no período anterior à Revolução Francesa não era mais possível. A força adquirida pela burguesia, além da experiência da soberania popular vivida na Europa nos anos de expansão das revoluções liberais, tornou impossível a volta ao dogma absolutista da soberania exclusiva do monarca<sup>13</sup>.

Nos reinos alemães, nem a monarquia nem a burguesia tiveram força para se imporem. Não houve, em plenitude, nem revolução (ou pelo menos não houve revolução vitoriosa<sup>14</sup>), nem restauração do absolutismo, mas sim uma reforma liberal do absolutismo monárquico<sup>15</sup>.

<sup>11</sup> Cf. CLARK, Christopher. Germany 1815-1848: restoration or pre-march? In: BREUILLY, John (Org.). *Nineteenth-Century Germany: politics, culture and society 1780-1918*. London: Arnold, 2001. p. 41.

<sup>12</sup> “Art. 57. Posto que a Federação Alemã, com exceção das cidades livres, é composta por reinos soberanos, todo o poder do Estado deve permanecer unido no Chefe de Estado, como consequência do conceito fundamental aqui estabelecido, e o soberano só pode estar vinculado à participação dos estamentos no exercício de determinados direitos em virtude de uma Constituição estatal.”

<sup>13</sup> Cf. HEUN, Werner. *El principio monárquico y el constitucionalismo alemán del siglo XIX*. Universidad de Oviedo, Editorial Fundamentos Cuadernos Monográficos de Teoría del Estado, Derecho Público e Historia Constitucional, n. 2, 2000.

<sup>14</sup> A Alemanha também foi varrida pela avalanche de revoluções que eclodiram na Europa em 1848. Representantes dos liberais e radicais, que exigiam reformas de natureza liberal, se automearam representantes do parlamento alemão, que, todavia, ainda não existia, e, em 1849, redigiram uma constituição que unificou o Estado alemão por meio de reformas radicais no sistema político (consagração da separação de poderes, reconhecimento de um amplo rol de direitos e liberdades fundamentais, entre outras reformas liberais) (Lanchester, 2009). No entanto, o rei da Prússia, Frederico Guilherme IV, esmagou o movimento liberal e, alguns meses depois, outorgou uma nova constituição, restaurando o princípio monárquico.

<sup>15</sup> Cf. GARCÍA, Joaquín Abellán. Liberalismo alemán del siglo XIX: Robert von Mohl. *Revista de Estudios Políticos*, n. 33, p. 123-146, 1983.



Na luta pelo poder, a burguesia exigia principalmente que fosse garantido o direito à propriedade e às liberdades públicas fundamentais reivindicadas pelo liberalismo do século XIX (liberdade de religião, movimento, manifestação do pensamento, reunião, entre outras), enquanto a monarquia exigia a submissão de todo o reino ao poder político do rei.

A solução foi o reconhecimento do poder originário do monarca, no entanto, com o compromisso de que a intervenção na liberdade e propriedade dos indivíduos só seria admitida por meio de lei ditada com a colaboração dos representantes dos estamentos. Como consequência da falta de legitimidade democrática do Poder Executivo do Estado, exercido pelo Monarca, exigia-se que as decisões consideradas fundamentais para os cidadãos (essencialmente, a burguesia) obtivessem sua aprovação prévia por meio da representação parlamentar<sup>16</sup>.

De acordo com a regra estabelecida na Ata suplementar do Congresso de Viena, redigida em 15 de maio de 1820, a totalidade do poder estatal permanecia nas mãos do monarca, mas, por meio de uma constituição, o exercício de certos direitos poderia ser condicionado à participação dos estamentos sociais (art. 57). Não se definiram as hipóteses em que a participação dos estamentos seria obrigatória; contudo, desde as primeiras constituições territoriais outorgadas pelos estados alemães durante o século XIX, a participação dos estamentos estava destinada a questões relacionadas aos direitos naturais de liberdade e propriedade<sup>17</sup>.

Havia, assim, um poder político, não jurídico, exercido pelo rei, juridicamente limitado pela necessidade de aprovação dos estamentos em relação aos atos que afetavam a liberdade e a propriedade dos súditos. O arranjo das forças políticas nos territórios alemães, portanto, não se enquadrava nas teorias jurídicas do absolutismo moderno, baseadas no conceito de soberania

---

<sup>16</sup> Cf. CALLEJÓN, Francisco Balaguer et al. *Manual de derecho constitucional*. Madrid: Tecnos, v. I, 2017. p. 190.

<sup>17</sup> Esse conceito encontrou sua formulação paradigmática na Constituição da Baviera de 1818: “Sem a consulta e o consentimento dos estamentos do reino, não se aprovará nenhuma nova lei geral que afete a liberdade da pessoa ou a propriedade dos cidadãos, nem modificar qualquer lei preexistente, interpretá-la autenticamente ou revogá-la”. A fórmula aparece pela primeira vez na Constituição da Baviera de 1808, que, no entanto, não chegou a entrar em vigor. Mais tarde, foi expandida para várias outras constituições, como a Constituição do Ducado de Nassau de 1814, Constituição do Grão-Ducado de Baden de 1818, Constituição da Baviera de 1818, Constituição da Saxônia-Meiningen de 1829, Constituição da Saxônia-Altenburg de 1831, entre outras.



do príncipe, cujo atributo essencial e primeiro, segundo a clássica lição de Bodin (1997, p. 71), é o poder de promulgar leis que vinculam a todos, sem a necessidade de qualquer consentimento. Por outro lado, também não se enquadrava nos preceitos legais do Iluminismo, baseados na ideia de Kant (2005, p. 143) de lei como autodeterminação do povo, onde a lei é a própria expressão da soberania popular.

A justificação teórica da fórmula de legalidade alemã tocou sobretudo a Paul Laband e tem sua origem na rejeição, em 1862, do projeto de orçamento apresentado ao Parlamento prussiano pelo Chanceler Bismarck. O governo pretendia naquele ano iniciar uma ampla reforma de expansão e modernização do Exército prussiano. O Parlamento, sem embargo, não consentiu com os gastos respectivos e rejeitou o projeto de lei orçamentária.

Apesar da rejeição, o governo realizou as reformas pretendidas sob o argumento de que a organização das forças armadas era uma questão de natureza administrativa e, portanto, estaria incluída na esfera do poder soberano do rei, de acordo com a fórmula do princípio monárquico.

A atitude do governo criou um problema legal. O art. 99 da Constituição prussiana<sup>18</sup> estipulava que o orçamento do Estado seria definido anualmente por uma lei, e, por outro lado, o art. 62<sup>19</sup> exigia a aprovação do Parlamento para a promulgação de leis. No entanto, não existia qualquer disposição normativa para o caso de que não se chegasse a produzir o acordo entre o rei e as Câmaras sobre o orçamento do Estado.

A disputa termina com a vitória do governo. Em 3 de setembro de 1866, o parlamento aprovou uma resolução de “indenidade”, com a qual valida as despesas que o governo havia feito desde 1862 sem uma lei orçamentária que as autorizasse. A prevalência do governo na solução do conflito, contudo, criou um imbróglio jurídico, uma vez que a Constituição prussiana exigia que o orçamento anual fosse estabelecido por meio de uma lei parlamentar.

Em seu trabalho “*Das Budgetrecht: Nach Den Bestimmungen Der Preussischen Verfassungs-Urkunde Unter Berücksichtigung Der Verfassung Des Norddeutschen Bundes*”, escrito em 1871, Paul Laband tenta apresentar a justificativa teórica

<sup>18</sup> “Art. 99. As receitas e despesas devem ser fixadas anualmente com antecedência e incluídas no orçamento, que deve ser determinado por uma lei a ser votada todos os anos.”

<sup>19</sup> “O Poder Legislativo reside no Rei com as duas Câmaras, cujo acordo é necessário para a promulgação de uma lei.”

para a prevalência do governo no conflito com o parlamento. Segundo o autor, ao determinar que o acordo do rei e das Câmaras é indispensável para toda lei, a Constituição prussiana utiliza o conceito material de lei, uma norma contendo uma regra de direito (*Rechtssatz*), ou seja, uma regulação externa da conduta alheia, uma norma para regular relações jurídicas (Laband, 1979, p. 21)<sup>20</sup>. De acordo com este conceito de regra de direito, a lei orçamentária, bem como as demais normas de organização do Estado, não teriam o caráter de normas jurídicas.

O sistema político-jurídico alemão do século XIX está, portanto, estruturado sob a dicotomia Estado *versus* sociedade. O Poder Executivo do Estado é a esfera da política, o domínio soberano do rei, fora de qualquer controle jurídico, enquanto a sociedade é o domínio da liberdade (e da propriedade), esfera protegida pelo direito, onde só a lei pode intervir legitimamente<sup>21</sup>. Onde acaba o domínio do povo sobre a legislação, persistia, no entanto, o direito ilimitado do Poder Executivo monárquico. Somente o território conquistado pela sociedade era iluminado pelo direito; de resto, reinava o “não-direito” do absolutismo.

De acordo com essa concepção dualista, destaca Zagrebelsky (2011, p. 27), a Constituição atribuía ao Poder Executivo a titularidade originária de todos os poderes necessários à proteção dos interesses do Estado, por isso a ausência de leis implicava ampla liberdade para a Administração adotar qualquer medida para atingir seus próprios fins.

## 2 A TRANSFORMAÇÃO DA LEI A PARTIR DO SÉCULO XX

A natureza e a extensão da vinculação do Executivo à lei sofreram profundas mudanças na segunda metade do século XX, especialmente após a Segunda Guerra Mundial, resultando na inadequação das formulações anteriores. Três fenômenos tiveram maior impacto na relação entre a lei e os atos do Executivo:

<sup>20</sup> A concepção de Laband de “regra de direito” reflete, assim, o conceito de direito de Kant (2005, p. 38) estabelecido em *A metafísica dos costumes*: “*El derecho es el conjunto de condiciones bajo las cuales el arbitrio de uno puede conciliarse con el arbitrio de otro según una ley universal de la libertad*”. Nas palavras de Laband (1979, p. 29): “*La palabra ley es muchísimo más antigua que la forma constitucional del Estado y ha sido objeto, especialmente en Alemania, de un uso y concepción generales antes de que se pensara en una limitación del soberano por parte de una corporación parlamentaria. Por eso la ley no tenía absolutamente ninguna clase de relación con los derechos de la representación del pueblo, significando únicamente la declaración de un principio jurídico, la fijación querida y consciente de una norma. En consecuencia, no es ley toda manifestación de la voluntad estatal, sino solamente aquella cuyo contenido sea un precepto jurídico, una norma para regular o resolver relaciones jurídicas*”.

<sup>21</sup> Cf. JESCH, Dietrich. Ob. cit., p. 112.

o advento das Constituições normativas, o reconhecimento constitucional do pluralismo social e, finalmente, a consagração dos direitos sociais.

## 2.1 A CONSTITUIÇÃO NORMATIVA

A concepção de soberania do liberalismo do século XIX não admitia que se esgotasse ou sequer diminuísse sua força jurídica com a promulgação da Constituição, senão que mantinha a mesma força no Poder Legislativo do Parlamento. Não havia supremacia hierárquica da Constituição sobre as leis.

A Constituição, por sua vez, não tinha força normativa, ou seja, não regulava diretamente as relações jurídicas. Sua função era essencialmente política, “*de articulación de los órganos superiores del Estado*” e “*organización de los modos de producción del Derecho*” (Rubio Llorente, 1983, p. 425). Quando dispunha sobre valores ou finalidades a serem alcançados, a Constituição possuía natureza programática de meras diretrizes para a atuação futura dos poderes constituídos, destituída, entretanto, de qualquer valor normativo cogente.

O caráter meramente programático (nominal) das declarações de direito dos séculos XVIII e XIX, que garantiam apenas a segurança e a igualdade formal (igualdade perante a lei), foi duramente criticado pelos movimentos sociais do final do século XIX e início do século XX. Em resposta, desde a Constituição de Weimar de 1919, foram elaboradas declarações constitucionais de direitos sociais (proteção do trabalho, previdência social, assistência à saúde etc.), reconhecidas como de aplicação direta e imediata, sem necessidade da intervenção do legislador<sup>22</sup>. As constituições dos Estados europeus e do ocidente em geral deixam de ser meramente nominais e tornam-se verdadeiras constituições normativas, de acordo com a nomenclatura criada por Karl Loewenstein (1976, p. 218).

A Declaração dos Direitos do Homem de 1789 dizia que “uma Sociedade em que a garantia dos Direitos não é estabelecida [...] carece de uma Constituição”, mas, paradoxalmente, os direitos reconhecidos na declaração careciam de qualquer meio de proteção, o que levava à sua ineficácia. A articulação da ordem sob a mística da soberania política juridicamente manifestada na lei fez da própria lei a garantia dos direitos, ou melhor, de todo o Direito, o que, ao fim

<sup>22</sup> Cf. DE OTTO, Ignacio. *Derecho constitucional: sistema de fuentes*. Grupo Planeta (GBS), 1987. p. 80.

e a cabo, resultou na negação dos direitos, que ficaram, efetivamente, à inteira disposição do Poder Legislativo, sem qualquer garantia própria<sup>23</sup>.

No século XX, a fim de se garantir a proteção desses direitos, a Constituição receberá proteção especial do sistema jurídico, a partir do reconhecimento da supralegalidade formal da Constituição e da construção de um sistema de garantia dessa supralegalidade por meio do controle de constitucionalidade das leis idealizado por Kelsen e implementado, pela primeira vez, na Constituição alemã de Weimar de 1919 e na Constituição austríaca de 1920.

A consideração da Constituição como norma jurídica afeta o aspecto formal da lei, que é transferida para um plano hierarquicamente secundário, e também o aspecto material, ao condicionar o próprio conteúdo da lei, que deverá “*ajustarse a los fines, principios y hasta contenidos concretos establecidos por la Constitución*” (De Cabo Martín, 2000, p. 80). O legislador já não é soberano, pois submetido não só à forma, mas também ao conteúdo da Constituição, que prevê direitos imunes à intervenção democrática. Como bem observado por Balaguer Callejón (2017, p. 123):

*Se produce una disociación del concepto de democracia utilizado en el primer constitucionalismo de tal modo que, por encima de la voluntad democrática ejercida dentro del marco constitucional, se sitúa la democracia constitucional, a la que el legislador, la mayoría en definitiva, debe siempre someterse.*

## 2.2 PLURALISMO JURÍDICO

A segunda metade do século XIX e o início do século XX foram períodos marcados pela difusão de revoluções e movimentos populares que exigiam melhores condições de vida e igualdade material, e não apenas a igualdade formal (perante a lei) garantida pelo Estado liberal do século XIX. Esses movimentos levaram à formulação de um novo modelo de organização do Estado, baseado no reconhecimento da pluralidade de interesses na sociedade e na busca da satisfação das necessidades materiais dos indivíduos.

A construção dos dogmas jurídicos que sustentaram esta nova concepção de Estado, denominada Estado Social de Direito (*Sozialrechtsstaat*), deve-se em

---

<sup>23</sup> SALVADOR, Bartolomé Clavero. “Garantie des droits”: emplazamiento histórico del enunciado constitucional. *Revista de Estudios Políticos*, n. 81, p. 19, 1993.

grande parte a Herman Heller, que buscou uma solução para os problemas sociais por meio do aperfeiçoamento do Estado de Direito liberal, em oposição às soluções revolucionárias e autoritárias apresentadas pelos teóricos do socialismo e do fascismo<sup>24</sup>.

Heller (1968, p. 201) censura o universalismo abstrato do Estado liberal e todas as teorias que defendem a existência de uma vontade política unitária. Sua crítica, portanto, ataca diretamente o conceito de vontade geral apresentado por Rousseau.

Reconhecendo o pluralismo social como uma realidade empírica da contemporaneidade, Heller lança assim a semente da teoria do pluralismo jurídico e da defesa da democracia parlamentar não como uma expressão de uma vontade geral inexistente, mas sim como um método adequado para tomar decisões políticas legítimas nas sociedades pluralistas<sup>25</sup>. O reconhecimento do pluralismo social levará também à substituição da lei, expressão da vontade da maioria política, pela Constituição, que reflete o consenso fundamental da sociedade, como fonte suprema do sistema jurídico. O eixo fundamental do ordenamento já não está estruturado sobre a soberania da vontade do povo ou do monarca, mas sobre a inviolabilidade dos direitos e garantias fundamentais expressos na Constituição.

Há, portanto, uma importante mudança epistemológica, expressa na *“quiebra de la razón configurada desde la Ilustración, de su abstracción, generalidad y objetividad y su sustitución por lo concreto, lo empírico y lo subjetivo”* (De Cabo Martín, 2000, p. 74), que, portanto, mudará o entendimento do direito, não mais considerado expressão de uma razão universal, mas compromisso possível entre a totalidade dos interesses sociais em conflito.

### 2.3 DIREITOS SOCIAIS

A natureza dos direitos sociais levou à alteração na forma de agir do Estado. Os direitos sociais não são, como as liberdades civis e políticas, direitos negativos de proteção do Estado contra a intervenção de terceiros, mas direitos que, para sua concretização, requerem prestações positivas a cargo do Estado.

<sup>24</sup> Cf. HELLER, Herman. *Estado de derecho o dictadura*. Id., Escritos Políticos, Madrid: Alianza Universidad, 1985. p. 283 y ss.

<sup>25</sup> Cf. MARTÍN, Sebastián. Los fundamentos sociales, políticos y jurídicos del *“soziale Rechtsstaat”*. Una relectura de Hermann Heller (1891-1933). *Res Publica – Revista de Filosofía Política*, v. 25, p. 156-157, 2011.

Como consequência, é atribuída diretamente ao Poder Executivo a obrigação de satisfazer os direitos sociais previstos na Constituição, sem a necessidade de intermediação de uma lei autorizadora.

Além disso, os direitos sociais, na medida em que visam possibilitar a igualdade concreta de sujeitos em situações desiguais, muitas vezes exigem a avaliação individualizada da medida a ser adotada pela Administração para a satisfação desses direitos, o que significa que a lei, geral e abstrata, não é suficiente para definir completamente o conteúdo da ação administrativa. Como bem destacado por Zagrebelsky (2011, p. 35):

*La ley, por ello, ya no es más necesaria ni suficiente para determinar la conducta de la Administración Pública. En presencia de objetivos sustanciales de amplio alcance, indicados necesariamente mediante formulaciones genéricas y cuya realización supone una cantidad y variedad de valoraciones operativas que no pueden ser previstas, la ley se limita a identificar a la autoridad pública y a facultarla para actuar en pro de un fin de interés público. Para todo lo demás, la Administración actúa haciendo uso de una específica autonomía instrumental, cuyos límites, en relación con el respeto a las posiciones subjetivas de terceros, resultan fundamentalmente imprecisos.*

Esta mudança na forma de atuar do Estado – de garantia de espaços de liberdade para uma ação positiva de satisfação de necessidades específicas – afeta, sobretudo, o âmbito da “reserva legal”. Balaguer Callejón (2017, p. 190) adverte que a criação de espaços reservados à lei “*como mero límite a los actos de intervención del Estado en la propiedad y la libertad de los ciudadanos podría dejar a la libre decisión del reglamento la mayor parte de la actividad estatal*”. Por outro lado, acrescenta o autor, “*la extensión excesiva y el entendimiento rígido en este ámbito del instituto de la reserva, podría dificultar el cumplimiento por el Estado de esa actividad prestacional, para la cual el reglamento se revela como un instrumento indispensable*”.

### **3 O PRINCÍPIO DE LEGALIDADE APÓS AS TRANSFORMAÇÕES OCORRIDAS NO SÉCULO XX**

O sistema jurídico proposto pelo liberalismo do século XIX foi, desde a sua origem, um projeto com efeitos limitados e que, por essa razão, se sustentou com relativo sucesso durante um curto período de tempo, antes de ser implodido

pelas revoluções e movimentos sociais que estalaram a partir de meados do século XIX.

Essas transformações, isto é, o advento das Constituições normativas, o reconhecimento constitucional do pluralismo social e a consagração dos direitos sociais, fizeram a lei perder o *status* de “*norma soberana que define la posición de las normas no soberanas*” (De Otto, 1987, p. 139). A vontade da maioria já não é soberana, mas está sujeita ao pacto fundamental contido na Constituição, pacto em que estão consagrados e juridicamente garantidos direitos mínimos a todos os indivíduos, inderrogáveis pela vontade da maioria política. A própria ideia de soberania sofreu uma enorme reviravolta quando o seu esgotamento foi determinado na Constituição, ou seja, o Poder Legislativo já não é soberano, mas sim poder constituído, e, portanto, é limitado pelo pacto fundamental expresso na Constituição<sup>26</sup>.

A unidade social manifestada no direito como expressão da vontade geral era imaginável na sociedade do século XIX, na qual, devido ao voto censitário, os direitos políticos de cidadania eram reconhecidos apenas a parcela muito restrita e homogênea da sociedade, qual seja, os homens da classe burguesa. Nesta época, o conflito político não era sentido na legislação, pois apenas a burguesia tinha o direito de participar da criação do direito legislativo.

No século XX, após a conquista do direito ao sufrágio universal, a elaboração das leis passou a contar com a participação ativa de todos os grupos sociais. Assim, os conflitos políticos foram transferidos para o campo jurídico, evidenciando, a partir de então, a diversidade e a complexidade da sociedade, formada por pessoas das mais diversas nuances religiosas, culturais, sociais e políticas<sup>27</sup>. Com efeito, a participação de toda a sociedade no processo político tornou o conteúdo das leis muito mais fragmentado, o que levou à necessidade de utilizar outros instrumentos para garantir a racionalidade interna do sistema jurídico.

<sup>26</sup> Cf. CALLEJÓN, Francisco Balaguer. *La proyección de la Constitución sobre el ordenamiento jurídico*. México D.F: Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2014. p. 91.

<sup>27</sup> Jeremy Waldron, em sua obra *Law and disagreement* (1999, p. 1), destaca a discordância de opiniões na sociedade contemporânea: “*We disagree about what we owe each other in the way of tolerance, forbearance, respect, co-operation, and mutual aid. Liberals disagree with conservatives; socialists disagree with market economists; the party of freedom disagrees with the party of community and both disagree with the party of equality; feminists disagree with those who want the government to stand up for ‘family values’; last-ditch defenders of the welfare state disagree with triumphant opponents of taxation; and pragmatists and utilitarians disagree with those who think the task of law is to vindicate the claims or order, retribution, and desert*”.



Por outro lado, dada a complexidade e velocidade de mudança das relações sociais contemporâneas, não é possível o monopólio da lei na produção do Direito (monopólio, de qualquer forma, que nunca existiu, mesmo no período das grandes codificações do século XIX). Por isso, o ressurgimento de outras fontes de regulação social, algumas até mesmo não estatais.

Como resultado de todas essas mudanças, o conceito de lei que herdamos do liberalismo novecentista não é mais adequado para “*la comprensión, la interpretación y la aplicación*” do nosso direito (Rubio Llorente, 1983, p. 417). A lei não é mais a expressão de uma vontade soberana, e por isso seu valor, posição ou força já não são mais qualidades de sua própria natureza, mas determinados pela Constituição, esta sim expressão da vontade soberana que funda o sistema jurídico-político<sup>28</sup>.

O modelo dos estados alemães do século XIX, por sua vez, é um modelo que já no século XIX mostra-se anacrônico, o que se demonstra pelas diversas críticas e ondas revolucionárias que se seguiram (as revoluções de 1830 e, posteriormente, de 1848-1849). Funda-se na defesa de um poder político parcialmente imune ao controle jurídico, limitado somente em algumas matérias nas quais a constituição determina a participação do poder legislativo em sua elaboração (matérias reservadas à lei). A restauração das monarquias europeias sob o princípio monárquico nada mais foi que a última tentativa do *Ancien Régimen* de restabelecer a saúde de um corpo já moribundo. Alguns últimos suspiros de um regime que já não era mais aceitável em um mundo fundado na liberdade e igualdade natural de todos os homens e mulheres que, portanto, não reconhecia a legitimidade de nenhum poder acima da ordem jurídica e alheio ao controle da sociedade por meio do Direito.

Em realidade, seria inadequado sequer falar em legalidade administrativa nos estados da Confederação Germânica, pois o conceito equivale justamente à

---

<sup>28</sup> Nas palavras de Juan Francisco Sánchez Barrilao (2015, p. 54-55): “*Cabe plantear el régimen mismo de la ley como la actitud o capacidad jurídica de ésta en relación a la producción de normas y en el seno del sistema de fuentes; es decir, el conjunto de potencialidades jurídicas que la ley ostenta como fuente del Derecho respecto al entero ordenamiento y sistema jurídico, y que despliega con ocasión de las normas a través de ella producidas. Un conjunto de potencialidades que, lejos de venir ahora determinadas por la propia ley, resultan del total entramado ordinamental a tenor de sus relaciones dialécticas y preconfiguradas por la Constitución en cuanto que fuente fundante y suprema del sistema de fuentes; o lo que es igual, un potencial jurídico, el de la ley, constitucionalmente delimitado, y por tanto indisponible por ella sola*”.



submissão do poder político à lei, ou seja, à eliminação de poderes arbitrários, imunes ao controle<sup>29</sup>.

Portanto, tanto o conceito de legalidade expresso pelos revolucionários franceses quanto aquele expressado em Prússia no século XIX não são passíveis de transposição aos sistemas jurídicos contemporâneos. Ainda que alguns dos conceitos que lhe eram subjacentes permaneçam presentes nos ordenamentos jurídicos contemporâneos (separação de poderes, império da lei etc.), a utilização mesma do conceito de legalidade da Declaração de Direitos de 1789 e da Constituição prussiana de 1850 é um equívoco que leva a uma inadequada compreensão da relação entre a Administração Pública e a lei parlamentar.

#### **4 EM DEFESA DA CENTRALIDADE DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE NOS ORDENAMENTOS JURÍDICOS CONTEMPORÂNEOS**

Em decorrência do transplante inadequado de conceitos que se referem a realidades jurídicas específicas, muito distintas da realidade atual, ao final do século XX se difundiu a ideia de que o princípio de legalidade administrativa já não teria função central na estrutura jurídico-político do Estado.

Diante da inadequação dos modelos de legalidade propostos, alguns recorreram ao conceito de “princípio de juridicidade” da Administração, desenvolvido por Adolf Merkl (2004, p. 205 e ss.), que significa a adequação não necessariamente a uma lei, mas a qualquer preceito jurídico, independente da fonte de origem. Nesse sentido, a legalidade administrativa seria equivalente à eliminação de poderes arbitrários, imunes ao controle, e se confundiria com o próprio conceito de Estado de Direito.

A mera sujeição ao Direito não acrescenta nada específico ao *status* legal da Administração Pública. Todos os sujeitos de direito estão sob a autoridade da ordem jurídica. Contudo, devido a sua natureza e finalidade, o Poder Público submete-se a um regime jurídico diferenciado, cujos princípios constitutivos são diversos dos princípios que regem a ação dos particulares. Estivesse a Administração Pública sujeita à lei no mesmo grau que os particulares, não haveria a necessidade de se reconhecer a legalidade como um de seus princípios fundamentais específicos. À Administração se lhe reconhece um regime jurídico

<sup>29</sup> Cf. ENTERRÍA, Eduardo García de. *La lucha contra las inmunidades del poder (poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos)*. Madrid: Civitas, 1983.

próprio, com prerrogativas e privilégios que lhe permitem invadir a esfera da liberdade e propriedade do indivíduo, de maneira imperativa, unilateral e autoexecutável. Em contrapeso a essas prerrogativas e privilégios, está submetida a controle mais severo, que lhe impõe limitações as quais não estão subordinados os particulares. Essas limitações dependem do arranjo institucional de cada ordenamento jurídico específico, mas, em geral, determinam que os atos da Administração sejam motivados, que somente possam ser praticados pelas autoridades cuja competência tenha sido fixada em lei, que não se desviem da finalidade de satisfação do interesse geral, entre outras limitações. Consequentemente, devemos concordar com Díez-Picazo (1988, p. 85): *“El principio constitucional de legalidad tiene que significar algo más que la prohibición del funcionamiento arbitrario de la Administración y el Poder Judicial”*.

Os maiores equívocos na crítica ao princípio da legalidade, entretanto, têm partido de uma certa concepção que reivindica maior protagonismo ao intérprete do Direito, especialmente o juiz, sob a justificativa de que a estrutura rígida e abstrata da lei seria inadequada para regular, de forma justa, as relações humanas.

Não se deve, entretanto, transferir ao Poder Judiciário a legitimidade para definir os limites dos atos administrativos, especialmente porque, conforme alerta Francisco Laporta (2007, p. 164), por meio de decisões judiciais, *“nunca podremos conjeturar por anticipado cuáles son los límites del poder o si un acto determinado del mismo los ha sobrepasado”*.

Além do mais, as decisões judiciais carecem de legitimidade democrática, pois os juízes não são representantes eleitos pelos cidadãos e o processo judicial não admite a participação da sociedade na construção da sentença.

Outras limitações podem se apontadas às decisões judiciais: não expressam um julgamento sobre toda a realidade, mas sobre os fatos apresentados no julgamento; não ditam regras gerais de conduta, mas soluções para conflitos concretos entre sujeitos delimitados – entre outras razões que desaconselham que a jurisprudência ocupe a posição central no sistema de fontes de um ordenamento jurídico.

Por fim, a tentativa de encontrar na Constituição a regulamentação de todas as matérias sem margens ou com margens cada vez mais reduzidas para o legislador é um equívoco, pois a *“Constitución es un momento del pacto social, pero*

*un momento muy limitado, y el pacto social sólo puede ser una realidad actuante en la medida en que se actualiza mediante la legislación”* (Hierro, 1996, p. 306).

A Constituição não deve ser a fonte na qual se busca a solução de todos os problemas jurídicos, nem tampouco deve esgotar o campo de regulação social, impedindo opções futuras para o legislador. Por definição, a constituição deve se limitar à organização do Estado e aos direitos fundamentais, deixando ao legislador ordinário o espaço necessário para que regule as relações sociais conforme as situações se apresentem e sempre em consonância com os valores e anseios de sua época. A lei é, por isso, insubstituível, seja pelo juiz, seja pela Constituição.

Em suma, concordamos com Eduardo García de Enterría (2000, p. 54) quando diz que: *“Por mucho que se resalte la crisis de la Ley en las sociedades actuales, tal crisis no alcanza en modo alguno a destronar a la Ley (en el ámbito de la Constitución, naturalmente, que no es sino la lex superior) de ese lugar central e insustituible”*.

## CONCLUSÃO

Nos sistemas jurídicos contemporâneos, a lei aprovada pelo Parlamento já não possui o sentido de expressão da vontade geral tal como originalmente formulado por Locke e Rousseau, assim como já não possui a supremacia de que gozava nesta época. Mas, por outro lado, exerce a função central de garantia contra a arbitrariedade estatal<sup>30</sup>, além de permitir a participação das minorias no processo de produção normativa<sup>31</sup>.

Graças à primazia da lei sobre os atos administrativos, é garantido que a conduta da Administração Pública não seja arbitrária, uma vez que está limitada por critérios previamente estabelecidos. Graças à generalidade e abstração da lei, garante-se, por outro lado, a submissão indistinta de todos indivíduos e a aplicação a todas as situações que se subsumam ao fato descrito na norma. A lei também garante, em certa medida, o exercício da liberdade humana, ao definir previamente a conduta aprovada ou desaprovada pelo ordenamento jurídico e as respectivas consequências do seu cumprimento ou descumprimento.

O processo parlamentar, ademais, é o meio de produção do direito mais democrático, pois permite a participação de todos os cidadãos. Possibilita, o

<sup>30</sup> Cf. FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*. Buenos Aires: Trotta, 1998. p. 870.

<sup>31</sup> Cf. CALLEJÓN, Francisco Balaguer. Ob. cit., 2014. p. 127.

que é mais importante, que as minorias denunciem antecipadamente qualquer abuso ou inadequação da norma em votação<sup>32</sup>.

Ainda que todos esses atributos não sejam suficientes para garantir a razoabilidade das normas legais, ao menos permitem a participação democrática na criação do direito e reduzem a possibilidade de abusos e ofensas aos direitos fundamentais, especialmente das minorias.

O princípio da legalidade representa, portanto, um dos pilares essenciais da proteção dos direitos fundamentais. Se é certo que não se pode mais admitir a formulação clássica do princípio como expressão de uma abstrata “vontade geral do povo”, não se deve, por outro lado, abdicar da função que o princípio exerce de proteção das minorias e garantia do indivíduo contra o arbítrio estatal.

## REFERÊNCIAS

BARRILAO, Juan Francisco Sanchez. *De la ley al reglamento delegado: deslegalización, acto delegado y transformaciones del sistema de fuentes*. Pamplona: Aranzadi Editorial, 2015.

BODIN, Jean. *Los seis libros de la República*. Madrid: Tecnos, 1997.

CALLEJÓN, Francisco Balaguer. *La proyección de la Constitución sobre el ordenamiento jurídico*. México D.F.: Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2014.

\_\_\_\_\_ et al. *Manual de derecho constitucional*. Madrid: Tecnos, v. I, 2017.

CELOTTO, Alfonso; CONTE, Emanuele. La Legge: dalle origini alla crisi. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, v. 10, n. 1, p. 125-142, 2007.

CLARK, Christopher. Germany 1815-1848: restoration or pre-march? In: BREUILLY, John (Org.). *Nineteenth- Century Germany: politics, culture and society 1780- 1918*. London: Arnold, 2001.

COSCULLUELA MONTANER, Luis. *El principio de legalidad como vertebrador del Estado de Derecho: su lenta y accidentada institucionalización en España*. 2010.

<sup>32</sup> Na perfeita síntese de Gustavo Gramaxo Rozeira (2012): “Pela sua representatividade social e democrática, pela sua configuração plural e pela transparência dos seus procedimentos, o parlamento é a instituição mais marcante e central da arquitetura institucional de um Estado de Direito e Democrático. É, além do mais, a instituição de soberania mais profusamente regulada pelo direito constitucional e onde umbica toda a distribuição do poder político central do Estado e à qual, em maior ou menor grau (ou mesmo simbolicamente), respondem politicamente os demais poderes instituídos. A esta centralidade institucional do parlamento tem, pois, de corresponder uma ‘centralidade normativa’, no sentido de se continuar reconhecendo à lei parlamentar o papel de preeminência no sistema de fontes normativas”.

DE CABO MARTÍN, Carlos. *Contra el consenso: estudios sobre el Estado constitucional y el constitucionalismo del Estado social*. México D.F.: Unam, 1997.

\_\_\_\_\_. *Sobre el concepto de ley*. Madrid: Trotta, 2000.

DE ENTERRÍA, Eduardo García. La lucha contra las inmunidades del poder en el derecho administrativo (poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos). *Revista de Administración Pública*, n. 38, p. 159-208, 1962.

\_\_\_\_\_; MENÉNDEZ MENÉNDEZ, Aurelio. *El derecho, la ley y el juez*. Dos estudios. Madrid: Civitas, 2000.

DE OTTO, Ignacio. *Derecho constitucional: sistema de fuentes*. Grupo Planeta (GBS), 1987.

DYZENHAUS, David. Hermann Heller and the legitimacy of legality. *Oxford J. Legal Stud.*, v. 16, p. 641, 1996.

FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*. Buenos Aires: Trotta, 1998.

GARCÍA, Joaquín Abellán. Liberalismo alemán del siglo XIX: Robert von Mohl. *Revista de Estudios Políticos*, n. 33, p. 123-146, 1983.

HELLER, Herman. *Teoria do Estado*. São Paulo: Mestre Jou, 1968.

\_\_\_\_\_. Estado de derecho o dictadura. *Escritos políticos*, Madrid: Alianza Universidad, 1985.

HEUN, Werner. *El principio monárquico y el constitucionalismo alemán del siglo XIX*. Universidad de Oviedo, Editorial Fundamentos Cuadernos Monográficos de Teoría del Estado, Derecho Público e Historia Constitucional, n. 2, 2000.

HIERRO, Liborio L. et al. El imperio de la ley y la crisis de la ley. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n. 19, 1996.

HOMEM, António Pedro Barbas. *A Lei da Liberdade: introdução histórica ao pensamento jurídico, épocas medieval e moderna*. Cascais: Principia, 2001.

JESCH, Dietrich. Ley y Administración: estudio de la evolución del principio de legalidad. *Instituto de Estudios Administrativos*, 1978.

KANT, Emmanuel. *La metafísica de las costumbres*. Madrid: Tecnos, 2005.

LABAND, Paul. *Derecho presupuestario*. Madrid: Instituto de Estudios Fiscales, 1979.

LANCHESTER, Fulco. *Le costituzioni tedesche da Francoforte a Bonn: introduzione e testi*. Milano: Giuffrè, 2009.

LAPORTA, Francisco J. La reinención de la ley. *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, Madrid, n. 8, 2003.

\_\_\_\_\_. *Imperio de la ley: una visión actual*. Madrid: Trotta, 2007.

LOCKE, John. *Segundo Tratado sobre o governo civil e outros escritos: ensaio sobre a origem, os limites e os fins verdadeiros do governo civil*. Petrópolis: Vozes, 2019.

LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. Barcelona: Ariel, 1976.

MARTÍN, Sebastián. Los fundamentos sociales, políticos y jurídicos del “soziale Rechtsstaat”. Una relectura de Hermann Heller (1891-1933). *Res Publica. Revista de Filosofía Política*, v. 25, p. 151-176, 2011.

MERKL, Adolf. *Teoría general del derecho administrativo*. Granada: Comares S.L., 2004.

MUÑOZ MACHADO, Santiago. *Tratado de derecho administrativo y derecho público general*. Madrid: Boletín Oficial del Estado, t. VII, 2015.

PERJU, Vlad. Constitutional transplants, borrowing, and migrations. In: *Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, edited by M. Rosenfeld and A. Sajo, 1304-1327. Oxford: Oxford University Press, 2012.

ROUSSEAU, Jean Jacques. *Contrato social*. Barcelona: Austral, 2012.

ROZEIRA, Gustavo Gramaxo. *A “crise da lei” no pensamento jurídico contemporâneo*. 2012.

RUBIO LLORENTE, Francisco. Rango de ley, fuerza de ley, valor de ley. *Revista de Administración Pública*, n. 100, p. 417-432, 1983.

SALVADOR, Bartolomé Clavero. “Garantie des droits”: emplazamiento histórico del enunciado constitucional. *Revista de Estudios Políticos*, n. 81, p. 7-22, 1993.

SIEYÈS, Emmanuel Joseph. *¿Que es el Tercer Estado?* Madrid: Alianza, 2003.

TOMÁS Y VALIENTE, Francisco. *Constitución: escritos de introducción histórica*. Madrid: Marcial Pons, 1996.

TOCQUEVILLE, Alexis. *El antiguo régimen y la Revolución*. México D.F.: Fondo de Cultura Económica, 1996.

VEDEL, Georges. El problema de las relaciones entre el legislativo y el ejecutivo. *Revista de Ciencias Sociales*, v. III, n. 2, jun. 1959.

WALDRON, Jeremy. *Law and disagreement*. OUP Oxford, 1999.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. Madrid: Trotta, 2011.

Submissão em: 26.11.2019

Avaliado em: 22.06.2020 (Avaliador A)

Avaliado em: 30.06.2020 (Avaliador B)

Avaliado em: 24.06.2020 (Avaliador C)

Aceito em: 13.08.2020

# REFORMA PREVIDENCIÁRIA: DESCONSTITUCIONALIZAÇÃO E TRIBUTAÇÃO

*SOCIAL SECURITY REFORM: DESCONSTITUTIONALIZATION AND TAXATION*

**Luiz Felipe Silveira Difini<sup>1</sup>**

Doutor em Direito do Estado (UFRGS, Porto Alegre/RS, Brasil)

**ÁREA(S):** direito constitucional; direito tributário; direito previdenciário.

**RESUMO:** Este trabalho analisa a proposta de reforma previdenciária, com exposição dos principais pontos de alteração do regime de seguridade social até então adotado no Brasil, com ênfase na desconstitucionalização e na majoração das contribuições, além da proposta de institucionalização da capitalização individual. São apontadas as alterações substanciais pretendidas pela reforma em questão, que deixa ao legislador ordinário o regramento do tempo de contribuição e idade para aposentadoria, destacando-se, ainda, o retrocesso histórico-social promovido nos regimes de previdência próprio

e geral. Também é abordado o sigilo de dados envolvendo os cálculos que embasaram a proposta, a problemática do regime de capitalização individual, além do possível efeito confiscatório da progressividade das alíquotas da contribuição previdenciária.

**ABSTRACT:** *This paper analyzes the text of social security reform proposal, with an exposition of the main points of alteration of the social security system previously adopted in Brazil, with emphasis on deconstitutionalization and the increase of social security contributions, as well as the institutionalization of individual capitalization. The substantial changes envisaged by this reform, which leaves to the ordinary legislator the rule of time of*

---

<sup>1</sup> Professor Titular da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul nos Cursos de Graduação e Pós-Graduação, na disciplina de Direito Tributário. Ex-Presidente do Tribunal de Justiça Estado do Rio Grande do Sul. Ex-Presidente, Corregedor e Diretor da Escola Judiciária do Tribunal Regional Eleitoral do Rio Grande do Sul. Atualmente integra a 22ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. *E-mail:* difini@tjrs.jus.br. Currículo: <http://lattes.cnpq.br/9469097303332145>. Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-6206-5024>.

*contribution and age for retirement, are highlighted, as well as the historical and social regression promoted in the pension's system. It also addresses the secrecy of data involving the calculations underlying the proposal, the problem of the individual capitalization regime, and the possible confiscatory effect of the social security contribution.*

**PALAVRAS-CHAVE:** reforma previdenciária; desconstitucionalização; regimes próprio e geral; retrocesso histórico-social; capitalização individual; contribuição previdenciária; progressividade; efeito confiscatório.

**KEYWORDS:** *social security reform; deconstitutionalization; security regimes; historical-social regression; individual capitalization; social security taxes; progressivity; confiscatory effect.*

**SUMÁRIO:** Introdução; 1 A desconstitucionalização da Previdência Social; 2 O aumento da contribuição previdenciária; Conclusões; Referências.

**SUMMARY:** *Introduction; 1 Social Security deconstitutionalization; 2 The increase of social security taxes; Conclusions; References.*

## INTRODUÇÃO

A Previdência Social historicamente foi pautada pela noção de prevenção e solidariedade, porquanto, juntamente com a participação do Estado, une indivíduos, que contribuem para um sistema que visa suportar os riscos inerentes à vida social.

Nesse sentido, João Antônio Guilhembernard Pereira Leite pontuava<sup>2</sup>:

A necessidade de segurança, em permanente confronto com o fascínio pelo risco, constitui um dos mais claros fundamentos da previdência social e do direito previdenciário. O homem é débil e nasce mais frágil e inerme do que a maioria dos seres vivos. Por isso mesmo se agrupa e associa inelutavelmente. Solitário, ilhado, sem vínculos com seus semelhantes, não sobrevive.

<sup>2</sup> LEITE, João Antônio Guilhembernard Pereira. *Curso elementar de direito previdenciário*. São Paulo: LTr, 1977. p. 14.



Essa tradição, contudo, de certo modo, foi abandonada pela Proposta de Emenda à Constituição nº 06/2019<sup>3</sup>, formulada pelo atual Governo em janeiro do corrente ano, que pretende concretizar, ao argumento da equidade, a assim denominada “nova previdência”.

A par das discussões envolvendo a existência de déficit a justificar a reforma, o texto proposto possui três eixos com alterações importantes no sistema previdenciário brasileiro. São eles: a desconstitucionalização do regime; a elevação do valor das contribuições, com possibilidade de progressividade das alíquotas; e a institucionalização do regime de capitalização individual.

Nesse contexto, far-se-á uma análise da proposta, com exposição dos principais pontos de alteração do regime previdenciário até então adotado no Brasil, com ênfase na desconstitucionalização e na progressividade das contribuições, além da institucionalização da capitalização individual. Na primeira parte, será abordada a ausência de inovação quanto à proposta, o retrocesso histórico-social e as problemáticas envolvendo a desconstitucionalização. Na segunda parte, cuidar-se-á da questão da constitucionalidade da progressividade das alíquotas e do regime de capitalização individual. Para tanto, serão utilizados, além do texto proposto pelo Governo, dados divulgados pelo Governo e subsídios doutrinários para, ao final, apresentar as conclusões sobre este relevante tema.

## 1 A DESCONSTITUCIONALIZAÇÃO DA PREVIDÊNCIA SOCIAL

### 1.1 ORIGENS DA PROPOSTA DE DESCONSTITUCIONALIZAÇÃO

A PEC 06/2019, já na exposição de motivos, deixa clara a intenção do Poder Executivo em desconstitucionalizar as regras de regime previdenciário, em especial as que versam sobre limite de idade e de tempo de contribuição para a percepção da aposentadoria.

Nesse aspecto, a proposta não inova. Há quase 25 anos, no governo do então Presidente Fernando Henrique Cardoso, foi enviada ao Congresso a

---

<sup>3</sup> Governo Federal. *Proposta de Emenda à Constituição nº 6, de 2019*. Brasília: Câmara dos Deputados, 2019. Disponível em: <[https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=1712459&filename=PEC+6/2019](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1712459&filename=PEC+6/2019)>. Acesso em: 21 jun. 2019.

PEC 33/1995, com o mesmo objetivo. Naquela oportunidade, a proposta afirmava como meta o seguinte<sup>4</sup>:

[...] devolver ao sistema de previdência social os princípios da boa técnica e boa doutrina previdenciária, remetendo para a legislação complementar o estabelecimento de regras que dependam de análise de viabilidade atuarial, suprimindo diferenças de gênero, categoria profissional e entre segurados urbanos e rurais, estimulando a contribuição, e estabelecendo regras de transição que garantam tanto a sobrevivência do sistema durante o período de mudanças, como os direitos adquiridos dos segurados.

A PEC 33/1995 resultou na promulgação da EC 20/1998, com alterações, incluindo a não aprovação pelo Congresso Nacional da desconstitucionalização.

Com efeito, há praticamente um quarto de século, a proposta foi rechaçada. Em janeiro deste ano, com a promessa de inovação e modernização, o tema retorna, com pequenas alterações. A grande diferença pode-se dizer que é a origem da proposta. Em 1995, o Ministério da Previdência e Assistência Social, em conformidade com as regras de competência, encaminhou a proposição. Já em 2019, a Exposição de Motivos da PEC 6/2019 foi construída pelo Ministério da Economia.

A criação da proposta pelo Ministério da Economia já demonstra o aspecto liberal da reforma, deixando em segundo plano os aspectos assistenciais do regime previdenciário. Tanto que, ao sustentar a necessidade de reforma do sistema, assim constou na atual exposição de motivos<sup>5</sup>:

Esta proposta de emenda constitucional demonstra ser desnecessária a definição de regras de elegibilidade na carta magna, aprimorando a estrutura legal constitucional, adotando a forma sintética semelhante

---

<sup>4</sup> Mensagem nº 306, de 1995, do Poder Executivo. *Diário do Congresso Nacional*, Brasília, a. L, n. 49, 28 mar. 1995, Seção I, p. 4502.

<sup>5</sup> Proposta de Emenda à Constituição nº 6/2019. Câmara dos Deputados. Disponível em: <[https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=1712459&filename=PEC+6/2019](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1712459&filename=PEC+6/2019)>. Acesso em: 21 jun. 2019.

às Constituições da maioria dos países e, por exemplo, os Estados Unidos.

A desconstitucionalização do regime de previdência teria como parâmetro, portanto, a necessidade de tornar mais sintético o texto constitucional, tal como é o caso dos Estados Unidos da América.

Ocorre que a Constituição americana de 1787 foi promulgada tendo em vista o momento histórico então vivenciado e visava, em suma, à limitação dos Poderes – Legislativo e Executivo – e à proteção da liberdade e do direito das minorias frente ao Estado. Esse movimento deu origem à supremacia da Constituição, que “exprimira a consequência inelutável da sua superioridade formal, resultado da primazia do Poder Constituinte Originário sobre os Poderes por ele constituídos”<sup>6</sup>.

O contexto histórico em que foi concebido tão enxuto texto constitucional por certo não tem relação com a ideia de modernidade e equidade que se pretende conferir ao regime previdenciário.

Além disso, a Constituição americana mantém-se na forma como idealizada, sem o acréscimo de disposições, dada a sua extrema rigidez<sup>7</sup>.

Todavia, a dificuldade de alteração do seu texto não impede que sofra mutações, por meio da interpretação dada pela Suprema Corte.

Tanto que, ainda no começo do século XX, Charles Evans Hughes, à época governador de Nova York e, posteriormente, *Chief Justice*, proferiu a célebre frase “*We are under a Constitution, but the Constitution is what the judges say it is*”<sup>8</sup>. Efetivamente, a Constituição americana só sobrevive pela interpretação

---

<sup>6</sup> MENDES, Gilmar; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 49.

<sup>7</sup> Prevê o art. 5º da Constituição americana: “Sempre que dois terços dos membros de ambas as Câmaras julgarem necessário, o Congresso proporá emendas a esta Constituição, ou, se as legislaturas de dois terços dos Estados o pedirem, convocará uma convenção para propor emendas, que, em um e outro caso, serão válidas para todos os efeitos como parte desta Constituição, se forem ratificadas pelas legislaturas de três quartos dos Estados ou por convenções reunidas para este fim em três quartos deles, propondo o Congresso uma ou outra dessas maneiras de ratificação” (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *A Constituição dos Estados Unidos da América*. Disponível em: <<http://www.uel.br/pessoal/jneto/gradua/historia/recdid/ConstituicaoEUAREcDidaPESSOALJNETO.pdf>>. Acesso em: 11 jul. 2019).

<sup>8</sup> FRANCK J. Matthew. *The Problem of Judicial Supremacy*. National Affairs, n. 40, 2019. Disponível em: <<https://www.nationalaffairs.com/publications/detail/the-problem-of-judicial-supremacy>>. Acesso em: 11 jul. 2019.

dada pela Suprema Corte. Essa, contudo, é uma Constituição promulgada antes de qualquer Estado de Bem-Estar Social, consubstanciado a partir dos textos do início do século XX, como foram as Constituições de Weimar de 1919 e a Mexicana de 1917<sup>9</sup>.

Com efeito, a Constituição americana foi promulgada num contexto histórico em que o liberalismo mostrava-se o novo modelo estatal, hábil a fazer frente às demandadas não solucionadas pelo absolutismo, superado pela dinâmica político-social<sup>10</sup>.

Por sua vez, o Estado contemporâneo, especialmente após a Segunda Guerra Mundial, vem sendo remodelado, tendo por fundamento a valorização da pessoa e a concretização do Bem Comum.

Após a metade do século XX, chegou-se à conclusão de que um sistema pautado apenas na legalidade e na não intervenção estatal, além de não fazer frente às atuais demandas da sociedade contemporânea, pode criar distorções, com a criação de regimes de exceção.

Desse modo, a diminuição de garantias previstas no texto constitucional, como justificativa para a reforma da previdência, não encontra amparo no sistema jurídico vigente, especialmente no caso do Brasil, em que um dos fundamentos da República é a dignidade da pessoa humana.

Ao estabelecer que o Brasil constitui-se em Estado Democrático de Direito, tendo por fundamento a dignidade da pessoa humana, a Constituição Federal coloca a pessoa no centro, de modo que toda a atividade estatal deve estar pautada no Bem Comum.

Para preservar esse fundamento, a Constituição brasileira, classificada como rígida<sup>11</sup>, previu um núcleo um núcleo intangível, as chamadas cláusulas pétreas, previstas no art. 60, § 4º, I a IV, da Constituição Federal<sup>12</sup>, podendo sofrer alteração mediante proposta de emenda, a ser discutida e votada em cada

---

<sup>9</sup> SANTOS, Leandro Luís Camargo. *Curso de direito da seguridade social*. São Paulo: LTr, 2005. p. 32.

<sup>10</sup> STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. *Ciência política e teoria do Estado*. 5 ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 51.

<sup>11</sup> SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. 33. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 46.

<sup>12</sup> BRASIL. *Constituição da república Federativa do Brasil de 1988*. Brasília: Presidência da Pública, 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 24 jun. 2019.

Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, com três quintos de votos dos respectivos membros.

Nesse sentido, ao invés de se buscar inspiração em uma Constituição de 1787, tendo em vista o longo processo democrático vivenciado desde então, o Brasil deveria se espelhar em Constituições mais recentes, que instalaram o regime do Estado Social de Direito e do Bem-Estar Social.

Somado a isso, a ausência de previsão constitucional de regras mínimas para o regime previdenciário não impedirá que os juízes realizem a interpretação da lei de forma integrativa, com base nos preceitos constitucionais, especialmente a dignidade da pessoa humana. Dito de outro modo, a supressão de parte do texto no tocante à previdência não impedirá que tal sistema permaneça com *status* de direito fundamental, ampliando-se as possíveis interpretações sobre a sua aplicação.

A história demonstra que toda reforma vem acompanhada de certa judicialização – não objeto da presente abordagem –, especialmente na ausência de regras de transição, tal como a PEC 06/2019, como será abordado em tópico posterior.

## **1.2 DO RETROCESSO HISTÓRICO-SOCIAL PROMOVIDO PELA PROPOSTA DE ALTERAÇÕES DO REGIME GERAL E REGIME PRÓPRIO**

A proposta de desconstitucionalização do Regime Geral de Previdência Social retoma situação existente em momento anterior à Constituição Federal de 1988, acarretando um retrocesso de, no mínimo, três décadas.

Já em relação ao Regime Próprio de Previdência, destinado aos servidores públicos, a proposta retrocede em mais de 70 anos, visto que, desde a Constituição de 1946, o regramento passou a ser tratado como direito constitucional.

Por sinal, foi na Constituição de 1946 que houve a sistematização da matéria previdenciária, com o surgimento da expressão “Previdência Social”<sup>13</sup> e a consagração do regime em favor da maternidade e com proteção “contra as consequências da doença, da velhice, da invalidez e da morte” (art. 157, XVI<sup>14</sup>).

<sup>13</sup> VIANNA, Cláudia Salles Vilela. *Previdência Social: custeio e benefícios*. São Paulo: LTr, 2005. p. 52.

<sup>14</sup> BRASIL. *Constituição da república Federativa do Brasil de 1946*. Brasília: Presidência da Pública, 1946. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao46.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm)>. Acesso em: 26 jun. 2019.

A par das discussões acerca dos limites e alcance do princípio da proibição do retrocesso, fato é que, no mínimo, toda alteração constitucional que pretenda alterar o sistema de previdência não poderia simplesmente deixar ao encargo do legislador ordinário o seu regramento. Não poderia, em princípio, haver uma desconstitucionalização total do sistema.

Em sentido contrário ao exposto, a PEC 6/2019 pretende alterar o § 1º do art. 40 da Constituição Federal, deixando à lei complementar, de iniciativa do Poder Executivo Federal, a edição de normas gerais de organização, de funcionamento e de responsabilidade previdenciária na gestão dos regimes próprios de previdência social dos servidores públicos. Com isso, o constituinte derivado estará concedendo autorização para que o legislador ordinário possa livremente criar as regras, que até então estavam consolidadas no texto constitucional.

Por certo que, diante do contexto econômico da sociedade, que está sempre em movimento, faz-se necessária a realização de mudanças na previdência. Todavia, a desconstitucionalização, alterando garantias previstas há mais de 70 anos para os servidores públicos e há mais de 30 para os contribuintes do regime geral, não é hábil a conferir a equidade pretendida.

Ainda no tocante aos servidores públicos, além da desconstitucionalização do regime, importante alteração diz respeito à possibilidade de que o regime de previdência complementar, já previsto no texto constitucional, possa ser prestado por entidade privada, a ser escolhida mediante processo de licitação.

A atual redação do art. 40, § 15, da Constituição Federal refere que a previdência complementar é instituída por lei do respectivo ente federado, de natureza pública, podendo ser concretizada por intermédio de entidades fechadas. Na redação proposta, o Poder Executivo, instituidor do regime complementar, poderá autorizar o patrocínio de plano administrado por entidade fechada de previdência complementar, a ser escolhida por meio de processo licitatório, não podendo haver mais de um fundo por ente público.

A proposta acabaria por extinguir os regimes previdenciários complementares instituídos no âmbito federal, tanto pelo Poder Judiciário quanto pelo Poder Legislativo. Resultaria, ainda, na remodelação de toda a estrutura criada com a Lei nº 12.618/2012, que instituiu o regime de previdência complementar para os servidores públicos federais titulares de cargo efetivo

e, dentre outras disposições, autorizou a criação de três entidades fechadas de previdência complementar, quais sejam, Fundação de Previdência Complementar do Servidor Público Federal do Poder Executivo (Funpresp-Exe), Fundação de Previdência Complementar do Servidor Público Federal do Poder Legislativo (Funpresp-Leg) e Fundação de Previdência Complementar do Servidor Público Federal do Poder Judiciário (Funpresp-Jud)<sup>15</sup>.

Assim, a previdência de todos os servidores estará sob o comando de entidade privada, com discutível solvabilidade, como, aliás, ocorreu no regime chileno.

Esse movimento – privatização e regime de capitalização da previdência – não é novidade, tampouco de trata de caso isolado do Brasil. Sua adoção foi realizada em alguns países da América Latina, sendo pioneiro o Chile. O modelo de privatização é variado. Pode-se manter a intervenção do Estado, mesmo que mínima, e em outros modelos atribui-se à iniciativa privada a completa gestão da previdência<sup>16</sup>.

Nos dois modelos, a experiência não tem se mostrado frutífera. A demonstrar a falibilidade do sistema, o governo chileno, no final de 2018, apresentou projeto de reforma do sistema previdenciário, pautado pela capitalização individual, com aumento do valor das contribuições<sup>17</sup>.

Ao ser retirada a exigência de que o plano de previdência complementar seja regido por entidade fechada de natureza pública, não é difícil vislumbrar a possível instabilidade da situação dos servidores públicos, pois a solvabilidade

---

<sup>15</sup> BRASIL. Lei nº12.618, de 30 de abril de 2012. Institui o regime de previdência complementar para os servidores públicos federais titulares de cargo efetivo, inclusive os membros dos órgãos que menciona; fixa o limite máximo para a concessão de aposentadorias e pensões pelo regime de previdência de que trata o art. 40 da Constituição Federal; autoriza a criação de 3 (três) entidades fechadas de previdência complementar, denominadas Fundação de Previdência Complementar do Servidor Público Federal do Poder Executivo (Funpresp-Exe), Fundação de Previdência Complementar do Servidor Público Federal do Poder Legislativo (Funpresp-Leg) e Fundação de Previdência Complementar do Servidor Público Federal do Poder Judiciário (Funpresp-Jud); altera dispositivos da Lei nº 10.887, de 18 de junho de 2004; e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2012/Lei/L12618.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12618.htm)>. Acesso em: 21 jun. 2019.

<sup>16</sup> CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. *Manual de direito previdenciário*. 19. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 17.

<sup>17</sup> MONTES, Rocio. No Chile, Piñera tenta reformar sistema previdenciário que o Brasil quer imitar. *El País*, 08.11.2018. Disponível em: <[https://brasil.elpais.com/brasil/2018/11/08/internacional/1541674805\\_852958.html](https://brasil.elpais.com/brasil/2018/11/08/internacional/1541674805_852958.html)>. Acesso em: 24 jun. 2019.

só será verificada após quase três décadas de contribuição para um sistema, cuja experiência internacional não tem se demonstrado exitosa.

Além da significativa alteração no regime de previdência dos servidores públicos, a reforma restringe direitos previstos na Constituição Federal para o regime geral, especialmente no tocante às pensões, pois pretende suprimir a garantia de que a pensão por morte não possa ser inferior ao salário-mínimo.

Atualmente, referida garantia está prevista no art. 201, V, c/c § 2º da Constituição Federal, que na proposta é suprimida. A observância do salário-mínimo passaria então a ser resguardada somente para benefícios que substituam o salário de contribuição ou o rendimento do trabalho do segurado, que não é o caso da pensão.

A proposta, como se vê, desconstitucionaliza o regime previdenciário dos servidores públicos, suprime garantias e diminui o alcance de benefícios consagrados, a exemplo da pensão por morte. Aliás, a pensão por morte historicamente é tida como um dos pilares de qualquer regime previdenciário. Desse modo, mesmo que não se trate de supressão, a restrição desse benefício afeta direito fundamental.

Por sinal, a existência de seguro – como pode ser equiparada à pensão por morte – é inerente às sociedades democráticas, nas quais os prejuízos devem ser suportados por todos. Trata-se de concretizar o princípio da equidade de garantir que, no momento em que o segurado estiver mais vulnerável, ele (ou seu dependente) terá amparo, decorrente da contribuição feita ao longo de anos.

Além disso, a proposta trata de forma não isonômica as carreiras dos servidores públicos civis e dos servidores militares, em aparente afronta à regra constitucional que determina a adoção de regime jurídico único.

Não foi prevista regra de transição com paridade e integralidade para os servidores públicos civis. O texto sugerido com alteração do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, qual seja, art. 3º, § 7º, I, menciona expressamente que a integralidade – não a paridade – se dará aos 65 anos, se homem, e 62 anos, se mulher.

Diferentemente ocorre com os servidores militares, que apenas com o acréscimo de cinco anos de contribuição garantem a paridade e a integralidade.



Tratamento significativamente diverso daquele conferido às outras carreiras do serviço público vem estampado no art. 4º, § 3º, I e II, da PEC 06/2019<sup>18</sup>, no que tange ao regime de seguridade dos agentes policiais.

Em suma, a proposta prevê que os proventos das aposentadorias dos policiais corresponderão à totalidade da remuneração, caso tenham ingressado no serviço público em carreira policial antes da implementação do regime de previdência complementar.

Tem-se, pois, que, para os servidores públicos em geral, a aposentadoria integral apenas poderá ser concretizada para aqueles que tiverem ingressado no serviço público antes de 2003 e se aposentarem com 65 anos, se homem, e 62 anos, se mulher. Já para o policial, restou assegurada aposentadoria integral, com o único requisito de ter ingressado na carreira policial antes da implementação do regime de previdência complementar, o que é muito diferente do que impor a obrigatoriedade de ingresso até 2003.

A proposta também altera a forma de cálculo da pensão por morte, a ser concedida aos dependentes do servidor que tenha ingressado antes do regime complementar.

A regra proposta prevê que a pensão seja equivalente, se houver apenas um dependente, a 60% sobre o valor da aposentadoria que o servidor receberia se estivesse aposentado na data do seu óbito. Essa aposentadoria corresponde a 60%, de modo que o valor da pensão será 36% dos proventos do servidor.

---

<sup>18</sup> “Art. 4º Ressalvado o direito de opção à aposentadoria pelas normas estabelecidas na lei complementar a que se refere o § 1º do art. 40 da Constituição, o policial dos órgãos a que se referem o inciso IV do *caput* do art. 51, o inciso XIII do *caput* do art. 52 e os incisos I a IV do *caput* do art. 144 da Constituição que tenha ingressado em carreira policial até a data de promulgação desta Emenda à Constituição poderá aposentar-se voluntariamente quando preencher, cumulativamente, os seguintes requisitos: [...] § 3º Os proventos das aposentadorias concedidas nos termos do disposto neste artigo corresponderão: I – à totalidade da remuneração do servidor público no cargo efetivo em que se der a aposentadoria, observado o disposto no § 10 do art. 3º, para o policial dos órgãos a que se refere o *caput* que tenha ingressado no serviço público em carreira policial antes da implementação de regime de previdência complementar pelo ente federativo ao qual esteja vinculado ou, para os entes federativos que ainda não tenham instituído o regime de previdência complementar, antes da data de promulgação desta Emenda à Constituição; e II – a sessenta por cento da média aritmética simples das remunerações e dos salários de contribuição correspondentes a cem por cento de todo o período contributivo desde a competência julho de 1994 ou desde a competência do início da contribuição, se posterior àquela competência, acrescidos de dois por cento para cada ano de contribuição que exceder a vinte anos de contribuição, até o limite de cem por cento, para o policial não contemplado no inciso I.”

Ainda, sobre o que exceder o teto é aplicado mais um redutor de 70%. Então, a pensão pode chegar a 25% do que seriam os vencimentos do servidor, concedendo uma proteção muito aquém do esperado para qualquer regime previdenciário. Além dessa significativa redução, há o agravante no sentido de que, se o beneficiário ou a beneficiária da pensão receber aposentadoria, não poderá acumular esse benefício com a pensão, exceto em certos limites, observadas determinadas faixas, em que a pensão corresponderá até três salários-mínimos.

Há, portanto, evidente retrocesso social tanto para os servidores públicos quanto para os beneficiários do sistema geral de previdência, além da instituição de tratamento não isonômico entre as carreiras dos servidores públicos e dos servidores militares, em clara afronta ao texto constitucional preconizado em 1988.

## **2 O AUMENTO DA CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA**

### **2.1 O SIGILO DE DADOS E A VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO**

A proposta do Governo prevê, inicialmente, a alíquota de 14%, podendo chegar a 22%, a depender do valor da base de contribuição ou do benefício recebido. Destaca-se que a alíquota de 14% incide sobre os vencimentos dos servidores públicos do Rio Grande do Sul desde 2016<sup>19</sup>.

Além da elevação, pretendia-se reger a possibilidade de criação de contribuições extraordinárias e de institucionalização do regime de capitalização da previdência.

Tais propostas não foram embasadas em nenhum cálculo atuarial. Aliás, o Ministério da Economia determinou sigilo preliminar sobre os documentos utilizados para fundamentar a reforma da Previdência.

---

<sup>19</sup> RIO GRANDE DO SUL. *Lei Complementar nº 14.967/2016*. Altera a Lei Complementar nº 13.758, de 15 de julho de 2011, que dispõe sobre o Regime Próprio de Previdência Social do Estado do Rio Grande do Sul, institui o Fundo Previdenciário - Fundoprev -, e dá outras providências, e a Lei nº 7.672, de 18 de junho de 1982, que dispõe sobre o Instituto de Previdência do Estado do Rio Grande do Sul; estabelece a responsabilidade de todos os Poderes e órgãos pelas contribuições previdenciárias e pelo déficit previdenciário; fixa a observância do teto constitucional e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.ipe.rs.gov.br/upload/1484152815\\_lei%2014.967.pdf](http://www.ipe.rs.gov.br/upload/1484152815_lei%2014.967.pdf)>. Acesso em: 24 jun. 2019.

Ocorre que toda modificação no regime de previdência necessita de estudos prévios que considerem não só aspectos atuariais, mas também questões de cunho econômico e social, a fim de garantir a efetividade e a longevidade do sistema.

Por certo que tais estudos, dada a relevância do tema, devem ser de acesso público.

O acesso às informações dos órgãos públicos é direito fundamental, previsto no art. 5º, XXXIII, da Constituição Federal, cujo exercício foi regulamentado por meio da publicação da Lei nº 12.527/2011<sup>20</sup>.

Apesar disso, a proposta tramitou de forma sigilosa, situação revelada pelo *Jornal Folha de São Paulo*, que, ao postular acesso aos estudos e pareceres técnicos, teve o pedido negado ao argumento de que tais documentos foram classificados com nível de acesso restrito<sup>21</sup>.

Ao que consta, a reforma iniciou violando o dever de transparência e de acesso à informação, valores intrínsecos ao Estado Democrático de Direito.

Não existe racionalidade tampouco legitimidade em decisões tomadas sem que os agentes e, principalmente, os destinatários tenham acesso às informações. Somente a partir do conhecimento é que poderá haver troca de informações, com promoção da diversidade, a fim de que seja estabelecido um denominador comum a todos os interesses envolvidos.

Em razão disso, o trâmite de uma proposta de emenda à Constituição pressupõe amplo debate sobre a matéria, de modo que, não havendo acesso a todos os documentos que a embasaram, no mínimo, a discussão poderá ser prejudicada.

Outrossim, não obstante o sigilo ter sido parcialmente levantado, remanescem dúvidas sobre o seu conteúdo, especialmente sobre o cálculo do alegado déficit da previdência.

<sup>20</sup> BRASIL. Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011. Regula o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição Federal; altera a Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990; revoga a Lei nº 11.111, de 5 de maio de 2005, e dispositivos da Lei nº 8.159, de 8 de janeiro de 1991; e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2011/lei/l12527.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12527.htm)>. Acesso em: 24 jun. 2019.

<sup>21</sup> FABRINI, Fábio; CARAM, Bernardo. Governo decreta sigilo sobre estudos que embasam reforma da Previdência. *Folha de São Paulo*, 21.04.2019. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2019/04/governo-decreta-sigilo-sobre-estudos-que-embasam-reforma-da-previdencia.shtml>>. Acesso em: 24 jun. 2019.

Isso porque estudos divulgados demonstram que as despesas com o regime próprio da previdência social não têm crescido a ponto de justificar o peso da reforma que está sendo imposto aos seus beneficiários.

Em 2018, o gasto com o regime próprio representou 1,81% do Produto Interno Bruto (PIB), o que é inferior à média do período de 1995 a 2018, em que representou 1,89% do PIB. Mesmo que pequena, a redução é significativa, especialmente porque, contrariamente ao que se argumenta, o histórico demonstra que não houve o aumento de despesas previdenciárias em relação ao PIB. Ainda, a despesa em 2018 é 15% inferior ao percentual máximo verificado em 2001, que foi de 2,14% do PIB<sup>22</sup>.

Diante disso, a conclusão é de que as despesas com o regime próprio dos servidores públicos não têm crescido em relação ao PIB. Ao contrário, têm se mantido estáveis, com leve redução ao longo dos anos.

A explicação para tanto são as reformas realizadas pelas Emendas Constitucionais n<sup>o</sup>s 20, de 15 de dezembro de 1998, e 41, de 19 de dezembro de 2003, que estabeleceram idade limite e, sobretudo, a institucionalização de regime de previdência complementar, já adotado pela União e por dezoito Estados da federação.

Em relação ao futuro, ao que tudo indica, no regime próprio não irá mais haver a garantia da paridade. A integralidade está praticamente extinta do ordenamento jurídico, sendo de difícil alcance para os servidores da ativa, especialmente para aqueles que ingressaram no serviço público da União após 2013 e no Estado do Rio Grande do Sul após 2016. Tanto que, em razão disso, a previsão é de que, em 2060, o regime próprio de previdência social dos servidores públicos represente apenas 0,34% do PIB<sup>23</sup>. Nesse caso, ter-se-á expressiva redução considerando o gasto realizado em 2018.

Em síntese, a reforma dos servidores públicos, em grande parte, já foi realizada, alcançando êxito na redução dos gastos, segundo acima abordado.

Nesse contexto, em que os dados até então existentes não corroboram com a necessidade de economia nos patamares anunciados pelo Poder Executivo, mostram-se primordiais o diálogo e a abertura de todos os dados envolvendo

---

<sup>22</sup> A Nova Previdência. Análise Técnica. Associação dos Magistrados Brasileiros, 2019. Disponível em: <<https://www.amb.com.br/wp-content/uploads/2019/05/Analise-Tecnica-PEC-6-Nova-Previdencia-AMB.pdf>>. Acesso em: 1<sup>o</sup> jul. 2019.

<sup>23</sup> Idem, *ibidem*.

a proposta, que, além de desconstitucionalizar o regime, majora as alíquotas e instituiu a progressividade, causando, por corolário lógico, grande impacto no orçamento dos servidores e segurados do regime geral.

Dada a relevância do tema, que diz respeito não só à presente, mas principalmente às futuras gerações, os dados envolvendo a proposta deveriam ser tratados com total transparência, sem quaisquer restrições.

A transparência, além de ser um valor inerente à democracia, confere legitimidade e credibilidade à proposta. Ao negar acesso a todos os dados, fica a transparência comprometida e prejudicada a discussão da matéria com a seriedade reservada às ações de tamanha importância, que envolvem projetos para o futuro do país e não apenas de um governo isolado.

## **2.2 DO POSSÍVEL EFEITO CONFISCATÓRIO, DA (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA PROGRESSIVIDADE DAS ALÍQUOTAS E DO REGIME DE CAPITALIZAÇÃO**

Um dos pontos de maior impacto, tanto na alteração da Constituição Federal quanto para os vencimentos dos servidores públicos, é a proposta de instituição de contribuição previdenciária com alíquotas progressivas, a depender da faixa salarial.

Por exemplo, pelo texto proposto, a partir do valor base de contribuição de R\$ 5.839,46 (cinco mil e oitocentos e trinta e nove reais e quarenta e seis centavos) até R\$ 10.000,00 (dez mil reais), poderá haver acréscimo de meio ponto percentual na alíquota, podendo chegar a oito pontos percentuais de acréscimo para quem receba acima de R\$ 39.000,01 (trinta e nove mil reais e um centavo).

O Supremo Tribunal Federal possui reiterados julgados declarando a inconstitucionalidade da progressividade das contribuições de seguridade social dos servidores públicos. Apenas para exemplificar, citam-se os seguintes julgados: Agravo Regimental em Recurso Extraordinário nº 386.098<sup>24</sup>, Agravo

<sup>24</sup> Ementa: “Contribuição previdenciária sobre vencimentos de servidores em atividade: acórdão recorrido que decidiu pela inconstitucionalidade da progressividade das alíquotas, na linha do entendimento firmado pelo plenário da Corte, no julgamento da ADIn-MC 2.010, Celso de Mello, DJ 12.04.2002, quando se deferiu medida cautelar para suspender a eficácia do art. 2º e seu parágrafo único, da Lei nº 9.783/1999, à vista do relevo jurídico da tese segundo a qual o legislador comum, fora das hipóteses taxativamente indicadas no texto da Carta Política, não pode valer-se da progressividade na definição das alíquotas pertinentes à contribuição de seguridade social devida por servidores públicos em atividade” (RE 386098-AgRg, 1ª T., Rel. Min. Sepúlveda Pertence, J. 03.02.2004, DJ 27.02.2004, p. 00025, Ement. v. 02141-07, p. 01358).

Regimental em Agravo de Instrumento nº 365.318<sup>25</sup> e Agravo Regimental em Recurso Extraordinário nº 346.197<sup>26</sup>.

Um dos fundamentos até então utilizados era a omissão no texto constitucional acerca da progressividade das alíquotas da contribuição previdenciária, pois, como regra, tal possibilidade foi expressamente prevista para os impostos.

Não obstante isso, de plano, é possível antever o desvirtuamento da finalidade das contribuições previdenciárias, caso seja aprovada a progressividade.

As contribuições sociais são vinculadas a uma prestação específica. O que as diferencia dos impostos, por exemplo, é justamente a sua vinculação a uma finalidade pública. Sérgio Pinto Martins é claro ao dispor que “a contribuição da Seguridade Social é um tributo vinculado. A sua arrecadação é destinada ao custeio da Previdência Social, da Assistência Social e Saúde, quanto a benefícios e serviços do sistema”<sup>27</sup>.

No caso das contribuições previdenciárias, sua vinculação é o pagamento dos benefícios de seguridade. Os benefícios, por sua vez, não são progressivos, mas proporcionais à contribuição. Logo, não sendo progressivos, a contribuição também não pode ser.

Além da aparente inconstitucionalidade da proposta, os valores sugeridos são nitidamente confiscatórios. A maior contribuição pode alcançar 22%, que, somada à alíquota de 27,5% do imposto de renda, implica desconto de 49,5% sobre os vencimentos do servidor público. E, com a instituição de contribuição extraordinária, o servidor poderá ter mais de 50% da sua renda comprometida com o pagamento de apenas dois tributos.

---

<sup>25</sup> Ementa: “Agravo regimental no recurso extraordinário. Previdenciário. Servidor público estadual. Contribuição previdenciária. Alíquota progressiva: impossibilidade. Precedente. Agravo regimental ao qual se nega provimento” (RE 365318-AgRg, 1ª T., Relª Min. Cármen Lúcia, J. 19.05.2009, DJe-118 divulg. 25.06.2009, publ. 26.06.2009, Ement. v. 02366-04, p. 00706).

<sup>26</sup> Ementa: “Agravo regimental no recurso extraordinário. Previdenciário. Servidor público. Contribuição previdenciária. Alíquota progressiva. Impossibilidade. Precedentes. 1. Esta Corte já decidiu que a instituição de alíquotas progressivas para a contribuição previdenciária dos servidores públicos ofende o princípio da vedação à utilização de qualquer tributo com efeito de confisco (art. 150, IV, da Constituição Federal). 2. Agravo regimental não provido” (RE 346197-AgRg, 1ª T., Rel. Min. Dias Toffoli, J. 16.10.2012, acórdão eletrônico DJe-222 divulg. 09.11.2012, publ. 12.11.2012).

<sup>27</sup> MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito da seguridade social*. 34. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 85.

Também sobre esse tema, o Supremo Tribunal Federal já se manifestou sobre o efeito de confisco das contribuições previdenciárias extraordinárias na ADIn 2.010-2.

Na referida ação declaratória, discutia-se a constitucionalidade do art. 2º da Lei nº 9.783/1999, posteriormente revogado, que criou uma contribuição previdenciária extraordinária dos servidores da União, pelo prazo de dois anos.

Na época, em voto lançado na ADIn 2.010-2, assim se posicionou o Ministro Marco Aurélio<sup>28</sup>:

[...] somemos o Imposto de Renda, da ordem de 27,05% (vinte e sete ponto cinco por cento) com a percentagem concernente à contribuição – não vamos partir para o argumento teratológico, e não sei se seria teratológico, dizendo-se do percentual relativo à contribuição na ordem de 25% (vinte e cinco por cento), porque a gradação resulta ao fim em 22%. Chegamos-se, praticamente, a 50% (cinquenta por cento). Vamos exigir mais para concluir pela configuração do confisco; vamos exigir 100% (cem por cento)? Só se for para deixar totalmente à míngua os servidores.

No mesmo julgado, o Ministro Maurício Corrêa, acerca do efeito confiscatório causado pela soma da contribuição e do imposto de renda, assentou o seguinte:

Estou em que se se somar o imposto de renda com a contribuição de que ora se cuida, o servidor terá de pagar, aproximadamente, 47% (quarenta e sete por cento) do que recebe. É por isso que o caráter confiscatório transparece em conjunto formulado por essas duas taxações. Se o imposto de renda fosse objeto de julgamento agora, ter-se-ia que levar em conta a contribuição, visto que os dois tipos compõem o total que alcança o confisco [...].

---

<sup>28</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Declaratória de Inconstitucionalidade nº 2.010-2. Requerente Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Requerido: Congresso Nacional. Relator: Ministro Celso de Mello, 30.09.1999. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=347383>>. Acesso em: 24 jun. 2019.



Contrariando o entendimento da Suprema Corte, na atual proposta, é refletida exatamente essa possibilidade – contribuição de até 22% –, podendo a soma dos descontos exceder a mais da metade dos vencimentos dos servidores públicos.

Além da progressividade, a PEC 6/2019 pretende, mediante alteração do § 6º do art. 40 da Constituição Federal, inserir, no sistema previdenciário brasileiro, a obrigatoriedade da capitalização individual.

A par das controvérsias geradas, a preocupação que se mostra de extrema relevância é a desoneração da prestação até então arcada pelo empregador. Não é difícil concluir que, caso o regime de capitalização seja criado somente a partir da contribuição dos empregados, os benefícios serão insuficientes frente às necessidades dos segurados, especialmente em idade avançada.

A exemplificar, estudos formulados pela Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul no ano de 2000, quando estava sendo cogitada a instituição de regime de previdência complementar, após a realização de cálculo, chegaram à conclusão de que, para um regime complementar sólido, garantindo benefícios equivalentes aos que, à época, eram assegurados aos servidores públicos, seria necessária a contribuição de R\$ 2,00 (dois reais) pelo empregador para cada R\$ 1,00 (um real) de contribuição do empregado<sup>29</sup>.

Não é difícil antever que, a longo prazo, o sistema de capitalização individual, mesmo com a majoração e a progressividade das alíquotas, não se sustentará.

Atualmente, o regime previdenciário, que, por previsão constitucional, integra a Seguridade Social, é financiado por “toda sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios” (art. 195, *caput*, da Constituição Federal<sup>30</sup>), bem como com o auxílio das seguintes contribuições sociais: do empregador, da empresa e da entidade a ela equiparada na forma da lei; do trabalhador e dos demais segurados da previdência social; sobre a receita

---

<sup>29</sup> Estudos de viabilidade do regime previdenciário complementar no âmbito do Poder Judiciário do Rio Grande do Sul. *Associação dos Juízes do Estado do Rio Grande do Sul (Ajuris)*. Gestão 2000/2001.

<sup>30</sup> BRASIL. *Constituição da república Federativa do Brasil de 1988*. Brasília: Presidência da Pública, 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constitucao/constitucao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constitucao/constitucao.htm)>. Acesso em: 24 jun. 2019.



de concursos de prognósticos; e do importador de bens ou serviços do exterior, ou de quem a lei a ele equiparar.

No tocante à contribuição do empregador, a tributação incide sobre a folha de salários, receita ou faturamento e lucro, como é, por exemplo, neste último caso, a Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL).

Como se vê, várias são as fontes de custeio da seguridade social.

Assim, um regime de capitalização sustentado apenas pela contribuição do empregado está fadado à insuficiência dos benefícios pagos, como já acontece no Chile, primeiro país a institucionalizar tal forma de previdência<sup>31</sup>.

Lá se inaugurou uma nova forma de gerir a previdência “na qual as contribuições dos trabalhadores não mais seriam vertidas para um fundo público, mas para entidades privadas denominadas Administradoras de Fundos de Pensões – AFPs, de forma compulsória”<sup>32</sup>, competindo ao Estado apenas o estabelecimento de regras de funcionamento e fiscalização. Sobre esse sistema, leciona Carlos Alberto Pereira de Castro<sup>33</sup>:

Pelo sistema estabelecido, os trabalhadores chilenos devem destinar entre 10 e 12% de seu ganho mensal às AFPs, que investem estes recursos em ações e bônus, tanto no Chile quanto no exterior – sujeitando o capital investido, portanto, às incertezas do mercado e da economia interna e mundial.

Referido autor não considera o sistema chileno um “verdadeiro sistema de previdência”, pois não há participação da sociedade no custeio<sup>34</sup>.

No Brasil, pretende-se instituir sistema similar, em que entidades privadas poderão fazer a gestão desses recursos. Ou seja, estar-se-á colocando no mercado o sistema previdenciário, com acréscimo dos custos de administração, inerentes a esse tipo de gerenciamento de recursos.

<sup>31</sup> Sistema de capitalização afunda no Chile com aposentadorias miseráveis, diz economista. *Forum*, 02.05.2019. Disponível em: <<https://revistaforum.com.br/sistema-de-capitalizacao-afunda-no-chile-com-aposentadorias-miseraveis-diz-economista/>>. Acesso em: 1º jul. 2019.

<sup>32</sup> CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. *Manual de direito previdenciário*. 19. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 32.

<sup>33</sup> CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. Op. cit., p. 33.

<sup>34</sup> CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. Op. cit., p. 33.

Dessa forma, caso implementada, ter-se-ão os custos de administração e gestão dessas entidades, os lucros do empreendedor privado e, por último, o seguro.

O seguro é necessário, pois a previdência por meio de capitalização individual não é hábil a remunerar os casos de doença e se acidente. Desse modo, é imprescindível a realização de seguro para cobrir essas situações.

Ao trabalhador, portanto, competirá arcar não só com a contribuição previdenciária visando à sua aposentadoria, mas também arcará com o custo de administração e o seguro. Esse modelo, utilizado pelo Chile, vem sofrendo fortes críticas, pois, além de diminuir substancialmente o valor dos benefícios, o custo de administração é cobrado juntamente com o seguro, carecendo de maior transparência os valores pagos às Administradores de Fundos de Pensão<sup>35</sup>.

Além de todos esses acréscimos, que serão suportados exclusivamente pelo trabalhador, os beneficiários estarão sujeitos à administração dos valores pelas instituições bancárias, que poderão realizar toda sorte de investimentos, caso não exista mínimo regramento a respeito. Por sinal, a experiência internacional tem demonstrado que, como regra, não há limitação ou definição sobre como a previdência deve ser gerida pelas entidades financeiras, causando imensos prejuízos aos trabalhadores.

Nesse sentido, estudo da OIT chamado *Reversing Pension Privatization – Rebuilding public pension systems in Eastern Europe and Latin America* apontou que, nos países onde foi adotado o sistema de capitalização individual, prevalece a existência de estruturas de governança frágeis, permitindo a captura das funções de regulação e supervisão pelos setores financeiro e de seguros<sup>36</sup>.

Tudo isso reforça o fato de que, caso ocorra a privatização, deverá haver uma estrutura governamental de controle, que, no Brasil, se dá por meio das agências reguladoras.

---

<sup>35</sup> REVERBEL, Paula. Como é se aposentar no Chile, o 1º país a privatizar sua Previdência. *BBC*, 16.05.2017. Disponível em: <<https://www.bbc.com/portuguese/internacional-39931826>>. Acesso em: 1º jul. 2019.

<sup>36</sup> *Reversing Pension Privatizations: Rebuilding public pension systems in Eastern Europe and Latin America International Labour Office* - Geneva: ILO, 2018. Disponível em: <[https://www.ilo.org/secsoc/information-resources/publications-and-tools/books-and-reports/WCMS\\_648574/lang--en/index.htm](https://www.ilo.org/secsoc/information-resources/publications-and-tools/books-and-reports/WCMS_648574/lang--en/index.htm)>. Acesso em: 26 jun. 2019.

No entanto, as agências reguladoras não têm se mostrado útil aos fins propostos, especialmente dada a muito incipiente autonomia dessas autarquias especiais.

Não significa, contudo, que nada deva ser feito. Dezoito Estados aderiram ao regime complementar, devendo ser determinada a compulsoriedade para os demais e, principalmente, para os municípios.

No tocante aos municípios, no mínimo, deve ser instituída a compulsoriedade do regime de previdência complementar para aqueles de porte médio e grande.

Para que seja atuarialmente viável, pode-se cogitar na realização de consórcios entre municípios, especialmente os de menor porte, para instituição de fundos de previdência complementar para servidores que percebam acima do teto do regime geral de previdência.

Em suma, a proposta aparenta vícios de constitucionalidade, especialmente no tocante à progressividade da alíquota, além de instituir a capitalização, cujos exemplos internacionais têm demonstrado resultados nefastos à população, especialmente para aqueles mais carentes.

Haverá, com isso, o esvaziamento da finalidade da previdência, que é, ao fim e ao cabo, assegurar condições mínimas de dignidade para os beneficiários que já não mais possuem capacidade laborativa e que, portanto, dependem do sistema para satisfação de necessidades básicas, como moradia e alimentação.

## CONCLUSÕES

A pretendida reforma previdenciária, sob a justificativa de equidade, realiza verdadeira operação de desmonte do Estado de Bem-Estar Social e de Seguridade Social, instituído pela Constituição Federal de 1988.

Para que seja aceitável e haja adesão, a reforma deverá trazer algum benefício à sociedade brasileira. Aliás, o consenso somente virá se a sociedade civil, de forma organizada, tiver acesso aos estudos preparatórios que embasaram a proposta de reforma da previdência. Deve-se ter conhecimento dos dados, pois dizem respeito à vida de todos os brasileiros desta e das futuras gerações.

Além disso, por meio da transparência, pode-se superar a atual disfunção que há em relação à representação da sociedade perante o Poder Legislativo.

Desde que foi criada a democracia representativa, o Parlamento foi a instância de representação da sociedade. Marshal, no julgamento de *McCulloch v. Maryland*, já dizia que a garantia do contribuinte, em matéria tributária, é próprio Parlamento, que aprova os tributos, garantindo aos eleitores proteção contra a tributação opressiva<sup>37</sup>.

Com efeito, a legitimidade social da proposta de reforma demanda que a sociedade seja esclarecida dos seus fundamentos, especialmente porque envolve a instituição de progressividade das alíquotas das contribuições previdenciárias, além de criar o regime de capitalização individual, cuja experiência internacional tem demonstrado ser insatisfatório para a garantia de padrões mínimos de seguridade social.

Mesmo que não se tenha acesso aos dados, de plano é possível afirmar que as alíquotas progressivas são inconstitucionais e confiscatórias.

Diferentemente do IPTU, IR e ITCDD, as contribuições são vinculadas a uma prestação específica, com finalidade pública, que, no caso, é o pagamento dos benefícios previdenciários. Tais benefícios não são progressivos, mas, via de regra, são proporcionais à contribuição.

Somado a isso, eventual modificação, mesmo que realizada pelo Poder Constituinte Derivado, não retira a inconstitucionalidade da proposta, já que a graduação – progressividade – foi prevista pelo constituinte originário tão somente para os impostos (art. 145, § 1º, da Constituição Federal).

As alíquotas progressivas são também confiscatórias, pois permitem que alcancem o desconto, se somadas ao imposto de renda, de até 49,5% dos vencimentos do servidor público. Por certo que o recebimento de metade dos rendimentos, em razão de descontos obrigatórios de apenas dois tributos, acarreta o desapoderamento da renda do contribuinte, caracterizando o efeito confiscatório, vedado na Constituição Federal (art. 150, IV).

De tudo isso, resta à sociedade civil a sua organização, o debate, incluindo o ora modestamente proposto, para que se tenha acesso e participação na discussão pública dos dados que embasaram a proposta, a fim de evitar o grave retrocesso social, que representaria a desconstitucionalização das normas sobre a Seguridade Social no Brasil.

---

<sup>37</sup> *McCulloch v. Maryland*, 17 U.S. 316 (1819). Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/17/316/>>. Acesso em: 8 jul. 2019.

## REFERÊNCIAS

A NOVA Previdência. Análise Técnica. Associação dos Magistrados Brasileiros. 2019. Disponível em: <[https://www.amb.com.br/wp-content/uploads/2019/05/Analise-Tecnica-PEC-6-Nova\\_Previdencia-AMB.pdf](https://www.amb.com.br/wp-content/uploads/2019/05/Analise-Tecnica-PEC-6-Nova_Previdencia-AMB.pdf)>. Acesso em: 1º jul. 2019.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1946. Brasília: Presidência da Pública, 1946. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao46.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm)>. Acesso em: 24 jun. 2019.

\_\_\_\_\_. Constituição da república Federativa do Brasil de 1988. Brasília: Presidência da Pública, 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 24 jun. 2019.

\_\_\_\_\_. Lei nº 12.618, de 30 de abril de 2012. Institui o regime de previdência complementar para os servidores públicos federais titulares de cargo efetivo, inclusive os membros dos órgãos que menciona; fixa o limite máximo para a concessão de aposentadorias e pensões pelo regime de previdência de que trata o art. 40 da Constituição Federal; autoriza a criação de 3 (três) entidades fechadas de previdência complementar, denominadas Fundação de Previdência Complementar do Servidor Público Federal do Poder Executivo (Funpresp-Exe), Fundação de Previdência Complementar do Servidor Público Federal do Poder Legislativo (Funpresp-Leg) e Fundação de Previdência Complementar do Servidor Público Federal do Poder Judiciário (Funpresp-Jud); altera dispositivos da Lei nº 10.887, de 18 de junho de 2004; e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2012/Lei/L12618.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12618.htm)>. Acesso em: 21 jun. 2019.

\_\_\_\_\_. Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011. Regula o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição Federal; altera a Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990; revoga a Lei nº 11.111, de 5 de maio de 2005, e dispositivos da Lei nº 8.159, de 8 de janeiro de 1991; e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2011/lei/l12527.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12527.htm)>. Acesso em: 24 jun. 2019.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Ação Declaratória de Inconstitucionalidade nº 2.010-2. Requerente Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Requerido: Congresso Nacional. Relator: Ministro Celso de Mello, 30.09.1999. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=347383>>. Acesso em: 24 jun. 2019.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal (1ª Turma). Agravo Regimental em Recurso Extraordinário nº 386.098. Ministro Sepúlveda Pertence, 03.02.2004. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2119477>>. Acesso em: 21 jun. 2019.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal (1ª Turma). Agravo Regimental em Agravo de Instrumento nº 365.318. Ministra Cármen Lúcia, 19.05.2009. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2075906>>. Acesso em: 21 jun. 2019.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal (1ª Turma). Agravo Regimental em Recurso Extraordinário nº 346.197. Ministro Dias Toffoli, 16.10.2012. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2023483>>. Acesso em: 21 jun. 2019.

CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. *Manual de direito previdenciário*. 19. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. A Constituição dos Estados Unidos da América. Disponível em: <<http://www.uel.br/pessoal/jneto/gradua/historia/recdida/ConstituicaoEUAREcDidaPESSOALJNETO.pdf>>. Acesso em: 11 jul. 2019.

ESTUDOS de viabilidade do regime previdenciário complementar no âmbito do Poder Judiciário do Rio Grande do Sul. Associação dos Juízes do Estados do Rio Grande do Sul (Ajuris). Gestão 2000/2001.

FABRINI, Fábio; CARAM, Bernardo. Governo decreta sigilo sobre estudos que embasam reforma da Previdência. *Folha de São Paulo*, 21.04.2019. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2019/04/governo-decreta-sigilo-sobre-estudos-que-embasam-reforma-da-previdencia.shtml>>. Acesso em: 24 jun. 2019.

FRANCK J. Matthew. *The Problem of Judicial Supremacy*. National Affairs, n. 40, 2019. Disponível em: <<https://www.nationalaffairs.com/publications/detail/the-problem-of-judicial-supremacy>>. Acesso em: 11 jul. 2019.

GOVERNO FEDERAL. Proposta de Emenda à Constituição nº 6, de 2019. Brasília: Câmara dos Deputados, 2019. Disponível em: <[https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=1712459&filename=PEC+6/2019](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1712459&filename=PEC+6/2019)>. Acesso em: 21 jun. 2019.

LEITE, João Antônio Guilhembernard Pereira. *Curso elementar de direito previdenciário*. São Paulo: LTr, 1977.

MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito da seguridade social*. 34. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

MCCULLOCH V. MARYLAND. 17 U.S. 316 (1819). Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/17/316/>>. Acesso em: 8 jul. 2019.

MENDES, Gilmar; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

MENSAGEM Nº 306, de 1995, do Poder Executivo. *Diário do Congresso Nacional*, Brasília, a. L, n. 49, 28 mar. 1995, Seção I, p. 4502.

MONTES, Rocío. No Chile, Piñera tenta reformar sistema previdenciário que o Brasil quer imitar. *El País*, 08.11.2018. Disponível em: <[https://brasil.elpais.com/brasil/2018/11/08/internacional/1541674805\\_852958.html](https://brasil.elpais.com/brasil/2018/11/08/internacional/1541674805_852958.html)>. Acesso em: 24 jun. 2019.

REVERSING Pension Privatizations: Rebuilding public pension systems in Eastern Europe and Latin America International Labour Office. Geneva: ILO, 2018. Disponível em: <[https://www.ilo.org/secsoc/information-resources/publications-and-tools/books-and-reports/WCMS\\_648574/lang--en/index.htm](https://www.ilo.org/secsoc/information-resources/publications-and-tools/books-and-reports/WCMS_648574/lang--en/index.htm)>. Acesso em: 26 jun. 2019.

REVERBEL, Paula. Como é se aposentar no Chile, o 1º país a privatizar sua Previdência. *BBC*, 16.05.2017. Disponível em: <<https://www.bbc.com/portuguese/internacional-39931826>>. Acesso em: 1º jul. 2019.

RIO GRANDE DO SUL. *Lei Complementar nº 14.967, de 29 de dezembro de 2016*. Altera a Lei Complementar nº 13.758, de 15 de julho de 2011, que dispõe sobre o Regime Próprio de Previdência Social do Estado do Rio Grande do Sul, institui o Fundo Previdenciário – Fundoprev –, e dá outras providências, e a Lei nº 7.672, de 18 de junho de 1982, que dispõe sobre o Instituto de Previdência do Estado do Rio Grande do Sul; estabelece a responsabilidade de todos os Poderes e órgãos pelas contribuições previdenciárias e pelo déficit previdenciário; fixa a observância do teto constitucional e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.ipe.rs.gov.br/upload/1484152815\\_lei%2014.967.pdf](http://www.ipe.rs.gov.br/upload/1484152815_lei%2014.967.pdf)>. Acesso em: 24 jun. 2019.

SANTOS, Leandro Luís Camargo. *Curso de direito da seguridade social*. São Paulo: LTr, 2005.

SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. 33. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2010.

SISTEMA de capitalização afunda no Chile com aposentadorias miseráveis, diz economista. *Forum*, 02.05.2019. Disponível em: <<https://revistaforum.com.br/sistema-de-capitalizacao-afunda-no-chile-com-aposentadorias-miseraveis-diz-economista/>>. Acesso em: 1º jul. 2019.

STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. *Ciência política e teoria do Estado*. 5. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

VIANNA, Cláudia Salles Vilela. *Previdência Social: custeio e benefícios*. São Paulo: LTr, 2005.

Submissão em: 17.07.2019

Rodada 1

Avaliado em: 04.10.2019 (Avaliador D)

Avaliado em: 30.09.2019 (Avaliador F)

Rodada 2

Avaliado em: 29.10.2019 (Avaliador A)

Avaliado em: 02.08.2020 (Avaliador B)

Aceito em: 04.08.2020



# JUSTIÇA ADMINISTRATIVA: O FUTURO DOS TRIBUNAIS BRASILEIROS

## ADMINISTRATIVE JUSTICE: THE FUTURE OF BRAZILIAN COURTS

Patricia Dorigoni Hartmann<sup>1</sup>

Juíza de Direito (TJRS, Porto Alegre/RS, Brasil)

**ÁREA(S):** processo civil; direito constitucional; direito comparado.

**RESUMO:** O artigo pretende demonstrar que no atual cenário social brasileiro o Poder Judiciário não mais pode ser responsável, de forma exclusiva, pela resolução dos conflitos, impondo-se a efetiva participação do Poder Executivo no sistema de adjudicação de justiça.

**ABSTRACT:** *This paper aims to demonstrate that in our current society the judiciary branch cannot be alone responsible for the system of justice adjudication, and that the active participation of the executive branch in granting some sort of administrative adjudication is critical.*

**PALAVRAS-CHAVE:** resolução extrajudicial de conflitos; agências re-

guladoras; doutrina da exaustão dos remédios administrativos e comportamento judicial.

**KEYWORDS:** *administrative adjudication; regulatory agencies; theory of exhaustion of administrative remedies, judicial behavior.*

**SUMÁRIO:** Introdução; 1 Um panorama do acervo de processos judiciais que aguardam julgamento; 2 Agências reguladoras; 3 Doutrina da exaustão dos remédios administrativos; 4 Um passo em direção à colaboração institucional; Conclusão; Referências.

**SUMMARY:** *Introduction; 1 An overview of the Brazilian judiciary docket; 2 The regulatory agencies; 3 The theory of exhaustion of administrative remedies; 4 A step towards institutional collaboration; Conclusion; References.*

---

<sup>1</sup> Graduada em Direito pela Universidade Federal de Pelotas. Master of Laws - Columbia University. Formadora da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados - ENFAM. E-mail: pdhartmann@tjrs.jus.br. Currículo: <http://lattes.cnpq.br/7920704785155859>. Orcid: <https://orcid.org/0000-0001-9153-3109>.



## INTRODUCTION

9.7 million<sup>2</sup>. That was the number of lawsuits pending to be reviewed by Brazilian courts in 2015. In a country with an officially estimated population of 204 million<sup>3</sup> in the same year, that means almost one lawsuit for every two persons.

The United States, whose population in 2016 was nearly twice as big as Brazilian, being officially established in 323 millions<sup>4</sup>, has nevertheless a significantly smaller judicial docket, estimated in 2015, with a decreasing trend, at 88 million<sup>5</sup>. The comparative analysis of both judicial systems also reveals the much smaller role of civil cases in American state courts, corresponding to only 18% with a decreasing trend of - 5%, whereas in Brazil they are responsible for more than 72% of the state total caseload<sup>6</sup>.

The systematic analysis of the Brazilian judicial docket that has been undertaken since the creation of the Brazilian Administrative Council of Justice in 2004, which is the entity responsible for the national management of federal and state courts regarding the establishment of goals, docket control and evaluation programs, also revealed that the public sector and banks are responsible for 76% of this immense caseload<sup>7</sup>. The Brazilian National Judge Association - AMB arrived at a similar conclusion in a study published in 2015<sup>8</sup>, which revealed that the financial sector was the most common defendant in the state courts - the ones that concentrate the largest number of lawsuits.

To face these chaotic numbers, there is a total of 17.338<sup>9</sup> judges in Brazil, according to a 2016 official report.

---

<sup>2</sup> Executive summary-Court in Figures, 2015, elaborated by the Brazilian National Council of Justice.

<sup>3</sup> From the Brazilian Institute of Geography and Statistics (available at [http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/estimativa2015/estimativa\\_dou.shtm](http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/estimativa2015/estimativa_dou.shtm)).

<sup>4</sup> Available at <https://www.census.gov/popclock/>.

<sup>5</sup> U.S. State Courts Caseload Data/2015. Copy with author, obtained from U.S. Federal Judge Jed Rakoff (NY).

<sup>6</sup> Available at <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/10/50af097ee373472788dd6c94036e22ab.pdf>.

<sup>7</sup> Survey on the major litigants within the Brazilian judiciary/2012, available at [www.amb.com.br](http://www.amb.com.br).

<sup>8</sup> U.S. Federal Courts Indicators/2016. Copy with author, obtained from U.S. Federal Judge Jed Rakoff (NY).

<sup>9</sup> Available at <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/10/50af097ee94036e22ab.pdf>.

These relatively recent studies and precise data provided, for the first time, the tools for effective analysis of the Brazilian judicial system, and showed a litigation level rarely seen in other countries. It also made clear, beyond doubt, that such a caseload – which keeps growing every year – is unmanageable with the budget and the number of judges available and, particularly, with the institutional approach that has been given to this issue so far.

Although the measured productivity level of the judge's work in the majority of state and federal courts is high and continues to grow over time, the numbers reveal a dysfunctional litigation system, which in many ways is a consequence of the failure of the executive branch to adequately and efficiently perform its constitutional and legal duties. As a result, the courts are the main and, in most cases, the only law enforcement instrument available to the public regarding areas under the regulatory and supervisory control of administrative agencies and other bodies institutionally linked with the executive branch, such as consumer demands and retail financial operations.

One of the clearest examples of this distortion is the almost nonexistent supervisory role of the Brazilian administrative agencies, notwithstanding expressly established by their statutes. Indeed, the simplest consumer complaint or the request of a contract copy from a bank become lawsuits everyday, as the fundamental interface of the agencies is mostly unknown to the general public, solemnly ignored by lawyers and, alarmingly, also by the majority of the Brazilian judges.

This scenario is also fostered by the Brazilian courts as they predominantly do not require the exhaustion of administrative remedies as a condition of admissibility to hear a case, nonetheless no reason is given by the plaintiff to justify direct litigation or even if the case presents no urgency.

This pattern of executive and judicial response has disastrous effects: the unworkable caseload turns the system slow and consumes ever growing public resources; millions of simple and many times futile cases flood the court's docket preventing judges from efficiently establishing priorities and dedicating themselves to serious and complex lawsuits, including criminal cases. As a result, the Judiciary branch is usually described as a slow, expensive and inefficient structure, dissatisfying the citizenry and scaring investors. At the same time, this litigation model also does not foster the executive branch to perform its services but instead invites the Judiciary to passively accept and execute typical

functions of administrative agencies, such as to hear a demand at first hand and punish the private agent responsible or even the entire sector when facing an illegal or abusive widespread practice, in order to remand to the courts only the controversial claims that could not be solved administratively.

This paper aims to demonstrate that in our current society the judiciary branch cannot be alone responsible for the system of justice, and that the active participation of the executive branch in granting some sort of administrative adjudication is critical. It purports to do so by analyzing the connection between the main sources of litigation in Brazil and the role of the administrative agencies, as well as by pointing out the causes of the chronic malfunction of the executive branch regarding the supervisory role of its agencies. This work regards the requirement of a prior administrative proceeding seeking relief, when available, as a legitimate exercise of judicial restraint.

## 1 AN OVERVIEW OF THE BRAZILIAN JUDICIARY DOCKET

The unprecedented role granted to the Brazilian Judiciary branch by 1988's Constitution was not accompanied by a previous structural analysis on how and if the courts could cope with the amplitude and complexity of attributions that their were assigned. It is certainly true that the same assertion could be made to the other branches, as the legislative until now have not enacted all the statutes determined by the Constitution, and the executive is far beyond compliance with its mandatory obligations. Nevertheless, many public policies prescribed by the constitutional text were indeed implemented by the executive both in federal and state level, a phenomenon that created an inflated executive body that extended from nation-wide costless health care, social security and airport management, to retail financial operations by public banks.

This constitutional and political scenario, together with the gradually increasing awareness of social rights also expressly established in the Constitution and its vast set of general principles open to interpretative individualization, provided the courts with a large variety of hermeneutic tools. The statement made about the new Civil Code, passed in 2001 and also principle-based, regarding it as a "*code for judges*", can also be appropriately addressed to the 1988's Constitution. This political power was not exercised with particular restraint, and as judges started revisiting prior statutes in order to adapt their meaning to a compatible constitutional interpretation, several individual and social rights were defined. This is a phenomenon that had a major impact in the

citizenry, which over time perceived the judiciary as an open venue to address every conflict.

Although a similar social process also happened in the United States, in North America other factors remained constituting strong barriers to ligation, such as high judicial costs and attorney fees, the existence of parallel institutions where legal redress could be sought – as administrative agencies –, and the decisive predominant understanding that this extrajudicial venue should be exhausted before litigation.

*Deeply influenced by the conjuncture of the civil rights movement on the one hand, and a Supreme Court that elaborated expansive understandings of individual and group rights on the other, there emerged an American citizen characterized both by a heightened state of “rights consciousness” and by an increasing turn to courts to vindicate those rights.<sup>10</sup>*

## 2 THE REGULATORY AGENCIES

Under Brazilian 1988’s Constitution, for instance, the main guarantees and rights attributed to citizens when engaged in a lawsuit are also expressly established for administrative procedures, such as the reasonable duration of a trial<sup>11</sup>, an adversary procedure enabling parties to cross-examine witnesses and oppose documents as well as comprehensive means of defense, including appeals.

The administrative venue, as such, would not deprive citizens from typical judicial procedural rights, at least in a formal perspective, along with the fact that administrative procedures are usually costless in Brazil – and this is the case with all of consumer claims, which encompass a significant part of Brazilian lawsuits due to the broadly construed Consumer’s Act<sup>12</sup>.

If a wide concept of administrative justice can be traced back to chancery courts, it is also true that they were then endowed only with the typical

<sup>10</sup> Sean Farhang, *The Litigation State, Public Regulation and Private Lawsuits in the U.S.* 14 (Princeton University Press eds., 2010).

<sup>11</sup> Constituição Federal (C.F.) [Constitution], art. 5, LXXVIII (Braz).

<sup>12</sup> Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990, Diário Oficial da União [DOU] de 12 de setembro de 1990 (Braz).

adjudication function, while modern agencies exercise broad normative and inspection powers as well. The question then comes to why did the United States Congress, after the enactment of the Constitution – which did not endorse a system of both chancery and law courts – over time decided to delegate adjudication and other broad powers to administrative bodies, rather than – at least regarding the adjudication function – leaving it for common law courts alone?

One possible reason is the alleged inadequacy of the judicial process in dealing with legislative and executive policies, as well as with regulatory issues. Indeed, judges were considered to be ineffective instruments of enforcement of the regulatory statutes enacted in the late 19th and 20th centuries, as they would act mainly as impartial umpires rather than officers committed with the effective implementation of a given policy.

The inherent “upper hand” of an enacted legislative or executive policy which would place the burden of a challenge in the private company or individual would be substantially undermined within the traditional judicial process, which would rather see both sides as conflicting parties in the same level.

Furthermore, the individualistic trend of judicial behavior was regarded incompatible with the enforcement of regulatory laws endowed with considerable social and economic impact. The judge’s inherent aim of providing a just and adequate solution to a given individual case under a rigid body of procedural norms was seen as an automatic provider of resistance towards the implementation of broad policies and goals chosen by other branches, leading the legislator to choose the administrative rather than the judicial venue to exercise that function.

There must also be mentioned, as another great difficulty with the courts for that matter, the costly and cumbersome procedures traditionally employed by them. The judicial venue is usually seen as an expensive and time-consuming choice, thus presenting a strong deterrent effect to the average citizen and business in general. Conversely, administrative agencies were originally intended to comply with their normative and adjudication duties in a much cheaper and fast manner, both for the government and the citizenry.

In Brazil, however, the logic is the opposite, to the extent that the judiciary branch is concerned. The judicial system in general does not present a deterrent

effect regarding costs, as judicial gratuity is granted massively. In addition, as the administrative venue and its adjudication possibilities are immensely underused by the citizenry and by lawyers themselves, even the considerable duration of a judicial process do not seem to constitute a reason to avoid the court system.

Indeed, the possibility of obtaining *in limine* orders, which can address the merits and are commonly granted just after the filing of a lawsuit, apart from reinforcing the idea that the administrative venue is unnecessary, reveals one of the most problematic aspects of the Brazilian judicial culture, namely the relation with other branches of government, particularly the executive.

In a comparative analysis with the American courts' behavior, Brazilian judges in general pay very little deference to administrative bodies' regulations and administrative decisions.

This systematic institutional disregard is demonstrated by the rareness of agency consultation prior or during a judicial procedure, as well as by the fact that decisions on the merits are often delivered without the administrative record. In this sense, if the administrative analysis is seen by judges as an unnecessary step, it is indeed not surprising that it is largely ignored by lawyers.

This judicial behavior clearly incentives litigation, as it channels the demands to the judiciary alone. It presents the disastrous effect of not only underscoring the administrative venue as irrelevant, but also the fact that even if that was not so, the judiciary can overlap it anyway. Conversely, in the United States judges pay considerable deference to regulatory agencies, allocating the burden of a challenge of the administrative record or decision on the plaintiff.

Such a reciprocal institutional consideration has a strong effect on the justice system, as the administrative decision is not perceived as a mere formal step that can be overlapped by its judicial counterpart, but as an informed act of an expert agency responsible for the regulation of a specific field that, as such, must be defied on specific grounds and with strong evidence within the agency itself and, if the issue remains disputed, in the judicial system, which then would not focus mainly on plaintiff's claim, but rather on the agency's procedure and decision.

In the United States, given the premises mentioned supra, and as the idea of avoiding the judicial branch took momentum, in the absence of any favorable perspective of enforcement of regulatory laws in an era of continuous

growth of the executive's role, the concept of endowing adjudication power to administrative agencies, which could be staffed with executive or legislative appointees, was seen as the best solution.

Another main advantage was that these bodies were conceived to be formed by experts able to devote themselves exclusively to the particular specialized field of the agency and, as such, at least in theory, they could provide adjudication in a more expeditious way, as it usually happens with specialization in general.

The creation of administrative bodies within the executive branch – presenting different levels of autonomy – endowed with normative, regulatory and adjudicative power along with inspection functions is intertwined with the necessity of fast and efficient implementation of executive policies in the first half of the 20th century, particularly after the first world war, as well as with the widespread view at the time that the judicial branch was not able to address this task. The regulatory agencies are thus a direct consequence of the growth of the administrative state and of the new agreement on the distribution of powers between the branches of government. As the pace for the implementation of the executive's policies increased and could not be matched by the traditional legislative process, Congress delegated a set of powers to specialized executive bodies – particularly the normative power.

After more than a century, the administrative agency's experience in the United States can be regarded as successful, as even with the growing political predominance and strength of the courts, administrative adjudication was maintained with the agencies. Indeed, the old judge-made rule regarding the request of the exhaustion of the administrative venue prior to judicial litigation ultimately represents a judicial deference to administrative procedure and adjudication, and the fundamental issue here is of course the proper allocation of adjudication authority between courts and administrative agencies.

It is indeed possible to argue that the advantages of a decision by administrative organs – namely expedition, freedom from the bonds of judicial procedure technical rules and the consequent potential ability to give effect to the regulatory laws as well as legislative and executive policies – are reached at the cost of the main characteristics of the judicial function, such as the impartiality of the judge, certainty and predictability.



The doctrine of the exhaustion of administrative remedies, even in its original broader conception, only precluded access to the courts when available administrative appeals were voluntarily disregarded, and even so the doctrine was always understood to present many exemptions, as it will be seen in detail *infra*.

Secondly, the absence of impartiality does not necessarily leads to an incorrect or poor reasoned and biased-driven administrative decision, as many of them are uphold everyday by the judiciary.

Furthermore, even from the procedural aspect the administrative adjudication must observe the adversary system and due process. As such, even if the analysis of the administrative officer is probably biased at some level as he is not an impartial third uninterested party – but indeed represents the organ which either practiced the controversial act or is responsible for its regulation or inspection –, and the administrative procedure may not grant the number of witnesses, phases or prerogatives that the judicial venue provides, administrative adjudication can be regarded as a fair procedure endowed with sufficient tools to attend the citizenry in a satisfactory manner. In sum, administrative adjudication justifies itself, and the same can be said about the United States, whose administrative adjudication model has been running nonstop for more than a century.

Regarding certainty and predictability, although internal administrative acts and regulations establishing the interpretation of a statute and its policy may indeed vary with the changing governments if the agency is not completely independent and its top directors are not granted a fixed mandate, in general it is possible to see the establishment of administrative precedents, as a general rule.

The administrative trends of interpretation must indeed be at least relatively stable over time in order to enable the proper functioning of the agency and its adjudication venue, which in the United States has been addressing literally millions of persons for many decades.

It is then not accurate the view that the citizenry cannot predict administrative adjudication outcomes, as agencies can construe a body of relatively steady jurisprudence that can be accessed and studied.

From an economic perspective, the allocation of simple claims in the administrative venue is cheaper for the citizenry, as all of these costs are



ultimately handled with public money. Each judge's hour of work is extremely expensive and as such should be used wisely with claims that truly demand an specialized, impartial and tenured public servant.

Indeed, in Brazil judges receive one of the largest salaries of public service, and although there's no comparative study addressing the administrative agency's costs as a whole, it is at least unreasonable and economically unproductive to spend hours of work of the most expensive public servant - a judge - with millions of simple claims that could be easily analyzed by much lower-cost officers.

The birth of the mass consumer society and the claims inherent to it directly affected the functioning and internal procedures of administrative agencies, which through their normative and regulatory power commanded private companies to increasingly improve their methods of consumer support in various platforms in such a way to remand to the agencies only truly controversial issues.

In fact, the pattern that can now be observed in the United States is that dispute resolution - and its costs - should first be addressed by the private companies that profit from their mass-consumer activities; if this venue does not provide a satisfactory solution, successively agencies and, as the ultimate resort, courts, will come into play.

In Brazil, this private interface that should be the first to address millions of claims does not work properly due to the timid exercise of the agency's regulatory and inspection powers. This administrative behavior can be at least partly explained by the awareness of the court's broad acceptance of these claims even when no prior attempt to solve the dispute was made either in the private sector or with the agency.

In this way, the private venue does not filter the majority of the claims and they are virtually in total further channeled to the courts, as the adjudication within the agencies is practically non-existent if compared with the number of lawsuits that could be addressed by them.

Thus, the implementation of a proper allocation of adjudication between the administrative and judicial venue will demand from the agencies an intertwined and efficient exercise of their normative and adjudication powers, in order to command private companies to establish broad, effective and expeditious dispute-resolution platforms in a feasible but short period of time,

---

within a plan submitted to close – and also effective – inspection, as well as punishment for noncompliance.

Presently, it is indeed understandable the recklessness of the agencies regarding this issue, as the claims not properly addressed in the private venue are not later received by them, but instead by the judiciary branch. As such, a change in judicial behavior demanding the exhaustion of the administrative remedies as in the United States or, at least, a previous administrative request within the agency, will almost certainly cause an immediate reaction in the administrative venue, which will then have an immense incentive to exercise its broad powers towards the private sector in a much stronger way, considering the prospect of receiving a much larger number of complaints than they are used to.

In the long term, the requirement of previous administrative analysis will indeed remand the majority of the claims received by the judiciary to the agencies, and time should be used wisely by the heads of the agencies. The administrative venue will be clogged only if it remains, as now, largely inert regarding the duties of the private sector and ineffective towards the broad powers of regulation and inspection that the agencies possess.

The administrative agencies, as such, because uniquely endowed with legislative, executive and adjudication powers, possess the tools to reasonably handle the dispute resolution processes that come along with the economic field that they have the duty to regulate, supervise and punish.

Even regarding the internal agency's proceedings, after more than a century of administrative adjudication in the United States the concept was never addressed with such a level of criticism that truly jeopardized its maintenance, and presently still runs in a rather satisfactory way along with judicial adjudication.

Economy, simplicity, and dispatch are indeed characteristics of proper administrative agency's functioning – particularly, as the United States example evidences, if the adjudication power is exercised in connection with the normative power.

Indeed, one outstanding characteristic of the administrative agencies is the possession of powers which are both legislative and judicial in nature. They are vested with the authority to promulgate rules and regulations and to

render decisions affecting the person or property of particular individuals and companies.

Although the registration of a complaint is currently extremely facilitated by all main agencies, which provide simple and fast access through their internet webpages, telephone or regular mail, as well as a reasonable time-limit for a response – usually 10 days –, the inexistence of a systematic and nationwide publicity about the role of these administrative bodies and how they may serve the citizenry – in many cases much faster than the judiciary itself to deliver the same relief –, strongly contributes to prevent the public from being aware and deploying an alternative law enforcement instrument maintained with public resources, thus empowering a culture of general ignorance of the functioning of the administrative structures that conceive the judiciary as the only existing institution available and responsible for law enforcement.

When confronted with this reality, the heads of the agencies usually justify the timid supervisory activity on economic grounds, stating that the infliction of administrative penalties such as fines and suspension could affect the financial health of the companies.

This administrative culture reveals that effective supervision is seen with hesitation and institutional distrustfulness, not only being a matter of budget or insufficient staff, as usually stated in lawsuits by the agencies when asked to justify their omission towards illegal practices.

It is then clear that two elements of the regulatory cycle are defective, as the agencies implement in a regular basis only the normative function, systematically neglecting their inspection and punitive attributions. Indeed, even when an administrative complaint is registered within the agencies, their procedure is usually circumscribed to the forwarding of it to the company, without the imposition of sanctions when the latter does not comply with the law or other administrative enactments. Thereby, besides undermining any deterrent effects of fines and suspension of services and as such fostering future litigation, the agencies do not have a systematic record of sanctioning actions in order to inform future inspections and foresee mass demands.

The fundamental role of the agencies as law enforcement bodies is not only generally ignored by the population but is also nationwide underused by judges and lawyers, and as such the legal culture is still mainly connected to the judiciary alone.

### 3 THE THEORY OF EXHAUSTION OF ADMINISTRATIVE REMEDIES

The exhaustion doctrine “origin[ated] in rule adopted by courts of equity to the effect that a petitioner will be denied equitable relief when he has failed to pursue an available administrative remedy by which he might obtain the same relief.”<sup>13</sup> The doctrine started being construed with consistency in the early part of the twentieth century, when courts were still using other equitable doctrines such as the “irreparable injury” and “no adequate remedy at law” to decide cases that would later be considered exhaustion precedents.

By 1938, the court in *Myers v. Bethlehem Shipbuilding Corp.*<sup>14</sup> expressly referred to the “rule requiring exhaustion of the administrative remedy”<sup>15</sup>. Indeed, *Myers* is largely regarded as the landmark decision on the exhaustion doctrine as it also redefined the rule, extending it beyond equity. After stating that the exhaustion rule “has been most frequently applied in equity”<sup>16</sup>, citing several eighteenth century Supreme Court precedents, the court established that “because the rule is one of judicial administration – not merely a rule governing the exercise of discretion – it is applicable to proceedings at law as well as suits in equity”<sup>17</sup>.

Thus the court for the first time described the exhaustion doctrine as a rule of “judicial administration”, a concept and an expression since then disseminated in court opinions.

The theory’s origin in judge-made law mirrors the outbreak of administrative agencies in the United States in the late nineteenth century<sup>18</sup>, which, by its turn, intended to avoid common law regulation of administrative affairs. Indeed, the agencies and their normative power were regarded as an alternative regulation model from the courts, by then seen with suspicion as to their capacity to develop administrative law in the rapid and rather unpredictably changing conditions of the time<sup>19</sup>.

---

<sup>13</sup> Louis L. Jaffe, *Judicial Control of Administrative Action* 425 (Little, Brown and Company eds., 1965).

<sup>14</sup> See note 50, *supra*.

<sup>15</sup> *Id.* at. 50-51.

<sup>16</sup> *Id.* at. 51.

<sup>17</sup> *Id.* at. 51.

<sup>18</sup> See *Pittsburgh & C. Ry v. Board of Pub. Works*, 171 U.S. 32 (1898), *Stanley v. Supervisors of Albany*, 121 U.S. 535 (1887) *First Nat’l Bank v. Weld County*, 264 U.S. 450 (1924).

<sup>19</sup> John F. Duffy, *Administrative Common Law in Judicial Review*, 77:113 *Tex. L. R.*, 114-214 (1998).

The doctrine has its main roots in the principle of separation of powers, as well as in the concepts of administrative improvement and judicial efficiency. The agencies belong to the executive branch – although may present different levels of autonomy – and as such run under executive appointees whose regulatory and decision-making attributions were established by a legislative act. As such, at least *a priori*, absent a challenge of the constitutionality of this legislative delegation of power, the agencies should have the first word regarding the issues within their competence, and the courts should pay deference to duly enacted legislative and executive determinations.

This aspect also raises the controversy, which however exceeds the scope of this study, regarding how much deference should courts actually pay to the agencies in an era of mass regulation of almost all areas of private life. In Brazil the judiciary is traditionally criticized – perhaps correctly – for too much interference in executive’s attributions, specially regarding administrative rulings of agencies and other government bodies. If it is admissible – and it would be rather unrealistic to assume otherwise – that the legislative and executive branches may issue bad laws and policies, maybe judicial restraint should take place absent absurd results or plain formal unconstitutionality, as the mere replacement of the questioned policy with the one regarded as ideal of preferable by the courts is not a democratically legitimate option. This is particularly so when the administrative act under review involves the exercise of the agency’s discretionary power, and this issue should be kept in mind when the admitted exceptions of the exhaustion requirement are analyzed, *infra*, one of them being the unreasonable delay of the administrative remedy.

This scenario of a judicially developed doctrine was altered when, in 1949, Congress enacted the Administrative Procedure Act – APA<sup>20</sup>, establishing statutory rules for judicial review of certain types of administrative action. Section 10 of the statute prescribed when there may be judicial review and how far the court may go in examining into a given case. Nevertheless, in the United States, even after the passing of the statute, judicial review of agency action remained largely dominated by judge-made law, as one can also perceive by the nomenclature commonly used, originated in judicial decisions as the leading cases *Chevron* and *Vermont Yankee*<sup>21</sup>, which was found nowhere in statutory

---

<sup>20</sup> 5 U.S.C (1946).

<sup>21</sup> *Chevron U.S.A. Inc. v. Natural Resources Defense Council, Inc.*, 467 U.S. 837 (1984) and *Vermont Yankee Nuclear Power Corp. v. Natural Resources Defense Council, Inc.*, 435 U.S. 519 (1977).

law (e.g., the “exhaustion” requirement itself). Indeed, APA’s initially timid influence can also be perceived by the rather restrict interpretation given by the courts to the statute’s provision granting judges broad powers to review issues of law.

For instance, the *Chevron* doctrine required deferential review of an agency’s interpretation of a statute it administers<sup>22</sup>, apparently contradicting the plain command in Section 706 of the APA stating that courts “*shall decide all relevant questions of law*”<sup>23</sup>.

This scenario started to change in late 80’s with Justice Powell’s influential dissent in *Cannon v. University of Chicago* (441 U.S. 677, 730 (1979)), where he underscored the limits of common law judges in construing the law and their policy-making authority on grounds of separation of powers concerns. This alteration of judicial behavior was particularly significant towards the doctrine of exhaustion of administrative remedies, although effectively implemented only decades later.

Indeed, in 1993, the Supreme Court addressed the APA provision regarding judicial review and, particularly, the exhaustion doctrine, in the case *Darby v. Cisneros* (509 U.S. 137 (1993)) and decided that, in any judicial review of agency action under the APA, the judicial doctrine of exhaustion is no longer applicable.

*Darby* involved a simple issue: whether a party aggrieved by administrative action must, prior to judicial review, exhaust all administrative appeals. The APA declares agency action to be “final” without regard to whether a person has sought any form of reconsideration or made an appeal to superior agency authority, unless a statute expressly provides otherwise or the agency has, by rule, required the person to appeal to superior agency authority and has provided that the agency action is inoperative during the appeal.

In the specific case, the government did not contest that the agency’s action was final within the meaning of the APA, but argued instead that, notwithstanding the fact that it was final agency action, the court should not review it because plaintiff had not exhausted his administrative remedies.

---

<sup>22</sup> *Chevron*, 467 U.S. at 866.

<sup>23</sup> 5 U.S.C. § 706 (1994).

The Supreme Court acknowledged that the judicial doctrine of exhaustion of administrative remedies is conceptually distinct from the doctrine of finality, but also noted that the availability of an exhaustion requirement was dependent upon congress's will. Because the doctrine of exhaustion was judicially created, statutory language could amend or repeal it. Consequently, the Court turned to the first sentence of Section 704, which states that final agency action for which there is no other adequate remedy is subject to judicial review.

Having decided that the action disputed was "final agency action," the Court found that Section 704's language precluded judicial imposition of an exhaustion requirement, because the language mandated without exception that "final agency action" be subject to judicial review.

As even the Court observed, it was surprising that it took over forty-five years for anyone to discover this meaning of Section 704. It is also worth noticing that during this period there were dicta in some of the Court's cases that tended to support the government's interpretation in *Darby* that Section 704 only addressed the *timing* of review, not the exhaustion requirement. Anyway, the Court stated that the text of the APA leaves little doubt that when an agency action is final for the purposes of [Section 704], it is then subject to judicial review.

Conversely, the judge-made doctrine of exhaustion gave a different answer, as it originally required a party to exhaust all administrative remedies, including intra-agency appeals, that are "(a) available to him on his initiative (b) more or less immediately and (c) will substantially protect his claim of right."<sup>24</sup>

That is to say that if a statute does not expressly requires exhaustion and the agency has not by rule required a party to appeal to a higher agency authority as a pre- condition to judicial review and stayed the effect of the agency action pending the agency appeal, then no exhaustion can be required. If, however, the case does not arise under the APA, then the traditional doctrine of exhaustion as designed by courts survives.

It is interesting to notice that despite the recent restricted interpretation of the exhaustion doctrine under *Darby* – which nevertheless addressed only the necessity of the utilization of *all* the administrative appeals available, and not the validity of the prior administrative requirement itself –, doctrine saw the

---

<sup>24</sup> Louis L. Jaffe, *Judicial Control of Administrative Action*, 424 (Little, Brown and Company eds.,1965).



original “*judicial creativity*” as a “*special strength*” of administrative law<sup>25</sup>, and the original rationale of the judicial doctrine regarding administrative and judicial efficiency was not undermined.

Indeed, under current American law, as defined in Darby, prior administrative adjudication is mandatory regarding regulatory agencies action. The exhaustion of *all* administrative appeals, however, is not necessary unless the agency requires the appeal by rule and suspends the effect of the administrative action pending the appeal, as stated in the APA.

In Darby, the private party ignored the voluntary administrative appeal system and proceeded directly to court. The Supreme Court, interpreting Section 704 of the Administrative Procedure Act, found that the complainant’s action was proper because the agency action was final.

The requirement praises the expected administrative expertise in a particular field, usually not encompassed by generalist courts of law. The agency’s personnel, due to their specific training and knowledge of questions of fact and law involving the issues under their responsibility are presumably qualified to give a primary response to a claim.

Furthermore, the requirement potentially reduces public spending by preventing unnecessary lawsuits. Notwithstanding the inexistence of precise data about the cost of an administrative procedure, it is reasonable to assume that it is far less than a judicial lawsuit which necessarily involves lawyers fees and costs usually not required in the agency’s proceedings.

Judicial efficiency is also fostered in at least three ways. First, the judicial restraint would allow for the correction of wrongs within the agencies themselves, improving the administrative procedures and decision-making process and, as such, increasing efficiency, foreseeability of administrative behavior and, in the long term, promoting the development of internal institutional consistency towards regulatory and supervisory practices. Also, as stated by the U.S. Supreme Court, “(...) *if the agency has the opportunity to correct its own errors, the case may become moot and never reach the courts.*”<sup>26</sup>

Secondly, by allowing courts to reach an informed decision, as when the case comes to court there will already be substantial information and analysis of

<sup>25</sup> Kenneth Culp Davis, *Administrative Law Treatise*, 142 (K.C. Davis Pub. Co., 2d ed., 1978).

<sup>26</sup> *Mc Carthy v. Madigan*, 503 U.S. 140 (1992).



law and fact that would not be available if the judiciary was the first to hear it. That is to say, the previous administrative procedure will produce a better record for judicial review. This is a particularly relevant point if it is considered that in many cases, apart from the information brought to the court by the plaintiff, the agency possess other elements of information that may greatly influence the decision. These elements may be intentionally omitted because contrary to the party's interest or even due to unawareness, but in either case the judicial procedure can be greatly impaired by its absence, specially when urgency is alleged and the courts are pressed to present a decision in a short amount of time.

Indeed, specially in areas with a high level of administrative specialization and regulation, such as health, environment and social security, as well as in areas in which issues of fact abound, as in mass consumer claims, it may be easier to convince a generalist uninformed court of law than an expert staff member in an agency's counter with an available database and prior record.

Administrative expertise is precisely the main reason that justified the only consistent use of the doctrine in Brazilian courts, which regards social security payments. In a majority opinion issued in September, 2014, the Brazilian Supreme Court ruled that requests of social security benefits should be first addressed to the respective executive entity<sup>27</sup>. The court reasoned that, as a rule, issues of fact should always be presented in the administrative venue for primary analysis, considering the specialization of executive entities as well as the fact that the judiciary is generally unprepared to perform such a scrutiny and in fact courts should not be expected to perform it anyway.

Indeed, the underutilization of the administrative structure already in place by its replacement with lawsuits consumes immense resources of the judiciary branch that could be better allocated in other areas – for instance, computer modernization, an expensive task in an era of paper replacement with virtual records, still in course specially in state courts, that imply high costs in a permanent basis.

In the same opinion the court also analyzed the cost of previous administrative request from the individual point of view, as the administrative

---

<sup>27</sup> STF, RE n. 631240, Relator: Min. Roberto Barroso, 03.09.2014 (available at <http://www.stf.jus.br>, Braz.).

proceedings of this kind, as opposed to the judicial, do not bear costs to the claimant.

The decision was clearly grounded on policy argument, expressly mentioning the massive judicial caseload and the fact that this specific executive entity was the biggest litigant in federal courts. The majority's position, regarding standards of efficiency and economics as reasonable tests for the evaluation of judicial behavior – in this case, justifying judicial restraint –, constitutes a significant institutional change in the Brazilian legal culture, since it allows the balance of individual rights – namely, access to the justice system, highly stressed by the dissent – with social nationwide goals, such as the improvement of administrative and judicial performance.

Nevertheless, one severe setback of the opinion, mentioned as *dictum*<sup>28</sup>, is the differentiation of an active and passive posture of the claimant. The court stated that in claims such as the social security's, as the pursued payment necessarily depends on an active behavior of the claimant both within the administrative or judicial sphere – as the executive do not grant these social benefits *ex officio* and the relief usually depends on factual finding –, there can be no harm or threat to a right before the request. In that manner, the constitutional provision granting access to the judicial system in these cases is being complied with.

To clarify this point, the opinion mentioned that, conversely, when the executive acts first – giving the example of an incorrect electricity bill, an area under supervisory power of an administrative agency –, the claimant could sue the company directly in court, as the judge would be the only one to provide appropriate relief, that is, the correction of the bill<sup>29</sup>.

In fact, in this very case the company itself and the regulatory agency have the power to grant the sought relief, be it the replacement of the bill with an accurate one or the declaration that nothing is due. As with other regulatory agencies and executive bodies, the claim can easily be made through different medias. The administrative proceedings, which ordinarily last from 10 to 90 days, would be decided much more rapidly than a judicial procedure, which in average will be sentenced in more than a year, except when *in limine* orders

---

<sup>28</sup> *Id.* at 5.

<sup>29</sup> *Id.* at 5.

are granted. Moreover, as mentioned above, the complainant would also be benefited financially, as these administrative proceedings are costless.

Absent evidence of urgency that cannot wait the administrative deadline for a decision – already considerably short –, the argument supporting replacement of the administrative with the judicial adjudication is unsound. In fact, although agencies can perform their inspection power *ex officio*, a large field for supervision is constituted by individual complaints as a reaction from a company's behavior or omission when the company takes the first step in a given issue.

To maintain, as the court exposed in *dictum*, that in these cases the complainant could sue directly is to disregard the existence, expertise and expeditiousness of executive structures whose duty is, among others, precisely to grant this sort of ordinary and rather simple relief, and also, as a consequence, to allow the flooding of the judiciary with unnecessary lawsuits that, absent urgency, will consume much more public and private resources and time than the administrative procedure to be decided.

The statement that the mere incorrect charging is a harm to a right also does not stand, as that would be so, apparently, only if it is in fact mistaken. In this way, only after the administrative or judicial analysis and decision this allegation could be ascertain and, since it usually will depend of findings of fact, the administrative hearing as a primary response should prevail, saving human and economic judicial energies to disputed issues and properly allocating responsibilities between agencies and courts.

The reasoning of the *dictum* represents the Brazilian predominant legal culture regarding the role of the administrative agencies, in which they are virtually ignored as co-participants of a modern system of alternative dispute resolution which could grant effective and expeditious relief. This view underestimates the agency's capacities and render as useless the administrative instruments already available to grant relief in a vast majority of cases.

The concern expressed by the dissent about the sort of judicial restraint represented by the exhaustion doctrine, as if it would in fact impede access to effective relief, is unrealistic. As Justice Powell once stated, the requirement was based on "*sound considerations. It does not defeat federal- court jurisdiction, it merely*

*defers it. It permits the States to correct violations through their own procedures, and encourages the establishment of such procedures.*<sup>30</sup>

The mere act of filing a lawsuit does not mean access to a justice system if the proceeding takes too long as to render the relief, even if granted, as useless. The current system, apart from violating the intertwined right of a speedy judicial hearing also granted by the constitution<sup>31</sup>, largely fails to provide access to justice in substantial grounds as it lacks general expeditiousness, predictability and uniformity.

In a vain attempt to embrace all demands of society, the predominant legal culture, even within the judiciary, fails to see that for many years now the judicial system has been unable to attend the massive demands it eagerly welcomes with institutional vanity, and that its resistance in fostering alternative methods of mass conflict resolution fuels the unworkable caseload and the general criticism with which is usually regarded.

The constitutional provision proscribing any law preventing judicial review in the case of harm to a right cannot be read disconnected from the historical context in which it was written. In the 80's, the judiciary branch was the sole entity responsible for all dispute resolution, and the number of lawsuits was incomparably inferior. Nowadays, there are different institutional bodies apt to provide rapid and efficient relief, being the judiciary one of the entities of a much broader system of justice. As long as an adequate and efficient remedy is available, the question of its actual source – executive or judicial – should become secondary, absent the presentation of sound reasons.

In the United States, despite its name, the doctrine does not necessarily demands the true “exhaustion” of the administrative procedure until a final decision, with resort to appeals or petitions for reconsideration, as that varies and depends on the specific agency’s statute or regulation. Absent a particular provision, “*additional steps following the first decision after a hearing are not expressly made prerequisite to judicial review.*”<sup>32</sup> Nevertheless, the administrative request must substantially comply with the agency’s proceedings in order to render

<sup>30</sup> Patsy v. Board of Regents of the State of Florida, 457 U.S. 496 (1982).

<sup>31</sup> Constituição Federal (C.F.) [Constitution], art. 5, LXXVIII (Braz).

<sup>32</sup> Ralph F. Fuchs, *Prerequisites to Judicial Review of Administrative Agency Action*, 51 Ind. L. J. 817, 872 – footnote 48 (1976).

possible the analysis of the claim, and a mere vague or generic objection does not satisfy the exhaustion requirement.<sup>33</sup>

Accordingly, as the essential premise is that all issues of fact be presented to the agency prior judicial review, and as the administrative appellate instance usually analyzes only questions of law – absent clear error –, it seems reasonable to admit as a disputed issue ready for judicial review a claim that has been decided in the first instance of the administrative structure.

Although exhaustion of administrative remedies is generally required before seeking judicial review of an agency action, there are exceptions to the traditional rule.

Indeed, prior administrative remedies need not be pursued if the litigant's interests in immediate judicial review outweigh the interests in the efficiency or administrative autonomy that the exhaustion doctrine is designed to further.

American Courts have identified three main circumstances where the interests of the individual are particularly strong, thus potentially authorizing exceptions to the exhaustion requirement. One involves the situation where requiring exhaustion of administrative relief may actually prejudice subsequent court action, as when the administrative procedure would delay resolution for an unreasonable time. Another involves the situation where the agency cannot grant effective relief, making exhaustion a futile and unreasonable request, as when a party claims that the agency's foundational statute is unconstitutional or when demanding redress for emotional-distress damages that were not agreed upon by the company in an attempt settlement in a consumer's complaint, for instance.

A third situation is where the agency's procedure or decision-maker is shown to be unfair or prejudiced, as when there's evidence of unreasonable delay.

Despite the identification of these general situations, courts generally recognize that the balancing of interests is case-specific, because it turns on the nature of the claim presented and the characteristics of the particular administrative procedure provided.

---

<sup>33</sup> *Id.* at. 868.

#### 4 A STEP TOWARDS INSTITUTIONAL COLLABORATION

The consensus regarding Brazilian unmanageable judicial caseload has so far lead to two main institutional responses, namely the gradual implementation of conciliation and, as the main bulk of the docket relies on civil cases, the alteration of the civil procedure statutes.

Notwithstanding the merits and the good results of mediation and conciliation so far implemented sparsely as voluntary projects by the judiciary branch in extrajudicial and judicial procedures, both initiatives consume time, personnel and resources of the courts.

Although conciliation is indisputably regarded as a better alternative to litigation, the Brazilian model, placing these practices within the judiciary, burdens even more its institutional capacity of management, as it implies relocation of staff, development of software, acquisition of computer equipment in large scale and the hiring of remunerated personnel. In this way, in the best scenario, that is, when an agreement is achieved, the judiciary only replaces a traditional adversary process with a conciliation hearing, but it keeps attracting all disputes to itself. The strategy is thus basically circumscribed, although in a substantial level, to the alteration of the proceedings.

The allocation of claims to the private sector, which greatly profits from its activities, as well as to the administrative venue, which has specialized staff able to deliver an informed decision for simple complaints, as well as a wide range of normative and adjudication powers, are the most important tools toward judicial efficiency.

The predominant legal culture, apart from the necessary awareness of the collapse of the current justice system and of the secondary and insufficient effects of the alternatives so far implemented, must walk towards a new concept of legal redress that actively involves the executive branch and the actors in the judicial process.

As analyzed *supra*, the executive and its governmental bodies are one of the biggest litigants both in federal and state courts. When sued directly, the main allegations address failure to comply with constitutional, statute or administrative obligations, and a considerable number of lawsuits are ruled for the complainants. Federal and state executive also stands as main litigant in tax cases, as plaintiffs. Notwithstanding official initiatives from the Administrative Council of Justice fostering the implementation of a faster and more efficient

administrative proceeding for tax recovery, as these lawsuits amounted to almost 27 million in 2010<sup>34</sup>, the executive still remains using litigation for that purpose.

Moreover, if considered the cases which, although between private parties, involve companies under direct supervision of administrative agencies or other executive bodies, it is possible to ascertain that the Brazilian judiciary works mainly as a venue for executive demands.

This disproportionate participation of the executive branch on litigation must be compensated by the fulfillment of the role of its bodies as supervisory institutions. Indeed, these organs must execute its statutory responsibilities, analyzing disputes under their attribution and granting the possible administrative adjudication in an efficient manner, remanding for the judiciary only the residual disputed issues, as prescribed by the exhaustion doctrine.

The systematic adoption of prior administrative requirement, apart from improving the record for future judicial review, providing grounds for better informed decisions, would also submit to court appreciation the agency's behavior itself, allowing in the long term the construction of a precise external evaluation of these largely unknown public bodies as well as the level of efficiency, costs and setbacks of its proceedings and internal structures.

The executive branch, in this way, already is a main component of the Brazilian system of justice, as directly or indirectly involved in the vast majority of pending and incoming lawsuits. It now must also be part of the resolution of these disputes, in order to grant citizenry the efficient and rapid redress that the constitution demands.

The change of the current legal culture cannot be implemented without a change in the judicial behavior, as judicial restraint in any level is usually seen by judges with suspicion. The premise that "jurisdiction is power" manifests itself in Brazilian courts and jurisprudence in different levels. As judges cannot hear cases *ex officio*, litigation assures court's last word in dispute resolutions and transform the judiciary branch in the main catalyzer of political and social issues. A legitimate concern with judicial dignity and importance, however, does not necessarily have to be connected with a minimum level of judicial restraint,

---

<sup>34</sup> Available at <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/03/2d53f36cdc1e27513af9868de9d072dd.pdf>.



but instead could be better expressed by its employment in a responsible and republican manner in order to better attend constitutional goals.

It is time for Brazilian courts to acknowledge the existence of the administrative venue, its powers legitimately delegated by congress and their adjudication procedures, as well as to pay deference to their decisions absent clear error or law violation.

In the actual scenario, the minimal level of judicial restraint so far employed by courts makes a statement against the judiciary branch and its capacity, and a stubborn institutional posture that fails to see and react towards rapid and substantial social changes not only does not improve the justice system but also contradicts the historical role that courts have had in the development of law itself, as *“Our society would be strait-jacketed were not the courts, with the able assistance of the lawyers, constantly overhauling the law and adapting it to the realities of ever-changing social, industrial and political conditions;”*<sup>35</sup>.

Indeed, prior administrative requirement does not proscribe judicial review, but in fact refines it, potentially promoting better judicial reasoning and allocation of institutional inputs. Litigation would remain an alternative for unresolved disputed issues or even for direct resort in urgent cases where no adequate administrative redress is available.

The exhaustion doctrine potentially pledges the replacement of late judicial response with expeditious and sufficient administrative adjudication, when available. If considered that it would address nothing less than several million of pending lawsuits and also the majority of the several thousand filed every month, its effects in short and long term can not be disregarded.

This traditional consensus of minimum judicial restraint also expresses itself in the praised “judicial intellectual independence”, which in Brazil has the disastrous effect of conceptualizing every judge as a microcosm disconnected from the judicial system to which it belongs. Intellectual freedom is regarded as a value in itself, to such a level that judges do not feel compelled to follow superior court’s prior opinions or even their own.

As a result, law as the courts declares it lacks uniformity and, as predictability is reduced to a minimum, litigation is fostered in a prodigious manner, as the success in a claim will basically depend on the judge, who cannot

---

<sup>35</sup> Jerome Frank, *Law and the Modern Mind* 7 (Anchor Books eds., 1963).



be constrained by precedent in his capacity as an independent finder of fact and law.

Civil law judges, due to their institutional independence conception, analyze cases in an individual basis, and still largely perceive themselves as providing a legal outcome restricted to the dispute presented. The consequences of this phenomenon can be seen in the massive disregard of the administrative venue as an alternative law enforcement mechanism that could address more than half of the Brazilian judicial docket, as the judiciary do not consider the judicial function as a system, neither its large scale inputs and outputs.

Moreover, lawyers themselves cannot properly exercise their role advising clients in such a way to prevent litigation, as there is no safe pattern of conduct.

Indeed, a reasonable level of legal predictability not only prevents litigation because it promotes adequate and previous planning, but also because it incentives settlements, as largely seen in the United States, where clients and lawyers carefully consider their probabilities of success before and even during litigation. Furthermore, predictability incentives parties to more easily accept a ruling even when contrary to their interests, as it presents itself as a non-subjective decision.

In the Brazilian system, the individualized rulings, sometimes unrelated to prior decisions of the same judge as well as to superior court's rulings, incentive litigation as an attempt to find the "right" judge and also, for the same reason, the interposition of appeals, thus increasing the docket also within the system.

If courts do not even pay deference to each other's decisions, it should not indeed strike as a surprise that they also virtually disregard administrative processes and rulings.

In this way, as Brazil already possesses a structure of administrative agencies endowed with adjudication powers since the 90's – thus roughly for more than 20 years now –, the adoption of the exhaustion doctrine, even in its mitigated form of a mere previous requirement, presents itself, now more than ever, as a necessary tool to reduce the judicial docket and enable judges to proper implement the major legal change established by Congress.

The maintenance of this system of almost exclusive judicial adjudication, in flagrant unbalance with the administrative venue – as well as with the private venue, largely due to the agency's omission – may cause this changes

to be largely disregarded or misinterpreted, and the system will keep lacking uniformity and predictability.

## CONCLUSION

The growth of the administrative state must necessarily encompass direct and indirect administrative adjudication. Indeed, mass consuming society demands mass regulation and adjudication, which cannot be provided by the judiciary branch alone and its devised internal techniques, such as conciliation, small claims courts and class actions alone.

Mass litigation must be faced, as the United States' example evidences, with alternatives *outside* the judicial system, where the role of administrative agencies is indeed extraordinary. Created to broadly regulate specific areas of modern society, they were given broad powers through legislative delegation in order to run their fields efficiently. These powers encompass, both in the United States and in Brazil, the regulation, inspection and adjudication of a given economic area under state control or supervision.

The examination of the Brazilian courts' caseload of more than 100 million lawsuits, as well of the small number of complaints received in the administrative venue evidences that the regulatory agencies not only do not work at their full potential, but also perform systemic omission regarding broad inspection measures. This scenario undermines the significant deterrent effect that agency's behavior may and must have towards economic and legal actors.

Through their normative and inspection powers, administrative agencies can determine the private sector, which profit from its activities, to implement an efficient platform to face simple claims, in way to prevent them to enter public adjudication at all. The agency's adjudication mechanisms themselves can be devised as a second or at least as an alternative layer to provide legal redress, and if - and only if - both of them are employed without success, judicial litigation should be open, apart from the justified exceptions analyzed *supra* and others that of course can be construed by the courts over time.

The process of requiring at least prior administrative request to file a lawsuit demands a significant change in judicial behavior, for it involves the letting go of a predominantly paternalistic view of law and legal institutions, that do not correspond to the current reality of an internet era. The judicial branch must also truly acknowledge the existence of the administrative agencies

and their broad powers, paying deference to their acts and decisions absent clear error in questions of fact and unequivocal illegality or unconstitutionality.

The massive absence of such deference also fosters litigation, as the administrative venue is as much disregarded by private parties and lawyers as it is by judges.

If the literal exhaustion of the administrative venue may be regarded a too large step to start with, considering Brazilian legal tradition, prior administrative requirement presents justifications on grounds of policy and principle. It fosters administrative and judicial efficiency and promotes active collaboration of the two branches of government responsible for law enforcement in order to build a broader and integrated system of justice able to grant society uniformity and predictability in law and right's vindication.

On principle grounds, it guarantees access to the justice system and to legal redress, both administrative and judicial, in a more expeditious and efficient manner. It could also cause the agencies to allocate dispute resolution of simple claims and its costs within the private companies, as a first interface with consumers, in a much broader and efficient manner, as a display of a wise and republican employment of their regulatory and normative powers.

The requirement also constitutes a legitimate exercise of judicial restraint, as it is informed by the concept of optimization of public resources, structure and expertise in order to provide the citizenry and the legal community with a reliable and cost-effective system of justice, which by its turn also complies with the constitutional standards of efficiency and expeditiousness of administrative and judicial adjudication.

The exhaustion requirement presents itself as a means of reducing the court's docket and providing a more balanced allocation of adjudication between the administrative and judicial venue.

## REFERENCES

- AMAR, Akhil Reed. *America's Unwritten Constitution* (Basic Books eds., 2012).
- ANTHONY, Robert A. *The Supreme Court and the APA: Sometimes They Just Don't Get It*, 10 Adm. L.J. AM. U. 1 (1996).
- BAUM, Lawrence. *Judges and their Audiences: A Perspective on Judicial Behavior* (Princeton University Press eds., 2006).

- BICKEL, Alexander. *The Least Dangerous Branch* (Yale University Press eds., 1986).
- BOBBIT, Philip. *Constitutional Fate: Theory of the Constitution* (Oxford University Press eds., 1984).
- BREST, Paul. *Processes of Constitutional Decision-making: Cases and Materials* (Wolters Kluwer Law & Business eds., 2015).
- BREYER, Stephen G. & Richard B. Stewart. *Administrative Law and Regulatory Policy* (Aspen Casebooks, 8th ed., 2006).
- BYSE, Clark, and Walter Gellhorn. *Administrative Law- Cases and Comments*, (The Foundation Press Inc. eds., 9<sup>th</sup> ed., 1995).
- CALABRESI, Guido. *A Common Law for the Age of Statutes* (Harvard University Press eds., 1982).
- COASE, R. H. *The Problem of Social Cost*, III The J. L. and Econ. 1 (1960).
- CRAMTON, Roger C. *The Doctrine of Exhaustion of Administrative Remedies in Michigan*, 44 Mich. State Bar J. 10 (1965).
- DAVIS, Kenneth Culp. *Administrative Law Treatise* (K.C. Davis Pub. Co., 2<sup>nd</sup> ed., 1978).
- DUFFY, John F. *Administrative Common Law in Judicial Review*, 77 Tex. L. Rev., p.114-214 (1998).
- FARHANG, Sean. *The Litigation State, Public Regulation and Private Lawsuits in the U.S.* (Princeton University Press eds., 2010).
- FRANK, Jerome. *Law and the Modern Mind* (Anchor Books edition, 1963).
- FUCHS, Ralph F. *Prerequisites to Judicial Review of Administrative Agency Action*, 51 Ind. L. J. 817 (1976).
- HART AND WECHSLER'S, *The Federal Courts and the Federal System* (Foundation Press eds., 6th ed., 2009).
- HORWITZ, Morton J. *The Transformation of American Law* (Yale University Press eds., 1977).
- JAFFE, Louis L. *Judicial Control of Administrative Action* (Little, Brown and Company eds., 1965).
- LEE, Thomas R. *Stare Decisis in Economic Perspective: an Economic Analysis of the Supreme Court's Doctrine of Precedent*, 78 N.C. L. Rev. 643 (1999).
- MACCORMICK, D. Neil, with Robert S. Summers and Arthur L. Goodhart, *Interpreting Precedents: A Comparative Study*. Applied Legal Philosophy Series (Routledge Publisher, 2016).

POSNER, Richard A. *Judicial Behavior and Performance: an Economic Approach*, 32 Fla. St. U. L. Rev. 1259 (2005).

SCALIA, Antonin. *A Matter of Interpretation* (Princeton University Press, 1997).

SCHWARTZ, Bernard *The Administrative Agency in Historical Perspective*, 36 Ind. L. J. 263 (1961).

TRIBE, Laurence H. *American Constitutional Law* (Foundation Press eds., 3<sup>rd</sup> ed., 2010).

Submissão em: 21.03.2019

Avaliado em: 24.05.2019 (Avaliador A)

Avaliado em: 03.04.2020 (Avaliador B)

Aceito em: 02.08.2020

# PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DA PROTEÇÃO DEFICIENTE: FUNÇÃO E MISSÃO DO DIREITO PENAL

*PRINCIPLE OF THE PROHIBITION OF POOR PROTECTION: FUNCTION  
AND MISSION OF CRIMINAL LAW*

**Roberto da Freiria Estevão<sup>1</sup>**

Doutor em Ciências Sociais (UNESP, Marília/SP, Brasil)

**Cleudemir Malheiros Brito Filho<sup>2</sup>**

Mestre em Teoria do Direito e do Estado (UNIVEM, Marília/SP, Brasil)

**ÁREA(S):** direito constitucional; direito penal.

**RESUMO:** O princípio da proibição da proteção deficiente nasce das ideias difundidas após a implementação do Estado Social, em contraposição às ideias e princípios dominantes no seu antecessor Estado Liberal, decorrendo de uma leitura pós-positivista do Texto Constitucional. Para além da noção de que os direitos fundamentais deveriam proteger tão somente o homem dos ataques do Estado, com o

redimensionamento das funções deste e as novas tarefas por ele assumidas, mormente na garantia de condições materiais básicas à população e o surgimento de novos direitos fundamentais de caráter prestacional, especialmente os de segunda geração, tem-se que o Estado, ao enunciar um direito fundamental, deve não somente se abster de violá-lo, como também protegê-lo da ameaça de ataques de terceiros, além de fomentá-lo. É precisamente do dever de proteção

---

<sup>1</sup> Integrante e líder do grupo de pesquisa “Difunde” (Direitos Fundamentais, Democracia e Exceção) no UNIVEM. Professor Titular do Centro Universitário Eurípides de Marília - UNIVEM -, Cursos de Graduação e Mestrado em Direito. *E-mail:* roberto\_freiria@terra.com.br. Currículo: <http://lattes.cnpq.br/4733327632656696>. Orcid: <https://orcid.org/0000-0001-6821-8688>.

<sup>2</sup> Especialização em Direito Penal e Processual pela EPD. Especialização em Direito Constitucional e Direito Eleitoral pela FDRP (USP). *E-mail:* britof1@yahoo.com.br. Currículo: <http://lattes.cnpq.br/2429765581123191>. Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-0076-9245>.

que se extrai o princípio da proibição da proteção deficiente, conduzindo à análise da verificação de eventual inconstitucionalidade na omissão estatal em proteger determinado direito, ou mesmo em decorrência da insuficiente medida de proteção adotada, passíveis, portanto, de correção.

**ABSTRACT:** *The principle of the prohibition of deficient protection arises from ideas disseminated after the implementation of the Social State, as opposed to the dominant ideas and principles in its predecessor Liberal State, resulting from a post-positivist reading of the Constitutional Text. In addition to the notion that fundamental rights should protect only man from the attacks of the State, by reshaping his functions and the new tasks he has undertaken, especially in guaranteeing basic material conditions for the population and the emergence of new fundamental rights especially in the case of the second generation, the State, when enunciating a fundamental right, must not only refrain from violating it, but also protect it from the threat of attacks by third parties, as well as fomenting it. It is precisely from the duty of protection that the principle of the prohibition of deficient protection is extracted, leading to the analysis of the verification of possible unconstitutionality in the State's omission to protect certain right, or even due to the inadequate measure of protection adopted, therefore.*

**PALAVRAS-CHAVE:** proteção deficiente; princípio; constituição federal; direito penal; função.

**KEYWORDS:** *poor protection; principle; federal constitution; criminal law; function.*

**SUMÁRIO:** Introdução; 1 Função e missão do direito penal; 2 O princípio da proporcionalidade no direito penal; 3 Princípio da proibição da proteção deficiente; Conclusão; Referências.

**SUMMARY:** *Introduction; 1 Role and mission of criminal law; 2 The principle of proportionality in criminal law; 3 Principle of prohibition of disability protection; Conclusion; References.*

## INTRODUÇÃO

**A**tenta às particularidades das normas constitucionais, a doutrina lhes flagrou uma classificação, que é de considerável valia para o processo da interpretação constitucional. Consideradas em conjunto, as normas constitucionais são vistas como a pertencer a um sistema normativo, que lhes imprime certa ordem de propósitos e que configura um todo tendencialmente coeso, que se pretende harmônico. Observou-se, porém, que, estruturalmente, essas normas podiam ser enquadradas em dois tipos

normativos, que atraem perspectivas também distintas de solução de problemas de aplicação das normas.

Advém da doutrina uma moderna classificação das normas, que a separa em regras e princípios.

Em geral, tanto a regra como o princípio são vistos como espécies de normas, uma vez que ambos descrevem algo que deve ser. Ambos se valem de categorias deontológicas comuns às normas – o mandado (determina-se algo), a permissão (faculta-se algo) e a proibição (veda-se algo).

Quando se trata de impor regras e princípios, porém, é bastante frequente o emprego do critério da generalidade ou da abstração. Os princípios seriam aquelas normas com teor mais largo do que as regras. Próximo a esse critério, por vezes se fala também que a distinção se ajustaria no grau de determinação dos casos de aplicação da norma. Os princípios corresponderiam às normas que carecem de mediações materializadoras por parte do legislador, do juiz ou da Administração. Já as regras seriam as normas suscetíveis de aplicação imediata.

De toda sorte, as tentativas efetuadas de distinguir regras e princípios chocam-se, às vezes, com o ceticismo dos que veem na pluralidade de normas um obstáculo para que se possa, com segurança, situar uma norma em uma ou outra classe.

Nesse diapasão, o direito penal apresenta-se, por um lado, como um conjunto de normas jurídicas que tem por objeto a determinação de infrações de natureza penal e suas sanções correspondentes. Por outro lado, apresenta-se como um conjunto de valorações e princípios que orientam a própria aplicação e interpretação das normas penais. Esse conjunto de normas, valorações e princípios, devidamente sistematizados, tem a finalidade de tornar possível a convivência humana, ganhando aplicação prática nos casos ocorrentes, sob a égide de rigorosos princípios de justiça.

Feitas essas observações, cumpre registrar que, hodiernamente, sustenta-se que a criminalidade é um fenômeno social normal. Emile Durkheim<sup>3</sup> afirma que o crime não ocorre somente na maioria das sociedades de uma ou outra espécie, mas sim em todas as sociedades constituídas pelo ser humano. Assim, para a autora, o crime não só é um fenômeno social normal como também

---

<sup>3</sup> DURKHEIM, Emile. *Las reglas del método sociológico*. Trad. de L. V. Echavarría. Barcelona/Espanha: Morata, 1985. p. 83; 2001. p. 83; 2007. p. 41.



cumpra outra função significativa, qual seja, a de manter aberto o canal de transformações de que a sociedade precisa.

Quando as violações aos direitos e interesses do indivíduo assumem determinadas proporções, e os demais ramos de controle social mostram-se incapazes para harmonizar o convívio social, surge o direito penal, com sua natureza específica de meio de controle social formalizado, com o objetivo de resolver conflitos produzidos pela desinteligência dos homens.

Destarte, não obstante o direito penal seja a razão última (*ultima ratio*), sua função é extremamente importante e indispensável na vida em sociedade.

Autor e vítima representam a realidade com que o direito penal tem que agir. Eles são os atores no caso jurídico-penal. O conflito de divergências que o sistema jurídico-penal deve produzir ou solucionar com auxílio de seus instrumentos origina-se entre pessoas. Estas pessoas desempenham um papel no caso jurídico penal – o papel de causador da lesão e o papel de lesado –, correspondentes às posições do autor e da vítima.

## 1 FUNÇÃO E MISSÃO DO DIREITO PENAL

A vida em sociedade é complexa e exige de todos a retidão a um conjunto de regras de comportamento. O homem não é totalmente livre para fazer o que bem quiser, pois vive sob o prisma de normas de conduta, criadas por ele mesmo, por meio do Estado, que ele também instituiu<sup>4</sup>.

As normas jurídicas são comandos a serem obedecidos por todos os homens, pois delimitam o que é – e o que não é – lícito fazer, o permitido e o proibido, o certo e o errado<sup>5</sup>.

Ao conjunto das normas jurídicas que tratam dos crimes e das sanções penais dá-se o nome de direito penal.

O direito penal era, antigamente, denominado direito criminal, expressão talvez mais apropriada, por mais ampla e que ainda hoje se encontra incrustada em muitas das instituições atinentes: advogado criminalista, vara criminal, câmara criminal etc.<sup>6</sup>.

---

<sup>4</sup> MOURA, Ney Teles. *Direito penal*. Parte geral. Arts. 1º a 120. São Paulo: Atlas, v. I, 2002. p. 51.

<sup>5</sup> MOURA, Ney Teles. *Direito penal*. Parte geral. Arts. 1º a 120. São Paulo: Atlas, v. I, 2002. p. 51.

<sup>6</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*: parte geral 1. 19. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 56.

Segundo Cleber Masson<sup>7</sup>, define-se o direito penal como “o conjunto das prescrições emanadas do Estado, que ligam ao crime, como fato, a pena como consequência”.

Nesse sentido, o direito penal é, efetivamente, a parte do ordenamento jurídico que trata do crime e das penas e das medidas de segurança, mas uma nota da mais alta importância que exsurge do ordenamento jurídico penal fica esquecida em todas as definições transcritas: a liberdade do indivíduo que pode ser coarctada pela incidência das normas penais, mas que, igualmente, é protegida por elas, à medida que só pode ser abolida nos estritos limites da lei<sup>8</sup>.

Como instrumento de controle social formalizado, exercido sob o monopólio do Estado, a *persecutio criminis* somente pode ser legitimamente desempenhada de acordo com normas preestabelecidas, legisladas de acordo com as regras de um sistema democrático. Por esse motivo, os bens protegidos pelo direito penal não interessam ao indivíduo, exclusivamente, mas à coletividade como um todo. A relação existente entre o autor de um crime e a vítima é de natureza secundária, uma vez que esta não tem o direito de punir. Mesmo quando, por opção do legislador, proporciona-se-lhe o início da *persecutio criminis*, ela não detém o *ius puniendi*, mas tão somente o *ius accusationis*, cujo exercício exaure-se com a sentença penal condenatória. Por conseguinte, o Estado, inclusive nas ações de iniciativa privada, é o titular do *ius puniendi*, que tem, claramente, caráter público<sup>9</sup>.

Uma das principais características do moderno direito penal é o seu caráter fragmentário, no sentido de que representa a *ultima ratio* do sistema para a proteção daqueles bens e interesses de maior importância para o indivíduo e a sociedade à qual pertence, como alhures lembrado<sup>10</sup>.

Todavia, atualmente, existe um significativo reconhecimento por parte da doutrina de que, por meio do direito penal, o Estado tem o objetivo de produzir efeitos tanto sobre aquele que delinque como sobre a sociedade que representa.

<sup>7</sup> MASSON, Cleber. *Direito penal esquematizado* – Parte geral. 9. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, v. 1, 2015. p. 10.

<sup>8</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de direito penal*. 11. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 30.

<sup>9</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral* 1. 19. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 59-60.

<sup>10</sup> GOMES, Luiz Flávio. *Direito penal: introdução e princípios fundamentais*. Luiz Flávio Gomes, Antonio García-Pablos de Molina, Alice Bianchini. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 1, 2007. p. 82.

Pode-se, nesse sentido, afirmar que o direito penal caracteriza-se pela sua finalidade preventiva: antes de punir o infrator da ordem jurídico-penal, procura motivá-lo para que dela não se afaste, estabelecendo normas proibitivas e cominando as sanções respectivas, visando evitar a prática do crime<sup>11</sup>.

## 2 O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE NO DIREITO PENAL

É entendimento bem consolidado no Direito pátrio que o princípio da proporcionalidade tem assento constitucional. Trata-se de garantia que, se não encontra previsão explícita na Constituição Federal de 1988, está presente de forma implícita em vários de seus dispositivos.

A propósito, Buechele<sup>12</sup> lembra que alguns Estados fizeram a opção pela expressa previsão do princípio em comento, como Portugal e Alemanha; todavia, assevera que, no ordenamento jurídico brasileiro, a previsão é implícita.

Conforme ensinamento de Suzana Barros de Toledo<sup>13</sup>, a proporcionalidade está disseminada em vários dispositivos da Constituição Federal, que buscam, de uma forma ou outra, dar proteção aos direitos fundamentais, de maneira que ela surge “a título de garantia especial, traduzida na exigência de que toda a intervenção estatal nessa esfera se dê por necessidade, de forma adequada e na justa medida, objetivando a máxima eficácia e otimização dos vários direitos fundamentais concorrentes”.

Na mesma esteira, anota Paulo Bonavides<sup>14</sup> que o princípio da proporcionalidade tem o fim de “acautelar do arbítrio do poder do cidadão e toda a sociedade”, observando que ele é reconhecido como “implícito e, portanto, positivado em nosso direito constitucional”, de maneira que o referido princípio “é, por conseguinte, direito positivo em nosso ordenamento constitucional” e “flui do espírito que anima em toda sua extensão e profundidade o § 2º do art. 5º, o qual abrange a parte não-escrita ou expressa dos direitos e garantias da Constituição”.

---

<sup>11</sup> GOMES, Luiz Flávio. *Direito penal: introdução e princípios fundamentais*. Luiz Flávio Gomes, Antonio García-Pablos de Molina, Alice Bianchini. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 1, 2007. p. 83.

<sup>12</sup> BUECHELE, Paulo Armínio Tavares. *O princípio da proporcionalidade e a interpretação da Constituição*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 144.

<sup>13</sup> BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 1996. p. 89-90.

<sup>14</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 395.

Pois bem, esse constitucional princípio da proporcionalidade também tem relevância no direito penal pátrio. Ele é claramente encontrado, a título de exemplo, nas disposições atinentes à individualização da pena, o que se dá a partir da previsão contida no art. 5º, XLVI, da Constituição Federal. Nesse viés, com clara preocupação voltada à proporcionalidade, a parte final do art. 59 do Código Penal prevê que a pena deve ser aplicada “conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime”, o que se aplica também na determinação do regime inicial para o cumprimento da privação de liberdade, em decorrência da remissão encontrada no art. 33, § 3º, também do Código Penal.

Em sua efetivação, também no direito penal faz-se necessário constatar a presença dos requisitos exigidos, a saber, a adequação, a necessidade e a proporcionalidade estrita<sup>15</sup>.

É, pois, mister que se verifique se há a adequação, buscando-se constatar se, em determinada situação, a pretendida atuação do direito penal é instrumento apto para a concretização da proteção do bem jurídico, com o olhar voltado à retribuição para o fato e a indispensável prevenção geral e especial quanto ao crime; a necessidade, isto é, o imperativo de se avaliar se a intervenção do direito penal é indispensável no caso, ou se existe outro caminho para a solução do problema, considerando-se que esse ramo do Direito tem caráter subsidiário e fragmentário; e a proporcionalidade estrita, o que significa investigar se os benefícios decorrentes da intervenção do direito penal são maiores e mais relevantes que os custos sociais da escolha feita.

Esse raciocínio é indispensável porque, como obtempera Lenza<sup>16</sup>, o princípio da proporcionalidade é utilizado, “de ordinário, para aferir a legitimidade das restrições de direitos – muito embora possa aplicar-se, também, para dizer do equilíbrio na concessão de poderes, privilégios ou benefícios”, e, ainda, “consubstancia uma pauta de natureza axiológica que emana diretamente das ideias de justiça, equidade, bom senso, prudência, moderação, justa medida, proibição de excesso, direito justo e valores afins”.

Destarte, fruto dessas observações, tem-se que, no âmbito criminal, a observância da proporcionalidade em matéria penal não pode ser entendida

---

<sup>15</sup> ÁVILA, Humberto B. *Teoria dos princípios – Da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 166.

<sup>16</sup> LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 12. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 75.

apenas para se falar em proibição de excesso, mas também para a necessária proibição da proteção deficiente da sociedade, como em seguida se verá.

### 3 PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DA PROTEÇÃO DEFICIENTE

O princípio da proporcionalidade, implícito em sede constitucional, tem como uma de suas vertentes, especialmente no âmbito penal, a proibição da proteção deficiente ou insuficiente, segundo a qual o legislador e o juiz não podem reprimir de forma deficitária agressões a direitos fundamentais e aos sociais/coletivos.

Acerca do tema, Lenio Luiz Streck<sup>17</sup>, em artigo publicado na *Revista da Ajuris*, já sustentava em março de 2005:

Trata-se de entender, assim, que a proporcionalidade possui uma dupla face: de proteção positiva e de proteção de omissões estatais. Ou seja, a inconstitucionalidade pode ser decorrente de excesso do Estado, caso em que determinado ato é desarrazoado, resultando desproporcional o resultado do sopeamento (*Abwägung*) entre fins e meios; de outro, a inconstitucionalidade pode advir de proteção insuficiente de um direito fundamental social, como ocorre quando o Estado abre mão do uso de determinadas sanções penais ou administrativas para proteger determinados bens jurídicos. Este duplo viés do princípio da proporcionalidade decorre da necessária vinculação de todos os atos estatais à materialidade da Constituição, e que tem como consequência a sensível diminuição da discricionariedade (liberdade de conformação) do legislador.

O princípio da proibição da proteção deficiente surge das ideias difundidas após a implementação do Estado Social, em contraposição às ideias e princípios

<sup>17</sup> STRECK, Lenio Luiz. A dupla face do princípio da proporcionalidade: da proibição de excesso (*Übermassverbot*) à proibição de proteção deficiente (*Untermassverbot*) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais. *Revista da Ajuris*, a. XXXII, n. 97, p. 180, mar. 2005.

dominantes no seu antecessor Estado Liberal, decorrendo de uma leitura pós-positivista da Constituição Federal<sup>18</sup>.

Destarte, a par da noção de que os direitos fundamentais deveriam proteger tão somente o homem dos ataques do Estado, com o redimensionamento das funções deste e as novas tarefas por ele assumidas, mormente na garantia de condições materiais essenciais à população e do advento de novos direitos fundamentais de caráter prestacional, tem-se que o Estado, ao verticalizar um direito fundamental, deve não somente se abster de violá-lo, como também protegê-lo da ameaça de ataques de terceiros.

É nesse diapasão que se extrai o princípio da proibição da proteção deficiente, conduzindo à análise de eventual inconstitucionalidade na omissão estatal em proteger determinado direito, ou mesmo em decorrência da insuficiente medida de proteção adotada, passíveis, portanto, de correção.

Também é tratado como princípio da proibição da proteção deficiente o desrespeito no cumprimento do dever de proteção do Estado em relação aos direitos fundamentais, haja vista caber ao Poder Público adotar medidas suficientes de natureza normativa e de natureza material, possibilitando uma proteção eficiente e adequada dos direitos fundamentais.

Na jurisprudência, tem-se vários acórdãos que abordam o princípio da proibição da proteção deficiente, em caminhos antagônicos.

No Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, a título de exemplo, por ocasião do julgamento da Apelação Criminal nº 70075356360, da 4ª Câmara Criminal, relator o Desembargador Julio Cesar Finger (julgado de 22.02.2018), entendeu-se que a criminalização do porte ilegal de arma de fogo e de munição está em conformidade com a Constituição Federal, posto que a tipificação das condutas, mesmo quando presente somente o denominado perigo abstrato, é corolário do dever de proteção aos direitos fundamentais, em sua perspectiva objetiva, observando-se o princípio da proibição da proteção insuficiente<sup>19</sup>.

<sup>18</sup> MACÊDO, Fabrício Meira. O princípio da proibição da proteção insuficiência do Supremo Tribunal Federal. *RIDB*, a. 3, 2014, n. 9, 7029-7072. <<http://www.idb-fdul.com/>>. ISSN: 2182-7567.

<sup>19</sup> “Apelações criminais. Porte ilegal de arma de fogo com numeração suprimida. Art. 16, parágrafo único, IV, da Lei nº 10.826/2003. Porte ilegal de munição de uso permitido. Art. 14 da Lei nº 10.826/2003. Provas da materialidade e da autoria. Crime de perigo abstrato. Direito à proteção à vida. Rejeição. Condenações mantidas. Súmula nº 231 do STJ. Isenção da multa. Descabimento. 1. O porte ilegal de arma de fogo com numeração suprimida e o porte ilegal de munição são crimes de perigo abstrato e de mera conduta, mostrando-se prescindível a demonstração de perigo

Também o Tribunal de Justiça de São Paulo<sup>20</sup>, adotando o princípio em comento, é firme no entendimento de que o réu merece tratamento mais duro – regime inicial fechado pela prática de furto simples – quando, ao reincidir, demonstra não ter se conscientizado da gravidade de suas condutas, por meio das penas anteriormente aplicadas, e volta a delinquir, revelando não ter absorvido a finalidade de ressocialização para a convivência social harmônica na vida em comunidade, sem novas práticas que lesionem bens jurídicos alheios.

Tal fato, no entender da Corte e à luz da proibição da proteção deficiente, demanda maior rigor no tocante à aplicação da lei penal, devendo o Estado-juiz dar resposta adequada e proporcional à sociedade, que é assolada persistentemente com os altos índices de criminalidade.

Em sentido oposto, entendeu o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul<sup>21</sup> que não se configurou violação ao princípio em análise o fato de o

---

concreto. Precedentes. Na esteira do entendimento dos Tribunais, em especial o Supremo Tribunal Federal, não são inconstitucionais os crimes de perigo abstrato, a exemplo daqueles previstos na Lei nº 10.826/2003, que teve sua constitucionalidade assentada na ADIn 3.112/DF. 2. Não houve dúvida de que a arma de fogo com numeração raspada apreendida estava na posse do acusado P.H.G.S., assim como que o réu R.P.S. Portava munições de uso permitido, levando-se em conta o relato fidedigno apresentado pelos policiais que participaram da prisão. Não há por que duvidar da versão apresentada por eles, que, em todas as oportunidades em que foram ouvidos, narraram com verossimilhança a ocorrência dos fatos, não deixando dúvida a respeito da prática dos crimes. 3. Sem razão a alegação de violação ao direito a proteção à vida, insculpido no art. 5º, *caput*, da Constituição Federal de 1988. Possibilidade de criminalização que é corolário de um dever de proteção aos direitos fundamentais como decorrência da perspectiva objetiva desses direitos de estatura constitucional, da qual também decorre a máxima da proporcionalidade como proibição de insuficiência. Para tanto, reconhece-se uma ampla discricionariedade do legislador para eleger e criminalizar condutas que causem perigo a bens jurídicos protegidos pelo ordenamento. Condenações mantidas. 4. Por conta do entendimento da Súmula nº 231 do STJ, fica impossibilitado o estabelecimento da pena provisória aquém do mínimo legal, ainda que reconhecida a atenuante da confissão espontânea. 5. A multa é preceito secundário do tipo pelo qual o réu foi condenado, não havendo previsão legal para a isenção do pagamento. Apelações não providas.” (TJRS, ACr 70075356360, 4ª C.Crim., Rel. Des. Julio Cesar Finger, J. 22.02.2018)

<sup>20</sup> “Apelação. Furto simples. Condenação. Recurso da defesa. Pedido de fixação do regime inicial aberto e, subsidiariamente, do semiaberto. Não acolhimento. Manutenção do regime inicial fechado. Reincidência. Princípio da proporcionalidade e proibição da proteção deficiente ou insuficiente. Previsão expressa do Código Penal acerca do regime inicial fechado para reincidentes (art. 33, § 2º, *b* e *c*). Recurso não provido.” (Apelação Criminal nº 1500248-57.2019.8.26.0540)

<sup>21</sup> “Apelação crime. Roubo majorado pelo concurso de agentes com utilização de uma faca. Fato ocorrido em janeiro de 2001. Preliminar suscitada pela Procuradoria de Justiça de instauração de incidente de inconstitucionalidade. Conforme manifestação deste Colegiado em voto da relatoria da eminente Desembargadora Cristina Pereira Gonzales, por ocasião do julgamento da Apelação Crime nº 70079767208, não há de se falar em inconstitucionalidade formal da Lei nº 13.654/2018, haja vista



legislador pátrio, por meio da Lei nº 13.654/2018, ter revogado o inciso I do § 2º do art. 157 do Código Penal, de maneira que não há, neste aspecto, qualquer inconstitucionalidade da lei por violação do princípio da proporcionalidade em sua vertente da proibição da proteção deficiente.

Cabe salientar que o dever de proteção impõe ao Estado uma presença mínima de proteção jurídica constitucionalmente exigida, não sendo possível descer abaixo desse liminar.

Conclama a Constituição o direito à vida, por exemplo, devendo o Estado abster-se de atentar contra a vida dos particulares, bem como de não colocá-los em risco, em qualquer circunstância.

Todavia, mister que o Estado adote as medidas necessárias à proteção dos particulares, de modo a evitar que tenham o direito à vida ceifado por ataques de terceiros.

Assevera Vieira de Andrade<sup>22</sup> que a dimensão objetiva dos direitos fundamentais está ligada à eficácia irradiante das normas constitucionais que os preveem.

Existiria, dessa maneira, um efeito externo dos direitos fundamentais, do qual resultaria uma espécie de força vinculativa generalizada dos preceitos respectivos, ou por meio de ações estatais efetivas, por meio da Administração, ou por meio de espécies de comandos de normatização.

---

que foi observado o regular processo legislativo, tratando-se o vício apontado pelo órgão ministerial de mera irregularidade decorrente de erro material, que foi devidamente sanado. Igualmente inexistente inconstitucionalidade material, pois não houve a descriminalização do roubo com o emprego de arma branca ou imprópria, não havendo falar em violação ao princípio da proibição da proteção deficiente. Preliminar rejeitada. Absolvição. Insuficiência probatória. Confissão na fase inquisitorial. Confissão prestada perante autoridade policial e não confirmada em juízo no espaço público estatal não pode dar suporte à condenação. Da mesma forma, o réu não foi reconhecido em Juízo. Ausente prova extreme de dúvida acerca da autoria, cabe a absolvição do réu, por insuficiência probatória, sendo irrelevante, para fins de condenação, o depoimento prestado perante a autoridade policial quando não ratificado em Juízo Incidência do princípio *in dubio pro reo*. Aplicação do art. 386, VII, do Código de Processo Penal. Absolvição mantida. Recurso ministerial improvido." (TJRS, Apelação Crime nº 70083516203, CNJ 0323529-04.2019.8.21.7000, 5ª Câmara Criminal, Relª Desª Maria de Lourdes Galvão Braccini de Gonzalez, J. 06.05.2020. No mesmo sentido: TJRS, Apelação Criminal nº 70081233140, CNJ 0095223-09.2019.8.21.7000, 5ª Câmara Criminal, Relª Desª Cristina Pereira Gonzales, J. 22.04.2020)

<sup>22</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2009. p. 293 e ss.



Os deveres de proteção, contudo, ainda que vinculem todos os poderes do Estado, devem ser enunciados por meio de leis, reservando-se, ao Judiciário, portanto, a devida aplicação.

Quando há a violação do princípio da proibição da proteção deficiente, não atingindo, o Estado, um padrão mínimo de garantia, ainda que houvesse condições de proporcioná-la, torna-se possível deduzir uma pretensão em juízo, posto que se estará diante de uma inconstitucionalidade por omissão.

Consoante a posição de Jorge Reis Novais<sup>23</sup>, mesmo quando estão em causa valores máximos como o direito à vida, à integridade física ou à segurança pessoal, situações nas quais a necessidade de proteção pode ser mais premente, a decisão sobre a melhor via de proteção não é neutra, nem tampouco independente da concepção que se perfilhe sobre as relações sociais, pré-compreensões disputadas no terreno da luta política e eleitoral democráticas, ou, no mínimo, para avaliações políticas muito diversas da mesma situação conjuntural que requer a proteção do Estado. Assim, o Poder Judiciário, apesar de estar obrigado a controlar a observância do dever estatal de proteção dos direitos fundamentais, não é a instância mais adequada, em Estado de Direito Democrático, para a referida discussão.

Portanto, os órgãos políticos têm, neste domínio, uma competência própria que lhes advém da legitimidade de escolha popular democrática, feita para a tomada de decisões políticas deste tipo. Cuida-se, indubitavelmente, de um problema de separação de poderes.

O Estado, forçoso observar, tendo em vista as liberdades asseguradas aos cidadãos, não pode restringir excessivamente os direitos fundamentais, nem tampouco, verificando conflito entre particulares, deixar de proteger adequadamente direito de cidadão atingido por terceiro.

Na seara penal, o princípio da proibição da proteção deficiente estabelece meios adequados para a proteção de bens jurídicos. Assim, é possível saber se é razoável a mobilização da máquina penal para proteger determinado bem jurídico, ou seja, se é razoável invadir a esfera de liberdade individual em prol dessa proteção, bem como se, por outro lado, é razoável deixar de proteger.

---

<sup>23</sup> NOVAIS, Jorge Reis. *Os princípios constitucionais estruturantes da República portuguesa*. Coimbra: Coimbra, 2004. p. 297.

A propósito dessa necessária razoabilidade, Toledo<sup>24</sup> lembra que o princípio da proporcionalidade deve ser aplicado nessa área do Direito, uma vez que “não há direitos absolutos e o próprio direito penal não deve entrar em rota de colisão com valores éticos fundamentais”. O saudoso Ministro do Superior Tribunal de Justiça aduz, ao abordar a excludente da legítima defesa:

Seria enorme incongruência acolherem-se princípios como o da “insignificância” e da “adequação social” para excluir o crime, e, ao mesmo tempo, deixar de acolher princípios análogos, como o da proporcionalidade, para impedir que se matem seres humanos por ninharias em nome de uma “lógica” que nada tem de “humana” ou sequer de “razoável”.

Todavia, é se registrar, em relação à proporcionalidade e razoabilidade, que há de se suscitar exceção, diante da redução da discricionariedade a zero. Exemplo disso tem-se no caso de comandos de normatização, como a insuscetibilidade de graça ou anistia para as práticas dos crimes de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes, terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por força do disposto no art. 5º, XLIII, da Constituição Federal.

Nesse caso, o texto constitucional determina a edição de lei com o escopo de tornar insuscetíveis de graça ou anistia os crimes que indica, subtraindo do legislador ordinário a discricionariedade acerca da matéria, ou mesmo decisão política.

Igualmente, há a redução da discricionariedade quando determina, a Constituição Federal, a punição a qualquer discriminação atentatória dos direitos e garantias fundamentais.

Ao Poder Público cabe, por conseguinte, dentre as medidas a serem adotadas para a proteção ao direito, em não havendo redução da discricionariedade a zero, adotar uma delas, só havendo que se falar em proteção insuficiente quando, diante da omissão do Poder Público, o direito é afetado por atuação ilegal de terceiro, de maneira substancial.

É que, em geral, a Constituição Federal, embora imponha deveres de proteção, não indica o modo pelo qual a referida proteção deve ser concretizada, de maneira que, havendo inúmeras formas pelas quais se mostraria possível a

<sup>24</sup> TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 203.

proteção, importa à Administração escolher qual das medidas será adotada, não se tornando obrigatória qualquer delas.

Como critério inicial ou mínimo de verificação da insuficiência, aponta Jorge Silva Sampaio<sup>25</sup> para o princípio da dignidade da pessoa humana.

Assim, haveria proteção deficiente e, portanto, omissão inconstitucional do Estado sempre que o titular do direito fundamental protegido viesse a ser atingido em sua dignidade.

Além do referido critério, Jorge Silva Sampaio indica a garantia do conteúdo essencial dos direitos fundamentais.

É que, consoante já referido, só há que se falar em proteção insuficiente quando, diante da omissão do Poder Público, o direito a ser protegido é, por atuação ilegal de terceiro, afetado em seu núcleo essencial.

Ademais, admite-se a existência de proteção insuficiente, ainda que não atingido o direito fundamental em seu núcleo essencial, nem tampouco o titular do direito em sua dignidade, sendo, contudo, de mais árida verificação.

Quanto mais próximos estiverem, os direitos a serem protegidos, da dignidade da pessoa humana, ou mesmo de núcleo essencial de direito fundamental, mormente se estiver relacionado à liberdade, maior será a gravidade da desproteção.

Tal ponderação há de se realizar em conjunto, não em fases estanques, com o escopo máximo de aferir, no caso concreto, a existência ou não de déficit vedado de proteção ao direito.

Contudo, há de se admitir que tais ponderações, sobretudo quando se está diante de comandos de normatização, devem ser efetivadas pelo Poder Legislativo, por ser este o órgão constitucionalmente responsável pela edição de leis.

A judicialização dos referidos conflitos mostra-se sobremaneira dificultosa, sobretudo quando há lei editada, devendo, pois, o Poder Judiciário permanecer adstrito à vontade expressa pelo Parlamento por meio do comando normativo.

A atuação judicial, dessa forma, deverá restringir-se às violações ao princípio da proibição da proteção deficiente mais grosseiras, não obstante se

---

<sup>25</sup> SAMPAIO, Jorge Silva. *O dever de proteção policial de direitos, liberdades e garantias*. 1. ed. Coimbra: Coimbra, 2012. p. 151.

reconheça que a objetivação dos direitos fundamentais impõe a sua proteção total e efetiva.

Ademais, não se pode afastar a adoção do princípio em estudo em razão do denominado “garantismo penal”, de Ferrajoli<sup>26</sup>.

Quando prefaciou a obra *Direito e razão*, Norberto Bobbio asseverou que a teoria elaborada por Ferrajoli é contrária ao denominado direito penal máximo e antiliberal, que propicia o abuso do direito de punir do Estado, mas também repudia a insuficiência das posturas doutrinárias abolicionistas, que levam à liberdade selvagem<sup>27</sup>.

De fato, ao fazer a análise a respeito das doutrinas abolicionistas, Luigi Ferrajoli obtempera que elas expressam um modelo inadequado e utópico, próprio de uma sociedade selvagem, sem regras e destituído da necessária ordem, o que propiciaria o retorno à chamada lei natural do mais forte<sup>28</sup>.

Desse modo, nota-se que, no Brasil, a teoria do garantismo penal foi compreendida de forma incompleta, sem a abordagem de todas as intenções do pensador italiano quando do desenvolvimento de sua teoria<sup>29</sup>.

Percebe-se, pois, que Ferrajoli opõe-se tanto ao modelo de Estado autoritário e policialesco, próprio da exceção e violador da carta de direitos fundamentais, como igualmente ao modelo de Estado anárquico, sem as regras coercitivas necessárias à boa convivência de todos, para o que é imprescindível o denominado “direito penal mínimo”, norteado por regramentos razoáveis na tipificação de condutas e na previsão da correspondente sanção penal.

Destarte, constata-se, claramente, que o garantismo penal, como idealizado por Ferrajoli, não se presta a fomentar a impunidade do agente criminoso, pouco importando o grau de censurabilidade da infração penal praticada.

<sup>26</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*: teoria do garantismo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

<sup>27</sup> BOBBIO, Norberto. In: FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*: teoria do garantismo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 8. Prefácio.

<sup>28</sup> Op. cit., p. 203.

<sup>29</sup> CORDEIRO, Gustavo Henrique de Andrade. O garantismo penal integral como instrumento de proteção suficiente aos direitos fundamentais individuais e coletivos. Dissertação. Programa de Mestrado em Direito, Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha” – UNIVEM, Marília, 2016. p. 82.

O pensamento de Ferrajoli, ao reconhecer a importância dos direitos fundamentais sociais, vem sendo enfatizado pela doutrina internacional, como se vê, a título de exemplo, em José Luiz Martí Marmol<sup>30</sup>.

Ainda nesta mesma seara, Bobbio, no prefácio da obra *Direito e razão*, deixa bem evidente que, consoante o posicionamento de Ferrajoli, o garantismo não se destina exclusivamente aos direitos e interesses individuais, mas igualmente à tutela dos direitos sociais<sup>31</sup>.

E mais: a própria interpretação dada por Luigi Ferrajoli demonstra que há a necessidade de serem garantidos os direitos fundamentais, inserindo-se a liberdade, até os chamados direitos sociais, que têm suas estipulações introduzidas na mesma estrutura do princípio da legalidade do Estado Constitucional de Direito. Em outras palavras, o modelo de garantismo por ele proposto busca estabelecer um modelo ideal de Estado de Direito, assim entendido não apenas como estado liberal protetor dos direitos de liberdade, mas igualmente como estado social, conclamado a proteger também os direitos sociais<sup>32</sup>.

E, pouco mais adiante, na mesma obra, Ferrajoli aduz que os direitos de liberdade correspondem a garantias negativas consistentes em limites de proibições de fazer, e aos direitos sociais “*corresponden garantías positivas consistentes en obligaciones de prestaciones individuales o sociales*”, de maneira que, em todos os casos de elaboração das garantias, o estabelecimento dos mecanismos institucionais voltados a assegurar a máxima correspondência entre normatividade e efetividade na tutela ou na satisfação dos direitos “*constituye la tarea más importante y difícil tanto de una teoría como de una política garantista del derecho*”. Compreende-se, pois, que o garantismo não tem relação com o mero legalismo, formalismo ou processualismo, mas sim consiste na tutela dos direitos fundamentais, “*los cuales – de la vida a la libertad personal, de las libertades civiles*

<sup>30</sup> MARMOL, José Luiz Martí. El fundamentalismo de Luigi Ferrajoli: un análisis crítico de su teoría de los derechos fundamentales. In: CARBONELL, Miguel; SALAZAR, Pedro. *Garantismo: estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*. Madrid: Trotta, 2005. p. 384: “*El paradigma constitucional incluye asimismo, según Ferrajoli, los siguientes grupos de derechos fundamentales: derechos políticos (o de autonomía pública), derechos civiles (o de autonomía privada), derechos liberales (o de libertad) y derechos sociales*”.

<sup>31</sup> BOBBIO, Norberto. In: FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 8. Prefácio.

<sup>32</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón – Teoría del garantismo penal*. Madrid: Editorial Trotta, 1999. p. 12 e 16.

*y políticas a las expectativas sociales de subsistencia, de los derechos individuales a los colectivos – representan los valores, los bienes y los intereses, materiales y prepolíticos”, sendo esses os valores que fundamentam e justificam “la existencia de aquellos ‘artificios’ – como los llamó Hobbes – que son el derecho y el estado, cuyo disfrute por parte de todos constituye la base sustancial de la democracia”<sup>33</sup>.*

Portanto, uma boa exegese do garantismo penal leva à compreensão da necessidade de o Estado dar proteção suficiente aos direitos sociais e coletivos, ao lado da tutela dos interesses e direitos fundamentais individuais.

A propósito, Ferrajoli, aprofundando a sua teoria do garantismo penal, asseverou que existe, contemporaneamente, uma nova criminalidade, “*de la cual provienen las ofensas más graves a los derechos fundamentales: la criminalidade del poder*”. Portanto, tem-se que, consoante a posição do professor italiano, o Estado deve preocupar-se de forma especial também com as infrações cometidas pelos “cavalheiros”, isto é, os crimes de corrupção, fraude fiscal e lavagem do dinheiro<sup>34</sup>.

Destarte, consoante se extrai do pensamento de Ferrajoli, o Estado tem o dever de garantir, ao lado dos direitos fundamentais individuais, os direitos que se ligam à defesa da sociedade, isto é, a adequada proteção contra os praticantes de crimes que a atingem.

A confirmar essa posição do professor italiano, em data posterior, no dia 16 de outubro de 2013, como notícia Douglas Fischer, numa palestra ministrada no Ministério da Justiça, em Brasília, ao ser questionado a respeito da compatibilização entre sua teoria do garantismo penal com a necessidade de punição dos agentes públicos pelos crimes praticados durante o regime militar, Ferrajoli respondeu que, em sua visão garantista, óbices de natureza temporal, como a prescrição, não poderiam ser opostos diante da obrigação positiva do Estado de agir no sentido de punir eficazmente os autores destes delitos<sup>35</sup>.

Em suma, no próprio garantismo penal encontra-se fundamento para o princípio da proibição da proteção deficiente ou insuficiente da sociedade, seja

<sup>33</sup> Idem, p. 28-29.

<sup>34</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Democracia y garantismo*. Edición de Miguel Carbonell. Madrid: Trota, 2008. p. 250 e 254.

<sup>35</sup> FISCHER, Douglas. O que é garantismo (penal) integral? In: CALABRICH, Bruno; FISCHER, Douglas; PELELLA, Eduardo (Org.). *Garantismo penal integral: questões penais e processuais, criminalidade moderna e aplicação do modelo garantista no Brasil*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2017. p. 63.

no tocante à necessária criminalização de conduta que a atingem, seja quanto à razoabilidade da reprimenda a ser imposta ao criminoso.

## CONCLUSÃO

Os direitos humanos e fundamentais, entre eles os direitos e garantias individuais e coletivos consagrados no art. 5º da Constituição Federal, não podem ser utilizados como verdadeiro escudo protetivo da prática de atividades ilícitas, tampouco como argumento para afastamento ou diminuição da responsabilidade civil ou penal por atos criminosos, sob pena de total consagração ao desrespeito a um verdadeiro Estado de Direito.

Os direitos e garantias fundamentais consagrados pela Constituição Federal, portanto, não são ilimitados, uma vez que encontram seus limites nos demais direitos igualmente consagrados pela Carta Magna.

Dessa forma, quando houver conflito entre dois ou mais direitos ou garantias fundamentais, o intérprete deve utilizar-se do princípio da concordância prática ou da harmonização, de forma a coordenar e combinar os bens jurídicos em conflito, evitando o sacrifício total de uns em relação aos outros, realizando uma redução proporcional do âmbito de alcance de cada qual, sempre em busca do verdadeiro significado da norma e da harmonia do Texto Constitucional com sua finalidade precípua.

Nesse sentido, o presente trabalho buscou alcançar o ponto nevrálgico da violação do princípio da proibição da proteção deficiente.

Sob o amparo da Lei Maior, existe uma forte barreira impositiva de limites ao legislador. Por corolário, a lei penal que não protege um bem jurídico é ineficaz, por se tratar de intervenção excessiva na vida dos indivíduos em geral.

Conforme exposto, o Estado tem o dever de agir na proteção de bens jurídicos de índole constitucional. Para tanto, deverá respeitar o princípio da proporcionalidade. Ocorrerá violação ao princípio aludido não apenas quando houver excesso na ação estatal, mas também quando a proteção ao bem jurídico constitucionalmente previsto ocorrer de forma manifestamente deficiente. Isto porque a proporcionalidade é composta de duplo viés: a proteção positiva (proibição de excesso estatal) e a proteção em face de omissões (proibição da atuação estatal deficiente).

Assim sendo, a inconstitucionalidade poderá decorrer tanto do descomedimento estatal de maneira excessiva, situação em que determinado

ato é desarrazoado, acarretando evidente desproporção entre fins e meios, como também derivar de proteção insuficiente a um direito, especialmente quando o Estado desconsidera o uso de determinadas sanções penais ou administrativas para proteger bens jurídicos específicos.

Comumente a violação da proibição da insuficiência encontra-se representada por uma omissão do Poder Público, no que concerne ao cumprimento de um imperativo constitucional. Na medida em que o Estado se omite do seu dever na proteção de direitos fundamentais, ou não o faz de forma adequada e eficaz, seu ato estará eivado de inconstitucionalidade.

A proibição da proteção deficiente constitui não só uma técnica a ser aplicada pelo julgador, mas um limite de valoração para o legislador, uma vez que ele fica restrito a elaborar uma norma que seja suficientemente adequada e eficaz para garantir a proteção mínima exigida pela Constituição. Portanto, se não houver proteção normativa ao direito fundamental, no que diz respeito a sua dimensão objetiva – de imperativo de tutela –, verificar-se-á um ato estatal de notória inconstitucionalidade, que impedirá o gozo do direito fundamental pelo seu titular.

Assim, até mesmo o legislador deve respeitar esse princípio, pois não existe liberdade absoluta de conformação legislativa, na medida em que seus atos também devem ser pautados pelas diretrizes constitucionais.

## REFERÊNCIAS

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2009.

ÁVILA, Humberto B. *Teoria dos princípios – Da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 1996.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência da pena de prisão: causas e alternativas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

\_\_\_\_\_. *Tratado de direito penal: parte geral 1*. 19. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

BUECHELE, Paulo Armínio Tavares. *O princípio da proporcionalidade e a interpretação da Constituição*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.



CORDEIRO, Gustavo Henrique de Andrade. O garantismo penal integral como instrumento de proteção suficiente aos direitos fundamentais individuais e coletivos. Dissertação. Programa de Mestrado em Direito, Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha” – UNIVEM, Marília, 2016.

DURKHEIM, Emile. *Las reglas del método sociológico*. Trad. L. V. Echavarría. Barcelona/Espanha: Morata, 1985.

\_\_\_\_\_. *Las reglas del método sociológico*. 1. ed. 2. reimp. Trad. Ernestina de Champourcín. Carretera Picacho-Ajusco/México: Fondo de Cultura Económica, 2001.

\_\_\_\_\_. *As regras do método sociológico*. 3. ed. Trad. Paulo Neves. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón – Teoría del garantismo penal*. Madrid: Editorial Trotta, 1999.

\_\_\_\_\_. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

\_\_\_\_\_. *Democracia y garantismo*. Edición de Miguel Carbonell. Madrid: Trotta, 2008.

GOMES, Luiz Flávio. *Direito penal: introdução e princípios fundamentais*. Luiz Flávio Gomes, Antonio García-Pablos de Molina, Alice Bianchini. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 1, 2007.

GRECO, Rogério. *Direitos humanos, sistema prisional e alternativas à privação de liberdade*. São Paulo: Saraiva, 2011.

HASSEMER, Winfried. *Introdução aos fundamentos do direito penal*. Trad. Pablo Rodrigo Alflen da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005.

JAKOBS, Günther. *Fundamentos do direito penal*. Trad. André Luís Callegari. Colaboração de Lúcia Kalil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 12. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2008.

MACÊDO, Fabrício Meira. O princípio da proibição da proteção insuficiência do Supremo Tribunal Federal. *Revista do Instituto do Direito Brasileiro Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa – RIDB*, a. 3, 2014, n. 9, 7029-7072. <<http://www.idb-fdul.com/>>. ISSN: 2182-7567.

MARMOL, José Luiz Martí. El fundamentalismo de Luigi Ferrajoli: um análisis crítico de su teoría de los derechos fundamentales. In: CARBONELL, Miguel; SALAZAR, Pedro. *Garantismo: estúdios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*. Madrid: Trotta, 2005.

MASSON, Cleber. *Direito penal esquematizado – Parte geral*. 9. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, v. 1, 2015.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 33. ed. rev. e atual. até a EC nº 95, de 15 de dezembro de 2016. São Paulo: Atlas, 2017.

MOURA, Ney Teles. *Direito penal*. Parte geral. Arts. 1º a 120. São Paulo: Atlas, 2002.

NOVAIS, Jorge Reis. *Os princípios constitucionais estruturantes da República portuguesa*. Coimbra: Coimbra, 2004.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Individualização da pena*. 6. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

\_\_\_\_\_. *Manual de direito penal*. 11. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

SAMPAIO, Jorge Silva. *O dever de proteção policial de direitos, liberdades e garantias*. 1. ed. Coimbra: Coimbra, 2012.

STRECK, Lenio Luiz. A dupla face do princípio da proporcionalidade. *Revista da Ajuris*, Porto Alegre, v. 32, n. 97, mar. 2005.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

Submissão em: 06.05.2019

Rodada 1

Avaliado em: 28.05.2020 (Avaliador C)

Avaliado em: 25.05.2020 (Avaliador D)

Rodada 2

Avaliado em: 04.06.2020 (Avaliador A)

Aceito em: 04.08.2020

# DIGNIDADE E PRISÃO NA EXPERIÊNCIA CONSTITUCIONAL EUROPEIA<sup>1</sup>

*DIGNITY AND PRISON AT EUROPEAN CONSTITUTIONAL EXPERIENCE*

**Alessio Martino<sup>2</sup>**

Doutorando (*PhD student*) em Direito Constitucional e Público – Universidade de Roma La Sapienza (UNIROMA, Roma/RM, Itália)

**ÁREA(S):** direito constitucional.

**RESUMO:** O presente artigo trata da efetividade do sistema penal em um Estado Democrático de Direito, ou seja, a tutela do preso em um sistema fundado no constitucionalismo democrático e na dignidade da pessoa humana, tendo a experiência europeia como modelo de estudo. Nesse sentido, questiona-se qual o sentido da manutenção do encarceramento como forma predominante de punição, tendo em vista sua baixa efetividade quanto à possibilidade de ressocialização. Percebe-se, desta forma, a necessidade de se reafirmar o sistema penal como um meio de garantia da dignidade, por meio da manutenção de garantias processuais e materiais capazes de conceber um sistema humanizado, visando à manutenção da paz social, e

não à mera retribuição.

**ABSTRACT:** *The following article concerns the effectivity of the penal system in a democratic rule of law, meaning, the guardianship of arrested people in a system based on democratic constitutionalism and human dignity, having the european experience as a model for this study. It is questioned what is the reason for keeping mass incarceration as the main form of punishment, seeing that it has low effectivity regarding its possibility of ressocialization. Thus, it can be noted that it is necessary to reaffirm the penal system as a means to guarantee human dignity, through maintenance of procedural and material rights capable of conceiving an humanized system, aiming for social peace and not mere retribution.*

**PALAVRAS-CHAVE:** dignidade; constitucionalismo; prisão; Europa.

<sup>1</sup> Traduzido por Gabriela Pandolfo Coelho Glitz. *E-mail:* gabriela@g2.adv.br. Currículo: <http://lattes.cnpq.br/9800890159771716>.

<sup>2</sup> *E-mail:* a.martino@uniroma1.it.

**KEYWORDS:** *dignity; constitutionalism; prison; Europe.*

**SUMÁRIO:** Introdução; 1 As normas internacionais; 2 A jurisprudência europeia; Conclusões.

**SUMMARY:** *1 Introduction; 2 International law; 3 European jurisprudence; Conclusions.*

## INTRODUÇÃO

**A**ntes de enfrentar qualquer caminho relativo à problemática relação entre a tutela dos direitos das pessoas e a efetividade do sistema penal em um Estado de Direito, é oportuno aprofundar o papel que, no mesmo sistema democrático, necessariamente deve ocupar a dignidade do homem.

O discurso que se tentará fazer, devemos avisar, é válido naquelas realidades nacionais, internacionais e supranacionais nas quais a pessoa se situa no centro da reflexão jurídica. Em contrapartida, o mesmo não se pode considerar apropriado para realidades não democráticas ou, para usar um termo que se tornou popular novamente, para as novas emergentes “*democrature*”<sup>3</sup> de nossos tempos.

Se é verdade que o sentimento mais profundo do indivíduo identifica-se fundamentalmente com sua dignidade, então é próprio do ser humano “autônomo e originário portador de direitos intangíveis”<sup>4</sup> que deve buscar – para ser protegido verdadeiramente – o núcleo fundamental de sua identidade. E, sendo assim, realmente um dos “infinitos modos” existentes “de ferir e destruir a dignidade da pessoa humana”<sup>5</sup> emerge com extrema e preocupante força à imposição de pena como resposta à violação de normas de convivência civil impostas pelo ordenamento. Tutelar um detento, qualquer que seja a sua culpa, devolve o exercício da medida punitiva – como principal meio de expressão do poder do Estado, mas também de tutela de integridade do ordenamento – um lugar em que se possa manifestar a garantia da dignidade humana, em uma de suas expressões mais altas.

<sup>3</sup> MATVEJEVIC, Predrag. *Mediterraneo*. Un nuovo breviario. Milano: Garzanti Editore, 1991.

<sup>4</sup> COLOMBO, Gherardo. *Il perdono responsabile*. Perché il carcere non serve a nulla. Milano: Salani Editore, 2011. p. 29.

<sup>5</sup> BORGNA, Eugenio. *La dignità ferita*. Milano: Feltrinelli, 2013. p. 115.

Para compreender a problemática na aplicação do clássico binômio violação da norma *versus* aplicação da sanção no contexto penal, é suficiente aproximar-se brevemente das reflexões de Michel Foucault, que enquadrou o exercício do poder punitivo em quatro importantes reações ao crime.

A “repressão”, modalidade de “exclusão” não “no sentido de finalizar, mas no de exilar, expulsar, excluir”, que representa aquela tática punitiva por meio da qual “se quer proibir a presença de um indivíduo em lugares comunitários ou sagrados, anular ou proibir a seu respeito todas as regras de hospitalidade”<sup>6</sup>, privando-o também de sua própria casa, de seus laços de afeto e da segurança do cotidiano.

A “reparação” ou “compensação”, baseada em uma reação frente à violação de uma norma que, quando identificada a vítima (indivíduo ou grupo), concede-lhe o direito de exigir uma indenização. “A culpa desencadeará determinadas obrigações (para) àquele que é considerado o autor da infração”, que garantirá que em torno do autor não haja “um fenómeno de vazio como no primeiro caso, mas a constituição de uma rede específica de obrigações, comparável a uma dívida a ser paga ou reembolsável”<sup>7</sup>.

A “marca” “diminui” o corpo ou a imagem do preso. O indivíduo culpado é indelevelmente marcado “sobre o corpo visível ou simbólico, físico ou social, anatômico ou estatutário, algo semelhante a uma marca”, marcando eternamente seu *status criminoso*. Neste sistema vingativo,

a infração não é algo que deva ser resgatado, compensado, reequilibrado, e portanto, até certo ponto, apagado; é o contrário, aquilo que se deve sublinhar; o que não pode ser esquecido, que deve ser fixado em um monumento, como uma cicatriz, uma amputação, algo que traga vergonha ou infâmia; como o que acontece com os rostos expostos no pelourinho, as mãos cortadas dos ladrões.

<sup>6</sup> FOUCAULT, Michel. *La società punitiva*. Corso al Collège de France (1972-1973). Milano: Feltrinelli, 2016. p. 18.

<sup>7</sup> FOUCAULT, Michel. *La società punitiva*. Corso al Collège de France (1972-1973). Milano: Feltrinelli, 2016. p. 19.

Da culpa deve, portanto, permanecer uma marca visível e indelével, imediatamente reconhecível, pois o poder exige o sofrimento e, por meio dessa imposição, marca sua soberania.

Em última instância, o “encarcerar”, técnica de exercer o poder punitivo atual, não é menos problemática. A prisão tornou-se, *in primus*, o lugar da retribuição através da reclusão, onde se encontram as diversas expressões do poder punitivo. Na prisão, de fato, “aprisiona-se” o réu, afastando-o da sociedade também com o objetivo de “compensação” da vítima e de seus familiares. Na prisão, ainda se “marca” o réu que, quando sai, dificilmente consegue reintegrar-se à sociedade, deixando seu sofrimento do passado para trás. Mesmo assim, a reeducação – no sentido de reinserção social em um círculo de respeito às normas preestabelecidas – deveria ser o principal objetivo da instituição penitenciária. A função repressiva e punitiva, entretanto, aparece de forma predominante, tanto que afirmar ou defender como principal finalidade da pena a recuperação do réu continua sendo hoje objeto de ásperas críticas e contestações.

## 1 AS NORMAS INTERNACIONAIS

Ainda que nos últimos tempos apareça com maior força a concepção vingativa da pena – o que está mais que generalizado na opinião pública –, por sorte está bem distante da concepção “jurídica” enraizada em diversos textos normativos internacionais que, apesar da maior ou menor adesão a que foram submetidos, têm garantido uma barreira ao “populismo penal” cada vez mais difundido.

Entre os principais instrumentos dirigidos à tutela dos direitos e da dignidade da pessoa presente no ordenamento internacional, está, sem dúvida, a Convenção para a Proteção dos Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais. Tal instrumento não apenas proíbe qualquer forma de tortura ou maus-tratos desumanos ou degradantes, mas também trabalhos forçados com explícita referência ao trabalho dos detentos, assegurando, ainda, que a garantia ao direito à educação afasta qualquer possibilidade de restrição deste direito, mesmo se tratando de um preso.

Concretamente sobre a função da pena, a União Europeia interviu por meio de uma decisão emblemática (a nº 2008/909/GAI, de 27 de novembro de 2008) que identificou o objetivo da sanção penal com a reintegração social

dos apenados. Sobre esse ponto pronunciou-se o Tribunal de Justiça da União Europeia, que reintegrou a obrigação do Estado de garantir que a sanção criminal baseie-se em uma finalidade ressocializante (Causa C. nº 554/14, sentença do Tribunal Pleno de 8 de novembro de 2016). O próprio Tribunal também se pronunciou sobre a tutela do direito à vida saudável do preso, considerando a massificação carcerária um verdadeiro trato desumano, como já havia se pronunciado por diversas vezes o Tribunal de Estrasburgo.

Por último, mais recentemente, uma importantíssima intervenção sobre o tema foi feita pelas Nações Unidas, cuja Assembleia-Geral de 15 de dezembro de 2015 aprovou as “Regras de Mandela”, normas que fixam um padrão mínimo irreduzível para o tratamento penitenciário dos detentos. Também nesse caso, a finalidade da pena vem conceitualmente afastada da proteção da sociedade criminosa e da redução da reincidência, temas clássicos da política penal e dirigidos pela contramão da reintegração social. A reclusão deverá basear-se em três pilares: instrução, formação e trabalho.

Uma reflexão específica mereceria outro instrumento de controle e regulamentação dos sistemas carcerários europeus, as “Regras Penitenciárias Europeias” estabelecidas por um Comitê de Ministros do Conselho da Europa, aprovadas em 11 de janeiro de 2006 com uma eficaz recomendação, dirigida exclusivamente a pôr um limite à violação indiscriminada da dignidade dos detentos também em nações consideradas em consonância com os valores dominantes do velho continente.

## 2 A JURISPRUDÊNCIA EUROPEIA

Apesar de tudo que se mencionou até aqui, o principal rol de garantias dos direitos dos detentos a nível internacional está abrangido até hoje pelo Tribunal Europeu de Estrasburgo, que, desde 1978, busca incansavelmente conter o exercício do poder punitivo dentro dos limites da tutela do indivíduo<sup>8</sup>, afrontando as questões mais complexas que implicam o exercício do poder

<sup>8</sup> O caso é considerado um exemplo: *Irlanda c. Reino Unido* (18 de janeiro 1978); si pensi a mero titolo esemplificativo ai casi *Irlanda c. Regno Unito* (18 gennaio 1978); *Kudła c. Polonia* (26 ottobre 2000); *Dougoz c. Grecia* (6 marzo 2001); *Al-Adsani c. Reino Unido* (21 noviembre 2001); *Ilaşcu c. Moldavia y Rusia*, (8 julio 2004); *Rohde c. Dinamarca* (21 julio 2005); *Sanchez c. Francia* (4 julio 2006); *Babar Ahmad c. Reino Unido* (6 julio 2010); *Onoufriou c. Cipro* (7 enero 2010); *Iorgov c. Bulgaria* (2 septiembre 2010); *Piechowicz c. Polonia* (17 abril 2012); *Messina c. Italia* (24 marzo 2015).

punitivo na modernidade. Tais questões requerem um constante e difícil equilíbrio entre as exigências para a eficiência do sistema penal e penitenciário, e o caráter absoluto do conceito de “dignidade humana”, que deve impregnar e uniformizar o sistema.

Em retrospectiva, historicamente os casos em que foram denunciados perante o Tribunal a violação do art. 3º da CEDH, um grande número de violações denunciadas estava na esfera do exercício do poder punitivo. Na maioria dos casos, o Tribunal de Estrasburgo considerou a desumanidade da detenção em violação ao art. 3º da CEDH em um número elevadíssimo de situações, as quais se devem somar às numerosas recomendações (não vinculantes) e documentos provenientes do Comitê Europeu para a prevenção da tortura, que, por sua vez, deu uma contribuição fundamental à causa por meio de métodos, procedimentos e condições de reclusão que não respeitam o padrão imposto pela comunidade internacional.

Naturalmente, como estabelecido em 1978 na sentença *Irlanda c. Reino Unido*, a superação dos limites do exercício do poder punitivo estabelecidos pela norma sobre a proibição de tortura, tratos desumanos e degradantes, assim como aqueles impostos por todas as demais disposições da Convenção devem ser avaliados caso a caso, considerando todos os fatores contingentes (duração da violação, efeitos físicos e mentais, sexo, idade, estado de saúde do recorrente...) e da intensidade da conduta que, segundo o grau de gravidade, pode comportar uma sentença por “desumanidade da detenção” ou ainda por “exercício da tortura”.

Na sentença *Al-Adsani c. Reino Unido* de 2001, o Tribunal de Estrasburgo afirmou, pela primeira vez, o *status* de “direito internacional consuetudinário” de toda norma dirigida à proteção do indivíduo de tratamentos que violem a integridade e por ela sejam equiparados à tortura, considerando-se como “princípio mínimo” no campo de aplicação do art. 3º da CEDH todas aquelas situações pelas quais se tenha alcançado um nível mínimo de gravidade e que tenham acabado completando, de maneira extensiva, a tutela garantida aos detentos dos estados sujeitos a sua jurisdição.

Na sentença *Kudia c. Polónia* de 2000, e depois no caso *Dougoz c. Grécia* de 2001 (na qual se deve considerar o efeito cumulativo dos fatores descritos na sentença do ano anterior), o Tribunal lembrou a obrigação estabelecida a cargo



dos estados, de garantir a todos os sujeitos privados de sua liberdade respeito pela dignidade humana, não se submetendo a condições de vida extremamente duras ou que causem sofrimento injustificado – lembrando o dever central da administração penitenciária em oferecer uma adequada vigilância e um tratamento médico oportuno nos casos em que se fizer necessário.

Não faltam casos nos quais a jurisprudência de Estrasburgo tem admitido a necessidade de manter um estado prolongado de isolamento de sujeitos considerados perigosos também durante a detenção; em linhas gerais, o Tribunal sempre reitera que a “privação sensorial completa”, intrínseca ao isolamento total de muitos cárceres europeus, implica riscos de causar danos irremediáveis no sujeito recluso, não podendo não ser considerado, nos casos mais graves, uma forma de tortura (como estabelecido na sentença *Ilaşcu c. Moldavia y Rusia de 2004*) e nos casos menos graves, de tratamento desumano e degradante.

Com a sentença *Sánchez c. Francia* de 2006, o Tribunal Pleno de Estrasburgo sentenciou que, “*in the modern world, States face very real difficulties in protecting their populations from terrorist violence. However, unlike most of the substantive clauses of the Convention and of Protocols Nos. 1 and 4, Article 3 makes no provision for exceptions and no derogation from it is permissible under Article 15 § 2 even in the event of a public emergency threatening the life of the nation*”, aclarando, de maneira absolutamente explícita, que nem mesmo a sobrevivência de uma nação pode justificar uma revogação de qualquer tipo de proibição de tratamentos desumanos e degradantes, especificando ainda que “*the Convention prohibits in absolute terms torture and inhuman or degrading treatment or punishment, irrespective of the conduct of the person concerned*”. À luz da sentença, considerada uma pedra angular na imposição de limites e contrapesos ao exercício do poder coercitivo do Estado, “*the nature of the offence allegedly committed by the applicant is therefore irrelevant for the purposes of Article 3*”<sup>9</sup> em uma importante afirmação da absoluta dissociação entre perseguição da criminalidade e justificação da modalidade de detenção e castigo nos sistemas democráticos fundados sobre o direito e respeito à dignidade humana.

Quatro anos depois da publicação da sentença *Sánchez c. Francia*, a sentença *Babar Ahmad c. Reino Unido*, proferida em 2010, reiterou a natureza absoluta

<sup>9</sup> ECHR. *Ilich Ramírez Sánchez alias Carlos c. France* (Grande Camera, 4 luglio 2006), p. 116.

da proibição estabelecida no art. 3º da CEDH, caráter absoluto que comporta, como já estabelecido na sentença de 2006, a impossibilidade de justificar uma violação de norma de tortura em virtude de qualquer interesse do Estado ser superior a ela (sua sobrevivência, a segurança da população, a prevenção de atos terroristas), confirmando a total inderrogabilidade.

Nas últimas sentenças citadas, o Tribunal tem sinalizado, por outro lado, que o isolamento de um detento não comporta automaticamente e por si só uma violação ao art. 3º da CEDH, já que a diferença na modalidade de detenção é consentida, dentro de certos limites, por todos aqueles motivos de segurança e disciplina dirigidos a salvaguardar a integridade da comunidade carcerária (presos, pessoal de segurança, colaboradores externos, profissionais presentes na estrutura por diferentes motivos e razões).

Na sentença *Rohde c. Dinamarca* de 2005, foi especificado, de qualquer modo, que todos os casos de isolamento, inclusive quando são razoavelmente justificados pelo concreto estado do detento, devem ser individualmente avaliados com base nas condições de detenção, duração da medida, real periculosidade inerente às diversas formas de restrição de liberdade, e o efeito sobre o indivíduo.

De fato, também na sentença precedente *Ilaşcu c. Moldavia y Rusia*, o Tribunal indicou que a avaliação geral sobre isolamento deve contemplar tanto as condições físicas do próprio isolamento como as do regime estrutural de detenção, levando em conta as dimensões da cela, a percepção interna de sons e ruídos perturbadores, a presença de luz natural e serviços higiênicos.

No caso *Iorgov c. Bulgaria* de 2010, no qual o recorrente foi submetido a um regime restrito e de isolamento depois da sentença de prisão perpétua, o Tribunal não considerou a violação intrínseca ao art. 3º da CEDH (de acordo com raciocínio que depois modificou a sentença *Harakchiev c. Bulgaria y Tolumov c. Bulgaria*), levando em conta o fato de que o regime de detenção em isolamento previa o acesso a espaços externos em diversas horas do dia, diferentes atividades lúdicas e recreativas, o acesso a meios de comunicação, propostas de programas de formação e escolarização, além de um contínuo contato social com o pessoal da segurança (carcereiros) e com o mundo exterior. Entretanto, chegou-se a um resultado diferente, partindo-se das mesmas condições: o caso *Onoufriou c. Chipre* de 2010, no qual o recorrente havia sido conduzido a um regime de isolamento

total durante várias semanas, com a proibição absoluta de receber visitas, que invariavelmente lhe causou um “sofrimento claramente superior ao nível inevitável inerente à detenção”.

Como demonstra especialmente o caso de Ramírez Sánchez, nos casos em que o regime de isolamento é justificado e absolutamente inevitável, o Tribunal não só o considera “aceitável”, como também o considera tolerável por um período mais longo, limitando-se a verificar que as condições concretas da detenção são dignas e humanas, sem agravar a já gravosa situação de limitação da liberdade de movimento e autodeterminação física à qual o detento está invariavelmente submetido. A sentença *Sánchez c. Francia* reconhece, entretanto, o também direito do indivíduo isolado a exigir dos tribunais nacionais a avaliação das motivações e justificativas nas quais se embasa a medida especial, a proporcionalidade dela em relação à sentença proferida pelo tribunal e o respeito a medidas alternativas previstas no ordenamento, além do respeito à tutela da saúde e da dignidade na continuidade da reclusão. O processo justo, além disso, consiste em todos estes casos; consiste também na constante comprovação da situação contingente, a fim de valorar eventuais alterações de condições ou de conduta do prisioneiro e das condições intrínsecas e externas de sua detenção, que podem comportar a revogação ou a revisão da medida até o momento adotada.

No caso *Messina c. Itália* de 2015, o Tribunal definiu a reclusão em estado de isolamento como forma de detenção interna e ulterior ao cárcere, reiterando que dita medida de segurança especial deve ser aplicada exclusivamente em casos especiais e representar a *extrema ratio* de segurança, devendo, portanto, fundamentar-se em justificativas mais relevantes quanto mais amplo for o tempo que perdurar a medida. Por outro lado, o Tribunal teria chegado a uma conclusão semelhante condenando a Itália no caso *Provenzano c. Itália* de 2018, por não interromper o regime carcerário “duro” contra o conhecido chefe da máfia siciliana quando era evidente que tal prisioneiro não era mais capaz de entender e querer.

Na decisão de 2012 sobre o caso *Piechowiz c. Polónia*, os juízes de Estrasburgo reiteraram uma violação ao art. 3º da CEDH, observando um caso de isolamento prolongado de um recorrente, considerado um preso muito perigoso, durante quase três anos. A sentença foi baseada em tratamento desumano ao detento embasado no atento, contínuo e constante monitoramento por meio do uso de

câmeras de vigilância às quais estava submetido, e pelo fato de ter sido imposta uma previsão através da qual ele deveria ser sempre despido e completamente gravado cada vez que entrava ou saía de sua própria cela com ajuda de algemas e tornozeleiras. O Tribunal considerou o modo particular que a disposição de lei polonesa autoriza o regime de detenção agravado e especial muito vago, possibilitando a aplicação desse regime a quem não se considera necessária a restrição, em total violação à jurisprudência consolidada. A sentença descreveu de maneira particular o fato de que a causa de imposição de um regime mais duro de detenção fez o prisioneiro não receber uma adequada estimulação social, o que acabou por agravar os efeitos danosos do isolamento.

As manifestações do Tribunal de Estrasburgo têm seguido uma tendência nem sempre linear em sua valoração sobre as condições de detenção de cada recorrente. No caso *Sánchez*, por exemplo, deu-se grande importância ao fato de que não se identificou nenhum fato danoso no período de isolamento, enquanto que, no caso *Ilaşcu*, se identificou um intrínseco efeito prejudicial do regime de isolamento sobre a saúde do recorrente que constitui uma violação da proibição de tortura. Na sentença do caso *Rohde*, atribuiu-se como causa do desenvolvimento de uma grave psicose ter considerado oportuno o isolamento do detento, apesar de estar submetido exclusivamente a uma medida cautelar, embora isso não levasse a uma violação do art. 3º da CEDH segundo a maioria dos juízes (em condições similares de psicopatia causadas pela detenção, a Corte considerou a violação causada pelo regime de isolamento, como na sentença *Renolde c. Francia de 2008*). Na sentença *Kbabar Ahmad c. Reino Unido*, o Tribunal ressaltou a importância de evitar que se tomem em sede de execução da pena decisões arbitrárias em matéria de isolamento, devendo o ordenamento estabelecer garantias processuais concretas e eficazes dirigidas a tutelar a proporcionalidade da medida e o bem estar psicofísico do detento.

Após as diferentes interpretações que demonstram uma adaptação substancial ao caso específico, a jurisprudência proveniente dos juízes de Estrasburgo impôs cinco requisitos fundamentais necessários para considerar a idoneidade da detenção, em particular no caso de imposição de medidas especiais, como o isolamento durante períodos prolongados. O agravamento do regime de detenção, principalmente, deve ser uma medida estritamente excepcional, representando a *extrema ratio* das precauções aplicáveis pela administração

penitenciária<sup>10</sup>; as decisões dirigidas a agravar o regime penitenciário devem estar sempre embasadas em motivos concretos e relevantes, submetidos a um controle contínuo, devendo persistir tanto inicialmente como durante toda a duração da detenção; em terceiro lugar, a obrigação de motivação deve ser considerada agravada nesses casos, devendo ser mais detalhada, ampla e convincente possível, além de fundada sobre uma valoração da situação que leve em conta as circunstâncias pessoais, estruturais e sanitárias relativas ao detento; quarto, deve instituir-se dentro de cada organização e controle penitenciário um sistema de acompanhamento regular do estado de saúde dos prisioneiros, sobretudo aqueles em estado de isolamento, assim como qualquer outro estado de detenção que ponha em risco a integridade ou dignidade; finalmente, o preso deve poder buscar sempre um controle jurisdicional, independente das razões e das motivações da imposição de um regime de isolamento.

## CONCLUSÕES

Os fatos que se desenrolam em torno da detenção são fundamentais para compreender o grau de civilização e respeito da dignidade em um ordenamento desenvolvido, quaisquer que sejam os valores sobre os quais se fundamente. De fato, somente confrontando o tratamento diário dos “últimos” se conhece a verdadeira efetividade da tutela dos direitos em um sistema constituído sobre estes.

A ênfase deve estar na “problemática relação entre liberdade e segurança, abdicada nos termos de busca de um limite que permita definir até que ponto as exigências de “ordem e segurança”, as quais representam uma “frase recorrente nos regulamentos e na prática penitenciária”, podem justificar “limitações ao exercício dos direitos dos detentos”<sup>11</sup>.

“O cárcere”, em particular, muito mais que outros ambientes e outras situações limítrofes entre respeito e necessária violação de alguns direitos fundamentais, “como observado por Häberle, ele questiona a dignidade” no

<sup>10</sup> O Tribunal Europeu de Direitos Humanos alinhou-se com o disposto no art. 51 das Normas Penitenciárias Europeias, que, no primeiro parágrafo, estabelece: “*Le misure applicate ai singoli detenuti per la sicurezza devono essere il minimo necessario per garantirne una custodia sicura*”.

<sup>11</sup> RUOTOLO, Marco. Tra integrazione e maieutica: Corte costituzionale e diritti dei detenuti. *Rivista AIC*, n. 3/2016, p. 2, 6 ago. 2016.

sentido mais amplo, isto é, “não somente a dignidade do homem (concreto), mas também a dignidade de uma humanidade (abstrata)”<sup>12</sup>, suficiente para gerar sérias dúvidas ao estudioso que se questionar sobre o valor relativo ou absoluto que deva ser atribuído.

Embora seja difícil imaginar a construção de um mundo baseado realmente sobre o respeito absoluto dos direitos humanos e da dignidade da pessoa, é necessário que, como a estrela polar do ordenamento internacional moderno, assuma-se a conscientização de que, “enquanto os governantes responsáveis por tais violações serão solicitados a prestar contas por seus crimes e até que outros governantes estejam preparados para reagir com força contra a opressão e a injustiça, possa-se esperar para colocar uma barreira à barbárie”<sup>13</sup>. De fato, os direitos não derivam da dignidade com o fim de “defender as pessoas fortes que estão em condição de defender-se por si mesmas” e “não são pensados para aumentar ou dar segurança ao seu estado de liberdade ou disponibilidade de meios em detrimento dos desfavorecidos”<sup>14</sup>; estes têm, no entanto, como único, verdadeiro e insubstituível objetivo o de tutelar os mais fracos, os “últimos”, qualquer que seja a sua culpa, condutas do passado, e apesar de, eventualmente, sua permanente periculosidade social.

Não esqueçamos que “a obediência obriga mas isso não convence, e se uma regra é observada mas não convence, seu respeito depende do controle da aplicação”, que deve ser constante, contínuo e incisivo, sem esquecer que, de qualquer maneira, o objetivo do sistema, nacional ou internacional, é a reafirmação daqueles valores que, assumidos como fundamentais pela coletividade e instituições, levam ao sujeito a quem vão compartilhar e, portanto, a tornar-se “o primeiro revisor de sua conduta”<sup>15</sup>. Este é o funcionamento proposto pelos sistemas jurisdicionais modernos de garantia à Constituição e pelas convenções internacionais relativas à dignidade e aos direitos humanos que, incapazes de contar com o uso do monopólio da força, meio, entretanto,

---

<sup>12</sup> RUOTOLO, Marco. *Dignità e carcere*. Napoli: Editoriale Scientifica, 2014. p. 5.

<sup>13</sup> CASSESE, Antonio. *I diritti umani oggi*. Roma-Bari: Editori Laterza, 2005. p. 229.

<sup>14</sup> VIOLA, Francesco. I diritti in carcere. In: *Il senso della pena*. Ad un anno dalla sentenza Torreggiani della Corte EDU, a cura di Marco Ruotolo. Napoli: Editoriale Scientifica, 2014. p. 93.

<sup>15</sup> COLOMBO, Gherardo. *Il perdono responsabile*. Perché il carcere non serve a nulla. Milano: Salani Editore, 2011. p. 62.

legitimamente empregado pelos Estados em seu território sobre o qual exerce seu poder e soberania, devem desenvolver seu trabalho sobre a adesão espontânea dos governos às diretrizes, pelas quais devem levar a cabo uma tarefa que não pode ser meramente jurídica, já que está impregnada de diplomacia e política.

O exercício do poder punitivo é lugar onde se manifestam os limites e as contradições dos sistemas jurisdicionais modernos. É óbvio que, no século XXI, não basta garantir a dignidade, a liberdade e a integridade física das pessoas nos textos constitucionais baseados em uma democracia; também nos mais evoluídos, é necessário sempre conceber outros limites que garantam a concreta efetividade e inderrogabilidade. Mesmo as democracias antigas e modernas mais importantes e exemplares nem sempre são capazes de “autolimitar-se” e podem acabar facilmente violando os princípios mais básicos fundamentais de sua própria existência, tornando urgente e necessário o desenvolvimento de uma nova escala de valores que ponham definitivamente no seu vértice o conceito de dignidade humana.

“O compromisso com uma prisão mais humana”, que, em primeiro lugar, deve perder sua caracterização no imaginário comum de que sempre é a única sanção possível porque efetivamente e continuamente garante a legalidade e sobrevivência da sociedade, passa necessária e principalmente pela “defesa dos direitos do homem e da dignidade humana”, valores que não se podem considerar garantidos se não estão presentes para os sujeitos mais fracos que a sociedade enfrenta, e entre os quais os presos são “os últimos”. E, por esse motivo, devem ser exteriorizados e evidenciados como “princípios gerais para cuja aplicação efetiva é necessário combater” não somente o direito a que se tenha “um juiz autônomo e independente que valora a existência de graves indícios de culpabilidade”, mas também aqueles à luz dos quais ninguém pode ser “nunca privado de liberdade baseado em mera suspeita”, de uma defesa real, de uma vida digna, do próprio afeto, do direito de autodeterminação e da possibilidade de expressar sempre as próprias convicções, sobretudo quando se expressam pacificamente em contraste com o poder sob o qual está vinculado. É nesse contexto renovado que se deve continuar esta “jornada para que se converta a cultura comum, e prática compartilhada, a das penas, também criminais, diferentes do cárcere e considerar a prisão preventiva somente em extrema *ratio*, com os limites temporais máximos que não violem o princípio

de presunção de não culpabilidade até a condenação definitiva”<sup>16</sup>, com o bem supremo da liberdade pessoal e com o direito a que seja sempre tutelada e garantida a dignidade humana intrínseca a cada indivíduo.

Sejam quais forem as razões que levam o Estado a afirmar a justiça através dos meios de penalidade, é fundamental salientar que não se pode sustentar as mesmas armas de abuso, empregar os mesmos meios desumanos e degradantes diante daqueles que estão horrorizados, esquecendo o valor mais profundo do ser humano: sua dignidade. Tutelar a pessoa – não seu crime, mas sua humanidade – não representa, de fato, um limite perigoso para a efetividade da justiça, mas incorpora sua maior exteriorização. Isto, naturalmente, não significa renunciar às tarefas de tutela da sociedade, do indivíduo e da convivência pacífica dos sujeitos, mas desista-se de responder ao mal com o mal, ao crime com outro igualmente grave, a usar, basicamente, para sancionar um ato contrário ao ordenamento a mesma modalidade de conduta que se pretende perseguir.

Submissão em: 26.11.2019

Aceito em: 21.08.2020

---

<sup>16</sup> OTHMANI, Ahmed. *La pena disumana*. Milano: Elèuthera, 2004. p. 12.



# O PAPEL DOS CONTRATOS REAIS NOS PAÍSES DO BRICS: O CONTRATO DE MÚTUO<sup>1</sup>

## THE ROLE OF THE REAL CONTRACTS IN THE BRICS COUNTRIES: THE CONTRACT OF LOAN

**Antonio Saccoccio<sup>2</sup>**

Professor Titular de Direito Romano da Universidade Degli Studi di Brescia  
(UNIBS, Brescia/BS, Itália)

**ÁREA(S):** direito privado; direito contratual; direito romano.

**RESUMO:** O presente trabalho pretende examinar a evolução da natureza do contrato de mútuo de contrato real para contrato consensual, a partir do Direito romano, a fim de focar na análise dos ordenamentos jurídicos dos países integrantes do bloco Brics.

**ABSTRACT:** *The present work aims to examine the evolution of the nature of the loan contract from a real contract to a consensual contract, based on Roman law,*

*in order to focus on the analysis of the legal systems of the countries that are part of the BRICS bloc.*

**PALAVRAS-CHAVE:** contrato de mútuo; contratos reais; Brics.

**KEYWORDS:** *contract of loan; real contracts; Brics.*

**SUMÁRIO:** 1 O mútuo no Direito romano: a base do sistema jurídico; 2 O mútuo na tradição civilista: da glosa ao humanismo; 3 O mútuo na América Latina: os dois modelos diferentes; 4 Os países do Brics; Conclusão.

<sup>1</sup> Tradução: Fábio Siebeneichler de Andrade, Professor Titular de Direito Civil da Escola de Direito da Pontifícia Católica de Porto Alegre/RS (PUC-RS), Professor do Programa de Pós-Graduação da PUC-RS, Advogado. E-mail: fabiosiebenandrade@gmail.com. Currículo: <http://lattes.cnpq.br/5144874187298158>. Orcid: <https://orcid.org/0000-0001-5562-349X>; e Flávia de Medeiros Dillenburg, Mestranda em Direito (PUCRS), Especialista em Processo Civil (PUCRS), Bacharel em Direito (PUCRS), Advogada. E-mail: fladilenburg@hotmail.com. Currículo: <http://lattes.cnpq.br/3968883439658655>. Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-6933-0847>.

<sup>2</sup> E-mail: antonio.saccoccio@unibs.it.

**SUMMARY:** 1 The loan in roman law: the foundation of the legal system; 2 The loan in the civilian tradition: from the glossa to the humanism; 3 The loan in Latin America: the two different models; 4 The Bric's countries; Conclusion.

## 1 O MÚTUO NO DIREITO ROMANO: A BASE DO SISTEMA JURÍDICO

A estrutura dogmática do contrato de mútuo no Direito romano ainda representa um impasse em relação ao sistema jurídico, especialmente se o considerarmos desde a época de sua “fundação”, nos Códigos de Justiniano, até os seus “subsistemas” europeus e latino-americanos<sup>3</sup>.

Como comumente referido pelos estudiosos, no Direito romano, mediante contrato de mútuo, uma parte (o mutuante) transfere para outra parte (o mutuário) a propriedade de uma certa quantidade de dinheiro ou de outros bens fungíveis. O mutuário é obrigado a devolver ao mutuante não exatamente as mesmas “coisas”, mas sim a mesma quantidade de dinheiro ou a mesma quantidade de bens com a mesma qualidade (*tantundem eiusdem generis et qualitatis*)<sup>4</sup>.

O contrato de mútuo remonta às origens do Direito romano e tem as suas raízes em uma época de economia agropastoril, na qual era comum, entre os cidadãos romanos, o mútuo de sementes, suprimentos de comida e pequenas somas de dinheiro, a fim de enfrentar tempos difíceis. Por volta do século III a.C., com o desenvolvimento de um comércio de larga escala, o mútuo passou a ser reconhecido como um contrato *iuris gentium*; desse modo, também se tornou acessível aos estrangeiros (*peregrini*) e o seu uso foi amplamente difundido entre a população. Uma *actio stricti iuris*, a *condictio*, destinada a repetir o que uma parte tinha dado à outra, era o instrumento utilizado para a obtenção de uma

<sup>3</sup> Para o sistema do Direito romano, v. Schipani, S. Riconoscimento del sistema, interpretazione sistematica, armonizzazione e unificazione del diritto, em *Roma e America. Diritto romano comune*, 24, 2007, 3-15; Esborraz, D. La individualización del Subsistema jurídico latinoamericano como desarrollo interno propio del Sistema jurídico romanista (I) e (II), em *Roma e America. Diritto romano comune*, 21, 2006, 5-56 e 24, 2007, 33-84.

<sup>4</sup> Cf. *Gai.* 3,90 = I.3,14 pr.; D.12,1,2,1 (*Paul.*, 27 ad ed.); Kaser, M. *Das römische Privatrecht, I, Das altrömische, das vorklassische und klassische Recht*, München, 1971<sup>2</sup>, 530 ss.; Talamanca, M. *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1995, 541; sobre mútuo no Direito romano, bibliografia em Saccoccio, A. *Mutuo reale, accordo di mutuo e promessa di mutuo in diritto romano*, in Fiori, R. (Ed.), *Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato*, Napoli, 2011, 345 e seguintes.

proteção legal concreta. Assim, também por razões técnico-processuais (bem como por razões éticas), o contrato de mútuo era essencialmente um contrato livre de ônus (gratuito) para os romanos e as partes tinham que vinculá-lo a outro contrato, a *stipulatio usurarum*, para o pagamento de juros (não usurários)<sup>5</sup>.

Durante muito tempo, os juristas romanos incluíram o contrato de mútuo entre os contratos reais: isso é evidente mesmo mediante uma leitura superficial das Institutas de Gaio ou Justiniano, ou do Digesto.

Entretanto, se, de um lado, os romanos tentavam defender com vigor a natureza real do mútuo; de outro, provavelmente para lidar com as necessidades advindas da prática, tendiam a elaborar modelos dogmáticos que superassem a necessidade da entrega (*traditio*) para a produção dos efeitos (obrigatórios) do contrato.

Com relação à última questão, deve-se, porém, ter em mente:

1) a constante “desmaterialização”, repetidamente atestada pelas fontes romanas, dos elementos da *traditio* nos mútuos: v.g., juristas romanos discutiam a possibilidade de o mandatário (*mandatarius*) reter como emprestadas as quantias em seu poder em decorrência do contrato de mandato<sup>6</sup>; eles também admitem outras formas de *traditio brevi manu* e de *delegatio solvendi*<sup>7</sup>.

2) A importância da *conventio* para determinação não apenas da data da restituição (*dies solutionis*), mas também do local (*locus solutionis*)<sup>8</sup>, da qualidade (*qualitas*)<sup>9</sup> ou quantidade (*quantitas*)<sup>10</sup> das coisas a serem devolvidas, ou mesmo do valor a ser devolvido (maior que a *datio*)<sup>11</sup>.

<sup>5</sup> Sobre o assunto, v. Michel, J. *Gratuité en droit romain. Études d'histoire et d'ethnologie juridique*, Bruxelles, 1963, 303 e seguintes; Maschi, C. A., *La gratuità del mutuo classico*, in *Studi in onore di Balladore Pallieri*, I, Milano, 1978, 289 e seguintes; Garofalo, L. *Scambio e gratuità*. Confini e contenuti dell'area contrattuale, Padova, 2011; sobre a *condictio* romana, v. Saccoccio, A. *Si certum petetur. Dalla condictio dei veteres alle conditiones giustinianeae*, Milano, 2002.

<sup>6</sup> Cf. D.17,1,34 pr. (*Afr.*, 8 *quaest.*); D.12,1,15 (*Ulp.*, 31 *ad ed.*).

<sup>7</sup> Para o anterior, v. D.12,1,9,9 (*Ulp.*, 26 *ad ed.*); para o posterior, v. D.12,1,9,8 (*Ulp.*, 26 *ad ed.*).

<sup>8</sup> Cf. D.13,4,6 (*Pomp.*, 22 *ad Sab.*).

<sup>9</sup> D.12,1,22 (*Iul.*, 4 *ex Min.*)

<sup>10</sup> D.12,1,11,1 (*Ulp.*, 26 *ad ed.*), onde o único limite era a quantia da *datio*.

<sup>11</sup> V. D.12,1,9,8 (*Ulp.*, 26 *ad ed.*) (*supra*, nt. 7). No que diz respeito ao aumento da relevância da *voluntas* no contrato real de mútuo, v. Kaser, M., *Mutuum und stipulatio*, in *Erannion Maridakis I*, Athenis, 1963, 155 e seguintes. [= in *Ausgewählte Schriften II*, Napoli, 1976, 271 e seguintes].

3) O desenvolvimento, especialmente na prática cotidiana, do *Stipulationsdarlehen* (*mutua cum stipulatione*), no qual o mútuo era “apresentado” em outro contrato (verbal), a *stipulatio*, pela qual o mutuário frequentemente prometia a restituição do capital e dos juros conjuntamente<sup>12</sup>. Em tais casos, como amplamente comprovado pelas fontes relacionadas à prática<sup>13</sup>, os juristas reconheciam apenas a existência do contrato verbal<sup>14</sup> (ou, desde o período pós-clássico, de um contrato *re et verbis*). Portanto, a *stipulatio* destinada à restituição não estava nem relacionada a uma *datio* anterior e nem a uma *datio* determinada no mesmo momento da própria *stipulatio*. Na verdade, era frequente que o devedor promettesse a restituição de uma quantia que, na verdade, ainda não recebera (a chamada *non numerata pecúnia*). Assim, nesses casos, a *datio* não constituía um requisito de validade do contrato, mas um requisito de eficácia, porque seu real propósito era evitar que o mutuário pudesse se valer da *exceptio non numeratae pecuniae*<sup>15</sup>.

4) A existência do *contractus mohatrae* (tradução latina de um termo árabe que, na verdade, significava um tipo diferente de transação legal), em que o mutuante dava para o (futuro) mutuário um objeto material (um vestido, uma bandeja de prata, etc.), para que ele pudesse vendê-lo e ficasse com o dinheiro a título de mútuo<sup>16</sup>.

5) A promessa de um mútuo (*stipulationes de mutuo dando e accipiendo*) mediante a qual o *stipulator* e o *promittens* se comprometiam, respectivamente, a dar e a receber uma quantia como mútuo<sup>17</sup>.

<sup>12</sup> D.46,2,6,1 (*Ulp.*, 46 ad Sab.); D.45,1,126,2 (*Pap.* 3 quaest.); D.44,7,52 (*Mod.* 2 reg.).

<sup>13</sup> D.12,1,40 (*Paul.*, 3 quaest.); D.22,1,41,2 (*Mod.*, 3 resp.); D.45,1,122 pr. (*Scaev.*, 28 dig.); v. Camodeca, G., *Tabulae Pompeianae Sulpiciorum. Edizione critica dell'archivio puteolano dei Sulpici*, II, Roma, 1999, 133 e seguintes.

<sup>14</sup> Talamanca, M. “*Una verborum obligatio*” e “*obligatio re et verbis contracta*”, in *IURA*, 50, 1999 (mas publ. 2003), 7 e seguinte.

<sup>15</sup> D.12,1,30 (*Paul.*, 5 ad Plaut.); *Gai.*, 4,116 a; v. Litewski, W. *Non numerata pecunia im klassischen römischen Recht*, in *SDHI*, 60, 1994, 405 e seguintes.

<sup>16</sup> Cf. D.17,1,34 pr. (*Afr.*, 8 quaest.); D.12,1,11 pr. (*Ulp.*, 26 ad ed.); D.19,5,19 pr. (*Ulp.*, 31 ad ed.).

<sup>17</sup> Cf. D.45,1,68 (*Paul.*, 2 ad ed.); ligeiramente diferente é a *stipulatio dari curari* (uma promessa de trabalhar para a doação de dinheiro): cf.: D.12,1,42,1 (*Cels.*, 6 dig.); D.45,1,67,1 (*Ulp.*, 2 ad ed.). D.12,1,30 (*Paul.*, 5 ad Plaut.) não diz respeito a essas questões.

Embora todos esses casos pareçam representar “o primeiro passo em direção ao reconhecimento de um mútuo meramente consensual”<sup>18</sup>, é necessário reconhecer que a estrutura real desse contrato resistiu dentro da jurisprudência romana, que trata, em relação aos mútuos, como *singularia recepta*.

Essa é a principal razão para a formidável resistência da ancoragem exclusiva do mútuo romano à categoria dos contratos reais durante todo o curso do sistema do Direito romano.

## 2 O MÚTUO NA TRADIÇÃO CIVILISTA: DA GLOSA AO HUMANISMO

Podemos traçar as linhas de desenvolvimento do pensamento jurídico relacionado ao contrato de mútuo na Europa, deixando de lado, por enquanto, os eventos relacionados a esse tipo de contrato na Espanha e na América Latina, que serão examinados posteriormente.

Para os glosadores, assim como para os comentadores, não havia dúvidas de que o mútuo era um contrato real. Todavia, eles distinguiam um mútuo “natural”, em que a *datio* havia sido efetivamente posta em prática, de um mútuo civil, em que a *datio* era considerada implícita, como no caso da *non numerata pecúnia* após os dois anos de prescrição da *querella*<sup>19</sup>. Os comentadores (Bartolo de Sassoferrato, Baldus de Ubaldis, Iaso Mayni, Cino de Pistoia, Phillip Decio, etc.) não se afastaram desse esquema e continuaram a ver o contrato de mútuo apenas como um contrato real<sup>20</sup>.

Porém, já no início do século XVI, o ambiente cultural na Europa começou a mudar e a ideia do consensualismo passou a ter uma maior influência no direito dos contratos.

De um lado, os cristãos canonistas confirmaram que a observância do princípio da *pacta sunt servanda* era uma questão concernente à esfera da consciência. Não respeitar promessas, portanto, não combinava com a ética de

<sup>18</sup> V. Zimmermann, R. *The Law of Obligation. Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Oxford, University Press, 1996 (1. ed. South Africa 1990), 159.

<sup>19</sup> V., v.g., gl. *tuum* a D.12,1,2,2 e gl. *creditum* a D.12,1,2,3.

<sup>20</sup> V., v.g., Bartolus Sassoferrati, *In secundam veteri Digesti commentarii*, Venetiis, 1570, ad D.12,2,2, c.6.

um bom cristão, de maneira que o consentimento deveria ser aceito como uma fonte de obrigações<sup>21</sup>.

Por outro lado, é possível verificar algumas opiniões divergentes também durante o humanismo do *mos gallicus*. De fato, para Iacobus Cuiacius (Jacques Cujas, 1522-1590), não havia dúvida de que o mútuo constituía um contrato real; no entanto, um de seus alunos, Antonine Loysel (1536-1617), inspirado pela velha *glossa* das Instituições de Justiniano<sup>22</sup>, basicamente sustentava que, da mesma forma que os bois são amarrados por seus chifres, os homens deveriam estar amarrados por suas palavras. A conclusão que alcançou era a de que uma simples promessa valia tanto quanto a *stipulatio* do Direito romano<sup>23</sup>.

Esse modo de pensar está alinhado aos principais ideais da Renascença, para os quais o homem é o centro do universo e, posteriormente, também às teorias liberais. Na economia e na filosofia (John Locke [1632-1704], George Berkeley [1685-1753], David Hume [1711-1776], Jean Jacques Rousseau [1712-1778]), um princípio tornou-se cada vez mais relevante: todos devem ser livres para se vincular apenas por seu consentimento<sup>24</sup>. Portanto, não surpreende o fato de que um Jurista holandês, Arnold Vinnius (1588-1657), tenha destacado que o dilema entre os aspectos reais do contrato e o consentimento no mútuo romano deveriam ser solucionados em favor do último<sup>25</sup>.

---

<sup>21</sup> Esse princípio foi estabelecido desde o Concílio de Cartago de 348 (“*pax servetur, pacta custodiantur*”) e mais tarde tornou-se vinculativo a partir de 1212 (Supiot, A. *Homo juridicus. Essai sur la fonction anthropologique du droit*, Paris, 2005 trad. It. *Homo juridicus. Saggio sulla funzione antropologica del diritto*, Milano, 2006, 117 e seguinte; trad. Bras. *Homo juridicus. Ensaio sobre a função antropológica do Direito*, São Paulo, Martins Fontes, 2007, p. 115), e implica que aquele que não age de acordo com a sua palavra comete pecado mortal: Bärmann, J. *Pacta sunt servanda. Considérations sur l’histoire du contrat consensuel*, in *Revue intern. de droit comp.*, 1961, p. 18 e seguintes.

<sup>22</sup> Gl. *vinculum* a I.3,13 pr.: “*Ut enim boves funibus visualiter ligantur, sic homines verbis ligantur intellectualiter*”; e então: “*Verba ligant homines, taurorum cornua funes*”.

<sup>23</sup> LOYSEL, A. *Institutes coutumières, manuel de plusieurs et diverses règles, sentences, & proverbes, tant anciens que modernes, du droit coutumier & plus ordinaire de la France*, 1607.

<sup>24</sup> Em acréscimo aos ingleses *Petition of Right* (1626), *Habeas Corpus Act* (1679) e *Bill of Rights* (1689), é possível lembrar um nome, um livro, uma data: LOCKE, J. (1632-1704) *Two Treatises of Government*, 1690; sobre o assunto, v. BOBBIO, N., *Liberalismo e democrazia*, Milano, 2007, *passim*; STEINBERG, J. *Locke, Rousseau and the Idea of Consent. An Inquiry into the Liberal-Democratic Theory of Political Obligation*, West Point (Conn.), 1981.

<sup>25</sup> VINNIUS, A. *In quatuor libros Institutionum imperialium commentarius academicus et forensis*, Lugduni, 1777, 3,15,1, 662.

Todavia, essa abordagem não foi universalmente compartilhada. Na Europa, de um lado, as doutrinas do direito natural e do iluminismo passaram a afirmar-se: elas exaltavam a liberdade individual e a liberdade de negociação, de maneira que o consentimento, por si só, pudesse gerar um contrato. De outro lado, entre os juristas do *usus modernus pandectarum*, particularmente na Alemanha e nas regiões da Europa central de 1600 e 1700, é possível encontrar mais de um que claramente apoiava a ideia de que o mútuo era um contrato real. É o caso, por exemplo, das opiniões de Wolfgang Adam Lauterbach (1618-1687) e outros juristas menos conhecidos desse período<sup>26</sup>.

Ambos, Domat<sup>27</sup> e Pothier<sup>28</sup>, confirmaram que o mútuo é um contrato real, ancorando tal entendimento em fontes romanas; no entanto, o argumento de Pothier, de que não podemos retribuir o que não recebemos, não é forte o suficiente e constitui um ponto fraco de toda a teoria do mútuo como um contrato real.

Como aconteceu em muitos casos, as escolhas contidas no Código Civil francês (1804) confirmam as teorias desses dois juristas: vejamos, por exemplo, o art. 1.892 do Código, que, sem dúvida, inclui o mútuo entre os contratos reais, seguindo a tradição do Direito romano clássico<sup>29</sup>. As alegações de que os franceses, *de iure condendo*, podem ter se inclinado para a possibilidade de codificar (também?) um contrato de mútuo consensual<sup>30</sup>, não são indiscutíveis<sup>31</sup>, mas não encontraram uma recepção legislativa.

O modelo diferente do consensualismo no direito contratual encontra, em vez disso, uma saída quase natural no Prussiano *Allgemeines Land Recht* (ALR), de 1794. Esse código, como um produto do iluminismo jurídico, codificou dois tipos de mútuo. Um é o mútuo *stricto sensu* (o *eigentliches Darlehen*), caracterizado

<sup>26</sup> LAUTERBACH, W. *Tract. synopt. de mutuo, litterarum obligatione et quaerella non numeratae pecuniae*, Tübingae, 1663; LUDEWIG, P. von. *Differentiae iuris rom. et germ. in mutuo*, Halae, 1715.

<sup>27</sup> DOMAT, J. *Le leggi civili nel lor ordine naturale II*, Napoli, 1788 (it. transl. of the ed. Paris, 1777), 119.

<sup>28</sup> Cf. POTHIER, R. J. *Trattati dei contratti di beneficenza I*, Napoli, 1839 (trad. it.), p. 80.

<sup>29</sup> Art. 1.892 CC fr.: “*Le prêt de consommation est un contrat par lequel l’une des parties livre à l’autre une certaine quantité de choses qui se consomment par l’usage, à la charge par cette dernière de lui en rendre autant de même espèce et qualité*”.

<sup>30</sup> Cf. Mazeaud, *Leçons*, 2, Paris, 1966, 64 e seguintes; Ghestin, J. *Traité de droit civil. Les principaux contrats spéciaux*, Paris, 1996, 811; STARK, B. *Droit civil. Obligations*, Paris, 1972.

<sup>31</sup> Jobard-Bachelier, M. N. Existe-t-il encore des contrats réels en droit français? Ou la valeur des promesses de contrat réels en droit positif, in *Revue trimestrielle de droit civil*, 1985, p. 1 e segs.



pela prévia entrega de uma quantidade de dinheiro ou outros bens fungíveis, com a obrigação para o mutuário de devolvê-las (vejamos ALR I, 11, 1, § 653). O outro, que pode ser definido como um mútuo não *stricto sensu*, é caracterizado pelo fato de que uma parte assume a obrigação de emprestar à outra parte (§ 654).

Nesse segundo tipo, puramente baseado no consenso, a parte obrigada a emprestar pode ser reclamada pelo cumprimento de sua obrigação de emprestar, exceto se a outra parte preferir rescindir o contrato e postular por uma compensação pelos danos. Não obstante, o ALR deu à parte que prometeu emprestar a possibilidade de não emprestar a quantia prometida, caso as condições econômicas do mutuário (que, em todo caso, é obrigado a receber o dinheiro: § 658) se modificassem ao ponto de tornar-se duvidosa sua capacidade de devolver o dinheiro (§ 655 a 656).

A posição adotada no ALR foi apenas parcialmente aceita entre os pandectistas. Esses juristas tenderam a reconhecer o mútuo como um contrato real com base no mesmo argumento de Pothier (não podemos devolver o que não recebemos), embora a possibilidade de um contrato preliminar de mútuo (*Vorvertrag*), que teria, obviamente, o consentimento como base, fosse amplamente admitida<sup>32</sup>. Contudo, o contrato de mútuo foi uma zona de conflito aberta para os juristas alemães da época, que tentavam, de algum modo, superar os limites decorrentes de sua caracterização como um contrato real<sup>33</sup>.

Resultados dessa abordagem dos juristas alemães podem ser encontrados no BGB de 1900, embora nos trabalhos preparatórios tenham demonstrado preferência à ideia do mútuo baseado no consentimento. De fato, o § 607 mantém uma conotação real do mútuo, mesmo que deixe uma porta aberta para a possibilidade de concluir um contrato preliminar de mútuo (*Darlehenvorvertrag*:

<sup>32</sup> Glück, C. F. F. *Ausführliche Erläuterung der Pandekten*, Erlangen, 1809 (it. transl. ed. by C. Bertolli, *Commentario alle Pandette XII*, Milano, 1901, § 779 e seguintes); Savigny, F. C. von. *Das Obligationenrecht als Theil des heutigen römischen Recht II*, Berlin, 1853, § 77, 246 nt. 1; Degenkolb, H. Zur Lehre der Vorvertrag, in *Archiv für die Civilistische Praxis*, 71, 1887, 43 e seguintes; Id., *Neue Beiträge zur Lehre der Vorvertrag*, *ibid.*, 63 v.; contra o *Vorvertrag* do mútuo, v. Dernburg, H. *Pandekten II. Obligationenrecht*, Berlin, 1897<sup>5</sup>, 28.

<sup>33</sup> V., v.g., Adler, K. Realcontract und Vorvertrag, in *Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts (Jhering's Jahrbücher)*, 31, 1892, 190 e seguintes (em que a entrega é considerada como *condicio iuris* do mútuo); Boehmer, G. Realverträge im heutigen Recht, in *Archiv für bürgerliches Recht*, 38, 1913, 314 e seguintes.



§ 610). A solução do BGB encontrou diferentes apoiadores na Alemanha<sup>34</sup>, embora os que abraçavam a solução do mútuo com base no consentimento continuassem a promover essa abordagem<sup>35</sup>. Apesar de uma forte resistência da jurisprudência, a última abordagem encontrou um bom suporte na reforma de 2002 do BGB: o mútuo de dinheiro (*Geld Darlehen*) foi separado do mútuo de outros bens fungíveis (*Sachendarlehen*), e ambos foram estruturados como contratos consensuais.

Todavia, ainda no século XX, na Europa, o mútuo consensual ingressou no Código Federal Suíço das Obrigações (*Obligationenrecht*) de 1882-1911, que, mesmo regulando os contratos reais (doação manual, penhor e transporte ferroviário), considerou o mútuo apenas um contrato consensual (art. 312).

Além disso, também na Itália, os estudiosos gradualmente conseguiram defender a ideia de um mútuo consensual, porém com o emprego de meios completamente diferentes dos utilizados na Alemanha.

Na Itália, a escolha do *Code Napoléon* (mútuo real), aos menos em suas intenções, foi seguida pelo Código Civil de 1865. A terminologia ambígua usada por esse Código<sup>36</sup>, embora constantemente reformulada por estudiosos e juízes para trazê-la de volta à realidade, ofereceu argumentos aos adeptos da teoria consensual<sup>37</sup>.

Pelo contrário, uma escolha comprometedora foi feita na então chamada versão ítalo-francesa do Código das Obrigações de 1927, que, seguindo o ALR, manteve a dupla possibilidade: as partes podem escolher celebrar o mútuo como um contrato real ou como um contrato consensual (art. 636)<sup>38</sup>.

O Código italiano de 1942 mostra um particular desenvolvimento na questão. Nos trabalhos preparatórios, seguindo a abordagem da versão ítalo-

<sup>34</sup> Lübtow, U. von. *Die Entwicklung des Darlehensbegriff im römischen und in geltenden Recht*, Berlin, 1965, 81 e seguintes; Larenz, K. *Lehrbuch des Schuldrechts II*, München, 1982<sup>13</sup> (1. ed., 1953), § 51; Medicus, D. *Schuldrecht II, Besonderer Teil*, München, 1992, 133; Zimmermann, R. *The Law of Obligation. Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Oxford, 1996 (1. ed. South Africa, 1990), 164 e seguintes.

<sup>35</sup> Enneccerus-Lehmann, *Recht der Schuldverhältnisse* Tübingen, 1958<sup>15</sup>, § 142 I.

<sup>36</sup> Cf. art. 1.819: “Il mutuo o prestito di consumazione è un contratto, per cui una delle parti consegna all'altra data quantità di cose, coll'obbligo nell'ultima di restituire altrettanto della medesima specie e qualità di cose”.

<sup>37</sup> Pacifici-Mazzoni, V. E. *Istituzioni di diritto civile v. 2*, Firenze, 1927<sup>5</sup>, 399; on the ambiguity of “per cui” of art. 1.819, v. Giuffrè, V. *La “datio mutui”*. Prospettive romane e moderne, Napoli, 1989, 17 e seguintes.

<sup>38</sup> V. Teti, R. Il mutuo, in *Trattato di diritto privato diretto da P. Rescigno* 12. IV, Torino, 1985, 660.

-francesa, o mútuo foi considerado como um contrato com dupla natureza, real e consensual, e as partes poderiam escolher<sup>39</sup>. Na última leitura antes da promulgação do Código, todavia, a redação do artigo foi amplamente modificada, e o art. 1813 mostra que, para o legislador italiano, o mútuo continua sendo um contrato real, que é também o que as Cortes e parte dos acadêmicos sustentaram<sup>40</sup>.

Na Itália, há alguns estudiosos que afirmam que os contratos reais foram automaticamente excluídos pelo legislador italiano, que recepcionou uma noção de contrato baseada essencialmente no consentimento<sup>41</sup>; há outros doutrinadores que acreditam que, com o art. 1.821 (“promessa de mútuo”), o mesmo legislador teria escolhido estruturá-lo não como um contrato real<sup>42</sup>. Na verdade, na Itália, a Suprema Corte elaborou uma noção de mútuo consensual, quando, durante os anos 50, teorizou a existência do chamado “mútuo para um fim específico” (*mutuo di scopo*). Esse é um tipo de mútuo principalmente usado para a construção de imóveis (*mutui edilizi*), em que o mutuante identifica a finalidade para a qual o mútuo deve servir. Dessa forma, o contrato é concluído quando as partes chegam a um acordo; o mútuo do dinheiro (normalmente relacionado ao avanço das obras) diz respeito à fase da execução do contrato, e não mais ao estágio de celebração do contrato. Posteriormente, esses estudiosos italianos reconheceram que, de acordo com o modelo que as partes decidirem usar, o contrato poderia ser tanto real quanto consensual.

Se olharmos para os mais recentes projetos de unificação do direito contratual que demandam a maior parte da atenção na Europa, é evidente que o modelo de mútuo consensual parece ser significativamente o dominante.

---

<sup>39</sup> V. art. 615 do *Progetto preliminare del libro delle obbligazioni*, in *Lavori preparatori del Codice civile (anni 1939-1941)*, v. II, Roma 1942, 183.

<sup>40</sup> Ruggiero, R. de /Maroi, F. *Istituzioni di diritto privato*, II, *Diritti di obbligazione e contratti*. Tutela dei diritti, Milano-Messina, 1953<sup>8</sup>, 375; Forchielli, P. *I contratti reali*, Milano, 1952; G. Giampiccolo, s.v. Mútuo (dir. priv.), in *ED*, 27, 1977, 446 ss.; Messineo, F., *Manuale di diritto civile e commerciale (codici e norme complementari)*, Milano, 1958<sup>9</sup>, V, 124 ss.; Maschl, C. A. I. *La categoria dei contratti reali*. Corso di diritto romano, Milano, 1973; Rescigno, P. *Manuale del diritto privato italiano*, Napoli, 1975<sup>2</sup>, 746.

<sup>41</sup> Sacco, R. Il contratto, in *Trattato di diritto civile diretto da F. Vassalli*, VI/2, Torino, 1975, 613 e seguintes.

<sup>42</sup> Carres I, F. I. *Il comodato*. Il mútuo, Torino, 1950 – *Trattato di diritto civile italiano diretto da F. Vassalli*, v. VIII, fasc. 5 e 6, 99 ss.; Martorano, *Il conto corrente bancario*, Napoli, 1955, 41 (que pensa que o art. 1.813 seja apenas uma relíquia histórica); V. Giuffré, Mútuo (storia), in *ED*, 27, 1977, 442 e seguintes.

Esse modelo parece basear-se tanto nos Princípios de Contratos Comerciais da Unidroit (1994) quanto no chamado Projeto Lando (1996/2000), o PECL (*Principles of European Common Law*): eles declaram que o contrato consiste no mero consentimento, sem necessidade de qualquer outro requisito.

No § 3.2 dos Princípios da Unidroit, declara-se expressamente que a norma pretende especificamente “excluir que a conclusão do processo de formação [do contrato] possa... depender da entrega de uma coisa”.

Pelo contrário, o *Code européen des contrats – Avant-project* (Gandolfi, 2002) mantém aberta a possibilidade de “dobrar” um contrato real com um modelo consensual correspondente (e atípico). Dessa forma, com base nessa abordagem, o mútuo poderia ser considerado como um contrato real, mas as partes também poderiam estruturá-lo como um contrato consensual.

A definição do contrato do *Draft Common Frame of Reference* (DCFR) (2008), por sua vez, (II.I:101) prevê, em um sentido semelhante de domínio do consentimento, que “um contrato é um acordo que se destina a dar origem a uma relação jurídica vinculativa ou a ter algum outro efeito jurídico”<sup>43</sup>.

### 3 O MÚTUO NA AMÉRICA LATINA: OS DOIS MODELOS DIFERENTES

Em relação ao sistema latino-americano (*supra*, item 1), como sabido, o ponto de partida para a propagação do Direito romano no novo mundo são as *Siete Partidas* (século XIII). Nas *Siete Partidas*, o mútuo é essencialmente considerado como um contrato real, não obstante também pareça ser reconhecida a possibilidade de as partes fazerem, uma a outra, uma promessa de dar e receber um montante no mútuo<sup>44</sup>. Além disso, a glosa de Gregorio López (século XVI) ao texto faz esse reconhecimento<sup>45</sup>.

O ponto de inflexão é representado pelo *Ordenamiento de Alcalá* (1348), que promulgou uma grande reforma no sistema contratual das *Partidas*, prevendo que, em todos contratos, o consentimento era condição necessária e suficiente para o surgimento das obrigações. No Direito de Castilla y León, assim, o princípio “*solus consensus obligat*” foi fixado no direito contratual alguns séculos

<sup>43</sup> Bahr, C. V. (Ed.). *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference*, v. 3, Munich, 2009, 2464.

<sup>44</sup> *Part.* 5,1,9.

<sup>45</sup> Gl. *de gracia* a *Part.* 5,1 Tit.

antes de sua disseminação na Europa, e daqui foi rapidamente transferido para a América, por exemplo, por meio do livro do jesuíta espanhol Bartholomeo de Albornoz (século XVI), *Arte de los contratos*<sup>46</sup>.

Essa *Ley do Ordenamiento de Alcalá*, mostrando que todos os contratos, inclusive o de mútuo, eram considerados, naquele tempo, consensuais, também foi confirmada na *Nueva Recopilación*, editada em 1567<sup>47</sup>. Ainda mais claramente, foi adotado na *Novísima Recopilación* publicada em 1805, na qual esse princípio consta no começo do Título X<sup>48</sup>, provando a importância que ainda lhe era atribuída no final do século XIX na Ibero-América.

Também podem ser encontradas testemunhas da aceitação do princípio do consensualismo na América Latina em outro texto, que amplamente circulou por lá, e influenciou as codificações nacionais: o Projeto de Código Civil Espanhol de Florencio García Goyena (1783-1855) em 1851. No Projeto, o mútuo é coerentemente definido (art. 1.630) dessa forma: “*Préstamo es el contrato por el cual una de las partes se obliga á entregar á la otra... dinero ú otra cosa de las fungibles...*”.

Na América Latina, entretanto, o desenvolvimento do princípio do consensualismo não chegou a eliminar a categoria do contrato real, que se manteve vivo graças à força intrínseca das partidas e às opiniões de vários juristas latino-americanos<sup>49</sup>. Os juristas, basicamente, afirmavam que não era oportuno abandonar a categoria dos contratos reais, e que entender a norma do *Ordenamiento de Alcalá* como se realmente quisesse excluir a categoria não era correto, chegando a um ponto que o mesmo legislador espanhol não queria alcançar<sup>50</sup>.

Por essa razão, na América Latina os projetos de codificação civil (*Projecto Acevedo* [1851], art. 2.167; *Consolidación das leis civis* [1857]; e o *Esboço* [1864] de

<sup>46</sup> B. De Albornoz, *Arte de los contratos*, Valencia, 1573, fol. 5, lib. I, *De las obligaciones y promisiones*, cap. VIII.

<sup>47</sup> *Nov. Rec.* 5,16,2.

<sup>48</sup> *Noviss. Rec.* 10,1,1.

<sup>49</sup> José María Álvarez (1777-1820), Juan Nepomuceno Rodríguez de San Miguel (1808-1877), Juan Sala (1731-1806), Eugene de Tapia (1776-1860), Ignacio Jordán de Asso (1742-1814) e Joaquín Escriche y Martín (1784-1847).

<sup>50</sup> Serna, P. Gómez de la/Montalbán, J. M. *Elementos de derecho civil y penal de España II*, Madrid, 1861<sup>6</sup>, 297 nt. 1 e 446; Claro Solar, L. *Explicaciones de derecho civil chileno* cit., 581; Esborraz, D. F. *Contrato y sistema en América Latina*, Buenos Aires, 2006, 143 e seguintes.

Teixeira de Freitas<sup>51</sup>), bem como os Códigos Civis elaborados no século XIX (os chamados *Códigos de la transfusión del derecho Romano y de la independencia* ou *Códigos de la madurez*), não renunciaram à categoria do contrato real<sup>52</sup>.

Um ponto de virada para a América Latina é representado pelo Código Civil Federal do México (1928). Após as duas Codificações Federais de 1870 (art. 2.809) e 1884 (art. 2.684), que eram alinhadas com os Códigos de outros países da época, o código elaborado em 1928 adotou o princípio consensualista e reconheceu a possibilidade de que um mútuo poderia ser celebrado pelo mero consentimento (art. 2.384). Evidentes e declaradas são as influências, em tal escolha, do *Ordenamiento de Alcalá*, do *Proyecto García Goyena* e do suíço OR de 1882-1911<sup>53</sup>.

Esse modelo, que permaneceu adormecido durante anos no sistema latino-americano, ressurgiu nos anos 80 do século passado (muito embora se possa ter presente também o chamado Projeto Bibiloni do Código Civil, lançado nos anos 30, na Argentina<sup>54</sup>). Ele é conscientemente adotado no Código Civil do Peru ([1984], art. 1.648, que mudou sua abordagem ao tópico em comparação com os Códigos anteriores de 1852 e 1936) e no Código Civil de Cuba ([1987], art. 379). Também, nesses casos, é clara e declarada a inspiração no Código Civil do México de 1928 e nos estudiosos alemães (em particular Larenz).

Por essas razões, na literatura jurídica latino-americana, o contrato real é considerado um “arcaísmo jurídico”<sup>55</sup>, ou uma categoria “*hoy huérfana de todo sustento*”<sup>56</sup>; os estudiosos explicam que a lei pode, em casos particulares, prever que os efeitos são “emancipados” da necessidade de executar algumas solenidades, como seria a entrega<sup>57</sup>.

<sup>51</sup> V. *infra*, § 4.

<sup>52</sup> Art. 2.196 CC chi. (1855), art. 2.197 CC uru. (1868), art. 2.240 CC arg. (1869), art. 1.256 CC bra. 1916 (= art. 586 CC bra. 2003).

<sup>53</sup> Sepúlveda Sandoval, C. *De los derechos personales de crédito u obligaciones*, México, 1996, 103 seguintes; Sánchez Medal, R. *De los contratos civiles*. Teoría general del contrato-Contratos en especial-Registro público de la Propiedad, México, 1998<sup>16</sup>, 223.

<sup>54</sup> Bibiloni, J. A. *Anteproyecto de reformas al Código Civil argentino VI*, Buenos Aires, 1932, 275.

<sup>55</sup> Aparicio, J. M. *Contratos/1. Parte general*, Buenos Aires, 1997, 128.

<sup>56</sup> Mosset Iturraspe, J. *Contratos (ed. actualizada)*, Santa Fé, 1998, 65 e seguintes.

<sup>57</sup> A entrega é entendida como *condicio iuris* do mútuo: Peirano Facio, J. *Curso de contratos* (Montevideo 1962) 204 ss.; para a base dessa teoria cf. Adler, K. *Realcontract und Vovertrag*, en *Jahrbücher für die*

Dessa forma, em nada surpreende que uma escolha em favor do mútuo consensual também tenha sido feita no novo Código Civil da Argentina de 2015.

## 4 OS PAÍSES DO BRICS

### A) BRASIL

Nesse artigo, serão examinadas as regras relativas ao contrato de mútuo nos países do Brics pertencentes ao sistema do Direito romano: essa é a razão pela qual o contrato de mútuo na Índia não será analisado.

No Brasil, a categoria do contrato real foi defendida por Teixeira de Freitas (1816-1883) na *Consolidação das Leis Civis* (1858). Esse estudioso esclarece que os contratos são consensuais ou reais, e os últimos requerem algo além do mero acordo<sup>58</sup>.

Alguns anos depois, o mesmo Teixeira de Freitas repete, no *Esboço* (1859-1867), que os contratos são reais ou consensuais (art. 1.903).

O jurista brasileiro Clovis Beviláqua (1859-1944), autor do Projeto final do Código Civil brasileiro de 1916, também defendeu a categoria dos contratos reais<sup>59</sup>.

Com base nesses elementos, portanto, pode-se bem entender que o Código Civil de 1916 (art. 1.256), mas também o mais recente Código Civil de 2002 (art. 586)<sup>60</sup>, observam a resistência e validade dessa categoria dogmática.

### B) RÚSSIA

O Código Civil russo, promulgado em 1964, baseado na Lei de Princípios promulgada em 1961, foi fortemente influenciado pelo Direito romano. O Direito romano chegou à Rússia por força da tradição legal diretamente relacionada aos Códigos de Justiniano e aos seguintes reescritos em grego de algumas de suas partes, também por meio da tradição resultante diretamente da Escola

---

*Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts* [Jhering's *Jahrbücher*] 31 [1892] 190 seguintes; Messineo, F. v. *Contratto* (dir. priv.), em *ED* 9 (Milano 1961) 883.

<sup>58</sup> Vd. art. 477: "Quando se-empresta alguma cousa, que consiste em numero, pêso, ou medida, e com o uso se-consome, o emprestimo chama-se mutuo".

<sup>59</sup> Cf. Beviláqua, C. *Direito das Obrigações*, Recife, 1895 (repr. da 5. ed., Rio de Janeiro, 1977), 186 e 250.

<sup>60</sup> Art. 586: "O mútuo é o mútuo de coisas fungíveis. O mutuário é obrigado a restituir ao mutuante o que dele recebeu em coisa do mesmo gênero, qualidade e quantidade".

de Bolonha. O Código Civil de 1964, como sabido, também foi fortemente influenciado pela pandectística alemã.

Esse Código Civil, no seu art. 269, declara claramente uma estrutura real para o mútuo:

Pelo contrato de mútuo, uma parte (o mutuante) transfere para a propriedade de outra parte (o mutuário), ou para a sua gestão operativa, dinheiro ou outros artigos definidos por características genéricas, e o mutuário se compromete a devolver mutuante a mesma quantia de dinheiro ou uma quantidade igual de artigos do mesmo tipo e qualidade.

Vale destacar, nesse Código Civil, a necessidade da forma escrita para o mútuo superior a 50 rublos e a expressa previsão de que o contrato é considerado concluído apenas com a transferência da propriedade do dinheiro.

O Código Civil de 1994-1996 parece, ao menos na definição, transformar o mútuo em um contrato puramente consensual.

De fato, o art. 807 declara:

Através do acordo de mútuo, uma parte (mutuante) deve transferir para a propriedade de outra parte (mutuário) dinheiro ou coisas marcadas por características genéricas, enquanto o mutuário se compromete a devolver ao mutuante a mesma quantia de dinheiro (o valor do mútuo) ou igual quantidade de coisas do mesmo tipo e qualidade.

Pode-se sustentar que esse artigo foi influenciado pelos modelos ditos como *soft law*, presentes no cenário europeu, antes mencionados: primordialmente pelos Princípios da Unidroit (*supra*, § 2), que afirmam um domínio do princípio do consensualismo no direito contratual.

Na mesma direção de relevância do consentimento, o art. 812 do Código Civil russo especifica que

o mutuário terá o direito de contestar o contrato de mútuo em razão da falta de dinheiro, provando que o dinheiro ou outras coisas não foram recebidas por ele,



na realidade, pelo mutuante ou foram recebidas em quantidade menor que a prevista no contrato.

Todavia, de um ponto de vista dogmático, o ordenamento jurídico russo não parece se aprofundar muito na consensualização do mútuo real. De fato, mesmo que a transferência da propriedade do dinheiro seja desviada do momento constitutivo do contrato para a simples obrigação mutuante, o § 2º do art. 807 confirma que o contrato pode ser considerado resolvido pelo simples momento da entrega do dinheiro ou das coisas (“Um contrato de mútuo será considerado concluído desde o momento em que o dinheiro ou as coisas são transferidos”).

Também é importante salientar a exigência da forma escrita para os mútuos que excedam uma certa quantia (dez vezes o salário-mínimo: art. 808) e a introdução de um especial “mútuo para uma finalidade” (art. 814) que se aproxima do *mutuo di scopo*, criado na Itália pela Suprema Corte (*supra*, § 3).

### C) CHINA

Na China, o contrato de mútuo foi recentemente disciplinado pela lei geral de contratos de 1999, a que se teve acesso na tradução italiana feita pelos colegas Toti e Formichella<sup>61</sup>.

Essa lei contempla apenas o mútuo em dinheiro (Título 12), não referindo o mútuo de outras coisas fungíveis. Ela diferencia mútuos “financeiros” (arts. 196-209) e mútuo entre indivíduos (art. 210-211). O primeiro é um contrato consensual, que deve ser realizado em forma escrita; o último não tem uma forma determinada e parece ser um contrato real.

O art. 196 prevê que o mútuo (financeiro) é o contrato em que o mutuário toma dinheiro do mutuante e se compromete a restituir a mesma quantia em dinheiro.

A intenção do legislador chinês de estruturar esse mútuo financeiro como um contrato consensual é comprovada pelo art. 201, que prevê que, se o mutuante não entregar o dinheiro de acordo com o prazo e a quantia determinados no contrato, fica responsável pelas perdas sofridas pelo mutuário. O art. 201 também prevê que, se o mutuário não receber o dinheiro no momento

---

<sup>61</sup> Formichella, L./Toti, E. (Ed.). *Leggi tradotte della repubblica popolare cinese: legge sui contratti*, Torino, 2002, 87 e seguintes.



e na quantia acordados, deverá pagar juros a partir do momento em que foi acordado que deveria ter recebido o dinheiro.

Essa interpretação parece ser confirmada pelo art. 210, no qual se esclarece que o mútuo entre indivíduos se torna efetivo apenas com a transferência do dinheiro, de forma que o momento em que o contrato produz seus efeitos é claramente deslocado para um momento subsequente à troca de vontades, como acontece com o modelo dos contratos reais.

O legislador chinês, portanto, parece ter codificado um mútuo real entre indivíduos e um mútuo consensual em todos os outros casos, com particular referência às operações financeiras operadas por intermédio de um banco<sup>62</sup>. Essa abordagem não é inteiramente nova no sistema do Direito romano: como já referido, o Código Civil da Prússia (ALR de 1793) e o Projeto ítalo-francês para a unificação do Direito das Obrigações de 1927 traçaram importantes precedentes nessa direção (*supra*, § 3).

Também nesse caso vale destacar que a forma escrita é expressamente exigida para esse contrato pelo art. 197, salvo acordo em contrário pelas partes.

Xu Guodong, no seu “Projeto de Código Civil Verde”, sugere mudar essas regras, estruturando apenas os mútuos gratuitos como contratos reais e os mútuos onerosos como contratos consensuais.

## D) ÁFRICA DO SUL

Podemos afirmar que a África do Sul pertence ao sistema jurídico romano<sup>63</sup>.

O Direito dos Contratos sul-africano foi forjado a partir de regras derivadas principalmente do Direito Civil romano holandês do século XVII e do *common law* inglês do século XIX.

Na África do Sul, uma noção de contrato fundada exclusivamente no acordo entre as partes é adotada, exceto pela necessidade de uma forma específica, quando expressamente exigida. Essa é a razão pela qual nesse ordenamento jurídico a categoria de contrato real é desconhecida, embora seja bem conhecida a categoria dos contratos com efeitos reais.

<sup>62</sup> Zhou Ying, *V. I contratti reali dal diritto romano al diritto moderno*, Tesi di Dottorato, Roma, 2015, 121 e seguintes.

<sup>63</sup> Wieacker, *F. Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, Göttingen, 1967<sup>2</sup>, trad. It Santarelli. U./FUSCO, S. A., Milano, 1980, II, p. 229.

## CONCLUSÃO

Em conclusão, é preferível não concordar com o modelo do mútuo consensual.

Particularmente, não se considera que seja possível aceitar uma solução em que se estabeleça uma noção abstrata de contrato (considerado como o acordo entre duas ou mais partes para criar um arranjo específico sobre os seus interesses) e, então, as partes tenham que lidar, em suas transações, com a maior parte dos problemas complexos que possam surgir posteriormente. A vida real parece ser muito mais complexa do que esse esquema superficial.

A posição do legislador chinês parece ser mais respeitosa na concretização do que acontece na vida diária e, de uma forma útil, diferencia a estrutura do contrato de mútuo, a depender se o mutuante é um banco (e, nesse caso, o mútuo é geralmente oneroso, porque envolve juros) ou um indivíduo (e, nesse caso, usualmente tratamos de mútuos gratuitos).

Ao longo da história, ambos os mútuos reais e consensuais encontraram um lugar no sistema jurídico romano e de várias formas estão aparecendo nas ordens jurídicas dos países do Brics.

Submissão em: 28.05.2020

Avaliado em: 16.07.2020 (Avaliador B)

Avaliado em: 05.07.2020 (Avaliador C)

Aceito em: 02.08.2020

# LIBERDADE DE INFORMAÇÃO E SEGURANÇA PÚBLICA: A PROBLEMÁTICA PONDERAÇÃO CONSTITUCIONAL NA LUTA CONTRA O TERRORISMO INTERNACIONAL<sup>1</sup>

*FREEDOM OF INFORMATION AND PUBLIC SAFETY: A COMPLICATED  
CONSTITUTIONAL BALANCE IN INTERNATIONAL TERRORISM BATTLE*

**Giacomo Palombino**<sup>2</sup>

Dottorando di Ricerca in “Il Diritto dei Servizi nell’ordinamento Italiano ed Europeo”, Università degli Studi di Napoli “Parthenope”  
(UNINA, Napoli/NA, Itália)

**ÁREA(S):** direito constitucional.

**RESUMO:** O presente artigo possui como problema geral o estudo de duas posições constitucionais que podem, eventualmente, colocar-se em conflito: de um lado, a liberdade individual relacionada ao acesso e à transmissão de informação, uma liberdade essencial para a estrutura do Estado Democrático de Direito; de outro, a busca cada vez mais árdua pela segurança pública, principalmente no que diz respeito aos atos de terrorismo internacional. Sendo assim, considerando que nenhum direito fundamental reveste-se de caráter absoluto, o objetivo deste trabalho é encontrar um ponto de

equilíbrio no âmbito da Constituição italiana e das Convenções europeias sobre a temática, buscando garantir os direitos em questão com sua máxima efetividade. Definiu-se como metodologia analisar as mais recentes diretivas da União Europeia sobre o assunto, bem como a jurisprudência do Tribunal Constitucional Italiano e da Corte Europeia de Direitos Humanos.

**ABSTRACT:** *The present paper has as its main problem the study of two constitutional positions that may, eventually, be at odds, at one side the individual freedom related to access and transmission of information, an essential liberty in the Democratic rule of law structure and, on the other,*

<sup>1</sup> Traduzido por Gabriela Pandolfo Coelho Glitz. E-mail: gabriela@g2.adv.br. Currículo: <http://lattes.cnpq.br/9800890159771716>.

<sup>2</sup> E-mail: giacomo.palombino@uniparthenope.it.

*the ever tougher goal of public safety, specially concerning acts of international terrorism. This way, taking into consideration that no rights have are absolute, the aim of this work is finding a balancing point among Italian Constitutional Law and Conventional European Law regarding the subject, looking for a way to safeguard the rights in question with their maximum effectivity. As for the methodology strived for analysing the most recent European Union directives on the subject, as well as the Italian Supreme Court jurisprudence and European Human Rights Court.*

**PALAVRAS-CHAVE:** liberdade de informação; segurança pública; equilíbrio; terrorismo.

**KEYWORDS:** *freedom of information; public safety; balance; terrorism.*

**SUMÁRIO:** Introdução; 1 A evolução do terrorismo internacional; 2 A normativa italiana de prevenção do terrorismo e a Diretiva UE nº 2017/541; 3 Os lobos solitários na jurisprudência do Tribunal Supremo Italiano; 4 A liberdade de informação: em particular, a liberdade de receber informações; 5 A segurança pública e a ponderação constitucional; Conclusões.

**SUMMARY:** *Introduction; 1 International terrorism evolution; 2 The Italian terrorism prevention law and EU 2017/541 directive; 3 The lone wolves at the Italian Supreme Court jurisprudence; 4 Freedom of information: particularly, freedom to receive informations; 5 Public safety and constitutional balance; Conclusions.*

## INTRODUÇÃO

É inevitável que os direitos e as liberdades constitucionais, mesmo vivendo em um sistema harmônico de valores, possam vir a entrar em conflito<sup>3</sup>. É por isso que os Tribunais constitucionais utilizam a técnica da ponderação constitucional, um balanceamento para ver que direito ou liberdade é predominante em sua aplicação concreta<sup>4</sup>. Considerando a doutrina

<sup>3</sup> Cf. ZAGREBELSKY, G. *Il diritto mite. Legge diritti giustizia*, Torino, 1992; cf. Id., La "costituzionalizzazione" dell'ordinamento italiano. In: *Ragion Pratica*, 11, 1998; cf. BIN, R. *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*. Milano, 1992; cf. LARENZ, K. *Storia del metodo nella scienza giuridica*, Milano, 1966, 65-82; FASSÒ, G. *La filosofia del diritto dell'Ottocento e del Novecento*, Bologna, 1988.

<sup>4</sup> Cf. ALEXY, R. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001; Id., Diritti fondamentali, bilanciamento e razionalità. In: *Ars Interpretandi*, 7, 2002, 131-144; Id., On balancing and subsumption. A structural comparison. In: *Ratio Juris*, v. 16, 2003, 433-449; Id., La formula per la quantificazione del peso nel bilanciamento. In: *Ars Interpretandi*, 10, 2005, 97-123; cf. ALEINIKOFF, T. A. Constitutional Law in the Age of Balancing. In: *Yale Law Journal*, 1987, v. 96; cf.

sobre o assunto, é possível delinear um esquema das três principais hipóteses de individualização do equilíbrio constitucional perante o Tribunal<sup>5</sup>: o conflito entre dois indivíduos que requerem o reconhecimento do mesmo direito, como acontece, por exemplo, com as prestações sociais; o conflito entre dois direitos ou liberdades diferentes, como sucede entre a liberdade religiosa e o direito à saúde no caso particular das testemunhas de Jeová; e, por último, no caso mais complexo, em que o equilíbrio é encontrado entre um direito ou liberdade individual e um interesse coletivo e geral.

É exatamente em referência a esta última hipótese de ponderação que se quer introduzir o complexo tema do terrorismo internacional. A partir dos ataques de 11 de setembro de 2001, os governos ocidentais têm adotado políticas de emergência para proteger a coletividade<sup>6</sup>, políticas embasadas em normativas de prevenção que, para garantir a segurança pública, têm determinado uma compressão de direitos e liberdades fundamentais. Em particular, o papel que se pretende analisar é verificar como a norma, por razões de prevenção, afeta a liberdade de receber informações, à luz da Diretiva nº 541, de 2017, da União Europeia, o art. 270 *quinquies* do Código Penal italiano, modificado após os ataques de Paris de 2015.

## 1 A EVOLUÇÃO DO TERRORISMO INTERNACIONAL

A legislação de emergência teve que ser renovada e adaptada progressivamente devido aos alarmes gerados pelos principais ataques e à evolução organizacional dos grupos terroristas. Nestes quase vinte anos, a sociedade também evoluiu e, em particular, a tecnologia desenvolveu-se de maneira impressionante. O terrorismo de 2001 executou seus planos por meio de uma verdadeira organização, no sentido técnico da palavra, caracterizada por uma hierarquia e chefes declarados. Entretanto, com o tempo isto foi alterado. O

---

MCFADDEN, P. The Balancing Test. In: *Boston College Law Review*, v. 29, 1988; cf. VESPAZIANI, A. *Interpretazioni del bilanciamento dei diritti fondamentali*, Padova, 2002; Id., Il bilanciamento dei diritti nella cultura giuridica statunitense. In: *Diritto Pubblico*, 2001, 2, 457-515; CERVATI, A. A. In tema di interpretazione della Costituzione, nuove tecniche argomentative e “bilanciamento” tra valori costituzionali (a proposito di alcune riflessioni della dottrina austriaca e tedesca). In: *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della Corte costituzionale. Riferimenti comparatistici* (Atti del Seminario di Roma, 13-14 ottobre 1992), Milano, 1992; BIN, R. *Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, 1992.

<sup>5</sup> Cf. BIN, R.; PITRUZZELLA, G. *Diritto costituzionale*, Torino, 2017, 540-542.

<sup>6</sup> JAKOBS, G. Derecho penal del ciudadano y derecho penal del enemigo. In: JAKOBS, G.; CANCIO MELIÁ, M. *Derecho penal del enemigo*, Madrid, 2003.

Estado Islâmico (o ISIS) inaugurou a “temporada” dos lobos solitários<sup>7</sup>. Essa terminologia nasceu nos anos oitenta com o Ku Klux Klan, ao falar em “resistência sem liderança”, e foi utilizada também por Ayman al Zawahiri, o sucessor de Bin Laden, que falou de “apelo à resistência islâmica global”<sup>8</sup>. Tudo isto está muito vinculado à nova maneira de “planejar o terrorismo”<sup>9</sup>. Considerando os ataques de Paris de 2015 e os que seguiram de Niza e Berlin, observa-se que a maioria dos terroristas eram cidadãos europeus, que alguns nunca estiveram na Síria para receber treinamento e que outros tampouco tiveram um contato direto com as bases do ISIS para planejar seus ataques. Observando essas características, pode-se ver como a tecnologia, com particular referência ao âmbito das comunicações, influi também, e muito, na maneira de planejar o terrorismo<sup>10</sup>. Por meio da internet, uma mensagem política ou religiosa pode ser divulgada em todos os países do mundo e pode-se receber aulas de qualquer disciplina. Entretanto, da mesma maneira, pode-se adquirir também as competências e as informações necessárias para realizar um ataque terrorista, assim como manusear armas ou fabricar, por exemplo, explosivos caseiros.

<sup>7</sup> O considerando nº 4 da Directiva UE nº 2017/541 afirma: “La amenaza terrorista ha aumentado y se ha desarrollado rápidamente en los últimos años. Los denominados ‘combatientes terroristas extranjeros’ viajan al extranjero con fines terroristas. Los combatientes terroristas extranjeros que regresan suponen una importante amenaza de seguridad para todos los Estados miembros. Los combatientes terroristas extranjeros han estado relacionados con atentados y complotos recientes en varios Estados miembros. Además, la Unión y sus Estados miembros se enfrentan a la creciente amenaza que representan las personas que, aunque permanecen dentro de Europa, reciben inspiración o instrucciones de grupos terroristas situados en el extranjero”.

<sup>8</sup> V. BURKE, Jason. The myth of the “lone wolf” terrorist. In: *The Guardian*, 2017; v. también Non chiamiamoli “lupi solitari”. In: [www.ilpost.it](http://www.ilpost.it).

<sup>9</sup> “After 9/11, lone-wolf terrorism suddenly seemed like a distraction from more serious threats. The 19 men who carried out the attacks were jihadis who had been hand picked, trained, equipped and funded by Osama bin Laden, the leader of al-Qaida, and a small group of close associates. Although 9/11 was far from a typical terrorist attack, it quickly came to dominate thinking about the threat from Islamic militants. Security services built up organograms of terrorist groups. Analysts focused on individual terrorists only insofar as they were connected to bigger entities. Personal relations – particularly friendships based on shared ambitions and battlefield experiences, as well as tribal or familial links – were mistaken for institutional ones, formally connecting individuals to organisations and placing them under a chain of command.” (cit. Jason Burke)

<sup>10</sup> “In the most basic enabled attacks, Islamic State handlers acted as confidants and coaches, coaxing recruits to embrace violence. In the Hyderabad plot, among the most involved found so far, the terrorist group reached deep into a country with strict gun laws to arrange for pistols and ammunition to be left in a bag swinging from the branches of a tree. For the most part, the operatives who are conceiving and guiding such attacks are doing so from behind a wall of anonymity. When the Hyderabad plotters were arrested last summer, they could not so much as confirm the nationalities of their interlocutors in the Islamic State, let alone describe what they looked like. Because the recruits are instructed to use encrypted messaging applications, the guiding role played by the terrorist group often remains obscured.” (Cf. CALLIMACHI, RUKMINI. Not “Lone Wolves” after all: how ISIS guides world’s terror plots from afar. In: *The New York Times*)

## 2 A NORMATIVA ITALIANA DE PREVENÇÃO DO TERRORISMO E A DIRETIVA UE Nº 2017/541

Obviamente, os legisladores perceberam esses desenvolvimentos e adaptaram os regulamentos de prevenção a novas formas de planejar ataques. Isto aconteceu tanto a nível nacional como a nível supranacional. Entretanto, antes de analisar especificamente tal legislação de emergência, parece oportuno afirmar que, em níveis normativos, o conceito delitivo aceito como atos que constituem um atentado terrorista seja o mesmo; em efeito, logo ficará claro como as sanções criminais são usadas também por atos potencialmente ofensivos, que não determinam o dano material de interesses ou direitos garantidos pelo sistema jurídico. É por isso que se fala de “atentado”, o qual, segundo uma interpretação basicamente terminológica, indica exatamente a consequência prejudicial não necessária do ato realizado<sup>11</sup>.

Começando com a esfera nacional, pretende-se analisar em particular a normativa de prevenção adotada na Itália, na qual se pode perceber muito claramente o que foi dito antes, e dizer que a normativa evoluiu em relação aos ataques realizados ao longo do tempo. Antes de 2001, o Código Penal italiano possuía apenas um significado “interno” do terrorismo, isto é, a possibilidade de a ameaça vir do exterior não era considerada no nível regulatório. Após 11 de setembro, o Decreto-Lei nº 374, de 2001<sup>12</sup>, adicionou ao Código Penal o art. 270 *bis*, que configura o objetivo do terrorismo também em relação a ataques contra estados estrangeiros<sup>13</sup>; a norma, além disso, também sanciona o financiamento de organizações criminosas internacionais. Posteriormente, aprovou-se o Decreto-Lei nº 144, após os ataques de Londres de 2005<sup>14</sup>. Por meio deste último, o art. 270 *quinqüies* hoje afirma que o treinamento com finalidade para o terrorismo também é considerado um delito. Além disso, o decreto de 2005 adicionou ao Código Penal o art. 270 *sexies*, que, para favorecer a interpretação do juiz, identifica uma definição de atos terroristas<sup>15</sup>.

<sup>11</sup> Cf. MANTOVANI, F. *Diritto penale*, Padova, 2015, 204 ss.

<sup>12</sup> Decreto intitulado “Disposizioni urgenti per contrastare il terrorismo internazionale”, convertido em Lei nº 438, de 15 de dezembro de 2001.

<sup>13</sup> FASANI, F. *Terrorismo islamico e diritto penale*, Padova, 2016, 352.

<sup>14</sup> Convertido em Ley nº 155, del 31 julio 2005; Cf. VIGANÒ, F. Publicado sulla Gazzetta Ufficiale il nuovo decreto in materia di contrasto al terrorismo. In: *Dir. Pen. Cont.*, 2015.

<sup>15</sup> Estes são os atos que “*possono recare grave danno ad un Paese o ad una organizzazione internazionale e sono compiute allo scopo di intimidire la popolazione o costringere i pubblici poteri o un’organizzazione internazionale*”



Após os ataques à redação de *Charlie Hebdo*, aprovou-se o Decreto-Lei nº 7, de 2015<sup>16</sup>. Este último decreto modificou novamente o art. 270 *quinquies* do Código Penal italiano, dando uma nova configuração, que foi o objetivo principal deste decreto. Segundo a norma, que – como explicado – já considerava como delito o treinamento vinculado ao terrorismo, esse conceito também se estende quando o treinamento acontece de maneira autônoma, buscando informações e preparando-se para um ataque sem contato ou cooperação de outras pessoas. Resta evidente que o legislador italiano tentou adotar uma medida funcional em contraste com o fenômeno dos “lobos solitários”; com efeito, o art. 270 *quinquies* afirma também que a sanção será mais grave se o treinamento realiza-se através de meios informáticos. Tudo isso demonstra, obviamente, como, por um lado, o fenômeno dos “lobos solitários” tem adquirido uma propagação preocupante e, por outro lado, como a internet é um “lugar” no qual estes indivíduos convertem-se em terroristas.

Sem dúvida, a União Europeia buscou esta evolução normativa, com a tarefa de adquirir a configuração de uma disciplina homogênea comum e, portanto, uma política de prevenção mais eficaz. Em particular, o último passo que a União Europeia deu na luta contra o terrorismo internacional está representado pela Diretiva nº 541, de 2017<sup>17</sup>. Entretanto, o conteúdo da norma reproduz, de maneira análoga, o que foi declarado nas Decisões precedentes nºs 2002/475<sup>18</sup> e 2005/671. O art. 3º, por exemplo, admite uma definição de

---

*a compiere o ad astenersi dal compiere un qualsiasi atto o destabilizzare o distruggere le strutture politiche fondamentali, costituzionali, economiche e sociali di un Paese o di una organizzazione internazionale [...]”.*

<sup>16</sup> Convertido em Lei nº 43, em 17 de abril de 2015.

<sup>17</sup> O considerando nº 4 afirma que “La amenaza terrorista ha aumentado y se ha desarrollado rápidamente en los últimos años. Los denominados ‘combatientes terroristas extranjeros’ viajan al extranjero con fines terroristas. Los combatientes terroristas extranjeros que regresan suponen una importante amenaza de seguridad para todos los Estados miembros. Los combatientes terroristas extranjeros han estado relacionados con atentados y complotos recientes en varios Estados miembros. Además, la Unión y sus Estados miembros se enfrentan a la creciente amenaza que representan las personas que, aunque permanecen dentro de Europa, reciben inspiración o instrucciones de grupos terroristas situados en el extranjero” (Cf. SANTINI, S. L’Unione europea compie un nuovo passo nel cammino della lotta al terrorismo: una prima lettura della Direttiva 2017/541. In: *Diritto Penale Contemporaneo*, 2017).

<sup>18</sup> Sin embargo, el considerando nº 3 de la Directiva del 2017 afirma que “la Decisión marco 2002/475/JAI del Consejo (3) es la piedra angular de la respuesta de la justicia penal de los Estados miembros en la lucha contra el terrorismo. La existencia de un marco jurídico común a todos los Estados miembros y, más concretamente, de una definición armonizada de los delitos de terrorismo, sirve como punto de referencia para el intercambio de información y la cooperación entre las autoridades nacionales competentes en virtud de la Decisión marco 2006/960/JAI del Consejo (4), las Decisiones 2008/615/JAI (5) y 2005/671/JAI del Consejo (6), el Reglamento



atos terroristas já existente no direito da União Europeia; afirma, em particular, que correspondem aos “delitos [...] que, por sua natureza ou contexto, podem prejudicar gravemente um país ou uma organização internacional”<sup>19</sup>. Essa consideração admite, então, um duplo conceito de atos terroristas: o primeiro, objetivo, refere-se ao contexto no qual os delitos se colocam; o segundo, subjetivo, refere-se à intenção que leva o indivíduo a ações vinculadas ao atentado.

Outro elemento da continuidade da prevenção é representado pelo relacionamento entre o indivíduo e a organização criminosa: o art. 4º, na realidade, trata da mesma forma quem manda no grupo criminoso como quem simplesmente participa da organização criminosa, que se configura “no fornecimento de informações ou meios materiais, ou em qualquer forma de financiamento de suas atividades, com o conhecimento de que essa participação contribuirá para as atividades criminosas do grupo terrorista”.

Com relação ao que interessa sobre este dispositivo, importante ressaltar o art. 13, no qual se afirma que, “para que os crimes listados no artigo 4 ou no título III sejam puníveis, não será necessário cometer efetivamente um crime terrorista, nem em relação aos crimes listados nos artigos 5 a 10 e 12, que sejam relevantes com outro crime específico estabelecido nesta diretiva”. Também a União Europeia, então, admite a antecipação da sanção penal a uma fase

---

(UE) n.º 603/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo (7) y las Decisiones marco 2002/584/JAI (8) y 2002/465/JAI del Consejo (9)”.

<sup>19</sup> O artigo segue enumerando os fins típicos que caracterizam estes atos. Em particular: “a) atentados contra la vida de una persona que puedan tener resultado de muerte; b) atentados contra la integridad física de una persona; c) el secuestro o la toma de rehenes; d) destrucciones masivas de instalaciones estatales o públicas, sistemas de transporte, infraestructuras, sistemas informáticos incluidos, plataformas fijas emplazadas en la plataforma continental, lugares públicos o propiedades privadas, que puedan poner en peligro vidas humanas o producir un gran perjuicio económico; e) el apoderamiento ilícito de aeronaves y de buques o de otros medios de transporte colectivo o de mercancías; f) la fabricación, tenencia, adquisición, transporte, suministro o utilización de explosivos o armas de fuego, armas químicas, biológicas, radiológicas o nucleares inclusive, así como la investigación y el desarrollo de armas químicas, biológicas, radiológicas o nucleares; g) la liberación de sustancias peligrosas, o la provocación de incendios, inundaciones o explosiones cuyo efecto sea poner en peligro vidas humanas; h) la perturbación o interrupción del suministro de agua, electricidad u otro recurso natural básico cuyo efecto sea poner en peligro vidas humanas; i) la interferencia ilegal en los sistemas de información a tenor del artículo 4 de la Directiva 2013/40/UE del Parlamento Europeo y del Consejo (1), en los casos en los que sea de aplicación su artículo 9, apartado 3 o apartado 4, letras b) o c), y la interferencia ilegal en los datos a tenor de su artículo 5, en los casos en los que sea de aplicación su artículo 9, apartado 4, letra c); j) la amenaza de cometer cualquiera de los actos enumerados en las letras a) a i). 2. Los fines a que se refiere el apartado 1 son los siguientes: a) intimidar gravemente a una población; b) obligar indebidamente a los poderes públicos o a una organización internacional a realizar un acto o a abstenerse de hacerlo; c) desestabilizar gravemente o destruir las estructuras políticas, constitucionales, económicas o sociales fundamentales de un país o de una organización internacional”.

“não ofensiva” do delito, considerando também terrorista o ato meramente preparatório.

Analisando o texto da diretiva, para concluir, verifica-se que o legislador supranacional também focou o problema da mídia computacional: o art. 21, por exemplo, admite que as páginas da web que espalham mensagens terroristas sejam tiradas do ar e o considerando 10 afirma que “os delitos de incitação pública a prática de uma ofensa terrorista também incluem a divulgação de mensagens ou imagens, a fim de obter apoio a causas terroristas ou intimidar seriamente a população”.

### 3 OS LOBOS SOLITÁRIOS NA JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL SUPREMO ITALIANO

Em relação a este regulamento de prevenção, parece interessante analisar rapidamente uma sentença do Tribunal Supremo italiano. Em 2017, na Sentença nº 6061 da V Seção Penal, o Tribunal confirma a condenação de um homem julgado culpado pelo art. 270 *quinquies* do Código Penal. Os juízes de primeiro e segundo grau condenaram-no por acessar, durante muito tempo e periodicamente, páginas da web dedicadas à propaganda terrorista e que ensinavam a manejar armas e a fabricar explosivos. Os advogados tentaram demonstrar que não havia ligação entre a aquisição de informações e a missão terrorista. Ou seja, eles declararam que buscar informações sobre a propaganda do ISIS poderia ter uma função didática simples ou que informações sobre armas ou explosivos poderiam depender de um interesse científico ou da vontade de estudar formas de autodefesa<sup>20</sup>. Por tudo isso, os advogados sustentaram, dessa forma, que a condenação era contrária ao princípio da ofensividade, considerando que o que foi cometido pelo preso era apenas um ato “potencialmente ofensivo” e não diretamente prejudicial aos direitos garantidos pelo ordenamento; portanto,

<sup>20</sup> Em particular, os advogados afirmam: “*vero è che il legislatore ‘ha inteso attribuire rilevanza penale alle attività meramente preparatorie degli atti terroristici’, ma occorre – ad esempio, quanto all’addestramento o alla raccolta di informazioni – che questi siano strumentali, su base oggettiva, ‘ad uno specifico e concreto programma di violenza, con conseguente pericolo per la struttura statale e l’ordine pubblico’, pena la evidente incostituzionalità di un precetto penale che sanziona una mera idea eversiva*”. Em seguida, que “*analogo rigore si impone in punto di verifica della sussistenza dell’elemento psicologico, atteso che si è di fronte ad un reato a doppio dolo specifico (volontà di commettere atti di violenza o di sabotaggio di servizi pubblici essenziali, nonché perseguire una finalità terroristica), il che rende imprescindibile l’accertamento dell’idoneità degli atti realmente compiuti a raggiungere gli scopi indicati*”. En efecto, según la defensa, “*non vi sarebbe alcun elemento da cui desumere, come invece ritengono i giudici di merito, che l’H. si sarebbe determinato a ‘dare una svolta terroristica alla propria esistenza’*”.

a proteção da liberdade de informação não pode encontrar um limite na autodeterminação do indivíduo ao estabelecer em quais conteúdos concentrar sua atividade de informação.

Entretanto, o Tribunal, definindo expressamente um homem como “lobo solitário”, confirma a condenação, afirmando que as provas adquiridas são suficientes para demonstrar sua intenção criminoso. O Tribunal explica como sendo uma característica dos crimes de ataque a antecipação da penalidade para uma fase não ofensiva do *iter criminis*. Em efeito, a técnica de antecipação identifica, como visto antes, as políticas de emergência e, portanto, de prevenção. É necessário entender qual ato, também em perspectiva preventiva, é suficiente e necessário para permitir a ação criminal. Alguns teorizaram uma solução subjetiva: os crimes de ataque são crimes de “desobediência”, eles devem ser sancionados com referência à vontade do recluso sem considerar o dano material<sup>21</sup>. Outros teorizaram uma solução objetiva: o que legitima a sanção criminal é a adequação do ato para produzir uma lesão<sup>22</sup>. Na sentença do Tribunal Supremo, em realidade, os juízes parecem admitir uma terceira alternativa: se a *ratio* dos delitos de atentado é exatamente a antecipação da sanção, o delito se considera de “perigo preventivo”, que se configura, em efeito, quando no momento da realização do ato já for possível calcular a probabilidade de ocorrência de uma lesão<sup>23</sup>.

#### 4 A LIBERDADE DE INFORMAÇÃO: EM PARTICULAR, A LIBERDADE DE RECEBER INFORMAÇÕES

Comentada a sentença do Tribunal Supremo, parece correto afirmar que as normas analisadas afetam – potencialmente – a liberdade de receber informações<sup>24</sup>. E por isso é oportuno analisar, sinteticamente, esta liberdade, novamente tanto em referência ao Direito italiano como ao Direito supranacional.

<sup>21</sup> Cf. GALLO, E. *Il delitto di attentato nella teoria generale del reato*, Milano, 1966.

<sup>22</sup> Cf. MANTOVANI, F. Op. cit., 204 ss.

<sup>23</sup> “*Il pericolo non è necessariamente insito nella stessa condotta, poiché al momento di essa è possibile controllare l'esistenza o meno delle condizioni per il probabile verificarsi dell'evento lesivo, ma esso viene presunto juris et de jure, per cui non è ammessa neppure prova contraria della sua concreta inesistenza.*” (cit. MANTOVANI, F. Op. cit., 204 ss.)

<sup>24</sup> Cf. PAPA, A. *Il diritto dell'informazione e della comunicazione nell'era digitale*, Torino, 2018; FOIS, S. *Principi costituzionali e libera manifestazione del pensiero*, Milano, 1957; CHIOLA, C. *L'informazione nella Costituzione*, Padova, 1973.

No ordenamento jurídico italiano, a liberdade de informação admite-se por meio do art. 21 da Constituição, que reconhece a liberdade de expressar e difundir livremente os pensamentos<sup>25</sup>. O Tribunal Constitucional italiano, além disso, afirma<sup>26</sup> que esta liberdade constitui um elemento fundamental da forma do Estado Democrático<sup>27</sup>. Entretanto, a diferença do art. 20 da Constituição espanhola, que é mais detalhado<sup>28</sup>, com o conteúdo do art. 21 da italiana tem sido o resultado da interpretação. Em particular, é consenso que a liberdade de expressão pode ser dividida em três situações jurídicas diferentes: a liberdade de expressão geral, a liberdade de produzir informações e a liberdade, que diz respeito a essa busca de receber informações. A nível supranacional, tanto o art. 11 da *Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia*<sup>29</sup> como o art. 10 da *Convenção Europeia de Direitos Humanos*<sup>30</sup> reconhecem a liberdade de expressão.

<sup>25</sup> *“Tutti hanno diritto di manifestare liberamente il proprio pensiero con la parola, lo scritto e ogni altro mezzo di diffusione. La stampa non può essere soggetta ad autorizzazioni o censure. Si può procedere a sequestro soltanto per atto motivato dell’autorità giudiziaria nel caso di delitti, per i quali la legge sulla stampa espressamente lo autorizzi, o nel caso di violazione delle norme che la legge stessa prescrive per l’indicazione dei responsabili. In tali casi, quando vi sia assoluta urgenza e non sia possibile il tempestivo intervento dell’autorità giudiziaria, il sequestro della stampa periodica può essere eseguito da ufficiali di polizia giudiziaria, che devono immediatamente, e non mai oltre ventiquattro ore, fare denuncia all’autorità giudiziaria. Se questa non lo convalida nelle ventiquattro ore successive, il sequestro s’intende revocato e privo d’ogni effetto. La legge può stabilire, con norme di carattere generale, che siano resi noti i mezzi di finanziamento della stampa periodica. Sono vietate le pubblicazioni a stampa, gli spettacoli e tutte le altre manifestazioni contrarie al buon costume. La legge stabilisce provvedimenti adeguati a prevenire e a reprimere le violazioni.”*

<sup>26</sup> Sentencia n° 84 del 1969 del Tribunal constitucional italiano.

<sup>27</sup> *El Tribunal habla de “piedra angular de la democracia”.*

<sup>28</sup> *Que individualiza como o limite “en el respeto a los derechos reconocidos en este Título, en los preceptos de las leyes que lo desarrollen y, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia”.*

<sup>29</sup> *“Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras.”*

<sup>30</sup> *“Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras. El presente artículo no impide que los Estados sometan a las empresas de radiodifusión, de cinematografía o de televisión a un régimen de autorización previa. El ejercicio de estas libertades, que entrañan deberes y responsabilidades, podrá ser sometido a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones, previstas por la ley, que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, la protección de la reputación o de los derechos ajenos, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial.”*

Entretanto, a diferença em relação à Constituição italiana é que nas duas Cartas fala-se expressamente da liberdade de receber informações.

É também verdade que, mesmo compartilhando a ideia de que essa liberdade tem um caráter fundamental<sup>31</sup>, tanto o Direito nacional como o Direito supranacional admitem limites, isto é, parâmetros para consentir ao legislador limitar a liberdade de informação<sup>32</sup>. Por um lado, o art. 21 da Constituição italiana é muito genérico e admite, como único limite, o “bom costume” – a “moral”<sup>33</sup>. Não é fácil definir o conteúdo exato deste limite, pois o Tribunal constitucional italiano afirma<sup>34</sup> que com esta expressão devemos entender toda a pluralidade de perspectivas éticas da sociedade, para que a liberdade de informação possa ser comprimida quando a comunidade sentir-se ameaçada pelo conteúdo disseminado, graças à mesma liberdade de informação. Por outro lado, enquanto a *Carta dos Direitos Fundamentais* é muito genérica, o art. 10 do CEDH é mais detalhado, pois afirma que a liberdade pode limitar-se por meio de “medidas necessárias, em uma sociedade democrática, para a segurança nacional, a integridade territorial ou a segurança pública”.

## 5 A SEGURANÇA PÚBLICA E A PONDERAÇÃO CONSTITUCIONAL

Parece oportuno focar a atenção sobre o conceito de segurança pública e a configuração dela como limite à liberdade de informação. Este limite ditado expressamente pela *Convenção Europeia de Direitos Humanos* pode ser considerado de acordo com o previsto e o significado geral da Carta Constitucional italiana.

Em primeiro lugar, o “bom costume” individualizado pelo art. 21 é um conceito tão genérico que, considerando a interpretação do Tribunal, pode-se incluir também a segurança pública. Em segundo lugar, em outros artigos, a

<sup>31</sup> Cf. BARILE, P. *La libertà di manifestazione del pensiero*, Milano, 1975; ZACCARIA, R.; CAPECCHI, L. *La libertà di manifestazione del pensiero*. In: *Trattato di Diritto Amministrativo*, Padova, 1992.

<sup>32</sup> Cf. DI GIOVINE, A. *I confini della libertà di manifestazione del pensiero*, Padova, 1988; PIZZORUSSO, A. *Limiti alla manifestazione del pensiero derivanti dall'incompatibilità del pensiero espresso con principi costituzionali*. In: AA.VV., *Diritti, nuove tecnologie, trasformazioni sociali*. Scritti in memoria di Paolo Barile, Padova, 2003.

<sup>33</sup> “I Costituenti hanno optato per una locuzione (‘buon costume’, appunto) che sottende un concetto alquanto vago e proprio per questo caratterizzato da una elasticità tale da poter essere adattato nel tempo all’evoluzione sociale, soprattutto attraverso l’azione dei soggetti (giudici, ma anche componenti di commissioni in ambito cinematografico, ecc.) chiamati a dare significato al disposto costituzionale.” (Cit. PAPA, A. *Espressione e diffusione del pensiero in internet – Tutela dei diritti e progresso tecnologico*, Torino, 2009, 182)

<sup>34</sup> Sentença n.º 293 de 2000 do Tribunal constitucional italiano.

Constituição individualiza como limite das liberdades individuais a segurança pública, às vezes direta e outras indiretamente. Por exemplo, o art. 16 (liberdade de circulação) fala de “segurança”; o art. 14 (liberdade de domicílio) refere-se à “saúde e incolumidade pública”; o art. 13 (liberdade pessoal) concentra-se em casos gerais de emergência. Em terceiro lugar, além dos artigos listados em muitos outros, a Constituição italiana admite, em geral, que o direito ou a liberdade de um só indivíduo pode ser restringido pelo interesse geral ou por uma situação jurídica coletiva. Faz-se referência, em particular, ao art. 2º da Constituição, que, uma vez reconhecidos os direitos fundamentais do homem, requer-se a observância dos deveres imperativos de solidariedade política, econômica e social<sup>35</sup>. Segundo a doutrina, que comenta o art. 2º da Constituição, a norma parece traçar uma elipse, e as garantias constitucionais flutuam entre os polos da figura à medida que prevalece a tutela do indivíduo ou do coletivo<sup>36</sup>. Por meio do princípio da solidariedade social, pode-se admitir, então, uma compreensão da liberdade de informação para garantir a segurança pública.

Se tudo isso for aceito, questões diferentes surgem: o que é segurança pública?; sim, constatada a natureza de segurança pública, pode-se investigar sobre o equilíbrio constitucional entre segurança pública e liberdade de informação?; e, por fim, até que ponto que a segurança pública pode justificar a limitação de direitos constitucionais?

No que diz respeito à natureza de segurança pública<sup>37</sup>, é interessante ver como na época fascista foi dito que, embora a ordem pública refira-se à defesa das obras do Estado, a segurança pública refere-se diretamente à defesa dos cidadãos e seus bens<sup>38</sup>. Entretanto, essa concepção foi aceita em um contexto histórico em que os direitos dos cidadãos constituíam um reflexo da autoridade

<sup>35</sup> Cf. BARBERA, A. *Commento all’art. 2*. In: *Commentario della Costituzione*. Art. 1-12. Principi fondamentali, Zanichelli - *Foro it.*, a cura di BRANCA, G. Bologna - Roma, 50-119; Cf. BONGIOVANNI, G. *Commento all’art. 2*. Diritti inviolabili e libertà. In: BARBERA (1997), 67-92; FLORENZANO, D.; BORGONOVO RE, D.; CORTESE, F. *Diritti inviolabili, doveri di solidarietà e principio di eguaglianza: un’introduzione*, Torino, 2011.

<sup>36</sup> FIORAVANTI, M. *Art. 2 - Costituzione italiana*, Roma, 2018, 67-68. Cf. BARTOLE, S.; BIN, R. *Commentario breve alla Costituzione*, 2008, 10-14.

<sup>37</sup> Cf. PACE, A. *Il concetto di ordine pubblico nella Costituzione italiana*. In: *Arch. Giur.*, CLXI, 1963, 111 ss.; LAVAGNA, C. *Il concetto di ordine pubblico alla luce delle norme costituzionali*. In: *Dem. Dir.*, 1967, 367 ss., 372; CERRI, A. *voce Ordine pubblico*. In: *Enc. Giur.*, 1990; Id., *voce Ordine pubblico*. In: *Enc. Giur.*, Aggiornamento, *ivi*, XXV, Roma 2007; CORSO, G. *L’ordine pubblico*, Bologna, 1979, 133 ss.

<sup>38</sup> Cf. VON GERBER. *Lineamenti del diritto pubblico tedesco* (Grundzüge des deutschen Staatsrechts, 1880), trad. it. LUCCHINI, P. L. In: Id., *Diritto Pubblico*, Milano, 1971; cf. RUFFINI, F. *Diritti di libertà*, Torino,

do Estado<sup>39</sup>. Hoje, remetendo novamente à jurisprudência do Tribunal Constitucional italiano<sup>40</sup>, pode-se afirmar que a ordem pública corresponde ao plano material, enquanto que a segurança pública, a uma condição psicológica. Em particular, o Tribunal afirma que a segurança pública é concretizada quando os cidadãos podem realizar suas atividades legítimas sem se sentir ameaçados por sua integridade física ou moral<sup>41</sup>.

Isso ainda não é suficiente para entender a natureza da segurança pública. Na realidade, por meio do art. 6º da *Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia*<sup>42</sup>, que reconhece a toda pessoa o “direito à segurança”, pode-se afirmar que se trata de um direito subjetivo. Entretanto, não é fácil aceitar essa configuração: por um lado, não se pode sustentar que, por meio deste direito, qualquer pessoa possa exercer arbitrariamente suas razões, superando os limites da legítima defesa; por outro lado, um direito deste tipo permitiria a um indivíduo esperar que a polícia atue em seu socorro cada vez que se sinta ameaçado<sup>43</sup>. Com referência, em particular, à segunda questão, uma interpretação do Tribunal Constitucional é novamente útil. Em 2001, o Tribunal concluiu<sup>44</sup> que não se pode incluir nos direitos fundamentais, ex-art. 2º da Constituição, o direito à proteção da própria segurança contra atos que constituem crimes e obter, em consequência, a limitação da liberdade pessoal de quem os comete. Em resumo, segundo o Tribunal, a competência exclusiva para decidir os casos de emergência que podem determinar a privação da liberdade pessoal é do legislador. Portanto, parece mais concreto qualificar a segurança pública como uma “função do Estado”, que, sem dúvidas, representa um bem jurídico e determina um interesse coletivo<sup>45</sup>.

---

1926, 102 ss., mencionadas también por UNGARI, P. In: *Alfredo Rocco e l'ideologia giuridica del fascismo*, Brescia, 1963, 65 ss.

<sup>39</sup> Cf. FIORAVANTI, M. *Costituzione e popolo sovrano*. La Costituzione italiana nella storia del costituzionalismo moderno, Bologna, 2004.

<sup>40</sup> Sentencia nº 2 del 1956 del Tribunal constitucional italiano.

<sup>41</sup> Cf. CHECCHI, O. *Il nuovo codice di p.s.: commentato e preceduto da una nota illustrativa*, Firenze, 1927, 4.

<sup>42</sup> “Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad.”

<sup>43</sup> Por una crítica al “derecho a la seguridad” cf. DE GIORGI, A. *Zero tolleranza*. Strategie e pratiche della società di controlli, Roma, 2000 e WACQUANT, L. *Parola d'ordine: tolleranza zero*. La trasformazione dello stato penale nella società neoliberalista, Milano, 2000.

<sup>44</sup> Sentencia nº 187 del 2001 del Tribunal Constitucional italiano.

<sup>45</sup> Cf. PACE, A. La sicurezza pubblica nella legalità costituzionale. In: *Rivista Aic*, 2015.



Encontra-se, assim, a segunda questão suscitada: se em um juízo de ponderação constitucional se pode pôr, por um lado, a liberdade de informação e, por outro lado, a segurança pública? Referindo-se à jurisprudência constitucional e a doutrinas autoritárias, pode-se afirmar que o julgamento da ponderação constitucional é o local em que os tribunais constitucionais criam novos direitos e novos princípios<sup>46</sup>. Se é verdade, também, que a segurança pública é uma especificação da solidariedade social, pode-se admitir que o juízo constitucional seja o momento em que a segurança pública converte-se em um princípio do Direito. De fato, fazendo referência à doutrina autoritária, pode-se dizer que o princípio seja o indicador que tenha que respeitar, mas sua aplicação requer conscientização<sup>47</sup>; melhor, poderíamos dizer que aplicar um princípio corresponda exatamente a concretizá-lo, assim como o equilíbrio constitucional é o espaço no qual se concretiza a segurança pública<sup>48</sup>.

Aceitando esta reconstrução e, portanto, a possibilidade de elevar um peso constitucional entre liberdade de informação e segurança pública, também é necessário entender até que ponto a emergência (e depois a “necessidade de segurança”) pode justificar a discricionariedade do Parlamento e Governo e, conseqüentemente, a limitação dos direitos humanos.

## CONCLUSÕES

É necessário observar como é inevitável que periodicamente o Estado constitucional admita a compressão dos direitos fundamentais. Utilizando as palavras da doutrina, a história constitucional europeia foi marcada por ameaças à ordem pública e pelas reações do Estado, que, para proteger a segurança coletiva, interrompe o reconhecimento das garantias constitucionais<sup>49</sup>. No que diz respeito à Itália, por exemplo, nos anos oitenta o legislador admitiu, de maneira elástica, para contrastar com o terrorismo interno, as hipóteses de prisão preventiva, e o Tribunal Constitucional<sup>50</sup> afirmou que Parlamento e Governo

<sup>46</sup> Por ejemplo, el “derecho a la vida”, expresión totalmente ausente en el texto de la Constitución italiana. V. Sentencia nº 27 del 1975 del Tribunal constitucional italiano.

<sup>47</sup> Cf. GUASTINI, R. voce Principi di diritto. In: *Dig. Disc. Priv. – Sez. Civ., Agg.*, Torino, 2011, 686 ss.

<sup>48</sup> Cf. IOVANE, M. La participation de la société civile à l’élaboration et à l’application du droit international de l’environnement. In: *Revue Générale de Droit International Public*, 112, 2015, n. 3, 492.

<sup>49</sup> Cf. BIN, R. Democrazia e terrorismo. In: *Terrorismo internazionale e diritto penale*, a cura di DE MAGLIE, C. e SEMINARA, S. Padova, 2007, 39-54.

<sup>50</sup> Sentencia nº 15 del 1982 del Tribunal constitucional italiano; Cf. BARAK, A. Democrazia, terrorismo e Corti di giustizia. In: *Giur. Cost.*, 2002.



tiveram, em caso de emergência, não somente o direito, mas também o dever de aprovar uma legislação que assegura a segurança pública<sup>51</sup>.

Se tudo isso fosse verdade, é fácil entender como um risco enorme que a “emergência” ou a “necessidade” justifique a discricionariedade dos Poderes do Estado e permita, então, uma compreensão de direitos e liberdades fundamentais, em geral, e a liberdade de informação, em concreto.

Portanto, mesmo admitindo-se que a liberdade de informação seja limitada por razões de segurança, considerar-se o acesso ao conteúdo informativo evidência suficiente para demonstrar um ato terrorista, deixa algumas dúvidas que permitem questionar a constitucionalidade dos regulamentos de prevenção analisados.

Em particular, o art. 270 *quinquies* do Código Penal poderia ser contrário ao princípio da ofensividade<sup>52</sup>, considerando que, avançando a pena a uma fase de preparação do delito, admite-se a relevância criminal de um ato não prejudicial, que não afeta a integridade física ou moral de ninguém. Alguns propuseram uma concepção “realista” do direito penal, afirmando que é normal que a lei reconheça duas “tipologias” do direito penal<sup>53</sup>: uma que se funda no princípio da ofensividade e outra que se funda na prevenção. Além disso, essa concepção considera legítimo este último somente nos limites da necessidade e da emergência. Parece, entretanto, que aceitar esta concepção pode constituir o pretexto não somente para superar o princípio da ofensividade, mas também todos os outros princípios constitucionais que caracterizam o direito penal, como o da personalidade e culpabilidade<sup>54</sup>. Mesmo assim, o Tribunal constitucional, em outras sentenças<sup>55</sup>, especificou que não se pode admitir crime sem ofensa, consagrando o princípio *nullum crimen sine iniuria*. Então, mesmo admitindo

<sup>51</sup> Cf. FIORAVANTI, M. *Costituzionalismo*. Percorsi della storia e tendenze attuali, Roma-Bari, 2009; Cf. DENNINGER, E. Dallo “Stato di diritto” allo “Stato di prevenzione”. In: BALDINI, V. (a cura di), *Sicurezza e stato di diritto: problematiche costituzionali*, Cassino, 2005, 54.

<sup>52</sup> Cf. MARINUCCI-DOLCINI. *Manuale di diritto penale - Parte generale*, Milano, 2017.

<sup>53</sup> Cf. MANTOVANI, F. Op. cit., 204 ss.

<sup>54</sup> Cf. CAVALIERE, A. Le nuove emergenze terroristiche: il difficile rapporto tra esigenze di tutela e garanzie individuali. In: *Diritto Penale e Modernità - Le nuove sfide fra terrorismo, sviluppo tecnologico e garanzie fondamentali* (a cura di) WENIN, R.; FORNASARI, G. 13 ss.

<sup>55</sup> Em particular, Sentença nº 249 del 2010 do Tribunal Constitucional.

a necessidade de prevenção, é difícil reconhecer a constitucionalidade de um crime totalmente inofensivo<sup>56</sup>.

A norma parece contrária também ao art. 27 da Constituição, em particular quando se requer que a pena sirva para obter uma reabilitação do condenado<sup>57</sup>. É difícil entender, de fato, qual deveria ser a reeducação de um indivíduo que não realizou nenhum ato ofensivo, se não houver evidências suficientes, além de material informativo pesquisado na internet, para demonstrar que sua intenção era realizar um atentado<sup>58</sup>. É evidente como que o princípio de reabilitação da pena também é reconhecido pelo CEDH. A jurisprudência do TEDH afirmou, de fato, que dito princípio é expressão do art. 3º da Convenção, no qual se fala que “ninguém pode ser submetido a tortura ou a tratamentos ou penas desumanos ou degradantes”<sup>59</sup>.

<sup>56</sup> Cf. PAPA, A. Op. cit., 173-200. *La norma, además, podría ser contraria al principio de determinación de la pena. La ley no afirma, en efecto, qué tipo de informaciones constituyan adiestramiento con finalidad criminal o por cuánto tiempo y qué tipo de información sean necesarios para hablar de terrorismo. Como se ha visto también en la sentencia del Tribunal de Casación analizada antes, es la discrecionalidad del juez que establece cuando los actos cumplidos sean suficientes para integrar el crimen.* Cf. GAROFOLI, R. *Manuale di diritto penale – Parte generale*, Roma, 2017.

<sup>57</sup> Cf. MUSUMECI, C.; PUGIOTTO, A. *Gli ergastolani senza scampo*. Fenomenologia e criticità costituzionali dell’ergastolo ostativo, Napoli, 2016; Cf. MARINI, G. voce Pena (diritto penale). In: *Novissimo Digesto Italiano*, Appendice V, 1980, 792 ss.; NUVOLONE, P. voce Pena (diritto penale). In: *Enciclopedia del Diritto*, 32, 1982, 787 ss.

<sup>58</sup> Cf. FRIGO, G. *La funzione rieducativa della pena nella giurisprudenza costituzionale*. Articolo pubblicato sul sito della Corte Costituzionale: [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it); EUSEBI, L. *La pena “in crisi”*. Il dibattito sulla funzione della pena, Brescia, 1990; MOCCIA, S. *Il diritto penale tra essere e valore*. Funzione della pena e sistematica teologica, Napoli, 1992; PAGLIARO, A. Sanzione. II) Sanzione penale. In: *Enciclopedia Giuridica*, 28, 1992; TRONCONE, P. *Manuale di diritto penitenziario*, Giappichelli, 2015, 3 ss. Si consenta un rinvio anche a PALOMBINO, G. *Ergastolo ostativo e funzione “variabile” della pena: una prospettiva costituzionale ed europea*. In: *Diritto Pubblico Europeo Rassegna online*, 2017.

<sup>59</sup> *Em particular, v. Vinter e altri c. Regno Unito*, sent. 9 luglio 2013, par. 118: “The same commitment to the rehabilitation of life sentence prisoners and to the prospect of their eventual release can be found in international law. The United Nations Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners direct prison authorities to use all available resources to ensure the return of offenders to society [...] Additional, express references to rehabilitation run through the Rules [...]. Equally, Article 10 § 3 of the International Covenant on Civil and Political Rights specifically provides that the essential aim of the penitentiary system shall be the reformation and social rehabilitation of prisoners. This is emphasised in the Human Rights Committee’s General Comment on Article 10, which stresses that no penitentiary system should be only retributory [...]. Finally, the Court notes the relevant provisions of the Rome Statute of the International Criminal Court, to which 121 States, including the vast majority of Council of Europe member States, are parties. Article 110(3) of the Statute provides for review of a life sentence after twenty-five years, followed by periodic reviews thereafter. The significance of Article 110(3) is underscored by the fact that Article 110(4) and (5) of the Statute and Rules 223 and 224 of the ICC’s Rules of Procedure and Evidence set out detailed procedural and substantives guarantees which should

Para concluir, além de esperar maior responsabilidade do legislador e do governo, que não pode abusar do texto constitucional, mesmo mantendo sua própria discricionariedade<sup>60</sup>, cabe ao juiz a tarefa mais complexa. No momento de concretizar a lei, o juiz deve distinguir entre a emergência e a oportunidade política, na perspectiva de entender quando a proporção extrema da sanção penal é a única maneira de proteger a segurança pública.

Submissão em: 26.11.2019

Avaliado em: 20.08.2020 (Avaliador A)

Avaliado em: 17.08.2020 (Avaliador B)

Aceito em: 20.08.2020

---

*govern that review. The criteria for reduction include, inter alia, whether the sentenced person's conduct in detention shows a genuine dissociation from his or her crime and his or her prospect of resocialisation [...]."*

<sup>60</sup> Cf. SILVESTRI, G. L'abuso del diritto nel diritto costituzionale. In: *Rivista Aic*, 2016.

# A VIOLÊNCIA ECONÔMICA: PERSPECTIVAS DE DIREITO COMPARADO<sup>1-2</sup>

## *ECONOMIC DURESS: PROSPECTIVES OF COMPARATIVE LAW*

**Rémy Cabrillac<sup>3</sup>**

Professor Titular de Direito Privado da Faculdade de Direito de Montpellier  
(UMONTPPELLIER, Montpellier, França)

**ÁREA(S):** direito privado; direito francês; direito comparado.

**RESUMO:** O presente texto tem por objetivo analisar a figura da violência econômica (art. 1.140 do Código Civil), introduzida no Direito Civil francês pela *Ordonnances* de 2016. O trabalho foca em uma perspectiva de direito comparado, a fim de estudar se a solução francesa está em verdadeira harmonia com os modelos adotados por outros ordenamentos estrangeiros.

**ABSTRACT:** *This text aims to analyze the figure of economic violence (art. 1.140 of*

*the Civil Code), introduced in French civil law by the Ordonnance of 2016. The work focuses on a perspective of comparative law, in order to study whether the French solution is according with the models adopted by other foreign systems.*

**PALAVRAS-CHAVE:** violência econômica; Direito francês; direito comparado.

**KEYWORDS:** *economic duress; french Law; comparative law.*

**SUMÁRIO:** Introdução; I – O vício de violência econômica; II – O abuso do poder econômico; Conclusão.

---

<sup>1</sup> O presente texto, em sua versão original, encontra-se no volume *La violence économique – À l'aune du nouveau droit des contrats et du droit économique*. Association Henri Capitant, Paris: Dalloz, 2017.

<sup>2</sup> Tradução: Fábio Siebeneichler de Andrade, Professor Titular de Direito Civil da Pontifícia Universidade Católica do RS (PUC-RS) e do Programa de Pós-Graduação da PUC-RS. *E-mail:* fabiosiebenandrade@gmail.com. Currículo: <http://lattes.cnpq.br/5144874187298158>. Orcid: <https://orcid.org/0000-0001-5562-349X>.

<sup>3</sup> *E-mail:* [remy.cabrillac@umontpellier.fr](mailto:remy.cabrillac@umontpellier.fr).

**SUMMARY:** *Introduction; I – The vice of economic duress; II – The abuse of economic power; Conclusion.*

## INTRODUÇÃO

A *Ordonnance* de 10.02.2016, ao reformar o Direito das obrigações francês, entre diversas novidades, inseriu a figura da violência econômica, disciplinada atualmente no art. 1.140 do *Code Civil* de 1804, configurando-o como situação de invalidade do contrato<sup>4</sup>.

As duas contribuições precedentes demonstram que a noção de violência econômica é suscetível de uma abordagem estrita e de uma visão ampla<sup>5</sup>. Essa dupla percepção transparece, igualmente, nos direitos estrangeiros.

No sentido estrito do termo, a violência econômica se vincula aos vícios de consentimento, mais precisamente à violência física ou moral viciante do consentimento do contratante, e suscetível de conduzir, assim, à anulação do contrato. O constrangimento decorre das modalidades de conclusão do contrato, pelo qual uma das partes é conduzida a se vincular, caso ela não queira sofrer um grave ataque a seu patrimônio ou uma importante perda econômica.

Nessa hipótese estrita de aplicação da figura, a questão da violência econômica se coloca desde longo tempo em diversos ordenamentos. Ela foi disciplinada, inicialmente, de forma negativa, em nome da segurança jurídica: um contrato não deve ser facilmente questionado; a violência econômica somente deve ser admitida quando pode ser claramente compreendido que o consentimento de um contratante pode ser realmente alterado.

Uma evolução se apresenta depois de transcorrido meio século, em nome da ideologia da proteção do fraco contra o forte, herdada do direito de consumação, que conduziu à consagração do vício de violência econômica em numerosos ordenamentos jurídicos (I).

Ocorre, porém, que a conexão à vontade dos contratantes se apresenta como fictícia e muito estreita para permitir uma real proteção do fraco contra o forte. É assim que emergiu uma concepção ampla de violência econômica,

<sup>4</sup> [NT] “Art. 1.140. *Il y a violence ‘lorsqu’une partie s’engage sous la pression d’une contrainte qui lui inspire la crainte d’exposer sa personne, sa fortune ou celles de ses proches à un mal considérable’.*”

<sup>5</sup> [NT] REVET, Thierry. La “violence économique” dans la jurisprudence. In: *La violence économique*, op. cit., p. 11-23; MAZEAUD, D. La violence économique à l’aune de la réforme du droit des contrats. In: *La violence économique*, op. cit., p. 25-30.

destacada dos vícios de consentimento, e, portanto, de uma análise subjetiva. É o desequilíbrio objetivo do contrato, nascido de uma desigualdade de poder econômico entre as partes, que o direito vai sancionar mediante a figura do abuso de poder econômico (II).

## I - O VÍCIO DE VIOLÊNCIA ECONÔMICA

A violência econômica *stricto sensu* é admitida desde longo tempo no Direito inglês, o que não pode deixar de surpreender ao menos sob três pontos de vista. Inicialmente, o Direito inglês não possui uma teoria geral dos vícios de consentimento fundada sobre o princípio da autonomia da vontade, diferentemente dos Direitos europeus continentais e, particularmente, do Direito francês.

Mesmo se essa rigidez da *common law* é temperada pela *Equity*, daí resulta uma admissão restritiva dos diferentes vícios de consentimento, *mistake*, *misrepresentation* ou *duress*, que conduz, por exemplo, a um reconhecimento muito mais estrito da nulidade em caso de erro do que no Direito francês<sup>6</sup>.

Além disso, o Direito inglês é muito vinculado à segurança jurídica e somente admite com dificuldade que um contrato possa ser questionado judicialmente. Como afirmava Sir. George Jessel no caso *Printing and Numeral registering co v. Sampson*<sup>7</sup>: “É preciso que os contratos, quando foram concluídos livre e voluntariamente, sejam considerados como sagrados e que os tribunais os façam respeitar”. Enfim, o direito contratual inglês é dominado pela liberdade contratual e pela eficácia econômica, que constitui seu corolário: as pressões econômicas sobre o contratante fazem parte dos argumentos comerciais naturalmente admitidos pelos Tribunais ingleses.

O Direito inglês, porém, sob a influência de Lord Denning, vinculado à proteção do *little man*, do pequeno contra os poderosos, desenvolveu a partir dos anos setenta do século passado a noção de violência econômica – *economic duress*. Assim, em um caso submetido à jurisdição inglesa, um sindicato ameaçou ilegalmente bloquear um navio em um porto para obter o pagamento de valores atrasados devidos aos marinheiros, bem como de valores destinados aos fundos sociais. O pagamento efetuado nessas condições por um armador que pretendia

<sup>6</sup> Cf. CABRILLAC, R. *Droit européen compare des contrats*. 2. ed. Lextenso, n. 122, 2016.

<sup>7</sup> [1875] LR 19 Eq. 462, spéc. 465.

evitar a perda econômica ligada à imobilização do seu navio foi anulado por força da *economic duress*<sup>8</sup>.

Da mesma forma, foi julgado em outro caso que a ameaça de romper um contrato existente pode constituir uma situação de *economic duress*. O construtor de um navio exigiu um aumento de dez por cento do preço fixado, aumento que o armador aceitou para poder receber a embarcação no prazo estabelecido<sup>9</sup>. Os Tribunais consideraram que o aumento do preço obtido desse modo do contratante era passível de vício de violência econômica e devia, portanto, ser declarado nulo.

Apesar desses precedentes, a admissão da violência econômica permanece uma situação excepcional. Os Tribunais ingleses consideram que deve ser estabelecida a ausência de violência do contratante. Há que se apresentar a intenção de vincular mediante o consentimento dos termos do contrato, mas a vontade será reputada viciada quando não houver uma verdadeira alternativa, outra escolha possível para o contratante<sup>10</sup>. O caráter ilegítimo da pressão exercida é igualmente levado em consideração<sup>11</sup>.

Há que se acrescentar que o Direito inglês vincula igualmente aos vícios de consentimento a figura do *undue influence*, o abuso de influência, situação pela qual uma pessoa se aproveita da influência que ela pode exercer sobre outra ao ponto de fazê-la perder seu livre-arbítrio, de alienar sua vontade e de obter, assim, o seu consentimento<sup>12</sup>.

A *undue influence* é presumida quando há entre duas pessoas relações de poder ou de autoridade. Se a noção de *undue influence* é mais ampla do que o vício de violência econômica, ela pode ser aplicada nas situações em que um dos contratantes se aproveita de um desequilíbrio de poderio econômico em

---

<sup>8</sup> Cf. *Universe Tankship Inc. of Monrovia v. International Transport Workers Federation*, HL [193] AC 366.

<sup>9</sup> *North Ocean Shipping Co Ltd. v. Hyundai Construction Co. Ltd.*, [1979] QB 705. A violência econômica foi, porém, rejeitada no caso concreto em face da circunstância de o armador ter continuado a pagar sem objeções.

<sup>10</sup> Nesse sentido, cf. Lord Scarman, no caso *Universe Tankship*, antes citado: “*There must be pressure, the practical effect of which is compulsion or the absence of choice*”.

<sup>11</sup> Ver, a respeito, Lord Scarman, *Universe Tankship*: “*Two elements in the wrong of duress: (1) pressure amounting to compulsion of the will of the victim; and (2) the illegitimacy of the pressure exerted*”.

<sup>12</sup> Cf., a respeito, *Anson's Law of Contract* (29. ed. Oxford, 2010, Part. II, 7, II, a): “*One party exercised such domination over the mind and will of the other that the latter's Independence of decision was substantially undetermined, and this domination brought about the transaction, the victim will be entitled to relief on the ground of undue influence*”.

seu favor. Na decisão *Lloyds's Bank v. Bundy*, tratava-se de um jovem que tinha necessidade de crédito e contacta para esse fim um empregado do banco de seu pai. O empregado se dirige à firma paterna e obtém a garantia paterna, sem que lhe seja dado qualquer conselho ou indicação sobre a situação financeira do filho. Os juízes consideram, no caso, que estava presente uma situação de *undue influence*<sup>13</sup>.

Ao intervir nessa decisão, Lord Denning propôs uma interpretação mais avançada, no sentido de retirar a eficácia de um contrato na situação em que, entre dois contratantes, possa ser constatada uma disparidade de poder econômico (*inequality of bargaining power*) e que a *consideration* fornecida seja fortemente desproporcional (*grossly inadequate*). Mas essas sugestões não foram acolhidas: exigir uma *adequate consideration*, uma contraprestação proporcional, arruinaria a segurança das convenções outorgando aos juízes o poder questionar muito facilmente o contrato.

É interessante constatar que essa abordagem, consagrando a violência econômica como vício de consentimento, parece atualmente relativamente isolada. Muitas codificações recentes simplesmente ignoraram a noção de violência econômica *stricto sensu*.

As soluções mais próximas parecem ser aquelas que invocam o estado de necessidade. Nesse sentido, pode-se citar o Direito holandês, que, no art. 3.44 (4) do Código Civil holandês (*Burgerlijk Wetboek*), sob o título “Defeito da vontade para a validade de um ato jurídico”, dispõe sobre a anulação de um contrato quando uma parte sabia ou deveria saber que seu contratante somente se vinculou devido à influência de circunstâncias particulares como em estado de necessidade, de dependência, de fraqueza, de vício, sob estado mental ou sob inexperiência<sup>14</sup>.

<sup>13</sup> Cf. *Lloyd's bank v. Bundy*, [1975] QB 326.

<sup>14</sup> [NT] “Art. 3:44 Defective will for performing a juridical act.

1. A juridical act is voidable when it has been performed under the influence of threat, fraud or abuse of circumstances.

2. Threat is legally present when someone induces another person to perform a juridical act under the influence of an unlawful intimidation to hurt him or a third party in person or property. The threat must be of such a degree that reasonable evaluating people could have been influenced by it in a similar way.

3. Fraud is legally present when someone induces another person to perform a juridical act by deliberately making an incorrect statement, by deliberately concealing a fact that had to be revealed or by another artifice. However, generally described presentations or offers do not in itself result in fraud, even when they are incorrect.

4. Abuse of circumstances is legally present when someone who knows or should have known that another person might be induced to perform a juridical act because he is under the influence of particular circumstances, like a



Na mesma linha, situa-se o art. 31 da Lei dinamarquesa sobre os contratos, de 1966<sup>15</sup>, que prevê a nulidade do contrato concluído mediante exploração da fraqueza de outrem, se esta exploração foi consciente ou pode ser considerada como tal.

Os textos que evocam o estado de necessidade subordinam, às vezes, a nulidade do ato a um proveito excessivo obtido pela outra parte. Aparece, aqui, a ambiguidade de vinculação do tema ao vício de consentimento: do ponto de vista ideal, o único critério de configuração da violência econômica deveria ser a alteração da vontade daquele que se vincula, pouco importa a contrapartida obtida pelo contratante.

O Código Civil romeno de 2011, por exemplo, aborda o estado de necessidade no âmbito dos preceitos concernentes à violência como fator de vício do contrato (Livro V, Título II, Capítulo I, Seção III, § 3), e dispõe, no art. 1.218, que “o contrato celebrado por uma parte em estado de necessidade, somente pode ser anulado se a outra parte tiver se aproveitado desta circunstância”<sup>16</sup>.

No mesmo sentido, o Código Civil brasileiro de 2002 disciplina o estado de perigo no art. 156<sup>17</sup>, na sua Parte Geral, Seção IV, Capítulo IV, consagrado aos vícios dos negócios jurídicos – conjuntamente ao erro, ao dolo e à coação.

Pode-se, ainda, referir que o Código Civil da Federação da Rússia, de 1994, no art. 179.1.11<sup>18</sup>, sanciona igualmente como nulo, em linha com o dolo

---

*state of emergency, dependency, thoughtlessness, an addiction, an abnormal mental condition or inexperience, nevertheless has stimulated this other person to perform this juridical act, although what this someone knew or should have known, should have refrained him from doing so.*

*5. If a statement has been made under the influence of threat, fraud or abuse of circumstances caused by someone who is not a party to a juridical act, then it is not possible to appeal to this legal defect towards a counterparty who had no reason to assume that it existed”*

<sup>15</sup> [NT] “Art. 31. (1) If a person has exploited another person’s financial or personal distress, lack of knowledge, thoughtlessness or an existing dependency relationship to obtain or contract for a benefit that is substantially disproportionate to the consideration or for which no consideration is to be given, the person so exploited is not bound by his declaration of intention. (2) The same applies if the exploitation governed by subsection (1) hereof is a result of the acts of a third party and the person to whom the declaration of intention was made realised or ought to have realised this.”

<sup>16</sup> Cf. BORCAN, Daniela; CIURUC, Manuela; LAPORTE-LEGEAIS, Marie-Eugénie; MOREAU, Michel. *Nouveau Code Civil roumain*: traduction commentée. Paris: Juriscope, Dalloz, 2013.

<sup>17</sup> “Art. 156. Configura-se o estado de perigo quando alguém, premido da necessidade de salvar-se, ou a pessoa de sua família, de grave dano conhecido pela outra parte, assume obrigação excessivamente onerosa.”

<sup>18</sup> “L’acte passé sous l’emprise du dol, de la violence, d’une menace, de l’accord malintentionné du représentant de l’une des parties avec l’autre, ainsi que l’acte qu’une personne a été obligée de passer em raison de circonstances

ou a violência, o ato que uma pessoa tenha sido obrigada a realizar em razão de circunstâncias graves, em condições extremamente desfavoráveis.

Uma solução próxima é tentada pela lesão, vinculada ao vício de consentimento, na tradição francesa do Code Civil de 1804. O Código Civil do Quebec, por exemplo, consagra ao tema da lesão o art. 1.406, na parte relativa às “qualidades e vícios de consentimento”. Considera-se que pode ocorrer a nulidade do contrato se a exploração de um dos contratantes acarreta uma desproporção importante entre as prestações das partes. No caso, cumpre pontuar que a própria circunstância de que exista desproporção importante faz presumir a exploração<sup>19</sup>.

Há que se ter presente, quanto a esse ponto, que as fórmulas “estado de necessidade” ou “estado de perigo” são mais amplas do que aquelas relativas à noção de violência econômica *stricto sensu* e devem favorecer a anulação de atos jurídicos por outras causas que as que concernem às pressões econômicas que conduzam um contratante a se vincular. Essa ampliação do domínio da nulidade efetiva se explica pela influência da proteção do fraco contra o forte que impregna as codificações modernas. O Código Civil brasileiro é, a esse título, emblemático, pois previu, em sua versão original, de maneira geral, que a liberdade econômica deve ser exercida dentro dos limites da função social do contrato (art. 421)<sup>20</sup>.

Há que se considerar, em essência, que a amplitude e a imprecisão dessas noções contemplam o risco de engendrar dificuldades de interpretação, o que explica, sem dúvida, que elas sejam raramente acolhidas pelas legislações ou pelos projetos contemporâneos, que preferem sancionar o abuso de poder econômico.

---

*graves à des conditions extrêmement défavorables pour elle et dont l'autre partie a profité (acte leonin) peut être déclaré nul par le tribunal à la demande de la partie lésée” (Code Civil de la Fédération de Russie, Juriscope, 2005) [NT: O ato celebrado sobre influência do dolo, da violência, de uma ameaça, a partir de um acordo mal-intencionado do representante de uma partes com a outra, assim como o ato que uma pessoa foi obrigada a realizar em razão de circunstâncias graves em condições extremamente desfavoráveis para e da qual o outro se aproveitou (ato leonino) pode ser declarado nulo pelo tribunal a partir de pedido da parte lesada.]*

<sup>19</sup> Ver, por exemplo, LLUELLES, D.; MOORE, B. *Droit des Obligations*. 2. ed. Paris: Themis, 2012, n. 752; LEVESQUE, F. *Précis de droit québécois des obligations*, 2014, n. 122.

<sup>20</sup> [NT] O art. 421 teve sua redação alterada pela Lei nº 13.874/2019.

## II - O ABUSO DO PODER ECONÔMICO

Conforme referido antes, a maior parte dos ordenamentos se distancia de uma visão estrita da visão econômica, por se tratar de uma hipótese do vício tradicional de violência, que pode parecer um pouco tradicional.

O abuso de poder econômico não pode ser considerado sempre como um vício de consentimento: aquele que se vincula em um contrato desequilibrado o faz com todo conhecimento de causa, estando sempre livre para se recusar a fazê-lo. Simplesmente, se ele aceita vincular-se, a razão está em que a conclusão do contrato constitui para ele um mal menor. Sua aceitação ao engajamento contratual resulta, portanto, de uma livre escolha entre os inconvenientes sobre os quais ele pode, em toda consciência, pesar e apreciar: alguém celebra um contrato desequilibrado porque há necessidade de ingressos financeiros para pagar seus salários; movimentar sua empresa; alguém vincula-se a um contrato desequilibrado porque, do contrário, seu contratante lhe privaria das encomendas, que constituem 80% de seu portfólio.

Se a essência das relações contratuais, em particular comerciais, consiste em que os contratantes se enriqueçam, caso alguém lucre mais que outro, a razão para isso reside, em princípio, no senso negocial deste, não havendo, portanto, razão para que ele seja objeto de sanção. Essa faculdade concedida pela ordem jurídica, porém, não deve ser exercida abusivamente. Desse modo, será apenas na hipótese de configuração de abuso do poder econômico, invocado de forma explícita ou implícita, que incidirá uma sanção.

Pode-se observar que disposições ou projetos normativos persistem, algumas vezes, em uma certa ambiguidade, acerca do fundamento da sanção do abuso de poder econômico, tendo dificuldade a romper com o cordão umbilical mantido com os vícios de consentimento. Um exemplo nesse sentido vislumbra-se na *Proposta de regulamentação relativa ao direito comum europeu da compra e venda*, de 2011, que sanciona claramente o abuso de poder econômico, mas em um capítulo relativo aos vícios de consentimento (art. 51)<sup>21</sup>. No mesmo espírito,

<sup>21</sup> [NT] “Art. 51. Exploração desleal.

Uma parte pode invocar a nulidade do contrato se, quando de sua conclusão:

a) ela estava em um estado de dependência relativamente à outra parte ou em uma relação de confiança com ela, em estado de angústia econômica ou necessidades urgentes, em que ela foi imprevidente, ignorante ou inexperiente, e) que a outra parte sabia ou poderia ter presumido a ciência, e que, à luz das circunstâncias e da finalidade do contrato, ela tenha explorado a situação da primeira parte ao extrair do contrato um proveito excessivo ou uma desvantagem desleal.”

podem ser citados os *Princípios de direito europeu de contratos*, que sancionam o proveito excessivo ou a desvantagem desleal no art. 4.109, cuja proximidade com o art. 4.108, consagrado à coação, contempla uma certa ambiguidade sobre o seu fundamento.

Cumpre precisar o critério do abuso de poderio econômico. Diversos ordenamentos ou projetos exigem, para que possa ser anulado um contrato, que sejam reunidas duas condições: uma parte esteja em situação de fraqueza e que o outro contratante aproveite-se dela para extrair uma vantagem desproporcional. Pode-se observar, de maneira inicial, que essa percepção mais ampla da figura pode englobar, ao final, outras situações a par da violência econômica, como, por exemplo, a violência psicológica exercida no âmbito de uma seita.

O Direito alemão prevê, de uma maneira geral (§ 138, alínea 1, BGB), a nulidade de um ato jurídico que vai de encontro aos bons costumes. A alínea 2, por sua vez, se inscreve diretamente no prolongamento do princípio da alínea antecedente, apresentando-se como uma de suas ilustrações, ao dispor que

é nulo notadamente todo ato jurídico pelo qual uma pessoa promete ou celebra, seja a ela mesma, ou a outra pessoa, em contrapartida de uma prestação, de vantagens patrimoniais, em desproporção flagrante da prestação, e isto por exploração do estado de necessidade, da inexperiência, da falta de capacidade de julgamento ou da grande fraqueza de caráter de outrem.

Encontra-se, neste texto, a necessidade de reunião de uma condição subjetiva, a exploração de uma situação de inferioridade e uma condição objetiva, uma vantagem desproporcional dela resultante<sup>22</sup>. O fundamento do Direito alemão é simples: o contrato que expressa um abuso do poder econômico é contrário aos bons costumes e, portanto, nulo. Em um caso célebre, a Corte Constitucional anulou uma garantia de crédito no valor de DM 100,000 (cem mil marcos), concedida por uma jovem de 21 anos em favor de seu pai, sob o fundamento que ela não havia sido convenientemente informada e que a liberdade contratual deve ser regulada quando há abuso do poder econômico<sup>23</sup>.

<sup>22</sup> Cf. FERRAND, F. *Droit privé allemand*. Paris: Dalloz, n. 224, 1997.

<sup>23</sup> Cf. NJW 1994, p. 36; BVerfGE, 89, 214.

Na mesma linha do Direito alemão pode ser referido o Direito grego, que, em seu Código Civil, art. 179, contempla solução relativa à nulidade de negócios jurídicos contrários aos bons costumes.

A mesma abordagem se encontra no projeto do *Código europeu de contratos*, elaborado pela Academia de privatistas europeus. Seu art. 30.6 permite que um contrato seja resolvido se uma das partes tenha se aproveitado da situação de fraqueza da outra para obter uma vantagem “manifestamente desproporcional relativamente à contraprestação que ela forneceu ou prometeu”. Encontra-se uma solução equivalente no Código de contratos internacionais elaborado pelo SICA (Sistema Centro Americano, organização internacional existente para elaborar progressivamente normas uniformes sob a égide de uma corte centro-americana de justiça, que engloba seis países)<sup>24</sup>, que, no art. 52, permite a anulação de um contrato, quando uma parte, abusando da fraqueza de seu parceiro contratual, obtém uma vantagem desproporcional.

Cabe observar, singelamente, que, de maneira original, essa disposição insere, em uma alínea segunda, uma norma derogativa expressa ao princípio segundo o qual o desequilíbrio das prestações não constitui uma condição de validade do contrato.

Os *Princípios do direito europeu dos contratos*, no art. 4.109, antes indicado, evoca de maneira similar estas duas condições: a situação de fraqueza de uma parte que deve estar “em um estado de dependência relativamente à outra parte ou uma relação de confiança com ela, em estado de angústia econômica ou de necessidade, ou estar imprevidente, ignorante, pouco experiente ou inapta à negociação”. Nesta situação, a outra parte deve extrair um lucro excessivo ou desleal. As situações elencadas aqui são mais amplas do que, por exemplo, no Direito alemão, pois é evocada, além do desequilíbrio excessivo, uma desvantagem desleal, o que se configuraria, por hipótese, se um contratante impusesse a seu parceiro contratual um preço sem que ele esteja em condições de apreciar o montante no momento da conclusão do contrato.

Uma solução muito próxima aparece, sem surpresa, no *Projeto de quadro comum de referência* (art. 7.207) ou na indicada *Proposição de regulamentação relativa a um direito comum de venda* (art. 51). O conteúdo dessas proposições se encontra

---

<sup>24</sup> São eles: Costa Rica, Guatemala, Honduras, Nicarágua, Panamá e Salvador.

acolhido nos *Princípios contratuais comuns* elaborados sobre a inspiração da Associação Henri Capitant<sup>25</sup>.

Sob a inspiração dos *Princípios de direito europeu dos contratos*, o art. 1.301 da *Proposição de modernização do Código Civil em matéria de contratos e de obrigações do direito espanhol* propugna introduzir o abuso de poder econômico<sup>26</sup>, inexistente até aqui no quadro normativo deste ordenamento<sup>27</sup>.

Soluções vizinhas se encontram nos Direitos anglo-saxões mediante a teoria da *unconscionability* – injustiça excessiva –, doutrina criada pela Equity para sancionar o contrato pelo qual uma parte aproveita-se da fraqueza de uma outra para lhe impor previsões leoninas<sup>28</sup>. Esta doutrina desempenha um papel importante no Direito americano e os contratos excessivamente injustos são sancionados pelo *Uniform Commercial Code* (§ 2-302) ou pelo *Restatement of the Law (Second), Contracts* (§ 208)<sup>29</sup>.

Outros ordenamentos abordam a questão do abuso de poder econômico no quadro mais geral da lesão, disciplinada objetivamente e desvinculada de toda referência aos vícios de consentimento. É o caso, por exemplo, do Código Civil romeno, que não exclui o vício de violência econômica, pois, como se viu, ele é disciplinado no art. 1.218, mediante a previsão do estado de necessidade. O art. 1.221, por sua vez, disciplina a figura da “lesão”, prevendo que

é constitutivo da lesão o fato, para uma das partes, de aproveitar o estado de necessidade, de ausência de experiência ou de falta de conhecimento de uma parte, a fim de estipular em seu favor ou em favor de uma outra pessoa, uma prestação de um valor consideravelmente maior, à data da conclusão do contrato, que o valor de sua própria prestação.<sup>30</sup>

<sup>25</sup> Cf. *Projet de cadre commun de référence, Principe contractuels comuns, Société de législation comparée*, 2008, p. 366.

<sup>26</sup> Cf. *Propuesta de modernización del Código Civil en materia de obligaciones y contratos. Boletín de Información del Ministerio de la Justicia*, jan. 2009.

<sup>27</sup> Cf. RIO, J. M. *Lete del*; ACHIRICA, J. *Lete. Derecho de las Obligaciones*. Thomson, t. 1, 2005. p. 435.

<sup>28</sup> Ver, por exemplo, MCKENDRICK, E. *Contract law, Text, Cases and Materials*. 6. ed. Oxford, 2014. p. III, 20, 3.

<sup>29</sup> Ver, por exemplo, BEALE, H. G.; FAUVARQUE-COSSON, B.; RUTGERS, J.; TALLON, D.; VOGENAUER, S. *Cases, Materials and Text on Contractual Law*. 2. ed. Hart Publishing, 2010. p. 594.

<sup>30</sup> Cf. BORCAN, Daniela; CIURUC, Manuela; LAPORTE-LEGEAIS, Marie-Eugénie; MOREAU, Michel. *Nouveau Code Civil romain*, op. cit.

De uma maneira próxima, ainda que um pouco distinta, o art. 1.448 do Código Civil italiano fixa uma linha para o desequilíbrio, ao permitir o término do contrato, no caso de desproporção entre as prestações existentes entre as duas partes ligadas à situação de fraqueza de uma delas: o contrato pode ser anulado se a lesão alcança mais da metade da prestação<sup>31</sup>.

Outras disposições normativas se contentam de um só pressuposto para que o contrato possa ser anulado por abuso de poder econômico, no caso o desequilíbrio significativo das prestações. O exame da fraqueza ou da dependência da situação do contratante somente é evocado como um elemento que permite caracterizar o desequilíbrio.

Este é, por exemplo, o caso do art. 3.2.7 dos *Princípios Unidroit aplicáveis aos contratos do comércio internacional*, versão 2016, que dispõe que “a nulidade do contrato ou de uma de suas cláusulas em decorrência de lesão pode ser invocada por uma parte quando, no momento da conclusão do contrato, a cláusula outorga injustamente uma vantagem excessiva a outra parte”.

O texto acrescenta que se deve notadamente considerar que uma parte se aproveitou de maneira desleal do estado de dependência, da angústia econômica, da premência das necessidades, da imprevidência, da ignorância ou da inaptidão para a negociação do contratante.

Observe-se que codificações recentes se inspiram diretamente no modelo dos Princípios Unidroit. É o caso do art. 6.228 (1) do Código Civil lituano<sup>32</sup>.

Cruzando um degrau em direção à objetivação, textos jurídicos podem sancionar o desequilíbrio significativo sem qualquer menção a um eventual abuso da fraqueza ou da dependência da situação do contratante. É a solução

<sup>31</sup> [NT] “Art. 1.448

*I. Se vi è sproporzione tra la prestazione di una parte e quella dell'altra, e la sproporzione è dipesa dallo stato di bisogno di una parte, del quale l'altra ha approfittato per trarne vantaggio, la parte danneggiata può domandare la rescissione del contratto.*

*II. L'azione non è ammissibile se la lesione non eccede la metà del valore che la prestazione eseguita o promessa dalla parte danneggiata aveva al tempo del contratto.”*

<sup>32</sup> [NT] “Article 6.228. *Gross disparity of parties.*

*I. A party may refuse from the contract or a separate condition thereof if at the time of the conclusion of the contract, the contract or its condition unjustifiably gives the other party excessive advantage. In such cases, among other circumstances, regard must also be paid to the fact that one party has taken unfair advantage of the other's dependent position, or of the other party's economic difficulties, urgent needs, or of the latter's economic weakness, lack of information or experience, his inadvertence or inexperience in negotiations; regard shall also be taken of the nature and purpose of the contract”*

bem conhecida do direito do consumidor, em virtude da diretiva de 05.04.1993, relativa às cláusulas abusivas, que foi convertida em dispositivo próprio nos diferentes países da União Europeia: na hipótese de um contrato entre consumidor e profissional, a cláusula que gera um desequilíbrio significativo entre os direitos e as obrigações das partes é considerada como abusiva e, portanto, não escrita. Essa solução é, às vezes, inscrita no direito comum: é o caso da *laesio enormis*, que, enquanto tal, se distancia do tema da violência econômica.

## CONCLUSÃO

Este breve panorama dos ordenamentos estrangeiros em matéria de violência econômica convida naturalmente a verificar as soluções francesas. Nas legislações ou nos projetos contemporâneos, a tendência revelada é no sentido de uma objetivação da violência econômica. O vício de violência econômica, considerado como artificial e muito estrito, tende a declinar diante da sanção do abuso de poder econômico. O art. 1.143 da *Ordonnance* de 10 de fevereiro de 2016, ao vincular expressamente a violência econômica aos vícios de consentimento, parece, assim, uma disposição desde logo um pouco envelhecida e isolada, o que contrasta singularmente com os objetivos da reforma: rejuvenescer o direito dos contratos francês e aproximá-lo dos seus parceiros europeus. Por quê? Sem dúvida, porque, como afirmava o poeta de Montpellier, François Ponte: “*Les choses les plus simples ne sont jamais dites*”<sup>33</sup>.

Submissão em: 28.05.2020

Avaliado em: 23.06.2020 (Avaliador A)

Avaliado em: 02.07.2020 (Avaliador B)

Aceito em: 02.08.2020

<sup>33</sup> [NT] “As coisas mais simples não são ditas jamais.” (Tel Quel, mar. 1960, n. 1)



# O PRINCÍPIO DA ISONOMIA APLICADO ÀS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA MENTAL NO CASAMENTO\*

## *THE PRINCIPLE OF ISONOMY APPLIED TO PEOPLE WITH MENTAL DISABILITIES IN MARRIAGE*

**Tamara Brancher<sup>1</sup>**

Graduada em Direito (Ulbra, Canoas/RS, Brasil)

**ÁREA(S):** direito de família; princípio da isonomia.

**RESUMO:** O presente estudo busca responder ao seguinte questionamento: a partir do Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei nº 13.146/2015), que alterou significativamente o sistema de incapacidades do Código Civil brasileiro e conferiu capacidade plena à pessoa com deficiência mental para os atos da vida civil, inclusive para o casamento, é possível constatar que os deficientes mentais foram efetivamente protegidos, levando em consideração o princípio da isonomia? O estudo se dá pelo método dedutivo, partindo do ordenamento jurídico brasileiro, bem como dos princípios constitucionais, e

principalmente da análise doutrinária, por meio do levantamento e da seleção bibliográfica e da análise interpretativa da norma jurídica. Os resultados obtidos indicam que tanto a construção de uma nova noção de inclusão social por meio da capacidade civil conferida à pessoa com deficiência mental como a repercussão jurídica oriunda dessa construção estão imbuídas de controvérsias que são constantemente acionadas nos espaços de debate e constituição de iniciativas para a promoção da igualdade.

**ABSTRACT:** *The present study seeks to answer the following question: Based on the Statute of the Person with Disabilities (Law No. 13,146 / 2015), which significantly*

---

\* Prêmio Ajuris Direitos Humanos – Edição 2017 – Trabalho premiado.

<sup>1</sup> Advogada. Pós-Graduada em Direito Administrativo (FADERGS, Porto Alegre/RS, Brasil). E-mail: tamara\_brancher@hotmail.com. Currículo: <http://lattes.cnpq.br/5036899039637499>.

*altered the disability system of the Brazilian Civil Code and conferred full capacity on the person with mental disability for the acts of life Civil rights, including marriage, is it possible to establish that the mentally handicapped have been effectively protected, taking into account the principle of isonomy? The study is based on the deductive method, starting from the Brazilian legal system as well as from the constitutional principles, and mainly from the doctrinal analysis, through the survey and the bibliographic selection and the interpretative analysis of the legal norm. The results indicate that both the construction of a new notion of social inclusion through the civil capacity given to the mentally disabled person and the legal repercussions arising from this construction are imbued with controversies that are constantly triggered in the spaces of debate and constitution of initiatives for The promotion of equality.*

**PALAVRAS-CHAVE:** Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei nº 13.146/2015); capacidade civil; direito de família; casamento da pessoa com deficiência mental; princípio da isonomia.

**KEYWORDS:** *Statute of the Person with Disabilities (Law nº 13.146 / 2015); civil capacity; family law; marriage of the person with mental deficiency; principle of isonomy.*

**SUMÁRIO:** Introdução; 1 A evolução do conceito de isonomia; 2 A isonomia e os direitos fundamentais; 3 A isonomia e o regime jurídico das pessoas com deficiência; 4 A repercussão do Estatuto da Pessoa com Deficiência no casamento quanto à isonomia; Considerações finais; Referências.

**SUMMARY:** *Introduction; 1 The evolution of the concept of isonomy; 2 Isonomy and the fundamental rights; 3 Isonomy and the legal regime of people with disabilities; 4 The repercussion of the Statute of the Person with Disabilities in marriage regarding isonomy; Final considerations; References.*

## INTRODUÇÃO

O presente trabalho pretende analisar o princípio da isonomia a partir da repercussão do Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei nº 13.146/2015) no Código Civil de 2002, principalmente no que concerne ao sistema de incapacidade civil, alterado significativamente pela nova lei, conferindo capacidade plena às pessoas com deficiência mental, refletindo também no direito de família, em especial, no casamento.

O estudo começará com um breve retrospecto das principais abordagens históricas do princípio da isonomia, acompanhando a sua evolução até as Cartas Constitucionais brasileiras, em especial a de 1988, que instituiu o Estado

Democrático de Direito e transforma a igualdade em um valor que se destaca em todo o sistema constitucional. No segundo capítulo, o princípio da isonomia será observado junto aos direitos fundamentais, com o objetivo de expor qual a relação entre eles, além da abordagem do princípio da igualdade para, posteriormente, tratar do regime jurídico das pessoas com deficiência. O estudo do regime jurídico das pessoas com deficiência encontra-se no terceiro capítulo e irá abranger a Convenção Internacional das Pessoas com Deficiência e o Estatuto da Pessoa com Deficiência, bem como a sua repercussão no Código Civil, no que diz respeito à capacidade civil do deficiente mental. Por fim, no último capítulo serão abordadas as consequências jurídicas para o direito de família, em razão de o Estatuto da Pessoa com Deficiência conferir capacidade aos deficientes mentais para o casamento, levando em consideração dois aspectos: o inclusivo e o voluntário, os quais envolvem o ato de casar.

A pesquisa se dá pelo método dedutivo, partindo do ordenamento jurídico brasileiro, bem como dos princípios constitucionais, e especialmente da análise da doutrina, por meio do levantamento e da seleção bibliográfica e da análise interpretativa da norma jurídica. O tema possui bastante relevância porque trouxe para o ordenamento jurídico brasileiro uma condição inédita às pessoas com deficiência mental, cuja reflexão não se dará apenas no Direito, mas nas demais áreas vinculadas ao tema e especialmente na vida das pessoas que têm algum tipo de transtorno mental.

## **1 A EVOLUÇÃO DO CONCEITO DE ISONOMIA**

A isonomia é extremamente importante em todas as relações sociais, uma vez que, a partir dela, encontram-se formas adequadas para o tratamento de pessoas com quaisquer peculiaridades. Assim, será feito um retrospecto das principais abordagens históricas relacionadas à isonomia, a começar pelo conceito de isonomia em Aristóteles, e, posteriormente, como esse princípio se deu positivado na Lei das XII Tábuas, abordando também as declarações liberais das Revoluções Francesa e Americana, para, ao final, analisar a isonomia nas Cartas Constitucionais brasileiras.

### **1.1 INTRODUÇÃO AO PRINCÍPIO DA ISONOMIA NA ANTIGUIDADE**

O princípio da isonomia é um desmembramento da noção de justiça e de igualdade que remonta à época aristotélica, na qual se dizia que ambas só

seriam alcançadas em sua totalidade quando houvesse tratamento igual aos iguais e tratamento desigual aos desiguais. Segundo o filósofo, o princípio da igualdade estava pautado na concepção da “justiça distributiva”, que consiste em dar a cada pessoa aquilo que lhe pertence (Aristóteles, 2004, p. 102).

A teoria aristotélica, portanto, baseava-se numa igualdade firmada na justiça e pregava que o tratamento igualitário só seria executável se atendessem à desigualdade material presente na coletividade. Nessa perspectiva, igualar as oportunidades não representa o fim das diferenças, mas o alcance da igualdade. Em outras palavras, a partir do princípio da isonomia, os homens têm condições idênticas de lutar por aquilo que querem. Será possível perceber, ao longo do texto, que a ideia de Aristóteles continuou a desenvolver-se, e, a partir da Lei das XII Tábuas, o princípio da isonomia começou a ser positivado e aplicado nas relações jurídicas da época, ainda de que forma precária.

## 1.2 A ISONOMIA NA LEI DAS XII TÁBUAS

Apesar de já se desenvolver algumas concepções relacionadas à isonomia até então, não havia nenhum dispositivo que tivesse a sua previsão.

A primeira vez que o instituto da igualdade apareceu codificado foi na Lei das XII Tábuas, nome utilizado exatamente porque as leis foram exibidas em doze tabletas de madeira, os quais foram expostos no Fórum Romano para que todos tivessem a oportunidade de ler. Ela constituiu a origem do direito romano e teve como objetivo central o de não estabelecer privilégios em lei; em verdade, o que se pretendia era a igualdade jurídica (Wolkmer, 2008, p. 132). Para Bobbio (1995, p. 94), a Lei das XII Tábuas é “um conjunto de regras imperativas que estabelecem obrigações para os indivíduos”. Nesse sentido, é possível compreender que todas as pessoas estavam sujeitas ao cumprimento das mesmas obrigações, visto que estavam sob idêntica legislação, portanto, no mesmo patamar de igualdade. A Lei das XII Tábuas constituía a essência da constituição da República Romana e representou o primeiro documento legal a oficializar o Direito Romano, de onde se estruturam todos os elementos jurídicos ocidentais (Wolker, 2008, p. 133-137). No tópico seguinte, será visto que, com as revoluções europeias, esse pensamento de isonomia idealizado por Aristóteles e escrito na Lei das XII Tábuas foi, aos poucos, deixando o campo da filosofia e passou a ter importância jurídica.

### 1.3 A ISONOMIA NAS REVOLUÇÕES FRANCESA E AMERICANA

As Revoluções Americana e Francesa também contribuíram bastante para o desenvolvimento da igualdade, uma vez que a primeira estabeleceu os mesmos direitos e deveres na sociedade, e a segunda trouxe ideais de fraternidade, igualdade e liberdade.

A começar pela Revolução Americana, motivada pelo fato de que a Inglaterra aumentava os impostos e tentava restringir os direitos das treze colônias que existiam na época, as quais começaram desde então a lutar pela emancipação, ato pelo qual representava o primeiro passo rumo à igualdade, porque, a partir da emancipação, se alcançaria a independência e, no caso das colônias afligidas pelo forte domínio inglês, era tudo o que elas queriam. Como os norte-americanos já estavam insatisfeitos com a situação, deram origem a um movimento popular que foi essencial para a Proclamação da Independência dos Estados Unidos, em 1776 (Hill, 1985, p. 101). Por meio dessa conquista, os Estados Unidos formaram a sua identidade cultural e foram conduzidos ao papel de República, cuja forma de governo tem a participação dos cidadãos. A partir disso, o princípio da isonomia aprimorou-se, tendo em vista que os cidadãos passaram a participar da estrutura política do Estado americano.

No que diz respeito à Revolução Francesa, ao longo do tempo, o lema "*liberté, égalité, fraternité*" (em português, liberdade-igualdade-fraternidade) foi bastante utilizado para firmar os seus ideais, tornando-se símbolo de Estado. A Revolução foi suscitada em razão da pobreza que assolava o povo. Os ideais iluministas propunham um Estado que representasse o povo; por outro lado, a burguesia opunha-se contra o sistema absolutista, que gerava uma forte carga de tributos (Silva, 2006, p. 163). Diante dessas circunstâncias, o povo se uniu para tirar o poder da monarquia, tomando diversas medidas, entre elas a importante promulgação dos Direitos do Homem e do Cidadão, cuja primeira parte do artigo um já tem a previsão do princípio da igualdade quando diz que "os homens nascem e são livres e iguais em direitos". Situa-se também nesse dispositivo a previsão dos direitos e garantias individuais básicas, como o da dignidade, o da vida e o da não discriminação (Silva, 2006, p. 164).

Como se percebe, a noção de igualdade após a Revolução Francesa tornou-se ainda mais sólida, reproduzindo o pensamento de que todos os indivíduos são iguais ao nascer e, portanto, possuem a igualdade de direitos. Como resultado dessa revolução, uma nova legislação entrou em vigor, e a

França tornou-se uma monarquia constitucional. Ainda, representou o fim do regime absolutista, ao passo que o povo ganhou autonomia, e os direitos da sociedade passaram a ser respeitados (Bonavides, 1998, p. 531-541). Dessa forma, a igualdade foi ganhando ainda mais força, principalmente em relação ao Brasil, que começou a construir o direito com influências francesas. A título de exemplo, as constituições brasileiras foram elaboradas tendo como bandeira a igualdade e a democracia. A primeira Constituição, em 1824, seguiu os ideais franceses, começando a desenvolver o instituto da igualdade e dividindo os poderes. As constituições brasileiras posteriores à de 1824 passaram a ser produzidas de modo a consolidar o princípio da isonomia e os direitos fundamentais. A seguir, as constituições brasileiras serão objeto de estudo, bem como a relação que elas têm com a isonomia.

#### **1.4 A ISONOMIA NAS CARTAS CONSTITUCIONAIS BRASILEIRAS**

Ao longo da história brasileira, viveram-se momentos muito diferentes, e cada Constituição demonstra-se adaptada à situação social, econômica, política e cultural do Brasil.

Além dos documentos conhecidos internacionalmente, o Brasil, em todas as suas Cartas, consagrou os direitos fundamentais, entretanto, em medidas diversas (Lassale, 2000, p. 10-11). Com elas, aparece o Estado de Direito, que se opunha às normas instituídas pelo feudalismo e pela monarquia. Elas trazem um novo cenário para o sistema de governo brasileiro, atribuindo um caráter democrático (Silva, 2006, p. 73). Por essa razão, é indispensável estudar as Cartas Constitucionais do Brasil, sob a ótica da igualdade (Bonavides, 2014, p. 379).

A primeira Constituição brasileira, datada em 1824, formou-se através do apoio do Partido Português a D. Pedro I, que dissolveu a Assembleia Constituinte em 1823 e firmou seu próprio projeto. Com inspiração nas palavras de Silva (2006, p. 74), pode-se dizer que os estadistas imperiais e construtores da nacionalidade construíram, por meio dessa Constituição, uma estrutura centralizadora capaz de promover a consecução dos objetivos almejados, como provou a história imperial. A Carta de 1824 anunciava, desde o início, que o Império brasileiro era a união política de todos os cidadãos brasileiros, que constituem uma nação livre e independente. A monarquia absolutista foi perdendo espaço para a monarquia constitucional, garantindo a inviolabilidade dos direitos do cidadão brasileiro (Cretella Junior, 2000, p. 30).

Após a proclamação da República, em 15 de novembro de 1889, ocorreram mudanças relevantes no sistema político e econômico do País. A Constituição de 1891 foi promulgada e teve como principais inovações a instituição da forma federativa de Estado e da forma republicana de governo e o estabelecimento da independência dos poderes. Já num momento de transição da forma de governo monárquico para republicano, em que a monarquia não tinha mais o amparo dos detentores do poder econômico, foi convocada uma Assembleia Nacional Constituinte, tendo sido promulgada a Constituição da República, em 1891, que dispunha sobre direitos fundamentais (Bonavides, 1998, p. 373).

Com trinta e nove anos da República velha, o esgotamento do modelo político em vigor fez com que ocorresse a Revolução de 1930, levando à promulgação da Constituição de 1934. Ela teve como objetivo organizar um regime democrático para garantir a justiça e o bem-estar econômico, conforme o próprio preâmbulo (Pontual, Senado Federal, 2017). Entretanto, a Carta de 1934 teve pouca duração e, para Bonavides (1998, p. 375), ela não passou de um evento com poucos fundamentos.

A Constituição brasileira outorgada em 1937 por Getúlio Vargas deveria ter sido submetida a um plebiscito, contudo foi declarado Estado de Emergência, com a posterior restrição dos direitos fundamentais (Pontual, Senado Federal, 2017). Nas palavras de Silva (2006, p. 83), “houve ditadura pura e simples”, com todo o Poder Executivo e Legislativo focado no controle do Presidente da República, que criava as leis por meio de decretos-leis que ele próprio impunha posteriormente, como órgão do Executivo.

A Constituição de 1946 retornou ao regime democrático de 1934 e foi promulgada legalmente, após deliberações. O restabelecimento dos direitos individuais e a restituição da independência dos poderes foram algumas das medidas adotadas. Trouxe também os direitos fundamentais (Pontual, Senado Federal, 2017). A Constituição brasileira outorgada em janeiro de 1967 estruturou os direitos fundamentais nos mesmos moldes da anterior, porém foi mais sintética (Bonavides, 1998, p. 376).

Promulgada no dia 5 de outubro de 1988, a Constituição Federal atual teve grande participação popular em sua criação, voltando-se firmemente para o pleno cumprimento da cidadania. Ela possui como um de seus fundamentos dar maior liberdade ao cidadão, instituindo um novo esboço jurídico-institucional no Brasil, com expansão dos direitos e garantias individuais (Silva, 2006, p. 90).



Como se percebe, a nova redação constitucional demonstra uma extensão sem precedentes aos direitos sociais básicos, dotados agora de uma consistência jamais vista nas Constituições anteriores, a partir da de 1934 (Bonavides, 1998, p. 382). É nessa Constituição que a igualdade transforma-se no valor mais importante de todo o regime constitucional, tornando-se o requisito que se sobrepõe a tudo na interpretação constitucional em relação aos direitos sociais.

Tanto o Preâmbulo quanto o título dos Princípios Fundamentais apontam para uma diretriz constitucional voltada para o ser humano e para o completo progresso da sua personalidade, sendo suficiente recordar que a dignidade da pessoa humana foi manifestamente levantada à condição de base do Estado Democrático de Direito brasileiro, primordialmente, nessa Constituição (Sarlet, 2015, p. 247), fundamentando-se na soberania popular. Por isso, se vê de forma mais clara a efetividade do princípio da isonomia a partir da legislação de 1988, até porque o Estado Democrático de Direito tem como um de seus pilares o princípio da igualdade.

Quando a Constituição Federal trata do princípio da igualdade, ela impõe um tratamento igualitário perante a lei sem favorecimentos, estabelecendo a igualdade formal. Porém, a igualdade material defende a sua garantia no plano fático. Busca-se, dessa forma, assegurar o princípio da dignidade da pessoa humana por meio da isonomia. Dessa forma, é possível entender que certas discriminações promovem uma compensação da desigualdade material, uma vez que se observa a desigualdade no plano fático, para, na lei, promover uma compensação (Canotilho, 1995, p. 425-427). Nesse sentido, verifica-se que as pessoas possuem características distintas, tanto genéticas, herdadas por seus familiares, quanto culturais, sociais e educacionais. Um simples exemplo disso são os homens e as mulheres, que, muito embora sejam equiparados constitucionalmente, apresentam distinções. Desse modo, eles são iguais na forma da lei, como prevê o art. 5º da Constituição Federal, não havendo igualdade material.

Quando discorreremos acerca das pessoas com algum tipo de deficiência mental, também encontramos características peculiares, uma vez que elas possuem condições específicas e determinadas limitações. Nesse contexto, surge um desdobramento da igualdade: o princípio da isonomia, que confere tratamento igual aos iguais e tratamento desigual aos desiguais na medida de suas desigualdades. Nesse enfoque, será abordado, a seguir, o princípio da igualdade sob a ótica dos Direitos Fundamentais.



## 2 A ISONOMIA E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Quando se estudam os direitos fundamentais, não há como desvinculá-lo do princípio da igualdade, uma vez que ambos se completam, na medida em que a Constituição Federal faz referência ao princípio quando instaura os direitos fundamentais, bem como a igualdade é parte imprescindível na estrutura desses direitos. Como refere Canotilho (1995, p. 424), um dos princípios que estruturam o sistema geral dos direitos fundamentais é o princípio da igualdade.

### 2.1 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Os direitos fundamentais possuem esse caráter fundamental que indica uma particular dignidade e proteção dos direitos numa dimensão formal e numa dimensão material (Canotilho, 1995, p. 509). Em relação aos direitos fundamentais, pode-se antecipar que eles serão analisados enquanto direitos jurídicos positivados e vigentes num panorama constitucional.

Essa positivação de direitos fundamentais representa a introdução no sistema jurídico positivo dos direitos considerados imprescindíveis aos indivíduos. Se não fossem positivados, esses direitos fundamentais não passariam de ambições; contudo, hoje são direitos tutelados na forma de um sistema normativo constitucional (Canotilho, 1995, p. 375). Para o autor Sarlet (2016, p. 315), os direitos fundamentais são disposições jurídicas admitidas e resguardadas no panorama do direito constitucional dentro dos Estados. Numa perspectiva constitucional, pode-se dizer que os direitos fundamentais apresentam-se como um grupo de valores primordiais para o ser humano. São chamados de fundamentais por serem essenciais ao homem. Nas palavras de Bonavides (2014, p. 383), “os direitos fundamentais são o oxigênio das Constituições democráticas”. Dito de outra maneira, os direitos fundamentais representam o elemento fundamental às Constituições, assim como o ar para o ser humano.

Quanto à isonomia na perspectiva dos direitos fundamentais, importante referir que a Constituição Federal deu lugar de destaque ao princípio da igualdade em várias previsões no texto constitucional. Como já foi visto no capítulo anterior, a igualdade aparece também como um pilar que estrutura o Estado Democrático de Direito, mas o momento jurídico que reflete bem a relação intrínseca entre a igualdade e os direitos fundamentais quando a Constituição Federal abre o rol de direitos fundamentais com o princípio da igualdade, de acordo com a qual “todos são iguais perante a lei” (art. 5º, *caput*). Nesse contexto,

esclarecedoras são as palavras de Sarlet (2016, p. 574), quando o autor diz que “a igualdade constitui uma peça chave no catálogo constitucional dos direitos fundamentais”, ou seja, a isonomia é o elemento básico e indispensável no arrolamento constitucional dos direitos fundamentais (Bonavides, 2014, p. 384).

Destarte, vê-se que a isonomia tem profunda relação com os direitos fundamentais, principalmente porque esse princípio está vinculado à obrigação de tratamento semelhante em situações semelhantes e tratamento desigual em situações desiguais (Sarlet, 2016, p. 575). Nesse diapasão, a lei é uma aliada para ditar as regras e montar um modelo ideal de tratamento que se adapte às situações das pessoas e proporcione a elas dignidade. Em relação a esse desdobramento da igualdade apresentado anteriormente, que permite certas discriminações a fim de propiciar um tratamento igualitário mediante a lei, aparece o questionamento acerca da existência de uma distinção entre a igualdade e a isonomia. A seguir, uma possível diferenciação entre esses dois institutos será analisada, apontando para o que a doutrina diz a respeito.

## 2.2 O PRINCÍPIO DA IGUALDADE

Por mais que se considere adequada a ideia de igualdade aristotélica de tratar os iguais de forma igual e tratar os desiguais de forma desigual, tal noção, em si mesma, não basta para que se possa dar respostas aos questionamentos sobre quais são as pessoas que deverão ser tratadas desigualmente ou, ainda, de modo igual.

A interpretação constitucional quanto ao conceito de igualdade abrange diversas controvérsias, principalmente em face da importância que a igualdade dos fatos ou material foi inculcada num sistema em que a força da sociedade expressa ao direito os seus caminhos (Bonavides, 2014, p. 386). Por isso, é muito comum haver visões distintas de igualdade e, conseqüentemente, grande produção legislativa na tentativa de acompanhar as mudanças sociais. Existem aqueles que costumam apresentar a igualdade em duas modalidades: a igualdade material e a igualdade formal, cujo entendimento é majoritário e será estudado em breve. Outros, por sua vez, não admitem a distinção entre as respectivas modalidades, desenvolvendo apenas a ideia de igualdade como único instituto.

No tocante à formalidade da lei, um dos princípios elencados no rol dos direitos e das garantias fundamentais e imprescindível à democracia é o

da igualdade. Registrado no art. 5º, *caput* e inciso I da Constituição Federal<sup>2</sup>, o princípio da igualdade, em seu sentido jurídico-formal, impõe um tratamento igual perante a lei. Trata-se da igualdade em seu aspecto formal, que corresponde ao dever de aplicar as normas jurídicas gerais aos casos concretos. Na oportunidade, surge o aspecto material, que é justamente o contrário: aplicar normas específicas aos casos específicos. À vista disso, todas as pessoas, ainda que com suas diferenças, merecem ser acolhidas de forma igual, tanto perante a lei como na sociedade (Silva, 2006, p. 215).

Importante ressaltar que, no entendimento do Supremo Tribunal Federal, também se verifica a distinção entre os desdobramentos do princípio da igualdade, no fundamento do Relator Ministro Celso de Mello, no Mandado de Injunção nº 58, conforme extrato destacado abaixo:

[...] A igualdade na lei – que opera numa fase de generalidade puramente abstrata – constitui exigência destinada ao legislador, que, no processo de sua formação, nela não poderá incluir fatores de discriminação, responsáveis pela ruptura da ordem isonômica. A igualdade perante a lei, contudo, pressupondo lei já elaborada, traduz imposição destinada aos demais Poderes estatais, que, na aplicação da norma legal, não poderão subordiná-la a critérios que ensejam tratamento seletivo ou discriminatório [...].

Como se pode compreender do excerto acima, existe a igualdade na lei, segundo a qual tudo o que está previsto na lei é aplicado a todos, mas que essa generalidade não pode romper a ordem isonômica. Por outro lado, a igualdade perante a lei é aquela que opera sobre o fundamento de que diante da lei não há como ensejar um tratamento discriminatório por parte do Estado, uma vez que todos são iguais.

A seguir, serão objeto de análise as duas visões acerca do instituto da igualdade, sendo elas a visão formal e a visão material. Tal análise demonstra-

---

<sup>2</sup> “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade nos termos seguintes: I – homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição.”

-se bastante importante, pois assume peculiar relevância no âmbito das ações afirmativas, das quais se desenvolvem medidas a fim de tornar efetiva a proteção das pessoas que se encontram em situações de vulnerabilidade, como o tema em voga, das pessoas com deficiência mental.

### **2.2.1 Igualdade formal**

De acordo com grande parte da doutrina, a igualdade formal se dá perante a lei e, por algum tempo, foi considerada como a certeza da consecução da liberdade, de modo que seria suficiente a mera inclusão da igualdade na lista dos direitos fundamentais para tê-la, de fato, garantida (Silva, 2006, p. 211).

A igualdade formal revela-se, essencialmente, perante a lei, cuja exigência reside num tratamento igualitário sem diferenciações. Isso quer dizer que, quando se fala da igualdade em seu aspecto formal, pode-se afirmar que ela está relacionada estritamente com a norma jurídica, sem a necessidade de estabelecer diferenças e agir com parcialidade para acolher aqueles que carecem de cuidados especiais. Segundo essa visão, a lei vale para todas as pessoas. Assim, identificou-se que o princípio da isonomia precisava de ferramentas para promover a igualdade social e jurídica, posto que a simples igualdade de direitos mostrou-se ineficiente para que as mesmas oportunidades que certos indivíduos privilegiados possuem sejam acessíveis aos desfavorecidos na sociedade (Silva, 2006, p. 212). Tem-se que a mera previsão constitucional da igualdade embora necessária é insuficiente para que seja atingida a diminuição das desigualdades sociais e do preconceito. Nesse pensamento, entende-se que pessoas acometidas por deficiências psíquicas, por exemplo, continuam em situação de desamparo jurídico e que, apesar da existência de uma garantia constitucional que prevê a dignidade da pessoa humana, não são poucos os que permanecem sem ter acesso às mesmas chances. Em que pese a igualdade formal seja importante e necessária, inclusive por pressupor que existe uma norma legal que cuide das relações sociais para se estabelecer um tratamento digno aos indivíduos, não é suficiente, pois essa visão de igualdade não dá conta de todas as necessidades que existem dentro de uma comunidade. Assim, é possível identificar que o princípio da igualdade sob o aspecto formal é incapaz, por si só, de promover a igualdade concreta. Nessa ocasião, surge o conceito de igualdade material ou substancial, o qual se analisará no próximo tópico, cuja essência desprende-se da formalidade outrora existente. Passa-se a considerar a desigualdade concreta, de forma a lidar diferentemente com situações desiguais.

### 2.2.2 Igualdade material

Uma vez gerado o discernimento de que existe a igualdade material, busca-se, por meio da isonomia, juntá-la ao entendimento formal da igualdade para a efetivação dos direitos sociais.

Nessa entoad, a igualdade material não implica um tratamento sem distinção de todos em todas as formas de relação. Só aquilo que é igual deve ser tratado igualmente. Diferente da formal, a igualdade material não pressupõe uma lei geral, tampouco abstrata e impessoal, que incida sobre todos igualmente, levando em consideração só a igualdade das pessoas e não a igualdade da coletividade, pois isso acaba por gerar mais desigualdade e semeia a injustiça (Silva, 2006, p. 214), contrariando a ideia primitiva de igualdade, que nasceu em Aristóteles, cuja base se dá na justiça e que foi motivo de muitas lutas e revoluções ao longo do tempo, como já abordado no primeiro capítulo. Nesse raciocínio, interessante destacar as palavras de Rocha (1990, p. 118) sobre a igualdade quando refere que “a igualdade constitucional é mais que uma expressão de Direito; uma maneira justa de se viver em sociedade”. Em outras palavras, a igualdade genuína deve ser um modo de vida e não se constituir em um conjunto de regras apenas.

Tendo em vista que a verdadeira igualdade, qual seja, a igualdade na constituição, abraça como princípio fundamental a dignidade da pessoa humana, faz-se necessário elaborar normas jurídicas específicas. Foi com esse propósito que houve a organização e a promulgação de um regime jurídico das pessoas com deficiência, como a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e, recentemente, a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência, Lei nº 13.146/2015 (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Nesse sentido, já que se vem falando em indivíduos que carecem de uma norma especial, será de grande valia estudar o regime jurídico dos deficientes e avaliá-lo sob a perspectiva isonômica, com o objetivo de descobrir se é possível, de fato, alcançar a igualdade concreta. Assim sendo, o próximo passo será o estudo do regime jurídico das pessoas com deficiência em relação ao princípio da isonomia.

## 3 A ISONOMIA E O REGIME JURÍDICO DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA

Em razão da isonomia, há diversas criações legislativas cuja principal finalidade é voltada para a proteção dos mais necessitados. Entre elas, surgiu, com o objetivo de tutelar os deficientes, a Convenção Internacional sobre os

Direitos das Pessoas com Deficiência e, posteriormente, o Estatuto da Pessoa com Deficiência. Ambas carregam, em síntese, o propósito de promover a igualdade e evitar discriminações. A seguir, cada um desses institutos será explorado.

### **3.1 A CONVENÇÃO INTERNACIONAL SOBRE OS DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA**

Em 2008, ano em que a Declaração Universal dos Direitos Humanos – adotada e proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas – completava 65 anos, o Brasil internalizou a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, da ONU (Ferreira, 2014, p. 8).

No dia 25 de agosto de 2009, foi promulgada a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (Decreto nº 6.949), com o propósito de assegurar o exercício pleno de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais por todas as pessoas com deficiência. Sem sombra de dúvida, esse instituto é um importante recurso para mudar o quadro de exclusão das pessoas com deficiência, ao estabelecer, no âmbito internacional, a conscientização do potencial e do alcance dos seus direitos, expondo as vulnerabilidades dos deficientes e exigindo dos membros da sociedade atos concretos para a realização do objetivo da Convenção (Lopes, 2014, p. 26). É importante destacar também que, sendo uma Convenção Internacional, ela é equivalente às emendas constitucionais (art. 5º, § 3º, da Constituição Federal).

O conceito de igualdade guia a Convenção ratificando que, apenas com uma sociedade que adote condições iguais, teremos os direitos dos deficientes assegurados. Nesse sentido, é extremamente necessário compreender a questão das diferenças para entendermos o cerne da igualdade. Tendo em vista que os deficientes possuem características que os diferenciam dos demais, ainda sim continuam sendo sujeitos de direitos (Gaspar, 2014, p. 53). Nesse enfoque, pode-se pensar que as medidas constantes na legislação atual brasileira servem para compensar certas situações em que o deficiente está vulnerável. Ainda, traduzem o sentido da isonomia, agilizando o processo de inclusão na sociedade.

Sendo assim, a coletividade permitirá que todos tenham oportunidades semelhantes, onde cada indivíduo tenha “o direito de ser e estar na sociedade” (Gaspar, 2014, p. 54), com suas peculiaridades e colaborar para que ocorram mudanças e haja um progresso social. Portanto, os princípios e as normas inseridas nessa legislação trabalham em conjunto, viabilizando a inclusão social e a efetividade do princípio da igualdade. Tal responsabilidade foi assumida

pelo Estado por meio da promulgação da Constituição Federal e, agora, por meio da ratificação da Convenção. Com esse mesmo propósito, é que foi elaborado e promulgado o Estatuto da Pessoa com Deficiência. Em seguida, será feita uma análise do referido Estatuto, relacionando-o também com a igualdade.

### **3.2 O ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA (LEI Nº 13.146/2015)**

Atualmente, é possível perceber a clara tendência do ordenamento jurídico em se preocupar não só com o princípio da igualdade inserido numa conduta formal, mas com sua aplicação. Um belo exemplo disso é a instituição da Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência.

A Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência, nº 13.146/2015, foi instituída com um propósito positivo e inclusivo, conferindo aos deficientes autonomia em suas relações, bem como propõe a Convenção abordada no tópico anterior. Ela se fundamenta na Convenção Internacional sobre Direitos das Pessoas com Deficiência e visa garantir o exercício dos direitos fundamentais, estabelecendo igualdade de condições (Venosa, 2017, p. 144). De acordo com o Parecer nº 266 (2015, p. 3) do Senado Federal acerca da referida lei, ela é “nada mais do que a adaptação da legislação ordinária à Convenção, sem perder de vista a realidade brasileira”. Também chamada de Estatuto da Pessoa com Deficiência, a nova lei resulta em variados progressos no tratamento digno e igual de pessoas com quaisquer tipos de deficiência. Representa, nesse aspecto, um grande avanço.

Nesse pensamento, prevê o art. 4º do Estatuto que “toda pessoa com deficiência tem o direito à igualdade de oportunidades como as demais pessoas [...]”. À vista disso, observa-se que a norma em questão procura regular as relações sociais com base na equidade. A sua proposta é bastante positiva e busca promover mecanismos eficazes de proteção e garantia dos direitos humanos. Não obstante, é preciso compreender que a apreciação do caso concreto é indispensável para se ter um resultado útil (Lobo, 2017, p. 176-177). Ocorre que, no objetivo de progredir, mudanças inesperadas a um sistema já concebido devem ser avaliadas, para evitar eventuais rompimentos que possam atrapalhar a vida das pessoas a que se almejava proteger. A partir dessa criação legislativa, houve alteração no sistema de incapacidades do Código Civil que refletiu em diversos aspectos. Nessa linha, o próximo tópico continuará abordando o Estatuto da Pessoa com Deficiência, todavia, voltado para os seus principais



reflexos na legislação civil, mais especificadamente no que se refere ao sistema de incapacidades.

### **3.3 O EFEITO DO ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA NO SISTEMA DE INCAPACIDADES DO CÓDIGO CIVIL DE 2002**

As disposições do Código Civil de 2002 que definiam as incapacidades foram alteradas pela Lei nº 13.146/2015, no que tange aos apontamentos dos absolutamente e dos relativamente incapazes. Pode-se afirmar que houve uma diminuição na quantidade das incapacidades, acarretando num maior número de deficientes que se tornaram capazes para os atos da vida civil.

Dentre as diversas alterações que a nova lei trouxe para o ordenamento jurídico, temos a primeira, que é a redução do número de absolutamente incapazes, que passa a compreender apenas os menores de 16 anos. Em segundo, passam a ser relativamente capazes aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir a sua vontade. Posteriormente, a terceira alteração envolve aqueles que, por deficiência mental, tenham o discernimento reduzido, que, após a vigência da lei, adquiriram capacidade plena. Por fim, os excepcionais, sem desenvolvimento mental completo, também passaram a ser plenamente capazes (Coelho, 2016, p. 174-175).

Destarte, a condição de incapacidade foi removida da pessoa com transtorno mental e dos excepcionais sem completo desenvolvimento mental, dando uma nova redação aos arts. 3º e 4º do Código de 2002, que passaram a ser redigidos da seguinte forma:

Art. 3º São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil os menores de 16 (anos).

I - (Revogado)

II - (Revogado)

III - (Revogado)

Art. 4º São incapazes relativamente a certos atos ou à maneira de os exercer:

I - os maiores de 16 e menores de 18;

II - os ébrios habituais e os viciados em tóxicos;



III – aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade;

IV – os pródigos.

Ao criar o Estatuto, o legislador entendeu que mencionar certas hipóteses de deficiências como razão para a incapacidade implicava um caráter depreciativo, havendo por certo retificar a norma em questão. O próprio Parecer nº 266 do projeto de lei do Senado Federal que ensejou a criação do Estatuto mostra esse entendimento (2015, p. 8):

[...] Seu cerne é o reconhecimento de que condição de pessoa com deficiência não é, *a priori*, causadora de limitações à capacidade civil. Uma pessoa pode ter deficiência e pleno discernimento, ou pode não ter deficiência alguma e não conseguir manifestar sua vontade [...].

Verifica-se, desse modo, que a preocupação do legislador ao editar o Estatuto da Pessoa com Deficiência foi de analisar, com primazia, o estado mental da pessoa sem fazer associações entre uma deficiência e a incapacidade. Pode-se dizer então que a deficiência, por si só, não é a razão para incapacidade, mas somente casos relacionados ao discernimento e à manifestação de vontade (Venosa, 2017, p. 129).

Atualmente, não é muito diferente, uma vez que se leva em conta a situação mental do indivíduo. A parte geral do Código Civil brasileiro de 2002 trata, inicialmente, das pessoas naturais<sup>3</sup>. A pessoa natural é conceituada a partir do ser humano, sendo considerado sujeito de direitos e deveres. No entendimento de Lobo (2017, p. 98), pessoa é sujeito de direito de forma plena, capaz de contrair e transferir direitos e obrigações jurídicas. Todo ser humano que nasce com vida é pessoa. Ainda refere que pessoa é característica dada pelo direito, não um juízo que se abduz da natureza, no sentido da alegação da dignidade da pessoa humana, sem discriminações (Lobo, 2017, p. 115). Na compreensão de Venosa (2017, p. 129), a personalidade jurídica é projeção da personalidade própria, mental de cada um; ele refere ainda que a personalidade jurídica “é

---

<sup>3</sup> “Art. 1º Toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil. Art. 2º A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro.”

projeção social da personalidade psíquica, com consequências jurídicas”. Portanto, de acordo com os conceitos doutrinários, é possível compreender que a personalidade jurídica é inerente à pessoa, tendo sua origem no nascimento com vida.

A capacidade é aptidão, reconhecida pela ordem jurídica, para a realização de atos e negócios jurídicos de forma direta. Ela supõe previamente o total desimpedimento dos meios psíquicos e físicos para expressão da vontade. A pessoa capaz possui condições psíquicas e físicas necessárias para compreender o resultado dos seus atos. A pessoa natural capaz sabe ponderar de forma conveniente seus interesses e, em razão disso, orientar suas decisões. Tem equilíbrio, maturidade e meios ágeis de comunicação que distanciam a hipótese de vir a realizar ato ou negócio jurídico que seja prejudicial aos seus direitos ou interesses (Coelho, 2016, p. 173-185). Toda pessoa possui a capacidade de direito; em outras palavras, tem a capacidade para adquirir ou gozar de direitos. Entretanto, a capacidade de fato nem todos têm, uma vez que ela está ligada ao exercício do direito, isto é, a aptidão para exercê-lo. Quando se tem a capacidade de fato, é possível, por si só, exercer os atos da vida civil. Por isso também pode ser chamada de “capacidade de ação”. A capacidade de fato é a aptidão da pessoa para realizar por si mesma os atos civis. Tal aptidão exige determinadas qualidades, sem as quais a pessoa não possui plena capacidade de fato (Venosa, 2017, p. 129). Portanto, incapacidade é a restrição dada por lei ao exercício de direitos, podendo ser de duas espécies: incapacidade absoluta e incapacidade relativa.

A incapacidade absoluta implica proibição completa do exercício de direitos, por si só. Os atos da vida civil só poderão ser exercidos por meio de um representante legal. Nessa representação, o incapaz não participa do ato, que é praticado somente pelo representante. Num contrato, por exemplo, somente o representante deverá assiná-lo. Segundo Venosa (2017, p. 138), a incapacidade absoluta impede totalmente o indivíduo de exercer por si os atos da vida civil. A incapacidade relativa, por outro lado, possibilita que o incapaz exerça os atos da vida civil, desde que assistido. Determinados atos, contudo, pode o incapaz praticar sem a assistência de seu representante. Na assistência, o incapaz recebe certo discernimento e é quem pratica o ato, porém não o faz sozinho, ou seja, é necessário que ele esteja acompanhado. Ainda no exemplo de um contrato, este

deverá ser assinado pelo incapaz e por quem ele é assistido. Na incapacidade relativa, o sujeito pode realizar certos atos com a devida assistência, por isso trata-se de uma incapacidade limitada (Venosa, 2017, p. 138).

Feita uma breve síntese da anterior e da atual relação de incapacidades, juntamente com as suas modalidades (absoluta e relativa), pôde-se constatar que houve uma transformação bastante significativa para os deficientes, em especial, para os deficientes mentais. Em suma, a regra é simples: a presunção é de que os deficientes mentais são capazes até que se prove o contrário. Como compreende Venosa (2017, p. 139), deve-se levar em consideração sempre que a regra é a capacidade, pois a incapacidade consiste na exceção. Nesse sentido, os próximos tópicos abordarão os conceitos doutrinários acerca da enfermidade ou deficiência mental e dos excepcionais sem desenvolvimento mental completo, uma vez que as pessoas acometidas de uma dessas condições foram as principais atingidas pela nova legislação.

### **3.3.1 Enfermidade ou deficiência mental**

A qualificação da pessoa com deficiência mental sempre foi motivo de desacordo entre os estudiosos, cujos tratamentos limitados e hostis passaram a ser considerados inúteis e desonrosos, com reflexo no âmbito do Direito.

O resultado de pesquisas científicas no campo mental feitas por especialistas aponta que a incapacidade civil, pautada em suposta incapacidade da mente, não protege a pessoa. Nesse enfoque, a Convenção Internacional dos Direitos da Pessoa com Deficiência considera pessoas com deficiência (e não portadoras de deficiência) as que têm impedimentos de longo prazo de natureza mental, por exemplo, as quais, em comunicação com outras dificuldades, podem impedir sua completa e efetiva participação na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas. O Estatuto da Pessoa com Deficiência (e novamente, não portadora de deficiência) regulamentou a Convenção no Brasil e deixou bem claro que não mais se incluía entre os absolutamente incapazes de exercício dos direitos a pessoa com deficiência (Lobo, 2017, p. 116-117). Portanto, a enfermidade ou a deficiência mental era considerada uma causa de limitação da capacidade, em razão de um estado patológico que viesse a afetar o estado mental da pessoa. De maneira contínua, passa-se a analisar agora o conceito doutrinário acerca dos excepcionais sem desenvolvimento mental completo.

### 3.3.2 Excepcionais sem desenvolvimento mental completo

Semelhantemente ao entendimento de Lobo (2017, p. 116) a respeito dos deficientes mentais, o autor Venosa (2017, p. 143) refere que a compreensão da alienação mental é, em **RESUMO**, bem confusa tanto para o Direito quanto para a Medicina, porque varia de pequenas disfunções, cujo contexto na dicção necessária pode não ser concludente, até a total alienação, percebida facilmente mesmo para quem é desconhecedor do assunto. Essa situação atrapalha até mesmo o enquadramento vocabular desse estado mental.

Dessa forma, é possível entender que, até para os especialistas, a divisão entre o estado mental que incapacita o indivíduo para os atos da vida civil e o estado mental que não o incapacita, ou ainda, que o incapacita relativamente, não é bem clara. Porém, sabe-se que a lei civil referia-se a qualquer distúrbio mental que pudesse afetar a vida civil do indivíduo. De qualquer forma, o objetivo do legislador sempre foi o de determinar uma incapacidade em face do estado mental. Uma vez determinada a anomalia mental, o que é feito com ajuda da Psiquiatria, a pessoa poderia ser considerada incapaz para os atos da vida civil (Venosa, 2017, p. 143). No caso dos excepcionais, cujo desenvolvimento mental não se completou, gerando inaptidão para os atos da vida civil, há de se considerar a incapacidade. Logo, o que importa na determinação desse limite é o desenvolvimento mental do ser humano, assim como ocorre nos casos de enfermidade ou deficiência mental.

Apesar de ainda ser necessário atentar-se para a situação mental da pessoa, o Código não declara mais relativamente incapaz o excepcional sem desenvolvimento mental completo como era antes do Estatuto da Pessoa com Deficiência. Pela nova redação, são capazes todos os excepcionais. Nesse contexto, nos termos do art. 84 da Lei nº 13.146/2015<sup>4</sup>, a pessoa com deficiência tem garantido o direito ao desenvolvimento de sua capacidade em chances isonômicas com as outras pessoas. Dessa maneira, uma pessoa com problema mental não é inserida na lista de incapazes automaticamente, constituindo, portanto, um passo muito importante. Todavia, é uma grande mudança no regime de incapacidades que carece de uma análise adequada para não ferir os

---

<sup>4</sup> “Art. 84. A pessoa com deficiência tem assegurado o direito ao exercício de sua capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas.”

direitos humanos. Tal mudança repercute, entre outros aspectos, no casamento, cujo estudo se dará na sequência.

#### 4 A REPERCUSSÃO DO ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA NO CASAMENTO QUANTO À ISONOMIA

Ponderar as condições que esclarecem a restrição ou extinção da capacidade jurídica muda de acordo com o progresso dos valores da sociedade (Coelho, 2016, p. 175). Até 2015, o deficiente mental era considerado incapaz, relativa ou absolutamente. Isso não retrataria necessariamente a exclusão, mas poderia representar a raiz do preconceito. Por outro lado, pode-se considerar que, ao classificar o deficiente mental entre os incapazes, a lei buscava protegê-lo, determinando a sua representação ou assistência por alguém de sua confiança e sem interesse em causar-lhe dano (Coelho, 2016, p. 189). É nesse ponto que se vislumbram as hipóteses positivas e negativas referentes à grande repercussão do Estatuto da Pessoa com Deficiência no ordenamento jurídico.

Com o advento do Estatuto da Pessoa com Deficiência, foi possível identificar inúmeras mudanças na legislação no que tange ao sistema de incapacidades. Uma vez determinado que o deficiente mental seja dotado de capacidade para os atos da vida civil, não há mais o que se pensar em restrição para tais atos, ao menos, em regra. Com isso, diversos aspectos no Direito foram alterados, inclusive no âmbito familiar. Nessa linha, o art. 6º do Estatuto da Pessoa com Deficiência<sup>5</sup> trouxe regra prevista quanto ao direito familiar, no sentido de estabelecer novos princípios norteadores de proteção jurídica aos deficientes, partindo do pressuposto de que o deficiente possui uma qualidade que o diferencia das outras pessoas; assim, ele tem igualdade de direitos e deveres. Essa é a principal relação que a nova lei possui com a isonomia. Segundo a redação do art. 6º do Estatuto da Pessoa com Deficiência, a capacidade civil da pessoa com deficiência é plena, ou seja, a deficiência não prejudica mais a capacidade para os atos da vida civil. Nesse sentido, as pessoas com deficiência podem casar, além do direito ao exercício de vários atos jurídicos relacionados à esfera da família (Dias, 2016, p. 150).

No entanto, é cabível fazer algumas observações a respeito das novas possibilidades asseguradas pela nova lei, porque o mais importante de tudo é garantir a efetividade dos direitos da pessoa com deficiência. No entendimento

<sup>5</sup> “Art. 6º A deficiência não afeta a plena capacidade civil da pessoa, inclusive para: I - casar-se e constituir união estável [...].”

de Trindade (2014, p. 125-126), a deficiência mental constituía um manifesto agravo da inteligência, uma situação de desenvolvimento da mente que não está completo. Os comprometimentos são causados por fatores relacionados à genética, ao ambiente e também psicológicos. No conceito atual, surge uma nova denominação: deficiência intelectual, cuja característica reside nos déficits em capacidades mentais gerais, como raciocínio, solução de problemas, aprendizagem, planejamento, entre outros. Além disso, existe uma classificação de deficiências intelectuais, sendo divididas em leve, moderado, grave e profundo.

Conforme a compreensão de Lobo (2017, p. 189), a deficiência mental é um conceito surpreendentemente vasto que abrange diversos estados com diferenças relevantes. Diferenciam-se, quanto ao grau de inteligência do deficiente, três níveis de deficiência mental, sendo elas a profunda, a moderada e a leve. Quanto ao aproveitamento, o autor ressalta que as pessoas com deficiência mental são classificadas em totalmente dependentes (precisam de assistência permanente, até nos atos mais simples, como comer e se vestir, e não têm noção de perigos relativos ao fogo, altura e trânsito), adestráveis (podem realizar algumas atividades comuns, têm noção de alguns perigos e têm capacidade para aprender o básico), ou educáveis (podem aprender, embora com muita lentidão, empenho e atraso, a ler e escrever, realizar operações matemáticas simples, dialogam bem e podem trabalhar). Nesse seguimento, é possível vislumbrar diversas classificações de deficiência mental, não sendo possível acolher apenas uma. Sendo assim, é necessário examinar o casamento sob duas perspectivas, como a inclusiva e a da vontade, a fim de verificar a eficácia da lei relativamente à isonomia. Nesse sentido, o tópico subsequente abordará o casamento da pessoa com deficiência mental em seu aspecto inclusivo.

#### **4.1 O CASAMENTO COMO UM INSTITUTO INCLUSIVO**

A primeira hipótese é a de que a alteração do regime civil de incapacidades não significa que o indivíduo com algum tipo de transtorno mental não possa vir a ter a sua capacidade limitada para a prática de certos atos, ou seja, é mantido o reconhecimento de suas limitações – o que a nova previsão legal afasta é a sua condição de incapaz. Diante disso, pode-se compreender que a condição de incapacidade é afastada, mas não necessariamente os limites que o deficiente possui em razão da deficiência, ou seja, a pessoa com deficiência não está mais condicionada à incapacidade civil, em regra. Entretanto, poderá sofrer algum

tipo de restrição quanto aos atos jurídicos em face do transtorno mental que apresenta, quando necessário.

Em síntese, é possível vislumbrar, a partir do Estatuto da Pessoa com Deficiência, a possibilidade de formação de família entre pessoas com deficiência mental por meio do casamento. Ao permitir que a pessoa com deficiência tenha essa oportunidade, a lei brasileira está conferindo-lhe mais um direito: expressar a sua vontade. O que antes não se podia fazer e consistia em uma causa de nulidade, justamente por haver o entendimento de que pessoas acometidas de alguma deficiência não possuíam essa habilidade, agora é possível; dito de outra maneira, o deficiente pode manifestar o seu consentimento.

Nesse sentido, o Estatuto da Pessoa com Deficiência encerra a mentalidade do regime anterior, que considerava como provável que o casamento não seria bom para o deficiente mental, impedindo-o com a mais árdua das proibições. Na realidade, muito ao contrário, o casamento será saudável, objetivando a sua total inclusão. Portanto, no plano de família, é possível verificar uma plena inclusão das pessoas com deficiência. Nessa perspectiva, considera-se tal mudança como positiva, uma vez que o casamento é visto como um instituto inclusivo. Em alternativa, para dar continuidade ao estudo, é importante observar agora o casamento da pessoa com deficiência mental sob o aspecto voluntário, qual seja, analisá-lo como um instituto de vontade.

## 4.2 O CASAMENTO COMO UM INSTITUTO VOLUNTÁRIO

A segunda hipótese, por outro lado, é a de que, ao se questionar o porquê de o Código Civil de 2002 apontar um rol de incapazes inicialmente, ora relativo, ora absoluto, inserindo a pessoa com deficiência mental, parte-se do pressuposto de que os deficientes mentais necessitam de uma proteção especial, isto é, eles devem receber um tratamento específico que se amolde às suas necessidades, coibindo qualquer tipo de violência no âmbito de suas relações.

Ao discorrer sobre o casamento como um instituto de vontade, a primeira coisa que vem à mente é a ideia de que os nubentes desejam casar, até mesmo porque, nos termos do Código Civil, o requerimento de habilitação para o casamento é estabelecido pelos dois nubentes, de próprio punho<sup>6</sup>, e a vontade de

---

<sup>6</sup> “Art. 1.525. O requerimento de habilitação para o casamento será firmado por ambos os nubentes, de próprio punho, ou, a seu pedido, por procurador, e deve ser instruído com os seguintes documentos.”



casar constitui um dos requisitos para a celebração<sup>7</sup>. Portanto, não há nenhuma dúvida quanto à necessidade de expressar o consentimento ao casar-se. Em conformidade com o Estatuto da Pessoa com Deficiência, o deficiente mental pode exprimir sua vontade, que é tutelada pela legislação especial, sem arguição de invalidade (Lobo, 2017, p. 118). Nesse caso, levando em consideração que o deficiente, enfermo ou excepcional é pessoa plenamente capaz, não será representado ou assistido e deverá praticar pessoalmente os atos da vida civil, como, por exemplo, o ato de casar. Surge aqui o primeiro problema prático, pois, apesar de o Estatuto da Pessoa com Deficiência ter considerado tal pessoa capaz, na vida cotidiana ela não consegue exprimir sua vontade, mas passa a ser capaz por força da nova lei. Nesse caso, o que legislação impõe às pessoas que necessitam de uma proteção específica parece não ser tão esclarecedora, porque os deficientes mentais que não conseguem praticar os atos da vida civil pessoalmente ficam desprotegidos.

Dando continuidade à abordagem acerca da vontade para o casamento, importa registrar que, quando o Estatuto entrou em vigor, além de o inciso I do art. 1.548 do Código Civil deixar de existir, o art. 1.550 do mesmo dispositivo, cujo tema é a anulabilidade, previa, no inciso IV, que “é anulável o casamento do incapaz de consentir ou manifestar, de modo inequívoco, consentimento”. Isso significava dizer que o casamento do deficiente que fosse incapaz de consentir ou manifestar de modo inequívoco o consentimento poderia ser anulável. Todavia, como a condição de incapacidade foi retirada do deficiente, não será possível, em tese, nem mesmo anular o casamento. Ainda no art. 1.550 do Código Civil, houve o acréscimo de um segundo parágrafo em decorrência do novo Estatuto prevendo que “a pessoa com deficiência mental ou intelectual em idade núbil poderá contrair matrimônio, expressando sua vontade diretamente ou por meio de seu responsável ou curador”. Mais uma vez temos um problema prático, pois, conforme o art. 85 do Estatuto, o curador do deficiente só atuará nos atos de natureza patrimonial e negocial, porém o § 2º que recebeu o art. 1.550 prevê que a vontade de casar pode ser expressa pelo curador. Fica evidente a contradição entre os dispositivos, pois, de acordo com Estatuto da Pessoa com Deficiência, só é permitida a atuação do curador em duas situações: nos negócios e nos assuntos

<sup>7</sup> “Art. 1.535. Presentes os contraentes, em pessoa ou por procurador especial, juntamente com as testemunhas e o oficial do registro, o presidente do ato, ouvida aos nubentes a afirmação de que pretendem casar por livre e espontânea vontade, declarará efetuado o casamento, nestes termos: ‘De acordo com a vontade que ambos acabais de afirmar perante mim, de vos receberdes por marido e mulher, eu, em nome da lei, vos declaro casados.’”



patrimoniais. Contudo, o § 2º do art. 1.550 incluído pelo Estatuto prevê que a vontade de se casar pode ser manifesta pelo responsável ou curador (Requião, 2015, p. 453-465).

Diante do exposto, admitir a vontade do curador como condição suficiente para o casamento do deficiente mental ser realizado não faz sentido e contraria a pessoalidade do casamento, uma vez que a vontade é elemento indispensável ao casamento e aquele que se casa o faz por vontade própria. Além disso, há possibilidade de ocorrer fraude decorrente apenas da vontade do curador. Assim, o dispositivo legal deve ser compreendido de modo restrito segundo a natureza personalíssima do casamento. Nesse ponto de vista, percebe-se que deveriam ser estipulados critérios a fim de se estabelecer, de uma forma mais clara, como essas alterações seriam aplicadas, pois não é toda deficiência que remove o discernimento para a tomada de decisão de constituição de família e de sua formação. Entretanto, há de se destacar que, mesmo com a alteração legal, a decisão de se casar é um ato de vontade. Se a vontade não existir em face da deficiência, inexistente será o casamento. Por outro lado, se a vontade existir e for prejudicada pela deficiência, o casamento terá validade, porque desaparece a condição de disfunção mental como causa de nulidade (Requião, 2015, p. 453-465). À vista disso, o que se percebe é a ausência de condições capazes de ensejar a aplicação adequada da nova lei nas mais variadas situações de deficiência mental, visto que nem todos com deficiência mental conseguem exprimir sua vontade.

### **4.3 A VIABILIDADE DO TRATAMENTO ISONÔMICO A PARTIR DO ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA**

A nova visão da capacidade civil da pessoa com deficiência mental, refletida no ordenamento jurídico brasileiro, apresenta-se de modo integrador e não discriminatório. Com o objetivo de conferir um tratamento isonômico, o Estatuto prevê que o deficiente mental possui plena capacidade para a vida civil. Conforme Farias e Rosenvald (2016, p. 328), é com fundamento na igualdade jurídica que a isonomia se sustenta. Em alternativa, existem pessoas cujo discernimento foi comprometido em face da deficiência mental. Nesses casos, encontra-se bastante dificuldade para aplicar as disposições vigentes acerca da capacidade civil. Nesse sentido, haverá clara dependência das decisões do Poder Judiciário quando aparecerem casos como esses envolvendo a pessoa com deficiência mental, bem como dependência do Poder Legislativo ao suprir

algumas omissões presentes no Código Civil resultantes do Estatuto da Pessoa com Deficiência.

Em se tratando do que vem sendo discutido a respeito disso, importante mencionar que a Terceira Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo<sup>8</sup> deu parcial provimento ao recurso da Defensoria Pública contra sentença que declarou absolutamente incapaz indivíduo com doença psíquica irreversível, nomeando sua irmã como curadora. O relator, Desembargador Donegá Morandini, explicou que o Estatuto da Pessoa com Deficiência alterou o Código Civil e passou a “restringir a incapacidade absoluta a uma única hipótese: as pessoas menores de 16 anos”. Ressaltou o Magistrado que a enfermidade mental é “causa transitória ou permanente”, por isso se enquadra sempre em causa de incapacidade relativa (art. 4º, III, do Código Civil)<sup>9</sup>. Sendo assim, para o relator, é possível aplicar a incapacidade relativa nos casos de deficiência mental. Isso ocorre porque uma pessoa com deficiência mental, talvez por algum fator particular, pode estar impedida de expressar a sua vontade, temporária ou definitivamente. Nesse caso, excepcionalmente se não puder manifestar os seus desejos, a pessoa com deficiência pode ser considerada incapaz relativamente. Registre-se que a causa que incapacita não está mais na patologia ou no estado mental da pessoa, porém na impossibilidade de expressar a sua vontade. O reconhecimento dessa incapacidade jurídica requer um procedimento judicial de curatela. Ou seja, o indivíduo não será mais reduzido à curatela pelo fato de ter alguma deficiência mental. O divisor de águas da capacidade para a incapacidade de um deficiente mental não mais está vinculado à deficiência, mas no fato de se achar em um estado que o impossibilite de exteriorizar a sua vontade. A saída, portanto, não pode ser a incapacidade relativa, com conseqüente curatela. Quando a pessoa em razão de um determinado grau de deficiência psíquica exigir uma atenção diferenciada, com objetivo de garantir a isonomia e a própria dignidade, deve valer-se do novo instituto jurídico incluído no Código Civil pelo Estatuto chamado de tomada de decisão apoiada (Farias; Rosenvald, 2016, p. 335-338).

<sup>8</sup> Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/arquivos/2017/3/art20170302-03.pdf>>. Acesso em: 25 maio 2017.

<sup>9</sup> “Art. 4º São incapazes, relativamente a certos atos ou à maneira de os exercer: I - os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos; II - os ébrios habituais e os viciados em tóxico; III - aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade; IV - os pródigos.”

A criação da tomada de decisão apoiada, até então singular no ordenamento jurídico brasileiro, constitui uma forma de prestar auxílio à pessoa com deficiência mental. Por meio do art. 166 do Estatuto da Pessoa com Deficiência, inclui-se no Código Civil, através do art. 1.783-A, novo paradigma que difere da curatela, que é o da tomada de decisão apoiada. Na realidade, por determinação do art. 115 do Estatuto, o próprio título IV do livro de direito de família tem sua redação alterada, passando a ser “Da Tutela, da Curatela e da Tomada de Decisão Apoiada”. Na tomada de decisão apoiada, no mínimo, dois indivíduos íntegros são nomeados por iniciativa da pessoa com deficiência, sendo que esses indivíduos devem ter algum vínculo e ser de confiança do deficiente mental, a fim de que prestem auxílio na tomada de decisões sobre os atos jurídicos, conferindo-lhes condições necessárias para que o deficiente possa exercer a sua capacidade. Beneficia, assim, a vontade da pessoa com deficiência que pode fazer parte em torno de si, um vínculo de sujeitos fundamentado na confiança que neles tem, para lhes apoiar nos atos da vida civil (Farias; Rosenvald, 2016, p. 341-342). Ela foi instituída para auxiliar a pessoa com deficiência que tem a possibilidade de expressar a sua vontade, ainda que de modo precário. Nesses termos, verifica-se que o Estatuto da Pessoa com Deficiência reconhece a necessidade de assegurar a autonomia da pessoa com deficiência e constitui um mecanismo que, apesar de recente, pode apoiar o deficiente mental, assegurando a ele o direito à igualdade, ao mesmo tempo em que se observa a falta de condições que permitam um tratamento igualitário às pessoas com deficiência mental, uma vez que a lei em vigor e as decisões judiciais conflitam-se diante de cada situação em particular, gerando certa instabilidade.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do exposto, foi possível considerar que o ato de casar constitui um instrumento de participação plena e efetiva na sociedade em relação ao deficiente, uma vez que, sendo um ato de vontade, permitir que ele se case é permitir que a sua vontade seja expressa e atendida. Entretanto, o que deve ser levado em consideração, nesse momento, é se o discernimento que ele possui mostra-se suficiente para praticar o ato civil ou ele necessita de um responsável.

Além disso, deve ser pensado se o problema mental que o indivíduo possui pode colocá-lo em uma situação de risco ou prejuízo em relação a si mesmo e aos demais. Em termos gerais, o Estatuto da Pessoa com Deficiência é inclusivo, sendo projetado para a inclusão das pessoas com deficiência, o que é,

sem dúvidas, um grande avanço, porém, em termos de direito civil, há diversas mazelas que precisam ser resolvidas.

## REFERÊNCIAS

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Tradução do grego por Mário da Gama Kury. 2. ed. Brasília: UnB, 1992.

BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do Direito*. 5. ed. São Paulo: Ícone, 1995.

\_\_\_\_\_. *A era dos direitos*. 10. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BONAVIDES, Paulo. *Ciência política*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

\_\_\_\_\_. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

BRASIL. *Código Civil (2002)*. São Paulo: Saraiva, 2017.

\_\_\_\_\_. *Constituição (1988)*. São Paulo: Saraiva, 2017.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 13.146, de 7 de julho de 2015*. Brasília, DF, 2015.

\_\_\_\_\_. *Supremo Tribunal Federal. Mandando de Injunção nº 58*. Brasília, DF, 1990.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça de São Paulo. *Apelação Cível da Terceira Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, 16 de dezembro de 2016*. São Paulo, TJSP, 2016.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1995.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito civil – Parte geral*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

\_\_\_\_\_. *Curso de direito civil – Família e sucessões*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

CRETILLA JUNIOR, José. *Elementos de direito constitucional*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

DINIZ, Maria Helena. *Direito de família*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil*. 14. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

GASPAR, Antônio; LOPES, Naira. *Os direitos das pessoas. Novos comentários à Convenção sobre a Pessoa com Deficiência*. Disponível em: <<http://www>

peessoacomdeficiencia.gov.br/app/sites/default/files/publicacoes/conv\_encao-sdpcd-novos-comentarios.pdf>. Acesso em: 15 maio 2017.

HILL, Christopher. *A revolução americana*. Trad. Wanda Ramos. 5. ed. São Paulo: Presença, 1985.

LASSALE, Ferdinand. *A essência da Constituição*. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

PONTUAL, Helena Daltro. *Constituições brasileiras*. Disponível em: <www12.senado.leg.br/noticias/glossario-legislativo/constituicoes-brasileiras>. Acesso em: 24 mar. 2017.

REQUIÃO, Maurício. *Considerações sobre a interdição no projeto do novo Código de Processo Civil*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *O princípio constitucional da igualdade*. 2. ed. Belo Horizonte: Lê, 1990.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

SENADO FEDERAL. Parecer nº 266 do Projeto da Lei de Inclusão da Pessoa com Deficiência. Disponível em: <www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=167262&tp=1>. Acesso em: 15 maio 2017.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

TRINDADE, Jorge. *Manual de psicologia jurídica para operadores do Direito*. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil – Parte geral*. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

WOLKMER, Antonio Carlos. *Fundamentos de uma nova cultura jurídica*. 2. ed. São Paulo: Alfa Omega, 2008.

Submissão em: 01.09.2020

Aceito em: 01.09.2020

### Os artigos submetidos à Revista deverão observar as seguintes normas técnicas:

1. Os artigos deverão ser submetidos diretamente no sistema, disponível em: <http://www.ajuris.kinghost.net/OJS2/>.
2. A versão do artigo que será submetida deverá vir sem identificação do(s) autor(es) no texto e nas propriedades do arquivo a ser anexado. Ver instruções em: Assegurando a Avaliação por Pares Cega.
3. O artigo deve ter: **título, resumo, palavras-chave e sumário**, bilíngues (**português e inglês**).
4. **Informar a(s) área(s) do Direito que o artigo aborda. Ex.: direito constitucional; direito público. Deverá constar após o nome do(s) autor(es) e antes do resumo.**
5. **Deve ser inédito no Brasil.** Não deve ter sido publicado/enviado para outras revistas e/ou *sites* (inclusive para os que permitam irrestrito acesso), o que poderá ocorrer somente após o decurso de seis meses da data da publicação na Revista da AJURIS. Inclui-se na vedação a divulgação no SSRN (*Social Science Research Network*), que é uma plataforma de disseminação de pesquisas acadêmicas nas ciências sociais e humanas.
6. **Os autores poderão submeter apenas UM TRABALHO POR ANO. Exemplo: publicou em dezembro/2016, o próximo artigo aprovado será publicado a partir da edição de dezembro/2017.**
7. Os artigos deverão ter de **15 (mínimo) a 25 páginas** no tamanho A4; fonte Times New Roman tamanho 12; espaçamento entre linhas de, no máximo, 1,5.
8. **Notas de rodapé e referências (com os dados completos).**
9. Referências – formatação: ordem alfabética pelo sobrenome do autor, nome das obras em itálico e dados completos. Exemplo: ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação de tutela*. São Paulo: Saraiva, 1997.

10. Notas de rodapé – formatação: a numeração das notas deve ser corrida (sequencial), nome das obras em itálico e dados completos. Exemplo: GRINOVER, Ada Pellegrini. *As garantias constitucionais do direito de ação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973. p. 1.
11. Enviar *e-mail*, em separado, para [sandra@ajuris.org.br](mailto:sandra@ajuris.org.br), com **anexo da versão completa do artigo submetido, com identificação dos autores**, na qual deverão constar, após o título em inglês, o nome do(s) autor(es) e a qualificação profissional completa e atualizada de cada autor, não sendo permitido salientar nomes de empresas, escritórios, etc. Nesta versão, deverá constar, para cada autor, em nota de rodapé, a identificação completa da afiliação profissional. **Exemplo: Outras qualificações profissionais. Nível de formação acadêmica (pós-graduação, mestrado, doutorado, etc.). Se professor, indicar: nome da instituição, cidade, Estado, país e em qual nível de formação ministra as aulas (graduação, pós-graduação, mestrado, doutorado). Telefones. E-mail. Link do currículo Lattes.**
12. As revisões, **ortográfica e gramatical, ficam a cargo dos autores**. Os autores devem fazer toda revisão que julgarem necessária **antes de submeter o artigo para análise**.
13. As revisões, **ortográfica e gramatical finais, dos artigos aceitos para publicação ficam a cargo da AJURIS**.
14. Os artigos submetidos à publicação nesta revista, devem ser em **formato Word (DOC ou DOCx) e formatados conforme as Normas da ABNT para artigos científicos**.
15. **A autorização de publicação será solicitada somente para os artigos aprovados. Se o artigo tiver mais de um autor, estes deverão enviar uma autorização para cada um, em arquivos separados, com assinatura, devendo o título ser exatamente igual ao do artigo submetido.**