



Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul

Administração e Expediente: Rua Celeste Gobbato, nº 229, 3º andar

Dep. Revista da AJURIS – Porto Alegre – RS

Fones: (51) 3284.9003

Endereço Eletrônico: sandra@ajuris.org.br

PRESIDENTE DA ASSOCIAÇÃO

Engênio Couto Terra

VICE-PRESIDENTE CULTURAL

Jane Maria Köhler Vidal

DIRETOR DA REVISTA

Ingo Wolfgang Sarlet

FUNDADOR

Lenine Nequete

COMPOSIÇÃO DOS CONSELHOS

Conselho Diretivo

- ✓ *Jane Maria Köhler Vidal*
- ✓ *Ingo Wolfgang Sarlet*
- ✓ *Engênio Facchini Neto*
- ✓ *Cláudio Luís Martinewski*

Conselho Consultivo

- ✓ *Ruy Rosado de Aguiar Júnior (Presidente), Alberto Delgado Neto, Alexandre Mussoi Moreira, Almir Porto da Rocha Filho, Antônio Guilherme Tanger Jardim, Antonio Janyr Dall'Agnol Júnior, Armínio José Abreu Lima da Rosa, Arnaldo Rizzardo, Carlos Alberto Etcheverry, Clademir José Ceolin Missaggia, 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 Fabrício, 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.*

- ✓ *Prof. Dr. José Luís 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^ª Dr^ª 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.*

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^ª Dr^ª Paula Costa e Silva – Universidade de Lisboa, Portugal; Prof. Dr. Alessandro Simoni – Università Degli Studi di Firenze, Itália; Prof^ª Dr^ª Anna De Vita – Università Degli Studi di Firenze, Itália; Prof. Dr. José María Porras Ramírez – Universidad de Granada, Espanha; Prof. Dr. Paolo Ridola – Università La Sapienza, Roma, Itália; Prof. Dr. Humberto Nogueira Alcalá – Universidad de Talca, Santiago, Chile.*

Revista da AJURIS é uma publicação da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul, vinculada ao Centro de Pesquisas da Escola Superior da Magistratura/AJURIS.

ESTADO, DEMOCRACIA E PODER JUDICIÁRIO NOS *CIEN AÑOS DE SOLEDAD* DE GABRIEL GARCÍA MARQUEZ

STATE, DEMOCRACY AND JUDICIARY IN GABRIEL GARCÍA MARQUEZ'S CIEN AÑOS DE SOLEDAD

André Folloni

Doutor em Direito do Estado – Universidade Federal do Paraná, Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Escola de Direito, Programa de Pós-Graduação em Direito

RESUMO: O artigo faz uma interlocução entre o Direito e a Literatura, para compreender como os temas jurídicos e estatais, especialmente as eleições democráticas e o Poder Judiciário, são retratados na obra *Cien años de soledad* (“Cem anos de solidão”), de Gabriel García Marquez. O pressuposto é que a arte, e em especial a Literatura, permite ao jurista acesso a uma visão externa do funcionamento da prática judicial, a qual ele próprio não pode produzir por estar existencialmente envolvido com o Direito. O artigo mostra como o livro trata o Estado e o Judiciário com desconfiança, entendendo as instituições jurídicas e políticas como instrumentos de corrupção e criminalidade oficial, especialmente quando narra a eleição fraudada, disputada entre conservadores e liberais, e quando expõe a atividade dos advogados e as decisões judiciais como instrumentos capazes de criar novas verdades, dis-

torcendo ou apagando a realidade para atender aos interesses do poder econômico.

PALAVRAS-CHAVE: Democracia; Poder Judiciário; direitos fundamentais; intervenção do estado; desenvolvimento.

ABSTRACT: *This article is a dialogue between law and literature. It aims to understand how the legal and State issues, especially democratic elections and the Judiciary, are portrayed in the book *Cien años de soledad* (“One Hundred Years of Solitude”) by Gabriel Garcia Marquez. The assumption is that art, especially literature, allows to a lawyer access to an outside view of the functioning of judicial practice, which lawyers themselves are not able to produce to be existentially involved with the law. The article shows how the book deals with the State and the Judiciary with suspicion, understanding the legal and political institutions as instruments of*

corruption and official crime, especially when narrating the rigged election, disputed between conservatives and liberals, and when exposes lawyers and judicial decisions as able to create new truths, distorting or erasing reality to serve the interests of economic power.

KEYWORDS: *Democracy; Judiciary; fundamental rights; state intervention; development.*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Estado, Direito e desenvolvimento na América Latina; 2 Macondo e a colonização; 3 As eleições, a revolução e a guerra; 4 A chacina da estação e o Poder Judiciário; Conclusão.

SUMMARY: *Introduction; 1 State, Law and development in Latin America; 2 Macondo and the colonization; 3 The elections, the revolution and the war; 4 The station slaughter and the Judiciary; Conclusion.*

INTRODUÇÃO

O presente artigo posiciona-se na fronteira entre o Direito e a Literatura, fazendo uma interlocução entre esses dois campos de superlativa importância na cultura humana. Procura expor e avaliar como as questões jurídicas relativas à Democracia e ao Poder Judiciário são tratadas na obra *Cien años de soledad* (“Cem anos de solidão”), do escritor colombiano Gabriel García Márquez, recentemente falecido, em 17 de abril de 2014.

Para os juristas, a arte, e especificamente a Literatura que envolve ficção, é um ótimo instrumento de percepção de como funciona o imaginário popular em temas jurídicos. Aliás, o diálogo com a Literatura é frutífero em muitos campos, como anotam Ronan Simioni e Vera Elisabeth Prola Farias:

A impossibilidade do estabelecimento de um domínio específico, com fronteiras e limites precisamente delimitados, em se tratando de estudos a respeito da literatura, confere a essa área do conhecimento a possibilidade de seu constante entrecruzamento com outros campos dos saberes humanos.¹

A Literatura permite, por assim dizer, uma visão de fora, externa, que os envolvidos no cotidiano jurídico e judicial jamais podem assumir, precisamente em função desse envolvimento, de caráter existencial-

¹ Cem anos de mitos, imperialismo e solidão: Macondo e a (des)construção identitária latino-americana. *Disc. Scientia*, Série: Artes, Letras e Comunicação, Santa Maria, v. 10, n. 1, p. 147-174, 2009, p. 152.

-hermenêutico e insuperável. Essa implicação interna e interessada nos temas jurídicos gera um local de fala, um espaço a partir do qual se pensa o jurídico, uma pré-compreensão bastante diferente, para o jurista, daquela existente na população em geral. É sempre problemático a um advogado ou a um juiz, por exemplo, compreender como os setores extrajurídicos da população entendem o ambiente do Direito. Para os juristas, é algo familiar; para os outros, pode ser algo estranho, distante, diferente, dominador, assustador, ameaçador. O contato com a produção literária que trata os temas jurídicos a partir da exterioridade pode ser, por isso, bastante produtivo aos juristas, e muitas vezes surpreendente, frustrante ou animador.

É nessa linha que o artigo presente procura trabalhar: mostrar como, na literatura garciamarquiana, especificamente nos *Cien años de soledad*, a Democracia e o Direito praticado perante o Poder Judiciário são vistos pela população da cidade fictícia de Macondo. Para tanto, o artigo inicia-se com uma reflexão a respeito da organização da sociedade na forma de Estado de Direito, surgida na Europa, em sua inserção, pelo colonizador, na realidade americana. Em seguida, expõe como o elemento colonial é percebido na obra de Gabriel García Marquez, especialmente em Macondo. No ponto seguinte, o artigo explica como se deu a chegada das primeiras instituições jurídicas estatais no povoado, a realização das primeiras eleições democráticas – já fraudadas, e a revolução que a ela se segue. Ao final, o artigo descreve como se deu o envolvimento judiciário da Companhia Bananeira, a partir da greve dos trabalhadores e de sua repressão violenta, e as consequências da apuração judicial dos fatos ocorridos naquela oportunidade, demonstrando a descrença da população local tanto na democracia quanto no Direito e no Poder Judiciário.

O artigo mostrará, nas linhas que seguem, como o premiado escritor trata o Estado e o Judiciário com desconfiança, entendendo as instituições jurídicas e políticas como instrumentos de corrupção e criminalidade oficial, especialmente quando narra a eleição fraudada, disputada entre conservadores e liberais, e quando expõe a atividade dos advogados e as decisões judiciais como instrumentos capazes de criar novas verdades, distorcendo ou apagando a realidade para atender aos interesses do poder econômico.

1 ESTADO, DIREITO E DESENVOLVIMENTO NA AMÉRICA LATINA

A organização de um país na forma de Estado, na América Latina, enfrenta questões não presentes na Europa, onde esse modelo foi gradualmente implementado. O problema colonial precisa ser levado em consideração na

compreensão das relações políticas e comunitárias nos países latino-americanos. Isso leva a pensar a questão colonial em suas relações com o Direito e com o Estado.

O conhecimento das relações entre o Direito e o Estado no ocidente é formado por extensa e intensa elaboração conceitual e teórica. É clássica a lição segundo a qual a organização social, na forma de Estado, pressupõe um povo, em um território, no qual o exercício do poder obedece certa estrutura. No Estado de Direito, fenômeno também ocidental e europeu, esse exercício de poder submete-se às regras e aos princípios jurídicos.

Conquistar uma colônia, porém, implica dizimar – ou, no mínimo, subjugar – povos nativos e recortar artificialmente um território. No caso latino-americano, os povos que habitavam o continente foram destruídos ou conquistados, principalmente pelos espanhóis e pelos portugueses, sob autorização papal das bulas *Dum Diversas* (1452) e *Romanus Pontificex* (1455). O território, por sua vez, foi dividido entre as coroas antes mesmo de sua conquista – o Tratado de Alcáçovas (1479), as bulas *Aeterni Regis* (1481), o *Inter Coetera* (1493) e o Tratado de Tordesilhas (1494), inicialmente, foram os instrumentos jurídicos e canônicos suficientes para a demarcação territorial da América. Isso significa que, no caso americano, povo e território têm formação particular a partir das invasões do fim da Idade Média, do comércio de escravos e, mais tarde, inclusive a partir da Independência, da chegada de imigrantes, principalmente europeus e asiáticos.

A organização social e econômica das colônias latino-americanas foi formada por povos diferentes, com costumes e valores diferentes, convivendo longe da plena harmonia, em territórios sujeitos a jurisdições problemáticas sob o ponto de vista da legitimidade. Assim, por exemplo, o Brasil era juridicamente dominado, de fora, pela coroa portuguesa. De dentro, inicialmente, pelos donatários das capitanias hereditárias e, em seguida, pelos governos gerais, até que a coroa viesse para o Brasil, em 1808. Eram os responsáveis, também, pela disseminação da fé católica, desconhecida dos índios e dos escravos negros trazidos para o Brasil. Estado e religião estavam, então, plenamente unidos.

Como se percebe, na formação dos Estados latino-americanos habita a artificialidade. O governante o é pela força de sua conquista militar e sua legitimidade está atrelada à autoridade religiosa. Mas é um governante que vem do exterior e governa um povo que não o reconhece, senão como invasor e conquistador, em um território por ele definido. É possível supor que esse reconhecimento problemático está disseminado tanto entre indígenas e africanos

quanto entre colonos europeus e seus descendentes, que chegaram à América Latina com a experiência dos Estados absolutos europeus. O poder era exercido com o objetivo de abastecer o centro com as riquezas naturais da periferia, sem, evidentemente, qualquer preocupação ética ou humanitária com o bem-estar dos habitantes ou com o desenvolvimento socioeconômico e humano da colônia. A tributação não era, senão, a transferência de riqueza ao conquistador e ao poderoso a partir do trabalho e do suor do conquistado ou daquele que está submetido ao poder.

A situação, em linhas gerais, vem difícil desde então, com a chegada de mais imigrantes, inclusive orientais; a substituição do colonialismo formal pelo imperialismo cultural e econômico, legitimado pelo *manifest destiny*; e a sucessão de governos ditatoriais separados por pequenas ilhas de relativa liberdade e de democracias sempre problemáticas. Permanece o estado de desconfiança, animosidade e antagonismo entre os diversos setores e classes sociais e entre esses e o Estado. Um desses focos de desconfiança mais evidentes são as instituições jurídicas, pouco compreendidas ou aceitas pela ampla maioria da população. Os brasileiros percebem-se como subdesenvolvidos – não sem forte aparato ideológico a sustentar essa visão – e desassistidos pelo Estado, pelo Direito e, especificamente, pelo Poder Judiciário. Os países desenvolvidos, outrora colonizadores formais, são agora modelo do que se pretende atingir em termos de desenvolvimento socioeconômico, embora isso precise ser feito sem que as condições históricas que permitiram à Europa construir sua pujança se possam repetir. Em uma visão de desenvolvimento que supere o aspecto estritamente econômico, para compreender como era desenvolvida aquela sociedade na qual os cidadãos gozam de liberdade formal e material, a América Latina ainda tem muito a caminhar, e precisa construir esse desenvolvimento sob condições historicamente inéditas, com criatividade e autonomia de ideias².

É nesse contexto que as referências a Estado e Direito, e especificamente à prática judiciária realizada perante o Poder Judiciário, podem ser pensadas a partir da literatura latino-americana e, especificamente, dos *Cien años de soledad*.

2 MACONDO E A COLONIZAÇÃO

É importante consignar que Gabriel García Márquez, nascido em 1928, em Aracataca, Magdalena, graduou-se em Direito pela Universidade de Bogotá

² SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. Trad. Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2010. p. 34.

em 1947. Porém, não foi essa sua ocupação profissional, tendo logo abraçado o jornalismo, como aponta Fátima Yukari Akiyoshi França³. Por conta de seu trabalho jornalístico, residiu tanto na América Latina – além da Colômbia, em Cuba, Venezuela e México – quanto na Europa – França, Espanha e Itália –, o registro, agora, é de José Roberto Vieira⁴. Sua importância na literatura latino-americana em especial, e na literatura mundial em geral, é tão reconhecida que se torna desnecessário referi-la neste ensaio não literário. Basta o registro de seu Prêmio Nobel de Literatura, recebido em 1982.

Em *Cien años de soledad*, escrito entre 1965 e 1967, no México, García Marquez retoma sua cidade imaginária de Macondo, localizada em algum lugar do Caribe, próxima aos pântanos. É uma cidade fundada por um casal desbravador, José Arcadio Buendía e Úrsula Iguarán. Eles saem, acompanhados por outros casais, em busca de uma saída para o mar e à procura de um lugar para morar, fugindo do fantasma de um homem que José Arcadio Buendía assassinara. Mais de dois anos depois, desistem; resolvem ficar no caminho e ali fundam Macondo.

São vários os estudiosos que compreendem Macondo como uma metáfora do processo colonial na América Latina. De fato. Os aventureiros chegam a uma terra desabitada e, sem expulsar, conquistar ou matar nenhum ser humano, ali fundam seu povoado, no qual não há desigualdades ou classes sociais. José Arcadio Buendía assume uma posição de chefia e comando, mais pelo respeito natural que lhe nutrem seus colegas e pela confiança que ele, inicialmente, transmitia, do que por qualquer outro motivo, muito menos ligado a uma investidura formal. Mesmo assim, ele não tem superioridade patrimonial em relação aos demais membros da comunidade e trabalha como todos. Sua casa é semelhante a de todos os outros. É essa a visão de Ronan Simioni e Vera Elisabeth Prola Farias: “Ao criar o cosmo fictício de *Macondo*, García Márquez retrata a busca por um espaço paradisíaco, ou seja, a formação de uma comunidade igualitária livre das injustiças que permeiam as relações desiguais entre grupos sociais”⁵. Essa pode ser aceita, sem dificuldade, como uma metáfora da organização dos

³ Melquiades, o transculturador de Macondo em Cem anos de solidão. *Revista Athos & Ethos Educação e Linguagem*, Patrocínio/MG, v. 10, p. 6, 2012.

⁴ VIEIRA, José Roberto. Imposto sobre produtos industrializados: uma águia garciamarquiana entre os tributos. In: SANTI, Eurico Marcos Diniz de et al. (Coord.). *Tributação das empresas*. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 158-159.

⁵ Cem anos de mitos, imperialismo e solidão: Macondo e a (des)construção identitária latino-americana. *Disc. Scientia*, Série: Artes, Letras e Comunicação, Santa Maria, v. 10, n. 1, p. 147-174, 2009, p. 166.

povos da América antes da chegada dos colonizadores europeus, espanhóis e portugueses.

Macondo segue com um cotidiano pacato até que se iniciam as visitas de ciganos, que se prolongam por anos. O principal cigano é Melquíades, um caricato eterno viajante, corpulento e bruto, mas também destemido, independente e livre, como destaca Dimitri Fazito⁶. José Arcadio Buendía fica intensamente impressionado pelos aparelhos que trazem os ciganos – alguns tão simples quanto ímãs, desconhecidos até então, outros mais complexos, como a máquina fotográfica. Há um fascínio com as capacidades tecnológicas e com a excentricidade do outro, e esse quê de pitoresco seduz os habitantes de Macondo – algo comparável, sem dúvida, à narrativa tradicional da chegada dos portugueses ao litoral sul-americano, despertando a curiosidade dos indígenas com seus espelhos, apitos e chocalhos. Mas não é só isso: o contato com os aparelhos trazidos pelos ciganos faz com que Macondo, na figura de José Arcadio Buendía, compreenda-se como atrasada diante de um povo mais desenvolvido, síndrome que acomete a América Latina desde o descobrimento. Nesse sentido, ponderam Maria Lúcia Vannuchi e Maria Madalena Gracioli: “[...] a perspectiva científico-racional, embutida nas novidades trazidas pelo cigano, arauto do progresso, agitava o secular e mágico ‘atraso’ de Macondo”⁷.

O processo civilizatório de Macondo prossegue com a chegada de novos imigrantes, e desenvolve-se o comércio, inclusive com os árabes que aparecem em seguida. Os costumes de Macondo sofrem transformação, com novos hábitos e, entre eles, a fala em língua espanhola. Aquele povoado agora tem uma organização social complexa, com pessoas de origens diferentes, com costumes e valores diversos, falando um novo idioma, a exemplo do que ocorre com a América Latina como um todo.

3 AS ELEIÇÕES, A REVOLUÇÃO E A GUERRA

A mudança profunda na organização política de Macondo inicia-se com chegada de Don Apolinar Moscote, “*el corregidor*”, a primeira “autoridade”, em sentido jurídico, da cidade:

⁶ A identidade cigana e o efeito de “nomeação”: deslocamento das representações numa teia de discursos mitológico-científicos e práticas sociais. *Revista de Antropologia*, São Paulo, v. 49, n. 2, p. 59, jul./dez. 2006.

⁷ Gênero e práticas temporais em “Cem anos de solidão”. *Anais eletrônicos do Seminário Internacional Fazendo Gênero 10*. Florianópolis: UFSC, 2013. p. 4.

*Don Apolinar Moscote, el corregidor, había llegado a Macondo sin hacer ruido. Se bajó en el Hotel de Jacob – instalado por uno de los primeros árabes que llegaron haciendo cambalache de chucherías por guacamayas – y al día siguiente alquiló un cuartito con puerta hacia la calle, a dos cuadras de la casa de los Buendía. Puso una mesa y una silla que les compró a Jacob, clavó en la pared un escudo de la república que había traído consigo, y pintó en la puerta el letrero: Corregidor. Su primera disposición fue ordenar que todas las casas se pintaran de azul para celebrar el aniversario de la independencia nacional.*⁸

Trata-se do primeiro momento em que o Estado, enquanto organização jurídica burocrática, intervém no funcionamento socioeconômico de Macondo. É, para os seus habitantes, uma novidade. Dali em diante, Macondo conviveria com a intervenção estatal na conformação da vida de seus cidadãos até a ruína final, após a decadência gerada pelo dilúvio.

José Arcadio Buendía, ao receber, por escrito, a ordem para pintar sua casa, foi a Don Apolinar Moscote com o documento. Perguntou se o *corregidor* o havia escrito e, diante da resposta positiva, indagou: “Com que direito?” Don Apolinar Moscote buscou outro documento com sua nomeação, ao que José Arcadio Buendía respondeu que, naquele povo, não se mandava com papeis e não era necessário *corregidor* porque não havia nada a corrigir. Don Apolinar Moscote disse que estava armado e José Arcadio Buendía, sem lhe dar crédito, o expulsou, colocando-o no caminho do pântano. O *corregidor* voltou em seguida, com seis soldados armados de escopetas e toda a família – mulher e sete filhas. Em seguida, veio a mudança. José Arcadio Buendía não abriu mão de seus valores e disse que o forasteiro poderia ficar, por respeito à sua família, desde que cada um pintasse sua casa como quisesse e os soldados fossem embora, e deixando claro que, dali em diante, o *corregidor* seria um inimigo.

Era a primeira vez na história de Macondo que uma pessoa com autoridade concedida por alguém juridicamente competente aparecia para

⁸ MARQUEZ, Gabriel García. *Cien años de soledad*. Barcelona: Debolsillo, 2013. p. 74. “*Corregidor*” é traduzido por Eliane Zagury como “delegado” em MARQUEZ, Gabriel García. *Cem anos de solidão*. Trad. Eliane Zagury. 55. ed. Rio de Janeiro: Record, 2004, p. 58. Por ser uma obra literária premiada e reconhecida, e o estilo de escrita ter toda a importância nesse contexto, e ainda levando em consideração a proximidade entre as línguas espanhola e portuguesa, optou-se por transcrever a versão original em espanhol.

impor obrigações não fundadas na experiência e nos costumes. Estava, ali, nascendo uma organização estatal em Macondo – ou, melhor: o país no qual Macondo se inseria estava organizado na forma de Estado e aquele povoado não ficaria mais livre de sua jurisdição.

Ali, naquele primeiro início de algo como uma burocracia estatal e uma ordenação do lícito e do ilícito, manifestou-se também o paradoxo originário do Direito a que se refere Gunther Teubner: se o *corregidor* definia o que é lícito e o que é ilícito, a essa própria definição pode-se opor o mesmo código: É lícito ou ilícito, ao *corregidor*, definir o que é lícito e o que é ilícito? Para o *corregidor*, sua autoridade é legítima; para José Arcadio Buendía, não⁹.

Não demora a que o leitor descubra o motivo pelo qual o *corregidor* determinou que as casas fossem pintadas de azul: não por alusão à independência nacional, mas porque azul era a cor do partido conservador, enquanto vermelho era a cor do partido liberal. A diferença entre ambos é explicada a Aureliano, o segundo filho de José Arcadio Buendía, por seu sogro, justamente Don Apolinar Moscote, o *corregidor*:

*Los liberales, le decía, eran masones; gente de mala índole, partidaria de ahorcar a los curas, de implantar el matrimonio civil y el divorcio, de reconocer iguales derechos a los hijos naturales que a los legítimos, y de despedazar al país en un sistema federal que despojara de poderes a la autoridad suprema. Los conservadores, en cambio, que habían recibido el poder directamente de Dios, propugnaban por la estabilidad del orden público y la moral familiar; eran los defensores de la fe de Cristo, del principio de autoridad, y no estaban dispuestos a permitir que el país fuera descuartizado en entidades autónomas.*¹⁰

É o momento das eleições. Don Apolinar Moscote traz soldados armados para organizá-la, o que parece estranho a Aureliano, que não entendia a disputa por coisas que não se podiam tocar e pela guarda armada de fuzis diante de um povo sem paixões políticas. Os soldados confiscam todas as armas da população, inclusive os utensílios de cozinha; depois das eleições, não os devolvem.

⁹ Teubner, curiosamente, também suscita o paradoxo a partir da literatura, e ilustra-a pela famosa história de Antígona, narrada por Sófocles (*Recht als autopoietisches system*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1989. p. 23).

¹⁰ *Cien años de soledad*. Barcelona: Debolsillo, 2013. p. 121.

Os soldados distribuem, pelas casas, as cédulas: vermelhas com os nomes dos liberais, azuis para os conservadores. As eleições transcorrem normalmente, com tranquilidade, e cada um vota de acordo com sua livre consciência, sem constrangimentos. Às quatro da tarde encerra-se a votação e a urna é lacrada por Don Apolinar Moscote. A fraude é assim narrada por García Marquez:

Esa noche, mientras jugaba dominó con Aureliano [Don Apolinar Moscote], le ordenó al sargento romper la etiqueta para contar los votos. Había casi tantas papeletas rojas como azules, pero el sargento sólo dejó diez rojas y completó la diferencia con azules. Luego volvieron a sellar la urna con una etiqueta nueva y al día siguiente a primera hora se la llevaron para la capital de la provincia. “Los liberales irán a la guerra”, dijo Aureliano. Don Apolinar no desatendió sus fichas de dominó. “Si lo dices por los cambios de papeletas, no irán”, dijo. “Se dejan algunas rojas para que no haya reclamos”. Aureliano comprendió las desventajas de la oposición. “Si yo fuera liberal – dijo – iría a la guerra por esto de las papeletas”. Su suegro lo miró por encima del marco de los anteojos.

– Ay, Aurelito – dijo –, si tú fueras liberal, aunque fueras mi yerno, no hubieras visto el cambio de las papeletas.¹¹

Tendo visto a fraude, e incitado pelo Doctor Alirio Noguera, um terrorista disfarçado de médico, Aureliano converte-se à causa liberal. Repudia os meios terroristas e inviabiliza o assassinato de Don Apolinar Moscote, mas participa do deflagramento da guerra e assume o posto de coronel. Rapidamente, a revolução domina Macondo, que passa ao comando do coronel Aureliano Buendía. Seu irmão Arcadio é nomeado chefe civil e militar, mas corrompe-se: rouba o dinheiro público para o utilizar em proveito pessoal, confisca as terras de seus proprietários, alterando os registros de propriedade para titulá-las em seu nome, e cobra pelo direito de enterrar mortos.

O próprio coronel Aureliano Buendía, quando instado a realizar reformas que se alinham a aspectos da ideologia do partido conservador, não hesita, em passagem que narra o abandono dos ideais liberais quando estes precisam manter o poder:

[coronel Aureliano Buendía] Ocupó una silla entre sus asesores políticos, y envuelto en la manta de lana escuchó en silencio las breves propuestas de los emisarios. Pedían, en primer término, renunciar a la revisión de los

¹¹ Idem.

*títulos de propiedad de la tierra para recuperar el apoyo de los terratenientes liberales. Pedían, en segundo término, renunciar a la lucha contra la influencia clerical para obtener el respaldo del pueblo católico. Pedían, por último, renunciar a las aspiraciones de igualdad de derechos entre los hijos naturales y los legítimos para preservar la integridad de los hogares.*¹²

Diante desses pedidos, no fundo negadores de temas centrais da ideologia liberal, um dos assessores obtempera que os implantar seria um contrassenso, pois seria admitir que, sendo boas essas reformas, é bom o regime conservador. O coronel Aureliano Buendía, porém, retruca:

*Iba a seguir, pero el coronel Aureliano Buendía lo interrumpió con una señal. “No pierda el tiempo, doctor”, dijo. “Lo importante es que desde este momento sólo luchamos por el poder”. Sin dejar de sonreír, tomó los pliegos que le entregaron los delegados y se dispuso a firmar.*¹³

A guerra tem efeitos devastadores sobre Aureliano. Esses efeitos são narrados magistralmente, por García Marquez, em uma passagem na qual o coronel confronta sua mãe Úrsula Iguarán:

Entonces el coronel Aureliano Buendía se dio cuenta, sin asombro, que Úrsula era el único ser humano que había logrado desentrañar su miseria, y por primera vez en muchos años se atrevió a mirarla a la cara. Tenía la piel cuarteada, los dientes carcomidos, el cabello marchito y sin color, y la mirada atónita. La comparó con el recuerdo más antiguo que tenía de ella, la tarde en que él tubo el presagio de que una olla de caldo hirviendo iba a caerse de la mesa, y la encontró despedazada. En un instante descubrió los arañazos, los verdugones, las mataduras, las úlceras y cicatrices que había dejado en ella más de medio siglo de vida cotidiana, y comprobó que esos estragos no suscitaban en él ni siquiera un sentimiento de piedad. Hizo entonces un último esfuerzo para buscar en su corazón el sitio donde se le habían podrido

¹² Idem, p. 205.

¹³ Idem.

los afectos, y no pudo encontrarlo. En otra época, al menos experimentaba un confuso sentimiento de vergüenza cuando sorprendía en su propia piel el olor de Úrsula, y en más de una ocasión sintió sus pensamientos interferidos por el pensamiento de ella. Pero todo eso había sido arrasado por la guerra. La propia Remedios, su esposa, era en aquel momento la imagen borrosa de alguien que pudo haber sido su hija. Las incontables mujeres que conoció en el desierto del amor, y que dispersaron su simiente en todo el litoral, no habían dejado rastro alguno en sus sentimientos. La mayoría de ellas entraba en el cuarto en la oscuridad y se iba antes del alba, y el día siguiente eran apenas un poco de tedio en la memoria corporal. El 'único afecto que prevalecía contra el tiempo y la guerra fue el que sintió por su hermano José Arcadio, cuando ambos eran niños, y no estaba fundado en el amor, sino en la complicidad.

– Perdone – se excusó ante la petición de Úrsula –. Es que esta guerra ha acabado con todo.¹⁴

A experiência institucional de Macondo, então, é desastrosa. Desde a chegada do *corregidor*, a fraude nas eleições supostamente democráticas, a revolução e a guerra, os ideais são desvirtuados e o sofrimento é generalizado. A imagem que fica é de desamparo do cidadão comum e de decepção com a política e com as instituições democráticas. O governo que se segue ao fim da guerra é conservador e, com o apoio dos liberais, estava reformando o calendário para que cada presidente ficasse cem anos no poder. O povo que se divertia no carnaval foi atacado pelo exército. O massacre deixou dezenas de mortos pelas ruas, fantasiados de palhaços, colombinas, reis de baralho, músicos e outras figuras carnavalescas.

4 A CHACINA DA ESTAÇÃO E O PODER JUDICIÁRIO

Instala-se, em Macondo, a companhia bananeira, fundada por imigrantes dos Estados Unidos. É um símbolo da inserção dos países latino-americanos na economia global capitalista enquanto fornecedores de matéria-prima. A companhia emprega boa parte da população de Macondo, mas, contra ela, José Arcadio Segundo, bisneto de José Arcadio Buendía, lidera uma greve. Junto

¹⁴ Idem, p. 212-213.

com o capitalismo, observa Marcos Arruda, chega a Macondo a classe operária organizada¹⁵.

O pleito dos grevistas era a permissão para não trabalhar aos domingos, cortando e embarcando bananas. Aquela reivindicação pareceu tão justa aos olhos de todos, inclusive do pároco, que foi atendida, e José Arcadio Segundo tornou-se uma liderança importante dos trabalhadores. Ele e outros líderes sindicais são presos posteriormente e levados para a prisão, na capital, com grilhões de cinco quilos atados aos pés. Como ninguém os queria alimentar na prisão, nem o governo, nem a companhia bananeira, foram soltos três meses depois.

Os trabalhadores continuavam revoltados. Moravam em vivendas insalubres e trabalhavam em condições iníquas. Não recebiam em dinheiro, mas em vales que lhes permitiam comprar presunto de Virgínia – depois, soube-se que isso era assim porque, dessa forma, o navio que levava as bananas poderia voltar carregado de presunto, viabilizando financeiramente a operação. Não tinham assistência médica, recebiam sempre a mesma pílula, e era um tratamento tão padronizado que as crianças entravam várias vezes na fila para acumular pílulas e brincar com elas. Não havia condições de higiene nem latrinas para os trabalhadores.

O Direito aparece quando os trabalhadores, revoltados, fazem chegar ao Sr. Brown, responsável pela companhia bananeira, um documento com reivindicações. O Sr. Brown sai de Macondo de trem, junto com outros representantes da empresa. Ele é visto em um bordel, mas os advogados provam que o homem do bordel não é o Sr. Brown e o prendem como vigarista. Ele é novamente visto, e os empregados fazem-no assinar a lista de reivindicações. Mas os advogados, sempre de preto, provam que aquele senhor que assinou a lista é um vendedor de plantas medicinais nascido em Macondo. Os trabalhadores insistem, e então os advogados aparecem com o atestado de óbito do Sr. Brown, atropelado em Chicago. O documento é autenticado por cônsules e chanceleres. Os trabalhadores, então, resolvem levar a questão aos Tribunais Superiores, mas lá os advogados provam que eles não têm razão:

Fue allí donde los ilusionistas del derecho demostraron que las reclamaciones carecían de toda validez, simplemente

¹⁵ Ser da linguagem, o fora e Cem anos de solidão. Dissertação de Mestrado pela Pontifícia Universidade Católica de Goiás, Departamento de Letras. Goiás, 2013. p. 54.

*porque la compañía bananera no tenía, ni había tenido nunca ni tendría jamás trabajadores a su servicio, sino que los reclutaba ocasionalmente y con carácter temporal. De modo que se desbarató la patraña del jamón de Virginia, las píldoras milagrosas y los excusados pascuales, y se estableció por fallo de tribunal y se proclamó en bandos solemnes la inexistencia de los trabajadores.*¹⁶

Diante disso, estoura nova greve. O exército é, então, convocado para cortar e embarcar bananas, para subtrair o efeito da greve. Os trabalhadores resolvem “*sabotar el sabotaje*” e incendeiam as fazendas, destroem os trilhos dos trens, cortam os fios do telefone e do telégrafo. Diante da iminência de uma guerra civil, as autoridades convocam os trabalhadores, que se reúnem na estação.

Eram três mil trabalhadores na estação. José Arcadio Segundo percebe que o exército cerca a estação, fortemente armado. O tenente pega um megafone e lê o Decreto nº 4, que classifica os grevistas como uma quadrilha e entrega ao exército a possibilidade de os matar. O capitão anuncia que os trabalhadores têm cinco minutos para se retirar. Seguem-se vaias, e o capitão concede mais um minuto depois dos cinco. José Arcadio Segundo grita, resistindo, e o exército abre fogo contra os grevistas. José Arcadio Segundo acorda em um trem, em meio aos cadáveres já frios, com duzentos vagões carregando os mortos, sem nenhuma luz, em uma viagem tétrica e silenciosa. Ele pula do trem e volta, sob chuva, para Macondo, após três horas de caminhada pelos trilhos.

Ao chegar, entra em uma cozinha onde uma mulher, com uma criança no colo, fazia comida. A mulher o abriga, serve-lhe café. Ele diz que os mortos deveriam ser uns três mil, e a mulher responde que não há mortos, e que nada acontece em Macondo desde a época da guerra. Em todo lugar a que José Arcadio Segundo ia ouvia a mesma coisa: não houve mortos, nem massacre, nem trem. José Arcadio Segundo vai à estação e não vê nada: a chuva lava o local. Nem mesmo em sua casa a família parecia saber qualquer coisa sobre o suposto massacre: nunca haviam ouvido falar nisso. Ao contrário: a versão que ouve dá conta de que os trabalhadores aceitaram a ordem de evacuar a estação, os líderes sindicais reduziram seus pedidos a dois – latrinas e serviços de saúde melhores – e o Sr. Brown os tinha aceito, e ainda ofereceu três dias de festa,

¹⁶ *Cien años de soledad*. Barcelona: Debolsillo, 2013. p. 212-213.

assim que a chuva parasse. Mas choveu durante quatro anos, onze meses e dois dias, e tudo foi esquecido:

La versión oficial, mil veces repetida y machacada en todo el país por cuanto medio de divulgación encontró el gobierno a su alcance, terminó por imponerse: no hubo muertos, los trabajadores satisfechos habían vuelto con sus familias, y la compañía bananera suspendía actividades mientras pasaba la lluvia. La ley marcial continuaba, en previsión de que fuera necesario aplicar medidas de emergencia para la calamidad pública del aguacero interminable, pero la tropa estaba acuartelada. Durante el día los militares andaban por los torrentes de las calles, con los pantalones enrollados a media pierna, jugando a los naufragios con los niños. En la noche, después del toque de queda, derribaban puertas a culatazos, sacaban a los sospechosos de sus camas y se los llevaban a un viaje sin regreso. Era todavía la búsqueda y el exterminio de los malhechores, asesinos, incendiarios y revoltosos del Decreto Número Cuatro, pero los militares lo negaban a los propios parientes de sus víctimas, que desbordaban la oficina de los comandantes en busca de noticias. “Seguro que fue un sueño”, insistían los oficiales. “En Macondo no ha pasado nada, ni está pasando nada ni pasará nunca. Este es un pueblo feliz”. Así consumaron el exterminio de los jefes sindicales.¹⁷

Dali em diante, José Arcadio Segundo é tratado como louco, inclusive por sua própria família. Ele segue insistindo nessa versão, e a conta com detalhes a seu bisneto, Aureliano, sob protestos da família. A última coisa que disse, antes de morrer, foi a seu bisneto: “*Acuérdate siempre de que eran más de tres mil y que los echaron al mar*”¹⁸. Caiu, então, sobre seus pergaminhos e morreu de olhos abertos. Anos depois, os documentos judiciais e os livros escolares documentavam: nunca havia existido companhia bananeira em Macondo. A cidade, então, ao final da tormenta, perde a parca industrialização e urbanização que tinha e decai rumo à ruína final¹⁹.

¹⁷ Idem, p. 370.

¹⁸ Idem, p. 421.

¹⁹ MACIEL, Bruno. Cem anos de solidão: uma reflexão sobre a problemática da identidade na América Espanhola. *Ibérica – Revista Interdisciplinar de Estudos Ibéricos e Ibero-Americanos*, Juiz de Fora/MG, v. 3, n. 10, p. 53, abr./jul. 2009.

Aqui, as instâncias estatais e judiciárias são vistas como um incompreensível emaranhado de formalidades e formalismos, capazes de permitir a advogados construir fatos e apagar memórias, modificando a realidade de acordo com os interesses do poder econômico. O sobrenatural habita o realismo fantástico de Gabriel García Marquez, como destacam os estudiosos, a exemplo de Sílvia Urmila Almeida Santos²⁰. Lado a lado com o sobrenatural inventado pelo gênio do autor, há também o sobrenatural construído pela prática judiciária. A crítica literária é forte e, embora caricata, corresponde, em boa medida, à percepção da maioria da população brasileira. Há menos de um quinquênio a Fundação Getúlio Vargas publicou pesquisa a respeito do Índice de Confiança na Justiça - ICJBrasil -, realizada por sua Escola de Direito segundo a qual 70% (setenta por cento) dos brasileiros põem em dúvida a honestidade e a imparcialidade do Poder Judiciário²¹. A crítica de García Marquez, portanto, ainda no Brasil de hoje, permanece fazendo sentido em muitos casos, como um fantasma que insiste em não ser plenamente exorcizado.

CONCLUSÃO

A obra literária de Gabriel García Marquez, especificamente no romance *Cien años de soledad*, faz um retrato pessimista das instituições jurídico-estatais, inclusive - e, talvez, principalmente - do Poder Judiciário. As eleições são fraudadas, os políticos buscam o poder sem preocupações com o bem-estar da população e despidos de integridade ideológica, e o Poder Judiciário subverte a realidade para oficializar versões irreais dos fatos, que ficam apagados e esquecidos.

Embora a forma como essas instituições são descritas e os acontecimentos nos quais elas se envolvem sejam caricatos e exagerados, como não é incomum nem desaconselhado na obra de arte, ela sugere uma percepção popular que, para muitas pessoas, não é assim tão distante da realidade. Com isso, o contato com a obra de arte permite, ao profissional do Direito, a visão externa de como seu trabalho é percebido pela população, o que pode permitir a autocrítica reflexiva e desencadear ações transformadoras.

²⁰ Invenção e fantasia sobre a modernidade em Cem anos de solidão e Ninguém escreve ao coronel, de Gabriel García Márquez. Dissertação de Mestrado pela Universidade de Brasília, Instituto de Letras. Brasília, 2011. p. 44-45.

²¹ FGV: brasileiros duvidam da honestidade do Judiciário. *Jornal O Estado de São Paulo*, 4 fev. 2010.

O ESTADO AMBIENTAL DA ADAPTAÇÃO: UM NOVO PARADIGMA

THE STATE OF ENVIRONMENTAL ADAPTATION: A NEW PARADIGM

André Rafael Weyermüller¹

Professor de Direito Civil e Ambiental na Unisinos e Feevale

RESUMO: A relação entre a sociedade e o meio ambiente revela-se complexa e com consequências irreversíveis em muitos aspectos. Abordar a questão apenas com os mecanismos tradicionais se revela cada vez menos efetivo, sobretudo com as limitações do Direito e as crescentes necessidades de desenvolvimento, que são o resultado de longo processo de adaptação às limitações e diversidades do ambiente. O Estado Ambiental da Adaptação é um caminho e uma necessidade no contexto de crise ambiental.

PALAVRAS-CHAVE: Adaptação; ambiente; direito; sociedade; Estado.

ABSTRACT: *The relation between society and the environment is complex and has irreversible consequences in many aspects. Approaching the subject only with the traditional mechanisms reveals itself increasingly less effective, especially*

with the limitations of the Law and the growing development necessities that are the result of a long process of adaptation to the limits and diversity of the environment. The Adaptation Environmental State is a path and a necessity in the context of environmental crisis.

KEYWORDS: *Adaptation; environment; law; society; State.*

SUMÁRIO: Considerações introdutórias; 1 O desenvolvimento de um novo paradigma de estado; 2 Estado ambiental ecológico e estado ambiental da adaptação; Considerações finais; Referências.

SUMMARY: *Introductory considerations; 1 The development of a new paradigm of state; 2 Environmental and ecological state of the state environmental adaptation; Final thoughts; References.*

¹ Professor, Advogado, Especialista em Direito Ambiental pela Universidade Feevale, Mestre em Direito Público pela Unisinos, Doutor em Direito pela Unisinos, Pesquisador.

CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS

A crise ambiental vivida atualmente tornou-se um grande desafio, sobretudo para a tutela pelo Direito. Pretende-se destacar a importância do Estado, dentro de uma formatação específica voltada para a promoção da adaptação para o enfrentamento das diversas realidades de crise ambiental. Mesmo com a multiplicidade de centros decisórios, a função indutora da denominada norma de adaptação é fundamental. O papel de um Estado com essa vocação precisa ficar muito claro, pois não se espera que esse papel indutor acabe por representar a monopolização das decisões, tampouco que toda a responsabilidade pela gestão da crise recaia sobre o Estado. É preciso uma formulação de funções muito claras nesse processo de promoção de eficácia normativa adaptativa. As limitações ou crises do Estado² são conhecidas, mas não são impeditivos de uma atuação ou orientação adaptativa.

Compreender o mundo contemporâneo e a realidade que se insere a sociedade global³ parece ser uma tarefa tão difícil quanto o próprio enfrentamento das dificuldades que esse mesmo mundo apresenta. Parte dessa dificuldade em se compreender a origem do problema está na utilização de modelos lineares não sistêmicos e impróprios para enfrentar a problemática. Na medida em que um novo pensamento se impõe e se desenvolve, a possibilidade de êxito na compreensão da realidade de crise fica mais próxima da materialização e da efetividade. É o que se pretende construir, pois apenas ações de comando e controle sobre as resultantes negativas do desenvolvimento humano não estão surtindo o efeito que se espera no passado, quando a amplitude das consequências era significativamente menor. Na verdade, até o efeito que se espera precisa de um contorno mais realista.

A globalização da economia e a fragilidade do sistema de relações como um todo preocupam sobremaneira a sociedade global, habituada a certos padrões

² Conforme José Luis Bolzan de Moraes, o Estado, enquanto instituição central da modernidade, está em crise e afeta diretamente o projeto moderno original. Essa crise do Estado pode ser especificada em cinco crises distintas: conceitual, estrutural, constitucional, funcional e política (MORAIS, José Luis Bolzan de. *As crises do Estado*. In: MORAIS, José Luis Bolzan de (Org.). *O Estado e suas crises*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 10-27).

³ Niklas Luhmann defende a existência de uma sociedade global. Assim, “a globalização vai forçar a um outro tipo de observação que antes não havia. Não é que as coisas não existiam, elas não eram observadas. Então, o Direito, hoje, necessariamente, deve ser observado de forma diferente, não normativista” (ROCHA, Leonel Severo; KING, Michael; SCHWARTZ, Germano. *A verdade sobre a autopoiese do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 34).

de conforto e de consumo que não podem mais ser revertidos em benefício de uma proposta de conservação dos recursos naturais e da continuidade nas atividades de transformação do ambiente, pelos menos não de forma voluntária ou consciente do motivo de assim se proceder.

Dessa forma, decisões e medidas realmente efetivas de proteção do ambiente⁴, mesmo que para sustentar índices de desenvolvimento, não são tomadas ou, quando são, não atingem o cerne da questão, pois estão inadaptadas para a complexidade e não têm real interesse em medidas que possam de alguma forma criar algum tipo de barreira para a continuidade do modelo de desenvolvimento predatório que se reproduz desde a Revolução Industrial. A própria organização e o desenvolvimento do Estado desde suas origens sempre estiveram calcados na viabilização de projetos de crescimento e supremacia que dependia sempre de uma ampla política de transformação e inovação.

Mesmo com essa forte contingência da realidade de crise econômica agindo como um real motivo para a não efetivação de medidas sérias e realistas para o enfrentamento da crise ambiental⁵, a necessidade de um paradigma de adaptação deve ser construído a partir dos elementos disponíveis, em uma genuína sistemática adaptativa à realidade. É necessário que esse paradigma inovador receba o devido estímulo para que possa ocorrer a esperada autopoiese sistêmica que, em simplíssimas palavras, consiste na autorreprodução dos elementos disponíveis, no sentido de produzir uma nova realidade que, nesse nível (e apenas nesse), pode ser nominada como sustentável. A única sustentabilidade que se espera desse processo é a sustentabilidade ou continuidade de autorreprodução do sistema em benefício do ambiente por meio da adaptação propiciada por uma interação entre a necessidade de conservação dos recursos naturais e as atividades econômicas.

⁴ “A jurisprudência desempenha papel relevantíssimo na proteção ambiental, pois é a aplicação concreta das normas jurídicas e o freio às ações administrativas e privadas deletérias e nocivas. Por outro lado, a grande diversidade de hipóteses e a diferença dos casos concretos geram uma jurisprudência casuística e individualizada, a qual somente com grande dificuldade pode ser generalizada. Por outro lado, ainda que a produção legislativa ambiental cresça em velocidade exponencial, ela não é capaz de atender a todas as diferentes situações que surgem no dia a dia.” (ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito ambiental*. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 22)

⁵ As diversas demandas relacionadas com ambiente e a necessidade de uma atuação mais efetiva para evitar danos irreparáveis no futuro e, assim, antecipar possíveis quadros de extrema escassez e conflitos, acaba por sofrer as limitações dos mecanismos existentes, os quais não alcançam essa complexidade do conjunto da realidade atual de crise ambiental (MORAIS, José Luis Bolzan de. *As crises do Estado*. In: MORAIS, José Luis Bolzan de (Org.). *O Estado e suas crises*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 23-25).

Nessa perspectiva e para que isso possa realmente ocorrer, a participação do Estado com suas estruturas, mesmo que inadaptadas e em grande medida superadas pela evolução da sociedade e pela complexidade e contingência do mundo globalizado, revela-se essencial. Os sistemas sociais precisam promover um processo de “coevolução”⁶ orientado para atingir objetivos ambientais que a Economia pode viabilizar sem necessariamente receber ações de comando e controle que permitam, proíbam e punam as ações e resultantes da atuação do mercado. A inadaptação das estruturas estatais é visível pelo alcance limitado que as diretrizes políticas se materializaram nas normas jurídicas criadas para o desiderato de garantir níveis satisfatórios de conservação ambiental.

Ou seja, a inadaptação dessas estruturas se caracteriza pela limitação que o sistema do Direito tem em sua lógica operativa. Sob o ponto de vista sistêmico, a operação do Direito se dá conforme seu código (direito/não direito). Leis penais ambientais, licenciamento, responsabilização objetiva e acesso processual pela ação civil pública⁷, entre outros, são os instrumentos dos quais se valem os entes estatais para encaminhar a tutela (em considerável medida deficiente), sob o fundamento de promover um direito intergeracional ao ambiente conservado e sustentável.

Esses instrumentos, os quais proporcionam parcial efetividade à proteção do ambiente, precisam receber também as devidas atualizações e adaptações para que não percam totalmente a efetividade com passar do tempo e com o incremento dos elementos de complexidade. Não se pretende desenvolver nesse espaço as necessidades e alternativas pontuais atinentes a esses instrumentos que

⁶ Ao desenvolver um conceito de coevolução, Gunther Teubner refere que “uma *co-evolução*, definida como o desenvolvimento de mecanismos evolutivos autônomos em sistemas fechados e respectivas articulações estruturais”; e ainda: “No contexto de processos de co-evolução, a seleção das mudanças e inovações no direito não é apenas imputável à autopoiesis do próprio sistema jurídico, *mas também, ainda que de modo bastante mais indirecto, à autopoiesis doutros subsistemas sociais e da própria sociedade*” (TEUBNER, Gunther. *O direito como sistema autopoiético*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989. p. 107 e 123).

⁷ Merece destaque como instrumento normativo do Estado para a tutela do ambiente a Lei nº 7.347/1985 que disciplina a ação civil pública. Atualmente, devido ao incremento significativo dos impactos ambientais das atividades produtivas da sociedade, a referida lei é o instrumento processual mais utilizado para a proteção do ambiente tendo como polo ativo o Ministério Público. Por meio desse instrumento, o Estado exerce poder de proteção de direitos ditos de terceira geração que abarca o meio ambiente e sua abrangência mais ampla, geralmente coletiva ou difusa (MORAES, Voltaire de Lima. *Ação civil pública: alcance e limites da atividade jurisdicional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 94-95).

se denominam por tradicionais de tutela do ambiente (positivismo⁸). Apenas se faz essa referência para demonstrar que existem duas perspectivas de ação sobre a crise ambiental, as quais estão conectadas ao Estado e aos seus mecanismos de ação. Uma que se optou denominar por tradicional em virtude de seus esquemas lineares fortemente ligados ao positivismo jurídico e outra ligada à formulação de políticas e normas⁹ que iniciem o processo de autorreprodução dos elementos capazes de proporcionar uma coevolução caracterizada por um caminho inverso da improbabilidade da comunicação intersistêmica revelada por Niklas Luhmann¹⁰.

1 O DESENVOLVIMENTO DE UM NOVO PARADIGMA DE ESTADO

Importante compreender melhor o Estado e as suas estruturas disponíveis desde o início de seu desenvolvimento para chegar a uma perspectiva onde seja possível identificar elementos caracterizadores do que se poderia denominar por Estado Constitucional Ambiental e dele evoluir para a formulação de um Estado Ambiental da Adaptação, aquele que teria os efetivos mecanismos de promoção e defesa do ambiente e, ao mesmo tempo, garantir que os índices de desenvolvimento sejam mantidos apenas se e quando a adaptação à realidade for

⁸ “Movimento jusfilosófico que surge juntamente com o Estado Liberal, no século XIX, e tem como seus representantes mais autorizados no século XX Kelsen, Ross e Hart.” (BARZOTTO, Luiz Fernando. *O positivismo jurídico contemporâneo: uma introdução a Kelsen, Ross e Hart*. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2003. p. 17)

⁹ O que se busca com a presente pesquisa é justamente uma alternativa mais sofisticada para a atuação do Estado atrelada aos preceitos essencialmente positivistas que, no âmbito de atuação do Direito, representam importantes imperfeições para o enfrentamento de problemas ambientais complexos por natureza e que não se ajustam mais apenas a esses modelos lineares que o positivismo jurídico reproduz. A origem desse pensamento remonta Augusto Comte (“Lei dos Três Estados”) e sua formulação filosófica centrada na negação das explicações baseadas em Deus ou na natureza, privilegiando assim a busca por leis imutáveis resgatando as formulações de Galileu, Descartes e Bacon (ROCHA, Leonel Severo; ATZ, Ana Paula. Positivismo. In: BARRETO, Vicente de Paulo (Coord.); CULLETON, Alfredo (Coord. Adjunto). *Dicionário de filosofia política*. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2010. p. 417-420).

¹⁰ Niklas Luhmann problematiza a comunicação, formulando a ideia de que “uma teoria da comunicação como a que aqui se pretende esboçar implica, pois, antes de mais, que a comunicação é improvável. É-o, apesar de diariamente a experimentarmos e a praticarmos e de não podermos viver sem ela. Esta improbabilidade, que se tornou imperceptível, requer uma apreensão prévia e, além disso, um esforço que se poderia classificar como ‘contra-fenomenológico’. Isto é factível se se aborda a comunicação, não já como fenômeno, mas como problema, deixando de procurar um conceito que se ajuste ao máximo a todos os dados e começando por perguntar-se se a comunicação é possível. Imediatamente surge uma série de problemas e de dificuldades que a comunicação deve superar para poder chegar a produzir-se” (LUHMANN, Niklas. *A improbabilidade da comunicação*. Trad. Anabela Carvalho. 3. ed. Lisboa: Veja, 2001. p. 41-42).

o centro do processo de decisão. Um futuro adaptado necessita ainda (e sempre necessitará) do Estado; porém, desde já se faz a ressalva que essa necessidade não significa uma dependência, mas sim um ponto de partida para um processo de reprodução de um modelo alternativo que precisa da Economia para ter a devida continuidade por meio da reprodução de um sentido específico no caminho de um processo adaptativo integrador e assegurador dos direitos como um todo, ou seja, tanto o direito ao desenvolvimento quanto o direito ao meio ambiente conservado.

A importância do Estado e de seus mecanismos reside no fato de ser a origem da produção do próprio sistema do Direito e por esse motivo principal é que se procura compreender o contexto de sua atuação em relação à sociedade, desenvolvida a partir de regras de organização e controle, sendo que na inexistência de Estado dificilmente se pode sustentar a existência do Direito como o concebemos. Estado e Direito vigentes nos seus limites territoriais não respondem adequadamente a todas as demandas que surgem das relações em sociedade, sobretudo em matéria ambiental. Porém, a existência da sociedade está fortemente atrelada à noção de Estado e seus elementos característicos.

Essa orientação adaptativa do Estado é uma característica a ser construída a partir de preceitos democráticos e participativos que no Estado de Direito já estão consolidados. A evolução no caminho de um Estado Ambiental da Adaptação ainda prescinde de modificações importantes nas estruturas estatais desenvolvidas de longa data e que foram, na prática, objeto de diversas fases de adaptação às novas realidades que foram se desenvolvendo com o passar dos tempos. Pertinente conhecer esse processo de desenvolvimento ou adaptação do Estado desde as suas formas mais primitivas até a formulação de um Estado Ambiental da Adaptação.

A sociedade existente em épocas anteriores ao Estado já possuía lideranças. Porém, em tal organização social, havia uma formatação muito específica decorrente do agrupamento em tribos, as quais podiam ou não ter governo, as célebres cidades-Estado e os grandes impérios da antiguidade. Os grupos sociais sem governantes compartilhavam a característica comum da inexistência de governo além daquele exercido dentro do clã. Assim, a organização social baseava-se em grande medida no grau de parentesco que não tinha superiores além dos próprios integrantes mais velhos (sociedade patriarcal¹¹) que se

¹¹ “Na ausência de autoridades institucionalizadas além da que funcionava dentro da família estendida, as sociedades em questão eram iguais e democráticas. Todo homem adulto era considerado, e

sobrepunham aos demais membros (mulheres, jovens e filhos) e estabeleciam posições na estrutura social. Na ausência de uma autoridade de poder máximo, não havia lei para estabelecer padrões de conduta ou punir os infratores. Elementos sobrenaturais também exerciam um papel importante nessa fase e, junto com as relações de parentesco, estabeleciam as regras por meio de reuniões das tribos ou dos clãs como desiderato de promover o julgamento das condutas e dos desvios que não podiam ser tolerados, sobretudo pelo costume, elemento muito presente nessa fase.

Essa antiga estrutura evoluiu para uma organização onde o poder passou a ser concentrado por alguém que pela experiência ou força se destacava no grupo. Foi assim que as antigas formatações tribais criaram as suas estruturas de poder que serviram de base para as futuras configurações. Como as sociedades antigas eram evidentemente fortemente ligadas à terra e à agricultura (realidade surgida da necessidade de adaptação ao ambiente que habitavam) e tinham grande ênfase nas relações familiares e de ligações por casamentos e parentesco, sendo que a necessária impessoalidade na gestão da coisa pública, coletiva, foi na verdade uma evolução desse modelo até o desenvolvimento e a estruturação das cidades-Estado que eram assentamentos formados por construções de diversos níveis de complexidade destinadas às diversas e complexas configurações de estratificação social que surgiram e se desenvolveram a partir desse contexto. O comércio entre um número grande de habitantes é um forte elemento de independência das atividades agrícolas que eram nas sociedades essencialmente agrárias a atividade que envolvia a maior parte do tempo e das energias produtivas.

Já, nas cidades-Estado, essa certa independência de parte da sociedade dessas atividades básicas de subsistência permitiu desenvolver outras atividades e técnicas, inclusive o comércio marítimo ou terrestre mais abrangente e com possibilidades mais ampliadas¹². Elas eram, na prática, o Estado na Antiguidade, pois nessa formatação surgiu uma concentração de poderes, sendo elas a origem dos impérios e dos grandes reinos conhecidos que tiveram modelos diferentes,

se considerava, igual a todos os outros; ninguém tinha o direito de dar ordens a ninguém, de exercer justiça sobre ninguém nem exigir pagamento de ninguém. As tarefas 'públicas' - isto é, as que estavam além da capacidade de grupos familiares simples, como cultos, grandes caçadas, pesca em alto-mar, deflorestação e, como logo veremos, guerra - não eram realizadas por governantes e governados, porém por líderes e seus seguidores." (CREVELD, Martin van. *Ascensão e declínio do Estado*. Trad. Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2004. p. 4-5)

¹² Id., p. 29-30.

mas que, em essência, representavam o poder centralizado e o surgimento das bases do que seria o Estado nos séculos seguintes¹³. A construção de estruturas de comando e hierarquia, controle do comércio e o fortalecimento de extratos sociais bem definidos e cada vez mais complexos são características centrais dessa formação do Estado.

O incremento gradativo da população e a interconexão com culturas estrangeiras também merece referência. Mais importante é que nas cidades-Estado delimitou-se uma clara separação entre as esferas pública e privada, o que viria a ter importantes repercussões no que se refere à organização das estruturas básicas do Estado. Sem essa separação clara, não haveria como evoluir para sistemas mais complexos que se sucederiam com o tempo. A organização baseada no patriarcalismo típico desse período dava ao homem a posição de centro dentro da sua família e de seu grupo de relações de parentesco. Já, fora dos limites da sua casa, essa autoridade passava completamente para o governo que exercia a autoridade.

Hannah Arendt formula uma profunda análise dessa separação entre as esferas pública e privada na Grécia Antiga, onde o surgimento da cidade-Estado deu ao homem uma espécie de “segunda vida” além da sua vida privada, o seu *bios politikos*, havendo, assim, uma diferença essencial entre aquilo que lhe é próprio ou privado (*idion*) e aquilo que lhe é comum (*koinon*). Antes do surgimento da *polis*, a destruição das organizações baseadas no parentesco foi inevitável, abrindo o caminho para a construção de uma nova configuração social e política com essa clara distinção. As duas atividades primordiais nas comunidades humanas consistiam, em uma visão aristotélica, na ação e no discurso. As ações políticas passam a se dar pelas palavras, afastando-a da violência (que é muda, pois não comunica). Viver na *polis* como ser político significava decidir mediante a persuasão e as palavras, jamais pela violência¹⁴.

Uma evidente diferenciação social surgiu e se solidificou a partir das cidades-Estado, as quais são representativas de um momento importante na construção das bases do que seria o Estado, o qual, que mesmo não tendo chegado a um nível adequado de formulação, não se diferenciava de seus membros e autoridades, posto que ainda lhe faltava elementos e evolução. Por certo que

¹³ BONAVIDES, Paulo. *Teoria do Estado*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 31-32.

¹⁴ ARENDT, Hannah. *A condição humana*. Trad. Roberto Raposo. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005. p. 33-36.

com o passar do tempo surgiram necessidades diferentes, e assim a necessidade de conjuntos maiores, com mais força e influência, no caso dos impérios¹⁵.

A Antiguidade Clássica desempenhou um papel fundamental e fundante da noção de regramento da sociedade por meio de regras escritas para disciplinar as condutas no contexto da *polis*. Igualmente, a construção da lei escrita como fonte da organização social e a construção das instituições fundamentais para a continuidade do desenvolvimento do Estado foi um legado das sociedades da Grécia¹⁶ e Roma¹⁷. Essa base de formulação estatal permanece assim até o surgimento de novas necessidades e interesses que acarretaram em uma nova formatação.

O desenvolvimento do Estado na formatação moderna pode ser ligado claramente à figura de Machiavelli, suas ideias de fortalecimento do Estado e suas estruturas na pessoa do príncipe, elemento central das monarquias europeias que se desenvolvem e se consolidam paralelamente à ascensão do capitalismo que substituiu a velha ordem feudal descentralizada e fragmentada em inúmeros Estados, grandes e pequenos, interligados por complexas relações de poder e fidelidade. Esse novo Estado que surge desse processo de transformação, sobretudo a partir do século XV, se apoia na classe média e submete a igreja e as classes superiores sem alterar o *status* de privilégios antigos, até para não colocar em risco sua própria posição que se sedimenta sobre uma nova realidade. Dessa forma, o desenvolvimento do capitalismo segue em livre expansão, ocorrendo, assim, uma coincidência com os interesses desse novo Estado que se materializa. O contexto de Machiavelli é justamente o de uma Itália com suas florescentes cidades, mas com dificuldades para promover uma unificação que precisava de

¹⁵ CREVELD, Martin van. *Ascensão e declínio do Estado*. Trad. Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2004. p. 82.

¹⁶ Friedrich Engels, em sua análise acerca da origem do estado, destaca que “em nenhum lugar melhor que na antiga Atenas, pode-se observar como o Estado se desenvolveu, pelo menos na primeira fase de sua evolução, em parte transformando os órgãos da constituição gentílica, em parte substituindo-os com introdução de novos e, finalmente, alterando-os completamente com a instauração de efetivas autoridades estatais, quando uma ‘força pública’ armada a serviço dessas autoridades e, portanto, que podia ser dirigida também contra o povo, usurpou o lugar do verdadeiro ‘povo em armas’ que havia organizado sua própria defesa nas *gens*, nas *fratrias* e nas tribos” (ENGELS, Friedrich. *A origem da família, da propriedade privada e do Estado*. 3. ed. Trad. Ciro Mioranza. São Paulo: Escala, 2009. p. 137).

¹⁷ CHÂTELET, François. *História das idéias políticas*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2000. p. 13-22.

mecanismos que pudessem levar a uma consolidação desse poder centralizado que já era realidade com a França e a Alemanha¹⁸.

O contexto histórico da época de Machiavelli e as suas ideias consistem em um período onde a ousadia e os riscos da expansão marítima se destacam, como a vanguarda do capitalismo apoiado pelo Estado, principalmente para consolidar o poder econômico juntamente com o político por meio de uma expansão na esfera de influência para além do Continente europeu. No Continente, a separação entre a Igreja e o Estado desponta como resposta aos anseios da nova formação social que tem no Estado a expressão máxima do poder, desvinculando-se o divino do mundano¹⁹. Na mesma época, a Reforma protestante e as guerras entre os Estados europeus já consolidados dão os contornos de uma realidade de transformação e formação das condições sociais e políticas necessárias para as transformações futuras do Estado. A segurança²⁰ nessa realidade de conflitos é um dos principais anseios juntamente com a propriedade e a própria vida, revelando o papel do Estado como sendo de meio²¹.

Esse meio ou intermediação entre o indivíduo e os demais membros da sociedade passa a ser uma tarefa fundamental do Estado em uma concepção hobbesiana de sociedade, em que Direito e poder estão entrelaçados²². Sem essa

¹⁸ XAVIER, Lívio. Prefácio. In: MACHIAVELLI, Nicolau. *O príncipe*. Tradução, prefácio e notas de Lívio Xavier. Rio de Janeiro: Ediouro, 1994. p. 21-22.

¹⁹ CHÂTELET, François. *História das idéias políticas*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2000. p. 40-42.

²⁰ Na visão de Hannah Arendt, “na luta pelo poder, como na capacidade inata de desejá-lo, todos os homens são iguais, pois a igualdade do homem reside no fato de que cada um, por natureza, tem suficiente potencialidade para matar um ao outro, já que a fraqueza pode ser compensada pela astúcia. A igualdade coloca todos os homens na mesma insegurança; daí a necessidade do Estado. A *raison d'être* do Estado é a necessidade de dar alguma segurança ao indivíduo, que se sente ameaçado por todos os seus semelhantes”. Essa necessidade de segurança frente ao outro justificou a transferência da autonomia do indivíduo em favor de um ente capaz de regras essas relações sociais conflituosas por natureza (ARENDDT, Hannah. *As origens do totalitarismo: imperialismos, a expansão do poder, uma análise dialética*. Trad. Roberto Raposo. Rio de Janeiro: Documentário, 1976. p. 35).

²¹ CREVELD, Martin van. *Ascensão e declínio do Estado*. Trad. Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2004. p. 269.

²² “Para Hobbes, a força ou o poder é a base do direito, podendo ser afirmado que ‘pactos sem espadas são simplesmente palavras’. Esta a razão pela qual para a constituição da sociedade civil, se faz necessária a garantia do pacto social por meio de um Soberano, em favor de quem cada indivíduo, tendo em vista a consecução da paz e da segurança individual, renuncia ao livre e autônomo uso da força, e a transfere. O Soberano, que passa a deter um poder maior do que o de qualquer indivíduo, é fiador do pacto social, impondo aos indivíduos, pelo medo da punição, a obediência aos pactos, e garantindo, em troca, o bem-estar a segurança comuns.” (SOUZA, Ielbo Marcus Lobo de. *Hobbes e a segurança*

figura de intermediação, a realidade das relações tende ao conflito e ao estado de natureza de todos contra todos. Essa necessidade de segurança contrastava nesse período com a formulação do pensamento liberal que tinha como fundamento a liberdade para a atuação econômica sem a interferência do Estado nesse processo²³. Não obstante essa aparente contradição entre o projeto do liberalismo e a necessidade de liberdade e o anseio essencial por segurança pelo Estado, as transformações sociais e históricas do século XVIII levaram à construção de uma identidade da nação²⁴ na forma da soberania²⁵ e do poder absoluto dentro do contexto territorial²⁶. Os elementos principais do Estado passam a ser, então, o poder exercido dentro de um território soberano²⁷.

As Revoluções do século XVIII firmam os contornos característicos do denominado Estado-Nação²⁸. A distinção entre o Estado Moderno e o modelo feudal centra-se na cisão entre o poder econômico e o político, assumindo as

global num ambiente internacional de anarquia. *Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica*, Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos: Mestrado e Doutorado. Porto Alegre; São Leopoldo, p. 80, 2006.

²³ HUNT, E. K.; SHERMAN, Howard J. *História do pensamento econômico*. Trad. Jaime Larry Benchimol. 4. ed. Petrópolis: Vozes, 1985. p. 60.

²⁴ “Bem o sabemos: o Estado aparece no mesmo período das sociedades históricas, há dez mil anos. Mas, na verdade, é no final do século XVIII que, após longa gestação, se estabilizam os Estados-nação modernos. Não mais somente Estados de pequenas cidades autônomas ou Estados impostos a um ajuntamento frágil de etnias diferentes (impérios), mas Estado ligado a uma comunidade de destino definida culturalmente, linguisticamente e miticamente (a referência à ‘pátria-mãe’ dando ao Estado-nação substância maternal/paternal em relação aos cidadãos infantilizados no tocante a ele e fraternizados entre si).” (MORIN, Edgar. *Para onde vai o mundo?* 2. ed. Petrópolis: Vozes, 2010. p. 39)

²⁵ “Deste modo, o conceito de soberania que originalmente possui um conteúdo fático vinculado às suas origens políticas e internacionais, é posteriormente recepcionado como atributo jurídico nacional, onde significará a supremacia do poder interno e a fonte de legitimidade do poder político, expressas no primado absoluto da Constituição.” (KEGEL, Patrícia Luíza; AMAL, Mohamed. Instituições, direito e soberania: a efetividade jurídica nos processos de integração regional nos exemplos da União Europeia e do Mercosul. *Revista Brasileira de Política Internacional*, Brasília, v. 52, n. 1, jan./jun. 2009. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0034-73292009000100003&script=sci_arttext>. Acesso em: 10 out. 2012.

²⁶ MORAIS, José Luis Bolzan de. *As crises do Estado e da Constituição e a transformação espacial dos direitos humanos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 24.

²⁷ MORAIS, José Luis Bolzan de. O Estado e seus limites: reflexões iniciais sobre a profanação do estado social e a dessacralização da modernidade. *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, Coimbra, p. 580, 2007.

²⁸ CHÂTELET, François. *História das idéias políticas*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2000. p. 85-86.

formas de Estado Liberal²⁹ e de Estado Social³⁰ (o qual se constitucionaliza com a Lei Fundamental da República Federal alemã³¹). O pensamento político passa a se adaptar à nova realidade, sendo que, “se o Estado Absolutista, tal como aparece nas obras de Maquiavel e Hobbes, tinha na força a sua categoria central, o Estado Liberal, desde Montesquieu, é pensado a partir da lei”³².

Se o Estado hoje tem a sua atuação limitada em virtude da multiplicidade dos centros de decisão³³ e se existem fortes pressões do sistema da Economia no sentido de fazer prevalecer os elementos econômicos, mesmo que em detrimento da necessária atuação protetiva do ambiente; por outro lado, ainda tem um papel extremamente importante para cumprir frente a realidade de dúvida avaliação valorativa acerca do desenvolvimento e da tecnologia. Sem dúvida, trata-se de uma ambivalência em relação aos benefícios e os malefícios do desenvolvimento, pois, segundo Edgar Morin, “não podemos pensar que tudo que significa desenvolvimento e técnica tem que ser bom. É ambivalente”³⁴.

²⁹ “No Estado Liberal, o império da lei, que, no Estado Absolutista, aplicava-se às relações entre particulares, alcança o próprio ente estatal. O poder exercido fora da constitucionalidade e da legalidade é visto como um ato de força, desprovido de legitimidade. O cidadão está garantido não só contra o Executivo, que deve pautar sua ação pela lei, mas contra o próprio legislativo, na medida em que a produção normativa deste está limitada pela Constituição. O pensamento político se adapta a essa nova realidade. Se o Estado Absolutista, tal como aparece nas obras de Maquiavel e Hobbes, tinha na força a sua categoria central, o Estado Liberal, desde Montesquieu, é pensado a partir da lei. No *Espírito das Leis*, classifica ele os poderes estatais em vista da sua tocante à lei. É a partir do direito, e não da força, que a realidade social é pensada a partir de agora.” (BARZOTTO, Luiz Fernando. *O positivismo jurídico contemporâneo: uma introdução a Kelsen, Ross e Hart*. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2003. p. 15)

³⁰ “O Estado passou por significativas transformações ao longo do tempo, podendo-se dividir esta história em duas grandes fases. Uma que vai de seu surgimento até sua consolidação e as primeiras décadas gloriosas. Outra que emerge, no início dos anos 1970, com o esgotamento de suas estratégias ante o início da crise da matriz energética, o desenvolvimento tecnológico e a transformação da economia capitalista, sem falar, aqui, da transição da tradicional *questão social* para a novíssima *questão ambiental* e seus consectários – das carências locais para os riscos globalizados.” (MORAIS, José Luis Bolzan de. O Estado e seus limites: reflexões iniciais sobre a profanação do estado social e a dessacralização da modernidade. *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, Coimbra, p. 573, 2007)

³¹ GARCIA-PELAYO, Manuel. *As transformações do estado contemporâneo*. Trad. Agassiz Almeida Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 5.

³² Barzotto, op. cit., p. 15.

³³ ROCHA, Leonel Severo; CARVALHO, Délton Winter de. Policontextualidade jurídica e estado ambiental. *Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica*, Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos: Mestrado e Doutorado. Porto Alegre; São Leopoldo, p. 137, 2007.

³⁴ MORIN, Edgar; SILVA, Juremir Machado da. *As duas globalizações: complexidade e comunicação, uma pedagogia do presente*. 2. ed. Porto Alegre: Sulina: EDIPUCRS, 2002. p. 50.

Esse contexto paradoxal e ambivalente é o campo de atuação do Estado que precisa passar por adaptações estruturais³⁵ e ao mesmo tempo viabilizar a adaptação ambiental, no que se poderia designar de uma adaptação para adaptação. Os fatores complexos que formam a realidade exigem as devidas adaptações nas estruturas tradicionalmente (re)produzidas pelo Estado e resultantes de acomodações e correções ocorridas com o passar do tempo. Esse novo paradigma que se defende necessário precisa de uma orientação direcionada a uma configuração que privilegie a percepção dos fenômenos que se dão ao seu entorno que produz a todo o momento novas necessidades complexas caracterizadas por demandas de nível cada vez mais elevado.

O incremento democrático³⁶ aumenta, como já referido, o nível de exigências sobre o Estado³⁷ e as possibilidades de falhas, de respostas inadequadas ou indesejadas. Nas mais diversas áreas se constatam esse fenômeno, a exemplo da segurança, da educação, da previdência e da saúde. Porém, a questão ambiental apresenta-se especialmente problemática, pois abarca uma série de fatores independentes e ao mesmo tempo interdependentes e que, em muitos casos, fogem do controle territorial/legal dos Estados. Como a proliferação de direitos se faz sentir nas mais diversas áreas nas quais o Estado pode e deve atuar, não fica adstrito por certo na temática ambiental. A necessidade de controle dos riscos cresce enquanto que o Estado se enfraquece em suas estruturas tradicionais de

³⁵ Tais adaptações são possíveis de realizar, na medida em que, conforme avaliação de Manuel Garcia-Pelayo, uma adaptação significativa ocorreu com o Estado tradicional no sentido de um Estado Social em face das complexidades de uma realidade industrial e pós-industrial (GARCIA-PELAYO, Manuel. *As transformações do estado contemporâneo*. Trad. Agassiz Almeida Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 18-19).

³⁶ Edgar Morin destaca com propriedade que “o Estado, cada vez mais, transforma-se em Estado-providência, e em estado assistencial (*Welfare state*). Num sentido, ele se dedica sempre mais à proteção e ao bem-estar dos indivíduos, mas, ao mesmo tempo, multiplica suas competências em todos os domínios das vidas individuais, doravante encerradas numa rede polimorfa, simultaneamente casulo (protetor, mas eventualmente infantilizante) e massa. Dessa forma, desenvolve-se um Estado não propriamente totalitário, mas totalizante, isto é, cobrindo todas as dimensões da existência humana” (MORIN, Edgar. *Para onde vai o mundo?* 2. ed. Petrópolis: Vozes, 2010. p. 42).

³⁷ “Resta insofismável, nesta altura, que o Estado, levando em conta a crise ambiental, tenha passado por enormes exigências de transformações e que já comecem a ser inseridas, no plano do ordenamento constitucional, normas mais compatíveis com esta tarefa”. Um exemplo típico (art. 225 da CF/1988), que, condizente com a sensibilidade da crise ambiental, diz: “Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações” (LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patryck de Araújo. *Dano ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2010. p. 32).

controle, entre as quais o sistema do Direito se destaca como sistema diferenciado que orienta por meio das regras e dos princípios da atuação do Estado.

Verifica-se uma realidade de dispersão dos centros de controle³⁸ onde muitas decisões passam para instâncias diversas do Estado, como as empresas, as ONGs, os organismos supranacionais (ONU) e as instituições de origem privada e pública em geral. Isso ocorre devido a um importante processo de descentralização frente ao modelo de Estado da modernidade que perde espaço consistente frente aos mecanismos econômicos globalizados. É certo que “a complexidade da Sociedade constituída por sistemas funcionalmente diferenciados não permite programações e planejamento de ações sociais fundadas sobre uma racionalidade causal”³⁹. É em virtude dessa complexidade típica da realidade atual que se precisa desenvolver vias alternativas de enfrentamento.

A realidade produtora de risco e escassez transcende as fronteiras territoriais dos Estados. Isso aliado à necessária cessão de soberania fragiliza⁴⁰ as estruturas clássicas de Estado construídas ao longo da sua história como visto. Se, por um lado, fragiliza o Estado, essa globalização dos riscos indica que apenas o Estado por si só não tem os elementos suficientemente aptos para a tarefa e por isso precisa ser enfrentada com decisões ambientalmente coerentes

³⁸ A análise da realidade globalizada hoje vivida e que influencia sobremaneira nas perspectivas de decisão é feita por Zygmunt Bauman e que destaca essa “nova e desconfortável percepção das ‘coisas fugindo ao controle’ é que foi articulada (com pouco benefício para a clareza intelectual) num conceito atualmente na moda: o de *globalização*. O significado mais profundo transmitido pela idéia da globalização é o do caráter indeterminado, indisciplinado e de autopropulsão dos assuntos mundiais; a ausência de um centro, de um painel de controle, de uma comissão diretora, de um gabinete administrativo. A globalização é a ‘nova desordem mundial’” (BAUMAN, Zygmunt. *Globalização: as conseqüências humanas*. Trad. Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999. p. 66-67).

³⁹ ROCHA, Leonel Severo; CARVALHO, Délton Winter de. Policontextualidade jurídica e estado ambiental. *Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica*, Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos: Mestrado e Doutorado. Porto Alegre; São Leopoldo, p. 136, 2007.

⁴⁰ Fundamental a construção de alternativas ou mecanismos capazes de fazer frente à fragilização das funções e do papel do Estado também no que se refere ao papel do Direito enquanto instrumento burocrático do Estado e sobre o qual se deposita a confiança por uma solução adequada, sobretudo para questões ambientais. Importante destacar a opinião de Mirelle Delmas-Marty: “Se é verdade que a mundialização conduz a uma redução progressiva da competência exclusiva dos Estados em prol das competências compartilhadas, o papel do direito seria o de edificar princípios de organização dos povos para organizar o compartilhamento de competências de modo compatível com a soberania” (DELMAS-MARTY, Mireille. *Três desafios para um direito mundial*. Trad. Fauzi Hassan Choukr. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 171).

capazes de dar condições para que o Direito possa atuar de maneira efetiva em relação às expectativas ambientais de alcance global bem como local.

A proposta é indicar uma alternativa para essas dificuldades e nesse sentido o Estado deverá fazer parte do processo, porém não apenas normatizando condutas e diretrizes, mas proporcionando os meios necessários para a construção paradigmática centrada na comunicação entre os sistemas do Direito e da Economia em benefício também do meio ambiente.

2 ESTADO AMBIENTAL ECOLÓGICO E ESTADO AMBIENTAL DA ADAPTAÇÃO

Um Estado Ambiental da Adaptação é o que precisa ser construído. Para tanto, o ponto de partida pode ser o entendimento de José Joaquim Gomos Canotilho, que constrói uma adequada abordagem da problemática ambiental atual ao defender a necessidade de construção de um Estado Ambiental Ecológico orientado por uma democracia sustentada. Para o constitucionalista português, o Estado Constitucional precisa também ser determinado por princípios ecológicos e baseado no que o autor designa como democracia sustentada⁴¹. A ideia de Estado Constitucional Ecológico de Canotilho está ligada aos direitos das gerações futuras como encontrados na Constituição brasileira no art. 225⁴². Mas não apenas no contexto jurídico brasileiro. Oportuno destacar a importância da harmonização das normas sobre meio ambiente na Comunidade Europeia, destaque que se aplica em uma perspectiva mais ampla que a comunitária. Exige-se uma política comum no que se refere às normas para a ação do Estado devido, sobretudo

a natureza transnacional dos componentes ambientais e dos fenômenos de poluição. O ambiente não conhece fronteiras, e daí que qualquer iniciativa meramente estadual de proteção do ambiente estará, necessariamente, condenada ao fracasso. A harmonização das normas sobre a qualidade do meio receptor é o primeiro passo para uma proteção ambiental eficaz integrada.⁴³

⁴¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Estado constitucional ecológico e democracia sustentada. In: FERREIRA, Helene Silvini; LEITE, José Rubens Morato (Org.). *Estado de direito ambiental: tendências, aspectos constitucionais e diagnósticos*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004. p. 3-4.

⁴² Id., p. 4.

⁴³ ARAGÃO, Alexandra. Direito constitucional do ambiente da União Europeia. In: FERREIRA, Helene Silvini; LEITE, José Rubens Morato (Org.). *Estado de direito ambiental: tendências, aspectos constitucionais e diagnósticos*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004. p. 14.

A noção de compromisso intergeracional já se identifica tanto no ordenamento jurídico brasileiro quanto europeu. Isso representa um passo importante para a afirmação de um compromisso solidário com as gerações futuras que precisa de certa abertura nas decisões ambientais, a fim de assimilar decisões ambientalmente relevantes e que possam se manter também pelo sistema da Economia e que promovam uma justiça intergeracional efetiva.

José Joaquim Gomes Canotilho formula uma importante concepção de Estado Constitucional Ecológico⁴⁴ que contribui para a compreensão da necessidade de mudança de paradigmas para a tutela do ambiente e, por consequência, para a promoção de justiça que abranja o aspecto geracional que não fique ligado apenas à noção de sustentabilidade. Canotilho se dedica em analisar as perspectivas para um desenvolvimento ambientalmente duradouro e justo em um contexto de “Estado-ambiente mundial”, uma perspectiva onde se destaca o postulado globalista, no qual as ações de proteção ao ambiente não podem mais ser construídas apenas no nível dos Estados soberanos, mas sim “a nível de sistemas jurídico-políticos, internacionais e supranacionais, de forma a que se alcance um *standard* ecológico ambiental razoável a nível planetário”⁴⁵.

Trata-se, assim, do que a doutrina alemã designa por uma espécie de *Welt-Umweltrecht*, ou seja, um direito do ambiente mundial, ou seja, uma visão mais ampla de atuação. A busca de um *standard* ecológico em nível mundial implica uma responsabilidade também global que não desmerece as estruturas estatais locais, mas que privilegia o âmbito das organizações supraestatais. A perspectiva globalista se relaciona ao princípio da sustentabilidade (que o autor reconhece ser difícil definição em termos de conteúdo normativo) e dirige-se aos problemas ambientais ditos de segunda geração⁴⁶, em que se inclui a problemática das mudanças climáticas, por exemplo, a qual, no Brasil, recebe da Lei nº 12.187/2009 um importante impulso adaptativo, até porque faz várias referências expressas à adaptação, inclusive estabelecendo um conceito.

⁴⁴ MILARÉ, Édis. *Direito do ambiente: a gestão ambiental em foco: doutrina, jurisprudência, glossário*. 7. ed. rev., atual e reform. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 1112-1113.

⁴⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Estado constitucional ecológico e democracia sustentada. In: FERREIRA, Helene Silvini; LEITE, José Rubens Morato (Org.). *Estado de direito ambiental: tendências, aspectos constitucionais e diagnósticos*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004. p. 5-6.

⁴⁶ Id., p. 6.

Além da perspectiva globalista, Canotilho refere outros três postulados ou perspectivas, quais sejam, a individualista, a publicística e a associativista que merecem menção sintética: a perspectiva individualista não é necessariamente oposta à perspectiva globalista como poderia parecer em um primeiro momento. Na verdade, ela expressa a existência de um direito fundamental ao meio ambiente que é garantido pela Constituição. Da mesma forma, essa noção individual ou privada está ligada aos direitos específicos como os relacionados à propriedade e às ações de vizinhança, as quais remetem a uma tutela também a partir do Direito Civil. A perspectiva publicística consiste na concepção da proteção do meio ambiente como um bem público a ser tutelado por ser função essencialmente pública. Essa perspectiva está ligada aos interesses difusos e, assim, amplos. Por último, a perspectiva associativista está ligada à noção de democracia ambiental contrária à visão individualista⁴⁷.

A importância das estruturas que o Estado construiu ao longo de sua evolução é inafastável nesse processo, sendo que as situações específicas de diminuição da soberania em favor de outros centros de decisão, dando, assim, a amplitude de proteção que se faz necessária frente à realidade complexa. A multiplicação de demandas e de fatores que se relacionam na temática ambiental não pode preterir elementos de proteção, sejam eles oriundos do Estado ou de outros centros de decisão. Um Estado que oriente as suas políticas em favor de uma efetiva proteção ambiental precisa promover as necessárias adaptações em suas estruturas, tanto para a sua própria atuação quanto para regulamentar e promover uma atuação ambientalmente positiva oriunda de outros locais da sociedade, inclusive do sistema da Economia. Nesse contexto, oportuna a exemplificação da proposição de Anthony Giddens, que defende a necessidade de um Estado “assegurador” para o enfrentamento das consequências das mudanças climáticas, demanda que serve muito bem de comparativo com outras problemáticas ambientais, como a da água. Para Giddens,

o Estado atual tem que ser um “facilitador”: seu papel primordial é ajudar a acionar uma diversidade de grupos para que eles cheguem a soluções de problemas coletivos, sendo que muitos desses grupos atuarão de baixo para cima. Mas o conceito de Estado facilitador não é forte o bastante para captar o papel estatal, que também tem que ser o de fornecer resultados. Em parte

⁴⁷ Id., p. 7-8.

alguma esse princípio é mais claro do que no caso da resposta às mudanças climáticas. O Estado assegurado é um conceito mais forte. Significa que o Estado é responsável por monitorar os objetivos públicos e por procurar certificar-se de que eles se concretizem de forma visível e aceitável.⁴⁸

Para alcançar um modelo de Estado capaz de superar todas as dificuldades de ordem estrutural para assegurar uma proteção efetiva e ampla do ambiente, necessárias são as mudanças capazes de superar programações e planejamentos calcados em racionalidades causais e na simples postura intervencionista típica de um modelo de Estado oriundo da racionalidade moderna do Estado de Bem-Estar Social⁴⁹. O Estado Ambiental Ecológico⁵⁰ (ou Estado de Direito Ambiental) na concepção de Canotilho deve ter aptidão de promover uma promoção sistemática e global do ambiente, uma proteção que integre os diversos elementos formadores do que se chama por meio ambiente, tais como os elementos essencialmente naturais, como, por exemplo, a água, a flora e a fauna, bem como os fatores econômicos e sociais que também são essenciais para o desenvolvimento duradouro, conservado e contínuo⁵¹. Esse aspecto é especialmente importante para a afirmação de um Estado Ambiental da Adaptação. Promover uma integração entre os diversos fatores que compõem a problemática ambiental (recursos, sociedade, ações, decisões) representa uma atitude inovadora, que acompanhe o processo produtivo, não ficando limitado ao policiamento dos fatores de risco. Ainda,

⁴⁸ GIDDENS, Anthony. *A política da mudança climática*. Trad. Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Zahar, 2010. p. 95.

⁴⁹ ROCHA, Leonel Severo; CARVALHO, Délton Winter de. Policontextualidade jurídica e estado ambiental. *Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica*, Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos: Mestrado e Doutorado. Porto Alegre; São Leopoldo, p. 136, 2007.

⁵⁰ “O Estado de Direito Ambiental constitui um conceito de cunho teórico-abstrato que abrange elementos jurídicos, sociais e políticos na persecução de uma condição ambiental capaz de favorecer a harmonia entre os ecossistemas e, conseqüentemente, garantir a plena satisfação da dignidade para além do ser humano.” (LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patryck de Araújo. *Dano ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2010. p. 37)

⁵¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Estado constitucional ecológico e democracia sustentada. In: FERREIRA, Helene Silvini; LEITE, José Rubens Morato (Org.). *Estado de direito ambiental: tendências, aspectos constitucionais e diagnósticos*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004. p. 8.

a imposição de um direito ambiental integrativo postula, em segundo lugar, a passagem de uma compreensão monotemática para um entendimento multitemático que obriga a uma ponderação ou balanciamento dos direitos e interesses existentes de uma forma substancialmente inovadora. Assim, a concepção integrativa pressuporá uma avaliação integrada de impacto ambiental incidente não apenas sobre projectos públicos ou privados isoladamente considerados, mas sobre os próprios planos (planos directores municipais, planos de urbanização).⁵²

O que Canotilho defende é justamente essa necessidade de reformulações no campo da atuação do Estado aliado à modificação das próprias diretrizes das quais emanam as ações. A noção integrativa apontada pelo autor vem ao encontro do que se defende, na medida em que defende que a tutela, ou, melhor, o cuidado com os recursos não pode ficar apenas sob o controle fiscalizador/sancionador do Estado como normalmente ocorre na atual realidade. Principalmente quando a demanda tem relação com a racionalidade econômica, posto que apenas o controle sobre as atividades produtivas não surte o efeito desejado, nem do ponto de vista essencialmente econômico nem do ponto de vista puramente ambiental.

A utilidade dos mecanismos tradicionais de tutela promovidos historicamente pelo Estado não está superado, posto que são necessários como parte inclusive da própria concepção integrativa. Nesse sentido, o Estado continua com suas funções consagradas, porém no conjunto de ações necessárias, parte do que se atribui ao Estado deve passar para outras esferas. Assim, “a proteção sistemática e global do ambiente não é uma tarefa solitária dos agentes públicos, antes exige novas formas de comunicação e de participação cidadã”⁵³. Essa mudança paradigmática centrada na visão integrativa do ambiente pode ser alcançada com novos modelos de gestão, instrumentos de compartilhamento de responsabilidades.

⁵² Id., p. 8-9.

⁵³ Id., p. 12.

O Estado Ambiental Ecológico precisa ser construído com base em elementos muito específicos, sendo que a participação democrática⁵⁴ merece especial destaque. A necessidade de uma “democracia sustentada” é ponto central nessa formulação de Estado. Ela consiste em alterações estruturais importantes que possibilitem o necessário incremento na participação da sociedade em geral no processo de tomada de decisão nas questões ambientais, indicando a construção de uma “solidariedade intergeracional” que, na perspectiva de Canotilho, é justamente o fortalecimento da democracia direta e participativa nessa tomada de decisão, principalmente porque se projetam no tempo e repercutem no futuro de maneira a afetar a sociedade independentemente de quem esteja ocupando os cargos nas estruturas estatais. Necessário, assim, que essa participação mais efetiva e comprometida se propague no tempo, afetando positivamente as gerações futuras⁵⁵. A continuidade temporal da proteção do ambiente precisa de elementos que possam proporcionar efetividade nessa proteção, posto que cada vez mais se verifica um aumento de proporção de problemas que são cumulativos e que podem levar a realidades de escassez e possível colapso:

Der Umweltschutz bleibt eine Schicksalsfrage der Gegenwart und der Zukunft. Die natürliche Umwelt ist von ihrer Funktionsfähigkeit bis hin zu ihrer Existenz nach wie vor fortdauernden Gefahren ausgesetzt. Es gibt im Grunde genommen kein Umweltmedium mehr, dass nicht Gegenstand von Umweltbeeinträchtigungen ist. Zudem betreffen die meisten Beeinträchtigungen gleich mehrere Umweltmedien. Auch räumlich hat sich die Dimension der Umweltbeeinträchtigungen erweitert; nationale Umweltpolitik ist an ihre Grenzen, d.h. an die Grenzen des

⁵⁴ “Não há como negar que, para se discutir, impor condutas, buscar soluções e consensos que levem à proteção ambiental, é necessária a participação dos mais diversos atores : grupos de cidadãos, ONGs, cientistas, corporações industriais e muitos outros. E, por outro lado, um Estado democrático na perspectiva ambiental, detentor de um aparato legislativo apto a realizar esta tarefa. Trata-se, de fato, de o Estado passar a incentivar a emergência de um pluralismo jurídico comunitário participativo no viés ambiental, consubstanciado em um modelo democrático, que privilegia a participação dos sujeitos sociais na regulamentação das instituições-chave da sociedade.” (LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patryck de Araújo. *Dano ambiental*: do individual ao coletivo extrapatrimonial. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 41)

⁵⁵ ROCHA, Leonel Severo; CARVALHO, Délton Winter de. Policontextualidade jurídica e estado ambiental. *Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica*, Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos: Mestrado e Doutorado. Porto Alegre; São Leopoldo, p. 140, 2007.

*jeweiligen Staates, gestoßen. Das komplexe Wirkungsgefüge der einzelnen Bestandteile des Naturhaushalts wie Boden, Wasser, Luft, Fauna, Flora und Klima vermag mit seinen ökologischen Regelkreisläufen Umweltbelastungen bis zu einem gewissen Punkt aufzufangen; darüber hinausgehende Störungen jedoch können zu einem Zusammenbrechen dieses Wirkungsgefüges mit der Folge u. U. irreparabler Schäden führen. Aber auch zunächst unbedeutend erscheinende Belastungen können in ihrer Kumulation schwerwiegende Schäden nach sich ziehen.*⁵⁶

Não obstante a participação ampla no processo de decisão calcado na democracia sustentada em reforçar a noção de utilidade concreta dos instrumentos que se designa aqui como “tradicionalis” disponíveis para o Estado, os quais Canotilho destaca como sendo essenciais para uma efetiva atuação do Estado Constitucional Ecológico, sobretudo frente à possibilidade de graves prejuízos (ambientais e econômicos) resultantes do processo de desenvolvimento.

Em sua formulação, precisa ser mantido operacional um sistema de responsabilização por danos ao ambiente efetivo e que supere os modelos existentes. Defende, assim, uma tipificação rigorosa dos danos ambientais, a necessidade de responsabilização objetiva por danos e ainda um alcance efetivo da responsabilização até os que exercem o controle efetivo sobre as atividades produtoras de danos⁵⁷. Aqui Canotilho centra uma preocupação na reparação do dano como forma preventiva inclusive. Nesse aspecto em particular se entende que, por mais relevante que seja tal mecanismo, a manutenção da responsabilidade é decorrência lógica do contexto normativo já existente,

⁵⁶ “A proteção ao meio ambiente permanece uma questão de destino do presente e do futuro. O meio ambiente natural continua a ser exposto a continuados perigos, da sua capacidade funcional até a sua existência. Na verdade, não existe mais elemento de meio ambiente que não seja objeto de afetação pelo meio ambiente. Além disso, os prejuízos atingem mais elementos ambientais. A área de prejuízos ambientais também aumentou suas dimensões; a política ambiental nacional alcançou seus limites, isto é, alcançou os limites de cada estado. A complexa estrutura ambiental de cada um dos componentes do conjunto ambiental como solo, água, ar, fauna, flora e clima pode, através do seu círculo de regras ecológicas, suportar a poluição ambiental até certo ponto; a partir daí os prejuízos podem levar esse conjunto ambiental a um colapso, tendo como consequência prejuízos irreparáveis. Mas, também, a poluição aparentemente insignificante pode, na sua acumulação, causar graves prejuízos.” (tradução nossa) (KLOEPFER, Michael. *Umweltschutzrecht*. München: Verlag C. H. Beck München, 2008. p. 1)

⁵⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Estado constitucional ecológico e democracia sustentada. In: FERREIRA, Helene Silvini; LEITE, José Rubens Morato (Org.). *Estado de direito ambiental: tendências, aspectos constitucionais e diagnósticos*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004. p. 14-15.

sobretudo no Brasil. Essa posição não traz nada de novo ao debate. Como já referido, a manutenção dos instrumentos legais e sancionadores de condutas inadequadas é pacífico. O que se busca de novo é evitar que tais eventos danos ocorram por meio de uma gestão mais integrada (e nisso Canotilho contribui muito bem) que tenha como ponto de partida mecanismos de promoção da coevolução dos sistemas sociais do Direito e da Economia.

Essa relevância que Canotilho atribui à responsabilidade civil ambiental, com a qual também se concorda dentro de um contorno como antes exposto, é reforçada pela formulação feita por Gunther Teubner⁵⁸, que consiste na ideia de cúpula e de *pools* de responsabilidade que seriam necessários em virtude da complexidade que envolve o trato das questões ambientais pelo Direito. Trata-se, na verdade, de uma formulação que favorece a responsabilização coletiva e de certa maneira vem ao encontro da tese de Canotilho, na medida em que uma amplitude maior no espectro de atuação do Direito em relação à responsabilização pelos danos ao ambiente favorece uma perspectiva de integralidade e de orientação das decisões no sentido da proteção ambiental.

Gunther Teubner se dedica em parte de sua obra a discutir a problemática da responsabilidade ambiental, centrando-se na chamada “crise de causalidade” verificável na imputação de fatos danosos para os quais vários agentes contribuíram para a sua ocorrência e por isso mesmo criando dificuldades importantes para uma atuação relevante ou efetiva do Direito. Basicamente, e é justamente nesse ponto que está o grande mérito do autor, consiste a sua formulação na mudança de foco, partindo do autor do dano exclusivamente para uma orientação sistêmica. Essa mudança de centro voltado para uma perspectiva mais ampla de responsabilização implica na criação de redes de responsabilidade, onde o fato de integrar essa “comunidade de risco” já bastaria para fazer surgir a responsabilidade individual.

Tudo indica que Teubner, ao defender a criação de áreas de risco específicas e delimitadas, privilegia uma atuação positiva do Estado e ainda a importância de fatores econômicos ao compreender que se faz necessário uma postura bem direcionada dos agentes econômicos, uma vez que a cooperação entre as empresas que fizessem parte dessa delimitação de risco e que tivessem laços entre si na cadeia produtiva seriam estimuladas a ponto de ocorrer uma espécie de “postura de precaução” aos possíveis eventos danosos que, em ocorrendo,

⁵⁸ TEUBNER, Gunther. *Direito, sistema e policontextualidade*. Piracicaba: Ed. Unimep, 2005. p. 189-227.

afetariam todo o grupo formador da cadeia produtiva, forçando a gestão coletiva desses riscos e, assim, diminuindo, ao menos em tese, a probabilidade de sua ocorrência.

Esse mecanismo coletivo de responsabilização teria como elemento definidor uma determinada atividade de um determinado grupo produtivo em um espaço delimitável de atuação e de abrangência de eventuais danos. Isso acabaria por implicar em um dinamismo maior para as estruturas de controle do *pool* e do Estado, a fim de evitar os danos, promovendo-se a devida necessidade de cuidados. Objetiva-se, assim, uma atitude ou um processo de decisão preventivo onde a cooperação seria o elemento chave. A pertinência de tal formulação também se revela em virtude da evidente necessidade de haver um somatório de ações estatais e corporativas ligadas entre si para alcançar um objetivo comum. A produção da decisão e sua origem parece ser uma dificuldade importante a ser superada, uma vez que o risco da não tomada de decisão precisa ser considerado:

Die Folgen von Langfristrisiken unterliegen im Positiven und im Negativen denselben Ungewissheiten. Die Beurteilung als "irreversibel" ist ihrerseits nicht sicher, weil Veränderungen, die heute als irreversibel erscheinen sich später als reversibel erweisen können. Schliesslich sind auch immer die Kosten einer Nicht-Entscheidung zu berücksichtigen. Es kann deshalb nicht um absolute Entscheidungssperren gehen, sondern nur darum, wie die Risiken in jedem Abwägungsprozess einzuschätzen sind. Jedenfalls gebieten Generationsverantwortlichkeit und Langzeitverantwortung, den kommenden Generationen Handlungsspielräume zu belassen und sie nicht zu blossen Folgelastbewältigern zu degradieren.⁵⁹

⁵⁹ "As consequências dos riscos de longo prazo subjazem positiva e negativamente às incertezas. A consideração como "irreversível" não é segura, porque mudanças que hoje aparecem como irreversíveis podem mais tarde se mostrar como reversíveis. Ao final, também, se deve levar em conta os custos de uma não-decisão. Por isso, não se tratar de barreira de decisão, mas sim somente de que maneira os riscos devem ser avaliados em cada processo de avaliação. Em todo o caso a responsabilidade de gerações e a responsabilidade de longo prazo exigem das gerações futuras espaço para ação e não deixar para se degradarem a um simples superar de consequências." (tradução nossa) (SCHMIDT, Reiner. Institutionen und Instrumente zur Sicherung von Nachhaltigkeit. In: BREITENMOSER, Stephan et al. (Ed.). *Human rights, democracy and the rule of law; Menschenrechte, Demokratie und Rechtsstaat; Droits de l'homme, démocratie et Etat de droit*: Liber amicorum Luzius Wildhaber. Kehl: Engel, 2007. p. 1093)

A promoção de mecanismos de imputação coletiva da responsabilidade ambiental pode ser defendida como uma forma de atuação do Estado frente às demandas e necessidades da realidade ambiental. Um Estado de Direito Ambiental⁶⁰ ou Ecológico para poder receber essa adjetivação carece de diversos elementos que o diferenciem de um formato tradicional de Estado onde a tutela do ambiente e das atividades econômicas que repercutem no ambiente se dá, por exemplo, apenas na forma de responsabilização centrada no dano provocado por um agente específico.

Sem dúvida que seria necessário promover a indução de um processo de transformação da atuação do Estado no sentido de promover uma real atuação ambientalmente relevante por meio de algumas mudanças em estruturas já existentes. Possivelmente aí se teria o nascimento, a origem, de todo o processo de indução da adaptação ambiental. Ou seja, antes da norma indutiva, um Estado capaz de promover esse movimento a partir de suas estruturas. Algumas reformulações fariam surgir certa aptidão para que isso fosse possível. Ocorre, porém, que essa aptidão que se espera do Estado para atuar de maneira ambientalmente relevante ainda não pode ser constatada claramente.

Os mecanismos dos quais dispõe o Estado são, em sua grande maioria, inadequados para a construção de medidas realmente adaptadas às novas demandas e necessidades que surgem com a complexização da sociedade e da crescente contingência. Reafirmando, antes de ser um Estado que se possa atribuir característica de “Ambiental” ou “Ecológico”, precisa se produzir a aptidão necessária para ser o Estado um promotor de políticas de adaptação para, então, poder ser denominado com alguma designação indicativa de compromisso intergeracional vinculada a um compromisso intergeracional com o meio ambiente.

Ou seja, a necessária construção de um Estado que se possa atribuir como característica a atuação ambiental efetiva prescinde da formulação de políticas públicas e instrumentos de participação na esfera privada (organizações) que reconheçam a realidade de crise ambiental, bem como admitam a necessidade de enfrentamento construída de forma a contemplar a necessária coevolução entre os sistemas da Economia e do Direito. Essa coevolução sistêmica é possível com a produção de diretrizes e normas que passem a incorporar em suas formulações a primordial necessidade de adaptação da atuação estatal à nova realidade. De

⁶⁰ LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patryck de Araújo. *Dano ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 32.

forma alguma, um Estado que privilegie a lógica do sistema da Economia, a exemplo de um Estado Liberal, longe disso. Um Estado que reconheça, isso sim, a importância da ação econômica em benefício do ambiente e produza normas com aptidão mais ampla e clara do que a simples prescrição de sanções, as quais, em termos de comunicação intersistêmica, não são mais capazes de abarcar tamanha complexidade e contingência.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Estado Ambiental da Adaptação é a condição prévia para viabilizar decisões e iniciativas que privilegiem a adaptação. Uma base normativa pensada para tornar-se um meio pelo qual possa ser organizada uma estrutura apta a identificar as características, necessidades, possibilidades e limitações, efetivar mecanismos de controle e monitoramento, prever compensações, apurar o valor do serviço ambiental prestado, avaliar a necessidade de obras e utilização de tecnologias, promover a conscientização de usuários e prestadores de serviços ambientais. Ainda, sobretudo, promover os meios necessários para tornar a gestão das demandas ambientais, em que os sistemas da Economia e do Direito, mesmo com as suas racionalidades distintas, possam operar em benefício do sistema biológico ou natural. Tudo isso sem afastar a necessidade de uma verdadeira identificação da Economia para com a utilidade/necessidade de conservação de recursos que são base para a sua própria existência enquanto atividade econômica.

Normas jurídicas que possam tornar possíveis todas essas necessidades são normas de adaptação (e não simplesmente de sustentabilidade) e precisam emanar formalmente de um Estado que privilegie a adaptação como a característica mais marcante de sua operação, visando ao enfrentamento efetivo das contingências próprias de uma realidade de crise e de múltiplas possibilidades produzidas pela ação humana e pela decisão acerca do futuro em muito condicionadas às necessidades econômicas.

Tanto Canotilho quanto Teubner revelam em seus escritos uma preocupação consistente com uma necessidade de mudança ou aperfeiçoamentos nos mecanismos relacionados à responsabilidade pelos danos como uma forma de enfrentamento das dificuldades que o sistema do Direito precisa superar. Entende-se que o Estado na atualidade precisa se adaptar às novas demandas (à nova realidade), promovendo uma atuação que seja orientada para a proteção ambiental e, assim, para a garantia do direito intergeracional e fundamental ao

ambiente conservado. Essa adaptação do Estado precisa ser um estágio inicial ou anterior para a construção de um Estado Ambiental da Adaptação, o qual teria, nesse estágio avançado de modificações estruturais, as condições mais adequadas para o enfrentamento da crise.

Essas mudanças ou adaptações do Estado centram-se principalmente na formulação de políticas e produção de normas que tenham a pretensão de realizar uma gestão integrativa entre mecanismos tradicionais como responsabilidade civil, licenciamento, zoneamento e compensações juntamente com mecanismos que contemplem a participação de agentes econômicos e lógicas de mercado como parte essencial.

REFERÊNCIAS

ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito ambiental*. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

ARAGÃO, Alexandra. Direito constitucional do ambiente da União Européia. In: FERREIRA, Heline Silvini; LEITE, José Rubens Morato (Org.). *Estado de direito ambiental: tendências, aspectos constitucionais e diagnósticos*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

ARENDT, Hannah. *A condição humana*. Trad. Roberto Raposo. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005.

_____. *As origens do totalitarismo: imperialismos, a expansão do poder, uma análise dialética*. Trad. Roberto Raposo. Rio de Janeiro: Documentário, 1976.

BARZOTTO, Luiz Fernando. *O positivismo jurídico contemporâneo: uma introdução a Kelsen, Ross e Hart*. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2003.

BAUMAN, Zygmunt. *Globalização: as conseqüências humanas*. Trad. Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999.

BONAVIDES, Paulo. *Teoria do Estado*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BREITENMOSEER, Stephan et al. (Ed.). *Human rights, democracy and the rule of law; Menschenrechte, Demokratie und Rechtsstaat; Droits del'homme, démocratie et Etat de droit*: Liber amicorum Luzius Wildhaber. Kehl: Engel, 2007.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Estado constitucional ecológico e democracia sustentada. In: FERREIRA, Heline Silvini; LEITE, José Rubens Morato (Org.). *Estado de direito ambiental: tendências, aspectos constitucionais e diagnósticos*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

CHÂTELET, François. *História das idéias políticas*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2000.

CREVELD, Martin van. *Ascensão e declínio do Estado*. Trad. Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

DELMAS-MARTY, Mireille. *Três desafios para um direito mundial*. Trad. Fauzi Hassan Choukr. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

ENGELS, Friedrich. *A origem da família, da propriedade privada e do Estado*. 3. ed. Trad. Ciro Mioranza. São Paulo: Escala, 2009.

GARCIA-PELAYO, Manuel. *As transformações do estado contemporâneo*. Trad. Agassiz Almeida Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

HUNT, E. K.; SHERMAN, Howard J. *História do pensamento econômico*. Trad. Jaime Larry Benchimol. 4. ed. Petrópolis: Vozes, 1985.

KEGEL, Patrícia Luíza; AMAL, Mohamed. Instituições, direito e soberania: a efetividade jurídica nos processos de integração regional nos exemplos da União Européia e do Mercosul. *Revista Brasileira de Política Internacional*, Brasília, v. 52, n. 1, jan./jun. 2009. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0034-73292009000100003&script=sci_arttext>. Acesso em: 10 out. 2012.

KLOEPFER, Michael. *Umweltschutzrecht*. München: Verlag C. H. Beck München, 2008.

LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patryck de Araújo. *Dano ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

LUHMANN, Niklas. *A improbabilidade da comunicação*. Trad. Anabela Carvalho. 3. ed. Lisboa: Veja, 2001.

MILARÉ, Édis. *Direito do ambiente: a gestão ambiental em foco: doutrina, jurisprudência, glossário*. 7. ed. rev., atual e reform. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MORAES, Voltaire de Lima. *Ação civil pública: alcance e limites da atividade jurisdicional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

MORAIS, José Luis Bolzan de (Org.). *O Estado e suas crises*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

_____. *As crises do Estado*. In: MORAIS, José Luis Bolzan de (Org.). *O Estado e suas crises*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

MORIN, Edgar. *Para onde vai o mundo?* 2. ed. Petrópolis: Vozes, 2010.

_____; SILVA, Juremir Machado da. *As duas globalizações: complexidade e comunicação, uma pedagogia do presente*. 2. ed. Porto Alegre: Sulina: EDIPUCRS, 2002.

ROCHA, Leonel Severo; ATZ, Ana Paula. Positivismo. In: BARRETO, Vicente de Paulo (Coord.); CULLETON, Alfredo (Coord. Adjunto). *Dicionário de filosofia política*. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2010.

_____; CARVALHO, Délton Winter de. Policontextualidade jurídica e estado ambiental. *Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica*, Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos: Mestrado e Doutorado, Porto Alegre; São Leopoldo, p. 137, 2007.

_____; KING, Michael; SCHWARTZ, Germano. *A verdade sobre a autopoiese do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SCHMIDT, Reiner. Institutionen und Instrumente zur Sicherung von Nachhaltigkeit. In: BREITENMOSE, Stephan et al. (Ed.). *Human rights, democracy and the rule of law; Menschenrechte, Demokratie und Rechtsstaat; Droits del'homme, démocratie et Etat de droit*: Liber amicorum Luzius Wildhaber. Kehl: Engel, 2007.

SOUZA, Ielbo Marcus Lobo de. Hobbes e a segurança global num ambiente internacional de anarquia. *Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica*, Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos: Mestrado e Doutorado. Porto Alegre; São Leopoldo, p. 80, 2006.

TEUBNER, Gunther. *O direito como sistema autopoietico*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.

XAVIER, Lívio. Prefácio. In: MACHIAVELLI, Nicolau. *O príncipe*. Tradução, prefácio e notas de Lívio Xavier. Rio de Janeiro: Ediouro, 1994.

O TEMA DO ORÇAMENTO IMPOSITIVO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO¹

THE SUBJECT OF THE MANDATORY BUDGET IN THE CONTEXT OF THE BRAZILIAN LEGAL FRAMEWORK

Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy²

Livre-Docente em Teoria Geral do Estado pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP

RESUMO: O artigo apresenta o tema do orçamento impositivo no ordenamento jurídico brasileiro. Defende-se que propostas legislativas de criação de um orçamento impositivo no contexto do direito financeiro brasileiro ofenderia a fórmula de freios e contrapesos, de independência e de harmonia entre os poderes constituídos, tal como se lê no art. 2º da Constituição brasileira.

PALAVRAS-CHAVE: Orçamento; orçamento impositivo; propostas legislativas; regime de freios e contrapesos.

ABSTRACT: *The paper faces the subject of the mandatory budget within the Brazilian legal framework. It argues that legislative proposals with the goal of creating a mandatory budget in the context of Brazilian financial law would offend the formula*

of checks and balances, threatening the harmony among the Government branches, as provided in the article 2 of the Brazilian constitution.

KEYWORDS: *Budget; mandatory budget; legislative proposals; checks and balances.*

SUMÁRIO: Introdução; 1 A natureza autorizativa do modelo orçamentário brasileiro; 2 A técnica do contingenciamento; 3 Os modelos de orçamento impositivo; 4 As propostas de introdução de orçamento impositivo; 5 O tema da intangibilidade das cláusulas pétreas; Conclusões; Referências.

SUMMARY: *Introduction; 1 Taxation, democracy and liberty within the framework of the Brazilian federal budget; 2 The technique of the contingency; 3 A survey on budget patterns; 4 Proposals as*

¹ A linha argumentativa aqui defendida é pessoal do autor e não reflete, necessariamente, a opinião do órgão para o qual presta serviços.

² Doutor e Mestre em Filosofia do Direito e do Estado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC-SP, Professor Visitante da Faculdade de Direito da Universidade da Califórnia-Berkeley, Consultor-Geral da União.

for a mandatory budget; 5 The issue of the intangibility of the constitutional core matters; Conclusions; References.

INTRODUÇÃO

O presente artigo se desdobra no contexto da discussão de emendas constitucionais que têm por objeto a implantação, no modelo brasileiro, do chamado *orçamento impositivo* ou *mandatário*. Há também recente alteração legislativa, em nível infraconstitucional, veiculada por intermédio de lei de diretrizes orçamentárias, nomeadamente, a Lei nº 12.919, de 24 de dezembro de 2013.

Dispôs-se que o Poder Executivo deve honrar emendas parlamentares até o limite de 1,2%. Isto é, tornou-se obrigatória a execução orçamentária e financeira, de forma equitativa, da programação incluída por emendas individuais em lei orçamentária³. Essas emendas individuais serão aprovadas no limite de 1.2% da receita líquida prevista no projeto encaminhado pelo Poder Executivo, sendo que metade desse percentual será destinada a ações e serviços públicos de saúde⁴.

Problematiza-se, no presente artigo, a constitucionalidade das emendas que transitam, apontando-se alguma inconstitucionalidade na pretensão (inciso III do § 4º do art. 60 da Constituição). Argumenta-se que o modelo de orçamento impositivo fere a fórmula da independência e da harmonia entres os poderes (art. 2º da Constituição), hostilizando-se, na essência, o art. 165 do texto constitucional vigente.

1 A NATUREZA AUTORIZATIVA DO MODELO ORÇAMENTÁRIO BRASILEIRO

O modelo orçamentário com o qual contamos notabiliza-se por sua natureza autorizativa; isto é, percebe-se alguma discricionariedade do Poder Executivo na liquidação de despesas, o que se dá mediante o uso da técnica do *contingenciamento*. Essa discricionariedade não se aplica às chamadas despesas obrigatórias, bem como não revela casuísmo, idiossincrasia ou preferência governamental⁵. Entende-se o orçamento como *autorizativo*, porquanto, uma vez

³ Art. 52 da Lei nº 12.919, de 24 de dezembro de 2013.

⁴ § 1º do art. 52 da Lei nº 12.919, de 24 de dezembro de 2013.

⁵ Em tema de orçamento público, conferir, por todos: CONTI, José Maurício; SCAFF, Fernando Facury (coord.). *Orçamentos públicos e direito financeiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

“[...] discutido, aprovado, sancionado e publicado – autoriza o Estado a arrecadar o necessário e suficiente para realizar, em nome do povo, as suas aspirações”⁶.

Decorre, tão somente, da responsabilidade que se espera do ordenador de despesas, o que se revela pela permanente busca das metas fiscais. Não pode o gestor gastar mais do que arrecada. Nesse sentido, há certa ficção na previsão de receitas, em contrapartida a impressionante realismo na fixação de despesas. Estas últimas, certas, dependem daquelas primeiras, contingenciais. É essa tensão, entre a certeza da despesa e a expectativa da receita, que se resolve por nosso modelo orçamentário, *autorizativo*, que se pretende transformar, matizando-o como *impositivo*, ou *mandatário*.

Funções alocativas, distributivas e estabilizadoras do Estado demandam atenção para com aspectos pragmáticos do orçamento; isto é, “o orçamento continua sendo, marcadamente, um instrumento básico de administração e, como tal, deve cumprir múltiplas funções”⁷. Unidade, universalidade, periodicidade, não afetação de receitas, exclusividade, equilíbrio, clareza, publicidade e exatidão são os princípios que informam as modernas técnicas orçamentárias⁸.

Desdobra-se, ao longo dos anos, animada controvérsia relativa à natureza jurídica do orçamento. Pretendem alguns tratar-se de mero ato administrativo, que não detém conteúdo de lei; quando muito, seria lei em sentido exclusivamente formal. Pretendem outros tratar-se de lei em sentido material. E ainda, “[...] alguns sustentam que é lei em relação à receita e ato administrativo no tocante à despesa [...] a última classificação que surgiu coloca-o como ato-condição”⁹. Quanto à referida controvérsia:

Esse problema de natureza jurídica do orçamento ocupou, durante muito tempo, a atenção dos juristas e os dividiu em correntes, segundo teorias diversas. Lei para uns, simples ato administrativo, sem caráter de lei, para outros, ainda poderia ser ambas as coisas para o terceiro grupo. Leon Duguit se situa na terceira corrente, porque distingue o orçamento da despesa,

⁶ PISCITELLI, Roberto Boccaccio. *Orçamento autorizativo x orçamento impositivo*. Brasília: Biblioteca Digital da Câmara dos Deputados, set. 2006. p. 4.

⁷ GIACOMONI, James. *Orçamento público*. São Paulo: Atlas, 2009. p. 60.

⁸ Idem, p. 63 e ss.

⁹ OLIVEIRA, Regis Fernando de. *Curso de direito financeiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 318.

considerando-o simples ato ou operação administrativa, em contraste com o orçamento da receita, que pode ser considerado lei, na opinião dele, naqueles países em que se renova, anualmente, a autorização parlamentar para cobrança dos tributos. Essa autorização, que restaura a eficácia das leis institucionais dos impostos, contém, segundo Duguit, caráter de lei no sentido material. Fora desse caso, o orçamento é, para ele, mero ato de administração. A terceira corrente nega o caráter da lei, no sentido material, ao orçamento e tem por principais defensores Jèze e Trotabas. Jèze adota o método de Duguit para chegar a conclusões diversas. Aprecia separadamente despesa e receita, para concluir que uma e outra, em qualquer hipótese, nunca são leis, substancialmente falando, mas “ato-condição”, segundo a classificação de atos jurídicos do próprio Duguit.¹⁰

A Constituição dispõe sobre três modalidades orçamentárias que convergem em ampla fórmula de planejamento: o Plano Plurianual (PPA, inciso I do art. 165), a Lei de Diretrizes Orçamentárias¹¹ (LDA, inciso II do art. 165) e a Lei Orçamentária Anual (LOA, inciso III do art. 165). Esta última - LOA - instrumentaliza a realização fática das metas fixadas na LDO que, por sua vez, explicita investimentos e metas (qualitativas e quantitativas) dispostas no PPA. De qualquer modo, deve-se compreender que o modelo orçamentário contemporâneo afasta-se de ficções e expectativas generosas ou pessimistas, contemplando a *realidade*, em toda sua dimensão:

¹⁰ BALEEIRO, Aliomar. *Uma introdução à ciência das finanças*. Atual. Hugo de Brito Machado Segundo. Rio de Janeiro: Gen, Forense, Bilac Pinto Editores, 2010. p. 555.

¹¹ Na compreensão do Supremo Tribunal Federal: “A Lei de Diretrizes Orçamentárias, que tem objeto determinado e destinatários certos, assim sem generalidade abstrata, é lei de efeitos concretos, que não está sujeita à fiscalização jurisdicional no controle concentrado” (ADIn 2.484-MC, Rel. Min. Carlos Velloso, Julgamento em 19 de dezembro de 2001). Ou, ainda: “A Lei de Diretrizes Orçamentárias possui destinação constitucional específica e veicula conteúdo material próprio, que, definido, pelo artigo 165, § 2º, da Carta Federal, compreende as metas e prioridades da Administração Pública, inclusive as despesas de capital para o exercício financeiro subsequente. Mais do que isso, esse ato estatal tem por objetivo orientar a elaboração da lei orçamentária anual e dispor sobre as alterações na legislação tributária, além de estabelecer a política de aplicação das agências financeiras oficiais de fomento” (ADIn 612-QO, Rel. Min. Celso de Mello, Julgamento em 3 de junho de 1993).

Com a assunção de novas responsabilidades, a estrutura do Estado moderno cede a imperativos de boa administração. Já não bastam boas intenções. O Estado, através de seus governantes, tem o dever de planificar a peça orçamentária, de forma a identificar a intenção de cumpri-la. Não pode estabelecer previsões irreais ou fúteis, apenas para desincumbir-se de determinação constitucional. A peça orçamentária há de ser real.¹²

O Congresso Nacional exerce atividade de controle do orçamento, restringindo a atuação do Poder Executivo¹³, circunstância que também ocorre na atuação do Tribunal de Contas¹⁴. Especialmente, no caso da LOA, tem-se um *ciclo orçamentário*, procedimento que se desdobra em várias instâncias, no qual se constata, a todo o tempo, esforço de harmonização entre os poderes.

A proposta originária da lei orçamentária é encaminhada pelo Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão à Presidência da República. O titular do Executivo Federal, em seguida, encaminha o texto ao Congresso Nacional. No Legislativo, uma comissão examina a proposta, passo que é acompanhado de audiências públicas, bem como de propostas de emendas parlamentares.

O texto original, depois de receber as propostas de emendas parlamentares, segue para a comissão que o apreciou, de onde segue para discussão em Plenário. Depois de aprovado, segue para sanção presidencial. O Chefe do Executivo poderá aprová-lo, poderá vetá-lo parcialmente, bem como poderá vetá-lo integralmente. As razões do veto seguem ao Presidente do Senado.

Sessão conjunta do Senado e da Câmara pode qualificar a rejeição do veto. Promulgada, a lei de meios é regulamentada por decreto presidencial (Decreto de Execução Orçamentária). Ao longo do processo de execução (realização de receitas e de despesas), conta-se com avaliação e controle, por parte do TCU, bem como pelo Legislativo.

O Poder Executivo deve, necessariamente, contar com alguma discricionariedade ao longo do processo de execução orçamentária. As vicissitudes da vida contemporânea exigem do Estado intervenções pontuais,

¹² OLIVEIRA, Régis Fernando de. Op. cit., p. 321.

¹³ Cf. MATIAS-PEREIRA, José. *Finanças públicas - A política orçamentária no Brasil*. São Paulo: Atlas, 2006. p. 261.

¹⁴ Cf. HARADA, Kyioshi. *Direito financeiro e tributário*. São Paulo: Atlas, 2011. p. 97 e ss.

abstenções, realocações, que indicam plasticidade institucional que o modelo democrático radicalmente exige¹⁵. É nesse contexto que se espera um orçamento *autorizativo*, em detrimento do impasse gerado por um orçamento de conteúdo *impositivo* ou *mandatório*. Trata-se de dilema que hoje se enfrenta.

2 A TÉCNICA DO CONTINGENCIAMENTO

No orçamento *autorizativo* verifica-se a necessária discricionariedade do Poder Executivo, o que se dá por meio da técnica do *contingenciamento*. De tal modo, “o mecanismo de contingenciamento é uma das formas que o Executivo utiliza para exercer a discricionariedade [...] o recurso contingenciado é excluído do cronograma mensal de execução orçamentária e financeira”¹⁶. E ainda, na expressão de consultor de orçamento e fiscalização financeira da Câmara dos Deputados, a propósito de discussão em torno dos orçamentos autorizativos e impositivos:

O contingenciamento é um mecanismo previsto na Lei Complementar nº 101, de 2000, Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF) para permitir o cumprimento de metas fiscais do exercício quando existir indícios de frustração da receita realizada no bimestre. Neste trabalho concluímos que é um mecanismo tecnicamente necessário, o que nos leva a rejeitar a hipótese de um orçamento obrigatório.¹⁷

Com o contingenciamento, a dotação orçamentária fica temporariamente sobrestada, pelo que essa técnica pode realizar-se, inclusive, preventivamente. A técnica do *contingenciamento* é sufragada pela Lei de Responsabilidade Fiscal, que dispõe que “se verificado, ao final de um bimestre, que a realização da receita poderá não comportar o cumprimento das metas de resultado primário ou nominal estabelecidas no Anexo de Metas Fiscais, os Poderes e o Ministério Público promoverão, por ato próprio e nos montantes necessários, nos trinta dias subsequentes, limitação de empenho e movimentação financeira, segundo

¹⁵ Conferir, por todos: UNGER, Roberto Mangabeira. *Plasticity into power*. London & New York: Verso, 1987.

¹⁶ GONTIJO, Vander. Orçamento impositivo, contingenciamento e transparência. *Cadernos Aslegis*, Brasília, n. 39, p. 61, jan./abr. 2010.

¹⁷ Idem, *ibidem*.

os critérios fixados pela lei de diretrizes orçamentárias”¹⁸. É obrigatória a regra que determina o contingenciamento, verificadas as condições anteriormente indicadas.

No contexto da Lei de Responsabilidade Fiscal, a técnica do *contingenciamento* é de amplo uso, e de utilidade superlativa, possibilitando o encontro real entre receitas e despesas:

Pode ser que haja necessidade de limitação do empenho das dotações orçamentárias e da movimentação financeira para o atingimento das metas previstas no Anexo das Metas Fiscais. Nesse caso, ela será processada, nos termos da lei de diretrizes orçamentárias, de forma proporcional ao montante dos recursos alocados para o atendimento de outras despesas correntes, investimentos e inversões financeiras de cada poder e do Ministério Público da União. Em face desse aspecto limitativo, o governo deixa de executar parte do orçamento, promovendo o contingenciamento dos valores empenhados. O empenho é ato emanado do ordenador de despesas, que implica o comprometimento prévio da dotação orçamentária. Por isso é da alçada daquela autoridade competente autorizar a movimentação financeira, desde que haja disponibilidade de recursos no orçamento, bem como promover sua limitação em consonância com a orientação constante do parágrafo anterior. Na hipótese de materialização dessa ocorrência, há de ser fixado o montante a ser tornado indisponível para empenho e movimentação financeira. Competirá ao chefe de cada Poder publicar ato estabelecendo os montantes que seus órgãos terão como limite de movimentação e empenho. As comunicações em questão deverão ser feitas pelo Poder Executivo aos Poderes Legislativo e Judiciário e ao Ministério Público da União. O cumprimento das metas de resultado primário ou nominal constantes do Anexo de Metas Fiscais há de caminhar no passo

¹⁸ Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, art. 9º.

da realização da receita. Todavia, se detectada, ao final do bimestre, a não-observância desse resultado, o Legislativo, o Judiciário, o Executivo e o Ministério Público proverão a limitação de empenho e da motivação financeira trinta dias após constatado o desempenho negativo, isto é, a incompatibilidade entre as metas prevista e a receita. O procedimento nesse sentido deve ser operacionalizado por iniciativa de cada Poder ou órgão envolvido nos valores indispensáveis à correção do rumo desejado. Restabelecida a receita prevista, mesmo que de maneira parcial, as dotações cujos empenhos sofrem limitação serão recompostas de forma proporcional às reduções feitas em face dos critérios estabelecidos pela lei de diretrizes orçamentárias.¹⁹

É a técnica do *contingenciamento* que permite medidas transitórias de contenção de gastos, de racionalização administrativa e de atuação estratégica por parte do Poder Executivo. Essa técnica é de uso comum em todos os entes da Federação. Sigo com alguns exemplos.

Por intermédio do Decreto Executivo nº 1, de 2 de janeiro de 2009, o Prefeito do Município de Santa Maria (RS) tomou uma série de medidas de *contingenciamento*, com base em elenco de *consideranda* que bem atestam a importância do modelo²⁰. É o que se observa, também, no contexto do Decreto nº 2.201, de 10 de janeiro de 2013, baixado pelo Prefeito de Manaus, a propósito

¹⁹ NASCIMENTO, Carlos Valder. Comentários ao art. 9º da Lei de Responsabilidade Fiscal. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; NASCIMENTO, Carlos Valder. *Comentários à lei de responsabilidade fiscal*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 76-77.

²⁰ “Considerando que o ano de 2008 foi excepcional no tocante ao acréscimo substancial das receitas provenientes das esferas federal e estadual; considerando que a crise internacional é uma realidade quanto a possibilidade de redução na arrecadação dos municípios Brasileiros; considerando que o Governo Federal, a fim de estimular as atividades produtivas, vem isentando ou reduzindo impostos, especialmente o IR e o IPI, com a conseqüente redução da arrecadação dos Municípios nos impostos compartilhados; considerando a necessidade de utilização racional dos recursos públicos; considerando a vedação contida no art. 167, inciso II, da Constituição Federal, que diz que ‘são vedados: a realização de despesas ou a assunção de obrigações diretas que excedam os créditos orçamentários ou adicionais’; considerando a necessidade de compatibilizar as obrigações já assumidas com os recursos orçamentários disponíveis, buscando garantir e impulsionar os investimentos nesta municipalidade, em cumprimento à Lei Complementar nº 101/2000; considerando, por fim, que a atual administração está firmemente comprometida em melhor conduzir a gestão municipal com economicidade, parcimônia e austeridade, para oferecer o melhor dos esforços e alcançar resultados satisfatórios nas ações junto à comunidade [...]”

de *contingenciamento* de despesas afetas ao orçamento anual daquele Município amazonense²¹. Situação idêntica se constata no Município de Pelotas, no Rio Grande do Sul, a propósito do Decreto nº 4.405, de 1º de agosto de 2002, que determina o *contingenciamento* dos empenhos das dotações orçamentárias e das movimentações financeiras dos órgãos da administração direta daquela municipalidade²².

Essa circunstância também foi vivenciada na cidade de Itajaí, no Estado de Santa Catarina, nos termos do Decreto nº 8.809, de 7 de janeiro de 2009²³. Há exemplo também no Município de Valença, no Estado do Rio de Janeiro, no contexto do Decreto nº 011, de 6 de fevereiro de 2009²⁴. E, de igual modo,

²¹ “O prefeito de Manaus, no exercício das atribuições e competências que lhe conferem os arts. 80, inciso IV, e 128, inciso I, da Lei Orgânica do Município de Manaus e, considerando que a situação econômica e financeira mundial reflete diretamente na economia nacional e, por consequência, na arrecadação tributária da União, Estados e dos Municípios; considerando que o comprometimento da integralidade do orçamento aprovado para o ano de 2013 pode levar o Município a um agravamento de sua situação econômica e financeira; considerando que a responsabilidade na gestão fiscal pressupõe a ação planejada e transparente, destinada a prevenir riscos e corrigir desvios capazes de afetar o equilíbrio das contas públicas, tal como dispõe a Lei de Responsabilidade Fiscal; considerando, por fim, que é dever da Administração a busca pelo equilíbrio entre a Receita e a Despesa Pública.”

²² “O Prefeito Municipal de Pelotas, no uso das suas atribuições e tendo em vista o disposto no art. 9º da Lei Complementar nº 101/2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal) e no art. 28 da Lei Municipal nº 4741/2001 (Lei de Diretrizes Orçamentárias): considerando que não foram realizados os valores da receita previstos na Lei Orçamentária, relativos ao primeiro semestre do ano de 2002, conforme demonstra a Tabela I; e considerando que a projeção dos valores relativos às transferências de outras esferas de governo, relativas aos meses de agosto e setembro não alcançarão os valores previstos na Lei Orçamentária, conforme Tabela II.”

²³ “O Prefeito de Itajaí, no uso de suas atribuições e de acordo com o art. 47, VII, 108 e 113 da Lei Orgânica do Município e na Lei de Diretrizes Orçamentárias (Lei nº 5.196, de 5 de novembro de 2008), e considerando o Decreto nº 8.760, de 23 de novembro de 2008, que declara em situação anormal, caracterizada como Calamidade Pública a área do Município afetada por enchurradas provocadas por chuvas intensas e concentradas nos dias 21, 22 e 23 de novembro de 2008; considerando os arts. 108 e 113 da Lei Orgânica do Município, que permite que o Município organize a ordem econômica e exerça suas atividades dentro de um processo de planejamento; considerando o disposto no art. 1º, § 1º, e 9º da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, que estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências; considerando a previsão de queda na arrecadação municipal em 20% (vinte por cento) em decorrência da situação de Calamidade Pública, atestada pelo Parecer Técnico nº 001/2009, da Secretaria de Governo, Planejamento, Orçamento e Gestão; considerando que a Lei nº 5.219, de 19 de dezembro de 2008, que estima receita e fixa a despesa do orçamento do Município de Itajaí para o exercício financeiro de 2009, foi elaborada antes da situação de Calamidade Pública; considerando o imperativo de equilíbrio das contas públicas.”

²⁴ “Vicente de Paula de Souza Guedes, Prefeito Municipal de Valença, Estado do Rio de Janeiro, no uso de suas atribuições legais, considerando que a situação econômica e financeira mundial já atinge a economia nacional e, por consequência, a receita da União, Estados e Município; considerando

no Município de Paranaguá, cidade litorânea, no Estado do Paraná²⁵. Situação semelhante se observa também no Município de Alfenas, no Estado de Minas Gerais²⁶.

que a arrecadação municipal decorrente de transferências já demonstrou no mês de janeiro de 2009 acentuado percentual de redução; considerando que o comprometimento da integralidade do orçamento aprovado para o ano de 2009 pode levar o Município a um agravamento de sua situação econômica e financeira; considerando que a responsabilidade na gestão fiscal pressupõe a ação planejada e transparente, em que se previnem riscos e corrigem desvios capazes de afetar o equilíbrio das contas públicas, tal como dispõe a Lei de Responsabilidade Fiscal; considerando que é dever da Administração buscar o equilíbrio entre a receita e a despesa.”

²⁵ “O prefeito municipal de Paranaguá, Estado do Paraná, no uso das suas atribuições legais e tendo em vista o disposto no art. 9º da Lei Complementar nº 101/2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal); considerando que não foram realizados os valores da receita previstos na Programação Financeira, relativos ao quarto bimestre do corrente ano, conforme alerta expedido pela Controladoria Geral do Município; considerando que as projeções refeitas dos valores relativos às transferências correntes e receitas de dívida ativa, para os meses de outubro, novembro e dezembro não alcançaram os valores previstos na Lei Orçamentária Anual; considerando a necessidade de manter a responsabilidade na gestão fiscal do Município, que se dá, entre outras ações, com o equilíbrio entre a receita e a despesa públicas; decreta [...]”

²⁶ “Pompilio de Lourdes Canavez, Prefeito Municipal de Alfenas, Estado de Minas Gerais, no uso de suas atribuições legais conferidas pela alínea *a*, inciso I, do art. 90 da Lei Orgânica do Município de Alfenas, e especialmente o que dispõe o art. 22 da Lei nº 3.829, de 8 de julho de 2005, Lei de Diretrizes para elaboração da Lei Orçamentária de 2006. Considerando a Comunicação Interna nº 604/2006, da Secretaria Municipal de Fazenda e Planejamento, cópia anexa, informando que a meta de arrecadação para o 5º (quinto) bimestre de 2006 estava prevista a entrada de recursos na ordem de R\$ 13.464.230,86 (treze milhões, quatrocentos e sessenta e quatro mil, duzentos e trinta reais e oitenta e seis centavos) e foi arrecadado o valor de R\$ 11.790.861,41 (onze milhões, setecentos e noventa mil, oitocentos e sessenta e um reais e quarenta e um centavo), provocando um déficit de R\$ 1.673.369,45 (um milhão, seiscentos e setenta e três mil, trezentos e sessenta e nove reais e quarenta e cinco centavos), correspondente a um percentual de aproximadamente 12,43%. Considerando que alguns fatores contribuíram para a não realização de algumas receitas, como as referentes ao PNAFM e transferência de convênios, que consequentemente demonstram até o presente momento significativo volume negativo a arrecadação prevista para o atual exercício financeiro. Considerando que em relação ao déficit apontado, promovemos as cobranças aos contribuintes inadimplentes de IPTU, notificamos os inscritos na dívida ativa, emitimos CDA - Certidões de Dívida Ativa e instituímos a Lei nº 3.937, de 20 de novembro de 2006, criando o Programa de Recuperação de Créditos - PROREFIS, que concede Anistia Fiscal de multa e juros para pagamento de dívida ativa. Considerando a Mensagem nº 77, de 4 de dezembro de 2006, encaminhada para a Câmara Municipal de Alfenas, com fundamento no art. 26, da Lei Municipal nº 3.909, de 12 de julho de 2006, que dispõe sobre as ações conjuntas entre os Poderes Executivo e Legislativo nas respectivas limitações de empenhos e de movimentação financeira, como garantia na execução orçamentária de forma financeiramente sólida, objetivando alcançar o necessário superávit primário. Considerando finalmente o que estabelece o disposto no § 3º do art. 26, do referido diploma legal, em que as ações conjuntas entre os dois Poderes Municipais far-se-ão através da publicação das providências de contingenciamento, garantindo assim a solidez financeira na execução orçamentária da Administração Municipal do presente exercício.”

Entre os Estados, a forma do *contingenciamento* é também de ampla utilização. É o que se observa, por exemplo, no Decreto nº 30.183, de 16 de janeiro de 2007, que dispõe sobre o contingenciamento de despesas na Administração Pública no Estado de Pernambuco, cujas *consideranda* bem dimensionam a importância do uso dessa técnica²⁷.

No Distrito Federal há também precedente, e me reporto ao Decreto nº 31.352, de 15 de janeiro de 2010, que dispõe sobre contingenciamento da execução orçamentária²⁸. No Estado do Pará, o Decreto nº 5, de 19 de janeiro de 2011, dispõe sobre medidas de *contingenciamento* e de controle dos gastos públicos no âmbito da administração direta e indireta daquela unidade²⁹.

No Estado do Rio de Janeiro também há utilização do *contingenciamento*, como se afere no Decreto nº 31.232, de 6 de abril de 2002, que dispõe sobre *contingenciamento* orçamentário no exercício de 2002, com o objetivo de se cumprir a Lei de Responsabilidade Fiscal³⁰.

Em 2013, o Estado do Pernambuco valeu-se de novo do conceito de orçamento autorizativo, no contexto do Decreto nº 39.081, daquele ano, que dispõe sobre medidas de contingenciamento de despesas correntes no âmbito

²⁷ “O governador do Estado, no uso das suas atribuições que lhe são conferidas pelo art. 37, II e IV da Constituição Estadual, considerando o atual quadro financeiro do Governo do Estado de Pernambuco; considerando a necessidade da adoção de medidas que visem a ajustar as despesas do Estado às suas disponibilidades financeiras [...]”

²⁸ “O governador do Distrito Federal, no uso das suas atribuições que lhe confere o art. 100, inciso VII, da Lei Orgânica do Distrito Federal, considerando os mandamentos da Lei de Responsabilidade Fiscal – LRF, no que tange à execução orçamentária e ao cumprimento das metas fiscais, em especial os arts. 8º e 9º; considerando a necessidade de assegurar à execução orçamentária o equilíbrio entre as receitas e despesas, objetivando a estabilidade financeira do Tesouro do Distrito Federal; considerando que a consecução do Programa do Governo, expresso no Plano Plurianual e no Orçamento Anual requer a adoção de procedimentos que disciplinem o acompanhamento da receita e a realização das despesas; considerando reiteradas decisões do Tribunal de Contas do Distrito Federal, em especial a de nº 6651/2009; considerando, ainda, o entendimento firmado na literatura especializada de que o empenho da despesa é um instrumento que compõe o processo orçamentário, decreta [...]”

²⁹ “O governador do Estado do Pará, usando das atribuições que lhe são conferidas pelo art. 135, incisos II, V e VII, *a*, da Constituição Federal, e considerando a necessidade de recuperar os mecanismos de gestão pública e de promover o equilíbrio fiscal do Estado [...]”

³⁰ “A governadora do Estado do Rio de Janeiro, no uso de suas atribuições legais, considerando a situação da execução orçamentária e financeira que se verifica no Estado do Rio de Janeiro; considerando os efeitos dessa execução para cumprimento do disposto da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, e considerando a necessidade de adequação do orçamento à realidade financeira do Estado [...]”

do Poder Executivo daquela unidade federada³¹. O Estado do Tocantins viveu situação idêntica, que contornou com o Decreto nº 4.619, de 21 de agosto de 2012, que estabeleceu contingenciamento para aquele exercício fiscal³².

Como se observa, a técnica do *contingenciamento*, que é típica do orçamento autorizativo, permite o enfrentamento de dificuldades que exigem pronta atuação do Poder Executivo. Miríade de assuntos justifica o uso da técnica, comprovando-se a impropriedade da vinculação de um orçamento *impositivo*. Entre as justificativas, todas anteriormente apresentadas, reúno algumas, com o objetivo de sistematizá-las: a) *situação econômica e financeira mundial e seus reflexos na economia nacional*; b) *necessidade de se alcançar gestão planejada e transparente*; c) *comprovação de que eventualmente não se realizaram valores de receitas previstos na lei orçamentária*; d) *enfrentamento da queda de arrecadação*; e) *comprometimento da integralidade de orçamento aprovado*; f) *necessidade de se recalcular valores e projeções de transferências correntes e de capital*; g) *inadimplência no recolhimento de tributos*; h) *necessidade de ajuste entre despesas e disponibilidades financeiras de determinado unidade federada*; i) *necessidade de consecução de programa de governo*; j) *necessidade de se recuperar mecanismos de gestão pública*; k) *necessidade de promover equilíbrio fiscal do Estado*; l) *necessidade de adequação do orçamento à realidade financeira do Estado*; m) *necessidade imperiosa de se cumprir diretriz de governo*; n) *constatação de desaceleração da economia brasileira*; o) *efeitos de recessão de países capitalistas desenvolvidos*; p) *progressiva diminuição da receita estadual*; q) *comprometimento da integralidade do orçamento*.

³¹ “O governador do Estado, no uso das suas atribuições que lhe são conferidas pelos incisos II e IV do art. 37 da Constituição Estadual, considerando a necessidade imperiosa de cumprir as diretrizes do atual Governo do Estado, no sentido de conter despesas com o custeio da máquina administrativa, bem como de assegurar o uso racional dos bens públicos; considerando a necessidade de adequação do orçamento estadual à previsão das receitas oriundas das transferências federais [...]”

³² “O governador do Estado de Tocantins, no uso da atribuição que lhe confere o art. 40, inciso II, da Constituição do Estado, com fulcro no art. 39, § 4º, da Lei nº 2.530, de 30 de novembro de 2011, e, considerando a constatada desaceleração da economia brasileira como reflexo direto dos efeitos da recessão dos países capitalistas desenvolvidos; considerando que, como consequência imediata dessa realidade, a arrecadação estadual, proveniente das transferências constitucionais, tem sofrido progressiva e acentuada redução até o último mês de julho; considerando que a reestimativa de receitas providas e transferências constitucionais aponta tendência de redução até o fim de dezembro de 2012; considerando que o comprometimento da integralidade do orçamento vigente par o ano de 2012 pode acarretar agravamento da situação econômico-financeira do Estado; considerando que a responsabilidade na gestão fiscal pressupõe ação planejada e transparente no sentido de prevenir riscos e corrigir desvios capazes de afetar o equilíbrio das contas públicas [...]”

São situações que também afetam o modelo federal. De qualquer modo, à luz do cânon da simetria, o arranjo orçamentário deve informar, igualmente, todos os níveis da Federação. O orçamento impositivo seria impraticável no contexto fático de todos os Municípios e Estados brasileiros e, de igual modo, no Distrito Federal, a par, naturalmente, da União.

O *contingenciamento*, assim, é técnica que possibilita o cumprimento das metas que a Lei de Diretrizes Orçamentárias previamente fixou. Deve-se assinalar que o *contingenciamento* alcança pequena parcela do orçamento. O *contingenciamento* somente atinge as chamadas despesas discricionárias³³. Não projeta nenhum efeito nas despesas obrigatórias.

Não se pode falar de *contingenciamento* em relação a despesas orçamentárias obrigatórias. Exemplifico com a impossibilidade de se contingenciar gastos com pessoal, com inativos, com o pagamento do serviço da dívida pública, com benefícios previdenciários, com fundos de participação dos Estados e dos Municípios, com despesas de custeio, e me refiro à água, luz e limpeza. Deve-se observar que:

São obrigatórias as transferências constitucionais (fundos de participação e programas de financiamento do setor produtivo regional), as despesas de pessoal e encargos sociais, benefícios previdenciários, as decorrentes de dívidas públicas, contratual e imobiliária, e as relacionadas com sentenças judiciais transitadas em julgado (precatório). São consideradas como “outras despesas não-discricionárias” os pagamentos relativos aos programas de seguro-desemprego e abono salarial, sentenças judiciais, complementação da União ao FUNDEF, benefícios da Lei Orgânica de Assistência Social – LOAS, indenizações relativas ao Programa de Atividade Agropecuária – PROAGRO e outras previstas no anexo de despesas obrigatórias [...].³⁴

O contingenciamento não atinge despesas constitucionais (fundos de participação e fundos dos setores produtivos regionais), bem como os precatórios. O contingenciamento, por atingir apenas as despesas discricionárias,

³³ Cf. GONTIJO, Vander. Op. cit., p. 63.

³⁴ PISCITELLI, Roberto Boccaccio. Op. cit., p. 6.

alcança apenas 10% do total previsto de despesas. Sufragando tal entendimento, excerto de consultor legislativo na Câmara dos Deputados:

Há que se ressaltar que a maior parte do orçamento público já é de execução obrigatória, como as despesas com pessoal, com benefícios previdenciários, com transferências a Estados e Municípios, com pagamento de juros e amortização da dívida pública. Mesmo a ampla maioria das despesas de custeio é de execução obrigatória, já que não há como se deixar de pagar as contas de água, de luz, de serviços com limpeza, entre outras, inerentes ao funcionamento da máquina pública. Resta, portanto, parte do custeio, principalmente o referente a novos programas ou expansão dos existentes e o investimento público, em que há uma discricionariedade relativa, pois muitos projetos dependem de investimentos realizados ao longo de vários anos, tornando muito difícil interrompê-los. Por exemplo, considere a construção de um prédio de tribunais que tenha iniciado há três anos, em outra legislativa [...].³⁵

Eventual crítica à técnica do *contingenciamento* convergiria para a defesa do orçamento *impositivo*. Poder-se-ia invocar que o *contingenciamento* seria mais recorrente nos cortes de despesas oriundas de emendas parlamentares. Poder-se-ia argumentar também que o *contingenciamento* anunciaria um corte real em despesas autorizadas, mas não supervenientemente realizadas. Por outro lado, não se deve deixar de admitir que o *contingenciamento* de fato “[...] proporciona a flexibilidade necessária para assegurar o cumprimento das metas fiscais fixadas na LDO”³⁶.

O tema da flexibilidade parece ser o núcleo da justificativa do orçamento autorizativo, no sentido de que “[...] é a flexibilidade própria da natureza de toda a programação de trabalho ou plano administrativo”³⁷. Os exemplos

³⁵ LIMA, Edilberto Carlos Pontes. Algumas observações sobre orçamento impositivo no Brasil. *Planejamento e Políticas Públicas - PPP*, Brasília, n. 26, p. 5, jun./dez. 2003.

³⁶ GONTIJO, Vander. Op. cit., p. 70.

³⁷ SOUSA, Francisco Hélio. O caráter impositivo da lei orçamentária anual e seus efeitos no sistema de planejamento orçamentário. Brasília, 2008. p. 25. Monografia premiada em 2º lugar no XIII Prêmio do Tesouro Nacional.

anteriormente identificados, colhidos em Estados e Municípios, são indicativos seguros da necessidade de que se mantenha modelo flexível, agora ameaçado, com proposta de orçamento vinculativo. Tem-se, na hipótese, inegável invasão de poder, quebrando-se a harmonia e a independência anunciada pelo texto constitucional vigente.

Além do que, essa flexibilidade é exercida com as despesas discricionárias, isto é, as que,

[...] não decorrem de disposições constitucionais ou legais, dependem, em maior ou menor grau, da disponibilidade de adicional ou residual de recursos. Tais despesas traduzem, de uma maneira geral, as metas e prioridades de cada administração. De acordo com as classificações orçamentárias, as atividades e as chamadas operações especiais são enquadráveis entre as despesas discricionárias prioritárias (essenciais) e, por isso, têm preferência na alocação; os projetos, de outra parte, inserem-se entre as demais despesas discricionárias. A distribuição dos limites orçamentários para os respectivos órgãos responsáveis pelo desenvolvimento das ações ocorre com base na avaliação do montante dos recursos necessários para a manutenção das atividades e das operações especiais de caráter permanente. Assim, caso os recursos sejam insuficientes, os ajustes acabam sendo realizados nos projetos [...].³⁸

3 OS MODELOS DE ORÇAMENTO IMPOSITIVO

O orçamento impositivo teria como resultado a obrigação do Executivo realizar programação orçamentária nos exatos moldes como aprovada pelo Poder Legislativo. Há três versões de orçamentos impositivos³⁹. Tem-se uma versão forte, extrema, que propõe que o Poder Executivo deva executar integralmente, e sem reservas, a programação orçamentária devidamente aprovada pelo Congresso Nacional. Conta-se, ainda, com uma versão média, relativizada, na qual o Congresso deve anuir com a não realização de parte da

³⁸ PISCITELLI, Roberto Boccaccio. Op. cit., p. 7.

³⁹ Conferir, por todos: LIMA, Edilberto Carlos Ponte. Op. cit., p. 6.

programação orçamentária. Por fim, conta-se, ainda, com uma versão fraca, marcada pela flexibilidade que tornou o modelo tenuamente autorizativo, por intermédio da qual ao Executivo é facultativo realizar apenas parte do que fora programado na lei de meios.

A versão moderada, intermediária, é praticada nos Estados Unidos da América⁴⁰. Os norte-americanos utilizam-se das técnicas do *deferral* e do *rescission*⁴¹. Aquela primeira consiste em requerimento que o Presidente faz ao Congresso daquele país no sentido de que algumas dotações aprovadas sejam circunstancialmente indisponibilizadas. No *rescission* há, por parte do Presidente, proposta de cancelamento, total ou parcial, de dotações já contempladas no orçamento⁴².

Há, no modelo norte-americano, conteúdo histórico recente, que remonta à administração dos republicanos na virada dos anos 1960 para os anos 1970, fator explicativo dessa excepcionalidade. Nos Estados Unidos, o orçamento, assim, segue o modelo impositivo. Esse arranjo institucional fora concebido no tempo de Nixon, e contra ele fora formulado. Como já observado, utiliza-se a *rescission* (o Executivo pede autorização para não gostar, invocando contrariedade ao interesse público) e o *deferral* (o Executivo deve previamente comunicar o adiamento da despesa no mesmo exercício).

4 AS PROPOSTAS DE INTRODUÇÃO DE ORÇAMENTO IMPOSITIVO

Segue, agora, sintético levantamento de propostas de emenda constitucional que têm (ou tinham) como conteúdo a implantação no Brasil de modelo orçamentário obrigatório, ainda que pulverizado nas três versões (fraca, média e forte) anteriormente identificadas.

A PEC 77, de 1999, tinha por objetivo imprimir força cogente à lei orçamentária anual, acrescentando dispositivo ao art. 165 da Constituição, bem como alterando o inciso VI do art. 167, do mesmo texto constitucional. A justificação da referida proposta qualifica objetivamente os contornos de tese que pretende dar fim ao orçamento *autorizativo*, em favor de um orçamento *mandatário*:

⁴⁰ Cf. *idem*, p. 10.

⁴¹ Cf. SOUSA, Francisco Hélio de. *Op. cit.*, p. 41 e ss.

⁴² Cf. *idem*, *ibidem*.

O texto da Constituição Federal de 1988, no que tange à área orçamentária, revela a nítida preocupação dos constituintes em estabelecer um arcabouço jurídico capaz de assegurar ao Estado, condições de atuação eficaz na execução das políticas públicas definidas na lei orçamentária anual. Inovações como a lei do plano plurianual e a lei de diretrizes orçamentárias buscaram, acima de tudo, a integração do planejamento com o orçamento. Dessa forma, a programação estabelecida na lei orçamentária anual passou a representar a etapa final de um processo no qual a atuação governamental deve, necessariamente, caracterizar-se por um conjunto de ações lógicas e racionalmente estruturadas, a fim de que não ocorram desperdícios de energias e recursos na consecução de seus objetivos. A despeito, porém, dessa lúcida preocupação dos constituintes de 1988, a lei orçamentária anual, segundo velha tradição, continua sendo executada apenas parcialmente. É que o Poder Executivo, à falta de clara definição legal, entende que a lei de orçamento anual tem caráter meramente autorizativo, não sendo, portanto, lei em sentido material, de modo a serem as políticas públicas nela estabelecidas de execução obrigatória. Ora, forçoso é convir em que, a partir dessa interpretação, termina-se conferindo ao Poder Executivo uma desmensurada margem de discricionariedade, que não raro descamba para a arbitrariedade, ao longo de todo o processo de execução orçamentária. Em face dessa realidade, tem-se mostrado de pouca ou nenhuma valia qualquer esforço de deputados e senadores no sentido de incluir na lei orçamentária anual projetos de interesse de seus Estados ou regiões, pois o Poder Executivo os executa se quiser. Casos têm ocorrido, até mesmo, em que projetos já em andamento são paralisados, simplesmente porque o parlamentar que viabilizou a sua inclusão na lei orçamentária anual contrariou interesses do Poder Executivo. Enfim, salvo no que

se refere às chamadas despesas fixas, o Governo executa lei orçamentária anual apenas aquilo que lhe aprouver. Não é ocioso lembrar, por outro lado, que a inexecução de dotações sem prévia autorização legislativa, tal como tem historicamente acontecido no Brasil, também representa sensível desvirtuamento da programação orçamentária adredemente discutida e aprovada pelo Congresso Nacional, cuja participação é assim reduzida a formalismo de somenos importância, desconsiderando inclusive, os aperfeiçoamentos que o correspondente projeto recebeu ao longo de sua elaboração legislativa, muitas vezes após exaustivas discussões entre os três poderes da República. Com isso, não só é desrespeitada a participação da sociedade, pela pessoa de seus representantes, na definição das políticas públicas de seu real interesse, como também fica prejudicada a almejada integração do planejamento com o orçamento.

A PEC 2/2000, do então Senador José de Alencar, vedava o contingenciamento de despesas oriundas de emendas parlamentares. Apresentada em 19 de janeiro de 2000, esta PEC foi arquivada em 30 de março de 2007. Pretendia-se, basicamente, a inserção de dispositivo que tornasse obrigatória a execução de programação orçamentária decorrente de emendas parlamentares.

A PEC 22/2000, de autoria do então Senador Antonio Carlos Magalhães, hoje PEC 526/2006, em trâmite na Câmara dos Deputados, tem por objetivo tornar obrigatória a programação constante da lei orçamentária atual. Apensada a outros projetos de emenda, a PEC 526/2006 é o fio condutor do orçamento *obrigatório* que se cogitou implantar. No núcleo da proposta, a necessidade do Poder Executivo requerer ao Congresso Nacional autorização para deixar de realizar despesa originariamente prevista. Nesse sentido, cogitou-se da inserção de um art. 165-A na Constituição Federal, com a redação que segue:

A programação constante da lei orçamentária anual é de execução obrigatória, salvo se aprovada, pelo Congresso Nacional, solicitação, de iniciativa exclusiva do Presidente da República, para cancelamento ou contingenciamento, total ou parcial, de dotação.

Cogitou-se também da regulamentação do procedimento de autorização. O requerimento seria formulado pelo Presidente 120 (cento e vinte) dias antes do encerramento da sessão legislativa, devendo ser instruído por justificativa pormenorizada das razões que impossibilitem a execução da despesa, do ponto de vista técnico, econômico-financeiro, operacional ou jurídico. No entanto, o requerimento também poderia ser protocolado a qualquer tempo, em situações que comprovadamente afetassem negativamente a arrecadação, bem como de calamidade pública de grandes proporções.

A tramitação seguiria no Congresso Nacional em regime de urgência. Na hipótese de que o Congresso não deliberasse em 30 (trinta) dias, a proposta seria considerada aprovada. Pretendeu-se também fixar que a não execução de programação orçamentária, nas condições indicadas nesse novo modelo, redundaria em crime de responsabilidade.

Há notícias também da PEC 9/2002, proposta pela então Senadora Marina Silva. Presentemente arquivada, a referida PEC tinha por objetivo central a obrigatoriedade de execução de despesas do orçamento social.

A PEC 24/2003, de autoria do Senador Paulo Paim, tem por objetivo proibir o contingenciamento de despesas previstas no orçamento da seguridade social. A justificativa da proposta também identifica o núcleo da tese que defende orçamento *impositivo*:

A Seguridade Social conta com receitas que, assinaladas pela própria Constituição Federal ao cumprimento de seus objetivos, são vinculadas exclusivamente à previdência social, à saúde e à assistência social, para atendimento das parcelas mais carentes de nossa população, as quais, como é sabido, dependem vitalmente da liberação dessas verbas para sua própria sobrevivência. Verifica-se, no entanto, que o entendimento, implantado no âmbito do Poder Executivo, de que o orçamento público é simplesmente indicativo – não tendo, portanto, sua execução caráter obrigatório –, tem levado à banalização da prática de efetuar a retenção de dotações orçamentárias relativas a despesas aprovadas pelo Congresso Nacional, constantes das leis orçamentárias, o que tem causado enormes prejuízos à população brasileira e retardado

o resgate da gigantesca dívida social em nosso País. A presente Proposta de Emenda à Constituição, incluindo entre as vedações arroladas no art. 167, da Carta Magna, o bloqueio ou contingenciamento de dotações do Orçamento da Seguridade Social, tem, assim, por objetivo tornar inequívoca a obrigatoriedade da realização integral, pelo Poder Executivo, das despesas constantes das leis orçamentárias aprovadas pelo Congresso Nacional, eliminando, de vez, a prática maléfica da retenção de recursos orçamentários vitais para a garantia da própria dignidade de milhões de brasileiros. São estas as razões que nos levam a contar com o apoio dos ilustres Pares para a aprovação da presente proposição.

A PEC 134/2006, de autoria do Senador Alvaro Dias, cogita de orçamento *impositivo* também ao definir regras para o investimento em segurança por parte do Governo Federal. Nos termos da referida proposta, proíbe-se o contingenciamento de verbas orçamentárias referentes a programas de segurança pública. Pretende-se também que o não cumprimento desta regra ensejaria crime de responsabilidade por parte dos Ministros da Fazenda e da Justiça. E ainda, o Poder Executivo deveria encaminhar trimestralmente ao Senado Federal demonstrativo da execução das despesas em segurança pública.

Na Câmara dos Deputados, a PEC 281/2008 dispõe também sobre a execução obrigatória da lei orçamentária anual. Simplesmente, insere parágrafo no art. 165 do Texto Constitucional dispondo que “as receitas previstas na Lei Orçamentária Anual para a realização de sua programação serão de execução obrigatória, vinculadas às despesas nela previstas, e deverão ter caráter participativo, impositivo ou inclusivo, sob pena de caracterização de crime de responsabilidade”. A justificativa que instrui a proposta dimensiona, ainda outra vez, o núcleo conceitual do modelo que se pretende implantar no Brasil:

A Constituição Federal, atualmente, prevê que a Lei Orçamentária Anual tem caráter meramente autorizativo. A situação ora vigente permite que o Poder Executivo modifique a proposta aprovada pelo Congresso Nacional, de acordo com a sua discricionariedade. A presente proposta visa a assegurar que a Lei Orçamentária aprovada pelo Congresso Nacional

seja cumprida na sua integralidade. Tal medida é um grande passo na política de responsabilidade fiscal brasileira e uma evolução no sistema político brasileiro, visto que nas principais democracias do mundo o Poder Executivo é obrigado a cumprir o orçamento estabelecido pelo Legislativo. Sem dúvida, esta medida é fundamental para que a população acompanhe o controle da execução orçamentária em todos os níveis nos entes federados. Além disso, deverão ter caráter participativo, impositivo e inclusivo para possibilitar que a sociedade participe de modo efetivo na sua elaboração, implementação e execução do orçamento, atendendo aos seus anseios. A Proposta de Emenda estabelece, ainda, que a mesma entrará em vigor em 1º de janeiro do ano subsequente ao de sua promulgação, de modo que haja tempo suficiente para a elaboração criteriosa das leis complementares e ordinárias, necessárias a sua implementação.

Como se pode observar, os projetos de emenda constitucional aqui indicados tem por fundamento a inserção do orçamento *impositivo* no modelo orçamentário brasileiro. Insiste-se que o modelo fomenta o dissenso institucional, fragilizando as relações entre os Poderes. Deve-se levar em conta também o papel do Poder Judiciário na realização de políticas públicas, fator que colabora no desequilíbrio da ordem que se pretende instituir:

Uma questão pouco levantada, mas de grande importância com relação à adoção do orçamento mandatário no Brasil é a interferência do Poder Judiciário na execução orçamentária. A decisão judicial que impõem condutas ativas à Administração Pública não tem compromisso com as limitações orçamentárias. Na prática, acaba subvertendo as prioridades de alocação do gasto público contidas no orçamento, que, por definição, são reflexos da vontade conjunta dos Poderes Legislativo e Executivo. Diante da escassez de recursos para atender a todas as necessidades da coletividade, o orçamento deve fazer opções políticas, que implicam

satisfação de alguns interesses, em detrimento de outros.⁴³

5 O TEMA DA INTANGIBILIDADE DAS CLÁUSULAS PÉTREAS

Propostas de emenda constitucional relativas ao orçamento impositivo subtraem do Poder Executivo mandamento constitucional que determina que iniciativa de lei referente à matéria orçamentária seja privativa do Presidente da República⁴⁴. Certo que se discute *emenda à Constituição*, e não *projeto de lei*. No entanto, forçoso se reconheça, com base em jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que não pode o Legislativo, a título de exercer competência derivada ou decorrente, no plano constitucional, tratar de questão afeta a outro Poder, no plano legal. É do que trato em seguida.

O princípio da harmonia e da independência entre os Poderes limita a atuação do Congresso Nacional em todas as matérias afetas aos outros Poderes. Isto é, o Congresso não pode legislar, por intermédio de emenda, a respeito de assunto reservado à lei, de iniciativa de outro Poder. Reporta-se, inicialmente, ao art. 60 da Constituição, que dispõe, entre outros, *que a Constituição não poderá ser emendada na vigência de intervenção federal, de estado de defesa ou de estado de sítio*⁴⁵, bem como que não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir *a forma federativa de Estado, o voto direto, secreto, universal e periódico, a separação dos Poderes, a par dos direitos e garantias individuais*⁴⁶.

Neste último caso, tem-se o que doutrinariamente se nomina de *cláusulas de intangibilidade* ou de *cláusulas pétreas*⁴⁷. Naquele primeiro exemplo, colhido do § 1º do art. 60 da Constituição, evidenciam-se limitações circunstanciais ao poder de emenda à Constituição⁴⁸. Cuida-se, efetivamente, do assunto da hipotética

⁴³ Idem, p. 41.

⁴⁴ Constituição Federal, art. 61, § 1º, *b*.

⁴⁵ Constituição de 1988, art. 60, § 1º.

⁴⁶ Constituição de 1988, art. 60, § 4º, I, II, III e IV.

⁴⁷ Um dos fundamentos da concepção das *cláusulas pétreas* é a defesa da democracia. Assim: No Estado constitucional de direito, diversos institutos se desenvolveram no exato ponto de interseção entre constitucionalismo e democracia, exibindo a tensão que por vezes surge entre ambos. São exemplos dessa situação a rigidez constitucional – que exige a maioria qualificada para aprovação de emendas – e os limites materiais ao poder de reforma. (BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 161)

⁴⁸ O tema da reforma ou da emenda constitucional é tratado por: SCHMITT, Carl. *Teoria de la constitución*. Tradução do alemão para o espanhol de Francisco Ayala. Madrid: Alianza Editorial, 1992. p. 117 e ss.

intangibilidade das normas constitucionais⁴⁹, no contexto geral do poder de reforma constitucional⁵⁰. Reformas na Constituição atendem à dinâmica dos arranjos institucionais, bem como preenchem lacunas reais ou ocultas nos textos constitucionais originais⁵¹.

A questão é, na essência, relativa ao princípio da separação dos poderes, em ambiente de harmonia e independência desejável, ainda que se reconheça a *unidade do poder estatal*⁵². O engessamento do Poder Executivo em questão orçamentária é questão que objetivamente ilustra a preocupação aqui levantada.

O núcleo da questão é referente ao tema da separação dos poderes. O referido tema é recorrente nos clássicos. Aristóteles, Locke, Montesquieu, Alexander Hamilton, John Jay e James Madison trataram do assunto. Para o Estagirita, *em todo o governo existem três poderes essenciais, cada um dos quais o legislador prudente deve acomodar de maneira conveniente*; ainda, segundo Aristóteles, um poder deliberativo decidiria sobre a paz, a guerra, as alianças, banimentos, confiscos. Um Poder Executivo – que o filósofo grego denominava de *Magistratura Governamental*, cuidaria das rendas públicas. Por fim, oito tribunais comporiam um Poder Judiciário, com funções deliberativas de composição de conflitos.

No contexto da Ciência Política inglesa, John Locke cogitou de um Poder Legislativo que fixava as diretrizes do governo, refletindo a experiência e a tradição da nobreza, bem como as aspirações da classe dos negócios. Um Poder Executivo cuidaria da gestão interna das coisas públicas, executando as leis concebidas pelo Poder Legislativo. Por fim, um poder que Locke denominava de Poder Federativo se ocuparia dos assuntos da guerra e da paz. Entre os norte-americanos, o tema da divisão dos Poderes é tratado no art. 47 dos *Federalistas*, excerto no qual se vê o *caveat*, no sentido de que a acumulação dos três poderes em uma autoridade única qualificaria uma verdadeira tirania.

É, no entanto, Montesquieu quem mais recorrentemente é lembrado em tema de divisão dos Poderes. A estrutura da tripartição dos poderes em

⁴⁹ Cf., por todos: MURÚA, Ignacio Colombo. *Limites a las reformas constitucionales*. Buenos Aires: Astrea, 2011.

⁵⁰ Conferir: BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 196 e ss.

⁵¹ Cf. CARBONELL, Miguel. *Constitución, reforma constitucional y fuentes del derecho en México*. México: Porrúa, 2008. p. 220.

⁵² Cf. TEIXEIRA, J. H. Meirelles. *Curso de direito constitucional*. Org. Maria Garcia. São Paulo: Conceito, 2011. p. 523 e ss.

Montesquieu foi fixada no excerto relativo à constituição da Inglaterra, no capítulo VI, do livro décimo primeiro, da primeira parte do *Espírito das Leis*. A um Poder *Legislativo* caberia a confecção das leis. A um Poder *Executivo* competiria o cuidado com as coisas do direito das gentes, isto é, a condução dos problemas da guerra e da paz, o que se entendia como um *Executivo do Estado*. Outro Poder *Executivo* castigaria os criminosos, julgando-os; são esses poderes para julgar que aproximariam esse segundo Poder *Executivo* do que contemporaneamente denominamos de Poder *Judiciário*.

Para Montesquieu, *tudo estaria perdido se um mesmo homem tivesse os três poderes*; um príncipe despótico teria como meta a concentração dos três poderes, instrumento para o uso despótico de suas prerrogativas. No entanto, *Legislativo e Executivo* poderiam se constituir em corpos permanentes: representariam uma *vontade geral* do Estado. Montesquieu pretendia um *Judiciário* como instância de aplicação formal da lei, exigindo julgamentos pautados pelo texto preciso da norma aplicada. Montesquieu defendia a prerrogativa do *veto*, a ser exercido pelo *Executivo* em contrapeso a leis aprovadas pelo *Legislativo*. Assim, na medida em que, se o *Executivo* não contasse com o direito de limitar as iniciativas do *Legislativo*, abrir-se-ia, para esse último, alguma margem para a limitação daquele primeiro.

É com base na teoria constitucional alemã (sobretudo em Karl Lowenstein) que André Ramos Tavares lembra-nos que a expressão *poder* deve ser tomada em sentido figurado, isto é, deve-se conceber a existência de *funções estatais*⁵³. Na origem, a crença absoluta do primado da lei resulta da doutrina da *vontade geral*, exposto por Rousseau, de difícil aplicabilidade no regime de democracia representativa que vivemos. *Funções estatais* são locuções que exigem também Estado atuante, acudindo às várias demandas que há, e que, sem aviso ou lembrete, demandam pronta atuação do Poder Executivo.

CONCLUSÕES

As reflexões aqui fixadas conduzem às conclusões que seguem:

- a) O orçamento autorizativo é modelo que consagra a realidade dos fatos, a harmonia e a independência entre os Poderes, bem como o exato comando constitucional relativo à separação dos Poderes e o exercício das Funções Estatais;

⁵³ Cf. TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 1196 e ss.

- b) A técnica do contingenciamento é necessária para que o Poder Executivo possa agir com presteza e eficiência em um contexto econômico e financeiro que exige decisões rápidas e opções institucionais que consagrem o alcance de objetivos permanentes de bem-estar social;
- c) A técnica do contingenciamento não se aplica às chamadas despesas obrigatórias, tais como discriminadas na lei de meios; isto é, a técnica do contingenciamento não se aplica às despesas constitucionais, a exemplo dos repasses de fundos de participação, rubricas vinculadas a direitos fundamentais, salários no setor público e precatórios;
- d) A responsabilidade do ordenador de despesas deve ser sopesada pela contingência financeira que decorre da aferição do fluxo da realização de receitas públicas, originárias e derivadas;
- e) A exigência do cumprimento de metas fiscais demanda balanço entre arrecadação e gastos, o que se desdobra na necessidade de flexibilização da disponibilidade de recursos relativos a despesas discricionárias;
- f) Porque não pode o gestor gastar mais do que arrecada, o orçamento mandatório pode implicar em responsabilização pessoal, por parte do referido ordenador de despesas;
- g) Funções alocativas, distributivas e estabilizadoras do Estado demandam atenção para com o funcionamento pragmático do regime orçamentário;
- h) Há no trato orçamentário uma comunhão de atuações estatais que implicam na realização do modelo dos freios e contrapesos; isto é, Executivo, Legislativo, Judiciário, Ministério Público e Tribunal de Contas atuam intensamente na fiscalização dos gastos públicos;
- i) Emendas parlamentares explicitam, entre outros, a participação ativa do Legislativo na construção da pauta orçamentária;
- j) O Congresso Nacional detém competência para derrubar eventual veto proposto pelo Chefe do Poder Executivo em matéria orçamentária;
- k) O Poder Executivo deve contar com instrumentos para eventual relativização da aplicação orçamentária, como resultado de provocações inesperados do mercado e da conjuntura econômico-financeira, bem entendido, em relação a despesas de matiz discricionário;

- l) Há necessidade, inclusive, de possibilidade de contingenciamento preventivo, instrumento necessário para o enfrentamento de inesperadas questões que se desdobram no horizonte;
- m) A técnica do contingenciamento é modalidade que conta com ampla previsão normativa a exemplo, principalmente, de disposição expressa na Lei de Responsabilidade Fiscal;
- n) A técnica do contingenciamento, exclusiva do modelo de orçamento autorizativo, permite medidas pontuais de contenção de gastos, necessárias para uma atuação estratégica e eficiente;
- o) A técnica do contingenciamento é de uso recorrente, necessário, irrenunciável, por parte dos demais entes da Federação; seu abandono, em âmbito emenda constitucional, e posterior lei federal de espectro nacional engessaria o modelo administrativo com o qual hoje se conta;
- p) A crise internacional, a necessidade de utilização racional de recursos públicos, a necessidade de se compatibilizar obrigações assumidas pelos entes públicos com a realidade da arrecadação fiscal, a responsabilidade na gestão, o recorrente déficit público, entre outros, são indicadores que justificam a utilização da técnica do contingenciamento, no contexto do orçamento autorizativo;
- q) A técnica do contingenciamento e o orçamento autorizativo são arranjos institucionais que permitem o cumprimento de metas fixadas pela Lei de Diretrizes Orçamentárias;
- r) A adoção do orçamento impositivo engessaria a atuação do Poder Executivo, inibindo o livre exercício de Poder constitucionalmente assegurado a seus titulares;
- s) Há três modalidades de orçamento impositivo; uma fraca, uma média, e uma forte; todas as três, sem exceção, se eventualmente aplicadas no modelo brasileiro, representariam indevido controle do Poder Legislativo, em relação aos demais Poderes;
- t) As várias propostas de emenda constitucional que hoje tramitam pelo Congresso Nacional pretendem inserir em nosso arranjo constitucional e institucional formas híbridas de orçamentos impositivos;

- u) Há vício de iniciativa, em todas as propostas de adoção de orçamento impositivo, na medida em que tratam, prioritariamente, de matéria de lei, de competência do Poder Executivo, a quem cabe fixar a proposta orçamentária;
- v) O alegado vício é presentemente reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal, ainda que em outras discussões, nas quais a *rationale* e a *ratio decidendi* seriam as mesmas às quais eventualmente aplicadas na solução hermenêutica do problema aqui colocado;
- x) Não há autorização constitucional para o exercício de Poder Constituinte reformador, decorrente ou derivado, no sentido de que se fragmente o núcleo duro original da fórmula consagrada de divisão dos Poderes;
- y) Emenda constitucional que fixasse entre nós o orçamento impositivo, tal como existe nos Estados Unidos, seria transposição normativa de difícil adaptação em terreno constitucional que tradicionalmente convive com a fórmula do orçamento autorizativo; e ainda, as propostas que hoje tramitam não levam em conta a permanente intervenção do Poder Judiciário, na formulação de políticas públicas;
- w) Emenda constitucional que fixasse entre nós o orçamento impositivo teria como resultado recorrente intervenção do Poder Legislativo em campo de atuação do Poder Executivo, ferindo-se o regime da intangibilidade do bloco constitucional sensível, situação a ser declarada pelo Poder Judiciário, se provocado;
- z) Emenda constitucional que fixasse entre nós o orçamento impositivo deve ser desafiada, de imediato, à luz das argumentações aqui deduzidas, providência necessária para que se garanta o supremo cânon constitucional da separação dos Poderes.

REFERÊNCIAS

BALEEIRO, Aliomar. *Uma introdução à ciência das finanças*. Atual. Hugo de Brito Machado Segundo. Rio de Janeiro: Gen, Forense, Bilac Pinto Editores, 2010.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2005.

CARBONELL, Miguel. *Constitución, reforma constitucional y fuentes del derecho en México*. México: Porrúa, 2008.

_____. Sobre la reforma constitucional y sus funciones. In: CARBONELL, Miguel (compilador). *Teoría de la constitución – Ensayos escogidos*. México: Editorial Porrúa, 2000.

CONTI, José Maurício; SCAFF, Fernando Facury (coord.). *Orçamentos públicos e direito financeiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

GIACOMONI, James. *Orçamento público*. São Paulo: Atlas, 2009.

GONTIJO, Vander. Orçamento impositivo, contingenciamento e transparência. *Cadernos Aslegis*, Brasília, n. 39, jan./abr. 2010.

HARADA, Kyioshi. *Direito financeiro e tributário*. São Paulo: Atlas, 2011.

KUBLISCKAS, Wellington Márcio. *Emendas e mutações constitucionais*. São Paulo: Atlas, 2009.

LIMA, Edilberto Carlos Pontes. Algumas observações sobre orçamento impositivo no Brasil. *Planejamento e Políticas Públicas – PPP*, Brasília, n. 26, jun./dez. 2003.

MATIAS-PEREIRA, José. *Finanças públicas – A política orçamentária no Brasil*. São Paulo: Atlas, 2006.

MURÚA, Ignacio Colombo. *Limites a las reformas constitucionales*. Buenos Aires: Astrea, 2011.

NASCIMENTO, Carlos Valder. Comentários ao art. 9º da Lei de Responsabilidade Fiscal. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; NASCIMENTO, Carlos Valder. *Comentários à lei de responsabilidade fiscal*. São Paulo: Saraiva, 2009.

OLIVEIRA, Regis Fernando de. *Curso de direito financeiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

PISCITELLI, Roberto Boccaccio. *Orçamento autorizativo x orçamento impositivo*. Brasília: Biblioteca Digital da Câmara dos Deputados, set. 2006.

SAMPAIO, José Adércio Leite. *A constituição reinventada pela jurisdição constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

SCHMITT, Carl. *Teoría de la constitución*. Tradução do alemão para o espanhol de Francisco Ayala. Madrid: Alianza Editorial, 1992.

SOUSA, Francisco Hélio. *O caráter impositivo da lei orçamentária anual e seus efeitos no sistema de planejamento orçamentário*. Brasília, 2008.

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

TEIXEIRA, J. H. Meirelles. *Curso de direito constitucional*. Org. Maria Garcia. São Paulo: Conceito, 2011.

UNGER, Roberto Mangabeira. *Plasticity into power*. London & New York: Verso, 1987.

MOTIVAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS E ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA COMO FATORES LEGITIMANTES DA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL

MOTIVATION OF JUDGMENTS AND LEGAL ARGUMENT AS FACTORS OF CONSTITUTIONAL PROVISION LEGITIMATING

Carlos José Cordeiro¹

Doutor e Mestre em Direito das Relações Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP)

Josiane Araújo Gomes²

Mestra em Direito Público pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia (UFU)

RESUMO: Objetiva o presente estudo discorrer a respeito da motivação das decisões judiciais, bem como da argumentação jurídica que deve ser desenvolvida pelo magistrado ao elaborar os seus provimentos. De fato, o juiz não se encontra adstrito somente à previsão legal, devendo pautar-se pelo conjunto probatório e pelas manifestações das partes, bem assim pela realidade social na qual está inserido o caso *sub judice*. Dessa forma, deve o magistrado utilizar-se de técnica

argumentativa capaz de persuadir os receptores do provimento judicial de que o seu entendimento é o correto para o caso, assegurando, destarte, a segurança e a legitimidade da prestação jurisdicional.

PALAVRAS-CHAVE: Decisão judicial; argumentação jurídica; motivação; segurança; legitimidade.

ABSTRACT: *This study aims to discuss about the motivation of judicial decisions, as well as the legal arguments that must be*

¹ Professor dos Cursos de Graduação e Pós-Graduação (Mestrado e Especialização) em Direito da Universidade Federal de Uberlândia (UFU), Membro do Instituto de Direito Privado (IDP), Juiz de Direito do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais (TJMG).

² Especialista em Direito das Famílias pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia (UFU), Servidora do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais (TJMG).

developed by the magistrate when preparing its provisionses. In fact, the judge is not attached only to legal provision, should be guided by the evidence together, and the manifestations of the parties as well as the social reality in which the present case is inserted. Thus, the magistrate must make use of argumentative technique capable of persuading the court upheld the receivers that your understanding is correct for the case, ensuring thus, the safety and legitimacy of adjudication.

KEYWORDS: *Judicial; legal reasoning; motivation; safety; legitimacy.*

SUMÁRIO: Introdução; 1 A motivação das decisões judiciais em diferentes paradigmas constitucionais de estado; 2 Motivação das decisões judiciais e seus aspectos endo e extraprocessuais; 3 Motivação e argumentação jurídica: o papel persuasivo da decisão judicial; 4 Motivação e técnica argumentativa como fundamentos de segurança e legitimidade das decisões judiciais; Considerações finais; Referências.

SUMMARY: *Introduction; 1 The motivation of judgments in different paradigms of constitutional state; 2 Motivation of judgments and aspects internal and external procedural; 3 Motivation and legal arguments: the persuasive role of judicial decision; 4 Motivation and argumentative technique as security fundamentals and legitimacy of judicial decisions; Final thoughts; References.*

INTRODUÇÃO

No paradigma do Estado Democrático de Direito, a cognição deixa de ser ato privativo do magistrado para tomar o lugar de direito da parte a uma equânime valorização de suas razões em cotejo com o conjunto probatório. Assim, o juiz, ao proferir sua decisão, deve observar se houve, durante o transcurso do processo, o respeito aos princípios processuais constitucionais, entre eles o contraditório, a ampla defesa e a isonomia entre os litigantes.

De fato, é inquestionável que as partes, destinatárias diretas do provimento jurisdicional, quando participam ativamente no trâmite do processo, a rigor, conformam-se com a decisão judicial devidamente fundamentada, independentemente de o resultado ser-lhes ou não favorável.

Nesse sentido, é inadmissível o provimento jurisdicional desprovido de fundamentação, a qual, inclusive, constitui garantia constitucional (art. 93, IX, da Constituição Federal). Todavia, a decisão deve ter certo nível de objetividade, de forma a transmitir a ideia de que se tornou justificável dentro da lógica do sistema. Logo, o dever de motivação implica o dever de mostrar as razões

que permitem justificar a decisão em termos jurídicos, ou seja, no dever de argumentar.

Aliás, a decisão judicial representa verdadeiro silogismo jurídico, uma vez que, a partir da tese apresentada pelo autor e da antítese ofertada pelo réu, o magistrado chega a uma síntese, que deve encontrar-se fundamentada em norma jurídica, no conjunto probatório e na realidade social. O provimento jurisdicional é, portanto, resultado da interpretação dinâmica dos fatos, pelo juiz, à luz dos princípios e das regras jurídicos.

Assim, considerando o papel estruturante fundamental do silogismo para o pensamento jurídico, que se exterioriza, nas decisões judiciais, por meio de sua motivação, verifica-se que não é o silogismo jurídico sozinho que determina o resultado do caso levado a juízo. Com efeito, este somente fornece a moldura para toda a argumentação jurídica necessária para a aplicação do Direito, sendo, pois, a argumentação a responsável pelo alcance da adequação das decisões judiciais.

Pelo exposto, o objetivo do presente trabalho é discorrer sobre a garantia de motivação das decisões judiciais, a qual possui por fator legitimante a argumentação jurídica. Isso porque não há, no ordenamento jurídico vigente, o estabelecimento completo de uma lógica formal a ser seguida pelo magistrado ao proferir suas decisões, o que exige, desse operador do Direito, a utilização de estratégia argumentativa que possibilite o equilíbrio entre a segurança jurídica e a justiça, considerando os princípios constitucionais como chave para essa argumentação.

1 A MOTIVAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS EM DIFERENTES PARADIGMAS CONSTITUCIONAIS DE ESTADO

Inicialmente, cumpre observar que a instauração do Estado de Direito proporciona a mudança da justificativa do poder que comanda a sociedade, uma vez que lhe retira sua origem divina, passando a ser fruto da vontade dos indivíduos, que se organizam em sociedade e proporcionam o surgimento do Estado. Logo, abandona-se o jusnaturalismo, pautado em questões éticas, divinas e morais, e adota-se o positivismo jurídico, que exige a existência de normas escritas, criadas por autoridades legitimadas³.

³ Assim afirma MacCormick, *in verbis*: “Em contraste com a moralidade, ou com a ordem moral, os sistemas jurídicos incluem, entre outras coisas, um vasto corpo de regras enunciadas por autoridades. Essas são frequentemente apoiadas por um grande corpo de precedentes registrados com cuidado

Nesse passo, verifica-se que o advento do Estado de Direito exige que as decisões dos órgãos públicos sejam fundamentadas. Isto porque, no contexto de um Estado de Direito, a justificação das decisões não deriva apenas da autoridade que as emite, mas também do procedimento que a produz e do seu conteúdo racional⁴.

Logo, em uma perspectiva histórica, destacam-se três paradigmas clássicos constitucionais de Estado, quais sejam: Estado Liberal de Direito, Estado Social de Direito e Estado Democrático de Direito.

No Estado Liberal de Direito, a ordem jurídica é regida pelo princípio da legalidade, que dispõe acerca dos limites para criar, modificar, extinguir, aplicar e interpretar o Direito. Isto ocorre diante da necessidade de frear os desmandos do regime que lhe antecedeu – Estado Absolutista –, provocando a elevação da lei a ato supremo. Logo, diante do princípio da legalidade, o Executivo e o Judiciário ficam impedidos de invocar qualquer direito ou razão pública que se choque com a lei⁵.

A atividade hermenêutica do julgador, nesse período, limita-se à mera aplicação mecânica da norma ao fato, não perquirindo acerca das especificidades do caso concreto. A atividade do intérprete, assim, está restrita ao texto normativo, limitando a atuação do jurista à descrição da lei e à busca da vontade do legislador.

Dessa forma, a decisão judicial tem a lei como único fundamento, o que lhe retira a possibilidade de se materializar diante do caso concreto. Aliás, por

em compilações de decisões judiciais, e por discussões jurídico-doutrinárias de princípios e valores abordados nesses precedentes e implícitos na legislação. Tudo isso estabelece uma moldura capaz de proporcionar razoável previsibilidade na vida das pessoas e razoável proteção contra intervenções arbitrárias tanto de agentes públicos como de cidadãos privados” (MACCORMICK, Neil. *Retórica e o Estado de Direito*. Trad. Conrado Hübner Mendes. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p. 17/18).

⁴ Cf. ATIENZA, Manuel. *El sentido del Derecho*. Barcelona: Editorial Ariel, 2001. p. 256.

⁵ Nesse sentido, afirma Marinoni: “No Estado Liberal de Direito, os parlamentos da Europa continental reservaram a si o poder político mediante a fórmula do princípio da legalidade, diante da hegemonia do parlamento, o Executivo e o Judiciário assumiram posições óbvias de subordinação; o executivo somente poderia atuar se autorizado pela lei e nos seus exatos limites, e o judiciário apenas aplicá-la, sem mesmo poder interpretá-la; o legislativo, assim, assumia uma nítida posição de superioridade. Na teoria da separação dos poderes, a criação do direito era tarefa única e exclusiva do legislativo” (MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*. Curso de processo civil. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 1, 2008. p. 27).

ser o provimento jurisdicional produto de silogismo pautado somente no texto normativo, de caráter geral e abstrato, faltam-lhe argumentos dispostos na procedimentalidade instaurada pelas partes, deixando, assim, de considerar os aspectos particulares do litígio.

Por sua vez, no Estado Social de Direito há a alteração da concepção de que a simples aplicação da lei ao fato seria capaz de garantir a efetividade dos direitos, passando-se, pois, a buscar a realização da justiça e da paz social. De fato, a aplicação solitária da lei genérica e abstrata não considera que a sociedade é formada por pessoas e classes sociais distintas, com necessidades e aspirações completamente diversas, o que exige o resgate da substância da lei e, além disso, o encontro dos instrumentos capazes de permitir a sua limitação e conformação aos princípios de justiça.

Nesse sentido, o magistrado, nesse novo contexto, realiza a interpretação da norma de acordo com a realidade fática, utilizando-se de fins metajurídicos de justiça ou clamor social. O provimento judicial é válido na medida em que analisa e soluciona a lide em prol da coletividade e dos interesses sociais, mesmo que não observe a previsão legal.

Assim, a decisão judicial torna-se um ato discricionário e ilegítimo, uma vez que o magistrado passa a decidir segundo seu convencimento íntimo, seus critérios de justiça, não importando se de acordo ou não com o texto normativo. Surge, destarte, um Estado autoritário e arbitrário, pois o cidadão fica à mercê do Estado-juiz, não possuindo qualquer certeza sobre o posicionamento que será por ele adotado na resolução dos conflitos de interesses.

Por fim, o Estado Democrático de Direito surge como resposta ao arbítrio e ao descomedido poder discricionário outorgado ao julgador. De fato, este continua decidindo conforme seu livre convencimento, entretanto, encontra-se limitado pelos elementos de prova existentes no processo, bem como pelas regras legais porventura existentes e pelas máximas de experiência, devendo, pois, motivar suas decisões⁶.

⁶ Nesse sentido, afirmam Cintra, Grinover e Dinamarco: “O Brasil também adota o princípio da persuasão racional: o juiz não é desvinculado da prova e dos elementos existentes nos autos (*quod non est in actis non est in mundo*), mas a sua apreciação não depende de critérios legais determinados *a priori*. O juiz só decide com base nos elementos existentes no processo, mas os avalia segundo critérios

Aliás, a legalidade assume novo significado, haja vista passar a ser interpretada segundo os ditames constitucionais. Surge, portanto, o Neoconstitucionalismo, que é responsável por reconhecer a Constituição Federal como verdadeira norma jurídica, com força vinculante e obrigatória, dotada de supremacia e intensa carga valorativa.

Tem-se, assim, que o Texto Constitucional é o centro gravitacional do sistema jurídico, sendo que nos direitos fundamentais, sejam individuais ou coletivos, está contida a ordem dirigida ao Estado e aos cidadãos, no sentido de que a estes incumbe a obrigação permanente de concretização e efetivação desses direitos essenciais. Nesse sentido, representam o parâmetro do controle de constitucionalidade e demais atos normativos do Estado e das relações entre cidadãos na esfera privada, servindo de referencial para toda e qualquer aferição de validade do ordenamento jurídico.

Portanto, é reconhecida a supremacia material e axiológica da Carta Magna, cujo conteúdo, dotado de força normativa e expansiva, condiciona a validade e a interpretação do Direito e define deveres de atuação para os órgãos de direção política e jurisdicional⁷.

Logo, o processo judicial torna-se instrumento de efetivação de direitos e garantias fundamentais, necessitando, para tanto, da participação ampla, dialética e isonômica dos litigantes, a qual será a base da construção do provimento final. Em decorrência, o destinatário da norma é participante ativo no processo hermenêutico, não detendo o Estado-juiz o monopólio da interpretação do ordenamento jurídico constitucional.

Portanto, no Estado Democrático de Direito exige-se uma sociedade aberta e atuante, bem como uma teoria discursiva do Direito, uma vez que a legitimidade da norma encontra fundamento na sua construção participada.

críticos e racionais” (CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 74).

⁷ Nesse sentido, afirma Marinoni: “A obrigação do jurista não é mais apenas a de *revelar* as palavras da lei, mas a de *projetar uma imagem*, corrigindo-a e adequando-a aos princípios de justiça e aos direitos fundamentais. Aliás, quando essa correção ou adequação não for possível, só lhe restará demonstrar a inconstitucionalidade da lei – ou, de forma figurativa, comparando-se a sua atividade com a de um fotógrafo, descartar a película por ser impossível encontrar uma imagem compatível” (MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*. Curso de processo civil. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 1, 2008. p. 47).

Assim, a decisão judicial, pautada na reserva da lei e no devido processo legal, garante um provimento construído a partir dos argumentos jurídico-discursivos constantes na procedimentalidade instaurada.

2 MOTIVAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS E SEUS ASPECTOS ENDO E EXTRAPROCESSUAIS

Conforme já demonstrado, a decisão judicial, construída sob a égide do paradigma constitucional do Estado Democrático de Direito, não se sustenta em fundamentos jusnaturalistas, ou na interpretação mecânica da lei pelo julgador, ou, muito menos, em conceitos subjetivos, originários na mente de um juiz tido por justo e sábio.

Vige, no ordenamento jurídico pátrio, o princípio fundamental da motivação das decisões judiciais⁸, o qual exige que o provimento jurisdicional origine-se sob as bases dos princípios processuais, das leis e das provas constantes na demanda⁹, assegurando, além disso, a participação das partes, uma vez que o paradigma democrático atribui aos destinatários da decisão a corresponsabilidade em construí-la.

De fato, para se aferir, completamente, a correção da motivação da decisão judicial, deve-se levar em conta, além do critério interno, ou seja, que considera somente o próprio raciocínio do julgador, que deve ser construído de modo lógico e sem contradições, também o critério externo, isto é, cabe ao juiz analisar de forma detida os fundamentos – proposições que podem acarretar a procedência ou improcedência dos pedidos – levantados pelos litigantes durante a realização dos atos processuais¹⁰. Dessa forma, pode-se afirmar que,

⁸ Dispõe o art. 93, IX, da Constituição Federal, *in verbis*: “Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação”.

⁹ Nesse sentido, afirma McCormick, *in verbis*: “Aqueles que produzem argumentos e decisões jurídicas não abordam os problemas da decisão e da justificação no vácuo, mas, em vez disso, o fazem no contexto de uma pletera de materiais que servem para guiar e justificar decisões, e para restringir o espectro dentro do qual as decisões dos agentes públicos podem ser feitas legitimamente” (MACCORMICK, Neil. *Retórica e o Estado de Direito*. Trad. Conrado Hübner Mendes. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p. 31).

¹⁰ Marinoni e Mitidiero, ao tecerem comentários sobre o projeto do novo Código de Processo Civil, fazem as seguintes considerações sobre a motivação das decisões judiciais, *in verbis*: “É de fundamental importância que um Código de Processo Civil explicita os requisitos que entende devidos para que determinada decisão judicial possa ser considerada motivada. O Projeto, todavia, não enfrentou esta temática. É de extrema relevância que o Projeto diga que as decisões judiciais só podem ser consideradas

em um Estado Constitucional de Direito, exige-se a motivação que seja capaz de justificar, por meio racional, a decisão proferida¹¹, além de ser fruto do efetivo diálogo com as posições jurídicas suscitadas pelas partes.

Destarte, a motivação das decisões judiciais permite aos litigantes controlar se as razões e provas por eles apresentadas foram devidamente consideradas e valoradas na decisão proferida. Aliás, seria contraditório assegurar o direito de ação e o direito de defesa se as alegações e provas colacionadas aos autos pelas partes não precisassem ser obrigatoriamente analisadas pelo magistrado no momento da decisão¹².

Contudo, cabe ressaltar que não há necessidade de que o magistrado examine analiticamente cada argumento deduzido pelos litigantes, devendo a decisão primar pela concisão. De fato, a adoção ou repulsa de certas razões pode ser motivada de modo implícito, ou seja, se, para comprovar determinado fato, existirem argumentos principais e subsidiários, os argumentos explícitos para o acolhimento, ou não, dos primeiros prestam-se a justificar, implicitamente, idêntica solução dada aos segundos. Dessa forma, se o julgador fundamenta sua decisão de procedência ou improcedência, baseando-se em determinado argumento, não será necessário discorrer sobre os demais, desde que impliquem em idêntica solução.

motivadas se enfrentarem todos os fundamentos argüidos pelas partes em seus arrazoados. Isto quer dizer que, para além da correção lógica da sentença (critério interno), é preciso que esta apresente também correlação com os fundamentos apresentados pelos litigantes (critério externo), analisando-os séria e detidamente. *A fundamentação tem de ser completa.* Este dever decorre da *estruturação cooperativa do processo civil no Estado Constitucional*, em que o direito ao contraditório serve como esteio do dever de diálogo do juiz com as partes” (MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *O projeto do CPC: críticas e propostas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 42) (destaques do autor).

¹¹ Nesse sentido, afirma Atienza, *in verbis*: “*La idea del Estado de Derecho parece implicar la necesidad de que las decisiones de los órganos públicos estén argumentadas. Esto es así porque en el contexto de un Estado de Derecho la justificación de las decisiones no se hace depender sólo de la autoridad que las haya dictado, sino también del procedimiento seguido y del contenido*” (ATIENZA, Manuel. *El sentido del Derecho*. Barcelona: Editorial Ariel, 2001. p. 256).

¹² Afirma Arruda Alvim que, “apesar de o princípio jurídico, que determina a fundamentação da sentença, ser de ordem pública, o juiz, ao fundamentá-la, não é obrigado a responder à totalidade da argumentação, desde que conclua com firmeza e assente o decisório em fundamentos idôneos a sustentarem a conclusão. O critério é o de se exigir uma fundamentação suficiente, mas não absolutamente exaustiva, pois, muitas vezes há argumentos impertinentes (inclusive, pouco sérios) e até indignos de maior consideração” (ARRUDA ALVIM, José Manoel de. *Manual de direito processual civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 1, 1994. p. 200).

Diante de tais considerações, pode-se afirmar que o princípio da motivação das decisões judiciais pode ser considerado sob dois aspectos: o endoprocessual – ou da técnica processual – e o extraprocessual.

Sob o aspecto endoprocessual, a motivação das decisões judiciais possibilita às partes identificar quais os motivos que levaram o magistrado a julgar daquela forma, bem como saber se todas as razões e provas relevantes foram consideradas no provimento final¹³, fiscalizando, assim, a atuação do juiz. Logo, ao evidenciar os fundamentos da decisão para as partes, viabiliza a utilização dos meios de impugnação previstos no ordenamento jurídico por quem se considerar prejudicado, a fim de pleitear a reforma, a invalidação ou, até mesmo, a eliminação de obscuridade, omissão ou contradição no ato hostilizado¹⁴.

Portanto, sendo o provimento jurisdicional carecedor de motivação, representará verdadeiro obstáculo ao exercício do contraditório pela parte que

¹³ Ao tecer considerações acerca da motivação das decisões judiciais, afirma Moreira, *in verbis*: “*Last but not least*, trata-se de garantir o direito que têm as partes de ser ouvidas e de ver examinadas pelo órgão julgador as questões que houverem suscitado. Essa prerrogativa deve entender-se ínsita no direito de ação, que não se restringe, segundo a concepção hoje prevalecente, à mera possibilidade de pôr em movimento o mecanismo judicial, mas inclui a de fazer valer razões em Juízo de modo efetivo, e, por conseguinte, de reclamar do órgão judicial a consideração atenta dos argumentos e provas trazidas aos autos. Ora, é na motivação que se pode averiguar se e em que medida o juiz levou em conta ou negligenciou o material oferecido pelos litigantes; assim, essa parte da decisão constitui ‘o mais válido ponto de referência’ para controlar-se o efetivo respeito daquela prerrogativa” (MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Temas de direito processual*. 2. sér. São Paulo: Saraiva, 1980. p. 88) (destaque do autor).

¹⁴ Nesse sentido já se posicionou o Superior Tribunal de Justiça, *in verbis*: “*HABEAS CORPUS* – ART. 121, § 2º, IV, C/C ART. 14, II, TODOS DO CÓDIGO PENAL – RECURSO EM SENTIDO ESTRITO – APRECIÇÃO DE TESE DEFENSIVA DIVERSA DA AVENTADA NAS RAZÕES RECURSAIS – VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA MOTIVAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS – ART. 93, IX, DA CF – EVIDENTE PREJUÍZO – CONSTRANGIMENTO ILEGAL – ORDEM CONCEDIDA – 1. O princípio da motivação das decisões judiciais, previsto no art. 93, inciso IX, da Constituição Federal, é importante instrumento de garantia às partes, pois permite que elas tomem ciência da adequada compreensão dos fatos pelo Juízo e das justificativas das escolhas das regras jurídicas aplicadas ao caso, para que torne possível, ainda, a interposição de eventual recurso que garanta o exercício da ampla defesa. 2. *In casu*, tendo sido analisada na decisão colegiada tese distinta das aventadas pela defesa no recurso em sentido estrito interposto, o que demonstra a ausência de fundamentação idônea apta a embasar o decreto que manteve a decisão de pronúncia, é manifesta a nulidade do acórdão. 3. Ordem concedida para anular o acórdão prolatado pela Terceira Câmara Extraordinária Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo no julgamento do Recurso em Sentido Estrito nº 451.464-3/2-00, determinando-se que outro seja proferido com a devida apreciação das teses aventadas pela defesa em suas razões recursais” (HC 137897/SP, Rel. Min. Jorge Mussi, 5ª Turma, DJ 15.12.2009, DP 19.04.2010).

tenha seu interesse contrariado, haja vista que ele encontrará séria dificuldade para formular adequadamente as razões de seu recurso.

O aspecto endoprocessual da motivação também se verifica em relação às instâncias superiores, haja vista que é a fundamentação que lhes permite compreender as razões da decisão recorrida¹⁵. Com efeito, a ausência de motivação prejudica o próprio andamento processual na instância *ad quem*, pois esta enfrentará obstáculos, a fim de visualizar as razões que levaram o juízo *ad quo* a decidir de determinada forma¹⁶.

Ademais, ao permitir a compreensão da decisão pelas instâncias superiores, a motivação torna possível o controle político do Poder Judiciário, fundamento basilar da existência do duplo grau de jurisdição. De fato, por não serem os membros do Judiciário sufragados pelo povo, carecedores, assim, de representatividade, torna-se necessário o controle interno sobre a legalidade e a justiça dos provimentos judiciais, residindo, neste ponto, a importância da fundamentação de tais decisões.

Por sua vez, o aspecto extraprocessual diz respeito à função política da motivação das decisões judiciais, uma vez que também se considera como destinatário da motivação qualquer pessoa (*quisquis de populo*), e não somente as partes e o juiz competente para julgar eventual recurso¹⁷. De fato, cabe a todos o

¹⁵ Quanto ao aspecto endoprocessual da motivação das decisões judiciais, afirma Atienza, *in verbis*: “La motivación permite que las partes de un proceso se den cuenta del significado de la decisión, puedan eventualmente plantear su impugnación y el juez de apelación pueda valorar también adecuadamente los motivos de la impugnación” (ATIENZA, Manuel. *El sentido del Derecho*. Barcelona: Editorial Ariel, 2001. p. 255).

¹⁶ Nesse sentido já manifestou o Superior Tribunal de Justiça, *in verbis*: “PROCESSUAL CIVIL - ANTECIPAÇÃO DE TUTELA INDEFERIDA NA ORIGEM - DECISÃO JUDICIAL DEFICIENTEMENTE FUNDAMENTADA - CPC, ARTS. 165 E 458 - VIOLAÇÃO OCORRIDA - ANULAÇÃO DO ACÓRDÃO - 1. A fundamentação das decisões judiciais constitui garantia do cidadão no Estado Democrático de Direito, tendo por objetivo, dentre outros, o exercício da ampla defesa e o seu controle por parte das instâncias superiores, consoante a abalizada lição de José Carlos Barbosa Moreira, citado por Lúcia Valle Figueiredo (*in* ‘Princípios constitucionais do processo’, *Revista Trimestral de Direito Público* n° 01/1993, p. 118). 2. Não atende o princípio da motivação das decisões judiciais a menção de que ‘não estão presentes os requisitos legais para o deferimento da antecipação dos efeitos da tutela’, desacompanhada das razões de fato analisadas pelo julgador, por impossibilitar a revisão da questão pelas instâncias superiores, a teor das Súmulas n°s 7/STJ e 279/STF. 3. Recurso especial provido para anular o acórdão recorrido e determinar que o Tribunal esclareça quais as circunstâncias fáticas da causa que desautorizam o deferimento da antecipação de tutela pleiteada pelo recorrente” (REsp 856598/SP, Relª Min. Eliana Calmon, 2ª Turma, DJ 20.11.2008, DP 17.12.2008).

¹⁷ Nesse sentido afirma Moreira, *in verbis*: “O pensamento jurídico de nossos dias propugna concepção mais ampla da *controlabilidade* das decisões judiciais, que não se adstringe ao quadro das impugnações previstas nas leis do processo. Não é apenas o controle *endoprocessual* que se precisa assegurar: visa-se

dever de fiscalização do Poder Judiciário, aferindo, em concreto, a imparcialidade do magistrado e a legalidade e justiça das decisões, o que é requisito revelador do princípio do Estado Democrático de Direito¹⁸.

Assim, tem-se que a motivação das decisões judiciais é de extrema importância para que se possa assegurar a participação da sociedade no controle da atividade jurisdicional, conferindo-lhe legitimidade¹⁹. Logo, como corolário do Estado Democrático de Direito, a motivação consiste em garantia aos cidadãos de que o Estado-juíz, no exercício da função pacificadora, agirá de forma imparcial, independente e responsável, observando os preceitos constitucionais e sem promover perseguições ou favorecimentos de qualquer espécie.

3 MOTIVAÇÃO E ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA: O PAPEL PERSUASIVO DA DECISÃO JUDICIAL

Viu-se, até o momento, a razão da obrigatoriedade de motivação das decisões judiciais, além da função processual e extraprocessual que desempenha. Agora, resta analisar a forma como deve ser formulada a fundamentação, isto é, a argumentação criada pelo magistrado, a fim de persuadir os receptores da tutela jurisdicional.

ainda, e sobretudo, 'a tornar possível um controle generalizado e difuso sobre o modo como o juiz administra justiça'; e 'isso implica que os destinatários da motivação não sejam somente as partes, seus advogados e o juiz da impugnação, mas também a opinião pública entendida seja no seu complexo, seja como opinião do *quisquis de populo*'. A possibilidade de aferir a correção com que atua a tutela jurisdicional não deve constituir um como 'privilegio' dos diretamente interessados, mas estender-se em geral aos membros da comunidade: é fora de dúvida que, se a garantia se revela falha, o defeito ameaça potencialmente a todos, e cada qual, por isso mesmo, há de ter acesso aos dados indispensáveis para formar juízo sobre o modo de funcionamento do mecanismo assecuratório. Ora, a via adequada não pode consistir senão no conhecimento das razões que o órgão judicial levou em conta para emitir seu pronunciamento; daí decorre a necessidade da *motivação obrigatória e pública*" (MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Temas de direito processual*. 2. sér. São Paulo: Saraiva, 1980. p. 90) (destaques do autor).

¹⁸ Nesse sentido, já foi dito que a "motivação da sentença, sob seus vários aspectos de análise, traz consigo a estampa da imparcialidade do juiz, da publicidade das decisões judiciais, da legalidade do provimento dado, bem como a própria configuração da livre convicção do magistrado, postulados estes firmados como base do Estado de Direito e das garantias constitucionais discriminadas no art. 5º da Constituição Federal" (CORDEIRO, Carlos José. Sentença cível: requisitos essenciais e nulidades. *Revista do Curso de Direito da Universidade Federal de Uberlândia*, v. 32, n. 1/2, p. 107/120, dez. 2003, p. 112).

¹⁹ Nesse sentido, afirma Atienza, *in verbis*: "La obligación de motivar es una manifestación de la necesidad de controlar democráticamente el poder del juez" (ATIENZA, Manuel. *El sentido del Derecho*. Barcelona: Editorial Ariel, 2001. p. 255).

Com efeito, a interpretação das normas jurídicas é um contínuo exercício de persuasão²⁰, e o magistrado, ao decidir, como todo emissor de uma mensagem, tenta convencer o seu interlocutor a aceitar a argumentação²¹ exposta conforme o seu prisma. E isso se deve ao fato de que os provimentos jurisdicionais não pretendem estar justificados em sentidos absoluto e universal²², mas somente dentro do marco de determinado sistema jurídico particular e em correspondência a uma dada realidade social.

Destarte, a prolação de decisões judiciais e a argumentação jurídica desenvolvida para justificá-las não possuem apenas o caráter demonstrativo que a sua exteriorização em forma silogística parece lhes atribuir, mas sim buscam convencer seu interlocutor acerca de sua adequabilidade para a resolução do caso concreto levado a juízo.

Logo, o discurso jurídico caracteriza-se pela existência de condições restritivas, que se resumem, principalmente, na vinculação à lei, ao precedente e à dogmática, elementos sobre os quais a argumentação jurídica se encontra submetida. Contudo, essas restrições não conduzem a um único resultado em cada caso concreto, motivo pelo qual, em todos os casos minimamente conflituosos, são necessárias valorações que não são dedutíveis diretamente

²⁰ Quanto ao caráter persuasivo da argumentação, afirma Perelman, *in verbis*: “Toda argumentação se dirige a um auditório que ela se empenha em persuadir ou em convencer, cuja adesão, às teses defendidas pelo orador, ela deve ganhar. É essencial conhecer esse auditório, saber quais são as teses que, se supõe, ele aceitaria, e que poderiam servir de premissas para a argumentação que a pessoa se propõe desenvolver. Cumpre, aliás, que tais teses sejam aceitas com uma intensidade suficiente e que suportem, sem desgaste, o peso da argumentação. Se não for esse o caso, elas correm o risco de ser abandonadas pelo ouvinte e toda a argumentação que lhes é vinculada desabaria como um quadro preso a um prego mal fincado na parede” (PERELMAN, Chaïm. *Ética e direito*. Trad. Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 493).

²¹ Neste ponto, tem-se por relevante trazer a ideia de argumento jurídico traçada por MacCormick, *in verbis*: “Argumentos jurídicos são sempre, em alguma medida, argumentos sobre o Direito, ou argumentos sobre questões de fato, ou prova, ou de opinião, na medida em que estas tenham relevância para o Direito, ou que o Direito tenha relevância para elas. É essencial tanto para elaborar como para avaliar argumentos jurídicos de qualidade, conhecer e, mais ainda, estar intimamente familiarizado com um grande corpo de conhecimento jurídico. A ciência jurídica, o estudo estruturado e ordenado da doutrina jurídica, é, portanto, um alicerce fundamental para o Direito compreendido como *praxis*. Muitas pessoas com profundo conhecimento mostram pouca habilidade para a argumentação forense; outras pessoas de considerável habilidade e capacidade argumentativa se ressentem de uma falta de disciplina para dominar completamente o Direito. É a combinação dos dois elementos que se faz necessária” (MACCORMICK, Neil. *Retórica e o Estado de Direito*. Trad. Conrado Hübner Mendes. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p. 20).

²² Segundo MacCormick, “a certeza que podemos ter no Direito é, na melhor das hipóteses, uma certeza relativa e passível de alteração (*qualified and defeasible*)” (Id., p. 44).

do material normativo preexistente. Dessa forma, a racionalidade do discurso depende, notadamente, de se definir se e em que medida essas valorações adicionais são passíveis de um controle racional²³.

Nesse sentido, a linguagem tem extrema importância na elaboração da decisão judicial, pois esta, como ato de comunicação, exige a presença de racionalidade, a qual deve não apenas ser demonstrada, mas comprovada mediante discurso bem construído em termos racionais²⁴. Aliás, a argumentação parte da noção de que nem todas as provas podem ser reduzidas à evidência, mas podem ser valoradas, exigindo, destarte, técnicas capazes de provocar ou acrescer adesão, ligando-se ao raciocínio persuasivo.

Assim, as decisões judiciais não redundam em proposições verdadeiras obtidas de um silogismo, mas sim em respostas mais aceitáveis e adaptadas, integradas em uma argumentação. Logo, ao decidir, o magistrado deve se pautar, notadamente, pela racionalidade e razoabilidade, permitindo a limitação²⁵ de um direito, inclusive de caráter fundamental, somente quando for apropriada e necessária para alcançar o objetivo almejado, não existindo outra opção, bem como for proporcional, isto é, os motivos causadores da limitação corresponder aos fins alcançados por esta²⁶.

²³ Cf. ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 548.

²⁴ Perelman, ao afirmar que cabe ao juiz motivar suas decisões, relacionando suas conclusões com textos legais, esclarece que: "Essa motivação não é coerciva, pois não resulta de um raciocínio puramente demonstrativo, mas de uma argumentação. É porque essa argumentação não é mero cálculo, e sim apreciação da força deste ou daquele raciocínio, que a liberdade e a independência do juiz constituem um elemento essencial na administração da justiça" (PERELMAN, Chaïm. *Ética e direito*. Trad. Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 472).

²⁵ Analisando a possibilidade de censura do exercício desarrazoado de um direito, afirma Perelman, *in verbis*: "Toda vez que um direito ou um poder qualquer, mesmo discricionário, é concedido a uma autoridade ou a uma pessoa de direito privado, esse direito ou esse poder será censurado se for exercido de uma forma desarrazoada. Esse uso inadmissível do direito será qualificado tecnicamente de formas variadas, como abuso de direito, como excesso ou desvio de poderes, como iniquidade ou má-fé, como aplicação ridícula ou inadequada de disposições legais, como contrário aos princípios gerais do direito comum a todos os povos civilizados. Pouco importam as categorias jurídicas invocadas. O que é essencial é que, num Estado de direito, quando um poder legítimo ou um direito qualquer é submetido ao controle judiciário, ele poderá ser censurado se for exercido de forma desarrazoada, portanto inaceitável" (Id., p. 429).

²⁶ No que se refere às questões valorativas deixadas em aberto pelo material normativo infraconstitucional, que é o caso dos direitos fundamentais, os quais se encontram, em muitos deles, assegurados somente no Texto Constitucional, não há se falar em renúncia à racionalidade quando tais direitos forem o fundamento da decisão. Isto porque, em primeiro lugar, "essas questões valorativas são decididas a partir de vinculações que, enquanto tais, e como demonstra o modelo, são racionais; em segundo

Portanto, o magistrado, ao motivar sua decisão, deve lançar mão de discurso que possibilite determinar a relação entre segurança jurídica e correção, inserindo os procedimentos argumentativos e institucionais de aplicação do Direito em uma teoria democrática do Estado Constitucional²⁷. De fato, não há como encontrar uma única noção do que seja o justo para cada caso levado a juízo, devendo o julgador, dessa forma, com base no dever de fundamentar suas decisões, partir do disposto na norma jurídica democraticamente elaborada, legitimando a atividade do Poder Judiciário.

Ao motivar o provimento jurisdicional, o magistrado exerce função de persuasão em relação às partes no processo, visando convencê-las de que aplicou, ao caso *sub judice*, a solução mais adequada que poderia ser encontrada na relação entre a lei, as provas e a participação dos litigantes no processo. Aliás, deve ser lembrado que o processo, como instrumento de efetivação dos direitos fundamentais, exige a participação ampla, dialética e isonômica das partes na construção do provimento final.

Destarte, a decisão judicial coerentemente motivada não objetiva tão só adequar-se ao sistema jurídico em termos de validade, mas representa, também, exercício de persuasão que o juiz realiza, de forma a convencer os receptores de seu provimento que este é a melhor solução que se poderia alcançar. Por isso, a verdade decisória reduz-se, muitas das vezes, à decisão prevalecente, com fundamento na motivação que lhe dá suporte.

4 MOTIVAÇÃO E TÉCNICA ARGUMENTATIVA COMO FUNDAMENTOS DE SEGURANÇA E LEGITIMIDADE DAS DECISÕES JUDICIAIS

A obrigatoriedade da motivação das decisões judiciais, conjugada à técnica argumentativa adotada pelo magistrado ao emitir seu provimento, são as responsáveis por atribuir segurança e legitimidade a tais decisões, bem como

lugar, porque essas questões valorativas podem ser decididas com base em uma argumentação prática racional, o que confere à decisão um caráter racional mesmo que mais de uma decisão seja possível nos termos das regras da argumentação prática racional” (ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 551).

²⁷ Afirma Eliézer Rosa: “O fim do Direito não é tanto a certeza, mas certeza e segurança nas relações criadas entre as partes” (ROSA, Eliézer. *Novo dicionário de processo civil*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1986. p. 260). De fato, o próprio Direito encontra-se em constante evolução, não havendo, assim, uma verdade única que perdure eternamente. Logo, o julgador deve conciliar, por intermédio de técnica argumentativa, o disposto no ordenamento jurídico e a lide sob análise, com o intuito de lhe atribuir decisão final que confira certeza e segurança para as partes.

possibilitar que seus destinatários, sejam as partes envolvidas, as instâncias superiores do Poder Judiciário, como também a qualquer pessoa (*quisquis de populo*), compreendam as razões do posicionamento adotado²⁸.

De fato, a motivação das decisões judiciais e a argumentação jurídica são responsáveis pela consecução dos ideais de institucionalização da democracia, haja vista que a sociedade é marcada por intensas desigualdades sociais e, para superá-las, faz-se necessária a busca de interesse comum de correção nas ações judiciais, possibilitando as chances de consensos fundados que democraticamente consolidam o Estado.

Inclusive, destaca-se que a motivação das decisões judiciais é responsável por contribuir para a evolução da ciência jurídica, na medida em que as decisões proferidas em um dado momento – fruto das razões obtidas pelo juiz por meio da avaliação dos argumentos apresentados pelas partes – constituirão precedentes para as próximas decisões. Com efeito, valendo-se do princípio da isonomia, situações semelhantes devem ser julgadas de modo semelhante, o que ocasiona a consolidação da argumentação desenvolvida para o caso concreto primevo, constituindo, pois, a lógica jurídica que direcionará as futuras decisões. Todavia, surgindo situação diversa das anteriores, será atribuída ao julgador, ao lado do dever de justificar a decisão proferida, a tarefa de justificar o porquê da não semelhança aos precedentes, ocasionando, assim, a reforma ou atualização da jurisprudência²⁹.

²⁸ Sobre a motivação das decisões judiciais, já se manifestou o Superior Tribunal de Justiça, *in verbis*: “RECURSO ESPECIAL – DIREITO PENAL – ART. 16 DA LEI Nº 7.492/1986 – NULIDADE DA SENTENÇA – FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO – OCORRÊNCIA – 1. A fundamentação das decisões do Poder Judiciário, tal como resulta da letra do inciso IX do art. 93 da Constituição da República, constitui-se em condição absoluta de sua validade e, portanto, pressuposto da sua eficácia, substanciando-se na definição suficiente dos fatos e do direito que a sustentam, de modo a certificar a realização da hipótese de incidência da norma e os efeitos dela resultantes. 2. Não há como se admitir o atendimento da necessidade de motivação das decisões judiciais quando simplesmente se afirma ‘segundo apurado, ainda que constituída lícitamente, mascarava objetivo de intermediar e aplicar recursos dos sócios estrangeiros (captação)’, sem nada definir da conduta típica. 3. Declarada nula a sentença condenatória, desconstituiu-se a causa interruptiva correspondente (art. 117, inciso IV, do Código Penal), contando-se o prazo a partir da causa interruptiva anterior, recebimento da denúncia (art. 117, inciso I, do Código Penal). 4. Recurso conhecido, em parte, e parcialmente provido” (REsp 931151/RJ, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, 6ª Turma, DJ 11.03.2008, DP 29.08.2008).

²⁹ Nesse sentido, é importante destacar os dizeres de Perelman, *in verbis*: “A lógica jurídica é uma lógica que permite levar a seu termo uma controvérsia, em que os argumentos são confrontados, em que, em cada etapa, o pró e o contra não são postos em pé de igualdade, pois as presunções intervêm em favor da tese e da antítese, incumbindo o ônus da prova a quem se propõe derrubar essa presunção. Esse vaivém de argumentos e de contra-argumentos terminará com a decisão do juiz, que

Nesse sentido, o magistrado, ao decidir, deve se utilizar de fundamentação racional, exteriorizada pela correção de suas assertivas. Diante disso, duas observações devem ser feitas em relação ao modo de motivar os provimentos jurisdicionais, à luz da técnica argumentativa.

Em primeiro lugar, é inquestionável que as decisões judiciais são marcadas por alta carga valorativa, uma vez que a interpretação da norma jurídica não se restringe à sua literalidade, mas sim busca revelar o seu sentido substancial e alcance, partindo de análise sistêmica do ordenamento jurídico, com o fim de aplicá-la a situações concretas. Além disso, o juiz possui suas próprias convicções morais, que podem, em determinados casos, influenciar no posicionamento adotado ao decidir³⁰.

Diante disso, a fim de impedir a abertura indiscriminada para convicções morais, torna-se imprescindível a objetivação das valorações. Tal objetivação pode ser obtida pelo somatório de diversas concepções valorativas que, conjuntamente consideradas, possibilitam sua configuração.

Dessa forma, ao decidir, o juiz deve considerar: as convicções e os consensos da coletividade – já que o povo, em sua concepção ampla, é o destinatário último da atuação do Poder Judiciário –; as valorações que podem ser extraídas do material jurídico existente – no qual estão incluídas as leis, a doutrina e as decisões anteriores –; os preceitos de direito natural e/ou princípios suprapositivos; e os conhecimentos empíricos sobre o caso concreto.

Contudo, na maioria das vezes, a somatória dessas concepções não é suficiente para objetivar as decisões judiciais. De fato, a verdade é historicamente

decidirá quais argumentos devem prevalecer. A sentença assim emitida, com sua *ratio decidendi*, fará jurisprudência e se inserirá na ordem jurídica que contribui para elaborar. Bastará, no futuro, para justificar uma decisão, referir-se aos precedentes, devendo aqueles que lutam por uma reforma de jurisprudência fornecer as razões que deveriam, em sua opinião, prevalecer sobre aquelas que foram admitidas anteriormente” (PERELMAN, Chaïm. *Ética e direito*. Trad. Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 504/505).

³⁰ Nesse sentido afirma Eliézer Rosa: “Aqui já se pode mostrar que a gênese da sentença é uma intuição do juiz, uma como inspiração, e que o silogismo de que tanto se tem falado só vem muito tempo depois de ter sido a sentença elaborada no íntimo do julgador. Encontramos primeiro a solução. Depois procuramos a *premissa maior* porque a *menor* as partes já nos deram, nas peças fundamentais do contraditório e através da instrução da causa. Todos que envelhecemos junto ao nosso jardim de tormentas, semeado em dores e ceifado entre angústias, aprendemos que antes de tudo *judgamos*, depois é que buscamos a norma abstrata que governou o caso desde o momento em que foi gerado pela vida dos homens. Primeiro julgamos, depois fundamentamos, procurando a regra geral que melhor se ajuste à conclusão a que chegamos desde muito cedo” (ROSA, Eliézer. *Novo dicionário de processo civil*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1986. p. 261).

construída, sendo fruto de produção cultural no tempo. Além disso, na ciência jurídica não há verdade inequívoca e incontestável, responsável por gerar segurança a partir de uma única resposta que garanta a correção do provimento.

Em vista disso, de modo a objetivar as valorações utilizadas nas decisões judiciais, deve o jurista orientar-se em sentido juridicamente relevante de acordo com valorações moralmente corretas. Para tanto, é necessária a utilização da argumentação jurídica, a qual torna os posicionamentos corretos ou verdadeiros, porque racionalmente fundamentados. Logo, sendo as decisões judiciais discursivamente racionais – ou seja, pautadas pelas noções de verdade, de coerência e de eficácia –, elas se tornam valorações consideradas justas pelos seus destinatários.

Destarte, o ato de motivar corresponde à justificação das decisões, ou seja, ao oferecimento de razões a fim de convencer o seu destinatário acerca da correção do posicionamento adotado, o que se resume, pois, na atividade de argumentar. A racionalidade da justificação das decisões judiciais é obtida por meio da observância de premissas argumentativas, que se resumem em duas: premissas descritivas e premissas normativas.

As premissas descritivas são fáticas, ou seja, dizem respeito aos fatos que fundamentam a pretensão deduzida em juízo e, por isso, são afetas à fase probatória do processo judicial. Por sua vez, as premissas normativas se referem aos enunciados normativos incidentes no caso *sub judice* – haja vista que a argumentação jurídica deve preservar seu caráter jurídico – e se subdividem em sistemáticas e extrassistemáticas: as primeiras dizem respeito às normas integrantes do sistema jurídico; as segundas, pelo contrário, correspondem às normas que não pertencem ao sistema jurídico pátrio, podendo ser normas consuetudinárias, normas do direito internacional e normas históricas (premissas extrassistemáticas expressas); ou normas que derivam da obviedade dos usos e costumes locais (premissas extrassistemáticas entimemáticas)³¹.

Dessa forma, a racionalidade dos provimentos jurisdicionais resulta da conjugação dos elementos de fato e de direito decorrentes do litígio levado a juízo, elementos estes que são objeto do diálogo realizado pelas partes durante o trâmite processual. A partir da comprovação dos fatos e da apresentação das possíveis normas incidentes no caso, cabe ao juiz desenvolver o raciocínio jurídico que formará a sua decisão, por meio da valoração dos fatos e da interpretação

³¹ Cf. ABELLAN, Marina Gascón; FIGUEROA, Alfonso J. Garcia. *La argumentación en el Derecho*. 2. ed. Lima: Palestra Editores, 2005. p. 154/156.

dos textos normativos, de acordo com o seu senso de equidade e de modo a obter uma justificação juridicamente satisfatória³².

Destarte, os provimentos jurisdicionais são obtidos por consenso resultante do cumprimento de regras e critérios racionais que justificam e comprovam o posicionamento adotado pelo magistrado. Com efeito, é a argumentação desenvolvida na decisão judicial que lhe confere racionalidade, objetividade e até universalidade³³, atribuindo-lhe o caráter de verdade e dotando-lhe de grande margem de segurança.

Por sua vez, a segunda observação que deve ser feita quanto ao modo de motivar as decisões judiciais refere-se ao seu conteúdo intrínseco, mais precisamente quanto aos pressupostos inclusos no dever de ofício do órgão jurisdicional.

De fato, ao motivar suas decisões, o magistrado deve observar alguns requisitos que tornam a fundamentação válida e suficiente, os quais se resumem na ideia de que a motivação deve ser expressa, coerente, lógica e clara.

Dizer que a motivação deva ser expressa é reafirmar a sua própria razão de ser, uma vez que o magistrado deve revelar como interpretou e aplicou a lei ao caso concreto, motivando, assim, sua decisão. Dessa forma, dado provimento judicial somente estará devidamente motivado quando as razões de decidir estiverem expressas em seu teor.

³² Nesse sentido, afirma Perelman, *in verbis*: “O raciocínio jurídico, mesmo sendo sujeito a regras e a prescrições que limitam o poder de apreciação do juiz na busca da verdade e na determinação do que é justo – pois o juiz deve amoldar-se à lei –, não é uma mera dedução que se ateria a aplicar regras gerais a casos particulares. O poder concedido ao juiz de interpretar e, eventualmente, de completar a lei, de qualificar os fatos, de apreciar em geral livremente, o valor das presunções e das provas que tendem a estabelecê-los, o mais das vezes basta para permitir-lhe motivar, de forma juridicamente satisfatória, as decisões que seu senso de equidade lhe recomenda como sendo, social e moralmente, as mais desejáveis” (PERELMAN, Chaïm. *Ética e direito*. Trad. Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 489).

³³ Quanto à possibilidade de universalização dos critérios adotados em uma decisão judicial, afirma Barroso e Barcellos, *in verbis*: “Por força do imperativo de isonomia, espera-se que os critérios empregados para a solução de um determinado caso concreto possam ser transformados em regra geral para situações semelhantes. Esse exercício de raciocínio – verificar a possibilidade de generalizar o critério de decisão que se pretende adotar no caso concreto – projeta a argumentação desenvolvida para o caso concreto em um conjunto maior de hipóteses, facilitando a visualização de desvios e inconsistências” (BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no Direito brasileiro. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 327-378, p. 354).

Cabe ressaltar que, mesmo nos casos em que o magistrado se utiliza de julgado anterior semelhante ou quando o órgão *ad quem* simplesmente se reporta às razões de decidir contidas na decisão do órgão *a quo*, tem-se que persiste a necessidade de motivação expressa. Nesses casos, deve o magistrado demonstrar que os motivos mencionados nos julgados citados na decisão são coerentes ao caso ora analisado, motivando, assim, sua decisão.

Além de ser expressa, deve a motivação ser coerente. De fato, as matérias levantadas pelas partes possuem uma ordem de apreciação que deve ser observada pelo magistrado ao decidir. Logo, o exame das preliminares, como também das prejudiciais de mérito, deve ser realizado antes da apreciação do mérito propriamente dito, uma vez que o acatamento de qualquer daquelas questões poderá impedir a análise deste.

A motivação também deve ser lógica. Conforme já afirmado, o magistrado, ao decidir, deve utilizar-se de técnica argumentativa capaz de, a partir dos argumentos das partes e da disposição da lei, encontrar a decisão correta para o caso *sub judice*. Logo, ao fundamentar sua decisão, o julgador deve fazer análise lógica e racional das alegações das partes e dos elementos probatórios produzidos³⁴.

Além disso, deve a motivação primar pela clareza. De fato, deve a decisão ser inteligível de plano, a salvo de qualquer entendimento ambíguo ou equivocado³⁵. Para tanto, deve ser utilizada linguagem simples, pautada pelo formalismo, mas livre de rebuscamentos e exageros de expressões jurídicas.

A clareza da motivação é necessária, pois a sentença não é dirigida somente aos profissionais do Direito, mas também às partes e à opinião pública, que possuem o direito e o dever de saberem como o Poder Judiciário está decidindo as questões levadas à sua análise. Logo, a linguagem, em regra, deve ser direta e precisa, inexigindo segunda leitura para sua compreensão.

³⁴ Nesse sentido, afirma Tucci, com base nos ensinamentos de Carnelutti: “Nessa mesma ordem de idéias, arremata Carnelutti que a motivação da sentença consiste na construção de um raciocínio suficiente para que dos fatos, considerados pelo juiz, qualquer homem sensato possa compreender a conclusão contida na parte dispositiva daquela” (TUCCI, José Rogério Cruz e. *A motivação da sentença no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 1987. p. 14).

³⁵ Todas as decisões devem ser inteligíveis e insuscetíveis de interpretações ambíguas ou equivocadas, pois, mesmo que não sejam sentenças, não podem padecer de dubiedade, daí porque requerem o emprego de uma linguagem simples, em bom vernáculo, utilizando-se da palavra técnica quando for o caso.

Nesse ponto, surge a preocupação com a adoção de expressões latinas (aforismos jurídicos) nas fundamentações das decisões judiciais. De fato, a utilização exacerbada de aforismos jurídicos, que são expressões peculiares da ciência jurídica, acaba por dificultar ou até mesmo impedir o controle popular sobre a atuação do Poder Judiciário, comprometendo, sobremaneira, a razão de ser do princípio da motivação das decisões judiciais³⁶.

Todavia, a eliminação da adoção dos aforismos jurídicos pelos juristas é ideia inalcançável, principalmente pela origem da quase totalidade dos institutos jurídicos, que remonta ao Direito romano. Logo, impedir a utilização de tais expressões na fundamentação dos provimentos jurisdicionais é negar o nascedouro da ciência jurídica.

Nesse sentido, deve o magistrado, ao construir a cadeia argumentativa de sua decisão, pautar-se pela razoabilidade, utilizando-se de aforismos jurídicos de forma estritamente necessária, com o intuito de não violar a razão de ser da obrigatoriedade da motivação dos provimentos jurisdicionais.

De fato, o julgador, ao decidir, além de ter como pressuposto os ditames legais, as provas carreadas aos autos e a participação dos interessados na resolução do litígio, deve motivar sua decisão de forma objetiva e racional, abandonando valorações meramente subjetivas, por intermédio de argumentação convincente e segura, acompanhada por linguagem acessível aos seus destinatários.

Portanto, é possível afirmar que o provimento jurisdicional somente será justo quando for racional e discursivamente correto, pelo fato de a correção ter sido obtida argumentativamente pelo cumprimento das regras formadoras da lógica³⁷ da decisão judicial.

³⁶ Diante da constatação de que a utilização exagerada, em atos propalados pelos magistrados, de termos popularmente conhecidos como “juridiquês” afastam o Poder Judiciário da população, constituindo-se, pois, em perda de legitimidade, a Associação dos Magistrados do Brasil (AMB) lançou, no ano de 2005, a Campanha Nacional pela Simplificação da Linguagem Jurídica, a qual resultou na publicação intitulada “Simplificação da Linguagem Jurídica”, que pode ser encontrada no *site*: www.amb.com.br/portal/juridiques/book_premiados.pdf. Aliás, estudo encomendado pela AMB ao Ibope no ano de 2004 comprova que cidadãos de todas as classes sociais esperam uma relação mais aberta e transparente entre Judiciário e sociedade, capaz de oferecer informações em linguagem clara e acessível sobre a sua estrutura e o seu funcionamento, bem como sobre a atuação do Poder.

³⁷ Com relação à lógica jurídica, esclarece Perelman, *in verbis*: “O que há de específico na lógica jurídica é que ela não é uma lógica da demonstração formal, mas uma lógica da *argumentação*, que utiliza não provas analíticas, que são coercivas, mas provas dialéticas – no sentido aristotélico dessa distinção – que visam a convencer ou, pelo menos, a persuadir o auditório (o juiz nessa ocorrência), de modo que o leve a dirimir com sua decisão uma controvérsia jurídica” (PERELMAN, Chaïm. *Ética e direito*. Trad. Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 500).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por todo o exposto, tem-se que, por fundamento constitucional, o magistrado encontra-se forçado a motivar suas decisões, não com o objetivo exclusivo de justificar sua correção lógico-formal, mas, principalmente, com o intuito de convencer seus destinatários de que a posição adotada é a mais apropriada para o caso em questão.

Nesse sentido, a obrigatoriedade de motivação das decisões judiciais constitui um dos elementos essenciais do Estado Democrático de Direito, uma vez que assegura o respeito aos direitos individuais e garante a necessária segurança de tais provimentos. Logo, deve ser construída com base nos ditames legais, bem como no conjunto probatório produzido no processo e pela participação das partes interessadas.

Dessa forma, tem-se que a motivação não se restringe apenas ao raciocínio lógico e coerente que demonstra a razão pela qual foi proferida decisão naqueles termos, mas sim também deve ser aferida partindo-se da atividade das partes durante a instrução processual. Assim, ao julgador é atribuído o dever de análise de todas as proposições, levantadas pelas partes, que por si só possam determinar a procedência ou improcedência dos pedidos pleiteados em uma demanda judicial.

A decisão judicial, destarte, não deriva diretamente das normas jurídicas existentes, restando, para aquele que decide, campo de ação dentro do qual deve definir uma entre as várias soluções possíveis. Diante de tal situação, deve o magistrado fundamentar as decisões de forma a não só atender e satisfazer aos interesses das partes e dos operadores do Direito, mas também com o intuito de apresentar a argumentação adotada à comunidade, cujos integrantes são portadores do direito de ver reconhecido que a decisão foi a mais justa e razoável no caso concreto.

Em vista disso, verifica-se que a decisão judicial é considerada bem fundamentada quando se afasta dos subjetivismos aos quais o magistrado está vulnerável, sendo fruto de argumentação racional, capaz de gerar, naquele momento, o consenso sobre a questão, tornando-a segura e legítima. Além disso, deve a motivação das decisões judiciais ser expressa, coerente, lógica e clara, possibilitando, portanto, sua compreensão pelos seus destinatários e, via de consequência, o controle da atividade jurisdicional, tanto pelo próprio Poder Judiciário quanto pela sociedade como um todo.

Ao bem fundamentar sua decisão, o magistrado visa, a partir da adoção de uma estratégia argumentativa, a persuadir os receptores da tutela jurisdicional de que a resolução por ele atribuída ao litígio é, dentro de um contexto de razoabilidade, a correta, visto que assente em fundamentos idôneos a sustentarem a conclusão, tornando-se, pois, uma verdade justificada racionalmente.

Nesse passo, verifica-se que os posicionamentos jurídicos são fundamentados não em provas demonstrativas, mas em argumentos cuja força e pertinência podem ser diversamente apreciadas. Logo, a lógica jurídica, exteriorizada pelo raciocínio jurídico construído pelo julgador, corresponde à decisão que este justifica, pelos motivos indicados, não só o entendimento adotado, mas também as razões que lhe permitem descartar as objeções que as partes opõem ao seu dispositivo.

Com efeito, a decisão judicial coerentemente motivada não objetiva tão só adequar-se ao sistema jurídico em termos de validade, mas representa, também, o exercício de persuasão que o juiz realiza. Por isso, a verdade decisória reduz-se, muita das vezes, à decisão prevalecente, com fundamento na motivação que lhe dá suporte, até porque o fim do Direito não é tanto certeza, mas certeza e segurança nas relações criadas entre as partes.

Portanto, a motivação das decisões judiciais e a argumentação jurídica são responsáveis pela consecução dos ideais de institucionalização da democracia, haja vista que a sociedade é marcada por intensas desigualdades sociais e, para superá-las, faz-se necessária a busca de interesses comuns de correção nas ações judiciais, possibilitando as chances de consensos fundados que democraticamente consolidam o Estado.

REFERÊNCIAS

ABELLAN, Marina Gascón; FIGUEROA, Alfonso J. Garcia. *La argumentación en el Derecho*. 2. ed. Lima: Palestra Editores, 2005.

ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica*. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva. Revisão técnica da tradução e introdução à edição brasileira Cláudia Toledo. 2 ed. São Paulo: Landy Editora, 2008.

_____. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

AMB - Associação dos Magistrados Brasileiros. Simplificação da linguagem jurídica. Disponível em: <www.amb.com.br/portal/juridiques/book_premiados.pdf>. Acesso em: 31 jan. 2014.

ARRUDA ALVIM, José Manoel de. *Manual de direito processual civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 1, 1994.

ATIENZA, Manuel. *El sentido del Derecho*. Barcelona: Editorial Ariel, 2001.

BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 10 jan. 2014.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/>>. Acesso em: 10 jan. 2014.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. 17. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, v. 1, 2008.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

CORDEIRO, Carlos José. Sentença cível: requisitos essenciais e nulidades. *Revista do Curso de Direito da Universidade Federal de Uberlândia*, v. 32, n. 1/2, p. 107/120, dez. 2003.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de direito constitucional*. 3. ed. Salvador: JusPodvim, 2009.

FERREIRA, Fernando Galvão de Andréa. O discurso jurídico como discurso prático: aspectos do debate entre Robert Alexy e Jürgen Habermas. *Revista da Faculdade de Direito de Campos*, Campos dos Goytacazes/RJ, v. 7, n. 9, p. 85-101, jul./dez. 2006. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/24809>>. Acesso em: 18 jan. 2013.

MACCORMICK, Neil. *Retórica e o Estado de Direito*. Trad. Conrado Hübner Mendes. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*. Curso de processo civil. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 1, 2008.

_____; MITIDIERO, Daniel. *O projeto do CPC: críticas e propostas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Temas de direito processual*. 2. sér. São Paulo: Saraiva, 1980.

NOVAIS, Patrícia Peixoto. A tutela jurisdicional sob a ótica do Estado Democrático de Direito. In: CASTRO, João Antônio Lima (Coord.). *Direito processual: fundamentos constitucionais*. Belo Horizonte: PUC Minas, Instituto de Educação Continuada, 2009.

PERELMAN, Chaim. *Ética e direito*. Trad. Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

ROSA, Eliézer. *Novo dicionário de processo civil*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1986.

TUCCI, José Rogério Cruz e. *A motivação da sentença no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 1987.

A FLEXIBILIZAÇÃO DA CURATELA PARA O PSICOPATA: UMA INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

*THE FLEXIBILITY OF GUARDIANSHIP FOR PSYCHOPATH: A
CONSTITUTIONAL INTERPRETATION BY THE SUPERIOR
TRIBUNAL OF JUSTICE*

Célia Barbosa Abreu¹

Professora do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito Constitucional
- PPGDC - UFF

Eduardo Manuel Val²

Professor do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito Constitucional -
PPGDC - UFF

RESUMO: O objetivo deste trabalho é analisar a recente e paradigmática decisão do Superior Tribunal de Justiça em torno da possibilidade da interdição de um psicopata, que aos 16 anos assassinou, a golpes de faca, três pessoas de sua família, sendo as vítimas: o padrasto, a mãe de criação e o seu irmão de 3 anos de idade. O tema a ser decidido era extremamente difícil, eis que, de um lado, tinha sido constatado que aquele indivíduo tinha a vontade de continuar matando; de outro, existia o fato de que o psicopata

¹ Doutora e Mestre em Direito Civil, Professora Adjunta de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade Federal Fluminense - UFF, Professora Universitária da Universidade Federal Fluminense - UFF, Faculdade de Direito, Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional da UFF (PPGDC), Niterói/RJ, Brasil.

² Doutor e Mestre em Direito Público, Professor Adjunto de Direito Constitucional Internacional da Faculdade de Direito da Universidade Federal Fluminense - UFF, Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito - PPGD da Universidade Estácio de Sá, Professor Universitário da Universidade Federal Fluminense - UFF, Faculdade de Direito, Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional da UFF (PPGDC), Niterói/RJ, Brasil.

não é destituído de compreensão e discernimento, o que, a princípio, afastaria o cabimento da medida. As opções da Corte eram: lavar as mãos diante da iminência de uma nova tragédia social ou buscar uma solução plausível e possível para a hipótese. Pela primeira vez, este Tribunal, de forma inovadora, adotou a tese da *flexibilização da curatela*.

PALAVRAS-CHAVE: Interdição; curatela; flexibilização; dignidade; psicopata.

ABSTRACT: *The aim of this essay is to analyze the recent and groundbreaking decision of the Superior Tribunal of Justice (STJ), that discussed the possibility of the interdiction of a 16 year old psychopath that stabbed three people to death: the step-father, his social mother and his 3 year old brother. The decision was extremely difficult as on one hand this individual had the will of keep killing people, on the other psychopaths are capable of comprehending and discerning, making it impossible to use the interdiction. STJ's options were to close their eyes face the imminence of another social tragedy or to seek a plausible solution. Innovating, STJ chose the thesis of the guardianship flexibilization.*

KEYWORDS: *Interdiction; guardianship; flexibility; dignity; psychopath.*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Aspectos atuais da interdição civil; 2 A personalidade psicopática; 3 Breve relato sobre a paradigmática decisão do Superior Tribunal de Justiça em processo de interdição do psicopata; Conclusões; Referências.

SUMMARY: *Introduction; 1 Current aspects of civil interdiction; 2 The psychopathic personality; 3 Brief report on the paradigmatic decision of the Superior Court of Justice in the psychopath interdiction case; Conclusions; References.*

INTRODUÇÃO

Antes de iniciar o estudo proposto, é válido rever conceitos, a começar pelo de *interdição*, uma vez que é no curso desta que pode ser instituída a curatela (do latim *curatella*, curatela, tutoria). O termo *interdição* – derivado do latim *interdictio*, do verbo *interdicere*, proibir, interdizer, vedar – significa, em termos amplos, toda proibição de fazer alguma coisa ou praticar um ato. Além da acepção genérica, o vocábulo *interdição* detém significados jurídicos; entre estes, o que agora tem relevância é aquele de ato judicial pelo qual a autoridade competente, designando um curador, declara a incapacidade civil da pessoa maior, que fica impedida da prática de atos jurídicos relativos à sua própria pessoa e à livre disposição de bens³.

³ SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico*. 15. ed. Atual. Nagib Slaibi Filho e Geraldo Magela Alves. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 441-442.

No curso do pedido de interdição, está presente a figura do interditando, que é a pessoa em face da qual a medida é pleiteada. Uma vez deferida, com a declaração da incapacidade, ela passa a ser chamada de *interdito* (do latim *interdictum*, de *interdicere*), ou seja, aquele que está sob interdição/curatela⁴.

A curatela é uma medida protetiva da pessoa maior que, no Código Civil de 2002, se inclui nas hipóteses previstas nos arts. 1.767 e 1.772 e vem a ser declarada incapaz. Embora comumente utilizados como sinônimos, não há consenso na doutrina de que os termos *curatela* e *curadoria* se confundam. Alguns autores sustentam que curadoria seria uma espécie de curatela não contida no conceito expresso de administração de bens de maiores incapazes, como, por exemplo, o exercício da curadoria de menores⁵.

A decisão que pronuncia a interdição designa um curador (do latim *curator*, de *curare*, cuidar), cujo sentido etimológico indica a pessoa que cuida, cura ou trata de pessoa estranha e de seus negócios. Essa também é a acepção técnica do termo, já que o curador é aquele que assume o encargo de cuidar, tratar e administrar os interesses do curatelado ou interdito. O curador não se confunde com o tutor, visto que tutela e curatela são institutos distintos. A tutela é instituto protetivo da incapacidade durante a menoridade, ao passo que a curatela supre a incapacidade de maiores.

Tecnicamente, a curatela consiste no encargo conferido a uma pessoa para que, em conformidade com os limites jurídicos, cuide da pessoa declarada incapaz. Pode envolver a própria pessoa curatelada e os seus bens. A sua finalidade principal é propiciar a proteção dos interesses dos incapazes, servindo também para assegurar a conservação dos negócios jurídicos firmados com terceiros nos quais eles sejam parte. Consiste em um múnus (do latim *munus*, que significa encargo, emprego ou função) que o indivíduo tem a exercer⁶. É um *munus publicum*, ou seja, “cargo ou ofício público. Dever, obrigação com caráter público. Função ou dever imposto por lei ou autoridade pública”⁷. Trata-se de encargo público, obrigatório, pessoal, indivisível e gratuito. Aquele que a exerce

⁴ Idem.

⁵ SOIBELMAN, Leib. *Enciclopédia jurídica*. Atual. Félix Soibelman. Rio de Janeiro: Elfez. Versão eletrônica. Disponível em: <<http://www.elfez.com.br>>. Acesso em: 30 mar. 2014.

⁶ SIDOU, J. M. Othon. *Dicionário jurídico*: Academia Brasileira de Letras Jurídicas. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

⁷ SOIBELMAN, Leib. *Enciclopédia jurídica*. Atual. Félix Soibelman. Rio de Janeiro: Elfez. Versão eletrônica. Disponível em: <<http://www.elfez.com.br>>. Acesso em: 30 mar. 2014.

assume “uma função de interesse social, resultante da *solidariedade humana*, que reclama a proteção dos incapazes pela constante e sensível intervenção da autoridade judiciária, sob a forma de fiscalização e coordenação”⁸.

Necessário chamar a atenção, então, para o fato de que a pronúncia da interdição, segundo o Código Civil vigente, arts. 3º, 4º, 1.767 e 1.772, se pauta no critério da falta de discernimento. Em outras palavras, durante o procedimento de interdição seria suficiente considerar a situação do interdito de acordo com a sua integridade psíquica, ou seja, um único aspecto de sua personalidade.

A despeito do critério escolhido pelo legislador, no entanto, surgiu uma abordagem, crítica e diferente da interdição, clamando pela sua humanização e pelo respeito à dignidade humana do interditando. Afirma-se que, independentemente da letra da lei, que rotula de incapazes – estes ou aqueles portadores de transtornos mentais –, por lhes faltar discernimento, qualquer que seja o problema mental, deverá a situação do interditando ser avaliada concretamente, antes da decretação da medida. Fala-se em uma *flexibilização da curatela*, que passaria a ser medida protetiva personalizada, adequada às reais necessidades do interdito. Sustenta-se a necessidade de afastar definições *a priori* de incapacidades jurídicas⁹.

Feitas as considerações preliminares, necessário dizer que o objetivo deste ensaio é analisar a recente e paradigmática decisão do Superior Tribunal de Justiça, no Recurso Especial nº 1.306.687/MT, em que figurou como Relatora a Ministra Nancy Andrighi, na qual se discutiu em torno da possibilidade de interdição de um psicopata. Comentar o *decisum* é assunto da ordem do dia, eis que foi a primeira vez que este Tribunal, de forma inovadora, adotou a tese da *flexibilização da curatela*¹⁰.

⁸ SARMENTO, Eduardo Sócrates Castanheira. *A interdição no direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 1981. p. 8.

⁹ A tese da *flexibilização da curatela* foi proposta, inicialmente, por Célia Barbosa Abreu, como fruto do aprofundamento de suas reflexões em trabalho de Doutorado, defendido em 2008, junto ao Programa de Pós-Graduação em Direito Civil da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, sob a orientação da Professora Doutora Heloisa Helena Barboza. A pesquisa veio a ser publicada, posteriormente, na obra: ABREU, Célia Barbosa. *Curatela & interdição civil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

¹⁰ Com efeito, a Ministra Relatora destacou no item 48 de seu voto: “Calha, nesse sentido, citar o posicionamento de Célia Barbosa Abreu, autora de minudente estudo sobre a *flexibilização da curatela*, que, a propósito da questão, afirma: ‘A ótica prevalentemente patrimonial da curatela evidencia o contraste entre esse instituto, a dignidade humana e outros princípios constitucionalmente consagrados. Embora a atitude dos vários ordenamentos jurídicos em relação aos transtornos mentais e às incapacidades em geral tenha ficado substancialmente invariada até meados dos anos 60, a partir

Para tanto, o presente trabalho é dividido em três partes. A primeira, em que se faz a apresentação dos aspectos atuais da interdição civil; a segunda, na qual se analisa a personalidade psicopática; e a terceira, onde se faz um breve relato da decisão supramencionada. Ao final, já na conclusão, se tem o espaço para comentários e críticas dos autores relativamente ao acórdão em tela¹¹.

1 ASPECTOS ATUAIS DA INTERDIÇÃO CIVIL

Admite-se hoje que o modelo de incapacidades é falho, ao valer-se do critério do discernimento, cometendo equívocos. Primeiro, porque desconsidera uma pessoa ao substituí-la por outra (o representante ou o assistente, conforme o caso), desprezando a sua vontade; segundo, porque não leva em conta toda uma variedade de enfermidades e deficiências mentais possíveis, *equiparando categorias*¹².

Assinala-se que a lei simplesmente priva de capacidade aqueles que ela *presume* não tenham discernimento para a prática de alguns ou de todos os atos jurídicos¹³. Acontece que, hoje, *a doutrina crítica o critério do discernimento e afirma que este pode ser adequado para as situações patrimoniais, porém não para as existenciais*. Compreende-se que existe a possibilidade de uma pessoa, não obstante o seu discernimento seja reduzido, vir a se desenvolver em setores diversos, como a

daí surgiu uma abordagem diferente e crítica em relação à curatela e, principalmente, à instituição do manicômio, hoje ultrapassada. O portador de transtorno mental passa a ser visto como um ser humano, não podendo ser identificado apenas pelo que tem ou deixa de ter, nem no plano mental, nem no plano patrimonial. Necessária uma leitura do sistema codificado à luz dos princípios constitucionais, colocando a pessoa humana no vértice do ordenamento jurídico, de modo que o conceito de pessoa não mais se confunda com uma noção abstrata, como a de sujeito de direito, mas, ao contrário, passe a corresponder à pessoa gente, sujeito real” (ABREU, Célia Barbosa. *A flexibilização da curatela*. Uma interpretação constitucional do artigo 1.772 do Código Civil brasileiro. *Revista Trimestral de Direito Civil - RTDC*, Rio de Janeiro: Padma, ano 10, v. 37, p. 8, jan./mar. 2009).

¹¹ Vale ressaltar, por oportuno, que a decisão em tela, que deu provimento ao recurso interposto pelo Ministério Público Estadual para interditar o psicopata, não foi unânime. Votou vencido o Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, tendo os Ministros Sidnei Beneti e Paulo Tarso Sanseverino acompanhado o voto da Ministra Relatora. Os comentários ora feitos se pautam apenas no voto da Relatora, eis que, até a presente data, embora a decisão tenha sido noticiada no portal do STJ na Internet, tornando acessível o voto em questão, ainda não está disponível na sua íntegra, de modo que não foi possível a apreciação do voto vencido (Disponível em: <http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=113784>. Acesso em: 24 mar. 2014).

¹² RODRIGUES, Rafael Garcia. A pessoa e o ser humano no novo Código Civil. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). *A parte geral do novo código civil: estudos na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. passim.

¹³ GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 19. ed. Coord. Edvaldo Brito. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 153-154.

família, a vida afetiva, cultural e profissional. Logo, a decretação da incapacidade pressupõe a averiguação das potencialidades do ser humano nas mais diversas áreas, a fim de afastar a imposição de obstáculos injustificáveis ao seu desenvolvimento, os quais podem consubstanciar, no caso concreto, autêntica prisão¹⁴.

Defende-se que é preciso se atentar para o fato de que o decreto de interdição compromete a liberdade do ser humano, sua intimidade, sua privacidade e tantos outros valores constitucionalmente consagrados, aos quais todos os cidadãos têm direito. Para se decretar a interdição, não pode ser considerada somente a existência de um transtorno mental, urge levar em conta que esta medida atinge direitos e garantias fundamentais e, por conseguinte, a cidadania do interditado¹⁵.

Ressalta-se que, para a pronúncia da interdição e a designação de curador, é preciso considerar-se que há uma *dignidade humana* em questão. Quaisquer direitos fundamentais do curatelado só podem ser cerceados em nome de sua própria dignidade. As necessidades fundamentais das pessoas devem ser compreendidas em função de seus interesses, devendo ser respeitadas como manifestação de livre desenvolvimento e de vida. Todos, pelo simples fato de pertencerem à espécie humana, são detentores de dignidade. A ideia, então, é a de que “em cada ser humano, por mais humilde e obscura que seja a sua existência, pulsa toda a humanidade”¹⁶.

Destarte, entende-se que, havendo resquícios de faculdades intelectivas e afetivas em um indivíduo, é preciso respeitá-las e, mais do que isso, contribuir para que se desenvolvam, com respeito, em especial aos princípios da *dignidade humana* e da *solidariedade*¹⁷. Sendo assim, sustenta-se, por exemplo, que é inaceitável simplesmente partir-se para a curatela plena (interdição total) quando existe a alternativa da curatela relativa.

¹⁴ PERLINGIERI, Pietro. *Il diritto civile nella legalità costituzionale*. 2. ed. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1991. passim.

¹⁵ AMATO, Elisa. Interdizione, inabilitazione, amnistrazione di sostegno: incertezze legislative, itinerari giurisprudenziali e proposte della dottrina. *Rivista Critica Del Diritto Privato*, Napoli: Jovene, anno XI, n. 1-2, passim, marzo-giugno 1993.

¹⁶ SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na constituição federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 60.

¹⁷ PERLINGIERI, Pietro. *Il diritto civile nella legalità costituzionale*. 2. ed. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1991. passim.

Sublinha-se que, a despeito da redação trazida pelo art. 1.772 do Código Civil, que restringe a curatela relativa apenas para as pessoas que se insiram nas hipóteses previstas pelos incisos III e IV do art. 1.767 do Código Civil, esta é uma proteção jurídica de que podem se valer todos aqueles que dela necessitem. Propõe-se, pois, que, independentemente da letra da lei, esta medida seja acessível a toda a diversidade de transtornos mentais existentes¹⁸.

Chama-se atenção para a necessidade de *flexibilizar a curatela*, não deixando outros portadores de transtorno mental (não lembrados pelo legislador) sem proteção, o que os coloca em situação de risco, incompatível com a posição ocupada pela pessoa na ordem constitucional brasileira. *Flexibilizar a curatela* é aplicá-la, como medida protetiva, a todos que dela necessitem e na proporção que precisem.

Pondera-se ainda que, nas situações que, a princípio, seriam passíveis de interdição plena, há sempre necessidade de prova da configuração da incapacidade. A interdição consiste em uma medida que exige toda a cautela antes de ser aplicada. Assim sendo, não é difícil notar que a interdição parcial guarda maior consonância com o contexto atual. Afinal, não é possível negar a tendência ao reconhecimento dos direitos humanos dos incapazes, com preservação de sua *dignidade* e *autonomia*. Caso a caso, caberá ao magistrado estabelecer os limites da curatela, fazendo, sempre que viável, a *flexibilização* das limitações impostas ao curatelado.

Uma outra questão destacada é a de que, levando-se em conta a opção valorativa feita pelo constituinte de 1988, no sentido de colocar os valores existenciais acima dos patrimoniais, elegendo a pessoa humana como valor fundamental da ordem jurídica, o instituto da curatela não pode mais continuar a servir exclusivamente a interesses de ordem patrimonial, sem o cuidado necessário com a pessoa do curatelado. Logo, na fixação dos limites da curatela se deverá ter atenção não somente quanto a questões de ordem patrimonial, mas, sobretudo, relativamente às de cunho extrapatrimonial.

¹⁸ ABREU, Célia Barbosa. *Curatela & interdição civil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 226.

A propósito, na VI Jornada de Direito Civil promovida pelo Conselho da Justiça Federal, foi aprovado o Enunciado nº 574, acerca do art. 1.772 do Código Civil, que estatui a curatela parcial/interdição relativa. O enunciado tem o seguinte teor: “A decisão judicial de interdição deverá fixar os limites da curatela para todas as pessoas a ela sujeitas, sem distinção, a fim de resguardar os direitos fundamentais e a dignidade do interdito (art. 1.772 do Código Civil)”.

Nesse sentido, pondera-se que, muito embora os casos de incapacidade venham previstos em lei, em dispositivos de ordem pública, os tempos são de *flexibilização da curatela*, a qual passa a exigir uma interpretação compatível com os valores de que é portadora a pessoa humana na Constituição, como forma de assegurar que as exigências particulares de cada um sejam efetivamente respeitadas. Em lugar de apenas se adotar a substituição de uma pessoa concreta por outra, que não necessariamente estará apta a viabilizar os seus reais interesses, as aptidões do interditando deverão ser examinadas uma a uma. Sem isso, suprimir a possibilidade de alguém colocar em prática as suas potencialidades, mediante a curatela plena, mais do que um equívoco, é medida de legitimidade constitucional questionável. Afinal, configuraria flagrante desrespeito à *dignidade* do portador de transtorno mental, o qual, como qualquer pessoa da sociedade, faz jus ao respeito de seus *direitos fundamentais*.

Acredita-se que a diversidade de transtornos mentais permanentes e suscetíveis de afetar a capacidade da pessoa demanda um tipo de intervenção diferenciada, conforme o grau de transtorno mental existente. Os transtornos mentais recaem de forma diferenciada sobre o desenvolvimento dos cidadãos; assim, a curatela não pode consistir em uma solução rígida e absoluta, incompatível com a elasticidade inerente à personalidade humana.

Considera-se, então, que a interdição ou não de um portador de transtorno mental deverá depender da verificação contextualizada da sua capacidade para a prática dos atos da vida civil. Mais importante do que os critérios jurídicos rígidos trazidos pelo legislador civil (arts. 3º, 4º, 1.767 e 1.772 do Código Civil) é a finalidade primeira do sistema, ou seja, a pessoa humana, como valor unitário para o qual se dirige a curatela, como medida de proteção jurídica.

Adverte-se que o legislador leva em consideração critérios médicos; e o que se verifica na prática é que, com o avanço da Medicina e das ciências afins, casos que outrora se incluíam em situação de incapacidade absoluta podem, em certas situações, ensejar o enquadramento em hipótese de incapacidade relativa. A própria questão da *reversibilidade* ou não de um transtorno mental é por vezes incerta, de maneira que não pode ser fator determinante para obstar a interdição parcial.

Atualmente, espera-se que o aplicador do direito contemple, de modo adequado, todas as variantes de transtorno mental com interdições que podem ser totais, parciais e até mesmo temporárias, conforme o caso, pois o fundamental

é que a pessoa do interdito possa gozar efetivamente da tutela adequada ao seu caso concreto. Os portadores de transtorno mental não podem pura e simplesmente ser discriminados a partir do critério do discernimento. Sem isso, não se estará respeitando a sua *dignidade*.

2 A PERSONALIDADE PSICOPÁTICA

Etimologicamente, a psicopatia (do grego *psiche* – psicológico – e *pathos* – doença) significa “psicologicamente doente”¹⁹. A pessoa que ostenta a condição psiquiátrica em questão é descrita como portadora de um “transtorno” de personalidade, não especificado (CID 10 – F. 60.9)²⁰.

Inexiste consenso sobre o conceito de “transtorno”, eis que este é objeto de considerações não só médicas, mas também sociais, políticas e jurídicas. Malgrado a inexatidão do termo, ele está presente em toda a CID 10, significando “a existência de um conjunto de sintomas ou comportamentos clinicamente reconhecível e associado, na maioria dos casos, a sofrimento e interferência com funções pessoais”. Segundo este ponto de vista, os transtornos de personalidade podem ser tidos como “transtornos mentais”, apesar de nem sempre serem encarados desta forma por um grande número de psiquiatras, que acolhem abordagens pejorativas, usando o termo “personalidade psicopática” para os indivíduos que praticam atos socialmente censurados. Admite-se, por outro lado, a inexistência de um “limite nítido e bem definido” entre uma personalidade normal e outra tida como transtornada²¹.

No meio da psiquiatria forense se comenta que os transtornos de personalidade diferem das “doenças mentais” em razão de sua natureza duradoura, acompanhada de uma constância nas manifestações clínicas e comportamentais, representando extremos de uma variação da personalidade, capaz de ensejar um desajuste do indivíduo no meio social, não configurando propriamente a incidência de um processo patológico em um determinado momento da vida de seu portador²².

¹⁹ CORDEIRO, J. C. Dias. *Psiquiatria forense* – A pessoa como sujeito ético em Medicina e em Direito. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003. p. 64.

²⁰ *Classificação de Transtornos Mentais e de Comportamento da CID – 10*. Descrições Clínicas e Diretrizes Diagnósticas. Coord. Organização Mundial de Saúde. Trad. Dorgival Caetano. Porto Alegre: Artes Médicas, 1993. p. 203.

²¹ ABDALLA-FILHO, Elias. Transtornos de personalidade. In: TABORDA, José G.V.; CHALUB, Miguel; ABDALLA-FILHO, Elias (Org.). *Psiquiatria forense*. Porto Alegre: Artmed, 2004. p. 282-285.

²² Idem, p. 282.

Ainda na psiquiatria forense é comum o posicionamento de que os transtornos de personalidade são “perturbações de saúde mental”. As “perturbações de saúde mental” não se confundem com as “doenças mentais” no aspecto forense, especialmente considerados o tipo e o grau de interferência com que afetam a capacidade do indivíduo de estar e se relacionar na comunidade²³.

Na seara cível, não obstante existam inúmeras outras solicitações periciais, em regra, a avaliação pericial é feita para fins de interdição. Avalia-se a capacidade de entendimento do indivíduo relativamente a determinado ato. A grande maioria dos indivíduos com transtornos de personalidade preserva a sua capacidade de entendimento, no pertinente à prática de atos específicos, sendo considerados como detentores de plena capacidade. Admite-se, entretanto, a possibilidade de ocorrência de exceções. A capacidade de determinação dos portadores de transtorno de personalidade costuma estar comprometida em situações em que dito transtorno adquire maior gravidade²⁴.

Na esfera criminal, a avaliação deste sujeito passa não só pela verificação da capacidade para o ato praticado, mas também de sua dimensão volitiva, frequentemente alterada nos portadores de transtorno de personalidade. Pode ser, conforme o caso, enquadrado na imputabilidade ou na semi-imputabilidade, se estiver ou não comprometida a sua capacidade de determinação para o ato criminoso praticado²⁵.

Os transtornos de personalidade assumem *grande variedade de condições e de padrões de comportamento*, sendo certo que se manifestam desde a infância e a adolescência, com frequência associados ao desempenho pessoal e ao relacionamento interpessoal mais amplo. Nada impede que os transtornos de personalidade manifestados na infância venham a se modificar com a idade, sendo certo que se considera que o amadurecimento psicológico do ser humano ocorre ao redor da terceira década de vida. Os transtornos de personalidade, em verdade, se caracterizam por manifestações ao longo de toda a vida, sendo o exame da história pessoal do indivíduo essencial à sua constatação. A análise dos fatos da vida é essencial, eis que é neles que o sujeito projeta ou concretiza

²³ Idem, p. 292-293.

²⁴ Idem.

²⁵ Idem.

o seu “estilo próprio” ou o seu “modo de ser peculiar”, que afinal representa o próprio conceito de personalidade²⁶.

O quadro de um portador de transtorno de personalidade não depende apenas do tipo específico de transtorno. São variáveis significativas do caso: a intensidade do transtorno; a motivação para o tratamento; a existência ou não de um apoio familiar consistente; as exigências sociais ou profissionais às quais o indivíduo esteja sendo sujeito, entre outros fatores²⁷.

A psicopatia não se confunde com um simples transtorno antissocial, pois, embora a maioria dos psicopatas tenha comportamento antissocial, nem todos os indivíduos antissociais são necessariamente psicopatas. O psicopata é identificado pelo seu comportamento antissocial destrutivo e pela elevada *tendência à reincidência criminal*. A psicopatia inclui-se entre os transtornos antissociais da personalidade, sendo a sua forma mais grave de manifestação. Esta gravidade decorre da sua pouca possibilidade de reabilitação, da dificuldade de ajuste à instituição prisional, bem como da *reincidência em crime* e violência²⁸.

Para um bom número de psiquiatras, o comportamento antissocial das personalidades psicopáticas *não é considerado como personalidade anormal*, mas tão somente como *desvio da média geral*. São vistas como personalidades que provocam sofrimento nos outros e em si (geralmente em menor grau). A conduta do psicopata, em regra, diverge das normas, dos deveres e das obrigações sociais, o que se deve à insensibilidade afetiva ou ao descontrole dos impulsos. Trata-se de indivíduo insensível aos sentimentos alheios, no qual predomina uma hostilidade difusa, sendo a empatia deficitária. O psicopata é capaz de compreender os fatos, porém não os assimila, isto é, não age de acordo com o aceito socialmente²⁹.

Muitos profissionais são céticos quanto ao tratamento dos transtornos de personalidade, entendendo que compreendem tratamentos longos e com resultados apenas marginais. Por outro lado, sustenta-se também que *a resistência terapêutica dos portadores de transtorno de personalidade não pode ser deduzida do*

²⁶ MORANA, Hilda; MENDES FILHO, Ruy B. Revisão sobre transtornos de personalidade. In: MORAES, Talvane de (Org.). *Ética e psiquiatria forense*. Rio de Janeiro: Edições IPUB - CUCA, 2001. p. 113.

²⁷ ABDALLA-FILHO, Elias. Transtornos de personalidade. In: TABORDA, José G.V.; CHALUB, Miguel; ABDALLA-FILHO, Elias (Org.). *Psiquiatria forense*. Porto Alegre: Artmed, 2004. p. 291.

²⁸ MORANA, Hilda; MENDES FILHO, Ruy B. Revisão sobre transtornos de personalidade. In: MORAES, Talvane de (Org.). *Ética e psiquiatria forense*. Rio de Janeiro: Edições IPUB - CUCA, 2001. p. 109.

²⁹ Idem, p. 110.

rótulo diagnóstico em si, mas da avaliação do conjunto dos fatores da personalidade e do funcionamento global do indivíduo. Podem existir casos acessíveis ao tratamento medicamentoso e psicoterapêutico e à reabilitação psicossocial. Será, no entanto, fator decisivo tanto na terapêutica quanto na reabilitação psicossocial “a sensibilidade aos demais e o adequado desenvolvimento dos sentimentos sociais como expressão da capacidade de considerar o outro e de ter consciência ética”³⁰.

3 BREVE RELATO SOBRE A PARADIGMÁTICA DECISÃO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA EM PROCESSO DE INTERDIÇÃO DO PSICOPATA

O Superior Tribunal de Justiça, em acórdão da lavra da Ministra Nancy Andrighi, no Recurso Especial nº 1.306.687/MT, decidiu, em processo de interdição promovido pelo Ministério Público Estadual, se um psicopata, que havia, aos 16 (dezesseis) anos, assassinado, a golpes de faca, três pessoas de sua família, sendo as vítimas: o padrasto, a mãe de criação e o seu irmão de 3 (três) anos de idade, estaria sujeito à curatela.

Pretendia o Ministério Público Estadual, às vésperas da conclusão dos 3 (três) anos da medida socioeducativa de internação aplicada, a interdição do psicopata, que, enquanto internado, passara por diversas instituições psiquiátricas, ocasiões em que teria sido constatada a sua *insanidade mental e vontade de continuar matando*. Como fundamento, trouxe a alegação de que os atos do interditando poderiam ter desdobramentos danosos não só para si, mas também para outrem, caso viesse a ser liberado, deixando de receber o tratamento especializado.

A sentença de primeira instância, embora reconhecendo a ocorrência de alguma enfermidade, bem como o fato de os peritos terem indicado a CID da doença e afirmado a necessidade de uma pessoa acompanhar o psicopata nos atos da vida civil, teria julgado improcedente o pedido de interdição, sob o fundamento de que a situação do interditando não se enquadrava entre as hipóteses do art. 1.767 do Código Civil. Foi entendido que a enfermidade existente não retira o discernimento para os atos da vida civil, tendo se destacado que também não se tratava de deficiente mental e, por essa razão, não cabia a sujeição à curatela. Sugeriu a decisão que não se poderia tolher a liberdade de alguém somente em função da sua *potencialidade de vir a cometer crime*. Compreendeu, ainda, que não

³⁰ Idem, , p. 128.

era o caso de internação em nosocômio, destinado a deficientes mentais, se este não era o caso do interditando.

Foi interposta apelação, a qual foi negado provimento, mediante o acolhimento do entendimento de que não teria sido comprovada a incapacidade do interditando para a gestão dos atos da vida civil e bens, de modo que cabia a interdição.

Em sede de recurso especial, foi alegado que o contexto fático, debatido no acórdão, não teria sido valorado adequadamente, o que teria levado o Tribunal, equivocadamente, a considerar o interditando inapto para a decretação de interdição, restando violados os arts. 1.767, I, e 1.777 do Código Civil. O primeiro dispositivo, proclamando o rol de hipóteses de cabimento da curatela total (entre os quais no inciso I estão aqueles que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o discernimento para os atos da vida civil), e o segundo, quando se prescreve que os interditos referidos nos incisos I, III e IV do art. 1.767 devem ser recolhidos em estabelecimentos adequados, quando não se adaptarem ao convívio doméstico.

De antemão, em seu voto, a Ministra Relatora frisou que não era o caso de discussão sobre o alcance e a gradação de problemas psicológicos, com a incidência da Súmula nº 7 do STJ, segundo a qual o reexame de prova não enseja recurso especial. Ao revés, em tela, constava fato inconteste, qual seja: a existência de personalidade dissociada do interditando e o seu histórico de violência. Os próprios laudos constantes dos autos davam conta desta personalidade dissociada, bem como do diagnóstico de transtorno de personalidade do tipo “neurose de caráter”, não diretamente imputáveis a uma doença, lesão ou afecção cerebral ou a um outro transtorno psiquiátrico. Neste tipo de personalidade dissociada estaria o indivíduo que pratica conduta antissocial, amoral, psicopática e sociopática.

Antes de adentrar na discussão sobre a possibilidade de subsunção da condição do sociopata às hipóteses de interdição especificadas na lei, fez a Ministra Relatora uma incursão esclarecedora naquilo que consistiria em uma supracitada condição psicológica. Admitiu a existência de celeuma sobre o que caracterizaria o chamado comportamento sociopata, porém destacou também a ciência de que, para a psiquiatria forense, a psicopatia não é um problema mental. Sobre a possibilidade de tratamento e evolução do distúrbio, salientou que os estudiosos do tema costumam afirmar que de nada adiantam a terapêutica, seja ela medicamentosa ou psicoterápica. É, pois, justamente a impossibilidade de controle da patologia via tratamento que comumente faz gerar questionamentos

sobre a possibilidade de recorrência comportamental que leve o que já cometeu ato ilícito a repeti-lo futuramente.

A *reincidência criminal*, prevista pela psiquiatria forense para as hipóteses de psicopatia, foi o cerne do debate, que, segundo se destacou, “não reflete apenas a situação do interditando, mas de *todos aqueles que, diagnosticados psicopatas, já cometeram crimes violentos*”³¹.

Salientou-se que a psicopatia está na “zona fronteira entre a sanidade mental e a loucura”, onde os instrumentos legais disponíveis são ineficientes, tanto para a proteção social como para a própria garantia de vida digna aos psicopatas, motivo pelo qual devia-se buscar alternativas, dentro do arcabouço legal para, de um lado, não vulnerar as liberdades e os direitos constitucionalmente assegurados a todos e, de outro, não deixar a sociedade refém de pessoas que *tendem à recorrência criminosa*³².

Adentrado no tema da possibilidade de interdição de pessoa sociopata/ psicopata, foi sublinhado o fato de se tratar de um tema extremamente difícil, uma vez que esbarra com os limites necessariamente rígidos das possibilidades de interdição (lembre-se que as suas hipóteses constituem normas de ordem pública), muito embora exista nesta situação uma perspectiva sombria de agressão social iminente.

Acentuou-se que o psicopata não é destituído de compreensão e discernimento, tanto assim que nas relações penais é consolidado o entendimento de que há imputabilidade, ou sua variante – semi-imputabilidade –, quando este comete crime. Neste caso, entretanto, como os crimes foram praticados quando o sociopata tinha 16 (dezesseis) anos, não se deu o seu apenamento, mas tão somente a aplicação de medida socioeducativa, limitada ao prazo de 3 (três) anos.

Foi dito que, na hipótese de apenamento, e mesmo na de medida socioeducativa, a repressão do Estado, traduzida no encarceramento ou na internação dos sociopatas criminosos, apenas posterga a questão da exposição da sociedade e do próprio sociopata à sua *violência*, que provavelmente, em algum outro momento, será replicada, pois “na atual evolução das ciências médicas não há controle medicamentoso ou terapêutico para essas pessoas”³³.

³¹ Recurso Especial nº 1.306.687/MT.

³² Idem.

³³ Idem.

Entendeu a Ministra Relatora que a questão da interdição dos sociopatas *que já cometeram crimes violentos* deve ser analisada “sob o mesmo enfoque que a legislação dá à possibilidade de interdição – ainda que parcial – dos deficientes mentais, ébrios habituais e viciados em tóxicos (art. 1.767, III, do CC/2002)”³⁴.

Existiria, segundo a Ministra, uma mesma linha lógica reproduzida nesses casos. Neles, estaria presente uma capacidade civil passível de sofrer um comprometimento em lapsos temporais, que é o que sucede com os ébrios – em virtude de ingestão abusiva de álcool – e nos toxicômanos – pelo uso ilegal de tóxicos.

Nessas situações, haveria um “indivíduo que tem sua capacidade civil crispada, de maneira súbita e incontrollável, com riscos para si, que extrapolam o universo da patrimonialidade, e que podem atingir até a sua própria integridade física”. Imperioso sopesar quanto à necessária atenção relativamente à “segurança do grupo social, mormente na hipótese de reconhecida violência” daqueles que são acometidos por uma das hipóteses anteriormente descritas (art. 1.767, III, do CC/2002), tanto assim que *não raras vezes, sucede à interdição, pedido de internação compulsória*³⁵.

A aferição da capacidade de o sociopata gerir a própria vida não poderia se pautar só no exame da “mediana capacidade de realizar atos da vida civil”, mas também no “risco existente nos estados crepusculares de qualquer natureza, do interditando, onde é possível se avaliar, com precisão, o potencial de autolesividade ou de agressão aos valores sociais que o indivíduo pode manifestar”³⁶.

A Ministra ponderou que os crimes espetaculares não costumam ser a regra das atuações sociais dos psicopatas; ao revés, aqueles que têm personalidade psicopática voltam-se para o cometimento de desvios éticos, além de um sem-número de pequenos ilícitos criminais e civis. Logo, a apreciação da possibilidade de interdição civil, quando relativa a sociopatas, pedia medida inovadora, de um lado refletindo os interesses do interditando, as suas possibilidades de inserção social e o respeito à sua dignidade pessoal, e, de outro, o foco no coletivo – ditado pelo interesse do grupo social. Sustentou que era preciso uma análise casuística, isto é, das circunstâncias concretas. A constatação da sociopatia, genericamente fixada, não necessariamente resultaria na interdição do sociopata;

³⁴ Idem.

³⁵ Idem.

³⁶ Idem.

contudo, naquela situação específica, as circunstâncias pregressas, o histórico de prática de violência e o menoscabo com as regras sociais, por certo, levavam ao cabimento da interdição.

Foi chamada a atenção para uma visão expandida da interdição, que foge da ótica prevalentemente patrimonial, adequando este instituto à dignidade humana e outros princípios constitucionalmente consagrados. Necessário, então, “enxergar o indivíduo hiperdimensionado na sua face pessoal, além da própria sociedade, como objetivos protetivos mediatos da norma de regência, que declina apenas o núcleo patrimonial de proteção”. Diante disso, mister albergar esse psicopata em “rede de proteção social multidisciplinar, que inclui um curador designado, o Estado-juiz, o Ministério Público, profissionais de saúde mental e outros mais que se façam necessários, pois a incúria, na espécie, não é inação, é desleixo”³⁷.

Destacou a Ministra Relatora que a *apreciação é extremamente casuísta*, dado que uma constatação de psicopatia, genericamente *fixada, não atrairá a interdição* do sociopata; porém, *evidenciado pelas circunstâncias*, especialmente as pregressas, onde existe histórico de violência e de desdém com as regras sociais, à toda evidência, não se pode aceitar a tese de plena capacidade do indivíduo³⁸.

Aduziu-se que a falta dos freios de moral e ética sociais tornam o psicopata alvo de especial atenção estatal, exigindo que tenha um acompanhamento médico e psicológico intensivo e contínuo, tal como se dá com outras condições geradoras de enfermidade ou deficiência mental, episódica ou perene³⁹.

A questão da viabilidade de interdição de sociopatas demandava uma “medida inovadora”, levando em conta, de um lado, “os interesses do interditando, suas possibilidades de inserção social e o respeito à sua dignidade pessoal”, e, de outro, “o foco no coletivo – ditado pelo interesse mais primário de um grupo social: a proteção de seus componentes”, para, então, ser possível falar sobre o necessário discernimento para os atos da vida civil de um sociopata, que já cometeu atos de agressão que, *in casu*, ensejaram o óbito de três pessoas⁴⁰.

Tratava-se de situação em que se tem alguém que é dotado de plena lucidez, e, por conseguinte, de capacidade civil, mas que “por vício, ato volitivo

³⁷ Idem.

³⁸ Idem.

³⁹ Idem.

⁴⁰ Idem.

desestruturado por mal de qualquer natureza, ou surto psicótico”, de repente se depara com janelas abertas que levam ao maltrato da própria pessoa, ações violentas e, ainda, em grau secundário, descuido com suas relações sociais⁴¹.

Para tais casos, lembrou a Ministra Relatora, não é de hoje a possibilidade de internação compulsória, valendo, para tanto, lembrar o Decreto nº 24.559/1934, que cuidava da assistência e da proteção à pessoa e aos bens dos psicopatas e, ainda, mais recentemente, da Lei nº 10.216/2001, que traz a internação voluntária, involuntária e compulsória⁴².

A decisão não deixou de considerar a questão da capacidade de discernimento do indivíduo, embora tenha se entendido que esta é só uma camada imediata da norma, enquanto o mais importante é pensar na mediata proteção do indivíduo e do grupo social ao qual pertence. Sobre a sua capacidade de discernimento, foi entendido que *não há dúvida sobre a existência de patologia* neste caso, tendo em vista a violência já perpetrada pelo sociopata, que cometeu crime hediondo.

Concluiu-se que a prévia manifestação de violência por parte do psicopata, revelando a existência de uma percepção desvirtuada das regras sociais, dos limites individuais e da dor e do sofrimento alheios, *não necessariamente infirmaria a capacidade de o indivíduo gerenciar a sua vida civil*. No entanto, por se tratar de pessoa que coloca em cheque a sua própria vida e a de outrem, *estaria autorizada a curatela*, com vistas a garantir-lhe o efetivo acompanhamento psiquiátrico, de forma voluntária ou coercitiva, com ou sem restrições à liberdade, a depender do quadro mental constatado, da evolução – se houver – da patologia ou de seu tratamento.

Nesse particular, considerando impossível o controle da psicopatia em suas diversas manifestações e, tendo em vista a predisposição do sujeito à prática de comportamentos antissociais, sublinha o *decisum* que, adotando uma visão expandida da interdição, cumpre albergar o psicopata em uma rede de proteção social multidisciplinar, incluindo um curador designado, o Estado-juíz, o Ministério Público, os profissionais de saúde mental e outros mais que se façam imperiosos ao caso.

⁴¹ Idem.

⁴² A este respeito, veja-se: ABREU, Célia Barbosa; VAL, Eduardo Manuel. A experiência brasileira das internações involuntária e compulsória do dependente químico. In: ASENSI, Felipe Dutra; MUTIZ, Paula Lucia Arévalo; PINHEIRO, Roseni (Coord.). *Direito e saúde - Enfoques interdisciplinares*. Curitiba: Juruá, 2013. p. 401-414.

Por tais razões, foi dado provimento ao recurso do Ministério Público Estadual para, reformando o acórdão recorrido, decretar a interdição do psicopata, nos termos em que inicialmente pedido.

CONCLUSÕES

Retoma-se agora a decisão, a fim de comentá-la.

Primeiramente, é de se chamar a atenção para o fato de que o STJ, ao analisar o caso em questão, constatou na pele que o modelo atual de incapacidades é falho quando se vale do critério do discernimento e, por conseguinte, não leva em conta toda uma variedade de enfermidades e deficiências mentais possíveis, “equiparando categorias”.

Verificou-se, claramente, que a situação do psicopata não estava subsumida entre aquelas do inciso I do art. 1.767 do CC, como fundamentado pelo Ministério Público, em seu pedido de interdição. Ao revés, em diversos momentos do *decisum* admite a Ministra Relatora que o psicopata não é destituído de compreensão e discernimento, sendo pessoa lúcida e dotada de capacidade civil, lembrando inclusive das relações penais em que é consolidado o entendimento de sua imputabilidade. Contudo, tratava-se de alguém que representa, a qualquer momento, um grande risco não apenas para a sua integridade física, mas também para o grupo social, de maneira que, entre “lavar as mãos diante de enredo previsível e vaticinado, de nova tragédia social” e buscar pela “solução técnico-jurídica plausível, e possível, para a hipótese”, cabe ao julgador seguir este último caminho. Foi nesta direção a decisão⁴³.

A partir disso, o Tribunal optou por *flexibilizar* a curatela total, para aplicá-la como medida protetiva a um indivíduo que, embora não lembrado pelo legislador, dela necessitava sob pena de colocar em perigo a si próprio e a comunidade na qual se insere. E faz sentido. Veja-se: se hoje se admite que a regra do art. 1.772 do Código Civil, referente à curatela parcial, seja *flexibilizada* para ser aplicada a situações não pensadas pelo legislador, entendimento acolhido no Enunciado nº 574 do Conselho da Justiça Federal (mencionado na nota de rodapé 14), por que razão a mesma lógica não poderia ser aplicada à regra do art. 1.767, atinente à curatela total? Em um e noutro caso, o que estaria sendo feito seria nada mais nada menos do que garantir a medida a quem dela necessita e na proporção que demanda.

⁴³ Recurso Especial nº 1.306.687/MT.

Para justificar a *flexibilização*, o *decisum* faz uma “equiparação de categorias”, adotando o entendimento de que a possibilidade de interdição dos psicopatas que já cometeram crimes violentos deverá ser analisada “sob o mesmo enfoque que a legislação dá à interdição – ainda que parcial – dos deficientes mentais, ébrios habituais e viciados em tóxicos (art. 1.767, III, do Código Civil)”⁴⁴.

Não se teria, no caso, um deficiente mental, ébrio habitual ou toxicômano, porém é viável se denotar uma linha lógica comum entre a situação do psicopata e a dos dois últimos sujeitos. Nestes casos, se nota a existência de uma pessoa que, de tempos em tempos, pode ter sua capacidade civil comprometida em virtude da ingestão abusiva de álcool ou pelo uso ilegal de substâncias tóxicas. Existe uma “capacidade civil crispada, de maneira súbita e incontrolável, com riscos para si, que extrapolam o universo da patrimonialidade, e podem atingir até a sua própria integridade física”. O mesmo se daria com o psicopata, que, apesar de dotado de plena lucidez e, consequentemente capacidade civil, “por vício, ato volitivo desestruturado por mal de qualquer natureza, ou surto psicótico”, esporadicamente, se depararia com janelas abertas capazes de levá-lo ao maltrato de sua própria pessoa, às ações violentas e, em grau secundário, ao descuido com as suas relações cíveis⁴⁵.

Acerta a decisão quando para o decreto da interdição não se pauta somente nos critérios médicos, porém passa a discutir o fato de que estão em jogo, a um só tempo, os direitos e as garantias fundamentais do interditando, bem como o interesse coletivo – de proteção do grupo social, no qual se insere o psicopata. Esta chave de leitura é sim o que se pode dizer *uma interpretação constitucional da curatela*, em consonância com a visão mais humanizada do instituto, que vai além da ótica patrimonial, considerando a dignidade humana e os princípios constitucionais.

Para que a decretação da interdição tenha legitimidade constitucional, não ferindo os direitos fundamentais do interditando, deve constituir uma *medida adequada, necessária e proporcional*. Só haverá *proporcionalidade* se feita a correta avaliação do caso, atentando para as necessidades específicas.

Certa a decisão quando, embora entendendo existir uma patologia no caso, a despeito da opinião em contrário da psiquiatria forense, não se pauta apenas no distúrbio, mas se baseia em *dois critérios principais: a integridade física*

⁴⁴ Idem.

⁴⁵ Idem.

do psicopata e a *segurança*, não só deste, mas também da sociedade. Ambos – a *integridade física* (enquanto corolário da garantia à vida digna e saudável) e a *segurança* – considerados direitos fundamentais (art. 5º, *caput*, da Constituição Federal).

Esta é a situação de alguém que oferece perigo para si e para outrem, capaz de nortear inclusive a internação involuntária/compulsória deste (o que também se diz da situação do dependente químico). Trata-se de uma medida tomada em meio a *estado de necessidade*, eis que é necessário afastar o perigo iminente que a pessoa representa para si e para terceiros. Entram em *choque interesses distintos*: de um lado, a preservação da *liberdade/autonomia* do sujeito; de outro, a preservação de sua *integridade/saúde/vida/segurança*, bem como a de outras pessoas. A internação involuntária/compulsória bem como a interdição (hipótese em tela) surgem como medidas necessárias/indispensáveis à saúde do envolvido e úteis para salvaguardar a própria *segurança* e/ou alheia. Diante do perigo ofertado para a vida ou a incolumidade sua e de outrem, considera-se inviável, além de supérfluo, requerer o consentimento da pessoa para submetê-la ao tratamento necessário⁴⁶.

Convém citar que a Constituição da República italiana, em seu art. 13, preceitua a *inviolabilidade da liberdade pessoal*, porém admite neste dispositivo a possibilidade de casos excepcionais de *necessidade e urgência* identificados categoricamente em lei, em que a autoridade de segurança pública pode adotar medidas provisórias a serem comunicadas no prazo de quarenta e oito horas à autoridade judiciária, sendo certo que, se esta não as reconhecer como válidas, entender-se-ão revogadas e nulas para todos os efeitos. O art. 16 trata da *livre circulação no território nacional*, observadas as limitações legais gerais, decorrentes de *saúde e segurança*. Ainda nesta Constituição a norma prevista no art. 32, segundo a qual a República italiana tutela a saúde como direito fundamental do indivíduo e interesse da coletividade, garantido o tratamento gratuito aos indigentes⁴⁷.

⁴⁶ ABREU, Célia Barbosa; VAL, Eduardo Manuel. A experiência brasileira das internações involuntária e compulsória do dependente químico. In: ASENSI, Felipe Dutra; MUTIZ, Paula Lucia Arévalo; PINHEIRO, Roseni (Coord.). *Direito e saúde* – Enfoques interdisciplinares. Curitiba: Juruá, 2013. p. 412.

⁴⁷ Eis o teor dos dispositivos supramencionados da Constituição da Itália:

Art. 13. A liberdade pessoal é inviolável.

Não é admitida forma alguma de detenção, de inspeção ou perquirição pessoal, nem tampouco qualquer outra forma de restrição à liberdade pessoal, a não ser por determinação da autoridade judiciária e, unicamente, nos casos e formas previstos por lei.

Ao contrário do entendimento acolhido em primeira e segunda instâncias, entende-se certa a decisão do Superior Tribunal de Justiça, decretando a interdição. Se, por um lado, se poderia afirmar uma preocupação com a autonomia do sujeito, sendo medida imposta sem o seu consentimento, por outro, também seria certo frisar que a solução não pode pautar-se só no critério do consentimento. Especificamente no concernente ao quadro do psicopata, que já praticou crime hediondo, a situação é a de alguém cuja vontade está *escravizada* por sua patologia (tal qual se diz da situação do dependente químico). As suas escolhas se pautam na satisfação plena de desejos, desconsiderando sentimentos alheios, padrões éticos e morais, estando a *capacidade volitiva* vinculada à condição de portador da personalidade psicopática.

Mister dizer que o prejuízo de sua *faculdade volitiva*, embora sempre presente, poderá ser *mais ou menos intenso*, conforme as condições do caso concreto. Podem existir toda a sorte de variantes na situação do sujeito, que podem, por exemplo, fazer dele uma pessoa mais ou menos perigosa. Nesse sentido, não se concorda com o posicionamento adotado no *decisum*, onde se frisa que, na atual evolução das ciências médicas, “não há controle medicamentoso ou terapêutico para

Em casos excepcionais de necessidade e urgência, indicados categoricamente pela Lei, a autoridade de segurança pública pode adotar medidas provisórias que devem ser comunicadas no prazo de quarenta e oito horas à autoridade judiciária e, se esta não as reconhecer como válidas nas sucessivas quarenta e oito horas, as mesmas entender-se-ão revogadas e nulas para todos os efeitos.

É punida toda violência física e moral contra as pessoas, mesmo submetidas a restrições de liberdade. A Lei estabelece os limites máximos da prisão preventiva.

Art. 16. Todo cidadão pode circular e demorar-se livremente em qualquer parte do território nacional, observadas as limitações que a Lei estabelece em termos gerais, por motivo de saúde ou de segurança. Nenhuma restrição pode ser determinada por razões políticas.

Todo cidadão é livre de sair e de regressar ao território da República, salvo as obrigações de lei.

Art. 32. A República tutela a saúde como direito fundamental do indivíduo e interesse da coletividade, e garante tratamentos gratuitos aos indigentes.

Ninguém pode ser obrigado a um determinado tratamento sanitário, salvo disposição de lei. A Lei não pode, em hipótese alguma, violar os limites impostos pelo respeito à pessoa humana.

(*Constituição da República italiana*. Rio de Janeiro: Edições Trabalhistas S.A., 1991)

Acrescente-se que, no ordenamento jurídico italiano, pondera a doutrina que o tratamento sanitário, e, especificamente, o psicoterapêutico, para ser conforme ao ditame constitucional, deve ser respeitoso da pessoa e das suas excentricidades; *é permitido intervir coativamente somente quando estas últimas constituírem um sério perigo para a pessoa e para a comunidade na qual vive. A intervenção deve ser orientada a eliminar ou a atenuar a periculosidade*. Excluída esta, desaparece a causa legitimadora do tratamento feito contra ou sem a vontade do interessado (PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil constitucional*. Trad. Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p. 161).

Para um aprofundamento deste assunto no âmbito do Direito Comparado latino-americano, sugere-se: CALDERA, Elvira Grimaldi de; ROMER, Graciela Bilbao de. El enfermo mental en nuestro ordenamiento jurídico. Disponível em: <<http://servicio.bc.uc.edu.ve/derecho/revista/52/52-3.pdf>>. Acesso em: 9 abr. 2014.

essas pessoas”⁴⁸. Acredita-se mais condizente com a visão humanista do caso o entendimento de que a resistência terapêutica dos portadores de transtorno de personalidade, como é o caso do psicopata, não pode ser deduzida do rótulo do diagnóstico em si, exigindo, ao revés, a avaliação do conjunto dos fatores da personalidade e do funcionamento global do indivíduo. Assim, podem existir casos acessíveis ao tratamento medicamentoso e psicoterapêutico e à reabilitação psicossocial, sendo fator decisivo tanto na terapêutica quanto na reabilitação psicossocial a sensibilidade aos demais e o adequado desenvolvimento dos sentimentos sociais, como expressão da capacidade de considerar o outro e ter consciência ética⁴⁹. Nestas situações, acredita-se que a *faculdade volitiva* estaria menos comprometida.

A avaliação do quadro não se limita ao tipo de patologia. Exige o conhecimento da história pessoal do cidadão, a fim de que se saiba até onde vai o grau de comprometimento de sua saúde. Sem isto, a interdição pode configurar medida desproporcional e drástica, atingindo os direitos fundamentais do interdito. A restrição de tais direitos é legítima se proporcional aos direitos colidentes. Os interesses deverão ser ponderados, variando conforme as peculiaridades concretas. A dignidade humana é o critério substantivo na direção da ponderação de valores, realizada com base na proporcionalidade, para alcançar-se a solução compatível com os valores humanitários.

Outro ponto passível de questionamento da decisão é o item 3 da Ementa, onde se diz que a *reincidência criminal*, nas hipóteses de psicopatia, não reflete apenas a situação do interditando, mas de *todos aqueles que, diagnosticados como sociopatas, já cometeram crimes violentos*. Contraditoriamente a este entendimento, acredita-se que “não é o tipo de crime que define o reincidente criminal”, mas sim a “análise de sua personalidade”⁵⁰.

Digna de encômios a decisão quando assevera que a *apreciação é extremamente casuística*, de modo que a *constatação da sociopatia, genericamente fixada, não necessariamente ensejará a interdição do sociopata*; porém, naquele caso, evidenciado pelas circunstâncias, mormente as pregressas, onde existia histórico de violência e de menoscabo com as regras sociais, por certo, não se podia referendar a tese da plena capacidade do indivíduo.

⁴⁸ Recurso Especial nº 1.306.687/MT.

⁴⁹ MORANA, Hilda; MENDES FILHO, Ruy B. Revisão sobre transtornos de personalidade. In: MORAES, Talvane de (Org.). *Ética e psiquiatria forense*. Rio de Janeiro: Edições IPUB - CUCA, 2001. p. 128.

⁵⁰ Idem, p. 117.

Ao refletir sobre a *necessidade de uma apreciação, caso a caso, da situação do interdito*, o STJ está admitindo a inafastabilidade da *flexibilização* da curatela. Está meditando sobre o fato de que a decretação de uma interdição civil não comporta uma resposta rígida/objetiva/abstrata, definida *a priori* pelo legislador, mas, ao revés, a *legitimidade da medida deverá ser vista a cada caso concreto*.

Como dito *supra*, *flexibilizar a curatela* é aplicá-la a todos que dela necessitem, e *na proporção que precisem*, sendo aqui que reside um fator interessante do caso. *Flexibilizar a curatela* na situação em apreço (a interdição do psicopata) não era flexibilizar a regra da curatela relativa para permitir uma medida menos restritiva de direitos (a interdição parcial). *Flexibilizar a curatela* ali consistia em *impor a medida protetiva da curatela total para alguém que, a despeito de ter capacidade civil*, representava perigo para si e para a coletividade.

Mais importante que manter a estrita observância da norma de regência que se pretendia aplicar (art. 1.767, I), portanto, era fazer uma *visão ampliada do instituto*, que tem como finalidade: trazer a proteção do interdito. Para tanto, afasta-se a norma que fundamenta o pedido (inaplicável à espécie) e se propõe então uma “*equiparação de categorias*”, comparando a situação do psicopata a dos toxicômanos e alcoólatras e fazendo incidir a regra disposta no art. 1.767, III. Tratava-se de proteger não só os interesses do interditando, mas de toda a coletividade com a qual se relaciona.

Por fim, só se lamenta que, malgrado reconhecido o alcance e a importância da *flexibilização* da medida, e considerado que a norma de regência para o caso seria não a do art. 1.767, I, mas sim a do art. 1.767, III, para a qual há previsão expressa da viabilidade de curatela relativa/interdição parcial (no art. 1.772 do Código Civil), não tenha o STJ feito qualquer consideração sobre a possibilidade de fixação dos *limites da curatela* naquela situação, ainda que para afastar esta fixação. A decisão termina com a decretação da interdição, *nos termos do pedido inicialmente proposto*.

À guisa de conclusão, registra-se que o *decisum*, não se atendo exclusivamente a argumentos em torno da patologia do interditando, *flexibiliza e humaniza a curatela*, ao se deter sobre o exame da personalidade do psicopata e de seus direitos fundamentais, porém ponderados com o interesse da coletividade. Hodiernamente, o que ainda se vê na maioria das decisões, que decretam a interdição, é a estrita preocupação do Judiciário em subsumir os casos concretos às situações previstas na lei, desse modo, a decisão capitaneada pela Ministra

Nancy Andriigh foi corajosa e correta, configurando verdadeiro divisor de águas no tema curatela.

REFERÊNCIAS

ABDALLA-FILHO, Elias. Transtornos de personalidade. In: TABORDA, José G.V.; CHALUB, Miguel; ABDALLA-FILHO, Elias (Org.). *Psiquiatria forense*. Porto Alegre: Artmed, 2004.

ABREU, Célia Barbosa. *Curatela & interdição civil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

_____; VAL, Eduardo Manuel. A experiência brasileira das internações involuntária e compulsória do dependente químico. In: ASENSI, Felipe Dutra; MUTIZ, Paula Lucia Arévalo; PINHEIRO, Roseni (Coord.). *Direito e saúde - Enfoques interdisciplinares*. Curitiba: Juruá, 2013.

AMATO, Elisa. Interdizione, inabilitazione, amnistrazione di sostegno: incertezze legislative, itinerari giurisprudenziali e proposte della dottrina. *Rivista Critica del Diritto Privato*, Napoli: Jovene, anno XI, n. 1-2, p. 101-139, marzo-giugno 1993.

CALDERA, Elvira Grimaldi de; ROMER, Graciela Bilbao de. El enfermo mental en nuestro ordenamiento jurídico. Disponível em: <<http://servicio.bc.uc.edu.ve/derecho/revista/52/52-3.pdf>>. Acesso em: 9 abr. 2014.

CLASSIFICAÇÃO de Transtornos Mentais e de Comportamento da CID - 10. Descrições Clínicas e Diretrizes Diagnósticas. Coord. Organização Mundial de Saúde. Trad. Dorgival Caetano. Porto Alegre: Artes Médicas, 1993.

CONSTITUIÇÃO da República italiana. Rio de Janeiro: Edições Trabalhistas S.A., 1991.

CORDEIRO, J. C. Dias. *Psiquiatria forense - A pessoa como sujeito ético em Medicina e em Direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003.

GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. Coord. Edvaldo Brito. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

MORANA, Hilda; MENDES FILHO, Ruy B. Revisão sobre transtornos de personalidade. In: MORAES, Talvane de (Org.). *Ética e psiquiatria forense*. Rio de Janeiro: Edições IPUB - CUCA, 2001.

PERLINGIERI, Pietro. *Il diritto civile nella legalità costituzionale*. 2. ed. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1991.

_____. *Perfis do Direito Civil Constitucional*. Trad. Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

RODRIGUES, Rafael Garcia. A pessoa e o ser humano no novo Código Civil. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). *A parte geral do novo código civil: estudos na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

SARMENTO, Eduardo Sócrates Castanheira. *A interdição no direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

SIDOU, J. M. Othon. *Dicionário jurídico*: Academia Brasileira de Letras Jurídicas. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico*. 15. ed. Atual. Nagib Slaibi Filho e Geraldo Magela Alves. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

SOIBELMAN, Leib. *Enciclopédia Jurídica*. Atual. Félix Soibelman. Rio de Janeiro: Elfez. Versão eletrônica. Disponível em: <<http://www.elfez.com.br>>. Acesso em: 30 mar. 2014.

ENCARCERAMENTO EM MASSA NO BRASIL: UM ESTUDO DE CASO NA CIDADE MINEIRA DE UBERLÂNDIA

MASS INCARCERATION IN BRAZIL: A CASE STUDY IN THE CITY OF UBERLÂNDIA

Debora Regina Pastana

Professora adjunta do Instituto de Ciências Sociais e do corpo permanente de professores do Programa de Pós-Graduação em Direito Público da Universidade Federal de Uberlândia (UFU), Uberlândia, Minas Gerais

Leonardo Mendonça Davi

Graduando em Direito da Universidade Federal de Uberlândia (UFU), Uberlândia, Minas Gerais

RESUMO: O presente artigo propõe discutir a realidade carcerária na Cidade de Uberlândia. Para tanto, inicialmente, faz-se uma análise da existência de uma nova ordem penal e sua influência no sistema de Justiça Criminal brasileira. Posteriormente, analisam-se as políticas criminais do Estado de Minas Gerais, com destaque para a aplicação do Programa Nacional de Segurança Pública com Cidadania (Pronasci). Por fim, faz-se a análise da realidade do Presídio Professor Jacy de Assis e das consequências do encarceramento em massa.

PALAVRAS-CHAVE: Encarceramento em massa; estado punitivo; democracia.

ABSTRACT: *This article aims to discuss the reality of the prison in the city of Uberlândia. For this purpose, initially, it is an analysis of the existence of a new criminal order and its influence on the Brazilian criminal justice system. Subsequently, we analyze the criminal policies of the State of Minas Gerais, with emphasis on the implementation of the National Public Security and Citizenship (Pronasci). Finally, it is analyzing the reality of prison Professor Jacy de Assis and the consequences of mass incarceration.*

KEYWORDS: *Mass incarceration in; punitive state; democracy.*

SUMÁRIO: 1 O Brasil e a “nova ordem penal”; 2 A política criminal no Estado

de Minas Gerais; 3 O encarceramento em Uberlândia no Presídio “Professor Jacy de Assis”; Considerações finais; Referências.

SUMMARY: 1 *Brazil and the “new criminal order”*; 2 *Criminal policy in the State of Minas Gerais*; 3 *Incarceration in Uberlândia in Prison “Professor Jacy de Assis”*; *Concluding remarks*; *References*.

1 O BRASIL E A “NOVA ORDEM PENAL”

Nos últimos trinta anos, transformações significativas que afetaram o perfil da economia mundial começaram a despontar, acarretando também mudanças na configuração política dos Estados e nas formas de sociabilidade. A simbólica derrubada do muro de Berlim e as reformas políticas soviéticas que culminaram no fim da URSS representaram a magnitude das mudanças e o rumo político que elas provocaram. Na mesma direção, o Consenso de Washington e suas regras universais passaram a dominar o cenário político ocidental, tornando-se o espectro econômico de quase todas as nações. Reestruturação produtiva, liberação dos mercados, privatização de indústrias e serviços, desregulamentação das relações de trabalho, flexibilização salarial, desemprego estrutural e redução das políticas públicas de inclusão social são apenas algumas das características desse limiar neoliberal. O fato é que o mundo está cada vez mais diligente com a economia e menos preocupado com o social. Na esfera da criminalidade e dos mecanismos de controle relacionados ao desvio, o período também foi marcado por uma série de alterações consideradas retrocessos políticos para muitos estudiosos do tema.

Os recentes desdobramentos em matéria de controle do crime e da justiça criminal são intrigantes porque envolvem uma súbita e perturbadora subversão do padrão histórico assentado. Mostram uma aguda descontinuidade que reclama explicação. Os processos modernizantes que, há tão pouco tempo, pareciam sedimentados neste domínio – acima de todas as tendências de longo prazo que apontavam para a “racionalização” e para a “civilização” – agora aparentam ter engatado a “marcha à ré”. A reaparição, na política oficial, de sentimentos punitivos e de gestos expressivos, que parecem estranhamente arcaicos e absolutamente antimodernos, tende a confundir

as teorias sociais comuns sobre a punição e seu desenvolvimento histórico. Nem mesmo o mais criativo leitor de Foucault, Marx, Durkheim e Elias poderia prever estes desdobramentos recentes, e certamente nenhuma previsão deste tipo jamais surgiu.¹

Dito de outra forma, os Estados vêm sofrendo um processo de reconfiguração política adequada ao receituário neoliberal. Nesse diapasão, destaca-se no contexto político atual uma forte preocupação com a gestão da segurança pública. É cada vez mais evidente a atenção estatal com o controle penal. No Brasil², não foi diferente. Entre nós é também possível visualizar o que Garland³ chamou de “obsessão securitária”, que direciona as políticas criminais para um maior rigor em relação às penas e maior intolerância para com o criminoso.

É bom salientar que não é de hoje⁴ que o Estado brasileiro adota uma política penal de exceção, contrária às noções de democracia e cidadania, e que coloca “a questão social como um caso de polícia”. O Presidente Washington Luís pode ter eternizado a frase que resume essa postura autoritária, mas a política já existia antes dele e continua nos dias atuais, agora perfeitamente adaptada ao contexto neoliberal. Entre nós a consolidação do Estado punitivo apenas agrava nossos males históricos, vale dizer, a

deslegitimação das instituições legais e judiciárias, a escalada dos abusos policiais, a criminalização dos pobres, o crescimento significativo da defesa das prá-

¹ GARLAND, David. *A cultura do controle: crime e ordem social na sociedade contemporânea*. Rio de Janeiro: Revan, 2008. p. 44.

² Nosso legado de autoritarismo e pouca resistência cidadã facilitou, em grande medida, a adequação do projeto neoliberal no fim dos anos 1980. Como bem observa Loïc Wacquant (2001, p. 7), “a penalidade neoliberal ainda é mais sedutora e mais funesta quando aplicada em países ao mesmo tempo atingidos por fortes desigualdades de condições e de oportunidades de vida e desprovidos de tradição democrática e de instituições capazes de amortecer os choques causados pela mutação do trabalho e do indivíduo no limiar do novo século”.

³ GARLAND, David. As contradições da “sociedade punitiva”: o caso britânico. *Revista de Sociologia e Política*, Curitiba, n. 13, 59-80, nov. 1999.

⁴ Fazendo referência a essa especificidade, Argüello (2005, p. 1) atesta que, “na América Latina, a preocupação com a violência criminal também se tornou uma obsessão coletiva e toma proporções que, de tão graves, lembram os tempos sombrios das ditaduras militares, quando a doutrina de segurança nacional legitimava a tortura e todas as demais formas de violação dos direitos humanos, em nome da razão de Estado. Hoje, é no altar da ideologia da segurança pública que se tornam facilmente sacrificáveis a democracia e os direitos humanos”.

ticas ilegais de repressão, a obstrução generalizada ao princípio da legalidade e a distribuição desigual e não equitativa dos direitos do cidadão.⁵

Nesse contexto, o controle social brasileiro apresenta-se ainda mais autoritário e seletivo, traduzido em aumento desproporcional de penas, maior encarceramento, supressão de direitos e garantias, endurecimento da execução penal entre outras medidas igualmente severas.

Neste início de milênio, quase todas as esferas da vida social, íntimas ou públicas, foram investidas e pensadas tendo como foco as questões de segurança. Ela está na ordem do dia em termos das preocupações de qualquer cidade, em qualquer quadrante do mundo. Mesmo em países como o Brasil, nos quais a pobreza e o desemprego assumem dimensões alarmantes, as pesquisas de opinião têm apontado a crescente preocupação das pessoas com a violência e com o crime. A segurança tem eclipsado outras mazelas sociais urgentes do País. Os resultados dessa *obsessão securitária* estão expressos claramente no aumento dos contingentes policiais, no crescimento da população carcerária, na maior sofisticação dos equipamentos eletrônicos, numa ampliação dos poderes dos órgãos de controle e na disseminação de mecanismos de vigilância.⁶

Confirmando tal reflexão, mesmo considerando as particularidades nacionais, alguns estudos⁷ recentes apontam para dados que nos permitem

⁵ WACQUANT, Löïc. *As prisões da miséria*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2001. p. 12.

⁶ SOUZA, Luís Antônio Francisco. Obsessão securitária e a cultura do controle. *Revista de Sociologia e Política*, n. 20, 161-165, jun. 2003, p. 164.

⁷ No Brasil, destacam-se os estudos do Instituto Carioca de Criminologia (ICC) que, inaugurando, em certa medida, a perspectiva de análise exposta neste artigo, apontam para reflexões que avaliam a sociedade brasileira como uma “sociedade do controle” e o Estado brasileiro como um exemplo particular de “Estado penal”. Pode-se dizer que Nilo Batista (2003a), criminólogo fundador desse instituto, inicia no Brasil esse viés científico, por meio da criminologia crítica. Vera Batista (2001) é outra pesquisadora que, vinculada ao ICC, estabelece reflexões pontuais sobre a segurança pública no Rio de Janeiro e sua configuração punitiva. Também analisando situações punitivas na Cidade do Rio de Janeiro, Carlos Henrique Aguiar Serra (2011) argumenta que na sociedade brasileira há uma cultura do extermínio, que atualmente se imbrica no Estado punitivo. Atrelando sua análise à reflexão de Agamben, Serra (2011, p. 110) também alega que esta conjuntura “coaduna-se na perpetuação da

afirmar que o Brasil também aderiu recentemente ao modelo de gestão penal neoliberal.

2 A POLÍTICA CRIMINAL NO ESTADO DE MINAS GERAIS

Embora no período atual também haja estudos⁸ que indicam caminhos para a promoção de mudanças na estrutura criminal e penitenciária no Brasil, no intuito de efetivação de direitos humanos, observa-se que são tímidos seus efeitos nas políticas públicas encabeçadas pelo Governo Federal, considerando que estas se pautam essencialmente por medidas simbólicas traduzidas em grande medida na ampliação do cárcere.

Desse modo, a questão carcerária no Brasil é reduzida a uma simples equação que relaciona o controle penal à quase exclusividade do encarceramento. Contrário a essa tendência hegemônica, o Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCCP) lançou, em 2011, o Plano Nacional de Política Criminal e Penitenciária propondo mudanças e descrevendo o atual panorama penal reduzido a:

[...] apoiar o endurecimento penal, aumentar as taxas de encarceramento, adotar o modelo de superprisões, ignorar a seletividade penal, idolatrar a pena privativa de liberdade, eleger as facções criminosas como problema central, apoiar a privatização do sistema penal, combater apenas a corrupção da ponta, judicializar todos os comportamentos da vida, potencializar o mito

lógica do inimigo, na manutenção e legitimação de um estado de exceção, com fantasias e práticas de poderes absolutos, ilimitados por autoridades legais". Ainda sobre o tema, cuidadosa é a reflexão de André Moysés Gaio (2006, p. 118) ao destacar que, embora a criminologia brasileira tenha se recusado "a abordar a criminalidade e a violência a partir de uma teoria geral da sociedade", é possível visualizar na sociedade brasileira "setores que defendem a aplicação de políticas cujo sentido se aproxima de uma abordagem da lei e da ordem".

⁸ Destaca-se o estudo lançado no ano de 2011 promovido pelo Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária intitulado Plano Nacional de Política Criminal e Penitenciária 2010, o I Relatório Global Anual dos Direitos Humanos no Brasil lançado em 2013 pela *Human Rights Watch Brasil*, bem como os inúmeros relatórios de organismos de controle das Nações Unidas e de organizações internacionais de direitos humanos. "Em 2007, a Alta Comissária da ONU para os Direitos Humanos, por exemplo, observou que o uso generalizado da prisão provisória demandava atenção especial. O Comitê contra a Tortura da ONU manifestou preocupação com os longos períodos de prisão provisória. O Comitê de Direitos Humanos da ONU também condenou as "condições desumanas" de detenção nas prisões e os atrasos nos procedimentos judiciais. A Comissão Interamericana de Direitos Humanos concedeu duas medidas cautelares contra o Brasil referentes às condições das prisões, uma em 2009 e outra em 2007" (INTERNACIONAL, 2010, p. 11).

das drogas, enfraquecer e criminalizar os movimentos sociais e defensores de direitos humanos e considerar o sistema prisional adjacente e consequente das polícias.⁹

Além desse contexto delineado pelo CNPCP, é importante ressaltar que há no campo jurídico-penal uma postura paradoxal. Por um lado, ainda prevalece o discurso funcional do sistema prisional, tripartido na proteção da sociedade, na punição dos criminosos e, principalmente, na crença na reabilitação. Nesse sentido, por mais que uma grande parcela admita a falência do sistema, o imaginário coletivo do campo jurídico ainda não trabalha com a ideia de um direito penal para além da pena privativa de liberdade.

Por outro lado, o crescimento da população prisional também tem sido provocado pela opção recorrente, por parte significativa dos julgadores brasileiros, pelas penas privativas de liberdade em suas sentenças judiciais. Tal adoção sistemática está em franca ascensão e em grande medida justifica o vultoso encarceramento muito mais do que um possível aumento das taxas criminais¹⁰. Nesse sentido, podemos afirmar que tal contexto é fruto de uma adesão cada vez mais coesa do campo jurídico ao entendimento de que a aplicação de um direito penal máximo se justifica quando relacionada a um momento considerado como de risco.

Com essa premissa, o que caracteriza a atuação penal é a noção de emergência, entendida como um momento excepcional a exigir “uma resposta pronta e imediata, que deve durar enquanto o estado emergencial perdure”¹¹ (Beck 2004, p. 95). Aqui não cabe qualquer objetivo educador, reformador ou disciplinador, apenas o isolamento e a exclusão.

⁹ O plano teve o intuito de propor uma nova direção para mudanças no sistema penal, qual seja, “criar uma nova espiral, da cidadania e da responsabilização: reduzir as taxas de encarceramento, descriminalizar condutas, ter modelos distintos de prisões para cada segmento, combater a seletividade penal, buscar menos justiça criminal e mais justiça social, investir na justiça restaurativa, empoderar a população para busca de solução dos conflitos, priorizar as penas alternativas à prisão, elege o sistema prisional como problema central, fortalecer o Estado na gestão do sistema penal, combater todos os níveis da corrupção, enfrentar a questão das drogas nas suas múltiplas dimensões (social, econômica, de saúde, criminal), fortalecer o controle social sobre o sistema penal e ter política, método e gestão específica para o sistema prisional” (CONSELHO Nacional de Política Criminal e Penitenciária. Plano Nacional de Política Criminal e Penitenciária, p. 1).

¹⁰ MACAULAY, F. Prisões e política carcerária. In: LIMA, Renato; PAULA, Liana (Org.). *Segurança pública e violência: o estado está cumprindo o seu papel?* São Paulo: Contexto, 2008. p. 16.

¹¹ BECK, Francis Rafael. *Perspectivas de controle ao crime organizado e críticas à flexibilização de garantias*. São Paulo: IBCCrim, 2004. p. 95.

Nessa oportunidade, importante destacar a consideração feita pelo Juiz Luís Carlos Valois¹² no tocante ao significado de um dos fins da pena, a “ressocialização”, e como esse entendimento tem sido utilizado para outro fim, qual seja a ampliação do encarceramento:

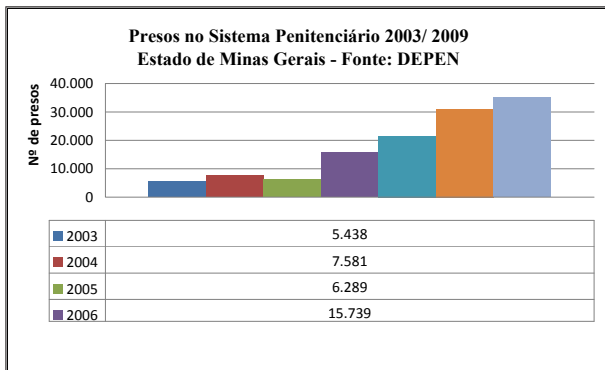
Muitos Tribunais usam o termo “ressocializar” como termo encarcerador. O tema ressocialização é muito perigoso porque é legitimador da prisão. Quando eu digo que a prisão vai servir para alguma coisa, eu estou legitimando essa atividade punitiva. Nenhuma prisão no mundo ressocializa ninguém. A pessoa pode se ressocializar sem prisão, com prisão e apesar da prisão. O discurso ressocializador está sendo usado para encarcerar. Na minha pesquisa, em cada 100 acórdãos que usavam o termo ressocialização, 60 usavam para encarcerar, aumentar ou agravar pena, mesmo todos sabendo que a prisão não ressocializa. Como eu posso dizer para um cidadão que eu vou colocá-lo na prisão para ressocializá-lo? Soa até ridículo. Não podemos punir dessa forma, com um argumento desfeito pela realidade. Se chegássemos ao ponto de dizer: “Olha, a prisão não é para ressocializar, é para te prender pelo que você fez, para te punir”, seria um grande avanço; contanto que levássemos em consideração o princípio constitucional, fundamento do Estado Democrático de Direito, a dignidade humana. O mínimo que se deveria fazer era respeitar a dignidade da pessoa humana. Isso já estaria ótimo. A gente não respeita nem a dignidade, quanto mais possibilitar a ressocialização de alguém.¹³

Conforme os gráficos a seguir, compilados do Departamento Penitenciário Nacional (Depen), é possível confirmar que no Estado de Minas Gerais há uma prevalência em optar pela política do encarceramento. Entre os anos de 2003 até 2009 é possível observar um crescimento significativo da população carcerária de 5 mil para mais de 35 mil (gráfico 1).

¹² Juiz da Vara de Execuções Penais no Amazonas e doutorando em Criminologia pela USP, membro da Associação de Juízes para a Democracia e da LEAP - Low Enforcement against Prohibition (agentes da lei contra a proibição das drogas).

¹³ Os problemas do sistema carcerário. Disponível em: <<http://jornalggn.com.br/blog/luisnassif/os-problemas-do-sistema-carcerario-brasileiro>>. Acesso em: 20 abr. 2014.

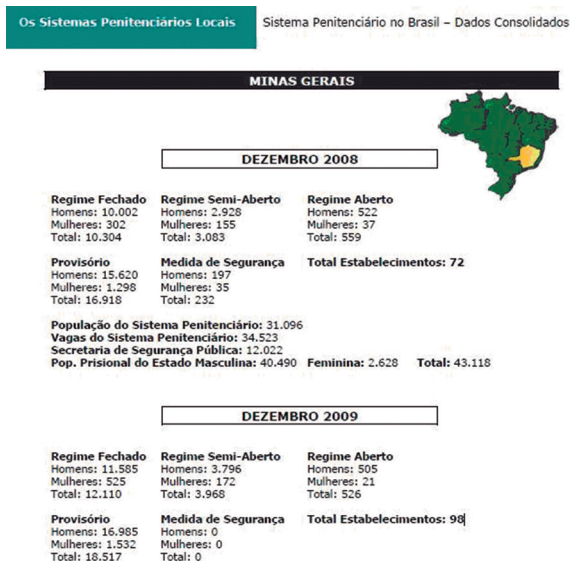
Gráfico 1: Quantidade de presos em Minas Gerais de 2003 a 2009



Fonte: Departamento Penitenciário Nacional (Depen)

Além desse crescimento, é importante destacar que mais de 50% desses presos estavam no cárcere de forma provisória (gráfico 2).

Gráfico 2 - Quantidade de presos no ano de 2009 por tipo de regime



Fonte: Departamento Penitenciário Nacional (Depen)

Esse retrato mineiro, aqui apresentado por esses números, não representa uma questão isolada, mas sim uma opção política que está sendo aplicada em todo território nacional.

A partir das constatações feitas, deve-se questionar: qual a razão política para esse crescimento vertiginoso da população carcerária?

Inicialmente, deve-se pontuar que no Brasil há uma dificuldade considerável no acesso aos dados oficiais relacionados à questão criminal. Isso fragiliza uma maior compreensão acerca da criminalidade nacional, bem como prejudica a formulação de diagnósticos confiáveis e consequentes políticas eficazes de redução da violência¹⁴. Dessa maneira, não havendo uma compreensão social coerente da real dimensão da criminalidade no País, abre-se espaço para a reprodução de mitos que vão desde os benefícios do endurecimento penal até a legitimação da utilização inadequada de desproporcional das prisões cautelares.

Outro ponto importante, explanado por Julita Lemgruber¹⁵, é a seletividade do sistema penal. No mesmo sentido, e de forma irônica, Wacquant¹⁶ considera que há uma política de ação afirmativa carcerária, ou seja, da mesma maneira que há a ampliação do número de vagas nos estabelecimentos prisionais, há também um escurecimento contínuo dessa população.

Ao fazermos uma análise comparada, é possível perceber que os reflexos do encarceramento que ocorrem nos EUA também são percebidos no Brasil. Conforme dados consolidados do Depen no ano de 2008, a maior parte da população carcerária brasileira era negra, e, de acordo com gráfico 3, só no Estado de Minas Gerais, no ano de 2007, mais de 60% dos presos tinham baixa formação educacional. Esses fatores estão diretamente ligados à seletividade nacional em matéria de encarceramento.

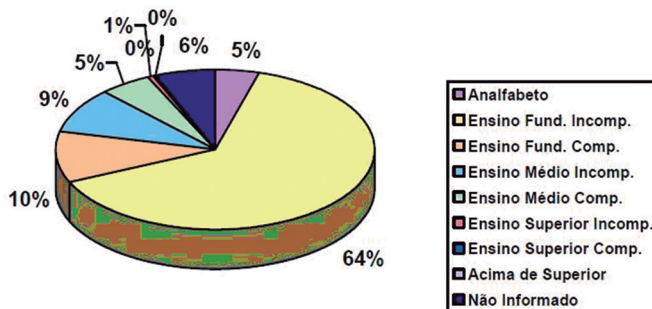
¹⁴ LEMGRUBER, Julita. Controle da criminalidade: mitos e fatos. In: OLIVEIRA, Nilson Vieira (Org). *Insegurança pública: reflexões sobre a criminalidade e a violência urbana*. São Paulo: Nova Alexandria, 2002.

¹⁵ Lemgruber, analisando o caso norte-americano, destaca que grande parte das pessoas encarceradas é negra, de baixa renda e com baixa formação educacional (idem).

¹⁶ WACQUANT, Löic. Op. cit., p. 93.

Gráfico 3 – Escolaridade dos presos do estado de Minas Gerais em 2007


PLANO DIRETOR DO SISTEMA PENITENCIÁRIO
ESTADO DE MINAS GERAIS



Fonte: SED/MG

Lemgruber¹⁷ pontua ainda que no Brasil, devido à deficiência dos dados do Sistema de Justiça, é difícil determinar aquilo que se chama de cifra oculta, “a diferença entre o número de crimes cometidos e aqueles que chegaram ao conhecimento da polícia”, o que implica a quase impossibilidade de determinar a real dimensão da criminalidade em nosso País.

No ano de 2000, a ONG americana Sentencing Project publicou um estudo em que demonstrou que os Estados americanos que mais encarceravam foram aqueles que tiveram as menores taxas de redução de criminalidade¹⁸. Dessa maneira, o estudo desmontou o quanto é falacioso argumento de que se deve ampliar os gastos com o encarceramento para, conseqüentemente, ter um suposto ganho social.

Na contramão dessa constatação, ainda há a preferência política pelo suposto custo-benefício para legitimar uma hipertrofia do Estado punitivo no Brasil. Essa tendência direcionada à ampliação do encarceramento tem reflexos em Minas Gerais, tendo em vista que nos próprios planos diretores há como uma

¹⁷ LEMGRUBER, Julita. Op. cit., p. 157.

¹⁸ Idem, p. 164.

das metas principais a ampliação do cárcere. Este assunto será aprofundado no próximo tópico.

Ademais, de todo esse quadro de recrudescimento, Minas possui uma particularidade, qual seja, a existência de presídio amplamente privatizado¹⁹ no Estado. Nesse sentido, é possível observar que nesse Estado existem as cinco tendências que caracterizam a evolução penal propostas por Wacquant²⁰, quais sejam: expansão vertical e horizontal da rede penal, o crescimento excessivo do setor penitenciário no seio da Administração Pública, o surgimento da indústria privada carcerária e a política de ação afirmativa.

2.1 ANÁLISE DO PRONASCI EM MINAS GERAIS

No final do segundo mandato do Presidente Luiz Inácio Lula da Silva, em 2007, o Governo Federal lançou o terceiro programa de destinado especificamente ao combate à criminalidade²¹. Intitulado de Pronasci (Programa Nacional de Segurança Pública com Cidadania), foi criado por meio da Medida Provisória nº 384 e previa, até o fim de 2012, o investimento de R\$ 6,707 bilhões em um conjunto de 94 ações. Este articulava “programas de segurança pública com políticas sociais já desenvolvidas pelo Governo Federal sem abrir mão das estratégias de controle e repressão qualificada à criminalidade”²².

Ao passo que no projeto o programa tende a ser voltado à cidadania²³, na realidade, demonstra ser mais instrumento de controle social e consolidação

¹⁹ Trata-se de um complexo penitenciário fruto de uma parceria público-privada (PPP) entre o Governo mineiro e o consórcio Gestores Prisionais Associados (GPA), com investimento de 190 milhões de reais sem custos para o Estado e com prazo de gestão de 27 anos. A penitenciária situa-se em Ribeirão das Neves, região metropolitana de Belo Horizonte. Projetada inicialmente para ter cinco unidades prisionais com 608 vagas cada uma e abrigar sentenciados do sexo masculino que cumprem pena nos regimes fechado e semiaberto. São 1.824 vagas para regime fechado e 1.216 para o semiaberto. Para maiores informações, confira: JESUS, Andréia Sousa. Complexo Penitenciário de Ribeirão das Neves: uma contribuição mineira para o fortalecimento do Estado Punitivo brasileiro. Monografia de Conclusão de Curso em Ciências Sociais. UFU, Uberlândia, 2014. p. 5.

²⁰ WACQUANT, Lïc. Op. cit., p. 80.

²¹ O primeiro programa foi lançado no Governo de Fernando Henrique Cardoso e intitulado de Plano Nacional de Segurança Pública, o segundo foi lançado no primeiro mandato do governo lula e intitulado de Programa II Plano Nacional de Segurança Pública.

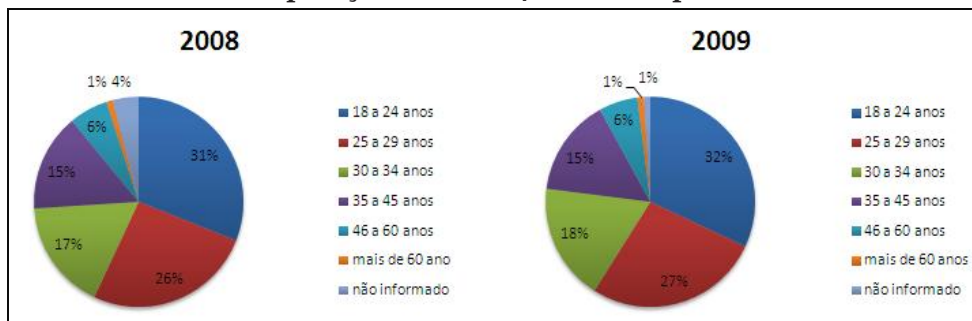
²² PASTANA, Débora Regina. Estado punitivo brasileiro A indeterminação entre democracia e autoritarismo. *Civitas*, v. 13, n. 1, p. 38, 2013.

²³ Em entrevista às pesquisadoras do Centro de Pesquisa e Documentação de História Contemporânea do Brasil da Fundação Getúlio Vargas, Marieta de Moraes Ferreira e Ângela Britto, Antônio Carlos Biscaia, então Secretário de Justiça entre março e setembro de 2007, informou que o intuito do nome

de um modelo punitivo de políticas do Estado. Tal afirmação é observada nas ações estruturais do Pronasci, que visam à modernização das instituições de segurança pública e do sistema prisional. Nesse sentido, “o Pronasci pouco alterou o espectro punitivo do controle social empregado”²⁴.

O programa ainda previa, conforme análise do documento, a criação de quase 38 mil vagas no sistema penitenciário, visando a atender um público específico, qual seja, jovens entre 18 e 24 anos, faixa etária que concentra o maior número de encarcerados no País, conforme o gráfico 4:

Gráfico 4 – População carcerária/idade dos presos no Brasil



Fonte: Departamento Penitenciário Nacional (Depen)

O argumento utilizado pelo Governo Federal para essa ampliação do número de vagas para jovens tinha o intuito de “separar os presos por faixa etária e natureza do delito para impedir que jovens que cometeram pequenos delitos se contaminem pela influência dos líderes do crime organizado”²⁵.

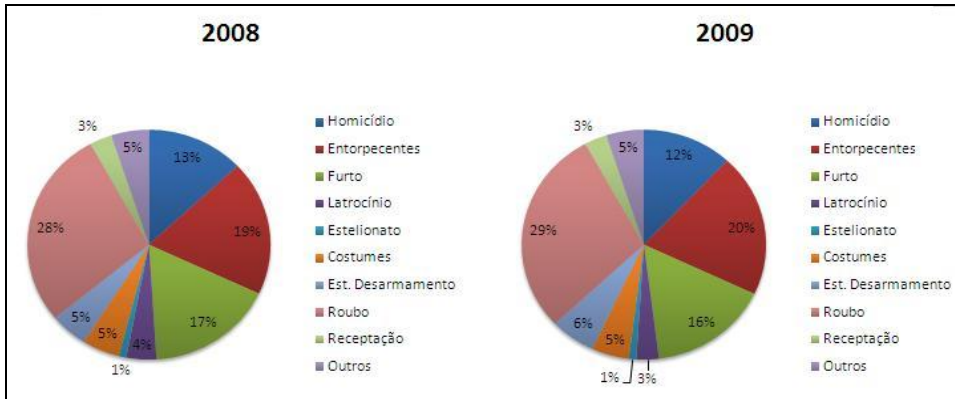
Entretanto, tal justificativa parece se distanciar da realidade, tendo em vista que a maior parte dos delitos são aqueles configurados por baixo potencial ofensivo (furto e roubo), fato que *prima facie* não demonstra estar relacionado diretamente com o crime organizado (gráfico 5).

Pronasci adveio do interesse de o Governo Federal intentar cuidar além da segurança, máster uma visão social. Nesse sentido, pleiteou uma segurança com cidadania, ou seja, o programa ao adjetivar o termo segurança pública tentou alcançar um novo modelo de segurança para o país. Para maiores informações, confira: FERREIRA, Marieta de Moraes; BRITO, Ângela (Org.). *Segurança e cidadania*: memórias do Pronasci: depoimentos ao Cpdoc. Rio de Janeiro: FGV, 2010. p. 87.

²⁴ PASTANA, Débora Regina. Op. cit., p. 38.

²⁵ Ministério da Justiça. Programa Nacional de Segurança Pública com Cidadania, p. 4.

Gráfico 5 – População encarcerada por tipo de delito



Fonte: Departamento Penitenciário Nacional (Depen)

Em concordância com a irônica afirmação de Wacquant²⁶, ao que parece, as políticas de cidadania do Governo brasileiro também estão voltadas para a criação de uma política de ação afirmativa de encarceramento de uma parcela significativa da juventude brasileira.

Reforça essa constatação a fala do Conselheiro do CNPC, Marcos Fuchs:

[...]. O que há nessas unidades é um grande número de jovens entre 18 e 24 anos que cometeram pequenos furtos. Alguns usuários de crack que, em uma batida, acabam sendo levados em flagrante, como traficantes. São pessoas que não deveriam estar presas. Há de se pensar em justiça restaurativa: trabalho comunitário, penas alternativas, usar o direito penal mínimo. Avaliar crimes de pequeno potencial ofensivo. É necessário uma coalizão de polícia, promotores e juizes. O que existe hoje é uma política nefasta, errada, de encarceramento em massa. Uma vez presas, essas pessoas não têm

²⁶ WACQUANT, Lïc. Op. cit., p. 93.

acesso à justiça. Elas vão ser ouvidas na primeira audiência depois de três, quatro meses.²⁷

Nessa oportunidade, faz jus o pensamento de Wacquant²⁸, ao descrever a realidade norte-americana. Em certa medida, pode-se relacioná-la à realidade brasileira:

O assombroso crescimento do número de presos na Califórnia, como no resto do país, explica-se, em três quartos, pelo encarceramento de pequenos delinquentes e, particularmente, dos toxicômanos. Pois, contrariamente ao discurso político e midiático dominante, as prisões americanas estão repletas não de perigosos e violentos, mas de vulgares condenados pelo direito comum por negócio de drogas, furto, roubo, ou simples atentados à ordem pública, em geral oriundos das parcelas precarizadas da classe trabalhadora.

Por sua vez, o Juiz Luís Carlos Valois²⁹ corrobora o entendimento de Wacquant no tocante às drogas ao considerar que

existem Estados brasileiros onde mais de 50% dos presos são envolvidos com drogas. Ou seja, você pune uma pessoa envolvida com entorpecente que é um ato praticado consensualmente, isto é, uma pessoa comprou e outra vendeu, prática inclusive estimulada por uma sociedade capitalista, quer dizer, consumir, comprar e vender é algo estimulado pela sociedade. Mas você pune exclusivamente os pobres, que encontram um caminho de sobrevivência nesse tipo de comércio, uma sobrevivência com condições mais dignas. E prende também os pobres que consomem, porque os ricos que consomem não são presos. Os ricos que têm grande

²⁷ Existe hoje uma política nefasta e errada de encarceramento em massa? Disponível em: <<http://estadao.br.msn.com/economia/existe-hoje-uma-pol%C3%ADtica-nefasta-e-errada-de-encarceramento-em-massa>>. Acesso em: 20 abr. 2014.

²⁸ WACQUANT, Lóïc. Op. cit., p. 33.

²⁹ É Juiz da Vara de Execuções Penais no Amazonas e doutorando em Criminologia pela USP, membro da Associação de Juízes para a Democracia e da LEAP - Low Enforcement against Prohibition (agentes da lei contra a proibição das drogas).

quantidade sempre são usuários e os pobres são sempre traficantes. Quer dizer, já começa daí uma justiça elitista que está prendendo os pobres em razão de uma atividade estimulada pelo próprio sistema capitalista.³⁰

Em 2007, no Governo de Aécio Neves, foi lançado o Plano Diretor do Sistema Penitenciário (PLSP), que visava a alinhar as metas do Convênio de Cooperação assinado entre a União e o Estado de Minas Gerais no âmbito do Programa Nacional de Segurança Pública com Cidadania (Pronasci).

Nesse sentido, o plano consistia em um conjunto de ações a ser implementado pelo Estado de Minas Gerais, por um determinado período, a fim de adequar os estabelecimentos prisionais aos dispositivos contidos na Lei nº 7.210/1984 – Lei de Execução Penal –, bem como melhorar a atuação dos órgãos de execução penal locais³¹.

O plano ressaltava ainda que

o objetivo principal na elaboração do Plano Diretor do Sistema Penitenciário era demonstrar que o Estado estava comprometido com todas as ações que norteiam o Pronasci, e que o combate à criminalidade deixou de ser uma questão apenas de segurança, mas também de exercício de cidadania.³²

Além disso, o PDSP possuía a seguinte metodologia:

Meta – Representa uma iniciativa que contribui para o cumprimento efetivo dos dispositivos da Lei de Execução Penal e para o fortalecimento institucional dos órgãos de execução penal. Será pré-definido pela União.

Situação atual – Traduz a situação atual pelo qual passa o Estado em relação ao tema que o alcance da meta pretende interferir de forma positiva.

³⁰ Os problemas do sistema carcerário. Disponível em: <<http://jornalgnn.com.br/blog/luisnassif/os-problemas-do-sistema-carcerario-brasileiro>>. Acesso em: 20 abr. 2014.

³¹ GOVERNO do Estado de Minas Gerais. Plano diretor do sistema penitenciário do Estado de Minas Gerais.

³² Idem, p. 7.

Ação – Significa “o que fazer”. Este parâmetro deverá expressar o(s) mecanismo(s) que o Estado irá utilizar para alcançar a meta estabelecida.

Etapas da ação – Significa “como fazer”. Este parâmetro deverá expressar de que forma o Estado irá implementar a ação que possibilitará alcançar a meta estabelecida.

Prazo de implementação das etapas da ação – Significa “quando” fazer. Este parâmetro delimita o prazo que o Estado levará na implementação de cada etapa da ação eleita para alcançar a meta estabelecida. Deverão ser evidenciadas as datas de início e conclusão de cada etapa da ação.³³

A ampliação do número de vagas se encontra na meta 20 do PDSP, sendo uma das propostas mais complexas e de maior prioridade. Demonstrou, inicialmente, que a capacidade do Sistema Penitenciário do Estado era de 15.758, e o mais alarmante era o déficit no número de vagas (20.785). Além disso, havia a previsão de construção e a ampliação de diversos estabelecimentos prisionais até o ano de 2012.

A partir desses dados, é possível constatar que, por mais que se invista no aumento do número de estabelecimentos prisionais³⁴, bem como na criação de programas de investimentos, como foi o Pronasci, as medidas têm se apresentado como simbólicas em sua essência, pois o foco principal das políticas de melhoramento do sistema prisional continua circunscrito à ampliação das vagas, em detrimento de um maior investimento em áreas sociais para que impactem nas causas reais da criminalidade.

Lemgruber, sobre o tema, traz uma importante reflexão:

Diante desse quadro, parece evidente que, a curto prazo, devem-se construir mais prisões no Brasil. O déficit atual parece ser, se não zerado, o que de imediato seria quase impossível, pelo menos diminuindo subs-

³³ Idem, p. 44

³⁴ A título exemplificativo, entre os anos de 2007 e 2008, estava prevista a inauguração dos seguintes estabelecimentos prisionais: Presídios de Montes Claros, de Araxá e Andradadas, de Caratinga, Coronel Fabriciano, João Pinheiro, Guaranésia, Teófilo Otoni, Presídio Região Metropolitana de Belo Horizonte I – PRMBH I, das APACs de Pouso Alegre São João Del Rei, Passos e ampliação da APAC Nova (GOVERNO do Estado de Minas Gerais. Op. cit., p. 67).

tancialmente. E, o que é mais importante: o Estado tem obrigação de dar condições de cumprimento de penas humanas e dignas a todos os presos. Entretanto, numa perspectiva de médio e longo prazo, não podemos dar prioridade à construção de prisões, como se fosse fórmula mágica para inibir o crime e a violência.³⁵

Portanto, tendo em vista a tese mencionada no tópico anterior de que medidas de recrudescimento punitivo não compensam o custo-benefício e não reduzem a criminalidade, devemos mudar radicalmente as políticas públicas relacionadas ao sistema prisional.

3 O ENCARCERAMENTO EM UBERLÂNDIA NO PRESÍDIO “PROFESSOR JACY DE ASSIS”

A escolha pela análise do Presídio Professor Jacy de Assis se dá em um momento em que também na Cidade de Uberlândia é possível perceber os efeitos das políticas de recrudescimento em matéria criminal que foram objetos de análise nos tópicos anteriores e que produzem inevitavelmente o encarceramento em massa, momento esse em que a cidade vivencia a recente inauguração de outro estabelecimento penal³⁶. Assim, em pouco mais de um ano e meio se verifica a duplicação de sua população carcerária, o que não impediu a presença de uma superlotação do presídio que é o objeto de estudo.

A Colônia Penal Professor Jacy de Assis (CPPJA) foi inaugurada no dia 16 de setembro de 1998. Em 2003, passou a se chamar Presídio Professor Jacy de Assis. Localiza-se no Bairro Dom Almir, região situada na periferia da Cidade de Uberlândia³⁷.

O período de análise dos dados foi delimitado entre os anos de 2008 a 2014 no intuito de ser possível relacionar a realidade da cidade com os dados

³⁵ LEMGRUBER, Julita. Op. cit., p. 179.

³⁶ Penitenciária Professor Pimenta da Veiga. A preferência pelo presídio em detrimento da penitenciária ocorreu pela dificuldade de obtenção de dados por parte desta última e por aquela ser responsável pelo encarceramento dos presos provisórios. Tema este que será aprofundado adiante.

³⁷ Interessante notar que o local escolhido para abrigar o presídio, a periferia da cidade, é fruto ainda da visão cultural que a sociedade brasileira tem da prisão. Visão contrária da sociedade americana que vê o estabelecimento prisional como instrumento de desenvolvimento econômico, tendo em vista o que aduz Wacquant: “As prisões não utilizam produtos químicos, não fazem barulho e não despedem seus funcionários durante recessões. Muito pelo contrário, trazem consigo empregos estáveis, comércios permanentes e entradas regulares de impostos” (p. 93).

do Estado de Minas Gerais e com os dados nacionais, objetivando demonstrar que se pode constatar o fenômeno do encarceramento em massa também no Município uberlandense.

A Lei de Execução Penal define quatro tipos de regimes, quais sejam, provisório, fechado, semiaberto e albergado; da mesma maneira, taxa que sejam implementados em estabelecimentos separados no intuito de alçar uma suposta recuperação do encarcerado, bem como possibilitar a efetivação dos fins da pena³⁸. Em que pese essa disposição legal, faz-se destacar que no corrente período o presídio apresenta em sua unidade os quatro regimes de cumprimento de pena. Para além da violação expressa das disposições da LEP, o panorama em que se encontra esse estabelecimento prisional contribui para a inflação da população carcerária.

Antes de adentrar na discussão em Uberlândia, faz-se necessário trazer algumas questões atinentes à prisão provisória. Inicialmente, da análise dos dados do Depen quanto ao número da população carcerária, chama-se atenção ao expressivo aumento do número de encarcerados frente ao total da população brasileira, assim como causa certa inquietação no tocante aos presos, uma grande parte ser resultado de prisões provisórias, ou seja, prisões sem condenações por sentenças transitadas em julgado.

No tocante à prisão provisória, trata-se de uma modalidade de prisão na qual o encarcerado aguarda a instrução criminal. Além disso, uma espécie de prisão cautelar pode ser de vários tipos: decorrente de flagrante, preventiva ou temporária. Tem-se que as prisões cautelares devam atender a um fim: garantir a normalidade da investigação ou o curso previsto da atividade processual. Assim, não devem cumprir os objetivos das prisões condenatórias.

Em que pese a existência de normas estabelecendo a necessidade de que o processo tenha uma duração razoável, bem como o ordenamento pátrio consagrando o princípio da presunção de inocência³⁹ como regra, constata-se

³⁸ “Art. 87. A penitenciária destina-se ao condenado à pena de reclusão, em regime fechado.”

“Art. 91. A Colônia Agrícola, Industrial ou Similar destina-se ao cumprimento da pena em regime semi-aberto.”

“Art. 93. A Casa do Albergado destina-se ao cumprimento de pena privativa de liberdade, em regime aberto, e da pena de limitação de fim de semana.”

“Art. 102. A cadeia pública destina-se ao recolhimento de presos provisórios.”

³⁹ O princípio da presunção de inocência encontra-se estabelecido na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, art. 5º, inciso LVII: “Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

pela análise dos gráficos já apresentados uma verdadeira expansão do número de presos provisórios. Dessa forma, o instituto das prisões cautelares, que deveria ser aplicado como uma exceção, está sendo aplicado com regra.

Juliana de Oliveira Carlos e Natália Ferraz Granja⁴⁰ apontam que “as prisões cautelares parecem ter sido alçadas à condição de cumprimento antecipado de pena, um reflexo do descaso das autoridades e da sociedade brasileiras quanto ao princípio da presunção de inocência”. Acrescentam ainda que “basta o início do inquérito policial para que, aos olhos da opinião pública, que muitas vezes contamina nossos julgadores, a pessoa investigada tenha se tornado uma ameaça que deve ser mantida longe do convívio social”.

Ademais, as hipóteses que fundamentam tais prisões têm sido interpretadas de modo a ampliar cada vez mais a possibilidade de manter o investigado ou acusado preso ao longo de todo o processo penal, muito antes de qualquer certeza da necessidade de condenação. Ao que parece, confirma essa posição o relatório do Relator especial das Nações Unidas sobre a tortura, que, em visita ao Brasil no ano 2000, concluiu que muitos presos provisórios e condenados não precisavam permanecer em reclusão e eram, em muitos casos, vítimas de penas excessivas:

[...] polícia, os promotores ou até os juízes teriam livremente qualificado um crime de furto como roubo, a fim de colocar criminosos de menor gravidade – que, em muitos países, não receberiam sequer uma sentença de prisão – em uma penitenciária por longos períodos de tempo. Além disso, foi alegado que a polícia frequentemente exerce coerção para obtenção de confissões de crimes mais graves, mesmo quando um suspeito se mostra disposto a confessar um crime de gravidade menor. A lei parece atuar como incentivo para que a polícia extraia confissões de crimes que possam ser mais graves do que o(s) crime(s) efetivamente cometido(s). Essa tendência também parece ser reforçada pelas constantes reivindicações da opinião pública e de políticos pela adoção de medidas

⁴⁰ CARLOS, Juliana de Oliveira; GRANLJA, Natália Ferraz. Presos provisórios: mero punitivismo? Disponível em: <a.yimg.com/kq/groups/16356158/.../Artigo+Presos+Provisórios.doc>. Acesso em: 22 fev. 2014, p. 2.

mais rígidas contra suspeitos de crimes. Essa política não só resulta em um nível substancial de privação desnecessária da liberdade, mas também contribui para o problema da superlotação.⁴¹

Diante de todo esse panorama do sistema penitenciário brasileiro, em 2008, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) criou os Mutirões Carcerários, visando, de maneira emergencial, a revisar os processos das pessoas encarceradas. Aliado a essa iniciativa do CNJ, o CNPCP, preocupado com a maneira que os juízes têm utilizado essa cautelar como controle social, apontou na Medida nº 6 do Plano Nacional de Política Criminal e Penitenciária a necessidade de aplicação da prisão provisória sem abuso sob os seguintes argumentos:

No sistema prisional brasileiro, 44% dos presos são provisórios. Porém, o CNJ identificou que os índices de presos provisórios são diferentes nas unidades da Federação, sendo que o Distrito Federal possui o menor percentual, 20%, e o Piauí, o maior, 74%. De qualquer forma, segundo dados da International Bar Association⁴², uma em cada cinco destas prisões é ilegal. Este fenômeno se deve à banalização da prisão cautelar, hoje concedida rotineiramente pelos juízes de primeira instância, que muitas vezes apenas homologam as prisões em flagrante realizadas pela polícia, sem que haja fundamentação apropriada. Se analisarmos o comportamento do Poder Judiciário, veremos que em incontáveis vezes o uso da prisão provisória é feito em desacordo com a Constituição Federal. Isto pode ser verificado nos mutirões carcerários do CNJ, que revisaram 156.708 processos e beneficiaram 41.404 presos, dos quais 23.915 foram postos em liberdade.⁴³

⁴¹ DOCUMENT – Brasil: “Subumano”: tortura, superlotação e violência em delegacias policiais de Minas Gerais. Disponível em: <<http://www.amnesty.org/en/library/asset/AMR19/003/2002/pt/a79212b4-d889-11dd-ad8c-f3d4445c118e/amr190032002pt.html>>. Acesso em: 15 abr. 2014.

⁴² Relatório disponível em: <<http://www.ibanet.org/Article/Detail.aspx?ArticleUId=D4CBAA59-1F9B-41B0-92CA-1B964AC29AC9>>. Acesso em: 21 abr. 2014.

⁴³ CONSELHO Nacional de Política Criminal e Penitenciária. Plano Nacional de Política Criminal e Penitenciária.

Macaulay⁴⁴ está em consonância com o disposto acima quando aduz que a opinião internacional dominante, baseada no custo da efetividade da prisão como forma de redução e prevenção ao crime, é que o aprisionamento – tanto provisório quanto como sentença – deve ser usado como último recurso, e não o primeiro [...] A prisão preventiva deveria ser restrita aos indivíduos que representem risco bem fundamentado de fuga ou perigo ao público.

Feitas essas observações quanto à prisão cautelar, passaremos a analisar a realidade do Presídio Jacy de Assis. Os gráficos a seguir foram fornecidos pela diretoria de gestão de vagas do Presídio Jacy de Assis e compreendem o período entre 2008 e 2014.

Gráfico 6 – Tabela de Ocupação Carcerária

PRESÍDIO	SEXO	OCUPAÇÃO ATUAL				AUTORIZAÇÃO				VAGAS IMPEDIDAS			
		PROV	FEC	S/A	AB	PROV	FEC	S/A	AB	PROV	FEC	S/A	AB
Prof. Jacy de Assis	Masc.	972	225	202	-	-	-	-	-	-	-	-	-
	Fem.	58	1	2	-	-	-	-	-	-	-	-	-
Uberlândia-MG	Menor	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-

Uberlândia (MG), 04 de junho de 2008.

Fonte: Diretoria de gestão de vagas do Presídio Jacy de Assis, 2014.

Gráfico 7 – Tabela de Ocupação Carcerária

PRESÍDIO	SEXO	OCUPAÇÃO ATUAL				AUTORIZAÇÃO				VAGAS IMPEDIDAS			
		PROV	FEC	S/A	AB	PROV	FEC	S/A	AB	PROV	FEC	S/A	AB
Prof. Jacy de Assis	Masc.	972	318	215									
	Fem.	64	11	4									
Uberlândia-MG	Menor	-	-	-									

Obs.: Total de presos NRS = 02

Uberlândia (MG), 29 de dezembro de 2009.

Fonte: Diretoria de gestão de vagas do Presídio Jacy de Assis, 2014.

⁴⁴ MACAULAY, F. Prisões e política carcerária. In: LIMA, Renato; PAULA, Liana (Org.). *Segurança pública e violência: o estado está cumprindo o seu papel?* São Paulo: Contexto, 2008. p. 25.

Gráfico 8 – Tabela de Ocupação Carcerária

PRESÍDIO	SEXO	OCUPAÇÃO ATUAL				AUTORIZAÇÃO				VAGAS IMPEDIDAS			
		PROV	FEC	S/A	AB	PROV	FEC	S/A	AB	PROV	FEC	S/A	AB
Prof. Jacy de Assis	Masc.	932	357	172	1								
	Fem.	79	1	4	-								
Uberlândia-MG	Menor	-	-	-	-								

Obs.: Total de presos NRS = 01

Uberlândia (MG), 28 de dezembro de 2010.

Fonte: Diretoria de gestão de vagas do Presídio Jacy de Assis, 2014.

Gráfico 9 – Tabela de Ocupação Carcerária

PRESÍDIO	SEXO	OCUPAÇÃO ATUAL				AUTORIZAÇÃO				VAGAS IMPEDIDAS			
		PROV	FEC	S/A	AB	PROV	FEC	S/A	AB	PROV	FEC	S/A	AB
Prof. Jacy de Assis	Masc.	1091	256	188	0								
	Fem.	67	0	5	-								
Uberlândia-MG	Menor	-	-	-	-								

Obs.: Total de presos NRS = 00

Uberlândia (MG), 27 de dezembro de 2011.

Fonte: Diretoria de gestão de vagas do Presídio Jacy de Assis, 2014.

Gráfico 10 – Tabela de Ocupação Carcerária

PRESÍDIO	SEXO	OCUPAÇÃO ATUAL				AUTORIZAÇÃO				VAGAS IMPEDIDAS			
		PROV	FEC	S/A	AB	PROV	FEC	S/A	AB	PROV	FEC	S/A	AB
Prof. Jacy de Assis	Masc.	1079	248	172	2								
	Fem.	58	3	6	0								
Uberlândia-MG	Menor	-	-	-	-								

Obs: Total de presos NRS = 00

Uberlândia (MG), 27 de dezembro de 2012.

Fonte: Diretoria de gestão de vagas do Presídio Jacy de Assis, 2014.

Gráfico 11 – Tabela de Ocupação Carcerária

ESTABELECIMENTO	SEXO	OCUPAÇÃO ATUAL				AUTORIZAÇÃO				CAPACIDADE				VAGAS IMPEDIDAS			
		PROV	FECH	S/A	AB	PROV	FECH	S/A	AB	PROV	FECH	S/A	AB	PROV	FECH	S/A	AB
Presídio "Prof. Jacy de Assis"	Mas.	1194	276	269	01					909	1	1					
	Fem.	67	03	03	00					27	1	1					
Uberlândia-MG	Menor																

Total de presos em 30.12.2013: 1813 detentos.

Fonte: Diretoria de gestão de vagas do Presídio Jacy de Assis, 2014.

Gráfico 12 – Tabela de Ocupação Carcerária

ESTABELECIMENTO	SEXO	OCUPAÇÃO ATUAL				AUTORIZAÇÃO				CAPACIDADE				VAGAS IMPEDIDAS			
		PROV	FECH	S/A	AB	PROV	FECH	S/A	AB	PROV	FECH	S/A	AB	PROV	FECH	S/A	AB
Presídio "Prof. Jacy de Assis"	Mas.	1259	283	269	1					909	1	1					
	Fem.	77	2	6	0					27	1	1					
Uberlândia-MG	Menor																

Total de presos em 21.01.2014: 1897 detentos.

Fonte: Diretoria de gestão de vagas do Presídio Jacy de Assis, 2014.

Da análise dos gráficos acima é possível constatar que a maior parte da população carcerária é composta por presos provisórios, sendo que no ano de 2008 esse número totalizava 972 presos cautelares. Interessante notar que entre 2008 e 2011 o número de provisórios pouco se alterou, mantendo-se próximo à casa dos mil presos. A realidade do cárcere uberlandense começa a se alterar a partir de 2011, quando se inicia um aumento, culminando, em 2014, na quantia expressiva de 1259 detentos.

Pelo gráfico 12, que atesta os números de 2014, constata-se que o presídio contempla uma quantidade de pessoas muito maior que sua real capacidade, realidade que não difere da nacional. Dito de outra forma, esse estabelecimento prisional tem servido como um verdadeiro depósito de pessoas, em sua maioria à espera de julgamento. Ou seja, pode-se inferir que na Cidade de Uberlândia o instituto da prisão provisória tem sido distorcido e aplicado como uma antecipação do cumprimento de pena.

Além disso, o aumento do número de pessoas encarceradas representa também o fortalecimento do entendimento do senso comum de que quanto maior é o encarceramento, maior é o combate à criminalidade. Quanto mais presos, maior e mais eficaz a "luta" contra o crime. Nesse sentido, por mais

que haja um entendimento científico acerca da falência do sistema prisional, há ainda uma confiança social de que pelo menos a prisão ter o objetivo punitivo.

Insta indagar se esses 1.259 presos provisórios em 2014 realmente representam um risco à sociedade e ao bom andamento do processo ou se, como tendência já demonstrada, são reflexo de uma verdadeira banalização da prisão cautelar, ou seja, homologada sem a devida fundamentação.

Outra análise quanto ao cárcere estabelece um parâmetro comparativo entre o discurso oficial de combate à criminalidade e a ampliação do número de encarcerados. Em dissertação de mestrado, Daniela Teixeira⁴⁵ analisou a prisão provisória na Cidade de Florianópolis. Em que pese as diferenças culturais, econômicas, entre outras, entre Uberlândia e Florianópolis, é possível constatar que o resultado é muito similar nas duas cidades. Ou seja, o fenômeno do encarceramento em massa reflete os mesmos efeitos.

O aumento no número de prisões, diferentemente do que se compreende nas análises estatísticas que pautam as políticas de segurança pública, ao que tudo indica, não tem uma relação direta com o aumento da violência ou da criminalidade, seja ela violenta ou não. Este aumento, por mais simplista que seja a conclusão, limita-se a informar tão somente que as polícias estão prendendo mais. Atrave-se a dizer que pode se tratar de uma relação direta da demanda eficientista, ou seja, aumenta a criminalização de condutas direcionadas à *criminalidade de rua*, aumenta o potencial de incidência dos indivíduos e grupos selecionados.

[...]

Por outro lado, verificar os porquês que tangem este aumento da atuação policial que se faz necessário. Pela confluência dos dados apresentados, pode-se afirmar que o Presídio Público Masculino de Florianópolis/SC, entre os anos 2004 a 2008, apresentou um índice de encarceramento centrado no *estereótipo*, ou seja, prendeu-se, em grande medida, homens novos,

⁴⁵ TEIXEIRA, Daniela Felix. *Controle penal atuarial e prisão cautelar: o modelo de segurança pública no Município de Florianópolis (2004 a 2008)*. Florianópolis, 2009. p. 157.

com idade compreendida entre os 18 aos 30 anos, desempregados, subempregados e, o mais relevante, em crimes de natureza patrimonial, em segundo lugar por tráfico ou consumo de entorpecentes, que se desdobra no porte e uso ilegal de armas.⁴⁶

Insta ressaltar que a análise comparada entre os dados fornecidos pela Secretária de Defesa Social de Minas Gerais⁴⁷ e os dados do número de presos no Presídio Professor Jacy de Assis demonstram haver um descompasso entre as políticas de combate à criminalidade e a realidade. Isso porque, enquanto no período analisado ocorreu uma ampliação do número de encarcerados, houve, a título de exemplo no mesmo período, uma diminuição em 65% do número de crimes de natureza patrimonial.

Sendo assim, constata-se a existência da seletividade do Sistema Penal, que, nos dizeres de Vera Regina Pereira de Andrade⁴⁸, escancaram que

[...] a função latente e real do sistema não é combater a criminalidade, protegendo bens jurídicos universais e gerando segurança pública e jurídica, mas, ao invés, construir seletivamente a criminalidade e, neste processo, reproduzir, material e ideologicamente, as desigualdades e assimetrias sociais (de classe, gênero, raça). Mas é precisamente o funcionamento ideológico do sistema – a circulação da ideologia penal dominante entre os operadores do sistema e no senso comum ou opinião pública – que perpetua a “ilusão de segurança” por ele fornecida, justificando socialmente a importância de sua existência e ocultando suas reais e invertidas funções.

⁴⁶ Idem, p. 129.

⁴⁷ Segundo informações veiculadas oficialmente pelo Governo mineiro, os índices relacionados à criminalidade violenta diminuiriam sensivelmente em todo o Estado entre os anos de 2004 e 2012. Seguindo outros Municípios (como Belo Horizonte, por exemplo), Uberlândia teve uma variação percentual do Índice de Crimes Violentos (ICV) de menos 65% entre os anos de 2012/2004. “Ou seja, essa redução demonstra que o Município mantém uma tendência de queda nos crimes violentos em relação a 2004”. Para maiores informações, confira: GOVERNO do Estado de Minas Gerais. Secretaria de Defesa Social. Informativo dos índices de criminalidade de Minas Gerais, 2012. Disponível em: <https://www.seds.mg.gov.br/images/seds_docs/Seds/informativo%20indices%20mg%202012.pdf>. Acesso em: 30 abr. 2014.

⁴⁸ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Sistema penal máximo versus cidadania mínima: códigos da violência na era da globalização*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 133.

Daí apresentar uma eficácia simbólica sustentadora da eficácia instrumental invertida. Nesta esteira, refiro-me a uma dupla inversão, a saber, preventiva e garantidora do sistema penal.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir de toda a discussão realizada no presente artigo, é possível constatar uma verdadeira política de encarceramento em massa. Reforça esse entendimento o diagnóstico feito pelo conselheiro do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, em que pontua que “o que existe hoje é uma política nefasta, errada, de encarceramento em massa. Uma vez presas, essas pessoas não têm acesso à justiça”.

Acrescenta ainda que “a sociedade tem de estar ciente de que carrega essa hipoteca. O pior investimento que se pode fazer é não investir em um sistema prisional decente”. E completa afirmando que as cadeias são degradantes e, além da falta de assistência jurídica, há um sistema, composto por polícia, promotores e juízes, que corrobora para a superlotação dos presídios.

No tocante às prisões cautelares, percebe-se que elas apenas proporcionam uma falsa sensação de segurança, que, em verdade, gera impactos extremamente nocivos na vida da pessoa presa, em sua estrutura familiar e em suas possibilidades de inserção e de cidadania futuras. Assim, soa contraditório apregoar o instituto da “ressocialização” quando se tenta justificar a pena de prisão.

A preocupação com a criminalidade e com a segurança comumente levam à formação de opinião de que a saída para esses problemas estaria na repressão mais efetiva aos criminosos. Via de regra, a repressão à prática de crimes é identificada como prisão. Assim, o aumento do número de pessoas encarceradas representaria um maior combate à criminalidade.

Por fim, faz refletir o pensamento do Juiz Luiz Valois⁴⁹:

Os juristas escrevem livros de Direito achando que o Direito é uma ciência independente da realidade, tipo, o cara vendeu entorpecente tem que ser preso; furtou um celular tem que ser preso. Tudo é prisão.

⁴⁹ VALOIS, Luiz. Os problemas do sistema carcerário. Disponível em: <<http://jornalgnn.com.br/blog/luisnassif/os-problemas-do-sistema-carcerario-brasileiro>>. Acesso em: 20 abr. 2014.

Como se a prisão que está na Lei de Execução Penal existisse de fato. Só que aquela prisão que está na lei não existe, e o profissional do Direito não percebe isso. Ele trabalha com papel; crime tal tem pena tal, e esta primordialmente é a prisão. Ele não percebe que essa prisão do papel não existe. Toda prisão no Brasil é ilegal. Porque se a prisão que está na lei não existe, a que aplicamos na realidade é ilegal.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Vera R. P. *Sistema penal máximo versus cidadania mínima: códigos da violência na era da globalização*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

BECK, Francis Rafael. *Perspectivas de controle ao crime organizado e críticas à flexibilização de garantias*. São Paulo: IBCCrim, 2004

BRASIL. Governo Federal. Ministério da Justiça. Departamento Nacional Penitenciário. Dados consolidados, 2008. Disponível em: <<http://portal.mj.gov.br/main.asp?>>. Acesso em: 12 abr. 2014.

_____. Governo Federal. Ministério da Justiça. Programa Nacional de Segurança Pública com cidadania. Brasília, 2007.

CARLOS, Juliana de Oliveira; GRANLJA, Natália Ferraz. Presos provisórios: mero punitivismo? Disponível em: <a.yimg.com/kq/groups/16356158/.../Artigo+Presos+Provisorios.doc>. Acesso em: 22 fev. 2014.

CONSELHO Nacional de Política Criminal e Penitenciária. Plano Nacional de Política Criminal e Penitenciária. 2011.

DOCUMENT - Brasil: "Subumano": tortura, superlotação e violência em delegacias policiais de Minas Gerais. Disponível em: <<http://www.amnesty.org/en/library/asset/AMR19/003/2002/pt/a79212b4-d889-11dd-ad8c-f3d4445c118e/amr190032002pt.html>>. Acesso em: 15 abr. 2014.

FERREIRA, Marieta de Moraes; BRITO, Ângela (Org.). *Segurança e cidadania: memórias do Pronasci: depoimentos ao Cpdoc*. Rio de Janeiro: FGV, 2010.

GARLAND, David. *A cultura do controle: crime e ordem social na sociedade contemporânea*. Rio de Janeiro: Revan, 2008.

_____. As contradições da "sociedade punitiva": o caso britânico. *Revista de Sociologia e Política*, Curitiba, n. 13, 59-80, nov. 1999.

GOVERNO do Estado de Minas Gerais. Plano diretor do sistema penitenciário do Estado de Minas Gerias, 2007.

_____. Secretaria de Defesa Social. Informativo dos índices de criminalidade de Minas Gerais, 2012. Disponível em: <https://www.seds.mg.gov.br/images/seds_docs/Seds/informativo%20indices%20mg%202012.pdf>. Acesso em: 30 abr. 2014.

INTERNACIONAL Bar Association. Um em cada cinco: a crise nas prisões e no sistema de Justiça Criminal Brasileiro. 2010. Disponível em: <http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&frm=1&source=web&cd=1&ved=0CDIQFjAA&url=http%3A%2F%2Fwww.ibanet.org%2Fdocument%2FDefault.aspx%3FdocumentUid%3D8C4C7D89-06C5-4CAA-939E-332B20927F75&ei=4pFhU-iKO_PisAT_kILACA&usq=AFQjCNHGjpGXjXEJ_I3ybpAv48VbdrFmtg&sig2=JoGZvWJiizC-7XHK-ju1Cg>. Acesso em: 23 fev. 2014.

JESUS, Andréia Sousa. Complexo Penitenciário de Ribeirão das Neves: uma contribuição mineira para o fortalecimento do Estado punitivo brasileiro. Monografia de conclusão de curso em Ciências Sociais. UFU, Uberlândia, 2014.

LEMGRUBER, Julita. Controle da criminalidade: mitos e fatos. In: OLIVEIRA, Nilson Vieira (Org.). *Insegurança pública: reflexões sobre a criminalidade e a violência urbana*. São Paulo: Nova Alexandria, 2002.

MACAULAY, F. Prisões e política carcerária. In: LIMA, Renato; PAULA, Liana (Org.). *Segurança pública e violência: o Estado está cumprindo o seu papel?* São Paulo: Contexto, 2008.

NASCIMENTO, Luciano. Especialistas advertem para o número excessivo de presos provisórios no país. *Agência Brasil*, Edição de 26.10.2012. Disponível em: <<http://www.ebc.com.br/2012/10/especialistas-advertem-para-o-numero-excessivo-de-presos-provisorios-no-pais>>. Acesso em: 18 abr. 2014.

PASTANA, Débora Regina. Estado punitivo brasileiro A indeterminação entre democracia e autoritarismo. *Civitas*, Porto Alegre, v. 13, n. 1, p. 27-47, jan./abr. 2013.

SOUZA, Luís Antônio Francisco. Obsessão securitária e a cultura do controle. *Revista de Sociologia e Política*, n. 20: 161-165, jun. 2003.

TEIXEIRA, Daniela Felix Teixeira. *Controle penal atuarial e prisão cautelar: o modelo de segurança pública no Município de Florianópolis (2004 a 2008)*. Florianópolis, 2009.

WACQUANT, Lôic. *As prisões da miséria*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2001.

UMA PONTE ENTRE ZAFFARONI, FERRAJOLI E OST - A CONSTRUÇÃO DO MODELO DE JUIZ DEMOCRÁTICO CONTEMPORÂNEO (E CONSTITUCIONAL) NA SOCIEDADE HIPERCOMPLEXA¹

A BRIDGE BETWEEN ZAFFARONI, FERRAJOLI AND OST - THE CONSTRUCTION OF CONTEMPORARY (AND CONSTITUTIONAL) JUDGE DEMOCRATIC MODEL IN HYPERCOMPLEX SOCIETY

Diógenes V. Hassan Ribeiro²

Doutor em Direito Público pela UNISINOS

RESUMO: O presente estudo apresenta pesquisa sobre a evolução da magistratura e sua classificação em conformidade, basicamente, a três teorias de autores mundialmente renomados. O jurista argentino Eugenio Raúl Zaffaroni desenvolveu um estudo que mostra uma linha evolutivo-cronológico da magistratura tendo em consideração dois aspectos fundamentais: a forma de acesso aos cargos do judiciário e a existência de um controle por órgão externo e democrático. O jusfilósofo italiano Luigi Ferrajoli, por seu turno, não acrescentou nenhuma alteração

nessa evolução, mas apresentou estudos que indicam um modelo de juiz democrático e constitucional para a sociedade atual. Já, François Ost, jurista belga, apresentou modelos evolutivos de Magistrados que têm em conta a evolução da sociedade, do direito e da magistratura, em paralelo com as mudanças da sociedade.

PALAVRAS-CHAVE: Juiz; evolução; democracia; constitucional; sociedade; garantismo penal.

ABSTRACT: *This paper presents a research on the evolution of the judiciary*

¹ Artigo que teve como motivação curta palestra ministrada no Curso Inicial de Formação dos Magistrados aprovados no Concurso para a Magistratura no Estado do Rio Grande do Sul, proferida em 4 de junho de 2014. O Professor Dr. Ingo Wolfgang Sarlet também participou e deu importante contribuição para o evento.

² Mestre em Direito Público pela UNISINOS, Professor titular do PPGD - Nível Mestrado do UNILASALLE/CANOAS-RS, Desembargador do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (2011), Magistrado no TJRS.

and its classification in accordance to basically three theories of world-renowned authors. The Argentine jurist Eugenio Raúl Zaffaroni developed a study that shows an evolutionary-chronological line of the judiciary taking into account two main aspects: the form of access to the positions of the judiciary and the existence of a control by external and democratic body. The Italian jurist and philosopher, Luigi Ferrajoli, in turn did not add any change in that evolution, but presented studies suggesting a model of democratic and constitutional judge for today's society. Yet, François Ost, Belgian jurist, presented evolutionary models of magistrates that take into consideration the evolution of society, law and judiciary, in parallel with changes in society.

KEYWORDS: Judge; evolution; democracy; constitutional; society; criminal garantism.

SUMÁRIO: Introdução; 1 A evolução dos modelos de magistratura; 2 O constitucionalismo garantista – Um juspositivismo reforçado; 3 Os juízes Júpiter, Hércules e Hermes; 4 O modelo de magistratura democrática contemporânea e constitucional na sociedade hipercomplexa; Anotações finais; Referências.

SUMMARY: Introduction; 1 Evolution of judiciary models; 2 The garantism constitutionalist – A reinforced juspositivism; 3 Jupiter, Hercules and Hermes judges; 4 Contemporary model of democratic and constitutional judiciary in hypercomplex society; Final notes; References.

INTRODUÇÃO

Na obra *Poder Judiciário – Crise, acertos e desacertos*, publicada em 1995, pela Editora Revista dos Tribunais, Eugenio Raúl Zaffaroni, notável jurista argentino, expõe uma classificação da magistratura, ancorada em uma ideia de evolução. Em textos mais recentes, Luigi Ferrajoli enfatiza, em um deles³, *Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista*, publicado em 2012, o garantismo positivista, inserido na ideia de garantismo constitucionalista e contra as noções de constitucionalismo principialista e pan-principiologismo⁴, em outro, *Nove massime di deontologia giudiziaria*⁵, de fevereiro de 2013, traz nove máximas da deontologia judiciária. Para tornar mais complexo esse contexto envolvente e indagador, é necessária a inserção dos juízes Júpiter, Hércules e Hermes em conformidade às metáforas

³ FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam. *Garantismo, hermenêutica e (neo) constitucionalismo* – Um debate com Luigi Ferrajoli/Alexandre Moraes da Rosa ...[et al.]. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012 (Constitucionalismo garantista e constitucionalismo principialista e Constitucionalismo garantista e o estado de direito).

⁴ Expressão cunhada por Lenio Luiz Streck.

⁵ Disponível em: <<http://www.magistraturademocratica.it/mdem/upu/fsentenza/L'intervento%20di%20Luigi%20Ferrajoli.pdf>>. Acesso em: 3 jun. 2014.

criadas por François Ost no artigo que publicou em 1993, traduzido para o idioma espanhol como *Júpiter, Hércules, Hermes: tres modelos de juez*⁶.

Esses textos servem de base à pesquisa que ora se publica em forma de artigo, mas outras leituras, evidentemente, fazem parte das ideias que serão expostas.

A motivação da pesquisa e do artigo se deveu a um evento em especial, uma curta palestra ministrada no Curso de Formação Inicial dos Magistrados aprovados no último concurso no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul⁷. Mas há uma motivação mais antiga, frequente, permanente, que indaga sobre os rumos do Poder Judiciário e sobre a grande diversidade cultural e de posições que orientam os Magistrados, em especial: a constante busca e necessidade de aprimoramento do Judiciário e da sua magistratura. Há muito para ser escrito a respeito. Esta é uma pequena contribuição.

1 A EVOLUÇÃO DOS MODELOS DE MAGISTRATURA

Segundo Zaffaroni, a magistratura pode ser classificada em três modelos, percebendo-se uma nítida característica evolutiva nos modelos. Esses modelos expostos por Zaffaroni iniciam pela análise da seleção para o acesso aos cargos dos Magistrados. A forma de seleção tem relevante repercussão na característica da magistratura analisada. Situa este autor que o primeiro dos modelos, o empírico-primitivo, começou a ser identificado e também a ser superado com a *necessidade de qualificar tecnicamente os juízes*, o que foi posto em relevo por Frederico II, da Prússia, quando ascendeu ao trono, em 31 de maio de 1740. Estabeleceu-se, então, uma perfeita burocracia judiciária, que era o modelo mais complexo que teria antecedido aquele modelo posto por Napoleão Bonaparte. A necessidade de propiciar melhor qualificação técnica aos juízes foi resolvida, na época, na Inglaterra, com a seleção dos juízes entre os advogados de maior prestígio, enquanto na França, logo após a Revolução Francesa, houve a inferiorização da função judiciária e da função jurídica.

Na França, a subestimação da função jurisdicional se deveu à desconfiança original que antecedeu à Revolução Francesa. A justiça, então, estava depositada nos “parlamentos”, quando era tratada como propriedade, ou seja, os cargos eram vendidos, herdados ou alugados. Com a Revolução Francesa, como reação

⁶ Disponível em: <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/rev_academia/revistas/08/jupiter-hercules-hermes-tres-modelos-de-juez.pdf>. Acesso em: 3 jun. 2014.

⁷ Este artigo é dedicado, como uma homenagem, aos novos Magistrados.

àquele “estado da Justiça”, os cargos passaram a ser exercidos por funcionários públicos estatais. Daí adviria a noção de que, na França, “inexiste autoridade superior à da legislação”, o que valia para o Rei, mas também valia para os juízes e, então, como corolário o velho dito de que os juízes eram “a boca da lei (*la bouche de la loi*)”. No ano de 1810, com “a grande lei”, Napoleão impôs a centralização da seleção com o Executivo, não havendo necessidade de qualificação técnica e tudo dependia do Governo, do Executivo.

Portanto, as mudanças iniciaram-se pela constatação da necessidade de maior qualificação técnica dos Magistrados. Entre as possibilidades de obter maior qualificação técnica estava a alteração da forma de acesso aos cargos da magistratura.

A forma de seleção possibilita uma identificação de grau entre os modelos. Caracterizando-se a seleção, no modelo tecno-burocrático, por seleção técnica, o que o distingue do modelo empírico primitivo, quanto “mais forte” for a seleção, como, por exemplo, por meio de concurso público de provas e títulos, mais distante estará este modelo do primeiro, mas quanto “mais fraca” for a seleção, como, por exemplo, por formação burocrática ou por designação interna por “mérito” do servidor, mais próxima estará do primeiro modelo.

1.1 O MODELO EMPÍRICO PRIMITIVO

Na celebrada classificação de Zaffaroni, este é o modelo mais distante no tempo, mas em vários Estados ainda persiste, inclusive, por incrível que possa parecer, nos Estados Unidos da América. Caracteriza-se, essencialmente, por uma forma de acesso político-partidária. Por um lado, então, há uma *arbitrariedade seletiva*, por outro há *carência de qualificação técnica*. Nesse modelo não é assegurada a independência da magistratura e, por decorrência, o seu atributo mor – a imparcialidade. A cultura jurídica é pobre, frágil e pertence, acentuadamente, a regimes não democráticos ou pouco democráticos, ou, ainda, a democracias sem estabilidade ou primitivas. Quando esse modelo é praticado em democracias desenvolvidas, então há freios opostos pela sociedade ao poder, ou as deficiências são superadas por instituições que controlam o poder ou o limitam.

Assim, situam-se neste modelo, conforme Zaffaroni, o Judiciário inglês, o Judiciário americano e o Judiciário dos “socialismos reais” (os países que formavam a URSS e Cuba), assim como o Judiciário da Bolívia, da Costa Rica, do Equador, de El Salvador, Honduras, México, Panamá, Nicarágua, República

Dominicana e Venezuela. Logicamente que, quanto ao inglês e ao americano, possuem fórmulas de compensação das desvantagens com o controle pela sociedade, ou pela cultura e pela tradição democrática. Na Argentina, também vige o modelo empírico-primitivo, embora em algumas províncias se aproxime do modelo tecno-burocrático, pois a seleção é partidária, constante da Constituição Nacional, e o governo do judiciário fica com a Corte ou com o Supremo Tribunal.

Relativamente ao Judiciário inglês, é certo que neutralizou, pelas suas tradições e pela cultura do povo, várias das carências primitivas.

Essencialmente há um elevado arbítrio no acesso aos cargos da magistratura, com Judiciário verticalizado e nomeações políticas, ainda que, em algumas situações, não haja a exclusividade da nomeação pelo Executivo, cabendo também ao Legislativo, ou mediante listas. Há casos, ainda, em que se acentua uma “domesticação” dos juízes, quando o provimento do cargo é por tempo reduzido: quanto mais breve, pior para independência do Magistrado.

1.2 O MODELO TECNO-BUROCRÁTICO

Estão neste modelo, *preferencialmente*, o Judiciário brasileiro e o Judiciário da Colômbia. O Judiciário da Alemanha também se situa neste modelo, embora atenuado, considerando a organização federal e a existência de um Tribunal Constitucional. O Judiciário do Japão estaria em uma fase mais aprimorada deste modelo.

No Brasil, este modelo de seleção forte para o acesso aos cargos de Magistrados vigora desde a época do Estado Novo, no Governo de Getúlio Vargas. Segundo Zaffaroni, não se insere no modelo democrático contemporâneo, uma vez que não há governo por órgão horizontal e porque o tribunal constitucional é composto por designação puramente política e não dispersa, sendo o único caso, das Cortes, de designação política, enquanto que os tribunais têm, na sua composição, um quinto dos cargos integrado por membros do Ministério Público e por advogados.

Este modelo advém da eliminação da arbitrariedade na seleção para o acesso aos cargos da magistratura, com o que fica garantido o nível técnico exigido. O juiz tecno-burocrático revela-se formalista e seu perfil continua, de certo modo, deteriorado, tal como no modelo empírico-primitivo, agora com uma tendência *carreirística*. A crítica de Zaffaroni a este modelo é severa, pois diz também que a independência, na melhor das hipóteses, é apenas externa

e o controle de constitucionalidade, se houver, terá reduzida incidência. E, conquanto a cultura jurídica seja superior, há reduzido estímulo para voos teóricos, com a conservação dos “métodos exegéticos e dos argumentos pragmáticos”. Evidentemente que se afirma, por este modelo de magistratura, o Estado de Direito, contudo com um caráter legalista, não constitucionalista. Não há, na prática, relevantes diferenças do modelo empírico-primitivo, embora mais estável, necessariamente não democrático, e que poderá ser claramente autoritário.

1.3 O MODELO DEMOCRÁTICO CONTEMPORÂNEO

A instauração deste modelo parte da seleção, forte, para o acesso aos cargos da magistratura, do modelo anterior, que poderá, inclusive, obter o incremento de um controle do processo seletivo. Em todos os demais aspectos há sensíveis melhorias: a qualidade do serviço melhora com o constante controle de constitucionalidade, havendo redução do formalismo; o juiz teria um perfil politizado, não partidário, nem burocratizado; a independência ocorre no nível externo e interno; o tribunal constitucional é designado por uma seleção dispersa, elevando o seu nível; a magistratura recebe e proporciona melhores condições para o investimento produtivo racional; caracterizando-se por uma magistratura pluralística e, então, dinâmica, são possíveis os voos teóricos exigidos; a forma constitucional aprimora e fortalece o Estado de Direito; a estrutura tem como característica geral a de democracia, desde que real, não obstaculizada por vícios instrumentais ou por normas constitucionais meramente programáticas.

A opção exercida no pós-guerra pelos países do sistema continental europeu, com exceção da Inglaterra, seguindo a França, pela instituição de conselhos, foi a que possibilitou uma tendência de superação do modelo tecno-burocrático. Com efeito, na França, na Itália, na Espanha, em Portugal, na Alemanha e no Japão, há uma clara tendência de superação do modelo tecno-burocrático de magistratura com o possível ingresso em um modelo democrático contemporâneo.

No Brasil, com a Emenda nº 45, de 30 de dezembro de 2004, foi criado o Conselho Nacional de Justiça, de composição dispersa, integrado por quinze conselheiros, sendo 8 Magistrados de carreira, presidido pelo Presidente do Supremo Tribunal Federal, além de dois membros do Ministério Público, dois advogados e dois cidadãos de notável saber jurídico e reputação ilibada, indicados pelo Senado da República e pela Câmara dos Deputados. Este Conselho tem a finalidade de contribuir para que a prestação jurisdicional seja

realizada com moralidade, eficiência e efetividade, em benefício da cidadania. É um órgão do Poder Judiciário com sede em Brasília/DF e atuação em todo o território nacional, que visa, por meio de ações de planejamento, à coordenação, ao controle administrativo e ao aperfeiçoamento no serviço público da prestação da Justiça. É um órgão direcionado precipuamente ao controle e à transparência administrativa e processual.

Analisada, portanto, a obra de Zaffaroni, com a vigência desta emenda constitucional, desde 2004 o Judiciário brasileiro também envereda para ingressar no modelo democrático contemporâneo, considerando que já ostenta uma seleção forte, acesso aos cargos por meio de concurso público de provas e títulos que, embora não caracterize uma condição para o ingresso nesse novo modelo, há de significar uma característica que torna mais fácil esse aprimoramento. Contudo, o Judiciário brasileiro tem muito caminho pela frente para, efetivamente, ingressar no modelo democrático contemporâneo, superando os vícios da burocracia profissional. É certo que um dos momentos necessários de superação dar-se-á com o aprimoramento do acesso aos tribunais e das promoções. Zaffaroni, aliás, é contrário à carreirização da magistratura, dizendo que o acesso a cargos superiores somente deve ser possível mediante novo concurso de provas e títulos, quando o Magistrado se mostrar capaz de ascender a cargos superiores.

Sinala, contudo, Zaffaroni que tudo o que foi dito sobre os judiciários desses Estados, tal não significa que já caracterizem um modelo democrático contemporâneo, estando uns mais próximos ainda do modelo tecno-burocrático, como é o caso do Brasil, enquanto outros estão em níveis bem mais avançados, como é o caso da Alemanha.

2 O CONSTITUCIONALISMO GARANTISTA - UM JUSPOSITIVISMO REFORÇADO

Luigi Ferrajoli, em textos mais recentes, apresentou desenvolvimentos importantes da sua *teoria garantista*. A proposta do presente artigo é esboçar uma vinculação entre as ideias do jurista argentino, Eugenio Raúl Zaffaroni, e de jusfilósofo italiano. Por evidente que se limita essa proposta a tentar vincular o modelo democrático contemporâneo de magistratura às concepções atuais de Ferrajoli.

A proposta guarda elevada dificuldade, considerando a sua originalidade, daí a possibilidade de receber críticas acerbas. Todavia, o propósito otimista e

construtivo que move a tentativa é alvissareiro, razão pela qual são aguardadas as críticas.

Convém observar, desde logo, que, diversamente de Zaffaroni, não se conhece obra ou texto de Ferrajoli que trata de classificar a magistratura em modelos, ou que sinalize alguma característica atual da magistratura. Todavia, Ferrajoli publicou recentemente um artigo em que apresenta “nove máximas deontológicas da magistratura”, no qual possibilita uma análise da sua compreensão da judicatura.

É evidente que quando Zaffaroni trata de modelos de magistratura somente de forma indireta cogita dos juízes integrantes. Trata, então, do perfil dos juízes que caracterizam os diversos modelos. Ferrajoli, a seu turno, trata da aplicação da teoria do garantismo, uma teoria de aplicação da constituição e dos direitos fundamentais, originalmente apresentada com vistas ao direito penal, mas que também tem repercussão como um *modelo normativo de direito*, como *uma teoria jurídica ou de direito* e como *uma filosofia política*.

Como *modelo normativo de direito*, enuncia o Estado de Direito como o poder submetido à lei formal e substancial; na relação de democracia com o Estado de Direito, não apenas “quem” ou “como”, mas “o que” deve decidir ou “o que” não deve decidir, nisso com pertinência aos direitos fundamentais; na relação do Estado de Direito Liberal com o Estado de Direito Social, ficam claros os deveres públicos negativos mais os deveres públicos de fazer; e nos âmbitos da democracia formal e substancial, enfatiza-se que, apesar, ou além, da vontade da maioria, os direitos fundamentais de todos devem ser tutelados.

Como *teoria jurídica ou de direito*, enuncia o positivismo jurídico como certeza do direito vigente; separa o direito da moral e da política; caracterizando a legalidade substancial como fonte da vigência e validade das leis; a seu turno, na sua relação, o direito válido não coincide com o direito vigente, nem, tampouco, com o direito efetivo, pois o garantismo não é uma visão unidimensional, daí a possibilidade de crítica ao direito vigente; por igual, na crítica ao positivismo jurídico, o julgador, por evidente, não é obrigado a aplicar o direito vigente, apenas o direito válido, afinal o juízo sobre a validade é um juízo de valor.

Por fim, como *teoria política*, na dicotomia entre as concepções de Estado-fim, como aquele ente que subordina a sociedade e o indivíduo, sendo suprassocial e supraindividual, e o Estado-instrumento, em que o Estado se legitima tão só para tutelar os direitos fundamentais, o garantismo se insere neste último modelo, pois o garantismo é a justificação externa do Estado, equivalente

a garantia dos direitos fundamentais, em conformidade a uma visão pessimista do poder, impondo limites e garantias, já que não há um “poder bom”.

O rigor positivista que se percebe da obra de Ferrajoli, desde *Diritto e ragione: teoria del garantismo penale*, publicada em 1990, é facilmente constatado pelo elenco de dez axiomas relativamente ao direito penal. Os três primeiros dizem respeito ao direito de punir do Estado, o direito de impor pena: (i) sem crime, não há pena; (ii) sem lei anterior que o defina, não há crime e, (iii) sem necessidade, não há crime. Os outros três tratam do direito de o Estado dizer o que é crime, de o direito do Estado de proibir: (iv) sem dano (ofensa), não há necessidade; (v) sem materialidade (exteriorização), não há dano e, (vi) sem culpa, não há materialidade (exteriorização). Os últimos quatro tratam do processo, do direito/poder de julgar: (vii) sem jurisdição legítima, não há culpa; (viii) sem acusação, não há jurisdição; (ix) sem prova contra a inocência, não há acusação e, (x) sem defesa, não há presunção de inocência.

Atualmente, porém, Ferrajoli volta-se contra as inovações que contém um possível retrocesso da teoria jurídica, apresentadas em forma de *constitucionalismo jusnaturalista*, *pós-positivismo* e *neoconstitucionalismo*, assim como o *pan-principiologismo*, este praticado no Brasil. Nesses textos, ao *constitucionalismo jusnaturalista*, Ferrajoli contrapõe o *constitucionalismo juspositivista*, que defende. O jusfilósofo italiano esclarece, contudo, que os defensores da primeira corrente, *antijuspositivista*, não aceitam ser jusnaturalistas, pois são apenas não positivistas ou, então, pós-positivistas. Mas o que coloca estes muito próximos daqueles é, exatamente, o entendimento de que grande parte das normas constitucionais, sobretudo dos direitos fundamentais, seriam princípios ético-políticos, tendo como base “uma distinção forte, qualitativa e estrutural, entre princípios e regras”. E os princípios seriam objeto de *ponderação*, enquanto que as regras de *subsunção*.

Contudo, essa distinção dos princípios das regras certamente também é utilizada pelos juspositivistas.

A divergência relevante de Ferrajoli inicia pela identificação do que denomina *constitucionalismo argumentativo ou principialista*, que classifica os direitos fundamentais como valores ou princípios morais estruturalmente diversos das regras, uma vez que os princípios carregam uma normatividade mais fraca, em que não pode haver subsunção, mas ponderação legislativa e judicial. Em contraposição, defende o *constitucionalismo normativo ou garantista*, que se estabelece na ideia básica de normatividade forte, regulativa, ou seja,

tem como tese central que a grande parte, com exceção de alguns apenas, dos princípios constitucionais, caracterizadamente os direitos fundamentais, configuram regras e, por decorrência, exigem a existência e a edição de regras que se dividem em proibições de lesão ou obrigações prestacionais, como garantias.

Segundo Ferrajoli, o constitucionalismo principialista ou não positivista se situa claramente na corrente, embora negada, que aprimorou o jusnaturalismo. Nesses termos, o constitucionalismo revela a necessidade de superar, talvez até negar, o positivismo jurídico, considerando que este não seria, atualmente, idôneo para possibilitar a compreensão e dar a solução para as democracias constitucionais do presente. Nesses termos, desapareceu a separação entre *direito e moral*, caracterizadas nas expressões *validade e justiça*. Isso porque as Constituições estão impregnadas de princípios de justiça ético-políticos como igualdade, dignidade da pessoa humana, além dos direitos fundamentais. A moral, então, que era externa ao direito, agora o integra. Estariam, conforme Ferrajoli, nessa corrente os expoentes do direito Ronald Dworkin, Robert Alexy, Carlos Nino, Gustavo Zagrebelsky, Manuel Atienza e, ainda, Michel Troper, este que, mesmo sendo juspositivista rígido, enuncia que o constitucionalismo é incompatível com o positivismo jurídico.

Daí, a maior parte das normas constitucionais, especialmente os direitos fundamentais, não seriam regras, por isso não se submetem ao critério da subsunção, mas são submetidos à ponderação e ao balanceamento, já que estariam em permanente e virtual conflito. São três, portanto, as características dessa corrente de pensamento com origem e matriz anglo-saxônica: (i) contraria o positivismo jurídico e a ideia de separação do direito da moral; (ii) considerando que as normas constitucionais seriam princípios, não regras, desfruta de centralidade a argumentação e, (iii) o direito é concebido como uma prática jurídica, confiada, então, à atividade dos juízes, nesse ponto, tendo destaque o realismo jurídico, podendo ser visto também como neopandectismo, no seu confronto com a normatividade do direito. Em suma, o direito seria o que, de rigor, dizem os tribunais, ou, de maneira ampla, o que os atores jurídicos dizem que é o direito, conforme suas práticas interpretativas e argumentativas.

Para essa noção, o direito, então, seria apenas *fato*, ignorando a sua normatividade. O plano da eficácia/aplicação do direito é confundindo, assim, com o plano da validade.

A contraposição de Ferrajoli se dá pelo *juspositivismo reforçado*, como *constitucionalismo garantista*, propondo uma relação entre o positivismo jurídico

e a democracia, dizendo mesmo que se trata da mudança de paradigma do velho modelo juspositivista. Nesse sentido, positiva não somente o ser, mas também o dever-ser *do direito*, por isso o constitucionalismo superou a última forma de governo dos homens, em conformidade à tradicional democracia representativa, que se mostrava na *onipotência da maioria*. A legalidade, portanto, não é somente a condição da validade das normas infralegais, mas, sobretudo, tem também condicionada a sua validade, que se configura no respeito e na atuação das normas constitucionais.

Sobreleva notar que há uma substancial relação entre democracia e positivismo jurídico que se acentua e se aprofunda com a democracia constitucional. Nesses termos, a produção positiva do direito decorrente dessa disciplina rígida seria a condição de possibilidade da democratização da forma e do conteúdo do direito.

Aqui, o conteúdo do constitucionalismo garantista como *modelo de direito*, antes tratado, se converte em positividade inclusive dos princípios, que orientam e subjazem a totalidade da produção normativa, impondo o controle de constitucionalidade e a anulação das leis inválidas, mormente quando se tratem de violações aos direitos de igualdade e de liberdade, mas, com relação aos direitos sociais, as lacunas exigem a intervenção legislativa.

Como *teoria do direito*, insere a divergência entre o *dever ser* (constitucional) e o *ser* (legislação) do direito, sendo relevante o direito constitucionalmente ilegítimo que se encontra nas antinomias consequentes à produção de direito inválido, pois em contraste com a Constituição, mas havendo, também, as lacunas caracterizadas nas omissões, especialmente nas garantias dos direitos sociais.

E, como *filosofia do direito, ou teoria política*, enuncia uma teoria da democracia substancial, para além da formal, que se ancora sobre quatro dimensões que correspondem às garantias de diversas classes de direitos: (i) os direitos políticos; (ii) os direitos civis; (iii) os direitos de liberdade e (iv) os direitos sociais. Essas classes de direitos então não são apenas valores objetivos, mas principalmente conquistas históricas, resultado das lutas e das revoluções de muitas gerações.

Em suma, nenhum dos significados expostos por Ferrajoli possibilita alguma conexão do direito com a moral, mas a sua distinção e separação é reforçada. Essa ênfase na separação equivale a um limite ao poder dos juízes e ao seu arbítrio moral e ao poder dos legisladores no intento de invadir a

vida moral das pessoas. Separa, portanto, o direito válido do direito, que seria eventualmente pelos juízes e pelos legisladores, considerado arbitrariamente justo.

2.1 MÁXIMAS DA DEONTOLOGIA DA MAGISTRATURA DEMOCRÁTICA SEGUNDO FERRAJOLI

O jusfilósofo que já elaborou axiomas do garantismo trouxe, no XIX Congresso da Magistratura Democrática de Roma, ocorrido entre 31 de janeiro e 3 de fevereiro de 2013, a público, então, nove máximas de deontologia do Judiciário. O contexto desta pesquisa e do artigo favorece para que sejam tratadas também aqui e serão expostas na forma linear e numérica tal como exposto no texto original.

Primeira máxima – a consciência do caráter “terrível” e “odioso” do Poder Judiciário. Esta seria possivelmente a mais desagradável. Montesquieu já teria mencionado que o Poder Judiciário é um poder terrível, e Condorcet esclareceu que não é um poder bom ou justo, mas um poder odioso, neste último sentido porque, diversamente do Poder Legislativo, Executivo ou político, é um poder do homem sobre o homem, e que é capaz de estragar o resto da vida da pessoa sobre a qual se exerce. Então, é terrível e odioso, sobretudo o penal, que apenas as garantias podem limitá-lo, mas não anulá-lo, mas é tanto mais legítimo quando mais limitado pelas garantias.

Segunda máxima – a consciência do caráter relativo e incerto da verdade processual e, portanto, de uma margem irreduzível da ilegitimidade do exercício da jurisdição. A verdade processual é obtida pela aplicação da lei e sempre será uma verdade aproximada, opinativa de direito e probabilística de fato. Essa ilegitimidade do judiciário é reduzida pelo respeito rigoroso às garantias, pela sujeição do juiz às leis, mas não é eliminada. Sobretudo em matéria penal, há uma regra que proporciona a averiguação da verdade jurídica que consiste na proibição estrita, em homenagem ao princípio da estrita legalidade e taxatividade, da analogia *in malam parten*.

Terceira máxima – o valor da dúvida e a consciência da permanente possibilidade de erro de fato e de direito. A verdade processual do fato é sempre uma verdade probabilística, por isso é sempre possível o erro. Somente há verdade absoluta na matemática e na tautologia da lógica. Em matéria empírica, nas ciências naturais e nas ciências humanas, a verdade absoluta é inatingível. Nesses termos, o valor da dúvida, a rejeição de qualquer arrogância cognitiva, a prudência dos

juílgamentos, que se extrai do nome *juris prudência*, como estilo moral e intelectual da prática judiciária, com a consciência de que o erro é sempre possível. Assim, nem mesmo o membro do Ministério Público poderia escrever algo intitulado “eu sei” a propósito de um processo em curso e ainda sendo instruído.

Quarta máxima – a disponibilidade de ouvir e escutar as razões opostas e a indiferente busca sobre a verdade. Significa a disponibilidade do juiz, mas também do membro do Ministério Público, de ouvir todas as diferentes razões opostas, inclusive a exposição à refutação e à falsificação⁸, jurídica ou de fato, da hipótese acusatória. Essa disponibilidade expressa uma atitude de honestidade intelectual e de responsabilidade moral, que se baseiam na consciência epistemológica da natureza não mais que probabilística da verdade de fato. O contraditório preside o julgamento ao qual deve se expor e suportar a acusação pública, pois dessa penosa consequência residem valores éticos e epistemológicos. Dependem dessa disponibilidade de escutar todas as razões opostas a justiça e a imparcialidade do julgamento, assim como da instrução do processo e demais investigações preliminares.

Quinta máxima – a compreensão e a valorização equitativa da singularidade de cada processo. É uma dimensão cognitiva do julgamento, que resguarda a compreensão e a valorização das circunstâncias singulares e irrepetíveis que se revelam em cada processo, em cada evento submetido a julgamento naquele processo, profundamente diverso de qualquer outro. Por isso, nem o juiz nem o Ministério Público podem subtrair-se dessa compreensão equitativa da sua especificidade e irrepetibilidade, daí a necessidade de ter uma atitude de indulgência, sobretudo em relação à parte mais débil. E essa indulgência não pode deixar de intervir, inclusive, na aplicação da pena, pois a pena não consistir em tratamento contrário ao senso de humanidade, somente cabendo pena quando é inevitável e no mínimo previsto na legislação.

Sexta máxima – respeito pelas partes do processo. O direito penal no modelo garantista equivale à lei do mais débil e, no momento do processo em que se desenvolve a acusação estatal, o sujeito mais débil é, sempre, o acusado. Certamente que, no momento do delito, a parte mais débil é a vítima, o

⁸ Aqui, Ferrajoli recorda, precisamente, do chamado princípio da falseabilidade, criado por Karl Popper, em 1930, na obra *A lógica da pesquisa científica*, tratando do princípio da indução, de Hume. Popper inverte a conclusão de que “um enunciado, para ser tido como científico devia poder provar ser verdadeiro” para, mediante o princípio da falseabilidade, dizer que “um enunciado científico deve poder ser falso”. Esse entendimento veio demonstrado com a teoria da relatividade e com a teoria quântica.

ofendido, mas, no momento do processo, o débil é o acusado, mesmo que seja um mafioso, um terrorista ou um político corrupto. Nesse sentido, no direito penal, o respeito pelo acusado estabelece a assimetria que sempre deve subsistir entre a civilidade do direito e incivilidade do delito, que reforça a primeira e demonstra a ilegitimidade e o isolamento da segunda.

Sétima máxima – capacidade de inspirar a confiança das partes e também do acusado. O Magistrado não deve se aproximar do consenso da opinião pública. O juiz deve ser capaz de absolver quando todos querem a condenação e de condenar quando todos querem a absolvição. O juiz deve inspirar a confiança na sua imparcialidade, na sua honestidade intelectual, no seu rigor moral, na sua competência técnica e na sua capacidade de julgamento. E não se deve esquecer de que todos aqueles que sofrem um julgamento também serão os juízes severos dos seus juízes e nunca os esquecerão, pois irão examinar a sua imparcialidade ou a sua partidarização, o seu equilíbrio ou a sua arrogância, a sua sensibilidade ou a sua obtusa burocracia. Sobretudo recordarão se foram violados ou garantidos os seus direitos. E somente no segundo caso defenderão a jurisdição e a independência como sua garantia.

Oitava máxima – o valor da discrição do Magistrado no resguardo dos processos que julgam. Essa é uma regra de sobriedade e de discrição na sociedade do espetáculo contemporânea, por isso os Magistrados devem evitar qualquer forma de protagonismo judiciário e de exibicionismo. Existe sempre uma tentação, considerando que são titulares de “um poder terrível”, relativamente à notoriedade, ao aplauso e à autocelebração como um poder bom. A figura do juiz *star* ou do juiz estrela é a negação do modelo garantista da jurisdição. É inadmissível que os Magistrados discurssem em público sobre os processos que estão conduzindo. A exposição pública de uma argumentação acusatória, de parte do Ministério Público, é também desoladora, e seria ainda mais se proviesse do Magistrado, mesmo que ele apenas tecesse algumas considerações menos expressivas e tendenciais relativamente ao processo. Se o populismo político, puramente demagógico, reforça o consenso e é fonte da legitimidade dos poderes políticos, bem mais grave é o populismo judiciário, que é mesmo intolerável e é um trampolim para a carreira política.

Nona máxima – a inadmissão de uma possível suspeita de uso político da jurisdição. É óbvio que não se admite o uso político da jurisdição penal, mas, para além disso, não se admite nem a mínima suspeita de eventual uso político da jurisdição. Ligada à máxima anterior, não é possível compreender a magistratura como instrumento para o alcance de cargos eleitorais pelos Magistrados, ou para

eventuais cargos públicos outros diversos. A confiança na jurisdição perderia imensamente se servisse de instrumento a quaisquer outras finalidades diversas, por isso não se pode permitir nem a suspeita dessa utilização.

Essas, portanto, as máximas elaboradas por Luigi Ferrajoli a propósito da identificação de uma magistratura democrática. Indiscutivelmente são máximas porque nos é difícil, verdadeiramente, rebatê-las, considerando o seu conteúdo substancial que observam o quadro histórico do Estado Constitucional e Democrático de Direito atual na sua vinculação com a prestação jurisdicional. Efetivamente, essas máximas contêm imensa sabedoria e poder de síntese sobre as condições da magistratura que se pretende democrática e constitucional.

3 OS JUÍZES JÚPITER, HÉRCULES E HERMES

François Ost tem desenvolvido obras que podem ser definidas como leituras extremamente prazerosas, embora inusitadas, pois suas obras são surpreendentes, portanto criativas, pondo olhares sobre pontos antes nunca vistos. O artigo publicado originalmente em 1993 é assim. Desenvolve, tal como Zaffaroni desenvolveu em 1995, mas sob outra ótica, um modelo de magistratura, de cunho evolutivo.

A descrição de Ost parte da ideia posta originalmente por Ronald Dworkin, do juiz Hércules, que então desenvolve com outras figuras metafóricas: Júpiter e Hermes.

O primeiro desses modelos, a origem, considerando que haveria uma evolução cronológica, é o juiz jupiteriano. Caracteriza-se pelo fato de ser portador e revelador da hierarquia da legislação desde a figura piramidal *kelseniana*. Desde a ideia de jusnaturalismo, em que existe um direito vigente desde sempre e, considerando seus primórdios, prévios ao jusnaturalismo racionalismo, vem de cima, inclusive é posto por *tábuas da lei*, do Monte Sinai, depois pelos códigos, expressado no Código Napoleônico, na fase da codificação do direito, chegando às constituições modernas. Desses elementos constitutivos do direito decorre a irradiação da justiça de que é portador o juiz Júpiter.

Este modelo continua, ainda hoje, sendo ensinado nos cursos jurídicos e na vasta doutrina, assim nos compêndios que preservam a jurisprudência, consistentes nas decisões dos tribunais. É, afinal, a observância da Constituição e, especialmente, da pirâmide do sistema jurídico, nos princípios da unidade da Constituição e da sua supremacia, mormente na hierarquia do ordenamento jurídico. Nesses termos, o direito está reduzido a um único autor e supremo e,

ainda, a uma obra única, ou perfeitamente sistematizada. Assim, percebe-se o sucesso das codificações, nessa fase evolutiva, em que há uma racionalização formal do sistema jurídico, mas que promove uma simplificação do material jurídico, repercutindo em uma nivelção do próprio sistema social. Contudo, a ser tomado como verdade que se ingressou na era da complexidade, esse modelo piramidal e baseado na codificação por certo entrou em crise. O juiz Júpiter é um servo da lei.

O segundo dos modelos de juiz parte da ideia de Ronald Dworkin: o juiz Hércules. A mitologia grega descreve Hércules como um semideus, filho de Zeus, amaldiçoado por Hera, esposa de Zeus. Todavia, o semideus vive em estado de culpa e de expiação da culpa por ter cometido infanticídio instigado por Hera. Esse estado de culpa faz com que tente obter o perdão. Já o juiz Hércules é, por conseguinte, um juiz assistencial, que sobrevive depois da crise do Estado Liberal, antecedida pela dureza do liberalismo econômico que teve como consequência e desenvolveu um juridicismo meramente formal, diante da miopia/cegueira legalista da exegese do século XIX.

O juiz Hércules tem tarefas verdadeiramente hercúleas: cumprir-lhe atender as economias familiares em crise, promover a recuperação das empresas em dificuldades evitando a sua quebra, julgar investigações de paternidade, mesmo que haja oposição da mãe, apreciar eventual pedido de aborto, dar a solução a conflitos trabalhistas e deliberar sobre a greve de serviços privados e públicos relevantes. Mas Hércules está sempre em ação, inclusive aplica normas em que o modelo de juiz anterior, o Júpiter, decidia à sombra dos códigos. O juiz Hércules seria uma espécie de engenheiro social.

Com o juiz Hércules, entra a noção de que o direito não é um dever-ser, um conjunto de regras, mas um fenômeno fático complexo formado pelo entendimento das autoridades judiciais. Aqui se forma a Escola do Realismo Jurídico norte-americano, com a inversão da pirâmide, pois o direito é realizado por meio da sua aplicação a situações concretas. O direito se reduz ao fato, à indiscutível materialidade da decisão. A generalidade e a abstração da lei dão lugar à singularidade e ao juízo concreto.

Todavia, há possibilidade, segundo Ost, de Júpiter se humanizar, quando desce do Olimpo e vem dialogar com o povo e, por igual, de Hércules alhear-se, mesmo que parcialmente, da sua condição humana. Nesse sentido, a figura de Ronald Dworkin “tomaria os direitos – fundamentais – a sério” e, ainda, especialmente nos “casos difíceis”, encontraria “a resposta correta”. Cumpre, ao

juiz Hércules, revelar a unidade do direito, a sua integridade, fortalecendo cada um dos seus julgamentos, por meio da coerência narrativa que melhor se adapte ao passado e ao presente do direito, que devem, portanto, ser ligados por essa integridade. Aqui estar-se-ia muito distante do decisionismo e do pragmatismo.

O terceiro modelo/tipo ideal⁹ evolutivo de Ost, o juiz Hermes, simboliza o juiz contemporâneo. Surge na forma atual de sociedade - em rede. A rede é também vista como rizoma (raiz que se multiplica e que não segue uma ordem, mas que pode também ser aérea ou transformar-se em bulbos), ou como heterarquia, que significa uma sociedade descentralizada.

Embora essa peculiaridade, a rede jurídica é possível distinguir, bastando examinar os seus nós, os fluxos das informações e as interações das suas funções. Nesses termos, o sentido produzido pela rede não chega a ser imprevisível. As relações de força não são totalmente aleatórias e sempre há textos a interpretar. O direito, assim, é uma obra inacabada, porque os sujeitos de direito ao tempo em que têm direitos também o fazem, constantemente.

François Ost assevera que há intensa complexidade na atualidade, pois somos os herdeiros do direito liberal, que gerou o Estado de Direito e do direito social, fruto do Estado Assistencial. Estas duas formas entraram em crise, mas persistem existindo. No âmago desse conjunto de direitos e de Estados surge o direito pós-moderno. Nesse ponto, Ost enuncia a existência de uma multiplicidade de atores jurídicos, não sendo caracterizados apenas por advogados e juízes, mas também o pedagogo, o industrial, o banqueiro, além do terapeuta, das associações e das sociedades comerciais. Nesses termos aparece o papel essencial de “usuários” do direito, que circula ao redor dessas categorias. Existe, também, a demonstrar a complexidade atual, a imbricação sistemática das funções, em que os agrupamentos, por exemplo, as associações e sindicatos, passam a dividir as responsabilidades do Poder Público; também o Judiciário empresta à administração seu estilo e seus procedimentos, com a difusão de um certo modo de função jurisdicional no âmbito dos outros poderes, inclusive privados, cabendo lembrar das comissões parlamentares de inquérito. As ordens jurídicas supranacionais produzem reflexos no âmbito dos Estados que têm de realizar negociações regionais e locais. Ost cita, precisamente, o direito da Comunidade Europeia que já contém vinte mil diretivas e regulamentos,

⁹ Aqui, cumpre recordar dos tipos ideais criados por Max Weber, modelos que ajudam a compreender a realidade social.

podendo vir a ocorrer uma burocratização excessiva resultante desse processo de racionalização e de normatização.

Em consequência, surgem outros tipos de regras e ordens. Se o Estado Liberal se satisfazia com o que era proibido, o que era permitido e o que era obrigatório, conforme as regras, para o direito privado – tudo que não é proibido está permitido –, para o direito público – tudo que não está expressamente permitido está proibido –, o Estado atual revela uma gama enorme de intervenções sobre as coisas e sobre as condutas. Para a ação social estão possibilitados os planos, recomendações, pressupostos, declarações governamentais, pactos políticos, circulares administrativas, resoluções, portarias, enfim todas muito flexíveis. No direito penal há a transação e demais normas despenalizadoras, e no direito privado há a desjudicialização, há as perícias, as mediações, as arbitragens e as conciliações.

Todas configuram um quadro extenso de estratégias simbólicas e instrumentais de ação social. Nesse caso, trata-se de um “direito líquido”, direito brando, ou direito flexível. Assim, François Ost perquire sobre a razão pela qual os alquimistas deram o nome de mercúrio a este metal com características muito particulares, pois Mercúrio é o equivalente latino ao grego Hermes. A conclusão, portanto, de Ost de que, antes de ser regra e instituição, o Direito é *logos* (palavra, lei, razão), discurso, significado em suspenso. Sua articulação se dá entre as coisas, entre a regra, que nunca é inteiramente normativa, e entre o fato, que nunca é inteiramente fático. Também se dá essa articulação entre a ordem e a desordem, entre a força e a justiça, entre a letra e o espírito.

Então, não é difícil chegar à ideia de que o homem, que tem direitos – nos direitos do homem e do cidadão – também tem responsabilidades, inclusive responsabilidades coletivas. O risco revelado pelo desastre de Chernobyl, a epidemia da AIDS e outros eventos que desbordarão as fronteiras dos Estados mostram os perigos dos tempos atuais. Agora, inclusive o desastre de Fukushima e o terrorismo contra as Torres Gêmeas. Liberdades com responsabilidades, direitos com deveres. Pois o juiz Hermes se desloca nesses limites, com novos desafios: a engenharia genética, as manipulações biológicas a serviço da eugenia, a determinação do sexo dos filhos e outras evoluções.

Nesse momento, reaviva-se a velha noção de prudência que dá o nome a um certo direito – jurisprudência. O juiz Hermes, então, dirá: “Na dúvida, abstenha-se”. Contudo, um dia, ou outro, ou mais tarde, Hermes será estrangido a decidir. Assim, o direito de Hermes é um direito líquido, mercurial.

4 O MODELO DE MAGISTRATURA DEMOCRÁTICA CONTEMPORÂNEA E CONSTITUCIONAL NA SOCIEDADE HIPERCOMPLEXA

Esses autores estudados podem demonstrar quais caminhos seguir, como prosseguir adiante, como evoluir, como sair de um certo primitivismo imposto por conservadores que não enxergam que o futuro já chegou, que o futuro está à porta.

Os estudos de Zaffaroni revelam os três modelos de magistratura por uma determinada ótica. Ferrajoli propõe o juiz democrático, sem destoar de Zaffaroni, mas certamente por outros caminhos. Ost apresenta a complexidade da sociedade contemporânea e, portanto, as dificuldades e os desafios que já estão à porta.

Zaffaroni apresentou estudos e pesquisas, com a obra *Poder Judiciário*, no longínquo ano de 1995, tratando, como visto, de modelos de magistratura. Expôs um modelo de magistratura primitiva, fundada em uma baixa densidade cultural no nível técnico e na conseqüente ausência de independência interna e externa, decorrente do acesso aos cargos de Magistrados por meio de indicações político-partidárias ou por meio de carreirismo no serviço público burocratizado.

Ferrajoli, com a obra *Diritto i Raggioni*, publicada em 1990, apresentou sua teoria garantista, uma teoria que desborda do direito penal e que funciona como *modelo normativo de direito*, como *teoria jurídica ou de direito* e como *filosofia política*. No ano de 2013, em palestra na Itália, publicou suas ideias sobre a *magistratura democrática*. É certo que Ferrajoli, ainda que sua obra tenha relevância em outras áreas do direito, se volta mais para o direito penal.

O elemento comum em ambas as obras é o da necessidade de superação de modelos primitivos e atrasados, com a existência de uma magistratura que se pretende componente do sistema de repressão e de segurança do Estado, passando para uma magistratura democrática, totalmente desvinculada desse modelo primitivo. Convém esclarecer a absoluta necessidade de sistemas de repressão e de segurança do Estado, considerando a criminalidade e a violência. Todavia, a magistratura democrática não faz parte desses sistemas de repressão e de segurança.

Resulta daí que a construção do juiz democrático contemporâneo (e constitucional) inicia com essa compreensão indispensável – o juiz não faz parte dos sistemas de segurança e de repressão do Estado.

Essa construção prossegue e parte para o segundo aspecto fundamental, que é o de que o Magistrado deve fundamentar as suas decisões, mormente na área do direito penal, na estrita legalidade. Todavia, cumpre compreender, lembrando do dito pelo Ministro Eros Roberto Grau, já consagrado, que o direito não se interpreta aos pedaços, em tiras, mas interpreta-se a Constituição, o direito como um todo, jamais de textos isolados¹⁰. Por isso, a existência, por exemplo, da teoria conhecida como atipicidade, ou tipicidade, conglobante, em que, se o sistema jurídico possui uma norma qualquer, mesmo do direito privado, que permite determinada conduta, não é somente porque há tipo penal que, eventualmente, imponha pena, que se há de promover condenação. O direito, portanto, não se interpreta aos pedaços, cabendo ver o direito, penal, no caso, com olhos na Constituição, assim como na jurisprudência, impondo-se ver o direito como um plexo de normas que orientam o intérprete. E, ademais, a lei penal, restritiva de direitos da liberdade que é, sempre deve ser interpretada restritivamente. Aliás, inválida, desde sempre, a *analogia in malam partem*. A lei, com efeito, é o resultado de uma longa evolução histórica e cultural da humanidade com relação à qual ninguém pode se entender mais sábio. É o resultado de um processo democrático, ainda que em democracia representativa, ainda que esteja em crise a democracia representativa. A democracia, aliás, lugar comum dizer que está – ou deve estar – sempre em crise. Portanto, o juiz democrático não se afasta da lei, cumpre a lei, porque seria ilógico pretender um juiz democrático que seja autoritário, anarquista, ou que entenda que sabe mais do que a lei.

Compreender, contudo, que o legislador, como ser humano que é, também é imperfeito – aliás todas as instituições humanas naturalmente são imperfeitas. Nesses termos, cumpre ao juiz interpretar a lei esforçando-se para completar a sua normatividade na sua aplicação ao caso concreto¹¹. E é necessário um esforço mental e psicológico, além de dedicação. Nisso não há nem criatividade, nem decisionismo, nem ativismo, mas trabalho, apenas trabalho, dedicação, reflexão. Daí Ferrajoli falar em honestidade intelectual como uma epistemologia ética do Magistrado.

Para além de aplicar a legislação e não se afastar dela, completar a sua normatização na aplicação concreta, o juiz democrático deve ter os olhos sempre

¹⁰ Voto proferido na Ação Declaratória de Inconstitucionalidade nº 1923.

¹¹ GRAU, Eros Roberto. *Por que tenho medo dos juízes (a interpretação/aplicação do direito e os princípios)*. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 25.

debruçados sobre a Constituição que congrega um sistema de garantias e de direitos fundamentais em prol da cidadania e da democracia. A lei penal, por exemplo, somente pode ser aplicada, por mais hediondo que seja o fato da acusação se houver atendimento ao sistema de garantias e de direitos fundamentais constante da Constituição. Para o juiz democrático não há dificuldades maiores em impor esse cumprimento, uma vez que tem em vista o cidadão.

A consciência de que, em matéria penal, o direito penal não é o meio para eliminar ou promover a eliminação da violência na sociedade. O direito penal é apenas uma forma de reprimir a maldade, mas essa repressão não pode conter em si maldade. Recordar que a violência carrega em si a ilegitimidade, enquanto que o direito penal carrega em si legitimidade, sendo exatamente isso que isola a ausência de civilidade da violência do delito da presença de civilidade do direito penal.

O juiz democrático, enfim, cumpre as máximas propostas por Ferrajoli e, ainda, tem consciência da brutalidade da pena que impõe, por isso a pena deve observar a sua necessidade, a sua utilidade, mas sobretudo deve ser a pena mínima, a menor possível admitida na legislação. Somente a lei pode legitimar a imposição da pena, que deve ser interpretada restritivamente.

ANOTAÇÕES FINAIS

O propósito do artigo levado à publicação foi o de construir uma relação entre as ideias postas por três autores de renome mundial, que publicaram textos relacionados à magistratura. Construir conexões com o objetivo primordial de produzir a reflexão sobre a evolução da magistratura, que deve sair de um modelo primitivo, que talvez deva ingressar, como passagem eventualmente obrigatória, por um modelo tecno-burocrático, tendo como ponto de chegada a magistratura democrática do momento contemporâneo. Nesse modelo último se inserem as perspectivas de uma magistratura garantista positivista ou garantista constitucionalista. Todavia, há a hipercomplexidade da sociedade atual, pois desde a última fase da modernidade há um direito racional, mesmo aquele oriundo do direito natural, do jusnaturalismo racional ou do posterior momento inicial do Constitucionalismo, em que se percebia a hierarquia das leis, em que, então, o Magistrado é um escravo da lei. Chega, então, nesse modelo hipercomplexo, de sociedade líquida, em que o modelo mercurial, em que o direito de Hermes é líquido, ou seja, que se adapta a novas realidades que a sociedade, sempre na vanguarda, impõe. Uma sociedade ansiosa por mudanças e exigente de mudanças. Uma sociedade que muda permanentemente.

O juiz democrático está instalado nesta complexidade ciente de que a democracia é o lugar da crise. O juiz democrático sabe que não é onipotente, nem onipresente, por isso satisfaz-se com aquela verdade formal, existente nos autos dos processos e obtida pelos meios legais em conformidade com a Constituição. Ser humano que é, também é juiz humano e sobretudo democrático.

REFERÊNCIAS

FERRAJOLI, Luigi. Nove massime di deontologia giudiziaria. Disponível em: <<http://www.magistraturademocratica.it/mdem/upy/fsentenza/L'intervento%20di%20Luigi%20Ferrajoli.pdf>>. Acesso em: 3 jun. 2014.

FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam. *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo* - Um debate com Luigi Ferrajoli/Alexandre Moraes da Rosa ...[et al.]. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012 (Constitucionalismo garantista e constitucionalismo principialista e Constitucionalismo garantista e o estado de direito).

GRAU, Eros Roberto. *Por que tenho medo dos juízes (a interpretação/aplicação do direito e os princípios)*. São Paulo: Malheiros, 2013.

OST, François. Júpiter, Hermes, Hércules - Tres modelos de juez. Disponível em: <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/rev_academia/revistas/08/jupiter-hercules-hermes-tres-modelos-de-juez.pdf>. Acesso em: 3 jun. 2014.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Poder judiciário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

ALGUMAS PONDERAÇÕES ACERCA DA EFICÁCIA JURÍDICA DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS DE DIREITO À SAÚDE

SOME CONSIDERATIONS ABOUT THE JURIDICAL EFFECTIVENESS OF THE CONSTITUTIONAL NORMS OF RIGHT TO HEALTH

Fábio Calheiros do Nascimento¹

Juiz de Direito no Estado de São Paulo

RESUMO: O propósito deste artigo é analisar o direito à saúde pública na esfera constitucional, sobretudo como são interpretadas as normas que regem esse tema pela jurisprudência, com o escopo de demonstrar que, atualmente, certas interpretações são norteadas por um viés excessivamente subjetivista. Para cumprir esse propósito, iniciamos o artigo tratando da eficácia das normas constitucionais, a fim de que não reste dúvida acerca do conceito que será utilizado. A seguir, de acordo com essa premissa, passaremos pela eficácia das normas constitucionais que regulam os direitos fundamentais e os critérios utilizados para a sua interpretação. Em seguida, verificaremos efetivamente as normas que disciplinam o direito à

saúde pública na Constituição Federal de 1988 e como são interpretadas pela jurisprudência. Nesse ponto, que é o cerne do trabalho, exporemos alguns julgados, que servirão como amostra da divergência interpretativa, a nosso ver, injustificada e demasiadamente subjetiva. Por fim, exporemos a nossa sucinta conclusão, de molde a ficar clara a existência de ativismo judicial no tocante ao direito à saúde pública.

PALAVRAS-CHAVE: Normas constitucionais; eficácia jurídica; direito subjetivo; saúde pública; ativismo judicial.

ABSTRACT: *The purpose of this article is analyse the right to public health in the constitutional sphere, especially as*

¹ Professor universitário - Faculdade de São Roque - Núcleo Docente Estruturante - São Roque/SP/Brasil, Mestre em Direito Político e Econômico - Universidade Presbiteriana Mackenzie - São Paulo/SP/Brasil.

interpreted in the rules governing this subject by law, with the aim of demonstrating that certain currently interpretations are guided by an overly subjectivism bias. To fulfill this purpose we stated the article dealing with the efficacy of constitutional norms, so that no doubt remains about the concept that will be used. Then, according to this premise, we pass by the effectiveness of the constitutional rules governing the fundamental rights and the criteria used for interpretation. In the sequence we will check effectively the rules governing the right to public health in the Federal Constitutional of 1988 and as interpreted by case law. At this point, which is the core of the work, we will expose some trial, which will serve as a sample of divergence of interpretation, in our view, unwarranted an too subjective. Lastly, we will expose our succinct conclusion, in order to stay clear of the existence of judicial activism regarding the right do public health.

KEYWORDS: *Constitutional standards; effective legal; law subjective; public health; judicial activism.*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Aplicabilidade das normas constitucionais de direitos fundamentais; 2 Limites à eficácia jurídica das normas constitucionais de direitos fundamentais; 3 Normas definidoras do direito à saúde pública; 4 Princípios aplicáveis à seguridade social; 5 Interpretação subjetivista das normas definidoras do direito à saúde pública; 6 A influência do princípio da dignidade da pessoa humana; Conclusão; Referências.

SUMMARY: *Introduction; 1 Applicability of constitutional standards of fundamental rights; 2 Limits the legal effectiveness of the constitutional standards of fundamental rights; 3 Standards defining the right to public health; 4 Principles for Social Security; 5 Subjectivist interpretation of the provisions defining the right to public health; 6 The influence of the principle of human dignity; Conclusion; References.*

INTRODUÇÃO

Quando se trata de eficácia das normas constitucionais, não há como deixar de lembrar da tão aclamada classificação de José Afonso da Silva, que reinou durante anos, praticamente incólume, no Direito brasileiro. Segundo ele (Silva, 1982), as normas constitucionais se dividem em três quando são classificadas quanto à sua eficácia: normas de eficácia plena e aplicabilidade direta, imediata e integral; normas de eficácia contida e aplicabilidade direta, imediata, mas possivelmente não integral; e normas de eficácia limitada.

As normas de eficácia plena são aquelas que,

desde a entrada em vigor da constituição, produzem todos os seus efeitos essenciais (ou têm a possibilidade de produzi-los), todos os objetivos visados pelo legislador constituinte, porque este criou, desde logo, uma normatividade para isso suficiente, incidindo direta e imediatamente sobre a matéria que lhes constitui objeto.

As normas de eficácia contida, por sua vez, são aquelas que “incidem imediatamente, e produzem (ou podem produzir) todos os efeitos queridos, mas preveem meios ou conceitos que permitem manter sua eficácia contida em certos limites, dadas certas circunstâncias”. Por derradeiro, as normas de eficácia limitada são as que “não produzem, com a simples entrada em vigor, todos os seus efeitos essenciais, porque o legislador constituinte, por qualquer motivo, não estabeleceu, sobre a matéria, uma normatividade para isso bastante, deixando essa tarefa ao legislador ordinário ou a outro órgão do Estado”.

Com relação a essa última espécie de norma constitucional, o referido autor estabelece uma subdivisão entre as declaratórias de princípios institutivos ou organizativos e as de princípios programáticos, que podem ser entendidas, de forma bem resumida, da seguinte forma: embora ambas instituem princípios, e aí já fica clara uma dificuldade de compreensão dada a equivocidade do termo, as primeiras “contêm esquemas gerais, um como que início de estruturação de instituições, órgãos ou entidades”, ao passo que as segundas “através das quais o constituinte, em vez de regular, direta ou imediatamente, determinados interesses, limitou-se a traçar-lhes os princípios para serem cumpridos pelos seus órgãos (legislativos, executivos, jurisdicionais, administrativos), como programas das respectivas atividades, visando à realização dos fins sociais do Estado”.

Sem adentrar aos fundamentos dessas divisões e, principalmente, sem criticá-las para o que poderíamos usar conceitos expostos por outros autores que também classificaram normas constitucionais de acordo com as suas eficácias, tais como Manoel Gonçalves Ferreira Filho, Celso Bastos, Carlos Ayres Britto e Luis Roberto Barroso, todos lembrados por André Ramos Tavares (Tavares, 2012), nos importa, neste momento inicial, apenas usar a referida classificação para mostrar que, aparentemente, ela causava e talvez ainda cause, pela sua terminologia, a impressão de que certas normas constitucionais ficam sem eficácia até o advento de norma infraconstitucional regulamentadora.

Não é verdade. Em primeiro lugar, porque mesmo no caso das normas constitucionais de eficácia limitada José Afonso da Silva fez questão de ressaltar que elas não produziriam todos os seus efeitos essenciais, do que se extrai que ao menos alguns efeitos podem ser diretamente extraídos dela. Mas que efeitos seriam esses se a norma, pela sua generalidade e abstração, não permite que dela se extraia um direito subjetivo? É o que podemos pensar, por exemplo, quando nos deparamos com o art. 5º, inciso XXXII, da Constituição Federal de 1988, que dispõe apenas que “o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor”.

Bem, o próprio José Afonso da Silva (Silva, 1982) já respondia a essa questão quando mencionava seis efeitos jurídicos para as normas constitucionais, quais sejam: a) estabelecer dever para o legislador; b) condicionar a legislação futura; c) informar a concepção do Estado e da sociedade e inspirar sua ordenação jurídica mediante a atribuição de fins sociais, proteção dos valores da justiça social e revelação dos componentes do bem comum; d) constituir sentido teleológico de interpretação, integração e aplicação das normas jurídicas; e) condicionar a atividade discricionária dos Poderes Executivo e Judiciário; e f) criar situações jurídicas subjetivas de vantagem ou desvantagem.

Como se pode ver desse rol, são inúmeros os efeitos que têm uma norma jurídica constitucional, não se podendo, de forma alguma, vincular a existência de eficácia jurídica à criação de direitos subjetivos. Em outras palavras, não é porque uma norma, no caso, uma norma constitucional não regula desde a sua edição as condutas das pessoas em sociedade que, por si só, ela não tem eficácia jurídica.

Eficácia jurídica, para os fins do presente artigo, portanto, será tomada como a geração de efeitos para o mundo jurídico, quer para regular diretamente as relações sociais, estabelecendo direitos e deveres, muitas vezes denominada efetividade ou eficácia social, quer para simplesmente acarretar um dos seis efeitos elencados por José Afonso da Silva.

1 APLICABILIDADE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Em razão da insinceridade normativa que vigorava até as vésperas da promulgação da Constituição Federal de 1988, conforme lembra o atual Ministro do Supremo Tribunal Federal Luís Roberto Barroso (Barroso, 2011), o constituinte resolveu inserir no § 1º do art. 5º da referida Carta a seguinte

previsão: “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”.

Não há dúvida que o objetivo do constituinte era de transformar em realidade aquilo que a Constituição estabelecia em relação aos direitos fundamentais. Ainda na linha do renomado Luís Roberto Barroso, imaginou o constituinte que, com o advento dessa norma, acabaria ou, no mínimo, diminuiria a distância entre o ser o dever ser. Como lembra Ingo Wolfgang Sarlet,

até mesmo os defensores mais ardorosos de uma interpretação restritiva da norma reconhecem que o Constituinte pretendeu, com sua expressa previsão no texto, evitar um esvaziamento dos direitos fundamentais, impedindo que os ‘permaneçam letra morta no texto da Constituição. (Sarlet, 2010)

Mas o que significa aplicação? De acordo com Virgílio Afonso da Silva (Silva, 2011), aplicação ou aplicabilidade “envolve uma dimensão fática que não está presente no conceito de eficácia”, ou seja, “é uma questão relativa à conexão entre a norma jurídica, de um lado, e fatos, atos e posições jurídicas, de outro”. Para esclarecer essa diferença, ele dá o seguinte exemplo:

[...] os dispositivos dos arts. 1.238 e seguintes do Código Civil, que disciplinam a usucapião, contêm normas jurídicas dotadas de plena eficácia. Se alguém, contudo, possui como seu, sem interrupção nem oposição, um imóvel público por mais de 15 anos, não lhe adquire a propriedade. Não se diz, contudo, que a norma contida no art. 1.238 do Código Civil não tem eficácia para essa relação jurídica. O que ocorre, na verdade, é a não-aplicabilidade da norma em vista do disposto no art. 102 do mesmo Código e no art. 183, § 3º, da Constituição.

Bem, seguindo esse ponto de vista de Virgílio Afonso da Silva, salvo melhor juízo, poderíamos dizer que a intenção do legislador ao inserir o § 1º no art. 5º da Constituição Federal foi explicitar que as normas que regulam os direitos fundamentais devem ser efetivamente aplicadas àqueles fatos, atos ou posições jurídicos que ela desejava regular. Considerando que a aplicação deriva necessariamente da eficácia jurídica, no entanto, não entendemos haver problema em dizer que a intenção do constituinte foi de atribuir eficácia jurídica imediata às referidas normas, independentemente de regulação posterior, justamente com o fito de prover-lhes de aplicabilidade. Seguimos, nesta quadra, a posição de Ingo Wolfgang Sarlet, que prefere adotar a ideia de eficácia jurídica e não

de aplicabilidade quando lida com o supracitado art. 5º, § 1º, da Constituição Federal de 1988, e o faz nos seguintes termos: “[...] podemos definir a eficácia jurídica como a possibilidade (no sentido de aptidão) de a norma vigente (juridicamente existente) ser aplicada aos casos concretos e de – na medida de sua aplicabilidade – gerar efeitos jurídicos [...]”.

2 LIMITES À EFICÁCIA JURÍDICA DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Malgrado seja inegável que a intenção do constituinte de 1988 tenha sido de evitar que as normas criadoras de direitos fundamentais permanecessem como letra morta, como alertamos *supra*, nos parece inescapável a conclusão de que, em certos casos, nem todos os efeitos esperados podem ser obtidos de imediato. Em outros termos, embora o constituinte quisesse que as normas em tela gerassem efeitos jurídicos imediatos, inclusive, se fosse essa a sua intenção, regulando as relações sociais, certas normas, pela abstração de seu conteúdo e de seu alcance, impedem que isso ocorra.

A técnica de positivação adotada pelo constituinte é um fator limitador para a geração de efeitos jurídicos das normas constitucionais que estabelecem direitos fundamentais. O art. 5º, inciso XXXII, da Constituição Federal de 1988, por exemplo, estabelece que “o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor”. Ora, tendo o constituinte expressamente remetido à lei, ou seja, a uma regulamentação futura, a forma como se daria essa proteção do consumidor, não há como negar que essa norma não produziu todos os efeitos jurídicos que dela se poderia esperar de imediato. Veja, não é que ela não produziu imediatamente nenhum efeito, pois é evidente que, lembrando daqueles efeitos jurídicos elencados por José Afonso da Silva, ela desde logo impediu o legislador de proteger o fornecedor em detrimento do consumidor, definiu como deveriam ser interpretadas e aplicadas as normas já existentes que lidavam com o consumidor, entre outros.

Compreendemos que a eficácia jurídica imediata, embora inserta no art. 5º, § 1º, da Constituição Federal, estende seus efeitos para todos os artigos do Título II da referida Carta, afinal de contas, não é só o referido art. 5º que lida com direitos fundamentais. Consoante Ingo Wolfgang Sarlet (Sarlet, 2010), essa ausência de sistematização derivou, “provavelmente, de uma acomodação apressada das matérias, desacompanhada da necessária reflexão, gerada, entre outros fatores, pela pressão exercida sobre os Constituintes na época para a elaboração da nossa Lei Fundamental”.

Partindo dessa premissa, as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais de cunho social, tal como aquelas previstas nos arts. 6º e 7º da Constituição Federal de 1988, também têm eficácia jurídica imediata. É importante registrar isso não só para se compreender o alcance do supracitado art. 5º, § 1º, mas também para permitir que se verifiquem outras limitações à eficácia jurídica dos direitos fundamentais.

No caso dos direitos sociais de cunho prestacional, por exemplo, não se pode desprezar que a disponibilidade econômico-financeira do Estado é de suma importância, mais ainda quando se ressalta a vinculação disso às políticas públicas, tão bem definidas por Maria Paula Dallari Bucci (Bucci, 2002) como “programas de ação governamental visando a coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados”. Ora, sendo as políticas públicas definidas pelos Poderes Legislativo e Executivo, os quais, cientes da disponibilidade econômico-financeira do Estado, definem onde, como e quando serão gastos os recursos públicos, é certo que ao menos um dos efeitos jurídicos das normas que definem os direitos sociais de cunho prestacional deve ficar limitado, qual seja, o direito subjetivo público. Em outros termos, somente existe direito público subjetivo se, além da norma constitucional, houver lei estabelecendo que certa prestação será efetivamente fornecida pelo Estado. Do contrário, a interpretação ilimitada estaria a violar o princípio da divisão dos Poderes, encartado no art. 2º da Constituição Federal.

3 NORMAS DEFINIDORAS DO DIREITO À SAÚDE PÚBLICA

O direito à saúde é previsto pela primeira vez na Constituição Federal de 1988, no seu art. 6º, *caput*, que apenas o relaciona como um dos direitos sociais, junto com a educação, a alimentação, o trabalho, etc. Por estar arrolado dentro do Título II da referida Carta, como já assinalamos *supra*, é certo que ele é um direito fundamental, e, por conseguinte, tem eficácia jurídica imediata. Sucede que, por ser um direito social e, especialmente, por ter natureza prestacional, consistente em um fazer por parte do Estado, essa eficácia jurídica encontra limitações.

Uma simples leitura ordenada dos arts. 196 a 198 da Constituição Federal de 1988 deixa isso bem claro. O art. 196 dessa Carta diz que “a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”.

Não há necessidade de grande esforço interpretativo para se extrair dessa norma constitucional que, embora o direito à saúde seja universal, ele é garantido apenas e tão somente na medida estabelecida pelas políticas públicas, que o constituinte optou por chamar de políticas sociais e econômicas. Não é à toa que nos dois artigos seguintes, 197 e 198, o constituinte trata justamente da forma de atuação, respectivamente, do Legislativo e do Executivo na formulação e na aplicação dessas políticas. Diz o art. 197 que “são de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado”. O art. 198, por sua vez, estabelece que “as ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes [...]”.

O art. 196 da Constituição Federal de 1988, regulando o que havia sido simplesmente mencionado pelo art. 6º desse mesmo diploma, previu o direito à saúde e estabeleceu que ele seria garantido mediante políticas públicas. Como essas políticas são formuladas e executadas, respectivamente, pelo Legislativo e Executivo, os arts. 197 e 198 da Constituição Federal determinaram que seria criada uma lei tratando do tema, no caso, a Lei Federal nº 8.080/1990, e que a execução por parte da Administração Pública seguiria certas diretrizes. Com isso, passou a existir no nosso ordenamento jurídico o Sistema Único de Saúde (SUS).

4 PRINCÍPIOS APLICÁVEIS À SEGURIDADE SOCIAL

Considerando que nenhuma interpretação pode se olvidar da unidade do ordenamento jurídico, postulado hermenêutico, na visão de Humberto Ávila (Ávila, 2012), que acaba por tornar obrigatória a interpretação sistemática, que, como bem lembrado por Juarez Freitas (Freitas, 2010), ou é feita ou nem pode ser considerada como interpretação, entendemos que a análise do contexto em que se encontra inserido o direito à saúde na Constituição Federal é de grandíssima importância.

Consoante se observa do art. 194 da Constituição Federal de 1988, a saúde, a previdência social e a assistência social formam a seguridade social, que “compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social”.

De acordo com o parágrafo único desse mesmo artigo, são vários os princípios da seguridade social, dos quais se destacam a universalidade de cobertura e do atendimento (inciso I) e a seletividade e distributividade na prestação dos benefícios e serviços (inciso III).

A universalidade da cobertura e do atendimento, nos parece, deve ser compreendida da seguinte forma: todas as pessoas residentes no Brasil podem ser alcançadas pela seguridade social (cobertura) e, por conseguinte, elas devem ter proteção contra certos riscos que as atingem (atendimento). Isso não significa, contudo, que todas as contingências sociais devam ser acobertadas pela seguridade social. Se, em princípio, a ideia de universalidade poderia sugerir isso, a conjugação desse princípio com o princípio da seletividade e distributividade na prestação dos benefícios e serviços deixa evidente que nem todas as contingências sociais são abrangidas pela seguridade social.

No dizer de Sérgio Pinto Martins (Martins, 2004), “a seleção (escolha) das prestações vai ser feita de acordo com as possibilidades econômico-financeiras do sistema da seguridade social. Nem todas as pessoas terão benefícios: algumas o terão, outras não, gerando o conceito de distributividade”. A respeito do tema, o mesmo autor ainda diz que “a lei irá dispor a que pessoas os benefícios e os serviços serão estendidos. É uma escolha política”.

Essa ideia de limitação das prestações também se encontra na doutrina de Wladimir Novaes Martinez (Martinez, 2002), que, ao tratar desses princípios, ensina que “por seleção de prestações se entende a escolha de um plano básico compatível com a forma econômico-financeira do sistema e as reais necessidades dos protegidos”. Os benefícios a serem fornecidos pela previdência social, pela assistência social e pela saúde, portanto, não abrangem toda e qualquer contingência, mas somente aquelas que a lei prever, de acordo com as possibilidades econômico-financeiras da seguridade social, que é financiada por toda a sociedade, na forma citada anteriormente².

² A conjugação entre os princípios da universalização da cobertura e do atendimento com os princípios da seletividade e da distributividade forma o que a doutrina costuma denominar de progressividade, que consiste no aumento gradual de cobertura e atendimento, de acordo com as possibilidades econômico-financeiras, com vistas à efetiva universalização efetiva e integral. Quanto a essa progressividade, por sinal, importa anotar que ela foi expressamente incorporada pelo ordenamento jurídico brasileiro com a edição do Decreto nº 591, de 6 de julho de 1992, que integrou ao Direito brasileiro o pacto internacional sobre direitos econômicos, sociais e culturais. O art. 2º desse Pacto dispõe o seguinte: “Art. 2º - 1. Cada Estados Partes do presente Pacto comprometem-se a adotar medidas, tanto por esforço próprio como pela assistência e cooperação internacionais, principalmente nos planos econômico e técnico, até o máximo de seus recursos disponíveis, que visem assegurar, progressivamente, por todos os meios apropriados, o,

É nesse mesmo sentido que deve ser interpretado o inciso II do art. 196 da Constituição Federal quando se estabelece o atendimento integral como um dos princípios aplicáveis ao Sistema Único de Saúde. Teoricamente, todas as pessoas devem ser cobertas pelo sistema e dele receber atendimento, mas na medida do que é possível, de acordo com a disponibilidade econômico-financeira do Estado, que é averiguada pelos Poderes Legislativo e Executivo na formulação e na aplicação das políticas de saúde pública.

Essa disponibilidade econômico-financeira no âmbito da seguridade social, aliás, não está prevista apenas implicitamente nos artigos supramencionados. O art. 195, § 5º, da Constituição Federal reza o seguinte: “Nenhum benefício ou serviço da seguridade social poderá ser criado, majorado ou estendido sem a correspondente fonte de custeio total”.

5 INTERPRETAÇÃO SUBJETIVISTA DAS NORMAS DEFINIDORAS DO DIREITO À SAÚDE PÚBLICA

Tendo sido visto que o direito à saúde pública é um direito social, que, por ter cunho eminentemente prestacional, fica sujeito aos limites da disponibilidade econômico-financeira do Estado, seria natural esperar que não houvesse divergência acerca da inexistência de eficácia jurídica geradora de direito público subjetivo fora das balizas das políticas públicas. Até porque, pela técnica de positivação adotada pelo constituinte no art. 196 da Constituição Federal, não se tem a mínima ideia do conteúdo e do alcance do direito à saúde pela simples leitura da regra constitucional. É inevitável a ida do intérprete e aplicador da referida regra à Lei Federal nº 8.080/1990. No entanto, em absoluto, não é isso que ocorre.

Embora seja óbvio que não se pode “interpretar em tiras, expondo o que lhe interessa [...] e escondendo o que não lhe é favorável”, como ressalta Lênio Luiz Streck (Streck, 2013), após fazer remissão a Rosivaldo Toscano, fica fácil perceber que, no intuito de beneficiar a todos indistintamente, a jurisprudência simplesmente destaca a segunda parte do referido art. 196 da Constituição

pleno exercício e dos direitos reconhecidos no presente Pacto, incluindo, em particular, a adoção de medidas legislativa. 2. Os Estados Partes do presente pacto comprometem-se a garantir que os direitos nele enunciados se exercerão sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, situação econômica, nascimento ou qualquer outra situação. 3. Os países em desenvolvimento, levando devidamente em consideração os direitos humanos e a situação econômica nacional, poderão determinar em que medida garantirão os direitos econômicos reconhecidos no presente Pacto àqueles que não sejam seus nacionais” (grifo não original).

Federal para conceder à pessoa o que ela quiser, como ela quiser e quando ela quiser no tocante ao direito à saúde pública.

Por exemplo, no âmbito do Supremo Tribunal Federal, durante muito tempo, quando os Ministros se deparavam com casos envolvendo o direito à saúde pública, eles simplesmente faziam menção ao que já tinha sido decidido no RE 271/286 para conceder o que fosse pleiteado em termos de medicamentos³.

No Superior Tribunal de Justiça não é diferente. O acórdão paradigmático nesse Tribunal, a que faziam menção todos os Ministros quando lidavam com o direito à saúde pública, especialmente em casos destinados a averiguar se devia ou não ser fornecido certo medicamento, é o REsp 1.185.474/SC⁴. Nesse acórdão vale realçar a expressa rejeição da tese da reserva do possível.

³ “EMENTA: PACIENTE COM HIV/AIDS - PESSOA DESITUÍDA DE RECURSOS FINANCEIROS - DIREITO À VIDA E À SAÚDE - FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTOS - DEVER CONSTITUCIONAL DO PODER PÚBLICO (CF, ARTS. 5º, CAPUT, E 196) - PRECEDENTES (STF) - RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO - O DIREITO À SAÚDE REPRESENTA CONSEQÜÊNCIA CONSTITUCIONAL INDISSOCIÁVEL DO DIREITO À VIDA - O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196). Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular - e implementar - políticas sociais e econômicas idôneas que visem a garantir, aos cidadãos, inclusive àqueles portadores do vírus HIV, o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar. O direito à saúde - além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas - representa conseqüência constitucional indissociável do direito à vida. O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional. A INTERPRETAÇÃO DA NORMA PROGRAMÁTICA NÃO PODE TRANSFORMÁ-LA EM PROMESSA CONSTITUCIONAL INCONSEQÜENTE - O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política - que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro - não pode converter-se em promessa constitucional inconseqüente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado. DISTRIBUIÇÃO GRATUITA DE MEDICAMENTOS A PESSOAS CARENTES - O reconhecimento judicial da validade jurídica de programas de distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes, inclusive àqueles portadoras do vírus HIV/AIDS, dá efetividade a preceitos fundamentais da Constituição da República (arts. 5º, caput, e 196) e representa, na concreção do seu alcance, um gesto reverente e solidário de apreço à vida e à saúde das pessoas, especialmente daquelas que nada têm e nada possuem, a não ser a consciência de sua própria humanidade e de sua essencial dignidade. Precedentes do Supremo Tribunal Federal.” (Supremo Tribunal Federal, RE. 271.286-AgRg, Rel. Min. Celso de Mello, J. 12.09.2000, DJ 24.11.2000)

⁴ “[...] 1. A tese da reserva do possível assenta-se em idéia que, desde os romanos, está incorporada na tradição ocidental, no sentido de que a obrigação impossível não pode ser exigida (*Impossibilium*

Esse conceito deriva do Direito alemão, como contraponto ao mínimo existencial, que seria o direito a recursos materiais mínimos para que as pessoas conseguissem ter condições de exercer seus direitos (Sarlet/Figueiredo, 2008). A rigor, portanto, mais do que a simples sobrevivência. Sucede que esses dois conceitos não podem ser aplicados sem maiores cautelas no Direito brasileiro, sob pena de se olvidar das circunstâncias peculiares que levaram os alemães a criarem-nos, como, por exemplo, o fato de a Constituição de 1949 não estabelecer direitos sociais, com exceção do direito da mãe à proteção e à assistência da comunidade (art. 6º, § 4º).

No caso do Direito brasileiro, a rigor, nem precisariam ser aplicados esses conceitos, conforme se extrai dos arts. 194, inciso III, 195, § 5º, e 196, *caput*, da Constituição Federal de 1988⁵. Ocorre que justamente é no trato deles que, segundo nosso entendimento, são cometidos equívocos, o que é um grande problema,

nulla obligatio est – Celso, D. 50, 17, 185). Por tal motivo, a insuficiência de recursos orçamentários não pode ser considerada uma mera falácia. 2. Todavia, observa-se que a dimensão fática da reserva do possível é questão intrinsecamente vinculada ao problema da escassez. Esta pode ser compreendida como ‘sinônimo’ de desigualdade. Bens escassos são bens que não podem ser usufruídos por todos e, justamente por isso, devem ser distribuídos segundo regras que pressupõe o direito igual ao bem e a impossibilidade do uso igual e simultâneo. 3. Esse estado de escassez, muitas vezes, é resultado de um processo de escolha, de uma decisão. Quando não há recursos suficientes para prover todas as necessidades, a decisão do administrador de investir em determinada área implica escassez de recursos para outra que não foi contemplada. A título de exemplo, o gasto com festividades ou propagandas governamentais pode ser traduzido na ausência de dinheiro para a prestação de uma educação de qualidade. 4. É por esse motivo que, em um primeiro momento, a reserva do possível não pode ser oposta à efetivação dos direitos fundamentais, já que, quanto a estes, não cabe ao administrador público preterir-los em suas escolhas. Nem mesmo a vontade da maioria pode tratar tais direitos como secundários. Isso, porque a democracia não se restringe na vontade da maioria. O princípio do majoritário é apenas um instrumento no processo democrático, mas este não se resume àquele. Democracia é, além da vontade da maioria, a realização dos direitos fundamentais. Só haverá democracia real onde houver liberdade de expressão, pluralismo político, acesso à informação, à educação, inviolabilidade da intimidade, o respeito às minorias e às idéias minoritárias etc. Tais valores não podem ser malferidos, ainda que seja a vontade da maioria. Caso contrário, se estará usando da “democracia” para extinguir a democracia. 5. Com isso, observa-se que a realização dos direitos fundamentais não é opção do governante, não é resultado de um juízo discricionário nem pode ser encarada como tema que depende unicamente da vontade política. Aqueles direitos que estão intimamente ligados à dignidade humana não podem ser limitados em razão da escassez quando esta é fruto das escolhas do administrador. Não é por outra razão que se afirma que a reserva do possível não é oponível à realização do mínimo existencial.” (Superior Tribunal de Justiça, AgRg-REsp 1.136.549/RS, 2ª T., Rel. Min. Humberto Martins, J. 08.06.2010, DJ 21.06.2010)

⁵ Entendemos que apenas excepcionalmente esses conceitos poderiam ser aplicados, mas sem nunca deixar de lado esses artigos que foram citados, já que eles são as regras e o princípio que evidenciam o mínimo existencial (art. 196, *caput*) e a reserva do possível (arts. 194, inciso III, e 195, § 5º). Seria o caso, por exemplo, do Estado não implementar as políticas públicas, ou fazê-la de modo indubitavelmente insuficiente, considerado o mínimo necessário para que as pessoas tivessem condições razoáveis de

tendo em conta o caráter didático de todos os julgamentos realizados pelo Judiciário, especialmente dos Tribunais Superiores. Em ambos os julgamentos supracitados em outros vários dessas duas Cortes⁶, a nosso ver, são desprezadas as políticas públicas criadas e implementadas legítima e democraticamente pelo Legislativo e pelo Executivo. Os julgamentos seguem sempre o mesmo caminho. Partem da premissa de que o art. 196 da Constituição Federal estabelece que o direito à saúde é de todos e, por isso, condenam qualquer dos entes federativos que esteja no polo passivo, isolada ou cumulativamente.

Nesse diapasão, o Tribunal de Justiça do Estado não se posicionou em favor da concessão quase que ilimitada de medicamentos e outros bens relacionados ao direito à saúde⁷, como, recentemente, criou súmulas para evidenciar isso, conforme segue:

Súmula nº 65: Não violam os princípios constitucionais da separação e independência dos poderes, da isonomia, da discricionariedade administrativa e da anualidade orçamentária as decisões judiciais que determinam às pessoas jurídicas da administração direta a disponibilização de vagas em unidades educacionais ou o fornecimento de medicamentos, insumos, suplementos e transporte a crianças ou adolescentes.

Súmula nº 66: A responsabilidade para proporcionar meios visando garantir o direito à saúde da criança ou do adolescente é solidária entre Estado e Município.

Ao nosso entender, entretanto, a primeira súmula desrespeita frontalmente os arts. 2º, 196, 197 e 198 da Constituição Federal, pois ela despreza a ideia de que, na divisão dos poderes, cabe ao Legislativo e ao Executivo, respectivamente, a formulação e a execução das políticas públicas, que criam os direitos públicos

exercer outros direitos postos à disposição delas pelo ordenamento jurídico. Nesse caso, talvez, o conceito de mínimo existencial poderia ser usado como soldado de reserva.

⁶ STF: REs 232.335 e 273.834; STJ: AgRg-REsp 1.136.549/RS e RMS 24.197/PR.

⁷ “Mandado de segurança com pedido liminar. Medicamentos. Portador de polineuropatia diabética linfática. Solidariedade entre os entes federativos. Fornecimento de medicamentos excepcionais. Art. 196 da Constituição Federal. O direito à vida é amplo e explicitamente protegido pela Carta Magna. Sentença mantida. Reexame necessário e recurso fazendário improvidos.” (TJSP, Apelação Cível nº 0000056-48.2012.8.26.0637, 7ª Câmara de Direito Público, Rel. Des. Luiz Sérgio Fernandes de Souza, J. 15.10.2012)

subjetivos; dessa forma, limita os conflitos intersubjetivos a serem dirimidos pelo Judiciário. A segunda súmula, por sua vez, demonstra o desprezo à Lei Federal nº 8.080/1990, que, em seus arts. 17 e 18, definem a competência, respectivamente, dos Estados e dos Municípios. O inciso I do art. 18 diz que cabe à direção municipal do Sistema Único de Saúde gerir e executar os serviços públicos de saúde, e o inciso III do art. 17 diz que cabe à direção estadual do referido Sistema executar supletivamente ações e serviços de saúde. Sabendo-se que supletivamente não é solidariamente, fica complicado concordar com essa interpretação exposta na referida súmula.

O detalhe curioso é que, à luz da interpretação que é dada aos referidos artigos, sobretudo ao art. 196 da Constituição Federal, poderia se imaginar que, por uma questão de coerência, no âmbito da previdência e da assistência social ocorreria o mesmo problema. Em outras palavras, seriam deixadas de lado as normas constitucionais e legais em prol dos segurados e assistidos. Mas não. Embora esses três campos se complementem para formar a seguridade social, a interpretação é muito mais restritiva, a nosso ver corretamente, sobretudo no âmbito da previdência social.

É muito comum os juízes e Tribunais julgarem os casos envolvendo a concessão de benefícios previdenciários não só lembrando da regra constitucional que estabelece a necessidade de prévia fonte de custeio para a concessão de benefício, mas também verificando requisito por requisito da Lei Federal nº 8.213/1991⁸.

⁸ “PREVIDENCIÁRIO - DESAPOSENTAÇÃO - DECADÊNCIA - AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL - NECESSIDADE DE CUSTEIO - EMBARGOS INFRINGENTES PROVIDOS - 1. Tratando-se de pedido de renúncia de aposentadoria cumulado com a concessão de novo benefício mediante o aproveitamento do tempo de serviço e dos salários de contribuição que serviram de base para a concessão do benefício renunciado, bem como dos posteriores àquela concessão, não há que se falar em decadência do direito de revisão do ato de concessão da aposentadoria. Embora se possa afirmar que o efeito concreto buscado seja o mesmo, o fato é que não há regra legal tratando da questão. 2. A Lei de Custeio do RGPS estabelece que o aposentado que volta a exercer atividade abrangida pelo RGPS é segurado obrigatório em relação a essa atividade (art. 12, § 4º, da Lei nº 8.212/1991). 3. A Lei de Benefícios prevê que o aposentado pelo RGPS que permanecer em atividade sujeita a este regime, ou a ela retornar, somente terá direito à reabilitação profissional, ao auxílio-acidente e aos pecúlios (este, até a sua extinção), não fazendo jus a outras prestações, salvo as decorrentes de sua condição de aposentado (art. 18, § 2º, da Lei nº 8.213/1991). 4. Disso decorre que não há autorização legal para a chamada ‘desaposentação’ - renúncia à aposentadoria cumulada com a concessão de novo benefício mediante aproveitamento do tempo de serviço e dos salários de contribuição que serviram de base para a concessão do benefício renunciado, bem como dos posteriores àquela concessão. 5. É inegável que a adoção da ‘desaposentação’ majora o valor do benefício, o que, à luz da Constituição, exige a necessária previsão de fonte de custeio (art. 195, § 5º - ‘Nenhum benefício ou serviço da seguridade

Ora, por que será que quando a jurisprudência se depara com o direito à saúde a interpretação preferida é sempre pela sua natureza praticamente ilimitada, sem se ater aos limites expressamente estipulados pela Constituição Federal de 1988, que remetem o intérprete e aplicador à Lei nº 8.080/1990, e o mesmo não ocorre quando se trata da previdência, cujos julgamentos são norteados sempre pela aplicação direta e imediata da Lei nº 8.213/1991?

Bem, não parece haver um fator que possa ser considerado perfeito para responder a essa pergunta. Temos a sensação de que quando os intérpretes e aplicadores da lei, no seu sentido lato, se deparam com questões envolvendo o direito à saúde, eles se sentem responsáveis pela manutenção da vida da pessoa, ou seja, eles não querem ser considerados os responsáveis pela morte de alguém. Assim, esquecem-se dos limites interpretativos para atribuir às normas constitucionais o sentido que bem entendem. Nisso se destaca, indubitavelmente, a absoluta omissão quanto à segunda parte do art. 196 da Constituição, na parte em que se faz menção às políticas públicas, e, por consequência, acaba por se desprezar tudo o que regula a Lei Federal nº 8.080/1990.

Entendemos que outro fator que deve influenciar os intérpretes e aplicadores da lei para que o direito à saúde se distancie tanto do direito à previdência social, embora ambos integrem o mesmo sistema chamado seguridade social, e, inclusive, sejam regidos por princípios comuns, é que no caso da previdência o sistema é contributivo, o que não ocorre com o direito à saúde. Em razão disso, na interpretação e na aplicação das normas reguladoras do direito à previdência social as pessoas que se dispõem a compreendê-las sente-se tolhida na concessão

social poderá ser criado, majorado ou estendido sem a correspondente fonte de custeio total. [...]” (TRF 3ª R., EI 0008383-08.2009.4.03.6183, 3ª Seção, Relª Desª Marisa Santos)

“AÇÃO RESCISÓRIA - PREVIDENCIÁRIO - AUXÍLIO-ACIDENTE - ART. 86 DA LEI Nº 8.213/1991, COM A REDAÇÃO DADA PELA LEI Nº 9.032/1995 - BENEFÍCIOS CONCEDIDOS SOB O MANTO DE LEGISLAÇÃO PRETÉRITA - MAJORAÇÃO DO PERCENTUAL - IMPOSSIBILIDADE, CONFORME ORIENTAÇÃO DO PLENÁRIO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - RESTITUIÇÃO DOS VALORES RECEBIDOS POR FORÇA DO CUMPRIMENTO DE JULGADO POSTERIORMENTE RESCINDIDO - PRINCÍPIO DA IRREPETIBILIDADE DOS ALIMENTOS - PRECEDENTES - [...]”

2. O Pretório Excelso, examinando a majoração do auxílio-acidente, concluiu, sobretudo em razão da necessidade de previsão da fonte de custeio, pela impossibilidade de aplicação da lei posterior para cálculo ou majoração dos benefícios já concedidos, salvo como expressamente previsto no novo diploma legal. 3. Nos termos da jurisprudência desta Corte Superior de Justiça, para hipóteses tais como a presente, é necessário ater-se ao princípio da irrepetibilidade dos alimentos, segundo o qual, para as importâncias relativas a benefício previdenciário recebidas por força do cumprimento de decisão judicial posteriormente rescindida, não é cabível a restituição de valores. 4. Ação rescisória julgada parcialmente procedente.” (Superior Tribunal de Justiça, AR 4794/SC, 3ª Seção, Relª Min. Laurita Vaz, J. 26.09.2012, DJe 08.10.2012)

de benefícios sem fonte de custeio. No caso do direito à saúde, no entanto, por não ser o sistema contributivo, as pessoas que interpretam as normas que o regulam esquecem-se de que fonte de custeio não significa apenas contribuição, mas também previsão legal decorrente da destinação de recursos públicos por meio do orçamento. Em razão disso, deixam de lado a Lei Federal nº 8.080/1990 e o seu decreto regulamentador para conceder ações e serviços de saúde que não estão previstos em lei, que não integram a política pública.

Como o ativismo judicial, seguindo a linha de raciocínio de Elival da Silva Ramos (Ramos, 2010), baseia-se, fundamentalmente, em um desprendimento do juiz do texto-base, que, no caso, parece que é exatamente o que ocorre com relação à aplicação das normas relativas ao direito à saúde, compreendemos que, de fato, existe ativismo judicial nessa área do Direito.

6 A INFLUÊNCIA DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

O constituinte definiu, no art. 1º da Constituição Federal, os fundamentos do Estado Democrático de Direito, entre os quais, no seu inciso III, indicou a dignidade da pessoa humana, que, a par da equivocidade da expressão e da intensa discussão doutrinária, pode ser simplificada, dentro do nosso propósito, como a obrigatoriedade de o Estado e de as pessoas em geral atuarem sempre de modo a valorizar o ser humano acima de qualquer outra coisa, permitindo que ele tenha autonomia e aja de acordo com isso.

De acordo com Ana Paula de Barcellos, a eficácia jurídica extraída do princípio da dignidade da pessoa humana tem três frentes. A eficácia negativa impede manifestações do Poder Público que ofendam o princípio da dignidade humana. A eficácia vedativa de retrocesso impede manifestações políticas que limitem o nível de proteção desse princípio na atualidade. A eficácia interpretativa, por fim, que é a que mais nos interessa, é aquela que nos força a interpretar as normas e os atos do Poder Público no sentido de se atribuir maior eficácia ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Pois bem, tendo sido estabelecido esse princípio na mesma Constituição Federal que, nos seus arts. 194, 195 e 196, regulou o direito à saúde como um direito de todos e dever do Estado, a ser implementado mediante políticas públicas, que devem ser seletivas e distributivas, e que não podem conceder benefícios sem a respectiva fonte de custeio prévio, é de se entender que o constituinte ponderou vários princípios para fixar essas diretrizes, inclusive o da dignidade da pessoa

humana. Não tem o menor sentido, portanto, simplesmente deixar de se aplicar uma dessas regras, mormente aquela prevista na segunda parte do art. 196 da Carta Magna, sob o pretexto de que o direito à saúde está ligado à dignidade da pessoa humana e, por isso, o que se pleiteia deve ser concedido, sem maiores considerações.

Embora o objetivo do presente artigo tenha sido analisar as normas constitucionais relativas ao direito à saúde, entendemos que é de extrema importância afirmar que uma das considerações que não poderia deixar de ser feita para a concessão ou não de um medicamento, tratamento ou utensílio a uma pessoa é o art. 19-O da Lei nº 8.080/1990, cuja redação é a seguinte:

Art. 19-O. Os protocolos clínicos e as diretrizes terapêuticas deverão estabelecer os medicamentos ou produtos necessários nas diferentes fases evolutivas da doença ou do agravo à saúde de que tratam, bem como aqueles indicados em casos de perda de eficácia e de surgimento de intolerância ou reação adversa relevante, provocadas pelo medicamento, produto ou procedimento de primeira escolha. (Incluído pela Lei nº 12.401, de 2011)

Como se pode observar dessa regra, existem protocolos clínicos e diretrizes terapêuticas, cuja definição está no art. 19-N desse mesmo diploma legal, estabelecendo os medicamentos ou os produtos necessários para o tratamento das doenças ou dos agravos à saúde em geral. Considerando que a incorporação, a exclusão ou a alteração pelo SUS de novos medicamentos, produtos e procedimentos, bem como a constituição ou alteração de protocolo clínico ou de diretriz terapêutica, são atribuições do Ministério da Saúde, que conta com um corpo técnico denominado Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias do SUS, a quem cabe analisar as evidências científicas sobre a eficácia, a acurácia, a efetividade e a segurança do medicamento, produto ou procedimento, bem como a avaliação econômica comparativa dos benefícios e dos custos em relação às tecnologias já incorporadas, inclusive no que se refere aos atendimentos domiciliar, ambulatorial ou hospitalar, quando cabível, é certo que a interferência judiciária naqueles termos assinaladas anteriormente será quase sempre indevida, haja vista a desconsideração das evidências científicas, das avaliações econômicas comparativas e dos riscos que isso implica no sistema de saúde como um todo.

Não se pode olvidar do referido artigo, ainda, e essa é a parte mais importante dele neste contexto em que estamos, de discussão acerca da eficácia do direito à saúde e de sua fundamentalidade, que o próprio sistema aceita que, certas pessoas, não possam receber apenas o medicamento, o produto ou o tratamento de primeira escolha. Seja pela fase evolutiva em que se encontra a doença ou o agravo à saúde, seja pela perda da eficácia, seja pelo surgimento de intolerância ou reação adversa relevante, algumas pessoas têm direito a outro medicamento, produto ou tratamento. Essa flexibilidade do sistema torna totalmente descabida, a nosso ver, as soluções judiciais fundadas na dignidade da pessoa humana, ou na igualdade material, pois há direito líquido e certo a uma segunda opção, mas, tratando-se de uma política pública, é evidente, ela não fica ao alvedrio do requerente. Há que existir uma boa justificativa para que se deixe de lado a regra, consistente no medicamento, produto ou tratamento comum, ou seja, há equidade no sistema, entendida esta como a “justiça do caso concreto”, como se costuma dizer.

Isso para não falar da problemática adoção de uma norma que tem natureza de princípio, e que tem um conteúdo e um alcance de limites nebulosos, acabam por abalar a própria segurança jurídica, haja vista que fica a critério de cada juiz decidir o caso como bem entende, de acordo com sua ponderação de valores, criando uma verdadeira ditadura judiciária, a qual, ainda que restrita a este contexto, nunca é desejável.

CONCLUSÃO

Vimos, no presente artigo, que, obviamente, pela sua singeleza, não pretende nem chegar perto de esgotar a discussão acerca do tema relativo à eficácia jurídica das normas constitucionais que definem direitos fundamentais, notadamente no campo do direito à saúde, que existem inúmeros efeitos jurídicos que podem ser extraídos dessas normas, e, por isso, o fato de ela não gerar imediatamente um direito subjetivo público não significa que ela não gere efeitos.

Definido isso, observamos que existem limites ao surgimento de direitos subjetivos públicos, independentemente de lei, quer porque a própria Constituição remeteu a uma lei, quer porque somente a lei poderia definir melhor o conteúdo e o alcance da norma constitucional. No âmbito dos direitos sociais, verificamos que a necessidade de implementação de políticas públicas por meio de lei pode ser outro fator limitador ao surgimento de direitos subjetivos

públicos diretamente da Constituição, o que ocorre especialmente no tocante ao direito à saúde.

Já, no tocante ao direito à saúde, após interpretarmos os arts. 196 a 198 da Constituição Federal de 1988, verificamos que a jurisprudência despreza os limites semânticos dessas normas ao concluir, sem qualquer ressalva, e com toda a simplicidade daquele que faz caridade com o chapéu alheio, que todos têm direito a medicamentos e outros utensílios relacionados à saúde, independentemente do que dispõe a Lei Federal nº 8.080/1990 e o seu decreto regulamentador. O princípio da dignidade humana é um dos argumentos que também é usado pelos intérpretes e aplicadores das leis para, deixando de lado a ponderação anteriormente feita por quem de direito, ou seja, pelos legisladores (*lato sensu*) e pelos integrantes do Executivo, refazer a ponderação segundo seu entendimento.

Sucede que, como vimos, quer porque os princípios democrático e da segurança jurídica não admitem isso, quer porque a Lei Federal nº 8.080/1990 preenche as lacunas deixadas pela Constituição Federal de forma adequada, todos esses argumentos apresentados costumeiramente pela jurisprudência para deferir tudo quanto é pedido em juízo não podem prevalecer.

Considerando que o direito à saúde integra o sistema da seguridade social e que, por isso, forçosamente deve ter seus dispositivos normativos interpretados e aplicados de acordo com as regras e os princípios que os norteiam, observamos que a melhor interpretação dos artigos que tratam de direito à saúde passaria necessariamente pela análise das políticas públicas. No entanto, conforme observamos pelos exemplos citados, há uma discrepância interpretativa, marcada pelo excesso de subjetivismo, porquanto enquanto os dispositivos referentes ao direito à saúde na Constituição Federal são interpretados de forma sempre tendente a conceder o que é pedido em juízo, a interpretação que prevalece nos outros dois campos, da previdência e da assistência social, sobretudo no primeiro deles, é mais restritiva.

Nesses termos, em nosso sentir, existe ativismo judicial no que concerne com o direito à saúde, não por uma intenção de se fazer substituir ao legislador ou ao administrador público, mas sim por um viés interpretativo não sistemático e não hierarquizado.

REFERÊNCIAS

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

BARCELLOS, A.P. de. *A eficácia jurídica dos princípios fundamentais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. 2. ed. amp., rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito administrativo e políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2002.

FILHO, Agassiz; MELGARÉ, Plínio (Org.). *Dignidade da pessoa humana: fundamentos e critérios interpretativos*. São Paulo: Malheiros, 2010.

FREITAS, Juarez. *A interpretação sistemática do direito*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MARTINEZ, Wladimir Novaes. *A seguridade social na constituição federal*. 2. ed. São Paulo: LTr, 1992.

MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito da seguridade social*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

_____; FIGUEIREDO, M. F. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. *Revista da Defensoria Pública*, v. 1, 2008.

SILVA, José Afonso da. *A aplicabilidade das normas constitucionais*. 2. ed. São Paulo: RT, 1982.

SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

STRECK, Lenio Luiz. *Compreender direito: desvelando as obviedades do discurso jurídico*. São Paulo: RT, 2013.

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

O ABORTO SOB O VIÉS CONSTITUCIONAL-PENAL DA PROPORCIONALIDADE E DO BEM JURÍDICO: UMA ANÁLISE COMPARATIVA COM A POSIÇÃO ALEMÃ E AS NOVAS PROPOSTAS NO BRASIL

ABORTION UNDER THE BIAS CONSTITUTIONAL-CRIMINAL OF PROPORTIONALITY AND LEGAL INTEREST: A COMPARATIVE ANALYSIS WITH GERMAN POSITION AND NEW PROPOSALS IN BRAZIL

Fábio Freitas Dias¹

Professor do Centro Universitário Franciscano (Unifra)

Felipe da Veiga Dias²

Doutorando e Mestre em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul (Unisc)

RESUMO: A presente pesquisa trata do aborto no Brasil, sustentando uma necessária ligação entre o direito constitucional e o direito penal que deve nortear a interpretação de todo o sistema punitivo. Para tanto, o estudo de alguns princípios, como ofensividade, intervenção mínima e proporcionalidade, é indispensável. Tal combinação permite a defesa de uma

exclusiva proteção de bens jurídicos, ao mesmo tempo em que possibilita a retração do sistema penal e a averiguação da necessidade/obrigação de proteção penal. Além disso, o comparativo com o Direito alemão subsidia a crítica à atual legislação pátria. Entre erros e acertos que se pretende apontar, afirma-se a necessidade de debater criticamente o tema, para que o tratamento do aborto

¹ Mestre e Especialista em Ciências Jurídico-Criminais pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra/Portugal, Advogado (Santa Maria/RS). *E-mail:* fabiofd33@yahoo.com.br.

² Bolsista CAPES (nº 12333/13-1) – Doutorado Sanduíche na Universidad de Sevilla (Espanha), Especialista em Direitos Fundamentais e Constitucionalização do Direito – PUC/RS, Professor da Faculdade Metodista de Santa Maria/RS (FAMES), Integrante dos Grupos de Estudos em Direitos Humanos de Crianças, Adolescentes e Jovens do Núcleo de Pesquisa Políticas Públicas de Inclusão Social (Grupeca/UNISC), Advogado. *E-mail:* felipevdias@gmail.com.

no Brasil possa observar a proteção da vida humana e modelo de direito penal realmente garantista.

PALAVRAS-CHAVE: Princípios constitucionais-penais; proporcionalidade; aborto; bem jurídico.

ABSTRACT: *The present research concerns about the abortion in Brazil supporting a necessary link between constitutional law and criminal law should govern the interpretation of any punitive system. Therefore, is essential the study of some principles such offensiveness, minimal intervention and proportionality. This combination allows the defense of an exclusive protection of legal interests, while allowing the retraction of the criminal system and the investigation of necessity/obligation to criminal protection. Moreover, the comparison with German law subsidizes the criticism of the current homeland legislation. Between right and wrong that is intended to point, it is affirmed the need to discuss critically the subject, so that adjustments are made and the next steps may be taken in the treatment of abortion in Brazil following not only the protection of human life, but a model of criminal law really "guarantist".*

KEYWORDS: *Criminal-constitutional principles; proportionality; abortion; legal interest.*

SUMÁRIO: Considerações iniciais; 1 Conexão constitucional-penal e os princípios de sustentação; 2 O princípio da proporcionalidade: panorama entre a proibição de excesso e de proteção deficiente; 3 A imperiosa compreensão do bem jurídico-penal e a obrigatoriedade de restrição penal; 4 O aborto sob o viés alemão e as contextualizações constitucionais penais com o caso brasileiro; Considerações finais; Referências.

SUMMARY: *Initial considerations; 1 Constitutional-criminal connection and the principles of sustainability; 2 The proportionality principle: overview between the prohibition of excess and deficient protection; 3 The overriding understanding of well legal-penal and obligation of criminal restraint; 4 Abortion under german bias and the contextualization constitutional criminal with the brazilian case; Final considerations; References.*

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A pesquisa ora proposta tem por escopo debater o tema da interrupção da gravidez sob a via de observação constitucional-penal, defendendo esta conexão como inerente a qualquer processo reflexivo acerca das intervenções punitivas do Estado no atual modelo Democrático de Direito, de modo que o desvio dos rumos deste caminho leva, conseqüentemente, à deslegitimação do sistema criminal.

Desta maneira, far-se-á a exposição da umbilical ligação entre os ramos do direito constitucional e do direito penal, com especial atenção ao uso dos princípios constitucionais-penais e a noção de bem jurídico. O primeiro destes itens traz consigo não somente a compreensão hermenêutica da esfera penal hodierna, mas também dispõe fundamentos para reflexão fenomenológica das questões atinentes ao aborto, como, por exemplo, o princípio da proporcionalidade, o qual serve ao propósito de indagação dos interesses jurídicos em pauta e, igualmente, oferta ao intérprete a possibilidade de estabelecimento de parâmetros justificantes ao processo decisório, conforme exige o Texto Constitucional pátrio.

Ademais, juntamente à compreensão da adoção adequada da proporcionalidade (aliada aos demais princípios – sustentação do sistema), nas suas modalidades de proibição de excesso e de proteção deficiente, adiciona-se o estudo do bem jurídico, já que o seu uso como conteúdo formal e material insere ao ilícito penal um componente de justificação das ações estatais. Isso aponta para que a leitura correta do que seria um bem jurídico penal determina não somente a regularidade normativa do ilícito, mas traz consigo um componente axiológico de fundamentação ou em alguns casos de contestação (inconstitucionalidade da norma penal por inadequação ou inexistência do bem jurídico).

Destarte, a combinação dos elementos da proporcionalidade e do bem jurídico indica a existência de possíveis dúvidas sobre a incriminação do aborto no Brasil; portanto, tentar-se-á aqui expor algumas destas incongruências e, por conseguinte, a necessidade de debater a matéria, haja vista as novas propostas que tomam forma no projeto de reforma do Código Penal. Utilizar-se-á conjuntamente, a fim de traçar um comparativo teórico-prático, os rumos adotados na Alemanha sobre este caso, tendo em vista a sua estimada relevância nos debates constitucionais (em especial da sua Corte Constitucional), bem como a sua linha de raciocínio garantista de proteção dos direitos fundamentais.

Clarificados os aspectos principais do artigo, tentar-se-á aqui expor uma discussão coerente e pluralizada, para, assim, escapar dos discursos vazios e pouco contributivos neste assunto, ao mesmo tempo em que não se pretende esgotar a matéria, e sim fomentar críticas e contestações ao panorama esquizofrênico do campo penal no Brasil, pois a percepção de que a doutrina, legislação e política criminal não falam muitas vezes a mesma linguagem conduz a forçosos questionamentos, como o ora aludido acerca da interrupção da gravidez.

1 CONEXÃO CONSTITUCIONAL-PENAL E OS PRINCÍPIOS DE SUSTENTAÇÃO

A apreciação de qualquer temática na seara penal contemporânea implica no entendimento coerente dos certames constitucionais, sob pena não somente de uma incongruência formal, no sentido de coesão sistêmica do Direito pátrio, mas também de uma corrosão nuclear de sua matriz axiológica. O prezar por este centro indica a sua importância e, ao mesmo tempo, denota a sua contribuição ao pensamento jurídico pós-moderno, recebendo de autores a alcunha de pós-positivista (em clara acepção à superação do paradigma do período positivista, seja em sua rigidez ou na discricionariedade excessiva).

Neste norte, a clara combinação de componentes ético-valorativos e jurídicos parece ser uma marca do constitucionalismo moderno, juntamente ao qual se encontra o próprio modelo estatal, nomeado de Democrático de Direito, que é visto como possuidor de grande força ideológica, ofertando maior número de artefatos modificativos da realidade social. Aponta-se que a vertente estatal em comento utiliza-se das bases anteriormente galgadas, como a separação dos poderes, associando a novas leituras de princípios como a legalidade, igualdade e a segurança jurídica³, bem como de novos direitos, buscando um novo patamar de efetivação de direitos e garantias ao ser humano.

Portanto, a adoção de um prisma constitucional de observação jurídica passa a ser impositiva à realidade nacional. No que tange ao direito penal, tal assertiva já estaria corroborada pela proteção constitucional de determinados direitos e garantias, de modo expresso e diretamente ligado ao campo penal, tanto de natureza material quanto processual; no entanto, este elemento é reforçado por um elo mais intrínseco, mais precisamente com os direitos fundamentais e os princípios constitucionais.

A força contida no elo constitucional-penal é inegável e ao mesmo tempo inerente à coerência do sistema punitivo, sendo cabível a formação, nas palavras de Luciano Feldens⁴, de uma Constituição Penal:

[...] concebida como o conjunto de diretrizes normativas estabelecidas à organização e ao funcionamento do sistema jurídico-penal requerido pela Constituição,

³ STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. *Ciência política e teoria do estado*. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 98-99.

⁴ FELDENS, Luciano. *A constituição penal: a dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 23-24.

as quais compreendem os princípios e regras gerais respeitantes à matéria criminal (penal e processual penal) positivados na ordem constitucional; ademais, uma vez assentada a missão precípua do Direito Penal como instrumento de proteção de bens jurídicos, o conceito de Constituição Penal assumirá uma perspectiva material para abranger, em seu núcleo de problematização, as categorias que, produto do desenvolvimento dogmático dos direitos fundamentais enquanto imperativos de tutela, sejam, por essa razão mesma, diretamente referíveis à Constituição, ainda que nela não ostentem uma consagração explícita.

Assim, a conexão entre o direito constitucional e o penal é fruto do próprio Estado Democrático de Direito, porquanto não se poderia aceitar um poder punitivo que estivesse em constante conflito com a Constituição ou cerceasse direitos protegidos em um Estado de modelo constitucionalista. Dentro dessa equação jurídica, de maneira a respeitar a ligação entre a Constituição e o direito penal, devem ser respeitados os fundamentos constitucionais, mais precisamente os princípios, seja por seu papel frente a um raciocínio hermenêutico ou por seu caráter orientador. O importante é que dentro da espécie penal estes alicerces têm grande valia.

Ademais, nunca é demais frisar que os princípios funcionam de modo a conter os agentes do sistema penal; em outras palavras, tais componentes restringem o plano de atuação do legislador ou do julgador⁵, para, com isso, manter a higidez constitucional da esfera penal.

Dito isso, ao debruçar-se sobre os alicerces do pensamento constitucional-penal, faz-se forçosa a menção à dignidade da pessoa humana, a qual se encontra prevista como pedra angular do ordenamento jurídico, servindo como fundamento hermenêutico e como norma positivada. Integra a dignidade humana a base da República⁶, ao mesmo tempo em que traça o desenho ético-jurídico da Constituição, de maneira a refutar qualquer tratamento redutor da

⁵ LIMA, Alberto Jorge Correia de Barros. *Direito penal constitucional: a imposição dos princípios constitucionais penais*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 17.

⁶ Adiciona-se aqui o posicionamento acerca da relação entre República e dignidade humana, nas palavras de CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2004. p. 225.

condição existencial de ser humano; em outras palavras, afasta condutas que imponham ao indivíduo a condição de objeto/coisa (matriz kantiana)⁷.

Quando se aduz à relevância da dignidade humana, não se está somente a elevar sua contribuição reflexiva, diante de toda sua carga valorativa (fato este comprovado pela sua definição abstrata ou até mesmo pelo caráter volátil de termos como “dignidade”), e sim se tem em mente que ela se perfectibiliza em diversos mandamentos constitucionais diferentes (como, por exemplo, na proibição de tortura e tratamento desumano ou na pena de morte)⁸, bem como em outros princípios, para, desta forma, auferir uma maior concretude. Isso significa que o seu uso não deve ser inconsequente, nomeando atos gerais ou ofensas à dignidade humana, a fim de evitar o seu esvaziamento, porque as suas ramificações têm exatamente a pretensão de conceder uma maior materialização ao seu conteúdo, e uma lesão a estes princípios acarreta, por conseguinte, ofensa à dignidade humana.

Essa constatação não impede uma violação direta ao princípio supra-mencionado; todavia, priorizam-se aqui os ataques secundários a este fundamento, mais precisamente por meio dos princípios constitucionais-penais, já que tais danos infringem rupturas nos muros de legitimação⁹ do sistema punitivo (incongruência entre as normas penais e a base constitucional).

Neste sentido, alguns princípios podem ser considerados como sustentação imprescindível à presente pesquisa, ou até mesmo ao pensamento criminal contemporâneo, e entre estes apontam-se aos princípios da ofensividade e da intervenção mínima. Contudo, antes de adentrar ao comentário do primeiro desses axiomas, não se pode furtar em afirmar a importância da legalidade (e conexão) para contemplação dos princípios aludidos, visto que, seguindo as linhas de Luigi Ferrajoli, em seus dez mandamentos do garantismo penal, o destaque de

⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 37. Em igual sentido a posição de RODRIGUEZ, Javier Llobet. *Derechos humanos y justicia penal*. Heredia: Poder Judicial, Depto. de Artes Gráficas, 2007. p. 45-46.

⁸ As exemplificações mencionadas podem ser vislumbradas no art. 5º do Texto Constitucional brasileiro (1988), nos incisos III e XLVII. Igualmente colaciona-se passagem de CARVALHO, João Paulo Gavazza de Mello. Princípio constitucional penal da dignidade da pessoa humana. In: SCHMITT, Ricardo Augusto (Org.). *Princípios penais constitucionais: direito e processo penal à luz da Constituição Federal*. Salvador: JusPodivm, 2007. p. 287.

⁹ Defende a posição acerca da deslegitimação por ausência de racionalidade o autor ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas a perda de legitimidade do sistema penal*. 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

tal princípio se dá nem tanto pela mera previsão no texto legal (acepção *lata*), e sim pelas combinações resultantes; em outras palavras, a legalidade estrita (diferente da simples previsão – sentido *lato* – como condição) traz consigo todas as demais garantias (como, por exemplo, a ofensividade)¹⁰.

Com fulcro na visão garantista da legalidade, juntamente ao parâmetro máximo da dignidade humana – da qual se deduz o mandamento subsequente –, passa-se a debruçar-se sobre o princípio da ofensividade/lesividade, vislumbrado na punição de condutas que efetivamente lesionem (ou coloquem em perigo) um interesse jurídico relevante¹¹. Resumidamente, aduz-se que “somente os ataques mais insuportáveis (mais graves), os que podem gerar repercussões visíveis (palpáveis) e muito preocupantes para terceiros (para a convivência social), é que devem ser castigados penalmente”¹².

Diante dessa concepção adefere-se a dificuldade inicial: quais seriam os interesses relevantes e merecedores da proteção penal? A resposta deste questionamento irá carecer da conjugação deste item com os próximos dois pontos, pois a compreensão da proporcionalidade e do bem jurídico são inafastáveis à elaboração de uma sentença adequada.

Entretanto, nada impede em denotar o potencial modificador deste princípio constitucional-penal, já que o seu uso é capaz de alterar o próprio conceito de ilícito (modelo de crime como ofensa a bens jurídicos), conforme preleciona os ensinamentos de Fabio Roberto D’Avila¹³:

[...] uma tal concepção onto-antropológica do direito penal, percebida e recepcionada juridicamente através do *modelo de crime como ofensa a bens jurídico-penais*, não só, vale reiterar, atribui ao ilícito uma *posição privilegiada* na estrutura dogmática do crime, eis que portador, por excelência, do juízo de desvalor da infração enquanto elemento capaz de traduzir para

¹⁰ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 91-93.

¹¹ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 130.

¹² GOMES, Luiz Flávio. *Teoria constitucionalista do delito e imputação objetiva: o novo conceito de tipicidade objetiva na pós-modernidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 25.

¹³ D’AVILA, Fabio Roberto. *Ofensividade em direito penal: escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 50-51.

além da intencionalidade normativa, também a própria função do direito penal, como propõe a noção de *ofensa a bens jurídicos*, a noção de *resultado jurídico* como a pedra angular do ilícito-típico. De forma sintética: *não há crime (legítimo) sem ofensa a um bem jurídico-penal*. Proposição que pretende, para além de expressar um inequívoco ideário político-ideológico, assumir-se como formulação principalmente constitucional.

Diante disso, encontra-se a ofensividade como um ditame basilar na interpretação constitucionalizada do direito penal, seja por sua alteração na noção de crime ou por servir como baluarte interpretativo, ambos os sentidos da ofensividade conduzem a um sistema garantista dos direitos fundamentais, juntamente com a noção de proteção dos bens jurídicos mais relevantes.

O princípio da lesividade funciona de forma dúbia¹⁴, exercendo influência sob o aspecto do poder do legislador e do juiz, ambos encarregados de funções relacionadas à verificação da ofensividade no direito penal, diferenciando-se em relação ao momento de seus atos. Porém, independentemente de um momento de cunho político-criminal (legislador) na delimitação do *ius puniendi*, ou um segundo de índole interpretativa/aplicativa (magistrado)¹⁵, o mais relevante é que a adoção da lesividade não pode ser meramente um requisito formal, esta deve estar casada com sua característica material para uma adequada interpretação/aplicação do princípio.

Destarte, seja no momento anterior à elaboração do delito ou na sua interpretação/aplicação, a necessidade de consideração da ofensividade é inestimável. Posto isto, o sistema principiológico não funciona de modo segmentado, até mesmo porque a interpretação é una, o que gera a tarefa de avaliação dos demais princípios; todavia, a explanação acerca da totalidade destes demandaria mais do que algumas páginas, gerando, assim, a obrigatoriedade da

¹⁴ D'AVILA, Fabio Roberto. O modelo de crime como ofensa ao bem jurídico. Elementos para legitimação do direito penal secundário. In: *Direito penal secundário*. Estudos sobre crimes econômicos, ambientais, informáticos e outras questões. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 91. Compactua desta leitura do duplo funcionamento da ofensividade CALLEGARI, André Luís. Os princípios da proporcionalidade e da ofensividade no direito penal como legitimadores da sanção penal. Análise crítica em relação às penas nos crimes contra os costumes. *Revista da AJURIS*, Porto Alegre: AJURIS, ano 33, v. 33, n. 102, p. 47, 2006.

¹⁵ GOMES, Luiz Flávio. *Princípio da ofensividade no direito penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 99.

opção por apenas mais um, o qual faz jus por indicar os rumos do sistema, mais precisamente o princípio da intervenção mínima.

A combinação da ofensividade com a mínima intervenção fica explícita na noção material de crime, a qual se origina da função do direito penal e vem a ser afirmada pela “tutela subsidiária (ou de *ultima ratio*) de bens jurídicos dotados de dignidade penal (de ‘bens jurídico-penais’); ou, o que é dizer o mesmo, de bens jurídicos cuja lesão se revela digna de pena”¹⁶. Novamente, as ligações entre os princípios tomam forma e conectam-se ao tema do bem jurídico, demonstrando que a linha traçada pelo debate constitui-se em coluna vertebral do pensamento jurídico-penal hodierno.

Enfatiza-se que os caminhos traçados pela intervenção mínima encontram-se na linha de um Estado de Direito, bem como de uma perspectiva garantista do direito penal¹⁷. Não obstante a sua análise anterior à da ofensividade, haja vista que as vias punitivas são (ou ao menos deveriam ser) as últimas a serem utilizadas na defesa dos interesses sociais, devendo restar claro que, segundo este princípio, uma intervenção penal somente tem legitimidade quando ineficazes outros meios jurídicos de proteção¹⁸.

Objetivando alcançar os fins a que se propõe, esse princípio costuma ser subdividido, conforme aduz Nilo Batista¹⁹, “se relacionam duas características do direito penal: a fragmentariedade e a subsidiariedade”. Inicia-se a abordagem pela fragmentariedade. O próprio termo já é capaz de expor uma noção preliminar de sua definição, uma vez que um conceito deste seria que ele não deve sancionar toda e qualquer conduta lesiva a um bem jurídico, somente estaria apto a intervir naquelas com maior capacidade de ofenderem o interesse protegido pela norma. Justificando porque cabe ao direito penal, se alinhado com este princípio, o dever de proteger apenas os bens mais importantes e sancionar somente as condutas tidas como graves dentro do âmbito social.

¹⁶ DIAS, Jorge Figueiredo. *Direito penal – Parte geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, t. I, 2007. p. 114.

¹⁷ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 101. Complementa o autor seguinte apresentando a conexão da intervenção mínima com a dignidade humana e com outras normas contidas no Texto Constitucional brasileiro. LIMA, Alberto Jorge Correia de Barros. *Direito penal constitucional: a imposição dos princípios constitucionais penais*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 70-71.

¹⁸ LOPES, Mauricio Antonio Ribeiro. *Teoria constitucional do direito penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 471.

¹⁹ BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 8. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002. p. 85.

Quanto à parcela subsequente da intervenção mínima, depara-se com o princípio da subsidiariedade, o qual pode ser resumido (segundo muitos doutrinadores) com a expressão *ultima ratio*. No momento em que findarem as alternativas de coibir uma conduta por parte do Estado, após utilizarem-se os demais ramos do Direito e, ainda assim, incorrer-se em fracasso, restará habilitada a utilização do direito penal como instrumento coercitivo social, com o resguardo da especialidade contida na espécie, evitando (em tese) um tratamento banalizado, ao prazer de oportunistas políticos ou manipuladores da opinião pública.

Entretanto, a respeito da última parte mencionada, é obrigatório referir que, apesar de toda esta construção doutrinária de respeito aos parâmetros constitucionais, o que vem se concretizando no âmbito Legislativo e em parte do Judiciário (isso sem mencionar a opinião pública, meios de comunicação, etc.) é um comportamento apartado do pensamento jurídico-penal, de modo a ignorar elementos como a ofensividade e a intervenção mínima, especialmente em seu conteúdo de subsidiariedade, em prol de uma visão punitivista, em clara adoção de uma expansão penal²⁰ (com requintes, por vezes, de noções do direito penal do inimigo explanado por Jakobs)²¹, utilizando os instrumentos punitivos como *prima ratio* ou meramente como forma de simbolismo.

Portanto, apresentadas as bases iniciais de conexão constitucional-penal, bem como de alguns princípios de sustentação do sistema punitivo, sem, contudo, furtar-se às críticas forçosas ao comportamento antagônico apresentado pela doutrina e trágica realidade da aplicação penal no Brasil, caberá, na etapa posterior, elucidar as nuances do princípio da proporcionalidade, o qual detém elo incontestado com os mandamentos da ofensividade e intervenção mínima, além de levantar outras indagações, seguindo rumo à conjugação destes componentes às noções de bem jurídico e, por conseguinte, ao debate do aborto.

2 O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE: PANORAMA ENTRE A PROIBIÇÃO DE EXCESSO E DE PROTEÇÃO DEFICIENTE

O princípio da proporcionalidade vem sendo utilizado no mundo jurídico de forma crescente nos últimos tempos, muito em decorrência do

²⁰ SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

²¹ JAKOBS, Günter; MELIÁ, Manuel Cancio. *Direito penal do inimigo: noções e críticas*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

perfil constitucionalista de quase todas as nações democráticas, embora não esteja previsto de modo expresse em todos os textos constitucionais, tal como no Brasil (princípio implícito)²². Na essência, a proporcionalidade orienta que as ações adotadas (pelo Estado) devem ser adequadas e necessárias ao fim perseguido, “bem como deve ser garantida uma relação de proporcionalidade entre o bem protegido pela atividade estatal e aquele que, para ela, é atingido ou sacrificado”²³.

Essa noção inicial traz à tona duas características: a primeira delas liga o princípio em tela a sua área de atuação mais renomada, os direitos fundamentais, visto que é neste local que são estabelecidos os limites da intervenção estatal (dentro do paradigma do Estado Democrático de Direito); o segundo aspecto, já apontando ao âmbito penal, pode ser vislumbrado nas entrelinhas anteriores, pois, quando se atém ao estabelecimento de restrições/limitações da atuação estatal na proteção dos bens jurídicos, estar-se-á evitando conjuntamente os abusos de poder²⁴.

A partir desta última acepção, torna-se visível a vertente mais conhecida do mandamento em questão, a chamada proibição de excesso – função limitadora do poder punitivo do Estado. Nessa faceta da proporcionalidade, a norma deveria preencher os requisitos contidos no princípio, mais precisamente os chamados subprincípios – adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito²⁵ – popularizados na obra de Robert Alexy²⁶, com o intuito de não incidir em uma desproporção entre os meios e os fins pretendidos (proporcionalidade associada ao critério da ofensividade), visando, desse modo, a impedir ações abusivas, funcionando como um limite superior, ao qual os operadores do Direito estão diretamente vinculados.

No entanto, apesar da massiva filiação com a óptica dos subprincípios e uma resolução analítica ao manejo da proporcionalidade, aqui se terá uma

²² LOPES, Mauricio Antonio Ribeiro. *Teoria constitucional do direito penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 424. Apresenta posição idêntica à defendida de que a ofensa à proporcionalidade indiretamente ofenderia a dignidade da pessoa humana.

²³ BARROS, Wellington Pacheco; BARROS, Wellington Gabriel Zuchetto. *A proporcionalidade como princípio de direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 39-40.

²⁴ STRECK, Maria Luiza Schäfer. *Direito penal e constituição: a face oculta da proteção dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 65.

²⁵ BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. 3. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2003. p. 77.

²⁶ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 116-118.

posição discordante deste pensamento, por razões pragmáticas, tendo em vista que inexistente aplicação correta da teoria analítica e dos subprincípios, ou especialmente pela postura hermenêutica adotada, de conteúdo filosófico, sendo impossível compreender o corte interpretativo, quando na realidade a interpretação e aplicação são uma ação una. Complementa o antagonismo da postura crítica tomada aqui o fato de que Alexy recorre à discricionariedade decisória ao final de sua proposta, reincidindo no erro positivista²⁷.

Asseveram essa linha de pensamento, bem como complementam a visão da proporcionalidade de maneira a pautar as suas duas vertentes (proibição de excesso e de proteção deficiente), as palavras de Maria Luiza Schäfer Streck²⁸:

A proporcionalidade como a equanimidade de que fala Dworkin – assim admitida por Habermas – recoloca o instituto no paradigma da intersubjetividade, por retirar-lhe a característica da discricionariedade. Também lhe retira a dependência do sujeito da modernidade. Em outras palavras, proporcionalidade não pode significar “livre escolha” ou “escolhas discricionárias”, porque isso pode proporcionar até mesmo o solapamento do texto constitucional (lembramos, como exemplo, a utilização do princípio da proporcionalidade para garantir que um aluno de biologia não necessite lidar com animais ou o seu uso para, sopesando fins e meios, procurar legitimar a utilização de prova ilícita em interceptações telefônicas). O uso adequado da proporcionalidade deve ter o propósito de “recolocar” a integridade eventualmente violada pela legislação ou pela decisão judicial. Observe-se que a proporcionalidade está ligada a diversos princípios, especialmente aos do devido processo legal, o contraditório e a igualdade. Uma lei ou decisão deixa de ser proporcional quando viola esses princípios. E, ressalte-se: ou a violação se dá

²⁷ Idem, p. 611. Neste sentido encontram-se as críticas prolatadas por STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – Decido conforme minha consciência*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 92; STRECK, Maria Luiza Schäfer. *Direito penal e constituição: a face oculta da proteção dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 69-71.

²⁸ STRECK, Maria Luiza Schäfer. *Direito penal e constituição: a face oculta da proteção dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 86-87.

porque a lei (ou a decisão) foi além, ou porque ficou aquém da Constituição. Ora, se isso é correto, toda a proporcionalidade ou será pela via da proibição de excesso, ou pela proibição de proteção deficiente.

Com fulcro na assertiva supramencionada, entende-se que os parâmetros interpretativos do abuso ou da omissão são os mais adequados quando se toca no tema da proporcionalidade. Por óbvio que a amplitude e os efeitos da aplicação deste princípio não são restringidos pela abordagem ora realizada, poder-se-ia aludir aplicações fenomenológicas simples, como o estabelecimento de penas mínimas e máximas, sendo estas uma exigência da proporcionalidade, combinada com outros fundamentos constitucionais-penais²⁹.

Ademais, ainda sobre a combinação de princípios e a face da proibição de excesso, o autor Luciano Feldens bem explica como sendo a aplicação mais clara da proporcionalidade quando aplica o princípio da insignificância, de modo que a insignificância “jurídico-penal de uma conduta determinada não é senão a realização de um juízo *concreto* de desproporcionalidade que se realiza acerca da potencial incidência de uma medida legalmente prevista [...] a uma situação de fato”³⁰.

Assim, a proibição de excesso mostra-se em diversos momentos da aplicação da proporcionalidade no direito penal, seja na apreciação legislativa, ocasião em que se projeta o sacrifício do direito à liberdade (ou de outros direitos fundamentais – restrição de direitos) em prol da proteção de um bem jurídico, ou, ainda, na aplicação *in concreto* pelas mãos do juiz, o qual deve levar em consideração a totalidade dos princípios constitucionais penais, como a ofensividade e intervenção mínima, a fim de alcançar uma interpretação adequada e garantidora dos fundamentos da Constituição.

Por isso a variante em comento – feição negativa de proteção contra invasões do Estado – deve ser considerada antiga, já que se encontrava desde o pensamento iluminista, permeando um campo de guarda dos direitos fundamentais opostos ao poder punitivo estatal³¹. Porém, o princípio da

²⁹ GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *O princípio da proporcionalidade no direito penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 161-164.

³⁰ FELDENS, Luciano. *A constituição penal: a dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 191.

³¹ STRECK, Maria Luiza Schäfer. *Direito penal e constituição: a face oculta da proteção dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 91.

proporcionalidade, bem como o próprio direito penal, não poderia ficar restrito a uma atuação negativa, meramente de defesa, ou seja, é imperiosa uma postura positiva para concretização dos direitos fundamentais em um modelo de Estado Democrático de Direito.

Com fulcro nessa segunda possibilidade, chega-se a outra face desse princípio (tendo como origem decisão do Tribunal Constitucional alemão a respeito da interrupção da gravidez), não tão conhecida como a anterior, mas nem por isso de menor significância, denominando-se de proporcionalidade como limite da proteção insuficiente (defesa do núcleo essencial³² dos direitos fundamentais). Esse funcionando como um limite inferior, ou seja, garantiria uma mínima proteção, a partir da concepção de que os direitos fundamentais contêm imperativos de tutela, obrigando a uma ação positiva por parte do Estado, impedindo que certos bens jurídicos sejam jogados ao descaso. Asseveram este posicionamento os ensinamentos de Luciano Feldens³³ acerca do assunto, ao aduzir que

a proibição de proteção deficiente relaciona-se diretamente, pois, à função dos direitos fundamentais como imperativos de tutela (na realidade, lhe é complementar), notadamente no que demandam, para seu integral desenvolvimento, uma atuação ativa do Estado em sua proteção. Sob essa perspectiva, opera como ferramenta dogmática extraída do mandado de proporcionalidade e que nessa condição predispõe-se a exercer um controle (de constitucionalidade) sobre determinados atos legislativos, sendo, portanto, irrecusável sua dignidade constitucional.

Percebe-se com isso a valiosa contribuição dada pela proibição da proteção deficiente, exigindo múltiplos movimentos no combate às violações dos interesses fundamentais dos seres humanos, não restando a sua compreensão ou aplicação prejudicada pela ausência de uma construção dogmática elaborada,

³² A autora seguinte explora a conexão entre o princípio da proporcionalidade e a proteção do núcleo essencial dos direitos fundamentais, apesar de não fazer alusão a vertente da proibição da proteção deficiente: BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. 3. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2003. p. 100-104.

³³ FELDENS, Luciano. *Direitos fundamentais e direito penal: garantismo, deveres de proteção, princípio da proporcionalidade, jurisprudência constitucional penal, jurisprudência dos tribunais de direitos humanos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 92.

como ocorreu com a proibição de excesso e seus subprincípios³⁴. Em síntese, o pensamento garantista contemporâneo da proporcionalidade não se contém ao perfil clássico de simples defesa, mas permeia um caminho pró-ativo na senda conjunta de um novo modelo de Estado e no resguardo dos direitos fundamentais.

Ademais, seguindo a linha de reflexão garantista, que combina os parâmetros dos princípios de sustentação, acrescidos das facetas da proibição de excesso e de proteção deficiente, não se encontram pertinentes propostas extremadas, tanto na direção do abolicionismo (retirada completa da esfera penal – sendo inconstitucional pelos mandatos de criminalização expressos e implícitos) quanto na hipertrofia excessiva do sistema punitivo, rumo a uma expansão penal desenfreada.

Posto isso, relevante mencionar que a proporcionalidade, no que tange à proibição de proteção deficiente, já vem sendo alegada em sede jurisprudencial no Brasil, como no caso da alteração do art. 112 da Lei de Execuções Penais pela Lei nº 10.792/2003, desprezando a obrigatoriedade do exame criminológico, alterando-o por um simples laudo³⁵.

Dispostas as explanações teóricas e práticas do princípio da proporcionalidade (em suas duas acepções), devidamente combinado com as conexões iniciais, impõe-se a clarificação de um elemento, premente a sua evidente ligação com o tema, já tendo sido aludido diversas vezes; mais precisamente, necessitasse tratar da temática do bem jurídico, para somente assim apreciar um breve comparativo entre a visão alemã e as recentes propostas nacionais.

3 A IMPERIOSA COMPREENSÃO DO BEM JURÍDICO-PENAL E A OBRIGATORIEDADE DE RESTRIÇÃO PENAL

Durante a construção realizada, tornou-se evidente a relevância do bem³⁶ jurídico no pensamento jurídico-penal contemporâneo, sendo importante frisar que este tema toma a atenção do direito penal desde o período do Iluminismo

³⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre a proibição de excesso e de insuficiência. *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 12, n. 47, p. 103, 2004.

³⁵ FELDENS, Luciano. *A constituição penal: a dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 202.

³⁶ Apenas a critério elucidativo, acrescenta-se a diferenciação entre “bem” e “coisa” feita na obra de FERRAJOLI, Luigi. *Por um teoria dos direitos fundamentais e dos bens fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 50-53.

(século XVIII), tendo perpassado por diversos marcos teóricos na sua construção, tais como o positivismo e neokantismo³⁷.

Nesse norte, a preocupação com o bem jurídico justifica-se pela leitura feita por autores como Fabio Roberto D'Avila³⁸ e Luiz Flávio Gomes³⁹, de que toda intervenção penal resulta no sacrifício da liberdade, e esta como bem jurídico e direito fundamental é sempre ponderada com outro interesse relevante que tenha sido ofendido (ou posto em perigo) (combinação dos princípios da proporcionalidade e ofensividade); portanto, somente estará justificada a ação restritiva se estiver alinhada aos panoramas constitucionais e analisados os bens jurídicos envolvidos.

A partir desse primeiro traçar, notam-se algumas características que vão formatar a noção de bem jurídico-penal, já que a “revelação” (a qual deveria ser óbvia) do forçoso vínculo constitucional o aponta como alicerce principal na estrutura punitiva, bem como ao mesmo tempo não confunde conceitos como bem jurídico e direito fundamental. Quando se afirma a Constituição⁴⁰, em todo seu suporte axiológico como base, esta serve de bússola orientadora na definição dos bens jurídico-penais, ou seja, ela aduz uma série de conteúdos de estimada importância e que merecem guarda do direito, mas somente nos casos mais gravosos o legislador deve utilizar as sanções penais.

Essa perspectiva inicial visa a não enclausurar a noção do bem jurídico, conforme os moldes positivistas, ao mesmo tempo em que, caso os bens jurídicos somente fossem previstos pelo Texto Constitucional, estar-se-ia a ceifar a realidade social como fonte de definição destes interesses fundamentais⁴¹.

³⁷ PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e constituição*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 28 et seq.

³⁸ D'AVILA, Fabio Roberto. *Ofensividade em direito penal: escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 53.

³⁹ GOMES, Luiz Flávio. *Norma e bem jurídico no direito penal: normas penais primárias e secundárias, normas valorativas e imperativas, introdução ao princípio da ofensividade, lineamentos da teoria constitucional do fato punível, teoria do bem jurídico-penal, o bem jurídico protegido nas falsidades documentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 51.

⁴⁰ GRECO, Luís. “Princípio da ofensividade” e crimes de perigo abstrato – Uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 12, n. 49, p. 98, 2004.

⁴¹ GOMES, Luiz Flávio. *Norma e bem jurídico no direito penal: normas penais primárias e secundárias, normas valorativas e imperativas, introdução ao princípio da ofensividade, lineamentos da teoria constitucional do fato punível, teoria do bem jurídico-penal, o bem jurídico protegido nas falsidades documentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 97.

Assevera essas compreensões a conceituação de Claus Roxin⁴² sobre o que seria o bem jurídico-penal:

Sobre a base das reflexões anteriores, podem-se definir os bens jurídicos como circunstâncias reais dadas ou finalidades necessárias para uma vida segura e livre, que garanta todos os direitos humanos e civis de cada um na sociedade ou para o funcionamento de um sistema estatal que se baseia nestes objetivos. A diferenciação entre realidades e finalidades indica aqui que os bens jurídicos não necessariamente são fixados ao legislador com anterioridade, como é o caso, por exemplo, da vida humana, mas que eles também possam ser criados por ele, como é o caso das pretensões no âmbito do Direito Tributário.

A amplitude e flexibilidade conceitual ofertada *supra* não se confundem com o padrão ético excessivo criticado nas noções iluministas, as quais eram demasiadamente vagas, e tampouco pode sucumbir à sedução restritiva do positivismo, enclausurando em uma definição por demais limitada⁴³. Não obstante o alinhamento da definição aos paradigmas pós-positivistas e hermenêuticos, é inegável às funções desempenhadas pelo bem jurídico-penal, em especial àquelas que apontam para a limitação do poder punitivo (ou limites político-criminais), juntamente com a função interpretativa, e ainda para sua contribuição sistemática⁴⁴.

Ademais, com fulcro nos princípios constitucionais do campo criminal explanados, combinados com a função de exclusiva proteção dos bens jurídico-penais, posta ao próprio direito penal, uma série de contenções à atividade legislativa (e judicial) acaba por ser convalidada. Um impedimento dos mais

⁴² ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos como função do direito penal*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 18-19. Soma-se aqui também a definição de DIAS, Jorge Figueiredo. *Direito penal - Parte geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, t. I, 2007. p. 114.

⁴³ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 432.

⁴⁴ Neste sentido PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e constituição*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 60-61; GOMES, Luiz Flávio. *Norma e bem jurídico no direito penal: normas penais primárias e secundárias, normas valorativas e imperativas, introdução ao princípio da ofensividade, lineamentos da teoria constitucional do fato punível, teoria do bem jurídico-penal, o bem jurídico protegido nas falsidades documentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 64.

relevantes é a proibição de incriminações morais, religiosas ou ideológicas, pois, enquanto tais condutas “não diminuem a liberdade e a segurança de alguém, não lesionam um bem jurídico”⁴⁵.

A afirmação desta restrição não retroage à separação do direito e da moral (marca do período positivista), tão somente preserva componentes de individualidade e influência de cada ramo do conhecimento humano, visto que, ao se deparar com questões deste tipo, deve-se ter a visão de que “a justiça, como a moral, não é questão de maiorias”⁴⁶, de maneira que o Estado não deve conduzir moralmente seus cidadãos, quanto mais por meio dos instrumentos coercitivos⁴⁷.

O alerta, no sentido supramencionado, feito por Claus Roxin⁴⁸ se dá nas vias de que o socorro a fundamentos somente ético-morais já serviu de substrato a supostos “bens jurídicos”, como no período da criminalização do homossexualismo, e atualmente é resgatado em temas como a tecnologia genética. Somam-se às deturpações dos bens jurídico-penais outras exemplificações, como a punição das autolesões, a invocação generalizada da ofensa à dignidade humana (especialmente sob um viés coletivo) ou, ainda, as normas penais puramente simbólicas⁴⁹.

Diante disso, percebe-se que as oposições à noção de bem jurídico, sob a alegação de sua “abstração” ou “definição aberta”, além de guardarem as máculas positivistas, trazem em seu âmago o desconhecimento da gama de elementos que devem ser observados para o impedimento de abusos do poder punitivo estatal, já que a sua correta utilização, auxiliada pelo substrato principiológico até o momento externado (ofensividade, proporcionalidade e intervenção mínima), garante uma elevada dose de complexidade na proposição de uma criminalização.

⁴⁵ ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos como função do direito penal*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 21.

⁴⁶ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 423.

⁴⁷ FELDENS, Luciano. *Direitos fundamentais e direito penal: garantismo, deveres de proteção, princípio da proporcionalidade, jurisprudência constitucional penal, jurisprudência dos tribunais de direitos humanos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 36.

⁴⁸ ROXIN, Claus. *Estudos de direito penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 37-39.

⁴⁹ Idem, p. 39-50.

Contudo, a indagação que surge nesse emaranhado conceitual é: Existe uma obrigatoriedade de tipificação penal para determinados bens jurídicos? A dúvida posta suscita ao menos duas possibilidades: a) inexistente uma obrigação criminalizadora, tão somente há “uma indicação do valor do bem jurídico referido”, tendo em vista que “elevado ‘merecimento de pena’ não significa automaticamente ‘necessidade de pena’”⁵⁰; b) determinados interesses jurídicos impõem uma restrição penal, já que “a criminalização de uma conduta sempre será necessária quando a conduta a ser omitida põe em perigo um bem jurídico considerado digno de proteção penal”, e, para tanto, deve-se levar em conta, “principalmente, os constitucionalmente assegurados, sobretudo os direitos fundamentais”⁵¹.

Apesar desses dois posicionamentos, prefere-se aqui uma postura intermediária, no sentido de que há, em tese, uma obrigação de criminalização para os casos expressos no Texto Constitucional; todavia, nas demais situações (mandatos implícitos), determinadas condutas podem encontrar-se protegidas tanto na esfera penal como em outras ramificações do Direito (ou na sua combinação). Assim, justifica-se, também, uma imposição de proteção penal quando houver uma ofensa (ou perigo) ao núcleo essencial de um bem jurídico-penal (proporcionalidade na vertente da vedação da proteção deficiente), devidamente alinhado à linha axiológica da Constituição.

Essa óptica é essencial ao debate do aborto, haja vista que não se está a discutir o início da vida ou os valores morais/religiosos envolvidos na questão, mas sim se tenta buscar a solução mais adequada e eficaz à proteção do bem jurídico, bem como quais elementos podem ser avaliados na consideração do melhor rumo na defesa deste interesse fundamental.

Portanto, faz jus à noção de bem jurídico associada ao estudo em tela (juntamente aos princípios constitucionais-penais) manter uma conexão com a realidade social, de modo a possibilitar a avaliação real da proteção de determinados bens jurídicos; neste caso, será abordada a vida intrauterina e, por conseguinte, ofertadas novas soluções às demandas sociais, contrariando as vias costumeiras de simples recrudescimento dos instrumentos punitivos.

⁵⁰ GOMES, Luiz Flávio. *Norma e bem jurídico no direito penal: normas penais primárias e secundárias, normas valorativas e imperativas, introdução ao princípio da ofensividade, lineamentos da teoria constitucional do fato punível, teoria do bem jurídico-penal, o bem jurídico protegido nas falsidades documentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 106.

⁵¹ STRECK, Maria Luiza Schäfer. *Direito penal e constituição: a face oculta da proteção dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 105.

4 O ABORTO SOB O VIÉS ALEMÃO E AS CONTEXTUALIZAÇÕES CONSTITUCIONAIS PENAIS COM O CASO BRASILEIRO

A temática da interrupção da gravidez, seguindo os parâmetros estabelecidos, encontra no direito penal a proteção da vida humana, mesmo que esta se encontre em formação, ou seja, a vida intrauterina é considerada um bem jurídico-penal relevante. Embora, neste caso, seja ainda uma possibilidade diferenciada de um ser humano completo e constituído, distinção verificável na própria legislação penal brasileira, a qual pune com maior rigor um homicídio do que um aborto⁵².

Convalida esse posicionamento o autor Claus Roxin⁵³, ao enfatizar a diferenciação entre uma forma de vida em desenvolvimento e um ser humano consolidado, ao mesmo tempo em que conclui que um embrião não é disponível (bem jurídico relevante), mas pode ser ponderado (uso da proporcionalidade) com outros interesses jurídicos de relevante valor.

Dessa forma, percebe-se que o pensamento supramencionado na doutrina (e legislação) alemã encontra-se compatível com uma interpretação nacional, visto que o uso da combinação de princípios constitucionais-penais, como a proporcionalidade, juntamente à noção de bem jurídico, é capaz de fornecer uma gama de componentes hermenêuticos à situação do aborto.

Outro fator que contribui à discussão em tela é a apreciação da última decisão sobre o tema pelo Tribunal Constitucional alemão, embora seja importante ressaltar que, na primeira decisão sobre a interrupção da gravidez, conhecida como caso Aborto I (1975)⁵⁴, a nova legislação penal alemã tenha sido declarada inconstitucional (contando também com a origem dos mandados implícitos de criminalização)⁵⁵, com fulcro especialmente na visão da vedação de proteção deficiente e no raciocínio de que a vida (inclusive a intrauterina)

⁵² As penas previstas aos crimes em questão são, respectivamente: homicídio – seis a vinte anos; e aborto – um a três anos, quando provocado pela gestante, e chegando as penas de três a dez anos quando provocado por terceiro sem o consentimento da gestante.

⁵³ ROXIN, Claus. *Estudos de direito penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 168-169.

⁵⁴ A íntegra da decisão pode ser consultada na obra de SCHWABE, Jürgen; MARTINS, Leonardo (Org.). *Cinqüenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão*. Montevideo: Fundación Konrad-Adenauer, 2005. p. 266 et seq.

⁵⁵ FELDENS, Luciano. *A constituição penal: a dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 95.

seria um “valor fundamental”, encontrando-se “determinantemente protegido pela Lei Fundamental”⁵⁶.

Na segunda e última decisão sobre o aborto, datada de 1992, o Tribunal Constitucional alemão foi chamado a pronunciar-se sobre a constitucionalidade dos novos regramentos; tendo em vista o processo de unificação da Alemanha, a legislação carecia de uma mesma estrutura no tocante ao assunto, tendo à época sido declaradas inconstitucionais as normas § 218a e § 219. A primeira delas tinha como problema a declaração de que não seria antijurídico o “aborto não indicado por estado de necessidade depois de um aconselhamento”, e o artigo subsequente por não perseguir “suficientemente o objetivo de encorajar a mulher para o prosseguimento da gravidez”⁵⁷.

No entanto, apesar das correções e dos erros apontados pela eminente Corte Constitucional, esta não obistou a postura do legislador em abrir mão, mesmo por um lapso curto e no período inicial de gestação (primeiras doze semanas), da punição criminal, observando que o seu entendimento foi de que a cooperação com as gestantes poderia trazer melhores resultados na proteção da vida intrauterina⁵⁸.

Portanto, de acordo com a decisão anteriormente aludida, a interrupção da gravidez foi apreciada juntamente aos princípios da ofensividade, proporcionalidade e intervenção mínima, tendo os dois últimos um papel de destaque, seja pela ponderação de interesses ou pela adoção de uma via alternativa na busca da mais adequada guarida do bem jurídico. Não obstante, além da percepção da esfera decisória do legislador, foi posta sob apreciação a ausência de efeitos positivos com a incriminação – não desencorajava a conduta e ainda gerava uma série de danos negativos sobre o bem jurídico (além dos efeitos criminógenos)⁵⁹.

Assim, verifica-se no prisma constitucional-penal alemão uma postura ao mesmo tempo alinhada aos ditames jurídicos e à realidade social, em prol da defesa da dignidade e da vida humana. Ademais, as explicações, novamente

⁵⁶ Idem, p. 96.

⁵⁷ SCHWABE, Jürgen; MARTINS, Leonardo (Org.). *Cinqüenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão*. Montevideo: Fundación Konrad-Adenauer, 2005. p. 275.

⁵⁸ Idem, p. 285-286.

⁵⁹ GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *O princípio da proporcionalidade no direito penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 145.

dadas por Claus Roxin⁶⁰, acerca da atual legislação alemã (1995), a qual combina dois modelos (solução de prazo e de indicações), podem auxiliar no comparativo nacional.

Segundo esta regulamentação, é impune o aborto realizado por médico, a pedido da gestante, nas primeiras 12 semanas desde a concepção, se a gestante, pelo menos três dias antes da cirurgia, tiver se submetido à orientação da “repartição de aconselhamento em casos de conflitos na gravidez” (§§ 218, I, 219, StGB). Como dispõe a lei, a orientação deve servir “à proteção da vida não nascida”. “Esta orientação deve guiar-se no sentido de encorajar a gestante a prosseguir em sua gravidez e a lhe abrir perspectivas para uma vida com a criança; ela deve ajudá-la a tomar uma decisão responsável e consciente”. É certo que a decisão final incumbe à mulher, de maneira que o aborto nos primeiros três meses permanece impune, mesmo quando inexistente qualquer indicação específica. Neste aspecto, o modelo de aconselhamento fica mais próximo da solução de prazo. Ele se aproxima, por outro lado, da solução de indicações, uma vez que, em primeiro lugar, a orientação dada à mulher deve esclarecer-lhe, como diz a lei (§ 219, I, 3, StGB), que “a interrupção da gravidez só pode ser considerada em situações excepcionais”, e porque, em segundo lugar, um aborto sem indicações, ocorrido nos primeiros três meses, sem a orientação, preza o Tribunal Constitucional, é antijurídico. Até o fim da gravidez, só há aborto justificado se presente uma indicação médico-social (§ 218a, II, StGB); também há justificação nas primeiras 12 semanas, se a gravidez decorrer de um delito sexual (§ 218a, III, StGB).

Com fulcro na postura alemã, sustenta-se que esta (ou ao menos a sua observação) seria adequada ao contexto nacional, o qual igualmente à situação estrangeira acaba com a criminalização total, e praticamente inflexível⁶¹, por gerar uma infinidade de prejuízos à saúde da gestante e a possibilidades de vida de um futuro ser humano. Corroboram essa afirmativa as diversas pesquisas⁶²

⁶⁰ ROXIN, Claus. *Estudos de direito penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 172-173.

⁶¹ O autor seguinte aponta em seu texto como uma característica da restrição penal sobre o aborto seu caráter duro, ofertando poucas possibilidades: ROXIN, Claus. *Estudos de direito penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 173.

⁶² Neste sentido SARMENTO, Daniel. Legalização do aborto e Constituição. In: CAVALVANTE, Alcilene; XAVIER, Dulce (Org.). *Em defesa da vida: aborto e direitos humanos*. São Paulo: Católicas pelo direito de decidir, 2006. p. 4-5. Igualmente colaciona-se o estudo de DINIZ, Debora; MEDEIROS, Marcelo. Aborto no Brasil: uma pesquisa domiciliar com técnica de urna. *Ciência Saúde Coletiva*, v. 15 (Suppl. 1), p. 959-966, 2010.

que dispõem a amplitude da questão do aborto no Brasil, com um número alarmante de mortes, tratamento desumano, condições precárias, ausência de temor punitivo, combinado a uma quantidade pífia de condenações, de modo que afeita tão somente a periclitacão do bem jurídico que se pretende proteger; em outras palavras, a postura excessivamente restritiva vulnera ainda mais a gestante e a vida intrauterina⁶³.

Não obstante a adequacão do ponto de vista fenomenológico, somam-se ainda os parâmetros constitucionais-penais estabelecidos no presente estudo, os quais estariam enquadrados em uma modificacão semelhante à alemã, pois a retracão punitiva (intervencão mínima), juntamente com as medidas de acompanhamento e orientacão, podem ofertar melhores condições de defesa ao bem jurídico, não significando a contencão penal uma desproteccão da vida; ao contrário, estar-se-ia aumentando as suas barricadas (respeito à proibicão de proteccão deficiente).

Destarte, tais argumentos oriundos de um comparativo germânico-brasileiro já bastariam para por em xeque a atual normativa penal brasileira, tendo em vista sua ineficácia e a periculosidade que gera a cada dia de sua manutencão. Todavia, o raiar de um novo projeto de codificacão penal nacional pode(rá) trazer algum alento, haja vista que entre as possibilidades acenadas estão avanços, como a inclusão da excludente em caso de anencefalia⁶⁴ e outras graves doenças que inviabilizem a vida extrauterina ou a interrupccão da gestacão no prazo de doze semanas⁶⁵.

Apesar de ambas as possibilidades, aparentemente, seguirem o posicionamento alemão⁶⁶, apenas a primeira encontra-se alinhada ao comparativo estabelecido e as bases jurídicas dispostas, pois na segunda faceta há uma clara discordância e distincão da posicão estrangeira. Quando se veicula a possibilidade da interrupccão da gravidez no caso germânico, inexistente a exigência de uma

⁶³ Colaciona-se, ainda, os recentes dados da UNB acerca do tema, adicionando novos elementos ao perfil da gestante que realiza o aborto no Brasil. UNB. Disponível em: <<http://www.unb.br/noticias/unbagencia/unbagencia.php?id=3404>>. Acesso em: 20 jul. 2013.

⁶⁴ Colaciona-se sobre o tema o artigo de BARROSO, Luís Roberto. Pesquisas com células-tronco embrionárias e interrupccão da gestacão de fetos anencefálicos: vida, dignidade e direito de escolha. In: SARMENTO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang (Coord.). *Direitos fundamentais no Supremo Tribunal Federal: balanço e crítica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 255-288.

⁶⁵ Brasil. Projeto de Lei nº 236, de 2012. Disponível em: www.senado.gov.br. Acesso em: 30 maio 2013.

⁶⁶ O autor comenta a primeira possibilidade aventada ROXIN, Claus. *Estudos de direito penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 173.

“incapacidade materna”, já que esta foi a redação posta no projeto nacional, ou seja, permite-se o aborto nas primeiras doze semanas, “quando o médico ou psicólogo constatar que a mulher não apresenta condições psicológicas de arcar com a maternidade”⁶⁷, segundo a redação elaborada no art. 128 do projeto do novo Código Penal brasileiro.

Dessa maneira, a alteração, em tese, comparada ao paradigma ora exposto, consegue avançar e ao mesmo tempo retroceder, pois progride no sentido alternativo na melhoria da proteção do bem jurídico da vida intrauterina, mas regride ao praticamente exigir a ausência do “espírito materno” como pressuposto para permissão, retirando da esfera da gestante a decisão (a qual poderia ser orientada e acompanhada) e, ao mesmo tempo, negando seu papel de parceria na proteção da vida humana (conforme o próprio entendimento da Corte Constitucional alemã).

A postura supracitada oportuniza demonstrar a falha na leitura comparada, aderindo parcialmente a um novo paradigma constitucional-penal, em toda a gama já exposta (incluindo-se aqui tanto a sistemática dos princípios quanto as noções de bem jurídico), mas deixando evidente a não inclusão da mulher como indivíduo a decidir pela realização ou não da interrupção da gravidez (dentro dos prazos estipulados na nova legislação). Não obstante, poder-se-ia ainda aludir que tal perspectiva guarda vínculos com leituras conservadoras e excludentes das mulheres pelos instrumentos punitivos do Estado, perpetuando ideais ultrapassados na conexão entre a seara penal e cooperação da sociedade civil⁶⁸.

Contudo, cabe frisar que ausentes aqui os radicalismos, busca-se a proteção da vida humana e a modificação da visão punitivista em relação ao aborto, já que os equívocos do novo projeto são evidentes (como bem demonstram os pedidos de emendas)⁶⁹, porém algo deve ser tentado, para que, com os devidos ajustes, forçosos no projeto brasileiro de Código Penal, faça-se uma efetiva melhoria na defesa de bens jurídicos importantes, como é o caso da vida em

⁶⁷ Brasil. Projeto de Lei nº 236, de 2012. Disponível em: www.senado.gov.br. Acesso em: 30 maio 2013.

⁶⁸ Neste sentido, colaciona-se estudo acerca da intervenção punitiva oposta contra as mulheres, utilizando-se de fundamentações paternalistas ou autoritárias, a fim de restringir questões morais, religiosas ou meros interesses disfarçados de falsos bens jurídicos. DIAS, Felipe da Veiga; COSTA, Marli Marlene Moraes da. *Sistema punitivo e gênero: uma abordagem alternativa a partir dos direitos humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

⁶⁹ Neste sentido segue artigo do *site* Conjur. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-set-23/projeto-codigo-penal-recebe-10-projetos-lei-anexos>>. Acesso em: 2 jan. 2013.

formação e, igualmente, consiga-se a aplicação hermeneuticamente correta dos princípios constitucionais-penais (convergindo na retração do sistema punitivo), permeando sempre um modelo garantista de direito penal.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O debate inflamado nas páginas anteriores cumpre seu dever inicial, no sentido de explicar os parâmetros basilares a sustentarem o sistema punitivo, visto que a conexão entre o direito constitucional e penal é imprescindível no atual momento jurídico, sendo que a ausência do primeiro destes acaba por alijar parte do raciocínio e da correta interpretação penal no próprio modelo de Estado Democrático de Direito.

No prosseguimento dos fundamentos reflexivos necessários à abordagem do tema do aborto, foram explanados alguns princípios inestimáveis, os quais funcionam como sustentação da abordagem, mais precisamente a ofensividade e intervenção mínima. Esses componentes da equação ofertam o entendimento de um sistema criminal voltado à lesão (ou perigo) de bens jurídicos, vedando-se inserções desnecessárias ao ser humano, por vezes de cunho moral ou ideológico, bem como a visão da intervenção mínima propicia o estabelecimento de uma esfera penal reduzida, atuando somente quando necessário e nos casos mais graves, a fim de impedir abusos do poder punitivo.

Ainda nesta senda, adicionou-se o princípio da proporcionalidade, adotando-se uma postura hermenêutica e que afasta a aplicação segmentada, levando a análise a não utilizar os subprincípios da proporcionalidade. A proporcionalidade foi aplacada nas vertentes da proibição de excesso e vedação de proteção deficiente, as quais servem de parâmetro interpretativo nos conflitos da seara penal, ao mesmo tempo em que convergem na defesa dos direitos fundamentais e dos bens jurídicos mais relevantes.

Durante o processo de clarificação dos elementos supracitados, foi visto que as vias da proporcionalidade auxiliam na determinação dos abusos e das omissões contra importantes interesses jurídicos, observados, inclusive, junto a componentes como o núcleo essencial ou os mandados de criminalização. Todavia, toda essa perspectiva principiológica carecia do delinear do conceito de bem jurídico-penal, de modo que, assim como os primeiros, este deve guardar vínculos com o suporte axiológico constitucional, ao mesmo tempo em que se mantém aberto à realidade social.

Assim, juntamente à postura intermediária adotada a respeito da obrigatoriedade de criminalização, entendendo que devem ser avaliados os fatores jurídicos, mas também a realidade social na propositura de defesa aos bens jurídicos, chegou-se ao tema central do aborto. No entanto, esse foi abordado em um comparativo com o posicionamento alemão, a fim de elucidar os fundamentos e a linha de pensamento utilizados, de modo que tal verificação demonstrou um alinhamento da visão germânica aos ditames constitucionais brasileiros e defendidos no presente artigo, na direção de um modelo garantista de direito penal.

Desse modo as opções alemãs apontaram para a redução da abrangência penal no caso da interrupção da gravidez, mas não no sentido de desproteger a vida intrauterina (violando a proibição de proteção deficiente); ao contrário, a sua modificação de abordagem (combinando aspectos penais e de outras esferas) visou a incrementar o âmbito de guarda do bem jurídico, auferindo melhores respostas. Dito isso, os argumentos já seriam suficientes para opor-se à atual legislação; contudo, partiu-se para a averiguação do projeto de codificação penal, para, com isso, tentar traçar alguns dos passos futuros no debate do aborto no Brasil.

Diante do exposto verificou-se a progressão no sentido do projeto brasileiro, ajustando-se ao pensamento alemão, porém de forma equivocada no processo ao não compartilhar da óptica estrangeira de parceria com as gestantes na defesa da vida humana, apartando-as em sua redação, onde estas somente poderiam realizar o procedimento por sua “incapacidade materna”. Contudo, mesmo diante dos erros apontados, é imperiosa a ação contundente de debate crítico em relação ao aborto, conforme foi proposto nesta pesquisa, para que os próximos passos desta caminhada levem ao incremento da proteção da vida humana, contrariando o punitivismo e rumando a um modelo realmente constitucionalizado/garantista de direito penal.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. Pesquisas com células-tronco embrionárias e interrupção da gestação de fetos anencefálicos: vida, dignidade e direito de escolha. In: SARMENTO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang (Coord.). *Direitos fundamentais no Supremo Tribunal Federal: balanço e crítica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. 3. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2003.

BARROS, Wellington Pacheco; BARROS, Wellington Gabriel Zuchetto. *A proporcionalidade como princípio de direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 8. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

BRASIL. Projeto de Lei nº 236, de 2012. Disponível em: www.senado.gov.br. Acesso em: 30 maio 2013.

CALLEGARI, André Luís. Os princípios da proporcionalidade e da ofensividade no direito penal como legitimadores da sanção penal. Análise crítica em relação às penas nos crimes contra os costumes. *Revista da AJURIS*, Porto Alegre: AJURIS, ano 33, v. 33, n. 102, p. 39-50, 2006.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2004.

CARVALHO, João Paulo Gavazza de Mello. Princípio constitucional penal da dignidade da pessoa humana. In: SCHMITT, Ricardo Augusto (Org.). *Princípios penais constitucionais: direito e processo penal à luz da Constituição Federal*. Salvador: JusPodivm, 2007.

D'AVILA, Fabio Roberto. O modelo de crime como ofensa ao bem jurídico. Elementos para legitimação do direito penal secundário. In: *Direito penal secundário*. Estudos sobre crimes econômicos, ambientais, informáticos e outras questões. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

_____. *Ofensividade em direito penal: escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

DIAS, Felipe da Veiga; COSTA, Marli Marlene Moraes da. *Sistema punitivo e gênero: uma abordagem alternativa a partir dos direitos humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

DIAS, Jorge Figueiredo. *Direito penal – Parte geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, t. I, 2007.

DINIZ, Debora; MEDEIROS, Marcelo. Aborto no Brasil: uma pesquisa domiciliar com técnica de urna. *Ciência Saúde Coletiva*, v. 15 (Suppl. 1), p. 959-966, 2010.

FELDENS, Luciano. *A constituição penal: a dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

_____. *Direitos fundamentais e direito penal: garantismo, deveres de proteção, princípio da proporcionalidade, jurisprudência constitucional penal, jurisprudência dos tribunais de direitos humanos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

_____. *Por um teoria dos direitos fundamentais e dos bens fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *O princípio da proporcionalidade no direito penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

GOMES, Luiz Flávio. *Princípio da ofensividade no direito penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002a.

_____. *Norma e bem jurídico no direito penal: normas penais primárias e secundárias, normas valorativas e imperativas, introdução ao princípio da ofensividade, lineamentos da teoria constitucional do fato punível, teoria do bem jurídico-penal, o bem jurídico protegido nas falsidades documentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002b.

_____. *Teoria constitucionalista do delito e imputação objetiva: o novo conceito de tipicidade objetiva na pós-modernidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

GRECO, Luís. “Princípio da ofensividade” e crimes de perigo abstrato – Uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 12, n. 49, p. 89-147, 2004.

JAKOBS, Günter; MELIÁ, Manuel Cancio. *Direito penal do inimigo: noções e críticas*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

LIMA, Alberto Jorge Correia de Barros. *Direito penal constitucional: a imposição dos princípios constitucionais penais*. São Paulo: Saraiva, 2012.

LOPES, Mauricio Antonio Ribeiro. *Teoria constitucional do direito penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e constituição*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

RODRIGUEZ, Javier Llobet. *Derechos humanos y justicia penal*. Heredia: Poder Judicial, Depto. de Artes Gráficas, 2007.

ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos como função do direito penal*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

_____. *Estudos de direito penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

_____. Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre a proibição de excesso e de insuficiência. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 12, n. 47, p. 60-122, 2004.

SARMENTO, Daniel. Legalização do aborto e Constituição. In: CAVALVANTE, Alcilene; XAVIER, Dulce (Org.). *Em defesa da vida: aborto e direitos humanos*. São Paulo: Católicas pelo Direito de Decidir, 2006.

SCHWABE, Jürgen; MARTINS, Leonardo (Org.). *Cinqüenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão*. Montevideo: Fundación Konrad-Adenauer, 2005.

STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. *Ciência política e teoria do estado*. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto - Decido conforme minha consciência*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

STRECK, Maria Luiza Schäfer. *Direito penal e constituição: a face oculta da proteção dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas a perda de legitimidade do sistema penal*. 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

A TEORIA DA ONEROSIDADE EXCESSIVA NO DIREITO CIVIL BRASILEIRO: LIMITES E POSSIBILIDADES DE SUA APLICAÇÃO

EXCESSIVE ONEROSITY THEORY IN THE BRAZILIAN CIVIL CODE: LIMITS AND POSSIBILITIES OF ITS APPLICATION

Fábio Siebeneichler de Andrade¹

Professor Titular de Direito Civil da Faculdade de Direito da PUC-RS

RESUMO: Este artigo pretende analisar a teoria da onerosidade excessiva, tendo como premissa a ocorrência de alterações fundamentais no equilíbrio do contrato. Primeiramente, será examinada o desenvolvimento histórico da matéria, sob a premissa da cláusula *rebus sic stantibus*, no direito brasileiro. Em seguida, o foco será na disciplina estabelecida pelo Código Civil atual, seus pressupostos e conseqüências. Por fim, será verificado se a aplicação da teoria leva em consideração a noção de solidariedade e quais as dificuldades para concretizar esta concepção em face da estruturação dada à pela legislação.

PALAVRAS-CHAVE: Teoria da onerosidade excessiva; hardship; cláusula *rebus sic stantibus*; contratos de longa

duração; Código Civil brasileiro; Código de Defesa do Consumidor.

ABSTRACT: *This article aims to analyze the Excessive Onerosity Theory, meaning the occurrence of fundamental alterations that takes of the balance of the contract. First will be examined its historic background (rebus sic standibus clause) in the Brazilian Civil Code. After that, the focus given by the current Brazilian Civil Code and the Brazilian Consumer Code, especially in order to explain the content of hardship, its requirements and its consequences. Finally, will be demonstrated if the issues that outcome from the application of the Theory must be based on compliant or solidary between parties, and, at last, the difficulties to accomplish that from the structure given to the hardship by the legislation in effect.*

¹ Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da PUC-RS, Doutor em Direito pela Universidade de Regensburg - Alemanha, Advogado em Porto Alegre.

KEYWORDS: *Excessive onerosity theory; hardship; rebus sic standibus clause; long-term contracts; brazilian Civil Code; Code of Consumer Protection.*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Evolução histórica da onerosidade excessiva no Direito Civil Brasileiro; 2 A disciplina da onerosidade excessiva no Direito brasileiro; 3 O direito à revisão de cláusulas contratuais no Código de Defesa do Consumidor: instrumento para a alteração das circunstâncias supervenientes ou forma de controle de abusividade? Conclusão.

SUMMARY: *Introduction; 1 Excessive onerosity theory's historic background in the Brazilian Civil Code; 2 Excessive onerosity's regulation in the brazilian Civil Code; 3 The right to revise contractual clauses in the Code of Consumer Protection: instrument for possible alteration of the supervening circumstances or ways to control abusive clauses?; Conclusion.*

INTRODUÇÃO

Decorre da aplicação do princípio *pacta sunt servanda* a noção de que, uma vez estabelecido o vínculo negocial, este deveria ser rigorosamente cumprido, não podendo o devedor dele se desvencilhar². Esta premissa clássica do direito das obrigações conhece, porém, temperamentos e um dos mais expressivos, e de maior cunho histórico no âmbito do Direito Privado, corresponde à cláusula *rebus sic stantibus*³, cujo propósito, em síntese, é o de facultar ao devedor liberar-se do vínculo – ou até mesmo adaptá-lo –, quando circunstâncias supervenientes e significativas alterarem o pacto primitivo.

No âmbito de uma análise sobre o tema no Direito Civil brasileiro, cumpre, inicialmente, apontar a sua origem na legislação brasileira. Após esta primeira fase, faz-se mister o exame do regime atual da cláusula *rebus sic stantibus* no Código Civil de 2002, que adotou a concepção da onerosidade excessiva, em especial seus pressupostos e consequências.

² Sobre o tema, ver, por exemplo, Johannes Bärman, *Pacta Sunt servanda – Considérations sur l’histoire du contrat consensuel*, in *Revue Internationale de Droit*, 1961, p. 36 e ss.; Reinhard Zimmermann, *The Law of Obligations*, p. 576 e ss., Oxford University Press, 1996; Alain Supiot, *Homo juridicus*, p. 121 e ss. Siglo veintiuno editores, 2007. Para o problema no Direito romano, cf. José Félix Chamie Gandur, *La adaptación del contrato por eventos sobrevenidos*, p. 29 e ss., 2013, Universidad Externado de Colômbia.

³ Cf. R. Köbler, *Die “clausula rebus sic stantibus” als allgemeiner Rechtsgrundsatz*, p. 30 e ss., Mohr Siebeck, 1991.

Saliente-se que se aborda o tema com o objetivo de relacioná-lo a uma temática jurídica atual: a questão de saber de que modo o vínculo obrigacional – e mais especificamente o contratual – pode operar mediante soluções cooperativas, sob a premissa de se tratar o contrato de um acordo de vontades pelo qual as partes estabelecem seus interesses comuns.

Pretende-se, portanto, no presente trabalho, a par de indicar as soluções existentes no Direito brasileiro acerca da matéria, vincular o tema sugerido com a noção que procura configurar o vínculo contratual como um sistema de cooperação e não o de meramente um intercâmbio de prestações⁴.

Esta percepção se alia a uma outra concepção contemporânea, que tem como premissa vislumbrar a conexão entre as esferas principiológicas constitucionais e civis, em especial a partir de uma visão solidária do Direito, circunstância a ser observada no Direito Civil brasileiro em face da determinação constante na Constituição Federal de 1988⁵.

Esta questão merece ser especialmente ponderada, na medida em que, na atualidade, examina-se também se nas relações contratuais deve estar presente o papel da solidariedade⁶, o que se conecta ao tema da eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídicas privadas⁷. Vincula-se o problema,

⁴ Cf., por exemplo, A. D'Angelo/Pier Giuseppe Monateri/Alessandro Somma, *Buona Fede e Giustizia Contrattuale - Modelli Conflittuali a confronto*, p. 86, Giappichelli Editore, Torino, 2005; Vincenzo Roppo, *Il Contratto del duemila*, p. 86, Giappichelli Editore, 2011, 3. ed. No Direito brasileiro, ver, por exemplo, Giovanni Ettore Nanni, *O dever de cooperação nas relações obrigacionais à luz do princípio constitucional da solidariedade*, p. 307, in *Temas relevantes do Direito Civil contemporâneo: reflexões sobre os cinco anos do Código Civil - Estudos em homenagem ao Professor Renan Lotufo*, São Paulo, Atlas, 2008.

⁵ “Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária.”

⁶ Ver, por exemplo, C. Jamin, *Plaidoyer pour le solidarisme contractuel*, in *Liber Amicorum - Études offertes à Jacques Ghestin*, p. 441, LGDJ, Paris, 2001; L. Grymbaum, *La notion de solidarisme contractuel*, p. 25, in *Le Solidarisme Contractuel* (Luc Grynbaum/Marc Nicod), Economica, Paris, 2004; Anne-Sylvie Courdier-Cuisinier, *Le Solidarisme Contractuel*, p. 33 e ss., Litec, 2006. Para uma crítica a esta concepção, ver Laurent Leveneur, *Le solidarisme contractuel: un mythe*, in *Le Solidarisme Contractuel*, p. 173 e ss., op. cit. No Direito brasileiro, cf., por exemplo, Paulo Lobo, *Os novos princípios contratuais*, in *Novos direitos*, p. 261, Lumen Juris, 2002.

⁷ Ver a respeito, por exemplo, para o Direito brasileiro: Ingo W. Sarlet, *A influência dos direitos fundamentais no direito privado: o caso brasileiro*, p. 111 e ss., in Antônio Pinto Monteiro/J. Neuner/Ingo Sarlet, *Direitos fundamentais e direito privado - Uma perspectiva de direito comparado*, Almedina, 2007. No âmbito do Direito europeu, de forma exemplificativa, cf. Lucien Maurin, *Contrat et Droits Fondamentaux*, LGDJ, 2013; Mario Barcellona, *L'Intervento europeo e la sovranità del mercato: le discipline del contratto e i diritti fondamentali*, in Cesari Salvi, *Diritto Civile e Principi*

em essência, a uma tentativa de reexaminar o contrato não somente como figura, mas também como instituição jurídica em face das alterações sociais, políticas e econômicas contemporâneas⁸. Reputa-se, aqui, que o tema clássico da cláusula *rebus sic stantibus*, mesmo sob outras configurações, serve como campo de análise para esta perspectiva⁹.

Cumpra, porém, antes de ingressar na análise da relação do princípio *pacta sunt servanda* com a cláusula *rebus sic stantibus*, esboçar o desenvolvimento histórico do assunto no Direito Civil brasileiro, expondo como se delineou a mitigação do princípio no ordenamento nacional, a fim de, em um segundo momento, verificar a pertinência das soluções adotadas no Direito brasileiro contemporâneo.

1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA ONEROSIDADE EXCESSIVA NO DIREITO CIVIL BRASILEIRO

O Direito Civil brasileiro possui, como particularidade, a circunstância de haver sido, originariamente, permeável a soluções limitadoras do princípio *pacta sunt servanda*.

Tendo sido influenciado pelo Direito português¹⁰, as Ordenações Filipinas, elaboradas em 1603, e que se constituíram em Direito vigente no Brasil até a promulgação do Código Civil de 1916, contemplavam uma disciplina para os casos de lesão enorme ou enormíssima, sendo enorme a lesão que viesse a ultrapassar a metade do justo preço, e enormíssima quando alguém houvesse recebido a terça parte, apenas do valor de um bem (L, IV, ti. XIII).

Costituzionali europei e italiani, p. 155 e ss., G. Giappichelli Editore, Torino, 2012; Judith Rochfeld, Du Statut du droit contratuel de protection de la partie faible: les interférences du droits des contrats, du droit du marché et des droits de l'homme", in *Liber Amicorum - Études offertes à Geneviève Vivney*, p. 851 e ss., LGDJ, Paris, 2008; Christophe Jamin, Le Droit des contrats saisi par les droits fondamentaux, in *Repenser le contrat* (Gregory Lewkowicz/Mikahil Xifaras), p. 175, Dalloz, 2009, Paris.

⁸ Nesse sentido, de forma exemplificativa, ver: Christophe Jamin, *Droit et Économie des Contrats*, LGDJ, 2008; Gregory Lewkowicz/Mikhail Xifaras, *Repenser le Contrat*, Dalloz, 2009; Alessandro Somma, *Private Law as Biopolitics: Ordoliberalism, Social Market Economic, and the Public Dimension of Contrat*, in *Law and Contemporary Problems*, v. 76, 2013, p. 105 e ss.

⁹ Nesse sentido, cf. Gunther Teubner, *Die Gesellschaftsgrundlage als Konflikt zwischen Vertrag und gesellschaftlichen Teilsystem*, in *Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht*, 146, 1982, p. 625 e ss.

¹⁰ Ver, por exemplo, Clóvis do Couto e Silva, *O direito civil brasileiro em perspectiva histórica e visão de futuro*, p. 11 e ss., in *O direito privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva* (Vera Fradera), Livraria do Advogado, 1997.

Esta regulação propagou-se das Ordenações para as primeiras normativas editadas no Brasil após a independência, como foi o caso da Consolidação das Leis Civis, de 1850 (arts. 359 e 390).

Vê-se, portanto, a partir deste reconhecido exemplo, a presença, na origem do Direito Privado nacional, de uma solução marcada pela influência da *humanitas*¹¹, e que possuía como objetivo a solução de problemas de equivalência material na gênese da relação obrigacional. Sua importância reside, também, no fato de que a existência desta solução permitia a invocação da analogia para resolver os problemas de onerosidade excessiva no direito anterior.

Contudo, o Código Civil brasileiro, de 1916, não obstante não contemple regra análoga à do art. 1.134 do Código Civil francês¹², de que o contrato faz lei entre as partes, teve marcante a influência liberal, sendo exemplo significativo desta orientação a ausência de recepção da figura da lesão, que, como aludido, vigorava desde longa data no ordenamento brasileiro¹³.

Nesse quadro, o primeiro Código Civil brasileiro não contempla exceções expressas ao princípio *pacta sunt servanda*, ou seja: estabelecido o acordo de vontades, cabia ao devedor cumprir o que pactuou. Não havia, sobretudo, a figura da cláusula *rebus sic stantibus*, como também não se fazia menção ao princípio da boa-fé¹⁴.

A razão principal para esta circunstância decorre das profundas concepções liberais do século XIX, em que se reconhecia como valor supremo o princípio da autonomia da vontade¹⁵. Observe-se que esta não era apenas uma característica do Direito brasileiro, na medida em que o Direito português, na sua primeira codificação, de 1867, não obstante a referida influência do direito das Ordenações, não contemplou qualquer dispositivo acerca da *cláusula rebus sic stantibus*. Contudo, outro motivo pode ser igualmente apontado para a ausência de recepção da cláusula *rebus sic stantibus* no Direito brasileiro: a relativa estabilidade econômica do século XIX, igualmente presente no cenário nacional.

¹¹ Cf. Fritz Schulz, *Principles of Roman Law*, p. 209, Clarendon Press, 1936.

¹² “Art. 1.134. *Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites.*”

¹³ Observe-se, igualmente, que a figura da lesão foi expressamente afastada das relações comerciais pelo art. 220 do Código de 1850.

¹⁴ Sobre este ponto, cf. Clóvis do Couto e Silva, *A teoria da base do negócio jurídico no Direito brasileiro*, in *O direito privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva*, p. 89 e ss., Livraria do Advogado, 1997.

¹⁵ Ver, por exemplo, M. Waline, *L'Individualisme et le Droit*, p. 19 e ss., Paris, 1945.

Acentue-se que esta opção legislativa ocorreu, não obstante haver no Direito brasileiro uma escola jurídica marcada pela influência alemã – a denominada Escola de Recife –¹⁶, razão pela qual os estudos acerca da doutrina da pressuposição de Windscheid¹⁷, bem como as contribuições doutrinárias posteriores – marcadamente de Oertmann¹⁸ e Larenz¹⁹ –, não podem ser reputadas como desconhecidas no Direito brasileiro²⁰.

Muito embora as premissas liberais determinantes para a referida opção legislativa tenham se alterado, precisamente com o advento das grandes crises econômicas a partir dos anos 30 do século passado, que afetaram significativamente o panorama político brasileiro, não houve uma mudança substancial quanto ao tema objeto desta análise.

Esta perspectiva muda paulatinamente na década de quarenta do século XX, por ocasião da primeira tentativa de reforma da codificação²¹: em 1941, elabora-se um anteprojeto da parte geral do código das obrigações²², que contempla a possibilidade de modificação de cláusulas contratuais²³.

¹⁶ Sobre o tema cf. Mario Losano, *La Scuola di Recife e l'influenza tedesca sul Diritto brasiliano*, in *Materiali per una Storia della Cultura Giuridica*, 1974, v. IV, p. 323 e ss. Observe-se, aqui, o ponto de o primeiro codificador brasileiro ser originário desta Escola e ser professor de legislação comparada.

¹⁷ Ver B. Windscheid, *Die Voraussetzung*, in *Archiv für die civilistische Praxis*, v. 78, p. 161 e ss. Para um exame recente desta teoria, ver José Félix Chamie Gandur, *La Adaptación del contrato por eventos sobrevenidos*, p. 113, op. cit.

¹⁸ Paul Oertmann, *Die Geschäftsgrundlage – ein neuer Rechtsbegriff*, Leipzig, 1921, Dr. Werner Scholl Verlag.

¹⁹ Cf. Karl Larenz, *Geschäftsgrundlage und Vertragserfüllung – Die Bedeutung “veränderter Umstände” im Zivilrecht*, 3. ed., 1963, Beck Verlag.

²⁰ Ver sobre o assunto no Direito brasileiro, Clóvis do Couto e Silva, *A obrigação como processo*, p. 129, José Bushatsky, 1976.

²¹ Ver, por exemplo, Caio Mario da Silva Pereira, *Cláusula rebus sic stantibus*, *Revista Forense*, v. 472, 1942, p. 797; Noé Azevedo, *O dirigismo na vida contratual – Cláusula rebus sic stantibus*, *Revista Forense*, 1944, p. 29.

²² O anteprojeto foi elaborado pelos juristas Orozimbo Nonato, Filadelfo Azevedo e Hahnemann Guimarães.

²³ “Art. 322. Quando, por força de acontecimentos excepcionais e imprevistos ao tempo da conclusão do ato, opõe ao cumprimento exato desta dificuldade extrema com prejuízo exorbitante para uma das partes, pode o juiz, a requerimento do interessado e considerando com equanimidade a situação dos contratantes, modificar o cumprimento da obrigação, prorrogando-lhe o termo ou reduzindo-lhe a importância.”

Contudo, esta tentativa de reforma não é acolhida. Não obstante a permanência do quadro normativo no Direito brasileiro até a década de sessenta, pode-se apontar esta época como a efetivamente propulsora para a alteração do panorama acerca do tema, na medida em que foi marcante o fenômeno da inflação em nossa economia.

É nesse contexto que surgem na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal os primeiros casos de aplicação da cláusula *rebus sic stantibus*, para mitigar o problema da inflação em contratos de execução continuada²⁴.

Ainda na década de sessenta, em 1963, formulou-se nova tentativa de reforma do Código Civil de 1916, mediante um novo Anteprojeto do Código de Obrigações, de autoria de Caio Mário da Silva Pereira²⁵, que contemplava uma disciplina para a temática da alteração das circunstâncias negociais²⁶.

Ainda uma vez não se concretizou a reforma do Código Civil mediante este anteprojeto. Foi necessário aguardar a constituição de nova comissão de

²⁴ Ver, por exemplo, a seguinte decisão do Supremo Tribunal Federal: Recurso Extraordinário nº 56.960/SP, datada de 13.11.1964, Relator Ministro Hermes Lima, 2ª Turma: "Cláusula *rebus sic stantibus*. A cláusula aplica-se aos contratos de empreitada. A cláusula só ampara o contratante contra alterações fundamentais, extraordinárias das condições objetivas em que o contrato se realizou. Ela não visa, porém, eliminar riscos de negócio, riscos inerentes ao próprio sistema econômico vigente no país. No caso o recorrente não perdeu, deixou apenas de ganhar aquilo que pelo seu cálculo, seria seu justo lucro. Mas a doutrina da imprevisão não objetiva reajustá-los. Ainda no caso em apreço não era imprevisível o aumento do salário mínimo. Recurso conhecido e provido para julgar a ação improcedente". Em seu voto, o Relator faz expressa menção às premissas aqui indicadas: "A aplicação da cláusula *rebus sic stantibus* ganha terreno em nosso direito e isto se explica não só pelo princípio de justiça nela existente, como também porque, em períodos de violenta inflação, a oscilação de preços exige para os negócios uma garantia jurídica contra seus efeitos desastrosos. As modificações violentas e imprevisíveis das condições objetivas em que os contratos se consumam justificam a intervenção da justiça para reparar os graves danos que daí podem decorrer. Tanto no campo do direito civil como no de direito administrativo a cláusula referida tem aplicação cada vez mais ampla. Aplica-se, sem dúvida, aos contratos de empreitada".

²⁵ Sobre esta matéria, ver, por exemplo, Fábio Siebeneichler de Andrade, Da codificação - Crônica de um conceito, p. 93, Livraria do Advogado, 1997; Cristiano de Sousa Zanetti, Direito contratual contemporâneo - A liberdade contratual e sua fragmentação, p. 145, Método, 2008.

²⁶ "Art. 358. Nos contratos de execução diferida ou sucessiva, quando, por força de acontecimento excepcional e imprevisto ao tempo de sua celebração, a prestação de uma das partes venha a se tornar excessivamente onerosa, capaz de gerar para ela grande prejuízo e para a outra parte lucro exagerado, pode o juiz, a requerimento do interessado, declarar a resolução do contrato."

A sentença, então proferida, retroagirá seus efeitos à data da citação da outra parte.

"Art. 359. A resolução do contrato poderá ser evitada, oferecendo-se o réu, dentro do prazo da contestação, a modificar com equanimidade o esquema de cumprimento do contrato."

juristas, em 1969, mediante a coordenação do Professor Miguel Reale, para que se desenvolvesse um novo anteprojeto de Código Civil.

2 A DISCIPLINA DA ONEROSIDADE EXCESSIVA NO DIREITO BRASILEIRO

2.1 OS PRESSUPOSTOS PARA A CONFIGURAÇÃO DA ONEROSIDADE EXCESSIVA

Após longa tramitação, o projeto de Código Civil, elaborado em 1972, foi finalmente promulgado em 2002, tendo entrado em vigor no ano de 2003. Entre as diversas alterações em face ao direito anterior estabeleceu, no art. 478, o regime para a aplicação da resolução por onerosidade excessiva²⁷.

A primeira observação decorre da utilização pelo codificador brasileiro do modelo italiano, extraída do art. 1.467, alínea 1, do Código Civil de 1942²⁸, uma das primeiras soluções nas codificações europeias do século XX²⁹. Constitui esta opção uma aproximação entre o Direito brasileiro e o Direito italiano, a partir da codificação de 2002, na medida em que desconsiderou as referências à teoria da base do negócio e à teoria da imprevisão, respectivamente de origem germânica e francesa³⁰.

Cumprido, neste ponto, inicialmente examinar os requisitos exigidos pelo Código de 2002 para a configuração da onerosidade excessiva, estabelecendo, em alguns tópicos, paralelos com ordenamentos que também trataram do tema, como, por exemplo, o Direito italiano, no já citado art. 1.467; o Direito português,

²⁷ “Art. 478. Nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato.”

²⁸ “Art. 1.467. [1] *Nei contratti a esecuzione continuata o periodica ovvero a esecuzione diferita, se la prestazione di una delle parti è divenuta eccessivamente onerosa per il verificarsi di avvenimenti straordinari e imprevedibili, la parte che deve tale prestazione può domandare la risoluzione del contratto, con gli effetti stabiliti dall’articolo 1.458. [2] La risoluzione non può essere domandata se la sopravvenuta onerosità rientra nell’alea normale del contratto. [3] La parte contro la quale è domandata la risoluzione può evitarla offrendo di modificare equamente le condizioni del contratto.*”

²⁹ Cf. Paolo Tartaglia, *Onerosità Eccessiva*, p. 155, 164, Enciclopédia del Diritto, v. XXX, p. 155, Giuffrè, 1980.

³⁰ Ver, por exemplo, Clóvis do Couto e Silva, *A teoria da base do negócio jurídico no Direito brasileiro*, in *O direito privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva*, p. 89/91, op. cit.

no art. 437 do Código Civil de 1966³¹; ou o Direito alemão, que regula o tema no § 313 do Código Civil alemão³².

O primeiro pressuposto para a onerosidade excessiva consiste em que o vínculo negocial contraído pelas partes seja passível de sofrer a sua incidência. O art. 478 aponta, inicialmente, os contratos de execução continuada ou diferida. Exclui-se, portanto, o de execução instantânea, em que não se identifica espaço de tempo entre a conclusão e o adimplemento, o que se constitui em restrição clássica da matéria, na medida em que a invocação da onerosidade excessiva exige que ocorram alterações supervenientes à configuração do vínculo obrigacional.

A par desta primeira delimitação entre as espécies contratuais, o Código inclui também, no art. 480³³, como passível de aplicação da onerosidade excessiva os contratos unilaterais. Uma vez mais o legislador brasileiro reproduziu a solução do Código Civil italiano, que faz menção a esta classificação no seu art. 1.468. A este respeito, cabe indagar se a onerosidade pode ser invocada no caso de contratos unilaterais gratuitos, como uma doação, ou apenas nos onerosos³⁴,

³¹ “Art. 437. 1. Se as circunstâncias em que as partes fundaram a decisão de contratar tiverem sofrido uma alteração anormal, tem a parte lesada direito à resolução do contrato, ou à modificação dele segundo juízos de equidade, desde que a exigência das obrigações por ela assumidas afete gravemente os princípios da boa fé e não esteja coberta pelos riscos próprios do contrato. 2. Requerida a resolução, a parte contrária pode opor-se ao pedido, declarando aceitar a modificação do contrato nos termos do número anterior.”

³² “§ 313 (1) *Haben sich Umstände, die zur Grundlage des Vertrages geworden sind, nach Vertragsschluss schwerwiegend verändert und hätten die Parteien den Vertrag nicht oder mit anderem Inhalt geschlossen, wenn sie diese Veränderung vorausgesehen hätten, so kann Anpassung des Vertrags verlangt werden, soweit einem Teil unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls, insbesondere der vertraglichen oder gesetzlichen Risikoverteilung, das Festhalten am unveränderten Vertrag nicht zugemutet werden kann. (2) Einer Veränderung der Umstände steht es gleich, wenn wesentliche Vorstellungen, die zur Grundlage des Vertrages geworden sind, sich als falsch herausstellen.*”

Em tradução livre: “(1) Tendo ocorrido após celebração do contrato, a modificação profunda de circunstâncias, que se constituíram a sua base, sendo que as partes não o celebrariam ou o fariam com outro conteúdo, caso houvessem previsto esta alteração, então pode-se pleitear a revisão do contrato, desde que seja inexigível para uma parte, considerando-se todas as circunstâncias do caso, especialmente a distribuição do risco legal ou contratual do contrato, a vinculação ao contrato não modificado. (2) Configura-se igualmente como uma alteração das circunstâncias quando pressuposições essenciais das partes, que se constituíram em base do contrato, apresentarem-se como falsas”.

³³ “Art. 480. Se no contrato as obrigações couberem a apenas uma das partes, poderá ela pleitear que a sua prestação seja reduzida, ou alterado o modo de executá-la, a fim de evitar a onerosidade excessiva.”

³⁴ Nesse sentido, ver, por exemplo, Silvio Salvo Venosa, Direito civil, p. 491, 13. ed., Atlas. Sobre o tema, cf. também Julio Alberto Diaz, A teoria da imprevisão no novo Código Civil brasileiro, Revista de Direito Privado, v. 20, 2004, p. 197/202.

sob o fundamento de que apenas nestes casos se configuraria a possibilidade de ocorrer a onerosidade excessiva decorrente do desequilíbrio na prestação. Em síntese, o sacrifício seria a característica essencial do contrato gratuito.

No ordenamento brasileiro, há que preponderar a solução ampliativa: em primeiro lugar, pela circunstância de que a regra referente aos contratos unilaterais, art. 480, constitui-se em disciplina especial, com consequências próprias, de sorte que ela não está vinculada aos preceitos do artigo geral; em segundo lugar, porque inexistente restrição por parte do legislador. Em terceiro lugar, do ponto de vista finalístico, cumpre resguardar a possibilidade de o contratante, mesmo se a prestação for unilateral e gratuita, invocar a onerosidade excessiva, seja para o redimensionamento da prestação ou para alterar o seu modo de execução. A este respeito, argumente-se que em certos ordenamentos, como é o caso do Direito alemão, no § 528 do BGB, admite-se a possibilidade de resolução do contrato de doação na hipótese de empobrecimento do doador³⁵, o que contribui para a percepção de que o dispositivo do art. 480 possui um campo de aplicação para questões não resolvidas especificamente pelo Direito brasileiro.

No âmbito das diversas classificações dos contratos, indaga-se se a onerosidade excessiva pode ser invocada no caso de o contrato ser aleatório, na medida em que neste caso, seja por sua natureza, ou pela circunstância de as partes terem expressamente outorgado essa condição ao vínculo, os contraentes teriam conscientemente assumido o risco de a prestação tornar-se excessivamente onerosa.

Adotando esta premissa, o Direito italiano afastou expressamente a possibilidade de a onerosidade excessiva ser invocada nos contratos aleatórios no art. 1.469³⁶. Contudo, esta orientação restritiva não se encontra no Direito

³⁵ “§ 528. Rückforderung wegen Verarmung des Schenkers. (1) Soweit der Schenker nach der Vollziehung der Schenkung aussertande ist, seinen angemessenen Unterhalt zu bestreiten und die ihm seinen Verwandten, seinen Ehegatten, seinem Lebenspartner oder seinem früheren Ehegatten oder Lebenspartner gegenüber gesetzlich obliegende Unterhaltspflicht zu erfüllen, kann er von dem Beschenkten die Herausgabe des Geschenkes nach der Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung fordern. Der Beschenkte kann die Herausgabe durch Zahlung des für den Unterhalt erforderlich Betrags abwenden.”

Em tradução livre: “Restituição devido ao empobrecimento do doador. Na medida em que o doador, após o cumprimento da doação, não esteja em condições de manter-se razoavelmente, e de atender às obrigações alimentares legalmente devidas a seus parentes, cônjuges, conviventes ou ex-mulher ou ex-convivente, poderá ele exigir a devolução da doação sob o fundamento do enriquecimento indevido. O doador poderá evitar a restituição mediante o pagamento da quantia necessária para a manutenção do doador”.

³⁶ “Art. 1.469. Le norme degli articoli precedenti non si applicano ai contratti aleatori per loro natura [1872, 1919, 1933] o per volontà delle parti [1448, 1672, 1472].”

brasileiro: o Código Civil brasileiro não excluiu expressamente os contratos aleatórios do campo da onerosidade excessiva³⁷. A orientação nacional permite o recurso aos remédios previstos em lei, quando o contrato aleatório sofre a perturbação de riscos supervenientes e não passíveis de previsão, correspondentes a uma álea absolutamente extraordinária ao contrato³⁸, não obstante fosse preferível a solução explícita dada por ordenamentos como o Código Civil argentino³⁹ e o Código Civil peruano⁴⁰. Cumpre indagar, porém, se esta abertura do Direito brasileiro frente aos contratos aleatórios possui consequências práticas, tendo em vista que, no âmbito jurisprudencial, não se encontra a incidência desta temática aplicável aos contratos aleatórios⁴¹.

Há que se ter presente, neste ponto, também, que o preceito do art. 478 do Código Civil se aplica aos contratos civis e empresariais – afastando-se os contratos de consumo, que, como se verá, são regulados de forma especial –, devendo ser vislumbrados os princípios de cada um destes vínculos, configurando-se os contratos empresariais como um campo do direito privado em que os pressupostos da figura devem ser examinados *cum granus salis*⁴².

³⁷ Sobre o tema, ver Nelson Borges, A teoria da imprevisão e os contratos aleatórios, Revista dos Tribunais, v. 782, 2002, p. 81; Ruy Rosado de Aguiar Júnior, Extinção dos contratos por incumprimento do devedor, p. 157, Aide, 1991.

³⁸ Cuida-se de solução que encontra orientação favorável na própria doutrina italiana. A respeito, ver Enrico Gabrielli, Estudios sobre Teoria General del Contrato, p. 333, Jurista Editores, 2013.

³⁹ Ao referir-se à aplicação da onerosidade excessiva, o art. 1.198 dispõe o seguinte: “O mesmo princípio se aplicará aos contratos aleatórios quando a excessiva onerosidade se produzir por causas alheias ao risco próprio do contrato” (tradução livre).

⁴⁰ “Art. 1.441. Las disposiciones contenidas en el artículo 1.440 se aplican: 2. A los contratos aleatorios, cuando la excesiva onerosidad se produce por causas extranas al riesgo propio del contrato.”

⁴¹ Neste sentido, cf. a seguinte ementa: “Contrato bancário. Swap. Ação de revisão e de rescisão. Contrato de natureza especulativa e aleatória que é firmado por pessoa jurídica familiarizada com o mercado de câmbio. Inexistência de relação de consumo. Aplicação das teorias da imprevisão ou da onerosidade excessiva. Inadmissibilidade. Fato superveniente e imponderável que constitui a própria álea do negócio jurídico entabulado. cláusula limitativa de lucro estabelecida em favor da entidade bancária, ademais que não resultou em grave desequilíbrio entre as partes” (TJSP, AC 0105673-27.2010.8.26.0100, Rel. Des. Francisco Loureiro, 37ª C.Cív., J. 24.11.2011; RT 916/593).

⁴² Neste sentido, cf. a seguinte decisão do Superior Tribunal de Justiça: “Direito empresarial. Contratos. Compra e venda de coisa futura (soja). Teoria da imprevisão. Onerosidade excessiva. Inaplicabilidade. 1. Contratos empresariais não devem ser tratados da mesma forma que contratos cíveis em geral ou contratos de consumo. Nestes admite-se o dirigismo contratual. Naqueles devem prevalecer os princípios da autonomia da vontade e da força obrigatória das avenças. 2. Direito civil e direito empresarial, ainda que ramos do direito privado, submetem-se a regras e princípios próprios. O fato de o Código Civil de 2002 ter submetido os contratos cíveis e empresariais às mesmas regras gerais não significa que estes contratos sejam essencialmente iguais. 3. O caso dos autos tem peculiaridades

Não obstante esta orientação possa ser reputada como tradicional no Direito brasileiro, e em harmonia com a concepção clássica da figura da onerosidade excessiva, pode-se debater acerca da necessidade de estabelecer critérios ponderativos mais elásticos para os contratos empresariais, em especial quando eles são constituídos por partes em desigualdade material ou assimetria, que tem sido definido como *terceiro contrato* por setores da doutrina contemporânea⁴³.

Outro ponto de debate no que concerne aos pressupostos da teoria incide sobre a questão de saber se o devedor em mora pode pleitear a tutela da onerosidade excessiva, na medida em que o Código de 2002 não dispôs expressamente a respeito, como o fez, por exemplo, o Código Civil argentino, no citado art. 1198⁴⁴, e o Código Civil português, no art. 438⁴⁵. Não contém igualmente o Direito brasileiro norma similar à dos Princípios *Unidroit*, no art. 6.2.3 (2), em que se estabelece que o pedido de renegociação deve ser feito imediatamente e que esta solicitação não autoriza a suspensão do cumprimento da prestação devida⁴⁶.

Diante desta indeterminação legislativa, cumpre adotar posição flexível, no sentido de favorecer o interessado em suscitar a onerosidade excessiva, na medida em que o próprio legislador não indicou a inexistência da mora como

que impedem a aplicação da teoria da imprevisão, de que trata o art. 478 do CC/2002: (i) os contratos em discussão não são de execução continuada ou diferida, mas contratos de compra e venda de coisa futura, a preço fixo; (ii) a alta do preço da soja não tornou a prestação de uma das partes excessivamente onerosa, mas apenas reduziu o lucro esperado pelo produtor rural e (iii) a variação cambial que alterou a cotação da soja não configurou um acontecimento extraordinário e imprevisível, porque ambas as partes contratantes conhecem o mercado em que atuam, pois são profissionais do ramo e sabem que tais flutuações são possíveis. 5. Recurso especial conhecido e provido” (REsp 936.741/GO, Rel. Min. Antonio Carlos Ferreira, 4ª Turma, J. 03.11.2011).

⁴³ Ver, por exemplo, Vincenzo Roppo, Ancora su contratto asimmetrico e terzo contratto. Le coordinate del dibattito, com qualche elemento di novità, in Guido Alpa/Vincenzo Roppo, La Vocazione civile del giurista, p. 178 e ss., Laterza, 2013; Vincenzo Roppo, Il Contratto del Duemila, p. 65, Giappichelli Editore, 2011; Giuseppe Amadio, Il terzo contratto. Il problema, p. 14, in Il Terzo Contratto (Gregório Gitti/Gianroberto Villa), il Mulino, 2008. Especificamente sobre o tema versado, ver Francesco Macário, Sopravvenienze e gestione del rischio nell'esecuzione del terzo contratto, in Il Terzo Contratto, p. 179 e ss., op. cit.

⁴⁴ “Art. 1.198. No procederá la resolución, si el perjudicado hubiese obrado con culpa o estuviese en mora.”

⁴⁵ “Art. 438. A parte lesada não goza do direito de resolução ou modificação do contrato, se estava em mora no momento em que a alteração das circunstâncias se modificou.”

⁴⁶ “Art. 6.2.3 (Effects of hardship) (1) In case of hardship the disadvantaged party is entitled to request renegotiations. The request shall be made without undue delay and shall indicate the grounds on which it is based. (2) The request for renegotiation does not in itself entitle the disadvantaged party to withhold performance.”

requisito necessário para a invocação do benefício. Cumpre, porém, fixar precisamente a situação de mora do devedor, a fim de saber se ela pode ser desconsiderada: se, por exemplo, ela antecede às circunstâncias que determinam a onerosidade excessiva, afetará a posição jurídica do devedor. Da mesma forma, na hipótese em que a mora não possui qualquer vinculação com as referidas causas da onerosidade excessiva. Há que se reputar indicada a diretriz dos Princípios *Unidroit*, no sentido de que o devedor deva expressar a sua irresignação o mais cedo possível, o que, no Direito brasileiro, se configuraria em providências no sentido de notificar o credor acerca de sua pretensão e que, em caso de haver desconformidade deste com o pleito de alteração das condições do contrato, ingresse imediatamente com a ação respectiva⁴⁷.

Relativamente aos pressupostos centrais da figura, adotou o Direito brasileiro a rígida fórmula referente ao evento superveniente, “extraordinário e imprevisível”, que se constitui em fator inibitório para a aplicação da cláusula *rebus sic stantibus*. Acerca desta noção há que se ponderar, inicialmente, que ela deve ser interpretada de forma objetiva, a fim de evitar considerações subjetivas de imprevisibilidade. Contudo, cumpre igualmente afastar uma visão excessivamente rígida, que conduza à solução de que todas as circunstâncias são passíveis de previsão. A este respeito, cabe recordar o exemplo comum que uma situação como uma guerra entre dois países pode ser considerada como um evento extraordinário, mas a alta de preços dela decorrente pode ser qualificada como previsível para as partes.

No que concerne a este pressuposto, a interpretação deve conduzir a concepções que não sirvam de extraordinária barreira para a parte. Observe-se

⁴⁷ Sobre o tema, ver a seguinte decisão do Superior Tribunal de Justiça: “Recurso especial. Contrato bancário. Caracterização da mora. 1. Resta pacificado no âmbito da Augusta Segunda Seção desta Corte, o entendimento no sentido de que a simples demonstração de onerosidade excessiva dos encargos cobrados não basta para descaracterizar a mora do devedor e impedir a inclusão do nome do devedor em cadastros de proteção ao crédito. Estas somente ficam impedidas se implementadas, concomitantemente, as seguintes condições: 1) o ajuizamento de ação, pelo devedor, contestando a existência parcial ou integral do débito; 2) efetiva demonstração de que a contestação da cobrança indevida se funda na aparência do bom direito e em jurisprudência consolidada do STF ou do STJ; e 3) que, sendo a contestação apenas parte do débito, deposite o valor referente à parte tida por incontroversa, ou preste caução idônea, ao prudente arbítrio do magistrado. Se o devedor não comprova o depósito da parte tida como incontroversa da dívida, não há como ser afastada a mora, porquanto esta resta caracterizada em relação à parte efetivamente devida. Precedentes (REsp 246.106/SP e 607.961/RJ). 2. Ademais, não tendo sido demonstrada nenhuma atitude do autor no sentido de elidida, devendo incidir os encargos dela decorrentes, infirmar tal entendimento demandaria o reexame dos elementos fático-probatórios dos autos, vedado em sede de recurso especial, nos termos da Súmula nº 7/STJ” (AgRg-REsp 735844/RS, Rel. Min. Jorge Scartezzini, 4ª Turma, J. 28.03.2006).

que o legislador brasileiro poderia, por exemplo, ter se espelhado no modelo do Direito português, que, no aludido art. 437, 1, do Código Civil de 1966, utilizou a fórmula “alteração anormal”, que se reputa mais vantajosa para o intérprete, na medida em que apresenta contornos mais flexíveis, favorecendo a aplicação da figura⁴⁸.

Quanto ao ponto central da onerosidade excessiva, a sua análise consiste em uma verificação preponderantemente quantitativa: não basta uma dificuldade à parte para que se caracterize a onerosidade excessiva⁴⁹; cumpre examinar se a prestação sofreu um flagrante agravamento, o que se constitui em matéria de fato. Quanto a este ponto, sobressai a circunstância de que a questão a ser examinada consiste no equilíbrio entre as prestações, tendo como parâmetro inicial o momento da celebração do contrato. Por outro lado, há que se considerar que a solução brasileira reproduz o modelo italiano: não acolheu a concepção de “base do negócio”, fórmula mais ampla e capaz de abranger com flexibilidade situações próximas à figura do erro⁵⁰.

A este respeito impõe-se destacar que se verifica o estabelecimento de disposições contratuais específicas sobre o problema, configurando uma situação de autorregulamentação. Os próprios contratantes estabelecem índices e hipóteses em que está determinada a onerosidade, a fim de prever e afastar a invocação da cláusula *rebus sic stantibus*. Por outro lado, não é suficiente a presença da onerosidade excessiva. Há que se verificar se a prestação sofreu um substancial agravamento para a parte em face de riscos ou acontecimentos não vinculados à álea do contrato. A este respeito, observa-se o estabelecimento de definições extremamente rigorosas na jurisprudência nacional para a sua caracterização: a eventual oscilação de preço em favor de uma das partes não configura uma vantagem extrema, contrária ao princípio da boa-fé, ou mesmo em desacordo a um princípio inovador presente no Código Civil de 2002, relativo à função social dos contratos⁵¹.

⁴⁸ Para uma análise desta solução, ver Mário Júlio de Almeida Costa, *Direito das obrigações*, p. 277, Almedina, 1994.

⁴⁹ Nesse sentido, Paolo Tartaglia, *Onerosità Eccessiva*, Enciclopédia del Diritto, v. XXX, p. 155/164, Giuffrè, 1980.

⁵⁰ Ver acima nota 31, com a redação do § 313 do BGB.

⁵¹ A este respeito ver a seguinte orientação do Superior Tribunal de Justiça: “Direito civil e agrário. Compra e venda de safra futura a preço certo. Alteração do valor do produto no mercado. Circunstância previsível. Onerosidade excessiva. Inexistência. Violação aos princípios da função social do contrato, boa-fé objetiva e probidade. Inexistência. A compra e venda de safra futura, a preço certo, obriga as

Cabe debater, ainda, a questão de saber se a parte pode invocar a onerosidade excessiva quando já houve o cumprimento do contrato. A concepção predominante, aqui acolhida, orienta-se no sentido da negativa, sob o fundamento de que, se ocorreu o adimplemento do contrato, teria havido uma espécie de renúncia tácita do contratante, que, ao final, reuniu as condições para o adimplemento. Acrescente-se que o argumento da segurança jurídica também desempenha neste tópico um papel importante a impedir que se possa favorecer a noção mais flexível⁵². Consoante será observado posteriormente, esta orientação não vai de encontro à Súmula nº 286 do Superior Tribunal de Justiça.

Ressalte-se que o Código Civil brasileiro, em seu art. 478, a par de exigir que a prestação se torne excessivamente onerosa, impõe que se configure para o credor uma situação de extrema vantagem⁵³, o que implica a inserção de um

partes se o fato que alterou o valor do produto agrícola não era imprevisível. Na hipótese afigura-se impossível admitir onerosidade excessiva, inclusive porque a alta do dólar em virtude das eleições presidenciais e da iminência de guerra no oriente médio – motivos alegados pelo recorrido para sustentar a ocorrência de acontecimento extraordinário – porque são circunstâncias previsíveis, que podem ser levadas em consideração quando se contrata a venda para entrega futura com preço certo. O fato do comprador obter maior margem de lucro na revenda, decorrente da majoração do preço no mercado após a celebração do negócio, não indica a existência de má fé, improbidade ou tentativa de desvio da função social do contrato. A função social infligida ao contrato não pode desconsiderar seu papel primário e natural, que é o econômico. Ao assegurar a venda de sua colheita futura, é de se esperar que o produtor inclua nos seus cálculos todos os custos em que poderá incorrer, tanto os decorrentes dos próprios termos do contrato, como aqueles derivados das condições da lavoura. A boa fé objetiva se apresenta como uma exigência de lealdade, modelo objetivo de conduta, arquetipo social pelo qual impõe-se o poder-dever de que cada pessoa ajuste a própria conduta a esse modelo, agindo como agiria uma pessoa honesta, escorreita e leal. Não tendo o comprador agido de forma contrária a tais princípios, não há como inquirar seu comportamento de violador da boa-fé” (REsp 803.481/GO, Rel^a Min. Nancy Andrichi, 3ª Turma).

⁵² A respeito, ver, por exemplo, Mário Júlio de Almeida Costa, *Direito das obrigações*, p. 283, op. cit.; Lucia Ancona Lopez de Magalhães Dias, *Onerosidade excessiva e revisão contratual no direito privado brasileiro*, p. 417, op. cit.; Luiz Renato Ferreira da Silva, *Revisão de contratos no Código Civil: reflexões para uma sistematização das suas causas à luz da intenção comum dos contratantes*, in *Temas relevantes do direito civil contemporâneo*, p. 383, 2012, Atlas. No Direito alemão, a visão restritiva também é regra: cf. Dirk Looschelders, *Schuldrecht, Allgemeiner Teil*, p. 247, 6. ed., Carl Heymans Verlag, 2008.

⁵³ A este respeito, cf. a seguinte decisão: “Apelação cível. Ensino particular. Ação de rescisão contratual cumulada com devolução de valores. Material didático e serviço de aprendizagem. Ausência de direito de arrependimento. Resolução por onerosidade excessiva. Impossibilidade. Inexiste qualquer adinício de prova que tenha havido a denominada venda casada, porquanto o contrato possibilitava a contratação do material didático e do curso separadamente, havendo cláusulas expressas neste sentido. Inexiste abusividade ou ilegalidade na cláusula que não permite o cancelamento da aquisição do material didático. Com efeito, não se trata de contratação a domicílio, na qual é assegurado ao consumidor o prazo de sete dias para se arrepender, conforme art. 49 do CDC. De outro lado, não há falar em resolução por onerosidade excessiva, pois, a par da análise acerca da previsibilidade ou não

requisito adicional para aquele que pretende obter o benefício, razão pela qual a doutrina brasileira tem sido crítica acerca de sua inclusão⁵⁴, buscando relativizá-lo.

A adição deste pressuposto demonstra, em essência, que o Direito brasileiro compreende a cláusula *rebus sic stantibus* em um quadro de organicidade da relação obrigacional⁵⁵, em que não basta a invocação da onerosidade por uma das partes, devendo existir igualmente a possibilidade econômica para o credor de rever o valor de sua prestação. Pretende, portanto, a solução legislativa indagar se o credor possui capacidade econômica para mitigar a onerosidade excessiva, razão pela qual a sua obstinação em alterar o quadro de onerosidade excessiva configuraria uma conduta não cooperativa de sua parte, o que implicaria uma posição contrária ao princípio da boa-fé.

Contudo, sua inserção no art. 478 revela-se contraditória, na medida em que a solução ditada pelo legislador, consoante será observado, encaminhou-se para a extinção do contrato, para o qual a necessidade de observar-se o favorecimento do credor não se apresenta – *prima facie* – como indispensável.

Em face desta análise acerca dos requisitos da teoria da onerosidade excessiva, pode-se, sumariamente, considerar que o ordenamento civil brasileiro estabeleceu exigências de grande complexidade para o devedor que pretender invocar a onerosidade excessiva. Torna-se uma via *crucis* para a parte superar todos os pressupostos elencados na legislação, razão pela qual este caminho exigido para a desoneração do *pacta sunt servanda* pode ser qualificado como excepcional ou mesmo um sonho, difícil de ser alcançado⁵⁶. Muito embora se compreenda que o estabelecimento de uma fórmula para o equilíbrio entre o *pacta sunt servanda* e a modificação do que foi pactuado pelas partes exija determinados pressupostos, é forçoso considerar que o modelo brasileiro é excessivamente rígido, onerando sobremaneira a possibilidade de modulação pelo intérprete, e com isso criando uma dificuldade quase intransponível para

da separação, é certo que este fato não trouxe qualquer vantagem à demandada, nos termos do art. 478 do Código Civil” (TJRS, AC 70045420072, Rel. Des. Jorge Luiz Lopes do Canto, 5ª C.Cív. J. 30.11.2011).

⁵⁴ Nesse sentido, ver Lúcia Ancona Lopez de Magalhães Dias, *Onerosidade excessiva e revisão contratual no direito brasileiro*, p. 415, in *Fundamentos e princípios dos contratos empresariais* (Wanderley Fernandes), Saraiva, 2. ed., 2012.

⁵⁵ Para a referência ao direito obrigacional como organismo na doutrina nacional, ver Clóvis do Couto e Silva, *A obrigação como processo*, p. 6, op. cit.

⁵⁶ Neste sentido, cf. a crítica de João Hora Neto, *A resolução por onerosidade excessiva no novo Código Civil: uma quimera jurídica?*, *Revista de Direito Privado*, v. 16, p. 148 e ss.

a construção de uma concepção cooperativa – ou solidarista – no campo das modificações do contrato por circunstâncias supervenientes⁵⁷.

2.2 SOLUÇÃO PARA A ONEROSIDADE EXCESSIVA NO DIREITO CIVIL BRASILEIRO: EXTINÇÃO OU REVISÃO DO CONTRATO?

Examinados, ainda que de forma panorâmica, os pressupostos para a configuração da onerosidade excessiva, cumpre tratar, ainda que de forma sintética, acerca da solução estabelecida pelo Direito brasileiro para a hipótese de onerosidade excessiva: em princípio, propõe o legislador brasileiro que, superadas todas as premissas aqui indicadas, dar-se-á a extinção do contrato pela sua resolução, tendo a sentença que a estabelecer efeitos retroativos desde a citação. Não se pretendeu, portanto, permitir ao juiz adaptar o contrato a pedido da parte prejudicada.

Observe-se, inicialmente, que a única possibilidade, nesta matéria⁵⁸, que se oferece para o juiz revisar o contrato consta expressamente apenas no art. 480 e concerne somente os contratos unilaterais: nesse caso, a parte poderá pleitear que a sua prestação seja reduzida ou alterada⁵⁹. A lógica legislativa para favorecer a revisão judicial neste caso decorre precisamente do fato de inexistir prestações recíprocas: a extinção, neste caso, implicaria em

⁵⁷ Há que se ter presente que a invocação a ideia de solidariedade ou de cooperação no campo contratual não se confunde com uma visão fraternal ou altruísta da relação contratual. Ela necessita ser concebida mediante o estabelecimento de modelos dotados de normatividade e regulação. A este respeito, ver, por exemplo, a observação crítica de Laurent Leveneur, *Le Solidarisme contractuel: un mythe*, in *Le Solidarisme Contractuel*, p. 173/185 e ss.

⁵⁸ O art. 317 do Código de 2002 permite ao juiz, quando, por motivos imprevisíveis, sobrevier desproporção manifesta entre o valor da prestação de vida e o do momento de sua execução, corrigi-la, a pedido da parte, a fim de assegurar o seu valor real. Este é o dispositivo que ampara decisões que favorecem, por exemplo, a simples revisão de preço em contratos agrários, como se pode ver da seguinte ementa: “Preço ínfimo. Manifesto desequilíbrio contratual. Possibilidade de revisão. A força obrigatória dos contratos encontra limites apenas em casos excepcionais, na ponderação com outros princípios, como a boa fé objetiva, função social e equilíbrio econômico. Para viabilizar a revisão contratual, com base na teoria da imprevisão, é necessário o preenchimento dos requisitos previstos no art. 317 c/c 478, ambos do Código Civil, dentre eles, a desproporção manifesta da prestação, colocando uma das partes em situação de extrema vantagem. Hipótese em que o preço estipulado no contrato, vigente há mais de 15 anos, revela-se ínfimo, muito inferior à média do mercado, impondo-se sua revisão, a fim de que seja restabelecido o equilíbrio contratual” (AC 70051029494, Rel. Des. Paulo Roberto Franz, 10ª C.Cív., J. 25.10.2012).

⁵⁹ “Art. 480. Se no contrato as obrigações couberem a apenas uma das partes, poderá ela pleitear que a sua prestação seja reduzida, ou alterado o modo de executá-la a fim de evitar a onerosidade excessiva.”

uma solução imprópria, na medida em que desoneraria o contratante que se vinculou à prestação unilateral.

Prevê-se, no art. 479, a possibilidade de a resolução ser evitada, na hipótese em que o réu oferecer uma proposta de modificação equitativa das condições do contrato⁶⁰. O modelo para esta solução encontra-se uma vez mais no Direito Civil italiano, art. 1.467, 3, do Código de 1942. O art. 479 conduz a uma série de indagações, seja de ordem material, como de natureza processual⁶¹, que não se esgotam no âmbito do presente trabalho. Surge a questão, por exemplo, de saber se a oferta do réu deverá ser feita em reconvenção (art. 315 do CPC) ou se poderá constar na própria contestação, mediante um pedido contraposto (art. 278, § 1º, do CPC). Em princípio, pondera-se aqui que a oferta do réu pode ser formulada na contestação, pois não se configura em uma espécie de nova demanda de sua parte⁶².

Cabe também a pergunta acerca do conteúdo da oferta: se poderá ser genérica ou deverá ser específica. Nos termos do preceito do Código Civil, inexistente a necessidade para o réu de apresentar uma oferta específica, na medida em que exige a legislação que ele se “ofereça a modificar” equitativamente o contrato. Esta questão vincula-se a um terceiro ponto sobre a matéria: tendo o réu formulado proposta específica, se o autor da ação não a aceitar, haveria a possibilidade de o juiz alterar a proposta do réu? Sobre este ponto, reputa-se que a resposta deve ser negativa, pois o juiz, nesse caso, não está facultado a modificar a proposta do réu⁶³. O mesmo não sucede, porém, caso a oferta do réu tenha sido genérica, em que ele, eventualmente, considere a possibilidade de modificação equitativa pelo juiz. Contudo, caso não surja proposta modificativa

⁶⁰ “Art. 479. A resolução poderá ser evitada, oferecendo-se o réu a modificar equitativamente as condições do contrato.”

⁶¹ Ver, por exemplo, Enrico Gabrielli, *Estúdios sobre Teoria General del Contrato*, p. 411 e ss.; Araken de Assis/Ronaldo de Andrade/Francisco Alves, *Comentários ao Código Civil brasileiro*, p. 729 e ss., 2007; Flávio Luiz Yarshell, *Resolução do contrato por onerosidade excessiva: uma nova hipótese de “ação dúplice”?*, in *Estudos em homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover*, 2005, p. 567; Daniel Assumpção Neves, *Pretensão do réu de manter o contrato com modificação de suas cláusulas diante de pedido do autor de resolução por onerosidade excessiva - Pedido contraposto pela lei material (art. 479 do CC)*, disponível em <www.professordanielneves.com.br>.

⁶² A favor da reconvenção, ver Theotonio Negrão, *Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*, p. 229, nota 3, art. 479, 2014, 33. ed.

⁶³ Nesse sentido, Flávio Luiz Yarshell, *op. cit.*, p. 567; favorável à possibilidade de atuação do juiz, ver Erio Santarelli Zuliani, *Resolução do contrato por onerosidade excessiva*, disponível em <www.nacionaldedireito.com.br/doutrina>.

pelo réu, há que se considerar que não se abre a possibilidade para o juiz, de ofício, de alterar os termos do contrato.

Apontado o caminho legislativo, indaga-se acerca da possibilidade de adotar-se a via revisional, apesar da expressa vinculação do art. 478 à solução extintiva. Muito embora o dispositivo não contemple a possibilidade de revisão, esta circunstância não retira da parte prejudicada a faculdade de pleiteá-la judicialmente: não haveria nesta situação uma hipótese de impossibilidade jurídica do pedido, tendo em vista que esta condição de ação somente estaria ausente, nos termos da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, se houvesse expressa vedação legal⁶⁴.

Não obstante se verifique na doutrina a preponderância de orientações acerca da possibilidade de revisão contratual com fundamento no Código Civil⁶⁵, é forçoso reconhecer que esta temática é discreta na jurisprudência, sendo defendida apenas incidentalmente com base no princípio da conservação do negócio jurídico⁶⁶.

⁶⁴ Ver, por exemplo, MS 11.513/DF, Relatora Ministra Laurita Vaz, 3ª Seção, DJ de 07.05.2007, em que consta o seguinte: “A impossibilidade jurídica do pedido é de ser reconhecida apenas quando há expressa proibição do pedido no ordenamento jurídico”. Ver, igualmente, o REsp 270169/MG, Relator Ministro Raul Araújo, 4ª Turma, J. 17.11.2011, em que se lê na ementa o seguinte: “A possibilidade jurídica do pedido se traduz em apurar se a pretensão deduzida pela parte mostra-se compatível com a possibilidade de eventual entrega de tutela jurisdicional, seja em face da existência de regulação normativa que, em tese, possa amparar o pedido, seja em razão da inexistência de vedação legal ou de incompatibilidade com o ordenamento jurídico”.

⁶⁵ Ver, por exemplo, o Enunciado nº 367 das Jornadas de Direito Civil do Superior Tribunal de Justiça. Cf. também, Lúcia Ancona Lopez de Magalhães Dias, Onerosidade excessiva e revisão contratual no direito privado brasileiro, in Fundamentos e princípios dos contratos empresariais, p. 385/434, op. cit. Contrariamente à possibilidade de revisão: José Ricardo Pereira Lira, A onerosidade excessiva no Código Civil e a impossibilidade de modificação judicial dos contratos comutativos sem anuência do credor, Revista de Direito Renovar, v. 44-45, 2009, p. 91.

⁶⁶ Um exemplo de posição favorável no âmbito da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça possui natureza apenas incidental, na medida em que foi referido em *obter dictum*, como se verifica da seguinte ementa, do Recurso Especial nº 977.077/GO, Relatora Ministra Nancy Andriighi, 3ª Turma, J. 24.11.2009: “Civil. Recurso especial. Ação revisional de contratos de compra e venda de safra futura de soja. Ocorrência de praga na lavoura, conhecida como ‘ferrugem asiática’. Onerosidade excessiva. Pedido formulado no sentido de se obter complementação do preço da saca de soja, de acordo com a cotação do produto em bolsa que se verificou no dia do vencimento dos contratos. Impossibilidade. Não obstante a literalidade do art. 478 do CC/2002 – que indica apenas a possibilidade de rescisão contratual – é possível reconhecer onerosidade excessiva também para revisar a avença, como determina o CDC, desde que respeitados, obviamente, os requisitos específicos estipulados na lei civil. Há que se dar valor ao princípio da conservação dos negócios jurídicos que foi expressamente adotado em diversos outros dispositivos do CC/2002, como no parágrafo único do art. 157 e no art. 170. Na presente hipótese, porém, mesmo admitida a revisão, o pedido formulado não guarda qualquer

Ao se pretender aplicar a revisão, porém, há que se considerar a premissa de que a solução legislativa brasileira enquadra-se em um modelo restritivo, na medida em que, não somente se diferencia dos ordenamentos que explicitamente dispuseram a favor da revisão judicial do contrato – caso do Direito alemão e do Direito português –, como também possui uma matriz distinta: estes ordenamentos se baseiam precipuamente na concepção alemã da base do negócio e da alteração das circunstâncias, enquanto o Direito brasileiro tem como fundamento dogmático a onerosidade excessiva estabelecida pelo Direito italiano, no Código Civil de 1942, acrescida da exigência de que esta estaria vinculada a um favorecimento da posição do credor. Em relação aos modelos europeus, diferencia-se, substancialmente, apenas, do Direito francês, em que ainda se conhece uma acentuada resistência à possibilidade de o juiz determinar a extinção ou a revisão judicial do contrato no âmbito do direito privado⁶⁷.

Acrescente-se que os dispositivos do Código Civil devem ser reputados como subsidiários para alguns grupos de contrato, ou mesmo não aplicáveis, na medida em que já existe previsão legislativa específica para contratos com entes públicos (Lei de Licitação, art. 65, II, *d*), contratos de locação (Lei nº 8.245/1991, art. 68) e, como se verá, dos contratos de consumo. Observe-se, também, que, tendo o Brasil ratificado a Convenção de Viena sobre contratos internacionais de 1980, será esta norma a ser aplicada relativamente ao tema tratado (art. 79), sendo que eventuais lacunas que ela possuir serão sanadas pelos princípios de direito internacional (art. 7, 2).

Nesses termos, o recurso à revisão do contrato por onerosidade excessiva apresenta-se como uma via a ser determinada pelo juiz em casos de extrema necessidade, em que não somente o equilíbrio contratual for extremamente afetado por circunstâncias supervenientes, mas a questão se situa em hipóteses específicas, como, por exemplo, as classificadas pela doutrina contemporânea como o “terceiro contrato”⁶⁸: isto é, os casos em que, no âmbito do direito privado, não se vislumbra o seu enquadramento como relação de consumo, mas, não obstante esta circunstância, apresenta-se uma relação jurídico-econômica

relação com a ocorrência de onerosidade excessiva. O recorrente não pretende retomar o equilíbrio das prestações, mas transformar o contrato de compra e venda futura em um contrato à vista e com isso suprir eventuais discrepâncias entre suas expectativas subjetivas e o resultado apresentado em termos de lucratividade”.

⁶⁷ Ver, por exemplo, Philippe Malinvaud, *Droit des Obligations*, p. 347 e ss., 10. ed., 2007, Litec; Denis Mazeaud, *La Révision du contrat*, relatório francês à Associação Henri Capitat, 2005, disponível em <www.henricapitant.org>.

⁶⁸ A este respeito, cf. nota 41.

assimétrica. Observe-se que, nestas situações, o caminho da extinção contratual pode configurar-se como excessivamente penoso para a parte invocadora da onerosidade excessiva, sobretudo se retirá-la de um vínculo contratual de longa duração em que houve investimentos econômicos relevantes⁶⁹. Nesses casos, poder-se-á determinar a revisão a fim de recompor o equilíbrio contratual com base no que as partes estabeleceram objetivamente no contrato.

Esta reflexão não significa, porém, que se acolha a tese de que a estruturação normativa do art. 478 do Código Civil possa ser amplamente desconsiderada pelo julgador, que invocará, de forma livre, e mesmo de ofício, os princípios da boa-fé e da função social do contrato, que não estabelece inequivocamente a possibilidade de revisão contratual. No caso do Direito Civil brasileiro, a circunstância de o legislador haver concebido uma estrutura normativa explícita para a onerosidade excessiva – como fez o legislador italiano em 1942 e mais recentemente o legislador alemão no seu Código Civil (BGB) – há que ser devidamente considerada pelo Poder Judiciário, sob pena de incidir-se em quadro de hipertrofia do justo, em detrimento da moldura normativa racional fixada pelo codificador, que preconiza o estabelecimento de um procedimento uniforme para as partes contratantes.

Diante deste quadro de indeterminação judicial e doutrinária, de um lado, e de rigorismo legislativo, de outro, pode-se ainda reiterar a tendência de utilização de cláusulas de ajustamento, cláusulas *hardship*⁷⁰, bem como o recurso à arbitragem, em setores expressivos da esfera negocial, particularmente entre grandes empresas, como uma forma de regulação privada para solucionar a problemática da alteração das circunstâncias contratuais. Contudo, estas práticas no ordenamento brasileiro ainda podem ser qualificadas como residuais, razão pela qual a disciplina legislativa do Código Civil ainda há de ser reputada como

⁶⁹ Exemplo significativo deste tipo de relação contratual vislumbra-se no contrato de distribuição, que se revela como um caso em que a jurisprudência francesa no “arrêt Huart”, de 1992, admitiu a necessidade de o distribuidor possuir um dever de adaptação do contrato. Sobre o tema, cf., por exemplo, Anne-Sylvie Courdier-Cuisinier, *Le Solidarisme Contractuel*, p. 546, op. cit.; Laurent Leveneur, *Le Solidarisme Contractuel: un mythe*, p. 184, op. cit.

⁷⁰ Observe-se que a presença destas cláusulas no contrato não significa, necessariamente, que as partes se disponham a negociar e, em caso de negociação, alcancem facilmente um acordo acerca da alegação de onerosidade excessiva. Em especial no direito francês, tem sido suscitada a questão de que a existência de um dever de negociar não implica o de obter um resultado que resolva o conflito acerca das dificuldades econômicas supervenientes. Ver a respeito: em face da decisão entre *Electricité de France e Shell*, nota de J. Robert, in *JCP* 1978, II; sobre a decisão *SAS Novacarb c/SNC Socoma*, nota de B. Fages, in *RTDCiv*, 2008, p. 295; D. Mazeaud, *Renégocier ne rime pas avec réviser*, in *Dalloz*, 2007, p. 765.

indispensável no equacionamento do tema, ainda mais quando se tem presente a necessidade de regulação para o aludido âmbito negocial do “terceiro contrato”, que abrange os vínculos assimétricos do direito privado, e que não se regulam pela disciplina a ser tratada adiante, existente no Código de Defesa do Consumidor.

Em essência, a solução do Código Civil de 2002 aponta, portanto, para um modelo de tratamento do problema de alteração das circunstâncias do contrato no quadro legislativo como essencialmente redutivo. A cláusula *rebus sic stantibus* no Direito brasileiro configura uma solução altamente excepcional e de natureza precipuamente defensiva; inexistente, *prima facie*, de forma expressa, a solução ativa, dinâmica, no sentido de permitir inequivocamente a continuidade do contrato⁷¹ – ainda que para certos setores ou para algumas situações específicas da esfera negocial –, razão pela qual não acolhe o Direito brasileiro as recentes discussões acerca da necessidade de estabelecer modelos abertos à preservação do contrato⁷², de sorte que – consoante já se aludiu – é escasso o espaço para um modelo cooperativo ou solidário no Direito Civil brasileiro neste campo.

3 O DIREITO À REVISÃO DE CLÁUSULAS CONTRATUAIS NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR: INSTRUMENTO PARA A ALTERAÇÃO DAS CIRCUNSTÂNCIAS SUPERVENIENTES OU FORMA DE CONTROLE DE ABUSIVIDADE?

Entre as matérias tratadas pelo Código de Defesa do Consumidor, encontra-se a possibilidade de o consumidor revisar o contrato de consumo (art. 6º, V)⁷³.

Da análise do texto legal observa-se que ele é flexível no que concerne a determinados requisitos para que o consumidor exerça esse direito. Exige-se apenas a onerosidade excessiva e que esta seja superveniente. Dispensa-se o requisito clássico da imprevisibilidade.

⁷¹ Em face desta circunstância, tramita no Congresso brasileiro Projeto de Lei nº 6.960/2002, com a finalidade de alterar a redação do indicado art. 478 do Código Civil, a fim de favorecer a revisão dos contratos.

⁷² Nesse sentido, ver, por exemplo, para o Direito alemão, Prütting/Wegen/Weinrich, BGB Kommentar, p. 576, 2008, em análise do § 313 do BGB, que autoriza a modificação contratual; no Direito italiano, cf. Francesco Macário, *Sopravvenienze e gestione del rischio nell'esecuzione del terzo contratto*, in *Il Terzo Contratto*, p. 179/190 e ss., op. cit.; para o Direito francês, Denis Mazeaud, *La Révision du contrat*, relatório francês à Associação Henri Capitant, 2005, disponível em <www.henricapitant.org>; Anne-Sylvie Courdier Courdier-Cuisinier, *Le Solidarisme Contractuel*, p. 568, Litec, 2006.

⁷³ “Art. 6º [...] V – São direitos básicos do consumidor: a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas.”

Esta circunstância não implica, porém, que os demais requisitos anteriormente indicados tenham sido automaticamente afastados pelo Código de Defesa do Consumidor, ou mesmo que não tenham de ser minimamente observados pelo consumidor. É recomendável que o consumidor atente para a problemática da mora quando pretende debater a onerosidade excessiva do contrato. Quanto à questão de saber se pode haver a impugnação, pelo consumidor, da onerosidade excessiva após o cumprimento do contrato, a jurisprudência não apresenta uma resposta específica sobre o tema, pois a orientação dada pela Súmula nº 286 do Superior Tribunal de Justiça, de que o consumidor pode discutir ilegalidades do contrato relativamente à questões abusivas antecedentes, não obstante tenha sido o vínculo negocial extinto⁷⁴, seja por figuras como a novação ou pela quitação⁷⁵, não se relaciona com a temática da revisão do contrato por circunstâncias supervenientes que onerem o contratante. Trata-se, como se percebe do próprio teor da súmula, de questão distinta, referente à existência de “ilegalidades” na gênese do contrato, que poderão ocasionar a necessidade de restituição para a parte de um crédito decorrente do pagamento de valores indevidos⁷⁶.

Em face da redação da norma, indagou-se acerca da interpretação a ser dada ao conceito de onerosidade excessiva, a fim de saber se ele poderia ser avaliado subjetivamente, isto é, a fim de saber se a situação pessoal do contratante

⁷⁴ A este respeito, ver Súmula nº 286 do Superior Tribunal de Justiça: “A renegociação de contrato bancário ou a confissão da dívida não impede a possibilidade de discussão sobre eventuais ilegalidades dos contratos anteriores”. No mesmo sentido, cf. a Súmula nº 36 do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul: “No contrato de crédito rural, é possível o ajuizamento de ação de repetição de indébito sobre diferenças de índices inflacionários decorrentes dos diversos planos econômicos, independentemente da prova do erro e ainda que tenha como objeto contrato quitado”.

⁷⁵ Neste sentido, ver a seguinte ementa: “Apelação cível. Negócio jurídico bancário. Cédula de crédito rural. Plano Collor I. Repetição de indébito. Reajuste pelo IPC. Aplicação do BTNF. Contrato quitado. Sentença. Mantida. Impossibilidade jurídica do pedido. Contratos extintos. Possibilidade de revisão. Cabível a pretensão revisional de contratos extintos, à vista das abusividades intrínsecas ao pacto. Súmula nº 286 do STJ. Ademais, a quitação ou a novação da dívida não são causas impeditivas para os contratos originários. Descabe a alegação da impossibilidade jurídica do pedido, bem como a inviabilidade de se revisar contratos extintos, amparando-se nos fundamentos do art. 6º, § 1º, da LICC, por se tratar de matéria exclusivamente de direito. Do ato jurídico perfeito e ausência de pagamento a maior. Descabe a alegação da instituição financeira de que se trata de ato jurídico perfeito, uma vez que a parte autora tem por objeto apenas readequar a cobrança do índice aplicado para se verificar o débito (saldo devedor) das cédulas rurais e, não, a desconstituição dos contratos” (TJRS, AC 70048600498, Rel. Des. João Barcelos de Souza Júnior, 23ª C.Cív., J. 14.08.2012).

⁷⁶ No mesmo sentido, cf. Luis Renato Ferreira da Silva, Revisão de contratos no Código Civil, p. 378/383, op. cit.

poderia ser levada em consideração para definir a onerosidade ou se ela apenas poderia ser caracterizada do ponto de vista objetivo, para defini-la segundo critérios gerais, de acordo com uma pauta neutra de conduta. Predominou a concepção objetiva, de sorte que as situações pessoais não são consideradas para a matéria⁷⁷.

Aponta-se aqui, em face da construção estabelecida pelo legislador, uma nova relevância à noção de cláusula *rebus sic stantibus* no Direito brasileiro, que se concentra, porém, apenas no que concerne à relação de consumo e que, por força da promulgação do novo Código Civil, em 2002, teve a sua esfera de aplicação explicitada efetivamente a estes vínculos⁷⁸.

Esta tutela de proteção à parte fraca pode ser vinculada à uma concepção solidária do vínculo jurídico, que, como referido, constitui-se em valor e princípio constitucional. Contudo, é forçoso examinar a questão relativa à tutela do consumidor, neste campo, com reserva, pois a flexibilidade da disciplina de modificação das cláusulas contratuais restringe-se, classicamente, aos problemas de maxidesvalorização cambial ocorridos na década de 90 do século XX e seus efeitos sobre o contrato de *leasing*⁷⁹, matéria que atualmente não se configura como um tema jurisprudencial.

Na atualidade, verifica-se a invocação à modificação das cláusulas contratuais precipuamente no que concerne a taxas de juros nos contratos de mútuo. É certo que este campo de tutela é importante. Contudo, ela não está devidamente relacionada à temática da revisão contratual por onerosidade, em face da circunstância de os valores de juros serem antecedentes, estabelecidos no momento da celebração do contrato.

Cumpre, ainda, considerar que a disciplina do Código de Defesa do Consumidor não atende a todas as dimensões passíveis de afetar o consumidor

⁷⁷ Sobre este ponto, ver a seguinte decisão: “Ação de resolução contratual. Alienação fiduciária. Antecipação de tutela. Alegação de onerosidade excessiva. Perda do emprego. A perda do emprego, por si só, apesar de se tratar de fato lamentável, não é suficiente para caracterizar a ocorrência de acontecimento extraordinário e imprevisível, capaz de gerar a onerosidade excessiva, como exige o art. 478 do Código Civil” (TJRS, AI 70053068151, Rel. Dr. Jorge André Pereira Gailhard, 14ª C.Cív., J. 01.03.2013).

⁷⁸ Ver, por exemplo, a seguinte decisão proferida no CC 64.524/MT, 2ª Seção, Relatora Ministra Nancy Andrighi, que afastou a incidência da legislação favorável ao consumidor para um produtor de soja, em cuja ementa consta o seguinte: “A jurisprudência do STJ reconhece a existência de relação de consumo apenas quando ocorre destinação final do produto ou serviço, e não na hipótese em que estes são alocados na prática de outra atividade produtiva”.

⁷⁹ A este respeito, cf. o REsp 472.594/SP, Rel. Min. Aldir Passarinho, DJ 04.08.2003.

na atualidade, em que avulta a dimensão do crédito na economia contemporânea e os problemas decorrentes do inadimplemento, (re)assumem uma dimensão relevante: de forma específica, no direito contemporâneo tem sido suscitada a temática do superendividamento⁸⁰.

O assunto se vincula ao incremento do crédito ao consumo pelo particular, para facilitar o aumento da aquisição de bens e serviços. Difundem-se meios de circulação do crédito, como cartões de crédito, a fim de propiciar o pagamento em prestações, permitir ao comprador a imediata disponibilização da mercadoria, com o conseqüente acréscimo no preço. Trata-se de um mecanismo que favorece a produção, na medida em que amplia a possibilidade de disponibilização dos bens e serviços⁸¹.

No Direito brasileiro, por exemplo, os casos em que uma pessoa se encontra envolvida com valor expressivo de dívidas, que tolhe a sua capacidade de pagamento e de manter um padrão mínimo de existência, têm acarretado discussões, na medida em que o ordenamento brasileiro não propicia um instrumentário de controle acerca da excessiva assunção de débitos por parte do particular, na medida em que a solução que se estabeleceu em decisões judiciais foi a de limitar o desconto para alguns devedores em determinados patamares de seus vencimentos⁸². Nesses termos, a pura e simples possibilidade de revisar o contrato, mediante a invocação do aludido art. 6º do Código de Defesa do Consumidor, pode se mostrar insuficiente para o consumidor quando a instituição financeira demonstra que os patamares de juros do contrato encontram-se de acordo com os índices admitidos no mercado, na medida em

⁸⁰ Ver, por exemplo, Sophie Gjidara, *L'Endettement et le Droit Prive*, LGDJ, 1999, p. 119 e ss.; Clarissa Costa de Lima/Karin Bortoncello, *Superendividamento aplicado - Aspectos doutrinários e experiência no poder judiciário*, RT, 2010; Andre Perin Schmidt Neto, *Superendividamento do consumidor: conceito, pressupostos e classificação*, Revista de Direito do Consumidor, v. 71, p. 25 e ss.

⁸¹ Sobre o tema, ver, por exemplo, Guido Alpa, *Il Diritto dei Consumatori*, p. 97 e ss., Laterza, 1995.

⁸² Mas nem sempre com êxito, consoante se verifica da seguinte ementa: "Agravado de instrumento. Ação ordinária de preceito cominatório (Limitação dos descontos facultativos de servidor público estadual 'superendividado' em 30% dos seus vencimentos). Ausência dos requisitos do art. 273 do CPC. Embora se compreenda as conseqüências nefastas do superendividamento, tal razão, por si só, não autoriza a limitação dos descontos, considerando que o autor tem empréstimos contratados com os dois réus agravados e também com a Caixa Federal, além de descontos de Ipergs/Pames e MBP/Plano. Nesse contexto, quando não são discutidos juros ou encargos abusivos, inviável alterarem-se as bases contratuais, quando sequer instalado o contraditório, apenas para que a parte autora não se veja privada de mais do que 30% dos seus proventos, quando os empréstimos, ao que se tem e nada foi dito de encontro a isso, foram contraídos de livre vontade sua. Agravo de Instrumento desprovido" (TJRS, AI 70051540912, Relª Desª Ana Lúcia Carvalho Pinto Rebout, 12ª C.Cív., J. 23.05.2013).

que nesses casos não se apresenta uma situação de abusividade, consoante a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça⁸³.

Observa-se, portanto, que, também no âmbito da tutela do consumidor, a solução da onerosidade excessiva ainda pode ser qualificada como residual, sendo que o princípio *pacta sunt servanda* ainda exerce uma função significativa. No ordenamento brasileiro, há que se concluir que a possibilidade de modificação de cláusulas contratuais se opera em casos que – pode-se assim definir – configuram-se como de caráter patológico, ou seja, em que as instituições financeiras extrapolam extraordinariamente os limites para os patamares de juros! Prevalece ainda um largo espectro de situações em que, por força da inoponibilidade da cláusula *rebus sic stantibus*, e da insuficiência de mecanismos aptos à tutela do consumidor no Direito brasileiro, o princípio do *pacta sunt servanda* é predominante, não obstante seja perceptível a necessidade de concretizar a visão cooperativa do vínculo obrigacional.

CONCLUSÃO

O tema versado corresponde a um dos assuntos mais expressivos do Direito Civil por diversas razões: possui caráter de alta relevância histórica; ele marca a evolução do direito contratual. Ao mesmo tempo, constitui-se de flagrante importância contemporânea e prática, na medida em que interessa também às partes e à esfera judicial.

Estas circunstâncias se apresentam de forma marcante no Direito Civil brasileiro: a dialética entre o *pacta sunt servanda* e a cláusula *rebus sic stantibus* possui não somente conteúdo histórico no Direito brasileiro, tendo em vista o debate que se travou desde o início do século XX sobre o tema, como também está presente na sua perspectiva atual.

Por outro lado, o diálogo entre o *pacta sunt servanda* e a cláusula *rebus sic stantibus* é emblemático para o Direito Civil brasileiro: a sucinta análise histórica aqui apresentada é reveladora de uma inflexão do direito contratual brasileiro, que pode ser reputado como avançado ao conhecer a possibilidade de aplicação da figura da lesão no período oitocentista e cuja doutrina apresentava soluções para a alteração das circunstâncias na década de 40 do século XX! Hoje, porém, demonstra dificuldades para liberar-se de uma concepção excessivamente vinculada a uma solução formalista de resolução desta problemática.

⁸³ Ver por exemplo a decisão proferida pelo STJ no AgRg-REsp 1083216/RS, Relator Ministro Ricardo Villas Boas Cueva, 3ª Turma, J. 25.06.2013.

Do que foi sinteticamente demonstrado, pode ser vislumbrado que o modelo adotado pelo Direito brasileiro configura-se como insuficiente, no que concerne ao âmbito da teoria geral do contrato, tendo em vista que a solução geral estabelecida no Código Civil não oferece mecanismos aptos a permitir, de forma segura, a continuidade do contrato. A disciplina do direito do consumidor, por sua vez, apesar de flexível, não se mostra capaz de resolver todos os problemas passíveis de configuração em um ordenamento dinâmico e complexo como o da sociedade brasileira. Trata-se, porém, de uma tensão de polaridade que não concerne exclusivamente ao Direito brasileiro: reflete a perene dialética entre a necessidade de segurança jurídica e justiça contratual que perpassa o direito em geral, como se verifica da tentativa de formulação de princípios gerais no cenário europeu.

A conclusão, portanto, direciona-se para a reflexão de que a cláusula *rebus sic stantibus* possui função residual no Direito Civil brasileiro! No que concerne à alteração das circunstâncias supervenientes, o *pacta sunt servanda* exerce papel predominante. No sistema jurídico atual, a proteção à parte fraca da relação contratual está associada precipuamente ao direito do consumidor. Não obstante o ordenamento civil contemple mecanismos de tutela ao devedor para o caso de modificação das circunstâncias, sua disciplina apresenta-se ainda como redutiva e pouco operacional.

Em uma concepção jurídica baseada na noção de complementaridade, em que o direito contratual não repousa única e exclusivamente sobre o princípio da autonomia da vontade, e sim convive com outros previstos no sistema jurídico, a matéria de alteração das circunstâncias supervenientes precisa ser melhor instrumentalizada, devendo ser preconizada a explicitação da possibilidade de revisão contratual, a fim de evitar tanto a injustiça contratual quanto a insegurança negocial.

O PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO E A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO

THE PRECAUTIONARY PRINCIPLE AND STATE CIVIL LIABILITY

Gabriel Wedy¹

Juiz Federal

RESUMO: Neste artigo é abordado o princípio da precaução como instrumento de tutela dos direitos socioambientais, tendo-se presentes os vetores da vedação do excesso e de insuficiência. Posteriormente, é realizada análise científica sobre a aplicação desproporcional do princípio da precaução pelo Estado e a sua responsabilização civil decorrente dos danos ambientais causados.

PALAVRAS-CHAVE: Princípio da precaução; proporcionalidade; dano ambiental; responsabilidade do Estado.

ABSTRACT: *This article is concerned with precautionary principle as a tool to protect social environmental rights. Taking into consideration it is forbidden*

to use precautionary principle in excess or insufficiently. After a scientific analysis is discussed regarding the disproportionate use of the precautionary principle in each state and its civil responsibility towards environmental damages.

KEYWORDS: *Precautionary principle; proportionality; environmental damages; Estate liability*

SUMÁRIO: Introdução; 1 O princípio da precaução e os direitos socioambientais: princípio da precaução [vedação de excesso e de insuficiência]; 2 Responsabilidade civil do Estado por dano ambiental em face da aplicação excessiva ou insuficiente do princípio da precaução; Conclusão; Referências.

¹ Doutorando e Mestre em Direito pela PUC/RS, Professor de Direito Ambiental na Escola dos Juizes do Rio Grande do Sul [Ajuris] e na Escola da Magistratura Federal do Rio Grande do Sul [Esmafe/RS], Ex-Presidente da Associação dos Juizes Federais do Brasil [Ajufe], Professor convidado no Curso de Pós-Graduação em Direito Ambiental da Unisinos, Ex-Presidente da Associação dos Juizes Federais do Rio Grande do Sul [Ajufers/Esmafe]. Autor do livro *O princípio da precaução como instrumento de tutela do meio ambiente e da saúde pública*.

SUMMARY: *Introduction; 1 The precautionary principle and social and environmental rights: precautionary principle [vedação de excesso e de insuficiência] (o que seria isso?); 2 State civil liability for environmental harm due to excessive or insufficient application of the precautionary principle; Conclusion; References.*

INTRODUÇÃO

O objetivo deste artigo é analisar a aplicação do princípio da precaução pelo Estado em cotejo com o princípio da proporcionalidade na esfera ambiental. É fato corriqueiro a aplicação do princípio da precaução no âmbito estatal na esfera dos três Poderes em questões ambientais. O manejo do princípio da precaução pode ter consequências positivas ou negativas, dependendo do modo como é aplicado. Dentro desta perspectiva, pretende-se averiguar o que as doutrinas nacional e estrangeira têm entendido sobre a relação entre o princípio da precaução e o princípio da proporcionalidade na tutela dos direitos socioambientais.

Não se pretende, obviamente, esgotar o debate sobre o assunto, mas, sim, provocar uma reflexão nesta discussão doutrinária que adentra pela seara da aplicação prática do princípio, tendo reflexos sobre o ambiente e a sustentabilidade para além de discussões antropocêntricas ou ecocêntricas. Parece ser tarefa difícil separar a aplicação do princípio da precaução do princípio da proporcionalidade. Será? Isso será discutido no artigo.

O princípio da precaução e o princípio da proporcionalidade serão analisados sob a ótica da teoria geral dos direitos fundamentais. O princípio da precaução, como instrumento de tutela de direitos socioambientais, deve ser avaliado não apenas como mecanismo de proteção do núcleo essencial dos direitos fundamentais, mas, talvez, como direito fundamental. É desafio imposto ao operador do Direito procurar garantir a concretização e a máxima eficácia dos direitos fundamentais, abandonando formulações retóricas vazias e pouco úteis. Neste ambiente e cenário é que se abordará o princípio da precaução.

1 O PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO E OS DIREITOS SOCIOAMBIENTAIS: PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO [VEDAÇÃO DE EXCESSO E DE INSUFICIÊNCIA]

O princípio da precaução atua na concretização dos direitos socioambientais, e, por isso, não dispensa o enfoque acerca da multifuncionalidade e classificação dos direitos fundamentais. Ao lado dos direitos fundamentais individuais e

sociais, classificados, respectivamente, como direitos de primeira e segunda geração, evidencia-se, nas últimas décadas, uma nova dimensão de direitos fundamentais, emergidos da crise institucional do Estado Democrático de Direito².

No âmbito supranacional, impõem-se questões que desconhecem fronteiras e demandam o interesse mundial, tais como a proteção ambiental e a manipulação genética. Estes compõem os direitos fundamentais de terceira geração, voltados à paz, à autodeterminação dos povos, ao desenvolvimento, ao meio ambiente e à qualidade de vida³.

A necessidade de levar-se em conta o meio ambiente no cenário mundial faz com que os problemas ambientais assumam, então, um caráter universal e sejam concebidos sob o aspecto da interdependência, conforme a Declaração do Rio de Janeiro de 1992 sobre meio ambiente e desenvolvimento. Denota-se, pois, a necessidade de solidariedade, traduzida na restrição de soberanias estatais, fato que se evidencia mediante o desenvolvimento do Direito Internacional e comum.

Assim considerados, os direitos socioambientais podem ser visualizados sob a perspectiva jurídico-objetiva⁴, em se considerando as posições jusfundamentais, a partir da doutrina de Jellinek. Por conseguinte, os Poderes Públicos, para além do dever de resgatar os direitos fundamentais, devem intervir para acondicioná-los, garanti-los e restringi-los, quando necessário à salvaguarda dos valores e interesses comunitários, respeitado o seu núcleo essencial⁵.

Diante da sua dimensão axiológica, esses direitos não permitem valoração exclusiva sob a ótica do indivíduo e do seu *status* perante o Estado, porém devem ser concebidos pelo prisma da comunidade na sua totalidade. Constituem fins

² MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 3. ed. rev. e atual. Coimbra: Coimbra, v. 4, 2000. p. 31-2.

³ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 2. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 52-3, 55. Paulo Bonavides, por seu turno, aponta ainda a existência de direitos fundamentais de quarta geração que abrangem o direito à democracia, ao pluralismo e à informação (BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 570-2).

⁴ Vieira de Andrade assevera que os direitos fundamentais não constituem apenas direitos subjetivos, mas também comportam uma dimensão objetiva, adquirindo relevância igualmente do ponto de vista da comunidade, na qualidade de valores ou fins, a partir de uma dimensão tanto diretiva como prospectiva (ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. Coimbra: Livraria Almedina, 1987. p. 144-5).

⁵ ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. Coimbra: Livraria Almedina, 1987. p. 148.

e valores a serem concretizados. Por isso, são aptos para legitimar restrições a direitos subjetivos, contribuindo, de certa forma, para a limitação do conteúdo e alcance dos direitos fundamentais, desde que resguardado o respectivo núcleo essencial⁶. A dimensão objetiva pressupõe uma denominada eficácia diretiva em relação ao Estado, que se encontra compelido à permanente concretização e realização dos direitos fundamentais⁷.

Em se considerando a perspectiva subjetiva e objetiva dos direitos fundamentais, constata-se uma dupla feição quanto à sua restrição e ao dever de proteção pelo Estado, refletida no princípio da proporcionalidade⁸. Sob o enfoque dos direitos de defesa (ou direitos subjetivos em sentido negativo), configurar-se-ia como limite à restrição o que a doutrina sedimentou como proibição de excesso; em contrapartida, também falharia o Estado quanto ao seu dever de proteção, ao atuar de forma insuficiente, abaixo dos limites mínimos de proteção exigidos pela Constituição⁹.

Concebendo-se que os direitos fundamentais são veiculados, na maioria das vezes, por disposições de baixa densidade normativa, contendo expressões fluidas, ou mesmo polissêmicas, o processo da sua concretização importa na densificação dessas normas, rumo à competente atribuição de sentido.

⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição e proporcionalidade: o Direito Penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência. *Revista da Ajuris*, Porto Alegre, v. 32, n. 98, p. 105-49, jun. 2005.

⁷ Idem, p. 105-49, principalmente p. 125.

⁸ Ferreira Mendes e Buechele afirmam que os princípios da proporcionalidade e razoabilidade apresentam exatamente o mesmo sentido. Ver: MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*. 2. ed. São Paulo: Celso Bastos, 1999; BUECHELE, Paulo Arminio Tavares. *O princípio da proporcionalidade e a interpretação da Constituição*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. Bandeira de Mello e Grau defendem que um princípio está contido no outro, embora tenham cada qual um conteúdo específico. Ver: GRAU, Eros Roberto. *O direito e o direito pressuposto*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1998; MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1995. Pontes nega um efetivo conteúdo jurídico da razoabilidade, face à fluidez do seu conceito, e defende a preponderância na juridicidade do princípio da proporcionalidade. Ver: PONTES, Helenilson Cunha. *O princípio da proporcionalidade e o direito tributário*. São Paulo: Dialética, 2000. Segue-se no presente estudo o posicionamento de Ferreira Mendes e Buechele porque melhor atende aos reclamos da aplicação prática e simplificada do princípio a casos concretos. A propósito, o Supremo Tribunal Federal do Brasil, segundo notícia Galia, limitou-se diversas vezes a equiparar a proporcionalidade com a razoabilidade, no sentido do que é proporcional não extrapola os limites da razoabilidade. Ver: GALIA, Susana Sbrogio. *Mutações constitucionais e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 145.

⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição e proporcionalidade: o Direito Penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência. *Revista da Ajuris*, Porto Alegre, v. 32, n. 98, p. 105-49, jun. 2005, principalmente p. 132.

Atribuindo-se sentido a determinada norma de direito fundamental, o seu âmbito de proteção poderá colidir com outras normas de direito fundamental, que igualmente merecem proteção. Daí resulta a necessidade de restrição aos direitos fundamentais, dado que não se afiguram absolutos e devem coexistir no sistema jurídico, entre si e com outros direitos e bens jurídicos protegidos. Essa ideia traz consigo a noção de que a atividade restritiva deve encontrar barreiras, de modo a não configurar pretexto à aniquilação dos mesmos direitos que exigem a proteção do sistema.

Acerca da possibilidade de restrição dos direitos fundamentais, valem as considerações referentes à distinção entre regras e princípios, notadamente quanto ao enquadramento das posições de direitos fundamentais em definitivas e *prima facie*. Em se partindo da teoria dos princípios, verificar-se-á que as posições a serem restringidas configuram-se posições *prima facie*, de onde se restringirá não somente um bem protegido, mas um direito garantido por normas de direito fundamental¹⁰.

Temos por limitações a direitos fundamentais as normas constitucionais que restringem posições *prima facie* de direitos fundamentais. Essas normas restritivas de direitos fundamentais, por sua vez, devem ser emanadas da autoridade competente, seja pela atividade legislativa, no que concerne às regras restritivas, seja pela atividade judiciária, quando a autoridade, legitimada pela Lei Maior a estabelecer o controle de constitucionalidade, limita direitos fundamentais de terceiros e outros bens jurídicos de nível constitucional que entrem em colisão¹¹.

O fato de a estrutura da norma de direitos fundamentais comportar a veiculação sob a forma de princípios importa em que os direitos fundamentais podem ser restringidos aos princípios opostos, bem como a sua restringibilidade pode ser limitada. Todavia, se a restrição aos direitos fundamentais ocorre quando, diante do caso concreto, os princípios opostos possuam maior peso que o princípio de direito fundamental em exame, verifica-se que os direitos fundamentais consistem na própria limitação à sua respectiva restrição e restringibilidade¹².

¹⁰ ALEXY, Robert. *Teoría de Los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997. p. 267-71.

¹¹ *Idem*, p. 272-75.

¹² *Idem*, p. 286.

A ideia de traçar limites aos limites dos direitos fundamentais foi difundida na doutrina alemã durante a vigência da Lei Fundamental de Bonn¹³. As restrições aos limites dos direitos fundamentais constituem instrumentos normativo-metódicos de aplicação desses direitos, cuja finalidade é garantir o seu caráter vinculante¹⁴. Nessa condição, o princípio da proporcionalidade¹⁵, composto por três subprincípios (adequação, necessidade e proporcionalidade)¹⁶, é caracterizado pelos seus vetores da proibição de excesso e da vedação à tutela insuficiente do Estado.

Os meios de ação escolhidos pelo Estado têm que corresponder aos fins almejados pela lei e pela Constituição Federal. A máxima maquiavélica de que os fins justificam os meios não aproveita ao Estado¹⁷. Os meios utilizados pelo Estado não podem ser ínfimos a ponto de nada tutelar e a nenhum fim atingir e nem excessivos a ponto de violar direitos fundamentais. Deve haver, portanto, adequação nos atos da Administração Pública para que haja respeito ao princípio da proporcionalidade.

O Estado, também, seja na sua função administrativa, seja na sua função legislativa, deve agir quando for estritamente necessário. E, sempre quando agir,

¹³ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 298.

¹⁴ *Idem*, p. 299.

¹⁵ *Idem*.

¹⁶ BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle da constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. 2. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2000. p. 74-87: "1. Quanto ao subprincípio da adequação: o meio escolhido deve ser apto à consecução do fim pretendido; 2. Quanto ao subprincípio da necessidade: dentre os meios adequados (segundo o item precedente), deve-se escolher aquele que cause menor restrição a direito, isto é, o meio menos gravoso ao cidadão; 3. Quanto ao subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito: deve-se considerar a relação precedência de um bem jurídico em detrimento de outro envolvido no processo de ponderação". Ver também: PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 324 e ss.; STEINMETZ, Wilson Antônio. *Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 148 e ss.; ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica*. Trad. Zilda Hutchinson Silva. São Paulo: Landy, 2001. p. 111 e ss.; ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 5. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2006; STUMM, Raquel Denize. *Princípio da proporcionalidade no direito constitucional brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995. p. 79 e ss.; SILVA, Luís Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 91, n. 798, abr. 2002.

¹⁷ Ver: MAQUIAVEL, Nicolau. *O príncipe: escritos políticos*. Trad. Lívio Xavier. 3. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1983.

deve escolher entre as várias alternativas aquela que afetar o menos possível os direitos fundamentais protegidos constitucionalmente.

A cláusula da proporcionalidade *stricto sensu* decorre do reconhecimento de que os meios, embora possam ser idôneos para atingir a finalidade pública colimada, podem ser desproporcionais em uma relação de custo/benefício. Como afirmado por Freitas:

Sem incorrer em simplificador e ingênuo cálculo utilitário ou mera análise econômica, a proporcionalidade em sentido estrito indaga pelo “preço a pagar”, no caso da precaução. Faz a conta do lucro e da perda, ao apurar se os ônus interventivos não são desmesurados.¹⁸

As medidas de precaução deverão configurar meios hábeis a evitar a situação de risco, porquanto a precaução trabalha na seara das probabilidades. Inexiste a certeza científica de dano, mas a possibilidade de vir a ocorrer demonstra-se plausível. Entre os meios hábeis a evitar o risco de dano, dever-se-á escolher com moderação, optando-se pelos menos gravosos àqueles que terão seus interesses atingidos com a medida, pois precaução também importa agir com moderação¹⁹.

O princípio da precaução deve sempre observar o princípio da proporcionalidade e, obviamente, as cláusulas que dele são corolários. As vedações de excesso e de insuficiência devem estar sempre presentes no manejo do princípio da precaução pelo Estado em suas três funções: administrativa, judiciária e legislativa. Assim, o ato administrativo que deve visar sempre a um fim de interesse público não pode ser excessivo a ponto de mutilar direitos e destruir garantias constitucionais e nem insuficiente a ponto de nenhuma finalidade atingir e nenhum direito tutelar.

Neste sentido, o juiz, ao aplicar o princípio da precaução, não pode tolher de forma infundada empreendimentos privados. O exemplo utilizado por Freitas no já citado artigo²⁰ de proibição de utilização de aparelhos celulares por todos os cidadãos por mera suposição de danos à saúde pela radiação é

¹⁸ FREITAS, Juarez. Princípio da precaução: vedação de excesso e de inoperância. *Revista Interesse Público*, Sapucaia do Sul, ano VII, n. 34, 2006.

¹⁹ MOTA, Maurício. Princípio da precaução no direito ambiental: uma construção a partir da razoabilidade e da proporcionalidade. *Revista de Direito do Estado*, ano 1, n. 4, p. 245-76, out./dez. 2006.

²⁰ Segundo Freitas: “Seria, para figurar outro exemplo, gritante demasia, consoante o atual estado de conhecimentos, cogitar de proibir o uso de celulares simplesmente em função do medo mórbido

elucidativo, porque não há evidências razoavelmente fundadas pela ciência que esses aparelhos, essenciais à vida moderna, causem danos à saúde do usuário²¹. *A fortiori*, não existe fundamento razoável também acerca dos possíveis riscos de danos causados à saúde das pessoas pelos campos eletromagnéticos que caracterizam as torres de telefonia celular²².

Outro exemplo que pode ser dado como uma medida desproporcional tomada pelo Estado-Legislador seria uma lei que impedisse a fabricação, a comercialização e o consumo de refrigerantes compostos por cola (Coca-Cola, Pepsi-Cola, etc.), motivada pelo fato de que supostamente viciam e enfraquecem a estrutura óssea das pessoas. Seria uma medida excessiva adotada pelo legislador e, portanto, desproporcional, porque é voz mais ou menos corrente na medicina que referidos refrigerantes possuem ínfimas substâncias viciantes e passam tão rápido pelo organismo, até serem expelidos, que não chegam a fazer malefícios relevantes ou consideráveis²³.

Ferreira Mendes, ao analisar a aplicação do princípio da razoabilidade, sob a ótica da proibição do excesso, em decisão do egrégio Supremo Tribunal Federal, que restringiu a liberdade de exercício profissional, conclui que:

quanto aos efeitos nocivos de toda e qualquer radiação” (FREITAS, Juarez. Princípio da precaução: vedação de excesso e de inoperância. *Revista Interesse Público, Sapucaia do Sul*, ano VII, n. 35, 2006.

²¹ HOONG, Ng Kwan. *Radiation, Mobile Phones, Base Stations and Your Health*. Malásia: Comissão de Comunicações e Multimídia da Malásia, 2003. Ver: Universidade de Brasília. Departamento de Engenharia Elétrica. *Sistemas de telefonia celular: respondendo ao chamado da razão*. Brasília: ACEL, 2005.

²² Ver: MILARÉ, Edis; SETZER, Joana. Aplicação do princípio da precaução em áreas de incerteza científica: exposição a campos eletromagnéticos gerados por estação de rádio base. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, ano 11, v. 41, p. 6-25, jan./mar. 2006; Buenos Aires: Lexisnexis Argentina S/A, 2007. Na decisão da 5ª Câmara de Apelação da Província de Córdoba, na Argentina, se debateu a possível nocividade de torres de aparelhos celulares à saúde das pessoas. A decisão da referida 5ª Câmara não aplicou o princípio da precaução no caso concreto, sofrendo fortes críticas de Lamberti (LAMBERTI, Alicia Morales. Campos electromagnéticos, poder de policía ambiental y principio precautorio en la reciente doctrina judicial de la provincia de Córdoba. *Revista de Derecho Ambiental*, p. 108-28, jul./sept. 2007.

²³ Estudos realizados nos EUA concluíram que o consumo moderado de fósforo e cafeína, ingredientes presentes em refrigerantes, não contribui para mudanças nas quantidades existentes de cálcio ou perda de massa óssea. Coca-Cola contém 34mg de fósforo por 200mL (porção); o queijo tipo prato possui 543mg de fósforo em 100g. A recomendação do Ministério da Saúde, do Brasil, para a ingestão diária de fósforo para crianças (a partir de 1 ano de idade) e adultos é de 800mg. Gestantes e lactantes (mulheres amamentando) devem aumentar a ingestão de fósforo para 1.200mg por dia, de acordo com as recomendações do Ministério da Saúde, do Brasil. Disponível em: <<http://www.cocacoladobrasil.com.br>> Acesso em: 29 jan. 2008.

Deve-se acentuar que a argumentação desenvolvida pelo Supremo Tribunal Federal não deixa dúvida de que, na espécie, a legitimidade dessas medidas restritivas há de ser aferida no contexto de uma relação meio-fim (Zweck-Mittel Zusammenhang), devendo ser pronunciada a inconstitucionalidade da lei que contenha limitações inadequadas, desnecessárias ou desproporcionais (não razoáveis). Trata-se, à evidência, de aplicação do princípio da proporcionalidade ou da proibição de excesso no juízo de constitucionalidade.²⁴

O princípio da proporcionalidade, portanto, deve ser aplicado sempre, como afirma Sarlet, “na sua dupla manifestação como proibição de excesso e de insuficiência, tanto no plano da fundamentação quanto na esfera das conclusões”²⁵. O jurista gaúcho, criticando as violações ao meio ambiente em face da ação insuficiente do Estado moderno e da crise de efetividade dos direitos sociais, assinala:

Cumprе assinalar que a crise de efetividade que atinge os direitos sociais, diretamente vinculada à exclusão social e falta de capacidade por parte dos Estados em atender as demandas nesta esfera, acaba contribuindo como elemento impulsionador e como agravante da crise dos demais direitos, do que dão conta – e bastariam tais exemplos para comprovar a assertiva – os crescentes níveis de violência social, acarretando um incremento assustador dos atos de agressão a bens fundamentais (como tais assegurados pelo direito positivo), como é o caso da vida, integridade física, liberdade sexual, patrimônio, apenas para citar as hipóteses onde se registram maior número de violações, isto sem falar nas violações de bens fundamentais de caráter transindividual como é o caso do meio ambiente, o patrimônio histórico, artístico, cultural, tudo a ensejar uma constante releitura do papel do

²⁴ MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*. 2. ed. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999. p. 43.

²⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição e proporcionalidade: o Direito Penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência. *Revista da Ajuris*, Porto Alegre, ano XXXII, n. 98, jun. 2005.

Estado Democrático de Direito e das suas instituições, também no tocante às respostas para a criminalidade num mundo em constante transformação.²⁶

Sarlet refere que o Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, a partir da doutrina de Canaris e Isensee, por ocasião da sua segunda decisão sobre o aborto, em maio de 1993, considerou que o legislador, ao implementar um dever de prestação que lhe foi imposto pela Constituição (especialmente no âmbito dos deveres de proteção), encontra-se vinculado pela proibição de insuficiência, de tal sorte que os níveis de proteção (portanto, as medidas estabelecidas pelo legislador) deveriam ser suficientes para assegurar um padrão mínimo (adequado e eficaz) de proteção constitucionalmente exigido²⁷.

Observa-se que o princípio da precaução não pode deixar de ser aplicado pelo Estado sob pena de violação à cláusula de vedação de insuficiência e, de outra banda, não pode ser aplicado indiscriminadamente sob pena de violação à cláusula da vedação de excesso. O Estado, em suas funções administrativas, jurisdicionais e legislativas, deve-se pautar sempre pela moderação e parcimônia em seus atos, sem que isso signifique uma omissão danosa às liberdades públicas e aos direitos fundamentais.

Sem a menor pretensão de se chegar a verdades definitivas, pode-se inferir que o princípio da precaução deve ser aplicado sempre com observância ao princípio da proporcionalidade. Sempre devem estar presente também os vetores do princípio da proporcionalidade da vedação de excesso e de insuficiência, sob pena de empreendimentos públicos ou privados causarem danos, ou potenciais danos, ao meio ambiente por ação e omissão.

Todavia, a mera responsabilização do Estado, em matéria de danos ao ambiente e à saúde pública, se mostra insuficiente. Como é possível reparar a destruição de uma floresta milenar causada por um incêndio? Ou como reparar danos causados a uma população e a diversos ecossistemas por um acidente nuclear?²⁸ Como reparar um grande vazamento de óleo que destrói espécies marinhas muitas vezes perto da extinção? Como é possível reparar a vida de

²⁶ Idem, principalmente p. 114.

²⁷ Idem, principalmente p. 132.

²⁸ Para Beck, “*el error primigenio acerca del contenido de riesgo de una tecnología se encuentra en la singularidad del desconocimiento y minimización de los riesgos nucleares*” (Ver: BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidad*. Barcelona: Surcos, 2006. p. 83).

pessoas contaminadas com o vírus da Aids por sangue depositado em um banco de sangue público?

Da análise dessas questões pode-se observar que o princípio da precaução deve ser aplicado sempre antes da ocorrência do dano para que o meio ambiente e a saúde pública não sofram sérios riscos. Ademais, nos dias atuais, em que os agentes poluentes e causadores de danos à saúde pública, geralmente potentados grupos econômicos, estão espalhados e são cada vez mais numerosos. O Estado, em contraponto, superada a sua fase meramente formal-ordenadora, deve ser visto hoje, como afirmado por Streck, “como um amigo dos direitos fundamentais” e, para isso, o manejo do princípio da proporcionalidade mediante cláusulas de vedação de excesso e de insuficiência deve sempre estar presente²⁹.

A atividade de ponderação apresenta-se comum à proporcionalidade em sentido estrito e à proibição de excesso e de insuficiência, pois a ponderação de direitos e bens jurídicos em situação de colisão realiza-se pelo princípio da proporcionalidade, notadamente pela sua máxima parcial da proporcionalidade em sentido estrito³⁰.

A ponderação, embora não seja sinônimo de interpretação, corresponde à metódica empregada com o intuito de adotar uma decisão de preferência entre direitos ou bens em conflito, determinando qual direito ou bem prevalecerá na solução da colisão e em que medida³¹.

A ponderação é um elemento do procedimento de interpretação/aplicação de normas, que visa à atribuição de um significado normativo e à elaboração de

²⁹ Segundo Lenio Streck, “o Estado, depois de sua fase absenteísta, em que o Direito tinha uma função meramente ordenadora, pode/deve ser visto, hoje, como amigo dos direitos humanos – fundamentais. Afinal, é no Estado – mormente em países de modernidade tardia – que encontramos as possibilidades do resgate das promessas da modernidade. E é a partir da busca desse desiderato, previsto amplamente no texto compromissário e dirigente da Constituição, é que podem ser encontrados os limites do sentido e o sentido dos limites do Direito Penal, a partir do teorema da proporcionalidade que sustenta (ess)a sua (nova) função no Estado Democrático (e Social) de Direito, em dois pilares: a (ampla) possibilidade de sindicância de índole constitucional não somente das normas penais violadoras da proibição de excesso (*Übermassverbot*), como também das normas penais que violem o princípio da proporcionalidade por proteção deficiente (*Untermassverbot*)” (STRECK, Lenio. 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*, Porto Alegre, ano XXXII, n. 97, p. 201-2, mar. 2005).

³⁰ STEINMETZ, Wilson Antônio. *Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 144-5.

³¹ *Idem*, p. 140-1.

uma norma de decisão³². Possui relevância em situações de menor densidade normativa, configurando método compatível com a exigência de densificação das normas.

Conforme a teoria estrutural de Alexy, os direitos fundamentais possuem a estrutura normativa de princípios que podem ser cumpridos em diferentes graus, admitindo a possibilidade de colisão dependendo da extensão do seu âmbito de proteção. A “Lei de Colisão”, de Alexy, busca resolver essa situação ao estabelecer, mediante atividade ponderativa, uma relação condicionada de preferências, em que a precedência de um princípio em relação a outros dependerá, no caso concreto, do peso que adquirirão os princípios envolvidos diante de determinadas circunstâncias: “*El principio P1 tiene, en un caso concreto, un peso mayor que el principio opuesto P2 cuando existen razones suficientes para que P1 preceda a P2, bajo las condiciones C dadas en el caso concreto*”³³. Assim, a dimensão de peso equivale às razões para precedência de um princípio em relação a outros.

Do caráter *prima facie* dos princípios, comportando a possibilidade de se realizarem em diferentes graus, segundo as possibilidades jurídicas e fáticas, tem-se que a obtenção de um determinado resultado para um dado caso concreto não significa que este resultado seja definitivo³⁴. Denota-se, pois, que a atividade ponderativa decorre da abertura semântica e da estrutura principiológica dos direitos fundamentais, não conduzindo necessariamente a um único resultado possível no que diz respeito ao conteúdo das normas de direito fundamental, bem assim a sua determinação material na Constituição³⁵.

A ponderação fundamenta, pois, uma relação de preferências condicionadas no sentido de que a justificação para se atribuir um maior ou

³² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 2000. p. 119-20.

³³ ALEXY, Robert. *Teoría de Los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997. p. 90-5 e 157.

³⁴ Isso porque as razões em que se alicerçou podem ser superadas por razões opostas, sob outras condições pertinentes ao caso concreto (ALEXY, Robert. *Teoría de Los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997. p. 99). Sob a mesma perspectiva, Guastini visualiza a realização da ponderação entre princípios em conflito, que se encontram em uma relação de antinomia não dirimível pelos critérios usuais destinados à solução dos conflitos entre regras, sendo necessário identificar uma hierarquia axiológica ou móvel na relação valorativa estabelecida pelo intérprete, com base em um juízo de valor (GUASTINI, Ricardo *Distinguendo: estudios de teoría y metateoría del derecho*. Trad. Jordi Ferrer i Beltrán. Barcelona: Gedisa, 1999. p. 167-71).

³⁵ ALEXY, Robert. *Teoría de Los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997. p. 525.

menor peso a um princípio jurídico, nesta relação, depende de argumentos específicos, sendo que, por meio da Lei de Ponderação, quanto maior o grau de não realização ou afetação de um princípio, maior deverá ser o grau de satisfação do outro³⁶.

O emprego do princípio da precaução impõe a atividade de ponderação, porque tutela direito fundamental de terceira geração, mas que, nem por isso, se encontra em grau inferior de preferência em relação às demais gerações antecessoras de direitos fundamentais. Além disso, também se insere na terceira geração de direitos fundamentais, como visto, o direito ao desenvolvimento, com o qual o âmbito de proteção do direito fundamental ao meio ambiente pode conflitar, exigindo a justa harmonização desses direitos.

Uma visão multifuncional e contemporânea da dual dimensão objetiva-subjetiva dos direitos fundamentais impõe a busca constante do equilíbrio e ajuste destes direito, sob a égide do binômio liberdade-igualdade³⁷. Tal pode ser aferido pela constatação de que, sem um patamar mínimo a assegurar a dignidade humana³⁸, não se pode falar em qualquer forma de liberdade, senão em um plano meramente abstrato.

Isso implica a necessidade de intercooperação consubstanciada no princípio da solidariedade social. Esse princípio vincula todos os indivíduos, impondo que aceitem a restrição de direitos fundamentais em prol não somente do desenvolvimento social, mas também da garantia das condições necessárias à sua própria subsistência. Nessa balança são sopesados os direitos de terceira dimensão: ao desenvolvimento e ao meio ambiente protegido.

³⁶ Idem, p. 160-1.

³⁷ O Estado encontra-se atrelado ao binômio liberdade-fática/igualdade-fática, conferindo a liberdades formalmente contempladas a condição também de liberdades fáticas, na expressão de Alexy: “*Esto impone, pues, la conclusión de que los derechos fundamentales, si su objetivo es que la personalidad humana se desarrolle libremente, apuntan también a libertades fáticas, es decir, deben asegurar también los presupuestos del uso de libertades jurídicas y, por lo tanto, son ‘normaciones non sólo del poder hacer jurídico, sino también del poder actuar realmente’*” (ALEXY, Robert. *Teoría de Los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997. p. 489).

³⁸ Segundo José Joaquim Gomes Canotilho: “*Todos (princípio da universalidade) têm um direito fundamental a um núcleo básico de direitos sociais (minimum core of economic and social rights), na ausência do qual o estado português se deve considerar infractor das obrigações jurídico-sociais constitucional e internacionalmente impostas*” (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 1997. p. 470). Sobre a existência de um mínimo existencial ambiental, ver: MOLINARO, Carlos Alberto. *Direito ambiental: proibição de retrocesso*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

O processo de argumentação, então, envolverá a aferição dos elementos do princípio da precaução, de modo que as medidas econômicas necessárias para afastar o risco de degradação ambiental serão proporcionais quando permitirem o diálogo com todos os seguimentos sociais envolvidos. E esse diálogo abrangerá a avaliação científica deste risco, cuja prova deverá ser a mais completa possível, identificando, em cada estágio, mediante todos os meios disponíveis, o grau de incerteza científica³⁹.

Superados os aspectos relativos aos meios adequados e necessários, podem subsistir conflitos envolvendo o âmbito de proteção dos direitos fundamentais, notadamente entre o direito a um meio ambiente sadio e protegido e o direito ao progresso social que se resolverá pela ponderação. A atividade ponderativa não prescindirá, todavia, da prudência jurídica “delimitação do que seja o conteúdo jurídico da ameaça hipotética mas plausível ensejadora do uso do princípio da precaução”⁴⁰. Essa estimativa trabalhará com os elementos do princípio da precaução na condição de verdadeiros tópicos no processo de argumentação jurídica.

Outrossim, os direitos fundamentais, que compõem as diferentes dimensões, com fulcro no seu aspecto objetivo, não podem ser tomados, do ponto de vista da sua imediata eficácia, de forma absoluta. Porém configuram posições *prima face* que comportam restrição ao limite do seu núcleo essencial. É, então, na busca da justa medida para afastar riscos de dano ao meio ambiente e à saúde pública, sem vedar o desenvolvimento econômico, igualmente objetivo do Estado de Direito e inclinação natural da humanidade, que a ponderação entre a aplicação do princípio da precaução, a tutela do meio ambiente e o direito ao desenvolvimento operarão a atualização de sentido das normas jurídico-constitucionais, importando em interpretação evolutiva ou mutação constitucional⁴¹.

A ponderação de valores, portanto, é um importante instrumento, vinculado ao princípio da proporcionalidade, para a implementação segura do princípio da precaução. A ponderação de valores é fundamental para que o

³⁹ MOTA, Maurício. Princípio da precaução no direito ambiental: uma construção a partir da razoabilidade e da proporcionalidade. *Revista de Direito do Estado*, ano 1, n. 4, p. 245-76, out./dez. 2006.

⁴⁰ *Idem*, p. 245-76.

⁴¹ Sobre limites dos limites dos direitos fundamentais, mutações constitucionais e proteção ao núcleo essencial dos direitos fundamentais, ver: GALIA, Susana Sbrogio. *Mutações constitucionais e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

aplicador do princípio da precaução proceda de modo a não violar os vetores do princípio da proporcionalidade – da vedação de excesso e de insuficiência⁴² –, evitando, assim, danos ao meio ambiente e à saúde pública.

2 RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR DANO AMBIENTAL EM FACE DA APLICAÇÃO EXCESSIVA OU INSUFICIENTE DO PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO

O princípio da precaução como instrumento de tutela do meio ambiente deve ser aplicado e implementado pelo Estado de modo a, além de garantir a referida tutela, não causar danos⁴³ quando da sua aplicação. O Estado, ao praticar atos administrativos, legislativos ou jurisdicionais, não pode aplicar o princípio da precaução de forma excessiva ou insuficiente, pois nesses casos poderá causar danos ao meio ambiente que deverão ser reparados.

Todavia, são importantes algumas considerações acerca da evolução da responsabilidade civil do Estado para que se possa abordar com segurança e presteza a sua responsabilização nos casos de aplicação excessiva ou insuficiente do princípio da precaução.

A responsabilidade extracontratual do Estado evoluiu da completa irresponsabilidade para a adoção da teoria do risco administrativo, ou, para alguns, para a teoria do risco integral, em matéria de dano ambiental. Na gênese do direito público vigia a tese da completa e irrestrita irresponsabilidade do Estado⁴⁴, bem demonstrada nas máximas afirmadas: na França, “*Le roi ne peut mal*

⁴² Especificamente sobre a proibição de retrocesso no Direito Ambiental, ver MOLINARO, Carlos Alberto. *Direito ambiental: proibição de retrocesso*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

⁴³ Para Fischer, o dano pode ser considerado em duas acepções: vulgar e jurídica. Na acepção vulgar, leva-se em consideração o prejuízo que alguém sofre em sua alma, em seu corpo, ou em seus bens, sem que se questione quem é o autor da lesão resultante. Na acepção jurídica, embora partindo da mesma concepção, ocorre uma delimitação pela sua condição de pena ou de dever de indenizar, e vem a ser o prejuízo sofrido pelo sujeito de direitos em consequência da violação destes por fato alheio. Observa-se que a diferença capital entre a acepção vulgar e jurídica citadas por Fischer está no fato de que na acepção jurídica está presente o dever de indenizar, em decorrência de violação de norma. Também o autor, à época, fazia referência ao caráter de pena da indenização, o que, hoje, se sabe, superado (FISCHER, Hans Albercht Fischer. *Reparação de danos no direito civil*. Trad. Antônio de Arruda Ferrer Correa. São Paulo: Saraiva, 1938. p. 7-8). O caráter de pena da reparação ou da indenização pode ser no máximo uma função diminuta da pena, pois a função predominante hoje da indenização ou reparação é justamente a reparação integral do dano não se levando em consideração de forma determinante a função penal do dever de indenizar.

⁴⁴ Segundo George Vedel: “*L'idée selon laquelle la puissance publique doit répondre des dommagesqu'elle cause, si naturelle qu'elle nous paraisse, ne s'est pas installée sans rencontrer de résistance. A l'origine ellese heurtait*

faire"; e, na Grã-Bretanha, "*The King can do not wrong*". Ademais, na Inglaterra se chegou a afirmar que "aquilo que agrada ao príncipe tem força de lei" (*quod principi placuit habet legis vigorem*).

Essa teoria passou a perder fôlego, e a lesão ao direito alheio por parte do Estado passou a responsabilizá-lo. Neste sentido, o *Federal Tort Claim Act* (1946) nos Estados Unidos e o *Crown Proceeding Act* na Inglaterra (1947). As teorias publicistas da responsabilização estatal passaram a surgir com base no célebre caso Blanco, ocorrido na França no ano de 1873⁴⁵.

Chegou-se à conclusão, então, de que a responsabilidade do Estado não pode reger-se pelos princípios do Código Civil, porque se sujeita a regras especiais que variam conforme as necessidades do serviço e a imposição de conciliar os direitos do Estado com os direitos privados. Duguit ressalta o caso da irresponsabilidade do Estado "*puissance publique*" e a sua responsabilização civil em caso de danos causados à esfera juridicamente protegida de outrem⁴⁶.

Com o passar dos tempos e após célebres embates em doutrina, e principalmente em sede de jurisprudência, passou-se a adotar as teorias de responsabilização do Estado, a saber: teoria da culpa administrativa, teoria do risco administrativo e teoria do risco integral. Mister frisar que as duas últimas teorias se revestem de caráter objetivo, ou seja, exigem apenas a conduta comissiva ou omissiva do agente público e o dano à esfera juridicamente protegida de outrem para que esteja presente o dever de indenizar do Estado.

au prince selon lequel, l'État, étant souverain, ne pouvait mal faire, au moins lorsqu'il agissait pour voie d'autorité" (VEDEL, George. *Droit Administratif*. 3. ed. Paris: Presses Universitaires de France, 1964. p. 240).

⁴⁵ Nesta feita, como bem lembra Maria Sylvia Zanella Di Pietro, a menina Agnes Blanco, ao atravessar uma rua na cidade de Bordoaux, foi colhida por uma vagonete da Cia Nacional de Manufatura do Fumo; seu pai promoveu ação civil de indenização, com base no princípio de que o Estado é civilmente responsável por prejuízos causados a terceiros, em decorrência de ação danosa de seus agentes. Suscitado o conflito entre a jurisdição comum e o contencioso administrativo, o Tribunal de Conflitos decidiu que a controvérsia deveria ser solucionada pelo Tribunal Administrativo, porque se tratava de apreciar a responsabilidade decorrente de funcionamento do serviço público (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 13. ed. São Paulo: Atlas S/A, 2001. p. 514).

⁴⁶ Assinala Duguit: "*On parle, à l'heure actuelle, de la transformation du Droit Public; on a raison. Cette transformation est rapide e profonde; il faudrait être aveugle pour na pás l'apercevoir; et cette transformation, elle apparaît d'une manière particulièrement caractéristique [...] surtout dans la responsabilité de plus en plus grande l'État, reconnue par une jurisprudence constance à propôs du fonctionnement de tous lés services publics*" (DUGUIT, Leon. *Traité de Droit Costitutionnel*. Paris: Ancienne Libraire Fonemoing e Cie Éditeurs, v. 2, 1928. p. 40).

O Direito pátrio, desde a Constituição Federal de 1946, adota a teoria da responsabilidade objetiva do Estado⁴⁷, porque o princípio da igualdade dos ônus e encargos exige a reparação. Não deve, segundo esse princípio, o indivíduo vir a sofrer as consequências e os prejuízos do dano causado pela atividade ou omissão do Estado isoladamente, devendo ser repartido entre todos o dever de reparar o dano mediante uma reparação oriunda do Tesouro estatal.

O princípio da responsabilidade extracontratual ou responsabilidade objetiva do Estado é um dos alicerces do Estado Democrático de Direito e está estampado com todas as letras em nossa Carta Política, em seu art. 37, § 6^o⁴⁸. O Poder Constituinte Originário, de 1988, atento à preocupação mundial de proteção ao meio ambiente, à evolução, como ciência, do Direito Ambiental, previu, ao mesmo tempo, a proteção ao meio ambiente, de forma ampla, no art. 225⁴⁹. A Constituição Federal também recepcionou a Lei nº 7.802/1989 e a

⁴⁷ Para Weida Zancaner: “Os danos reparáveis no sistema da responsabilidade objetiva, merecem algumas considerações que os distingam dos danos reparáveis sob a ótica da responsabilidade subjetiva. Os danos reparáveis possuem características distintas conforme sejam provenientes de atividades lícitas ou ilícitas. Os danos decorrentes de atividades ilícitas são sempre antijurídicos e necessitam: a) ser certos e não eventuais; b) atingirem situações jurídicas legítimas, suscetível de configurar um direito. De outra banda, para que os danos provenientes de atividades lícitas possam ser ressarcidos, além das duas primeiras características, devem acumular mais duas: c) anormais e d) especiais. Assim os danos reparáveis em virtude de prática de ilícito devem ser certos, podendo ser atuais ou futuros como os danos ambientais ocasionados por grande vazamento de navio petroleiro que pode afetar as espécies e vegetações marinhas por anos ou décadas. O dano reparável também deve atingir uma situação jurídica legítima, ou seja, atingir um interesse legítimo. Neste caso, por exemplo, teríamos a demissão de servidor público sem o processo administrativo obediente ao *due process of law* e *substantive process of law*. Os danos provenientes de atos lícitos devem obedecer aos dois primeiros requisitos, mas também devem ser anormais, ou seja, meros dissabores ou aborrecimentos da vida cotidiana não geram direito à indenização. Neste caso o juiz, por um julgamento pautado em princípios, valores e regras, definir o que é um dano indenizável e o que é um mero dissabor. O dano ainda deve ser especial, ou seja, atingir a uma pessoa ou a um grupo determinado de pessoas, porque os sujeitos de direito merecem a devida tutela da ordem jurídica. Hoje, contudo, direitos indisponíveis como o direito a um meio ambiente equilibrado, deve receber a tutela jurídica adequada. Ainda, o meio ambiente *per si* pode ser objeto de tutela jurídica para a preservação dele mesmo e das presentes e futuras gerações” (ZANCANER, Weida. *Da responsabilidade extracontratual da administração pública*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981. p. 66-7).

⁴⁸ “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: [...] § 6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa considerados lesivos ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.”

⁴⁹ FREITAS, Juarez. *Estudos de direito administrativo*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 120.

sua regulamentação representada pelo Decreto nº 4.074/2002, que disciplinam a reparação dos danos ao meio ambiente.

Segundo Freitas,

a responsabilidade extracontratual objetiva do Estado ou da Administração Pública é a que, sem cogitação de culpa, acarreta para a Fazenda o dever de indenizar, de modo pleno, o dano material ou moral, ocasionado a terceiro, especificamente por ação de seus agentes, considerados em sentido amplo.⁵⁰

A responsabilidade extracontratual do Estado superou a exigibilidade da prova da culpa na conduta comissiva ou omissiva⁵¹ dos seus agentes para a responsabilização estatal. Portanto, para que esteja presente o dever de

⁵⁰ Idem.

⁵¹ O STF, em seus recentes entendimentos, alterando posição histórica, tem entendido que a responsabilidade do Estado é objetiva, mesmos nos casos de omissão: “RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DO PODER PÚBLICO - ELEMENTOS ESTRUTURAIS - PRESSUPOSTOS LEGITIMADORES DA INCIDÊNCIA DO ART. 37, § 6º, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA - TEORIA DO RISCO ADMINISTRATIVO - MORTE DE INOCENTE CAUSADA POR DISPARO EFETUADO COM ARMA DE FOGO PERTENCENTE À POLÍCIA MILITAR DO ESTADO DO MATO GROSSO DO SUL E MANEJADA POR INTEGRANTE DESSA CORPORAÇÃO - DANOS MORAIS E MATERIAIS - RESSARCIBILIDADE - DOCTRINA - JURISPRUDÊNCIA - RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO - Os elementos que compõem a estrutura e delineiam o perfil da responsabilidade civil objetiva do Poder Público compreendem (a) a alteridade do dano, (b) a causalidade material entre o *eventus damni* e o comportamento positivo (ação) ou negativo (omissão) do agente público, (c) a oficialidade da atividade causal e lesiva imputável a agente do Poder Público que tenha, nessa específica condição, incidido em conduta comissiva ou omissiva, independentemente da licitude, ou não, do comportamento funcional e (d) a ausência de causa excludente da responsabilidade estatal. Precedentes. A ação ou a omissão do Poder Público, quando lesiva aos direitos de qualquer pessoa, induz à responsabilidade civil objetiva do estado, desde que presentes os pressupostos primários que lhe determinam a obrigação de indenizar os prejuízos que os seus agentes, nessa condição, hajam causado a terceiros. Doutrina. Precedentes. Configuração de todos os pressupostos primários determinadores do reconhecimento da responsabilidade civil objetiva do Poder Público, o que faz emergir o dever de indenização pelo dano moral e/ou patrimonial sofrido” (RE 603626-AgRg-segundo, Rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma, Julgado em 15.05.2012, Acórdão Eletrônico DJe-113 Divulg. 11.06.2012, Publ. 12.06.2012). No mesmo sentido foi o acórdão relatado pelo Ministro Gilmar Mendes: “Agravo regimental em recurso extraordinário. 2. A responsabilidade objetiva prevista no art. 37, § 6º, da Constituição Federal abrange também os atos omissivos do Poder Público. Precedentes. 3. Impossibilidade de reexame do conjunto fático-probatório. Enunciado nº 279 da Súmula do STF. 4. Ausência de argumentos suficientes para infirmar a decisão recorrida. 5. Agravo regimental a que se nega provimento” (RE 677283-AgRg, Rel. Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, Julgado em 17.04.2012, Acórdão Eletrônico DJe-089 Divulg. 07.05.2012, Publ. 08.05.2012).

indenizar, devem estar presentes o dano e o nexos causal sempre vinculados a uma ação ou omissão dos entes estatais.

A Constituição não distingue dano comum⁵² do dano ambiental⁵³. Assim, em caso de danos ambientais, a invocação do art. 37, § 6º, de nossa Magna

⁵² Leciona Vladimir Passos de Freitas que “o dano é a abreviação de *damnum iniuria datum* dos romanos, que consiste, em síntese, em causar prejuízo em coisa alheia, animada, ou inanimada” (PASSOS DE FREITAS, Vladimir Passos de Freitas. *A Constituição Federal e a efetividade das normas ambientais*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 168). Segundo Sérgio Severo, “o dano, sob o ponto de vista jurídico, é um dos elementos necessários para a configuração da responsabilidade civil. Para a teoria do interesse o dano é a lesão de interesses juridicamente protegidos” (SEVERO, Sérgio. *Os danos extrapatrimoniais*. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 6). Segundo Aguiar Dias, a unanimidade dos autores convém que não pode haver responsabilidade sem a existência de um dano (DIAS, Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 11. ed. Rev. atual. de acordo com o Código Civil de 2002, e ampl. por Rui Berford Dias. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 969). Assinala Daniela Rodrigues que “o dano contra o qual o direito se insurge não é a mera lesão de interesse, mas a lesão de interesse que deve ser evitada, reparada ou restaurada pela ordem jurídica. Ou seja, o dano objeto de reparação é o dano antijurídico e não o mero dano existente no mundo dos fatos ou no mundo das abstrações. Em suma o dano que interessa à responsabilidade civil é o que constitui requisito essencial à obrigação de indenizar e este pode ser de ordem patrimonial ou extrapatrimonial” (RODRIGUEIRO, Daniela. *Dano moral ambiental: sua defesa em juízo, em busca de vida digna e saudável*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004). STEIGLEDER, Annelise Monteiro. *Responsabilidade civil ambiental: as dimensões do dano ambiental no direito brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

⁵³ Quanto ao dano ambiental propriamente dito, Morato Leite faz uma classificação utilizando três padrões. Classifica-o quanto (1) à amplitude do bem protegido, (2) quanto à reparabilidade e ao interesse envolvido e (3) quanto à extensão do dano (MORATO LEITE, José Rubens. *Dano ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial*. 2. ed. rev, atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 100). Conclui-se a partir desta distinção que em relação à amplitude do bem protegido o dano ecológico pode ser dano ecológico puro ou dano ambiental *lato sensu*. No caso do dano ecológico puro, o meio ambiente por ter uma conceituação restrita relacionada tão somente aos componentes do ecossistema, excluiria danos ao patrimônio cultural ou artificial. Neste caso, a tutela do meio ambiente seria realizada em relação a alguns componentes do ecossistema, ou seja, o dano juridicamente relevante seria aquele que atingisse diretamente a natureza. O dano ambiental *lato sensu* atingiria interesses difusos da coletividade, incluindo o patrimônio cultural, por exemplo, pichações de obras de Aleijadinho, em Ouro Preto. O dano individual ambiental é aquele que atinge um microbem ambiental individual, ou seja, a propriedade privada de um ente de direito e de forma reflexa o meio ambiente seria atingido, por exemplo, furto de madeira de propriedade privada - uma chácara ou sítio -, em que as árvores derrubadas eram passíveis de proteção por norma de Direito Ambiental. Quanto à reparabilidade e ao interesse envolvido o dano ambiental pode ser de reparabilidade direta ou indireta. O dano ambiental de reparabilidade direta ocorre quando há violação de interesses individuais próprios e individuais homogêneos e que atingem apenas reflexamente o meio ambiente enquanto bem de uso comum do povo. Dessa forma, aquele particular que teve o seu bem privado danificado será individualmente indenizado pelo causador do dano, por exemplo, ato de vandalismo em criatório privado, autorizado pelo Ibama, contra animais ameaçados de extinção. O dano ambiental de reparabilidade indireta ocorre quando há violação de interesses difusos, coletivos e individuais de dimensão coletiva. Neste caso a reparação não visa à satisfação dos interesses do proprietário lesado. Aqui o bem tutelado é o macrobem ambiental diretamente, por exemplo, desmatamento clandestino de grande extensão de Mata Atlântica. Quanto à sua extensão, o dano ambiental pode

Carta é suficiente para que o Estado possa ser demandado por danos causados ao meio ambiente, nos casos em que agir de forma insuficiente ou excessiva. Leme Machado, por sua vez, afirma que “o princípio da precaução deverá ser implementado pela Administração Pública, no cumprimento dos princípios expostos no art. 37, *caput*, da Constituição Federal”⁵⁴, tendo em vista que o Brasil aderiu e ratificou Convenções Internacionais e inseriu o art. 225 na Constituição Federal que preveem o referido princípio.

O dano ambiental e a sua reparação são também regulados pelo art. 927 do Código Civil e art. 14, § 1º, da Lei nº 6.938/1981. A Lei nº 6.938/1981, que dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, define o meio ambiente como “o conjunto de condições, leis, influências e interações, de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas”. É essa a definição de meio ambiente que deve ser levada em consideração no momento da reparação dos danos ambientais causados por aplicação excessiva ou insuficiente do princípio da precaução.

A referida legislação ainda definiu o meio ambiente como patrimônio público a ser necessariamente assegurado e protegido, tendo em vista o uso coletivo (art. 2º, inciso I). Neste diapasão, o legislador infraconstitucional previu a responsabilidade objetiva em matéria de danos causados ao meio ambiente, nos seguintes termos:

Sem obstar a aplicação das penalidades previstas neste artigo, é o poluidor obrigado, independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade. O Ministério Público da União terá legitimidade para propor ação de responsabilidade civil por danos causados ao meio ambiente (art. 14, § 1º, da Lei nº 6.938/1981).

ser dano patrimonial ambiental ou dano extrapatrimonial ambiental. O dano patrimonial ambiental é caracterizado pela restituição, recuperação ou indenização do bem ambiental lesado. Analisa-se aqui o bem ambiental em suas versões de macrobem ambiental – de interesse de toda a coletividade – e de microbem ambiental, que diz respeito a um interesse individual e um bem pertencente a este. O dano extrapatrimonial ou moral ambiental é o que consiste na reparação pelo sentimento de dor, perda e sofrimento ocasionado a um indivíduo ou a toda uma coletividade.

⁵⁴ MACHADO, Paulo Afonso Leme. O princípio da precaução e o Direito Ambiental. *Revista de Direitos Difusos*, Organismos Geneticamente Modificados, São Paulo, v. 8, p. 1081-4, ago. 2001.

É de se observar que a legislação constitucional e infraconstitucional de regência bem regulam a matéria e oferecem um meio de se realizar a reparação do dano ambiental nos casos de aplicação excessiva ou insuficiente do princípio da precaução, mediante reparação *in natura* e pagamento de indenização.

A responsabilidade do Estado, por ser objetiva, está fundada no risco. Em relação à divergência doutrinária entre a teoria do risco-criado e do risco integral, em matéria de dano ambiental, observa-se que não há tendência prevalente. Benjamin⁵⁵, Athias⁵⁶, Lyra⁵⁷, Ferraz⁵⁸, Milaré⁵⁹, Silva⁶⁰, Mancuso⁶¹, Rocha⁶², Leme Machado⁶³, Nery Júnior⁶⁴, Jucovsky⁶⁵ e Cavalieri Filho⁶⁶ entendem ser aplicável a teoria do risco integral. De outra banda, Porto⁶⁷,

⁵⁵ BENJAMIN, Antônio Herman V. Responsabilidade civil pelo Dano Ambiental. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, ano 3, v. 9, p. 5-52, jan./mar. 1998.

⁵⁶ ATHIAS, Jorge Alex Nunes. Responsabilidade civil e meio ambiente - Breve panorama do Direito brasileiro. In: BENJAMIN, Antônio Herman V. (Coord.). *Dano ambiental: prevenção, reparação e repressão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. p. 237-49.

⁵⁷ LYRA, Marcos Mendes. Dano Ambiental. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, ano 2, v. 8, p. 49-83, out./dez. 1997.

⁵⁸ FERRAZ, Sérgio. Direito ecológico, perspectivas e sugestões. *Revista da Consultoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, v. 2, n. 4, p. 43-52, 1972.

⁵⁹ MILARÉ, Edis. *Direito do ambiente*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 338.

⁶⁰ SILVA, José Afonso da. *Direito ambiental constitucional*. 2. ed. rev. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 215.

⁶¹ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação civil pública*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989. p. 166.

⁶² ROCHA, Maria Isabel de Matos. Reparação de danos ambientais. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, ano 5, v. 19, p. 129-56, jul./set. 2000.

⁶³ MACHADO, Paulo Afonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 321.

⁶⁴ NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria B. B. de Andrade. Responsabilidade civil, meio ambiente e ação coletiva ambiental In: BENJAMIN, Antônio Herman V. (Coord.). *Dano ambiental: prevenção, reparação e prevenção*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. p. 278.

⁶⁵ JUKOVSKY, Vera Lúcia Rocha Souza. Estado - Ambiente e danos ecológicos - Brasil e Portugal. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, ano 3, v. 11, p. 93-151, jul./set. 1998.

⁶⁶ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 2. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 152.

⁶⁷ PORTO, Mário Moacyr. Pluralidade de causas do dano e redução de indenização: força maior e dano ao meio ambiente. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 638, p. 7-9, dez. 1988.

Passos de Freitas⁶⁸, Mazzilli⁶⁹, Mukai⁷⁰ e Vianna⁷¹ entendem por aplicar a teoria do risco criado ou risco proveito.

Embora ambas as teorias sejam de cunho objetivo, ou seja, não levam em consideração a culpa do causador do dano ou a licitude de sua conduta, a teoria do risco proveito admite causas excludentes da responsabilidade civil⁷²

⁶⁸ PASSOS DE FREITAS, Vladimir. Matas ciliares. In: PASSOS DE FREITAS, Vladimir (Org.). *Direito ambiental em evolução*. Curitiba: Juruá, v. 2, 2000. p. 326.

⁶⁹ MAZZILLI, Hugo Nigro. *Interesses difusos em juízo*. 6. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994. p. 503.

⁷⁰ MUKAI, Toshio. *Direito ambiental sistematizado*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2002. p. 65.

⁷¹ VIANNA, José Ricardo Alvarez. *Responsabilidade civil por danos ao meio ambiente*. Curitiba: Juruá, 2004. p. 110.

⁷² Importante que se faça referência às excludentes do dever de indenizar que interrompem o nexo causal. O nexo causal, ordinariamente, deve ser demonstrado para que esteja presente o dever de indenizar nos casos de responsabilidade objetiva. A regra na teoria da responsabilidade objetiva, que envolve diretamente o dano ambiental, é que a vítima do dano deve demonstrar a ocorrência do dano e o nexo causal para que presente esteja o dever de indenizar. Apenas, por exceção, nos casos de aplicação da teoria do risco integral é que o dever de indenizar estará presente sem a demonstração do nexo causal. Ou seja, em regra, inexistindo a relação de causa e efeito estará ausente o dever de indenizar. No mesmo sentido, por exemplo, naquelas causas que envolvem a responsabilização do empresário, previstas no Código Civil, a inexistência de defeito do produto é causa excludente do dever de indenizar. O caso fortuito e a força maior também são excludentes da responsabilidade objetiva. O caso fortuito é o evento natural, derivado de força da natureza, ou fato das coisas, como o raio, a inundação, o terremoto, o ciclone, a tsunami, o temporal etc. Na força maior há um elemento humano a influenciar o evento. Por exemplo, a doutrina entende como caso de força maior a ação de autoridade (*factum principis*), a revolução, o furto, ou o roubo, o assalto ou, noutro gênero, a desapropriação. Eismein, enxerga na força maior o caráter invencível do obstáculo e no caso fortuito o caráter imprevisível (Planiol, Ripert e Eismein. *Traité pratique de Droit Civil*, v. 6, n. 382. Apud STOCO, Rui. *Tratado de responsabilidade civil*. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 173-4 e 184). Para Rui Stoco, embora nítida a diferença entre o caso fortuito e a força maior, os dois eventos correspondem a um só efeito, e nesse sentido foram às previsões dos Códigos Civis de 1916 e 2002. A cláusula de não indenizar também é uma causa excludente da responsabilização civil. Nada obsta que esta cláusula seja adotada no âmbito da responsabilidade objetiva, todavia, se o direito tutelado pela lei que prevê a teoria do risco for de tal monta mais relevante que a simples declaração unilateral da parte de não ser indenizada, sem efeito estará a referida cláusula, sempre dentro de um juízo de ponderação de valores e de proporcionalidade. A culpa exclusiva da vítima é causa excludente do dever de indenizar. É máxima aceita desde o Direito romano: "*Quo quis ex culpa sua damnum sentit, non intelligitur damnum sentire*". Isto porque a conduta da vítima como fato gerador do dano elimina a causalidade. Com efeito, se a vítima contribui com seu ato na construção dos elementos do dano, por questão de justiça, o Direito não pode ficar alheio a esta circunstância. Assim, a culpa da vítima quebra um dos elos da responsabilidade objetiva, qual seja, o nexo causal (STOCO, Rui. *Tratado de responsabilidade civil*. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 173-4 e 184). O fato de terceiro também afasta o dever de indenizar e é equiparado ao caso fortuito por boa parte da doutrina. Neste sentido, Wilson Melo da Silva chega a afirmar que, *verbis*: "[...] se o fato de terceiro, referentemente ao que ocasiona um dano, envolve uma clara imprevisibilidade, necessidade

como a força maior, o caso fortuito, a ação de terceiro ou até a cláusula de não indenizar. Já a teoria do risco integral não admite as causas excludentes do dever de indenizar. Para essa teoria, basta somente a demonstração donexo causal e a comprovação do dano para que esteja presente o dever de reparar o dano ambiental.

A crítica de Passos de Freitas à teoria do risco integral é elucidativa:

Cogita-se, agora, de estender a responsabilidade do Estado até mesmo a casos de danos não imputáveis a ele. É a teoria do risco social ou do risco integral. Por exemplo, o Estado poderia ser punido por não ter aberto uma estrada em determinado ponto, por força do que um particular veio a atolar seu veículo e sofrer prejuízo financeiro. Seria, todavia, ir longe demais, pois não há limites definidos e poderia levar o Estado à insolvência.⁷³

A adoção da teoria do risco integral é uma temeridade, pois radicaliza no sentido de culpar o Estado a qualquer custo. O ente estatal fica impossibilitado de alegar até mesmo força maior ou caso fortuito – clássicas excludentes da responsabilidade civil – em defesa dos seus direitos. A responsabilidade objetiva por si já é um instrumento de gestão de riscos poderoso, pois permite a responsabilização do agente causador do dano sem prova de culpa. Agravá-la com a impossibilidade de alegação de excludentes da responsabilidade civil é uma causa de desequilíbrio à ordem jurídica causadora de insegurança.

A proteção do meio ambiente, pela aplicação do princípio da precaução, deve ocorrer sem dúvida alguma, mas observando parâmetros éticos razoáveis que permitam que o setor público e o privado possam realizar empreendimentos em benefício da humanidade sem temores injustificados e danosos à liberdade⁷⁴.

e, sobretudo, marcada inevitabilidade sem que, para tanto, intervenha a menor parcela de culpa por parte de quem sofre o impacto consubstanciado pelo fato de terceiro, óbvio é que nenhum motivo haveria para que não se equiparasse ele ao fortuito” (Apud STOCO, Rui. *Tratado de responsabilidade civil*. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 173-4 e 184). Assim nestas situações narradas, que afastam o nexo causal, ficará afastada a responsabilidade objetiva que exige a demonstração do binômio nexocausal-dano para que esteja presente o dever de indenizar.

⁷³ PASSOS DE FREITAS, Vladimir. *A Constituição Federal e a efetividade das normas ambientais*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 174-5.

⁷⁴ Sunstein refere que: “*Simply because of fear, the public and its leaders will favor precautionary measures that do little to protect security but that compromise important forms of freedom*”. Assim, por causa do medo, o público e os seus líderes vão tomar medidas de precaução e proteger um pouco a segurança,

Ademais, a adoção da teoria do risco integral configuraria a condenação instantânea do réu e, no caso do Estado, levaria por certo ao esgotamento de suas reservas, o que por si só fere de morte o princípio da reserva do possível⁷⁵.

Leme Machado leciona que, em face da necessária adoção do princípio da precaução pela Administração Pública brasileira, ela pode ser corresponsabilizada por danos causados ao meio ambiente e ao ser humano quando o princípio da precaução não for observado:

Contraria a moralidade e a legalidade administrativa o adiamento de medidas de precaução que devam ser tomadas imediatamente. Viola o princípio da publicidade e da impessoalidade administrativas os

mas vão comprometer importantes formas de liberdade (SUNSTEIN, Cass. *Laws of fear: Beyond the precautionary principle*. New York: Cambridge Press, 2005. p. 205). Acerca do medo como motivador da implementação do princípio da precaução e as suas possíveis consequências nefastas, ver SUNSTEIN, Cass. *Laws of fear: Beyond the precautionary principle*. New York: Cambridge Press, 2005. p. 98-108 e 204-23).

⁷⁵ O STJ, contudo, em recente decisão, adotou a teoria do risco integral para reconhecer a responsabilidade do Estado por danos ambientais, em acórdão assim ementado: “AÇÃO DE INDENIZAÇÃO – DANOS MATERIAIS E MORAIS A PESCADORES CAUSADOS POR POLUIÇÃO AMBIENTAL POR VAZAMENTO DE NAFTA, EM DECORRÊNCIA DE COLISÃO DO NAVIO N-T NORMA NO PORTO DE PARANAGUÁ – [...] C) INADMISSÍVEL A EXCLUSÃO DE RESPONSABILIDADE POR FATO DE TERCEIRO; D) DANOS MORAL E 3) IMPROVIMENTO DO RECURSO, COM OBSERVAÇÃO – 1. Teses firmadas: a) Não cerceamento de defesa ao julgamento antecipado da lide. Não configura cerceamento de defesa o julgamento antecipado da lide (CPC, art. 330, I e II) de processo de ação de indenização por danos materiais e morais, movida por pescador profissional artesanal contra a Petrobrás, decorrente de impossibilidade de exercício da profissão, em virtude de poluição ambiental causada por derramamento de nafta devido a avaria do Navio ‘N-T Norma’, a 18.10.2001, no Porto de Paranaguá, pelo período em que suspensa a pesca pelo Ibama (da data do fato até 14.11.2001); b) Legitimidade ativa *ad causam*. É parte legítima para ação de indenização supra referida o pescador profissional artesanal, com início de atividade profissional registrada no Departamento de Pesca e Aqüicultura do Ministério da Agricultura, e do Abastecimento anteriormente ao fato, ainda que a emissão da carteira de pescador profissional tenha ocorrido posteriormente, não havendo a ré alegado e provado falsidade dos dados constantes do registro e provado haver recebido atenção do Poder Público devido a consequências profissionais do acidente; c) Inviabilidade de alegação de culpa exclusiva de terceiro, ante a responsabilidade objetiva. A alegação de culpa exclusiva de terceiro pelo acidente em causa, como excludente de responsabilidade, deve ser afastada, ante a incidência da teoria do risco integral e da responsabilidade objetiva ínsita ao dano ambiental (art. 225, § 3º, da CF e do art. 14, § 1º, da Lei nº 6.938/1981), responsabilizando o degradador em decorrência do princípio do poluidor-pagador. d) Configuração de dano moral. Patente o sofrimento intenso de pescador profissional artesanal, causado pela privação das condições de trabalho, em consequência do dano ambiental, é também devida a indenização por dano moral, fixada, por equidade, em valor equivalente a um salário-mínimo. 3. Recurso especial improvido...” [STJ], REsp 1114398, 2ª Turma, Rel. Sidnei Beneti, DJU 16.02.2012].

acordos e/ou licenciamentos em que o cronograma da execução de projetos ou a execução de obras não são apresentados previamente ao público, possibilitando aos setores interessados poder participar do procedimento das decisões [...] Deixa de buscar eficiência a Administração Pública que, não procurando prever danos para o ser humano e o meio ambiente, omite-se no exigir e no praticar medidas de precaução, que, no futuro, ocasionarão prejuízos, pelos quais ela será co-responsável.⁷⁶

Com efeito, o Estado viola o princípio constitucional da moralidade e da legalidade quando não adotar medidas de precaução. Não há nesse ponto como o Estado agir discricionariamente: havendo risco de dano e incerteza científica, o princípio da precaução deve ser aplicado, sob pena de responsabilização estatal no caso da ocorrência de danos ao meio ambiente.

A conduta estatal no trato do princípio da precaução, seja omissiva⁷⁷ ou comissiva, não pode pecar pelo excesso ou pela insuficiência e, conseqüentemente,

⁷⁶ MACHADO, Paulo Afonso Leme. O princípio da precaução e o Direito Ambiental. *Revista de Direitos Difusos*, Organismos Geneticamente Modificados, São Paulo, v. 8, p. 1081-1084, ago. 2001.

⁷⁷ O STJ entendeu, interpretando a norma infraconstitucional, que a responsabilidade do Estado, em casos de omissão causadora de danos ambientais, é objetiva, em acórdão assim ementado: “AMBIENTAL - UNIDADE DE CONSERVAÇÃO DE PROTEÇÃO INTEGRAL (LEI Nº 9.985/2000) - OCUPAÇÃO E CONSTRUÇÃO ILEGAL POR PARTICULAR NO PARQUE ESTADUAL DE JACUPIRANGA - TURBAÇÃO E ESBULHO DE BEM PÚBLICO - DEVER-PODERE DE CONTROLE E FISCALIZAÇÃO AMBIENTAL DO ESTADO - OMISSÃO - ART. 70, § 1º, DA LEI Nº 9.605/1998 - DESFORÇO IMEDIATO - ART. 1.210, § 1º, DO CÓDIGO CIVIL - ARTS. 2º, I E V, 3º, IV, 6º E 14, § 1º, DA LEI Nº 6.938/1981 (LEI DA POLÍTICA NACIONAL DO MEIO AMBIENTE) - CONCEITO DE POLUIDOR - RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO DE NATUREZA SOLIDÁRIA, OBJETIVA, ILIMITADA E DE EXECUÇÃO SUBSIDIÁRIA - LITISCONSÓRCIO FACULTATIVO - [...] 4. Qualquer que seja a qualificação jurídica do degradador, público ou privado, no Direito brasileiro a responsabilidade civil pelo dano ambiental é de natureza objetiva, solidária e ilimitada, sendo regida pelos princípios do poluidor-pagador, da reparação *in integrum*, da prioridade da reparação *in natura*, e do *favor debilis*, este último a legitimar uma série de técnicas de facilitação do acesso à Justiça, entre as quais se inclui a inversão do ônus da prova em favor da vítima ambiental. Precedentes do STJ. 5. Ordinariamente, a responsabilidade civil do Estado, por omissão, é subjetiva ou por culpa, regime comum ou geral esse que, assentado no art. 37 da Constituição Federal, enfrenta duas exceções principais. Primeiro, quando a responsabilização objetiva do ente público decorrer de expressa previsão legal, em microsistema especial, como na proteção do meio ambiente (Lei nº 6.938/1981, art. 3º, IV, c/c o art. 14, § 1º). Segundo, quando as circunstâncias indicarem a presença de um *standard* ou dever de ação estatal mais rigoroso do que aquele que jorra, consoante a construção doutrinária e jurisprudencial, do texto constitucional. [...] 14. No caso de omissão de dever de controle e fiscalização, a responsabilidade ambiental solidária da Administração é de execução subsidiária (ou com ordem de preferência). 15. A responsabilidade

causar danos ao meio ambiente⁷⁸, à saúde pública e aos administrados em geral. A Administração, neste caso, deverá ser responsabilizada objetivamente, na forma do art. 37, § 6º, da CF/1988. Como afirma Freitas:

Deve ser amplamente sindicada a conduta estatal (omissiva ou comissiva), com a noção clara de que o princípio da proporcionalidade veda ações excessivas e inoperância. Com tais vetores assentes, força inferir a responsabilidade objetiva e proporcional do Estado no tocante às condutas omissiva (falta de precaução) ou comissivas (excesso de precaução).⁷⁹

Não havendo a aplicação do princípio da precaução, o Estado pode ser responsabilizado de forma objetiva civilmente em face de sua omissão. Por exemplo, o Estado omite-se na fiscalização da comercialização de determinado fertilizante, questionado cientificamente acerca de seus riscos ao meio ambiente,

solidária e de execução subsidiária significa que o Estado integra o título executivo sob a condição de, como devedor-reserva, só ser convocado a quitar a dívida se o degradador original, direto ou material (= devedor principal) não o fizer, seja por total ou parcial exaurimento patrimonial ou insolvência, seja por impossibilidade ou incapacidade, inclusive técnica, de cumprimento da prestação judicialmente imposta, assegurado, sempre, o direito de regresso (art. 934 do Código Civil), com a desconsideração da personalidade jurídica (art. 50 do Código Civil). 16. Ao acautelar a plena solvabilidade financeira e técnica do crédito ambiental, não se insere entre as aspirações da responsabilidade solidária e de execução subsidiária do Estado – sob pena de onerar duplamente a sociedade, romper a equação do princípio poluidor-pagador e inviabilizar a internalização das externalidades ambientais negativas – substituir, mitigar, postergar ou dificultar o dever, a cargo do degradador material ou principal, de recuperação integral do meio ambiente afetado e de indenização pelos prejuízos causados. 17. Como consequência da solidariedade e por se tratar de litisconsórcio facultativo, cabe ao autor da ação optar por incluir ou não o ente público na petição inicial. 18. Recurso especial provido” [ST], REsp 1071741, 2ª Turma, Rel. Min. Herman Benjamin, DJe 16.12.2010].

⁷⁸ Os danos ambientais, segundo Néstor Cafferatta e Isidoro Goldenberg, podem ser: 1) continuados – originados por uma sucessão de atos de um mesmo autor ou de vários autores, realizados em épocas diversas; 2) de efeitos prolongados – os que permanecem através dos tempos; 3) progressivos – produzidos por uma série de atos sucessivos de uma mesma pessoa ou de pessoas diferentes cuja conjunção provoca um dano maior (CAFFERATTA, Nestor; GOLDENBERG, Isidoro. *Daño Ambiental: problemática de su determinación causal*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2003. p. 73). Exemplo de danos continuados pode ser o de uma fábrica de refrigerantes que despeja dia a dia resíduos poluentes em rio próximo. Quanto aos danos prolongados pode-se referir aos efeitos nocivos da radiação causados à saúde dos seres humanos e ao meio ambiente, que ainda hoje se fazem sentir, nas populações de Hiroshima e Nagasaki no Japão. Em relação aos danos progressivos se pode exemplificar com o caso das indústrias de Cubatão em São Paulo que ao longo de décadas emitiram gases poluentes de forma concomitante naquela localidade.

⁷⁹ FREITAS, Juarez. *Discrecionalidade administrativa e o direito fundamental à boa administração*. Malheiros: São Paulo, 2007. p. 96-110.

o que acaba gerando danos ambientais ao contaminar a água e o solo, e ao vitimar espécies de animais e vegetais.

Aqui, nesse caso, o Estado omitiu-se, ante uma incerteza científica e o risco de dano ao meio ambiente, em face da não aplicação do princípio da precaução. Impunha-se ao Estado não licenciar a comercialização do produto ou retirá-lo imediatamente do mercado. Descumprida essa obrigação imposta pelo princípio da precaução, presente está o dever de indenizar e reparar o meio ambiente.

Todavia, em outros casos, o Estado pode aplicar o princípio da precaução de forma excessiva ao cassar a licença ou autorização de uma fábrica de medicamentos instalada em uma região pobre do País para atender a demanda de sua população por um determinado medicamento genérico, por exemplo, embasado em um falso risco de dano ao meio ambiente ou em uma falsa incerteza científica.

Isso porque o risco-benefício deve ser levado em consideração quando da aplicação da medida. Não se pode ignorar que os benefícios da fabricação de um medicamento mais acessível às populações carentes estão vinculados com o direito constitucional à vida, art. 5º, *caput*, e à saúde, art. 196, *caput*, ambos da Constituição Federal de 1988.

A ausência do risco de dano ambiental, ou risco pequeno ou ínfimo de danos, não pode ter como consequência a paralisação do empreendimento. Essa aplicação excessiva do princípio da precaução, além de causar prejuízos para o proponente do projeto, perda de empregos diretos e indiretos à população local, principalmente, ocasionaria danos à saúde pública local que seria beneficiada com a fabricação de medicamento genérico a um custo mais baixo.

O Estado, quando da realização de suas políticas públicas, deve ter presente que os seus atos e as suas omissões são pautados pelo princípio da precaução. O princípio da precaução deve ser aplicado, sempre que houver uma situação de risco de dano ao meio ambiente somado a uma incerteza científica, proporcionalmente, observados os vetores do princípio da proporcionalidade de vedação do excesso e de insuficiência.

No caso de o princípio ser aplicado de forma insuficiente, o que inclui a sua não aplicação, decorrendo daí danos ao meio ambiente, presente estará o dever de indenizar. Por outro lado, aplicado o princípio pelo Estado de forma excessiva e causando danos ao meio ambiente, à saúde pública ou a particulares, em face dessa aplicação motivada pela falsa ideia de proteção ao meio ambiente, o dever de indenizar também estará presente.

CONCLUSÃO

O princípio constitucional da precaução visa a tutelar direitos fundamentais, entre os quais o do meio ambiente equilibrado. A aplicação do princípio constitucional da precaução deve ocorrer de modo proporcional. É vedado ao Estado-juiz, Legislador e Executor valer-se do princípio de modo insuficiente a ponto de não impedir o dano ambiental. De outro lado, não deve o Estado aplicar o princípio de modo excessivo, baseado no clamor público ou na histeria coletiva, a ponto de inviabilizar o desenvolvimento sustentável, paralisar a economia e impedir que pesquisas e tratamentos contra doenças graves sejam desenvolvidos em face de riscos infundados, de baixa probabilidade e sem qualquer base científica.

O princípio deve ser aplicado tendo-se em vista a sua máxima eficácia para a proteção e concretização dos direitos fundamentais, notadamente o direito ao meio ambiente equilibrado. Não há dúvida, seguindo esta linha de raciocínio, de que a natureza é merecedora de respeito de modo autônomo, como bem referido por Michael Sandel⁸⁰ e Klaus Bosselmann, que enfatiza, além disso, que o reconhecimento do valor moral do mundo natural não indica este como equivalente moral à humanidade⁸¹. A natureza não é mero objeto de uso do ser humano e possui o seu próprio valor moral. O ser humano e os demais seres vivos têm direito ao respeito próprio. A posição kantiana de que o universo moral se divide em termos binários em que existem pessoas, com direito ao respeito, ou coisas, sujeitas ao uso, nada mais é do que uma dualidade equivocada que não atende a uma definição de justiça ecológica.

A aplicação excessiva ou insuficiente do princípio da precaução, por sua vez, leva à responsabilização civil objetiva do Estado pelos danos causados ao meio ambiente ou aos particulares, nos termos do art. 37, § 6º, da Constituição Federal de 1988.

⁸⁰ Entre outros exemplos, Sandel cita como dignas de respeito próprio as antigas sequóias, eventualmente riscadas com desenho de coração por casais de namorados que pagam ingresso nos parques florestais americanos. Ver: SANDEL, Michael. *The case against perfection*. Ethics in the Age of Genetic Engineering. United States of America: Michael J. Sandel, 2007. p. 132. No mesmo sentido, são dignos de respeito os rinocerontes negros, praticamente cegos e indefesos, caçados na África do Sul por milionários ao preço de US\$ 150.000,00, conforme legislação vigente naquele país. Ver: SANDEL, Michael. *What Money Can't Buy*. The Moral Limits of Markets. New York: Farrar, Straus and Giroux, 2012. p. 79-82.

⁸¹ Com efeito, para Bosselmann: “*In doing so, all are carefull to note that recognition of the moral value of the natural world does not indicate moral equivalence whith humanity*” [BOSELMMANN, Klaus. *The principle of sustainability*. Transforming Law and Governance. Farnham: Ashgate Publishing Company, 2009. p. 85].

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica*. Trad. Zilda Hutchinson Silva. São Paulo: Landy, 2001.
- _____. *Teoria de Los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.
- ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. Coimbra: Livraria Almedina, 1987.
- ATHIAS, Jorge Alex Nunes. Responsabilidade civil e meio ambiente – Breve panorama do direito brasileiro. In: BENJAMIN, Antônio Herman V. (Coord.). *Dano ambiental: prevenção, reparação e repressão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.
- ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 5. ed. rev. ampl. São Paulo: Malheiros, 2006.
- BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle da constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. 2. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.
- BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidad*. Barcelona: Surcos, 2006.
- BENJAMIN, Antônio Herman V. Responsabilidade civil pelo dano ambiental. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, ano 3, v. 9, p. 05-52, jan./mar. 1998.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- BUECHELE, Paulo Arminio Tavares. *O princípio da proporcionalidade e a interpretação da Constituição*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- CAFFERATTA, Nestor; GOLDENBERG, Isidoro. *Daño Ambiental: problemática de su determinación causal*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2003.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Almedina, 2000.
- CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 2. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 2001.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2001.
- DIAS, Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 11. ed. Rev. e atual. de acordo com o Código Civil de 2002, e ampl. por Rui Berford Dias. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- DUGUIT, Leon. *Traité de Droit Constitutionnel*. Paris: Ancienne Librairie Fonemoing e Cie Éditeurs, v. 2, 1928.
- FERRAZ, Sérgio. Direito Ecológico, perspectivas e sugestões. *Revista da Consultoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, v. 2, n. 4, p. 43-52, 1972.

FISCHER, Hans Albercht Fischer. *Reparação de danos no direito civil*. Trad. Antônio de Arruda Ferrer Correa. São Paulo: Saraiva, 1938.

FREITAS, Juarez. Princípio da precaução: vedação de excesso e de inoperância. *Revista Interesse Público*, Sapucaia do Sul, ano VII, n. 34, 2006.

_____. *Estudos de direito administrativo*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

_____. *Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração*. Malheiros: São Paulo, 2011.

GALIA, Susana Sbrogio. *Mutações constitucionais e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

GRAU, Eros Roberto. *O direito e o direito pressuposto*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

GUASTINI, Ricardo. *Distinguendo: estudios de teoría y metateoría del derecho*. Trad. Jordi Ferrer i Beltrán. Barcelona: Gedisa, 1999.

HOONG, Ng Kwan. Radiation, Móbile Phones, Base Stations and Your Health. Malásia: Comissão de Comunicações e Multimídia da Malásia, 2003. *Sistemas de telefonia celular: respondendo ao chamado da razão*. Universidade de Brasília. Departamento de Engenharia Elétrica. Brasília: ACEL, 2005.

JUKOVSKY, Vera Lúcia Rocha Souza. Estado - Ambiente e danos ecológicos - Brasil e Portugal. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, ano 3, v. 11, p. 93-151, jul./set. 1998.

LAMBERTI, Alicia Morales. Campos electromagnéticos, poder de polícia ambiental y princípio precautório en la reciente doctrina judicial de la província de Córdoba. *Revista de Derecho Ambiental*, p. 108-28, jul./sept. 2007.

LYRA, Marcos Mendes. Dano ambiental. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, ano 2, v. 8, p. 49-83, out./dez. 1997.

MACHADO, Paulo Afonso Leme. O princípio da precaução e o Direito Ambiental. *Revista de Direitos Difusos, Organismos Geneticamente Modificados*, São Paulo, v. 8, p. 1081-1084, ago. 2001.

_____. *Direito ambiental brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2006.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação civil pública*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.

MAQUIAVEL, Nicolau. *O príncipe: escritos políticos*. Trad. Lívio Xavier. 3. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1983.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *Interesses difusos em juízo*. 6. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*. 2. ed. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999.

MILARÉ, Edis. *Direito do ambiente*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MILARÉ, Edis; SETZER, Joana. Aplicação do princípio da precaução em áreas de incerteza científica: exposição a campos eletromagnéticos gerados por estação de rádio base. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, v. 41, ano 11, p. 6-25, jan./mar. 2006.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 3. ed. rev. e atual. Coimbra: Coimbra, 2000.

MOLINARO, Carlos Alberto. *Direito ambiental: proibição de retrocesso*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

MORATO LEITE, José Rubens. *Dano ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial*. 2. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MOTA, Maurício. Princípio da precaução no Direito Ambiental: uma construção a partir da razoabilidade e da proporcionalidade. *Revista de Direito do Estado*, ano 1, n. 4, p. 245-76, out./dez. 2006.

MUKAI, Toshio. *Direito ambiental sistematizado*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2002.

NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria B. B. de Andrade. Responsabilidade civil, meio ambiente e ação coletiva ambiental. In: BENJAMIN, Antônio Herman V. (Coord.). *Dano ambiental: prevenção, reparação e prevenção*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

PASSOS DE FREITAS, Vladimir. *A Constituição Federal e a efetividade das normas ambientais*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

_____. Matas ciliares. In: PASSOS DE FREITAS, Vladimir (Org.). *Direito ambiental em evolução*. Curitiba: Juruá, v. 2, 2000.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

PONTES, Helenilson Cunha. *O princípio da proporcionalidade e o direito tributário*. São Paulo: Dialética, 2000.

PORTO, Mário Moacyr. Pluralidade de causas do dano e redução de indenização: força maior e dano ao meio ambiente. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 638, p. 7-9, dez. 1988.

ROCHA, Maria Isabel de Matos. Reparação de danos ambientais. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, ano 5, v. 19, p. 129-56, jul./set. 2000.

RODRIGUEIRO, Daniela. *Dano moral ambiental: sua defesa em juízo, em busca de vida digna e saudável*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004.

SANDEL, Michael. *The case against perfection*. Ethics in the Age of Genetic Engineering. United States of America: Michael J. Sandel, 2007.

———. *What Money Can't Buy*. The Moral Limits of Markets. New York: Farrar, Straus and Giroux, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 2. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

———. Constituição e proporcionalidade: o Direito Penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência. *Revista da Ajuris*, Porto Alegre, v. 32, n. 98, p. 105-49, jun. 2005.

SEVERO, Sérgio. *Os danos extrapatrimoniais*. São Paulo: Saraiva, 1996.

SILVA, José Afonso da. *Direito ambiental constitucional*. 2. ed. rev. São Paulo: Malheiros, 1995.

SILVA, Luís Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 91, n. 798, abr. 2002.

STEIGLEDER, Annelise Monteiro. *Responsabilidade civil ambiental: as dimensões do dano ambiental no Direito brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

STEINMETZ, Wilson Antônio. *Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

STOCO, Rui. *Tratado de responsabilidade civil*. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

STRECK, Lenio. A dupla face do princípio da proporcionalidade: da proibição e excesso à proibição de proteção deficiente ou de como não há blindagem contra normas penas inconstitucionais. *Revista da Ajuris*, Porto Alegre, ano XXXII, n. 97, p. 201-2, mar. 2005.

STUMM, Raquel Denize. *Princípio da proporcionalidade no direito constitucional brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995.

SUNSTEIN, Cass. *Laws of fear: Beyond the precautionary principle*. New York: Cambridge Press, 2005.

VEDEL, George. *Droit Administratif*. 3. ed. Paris: Presses Universitaires de France, 1964.

VIANNA, José Ricardo Alvarez. *Responsabilidade civil por danos ao meio ambiente*. Curitiba: Juruá, 2004.

WEDY, Gabriel. *O princípio constitucional da precaução como instrumento de tutela do meio ambiente e da saúde pública*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

ZANCANER, Weida. *Da responsabilidade extracontratual da administração pública*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.

O SISTEMA DE MONITORAMENTO ELETRÔNICO À LUZ DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

THE ELECTRONIC MONITORING SYSTEM IN THE LIGHT OF DIGNITY OF THE HUMAN PERSON

Gisele Mendes de Carvalho¹

Doutora e Pós-Doutora em Direito Penal pela Universidade de Zaragoza, Espanha

Tháís Aline Mazetto Corazza²

Mestranda em Direitos da Personalidade no UniCesumar - Centro Universitário Cesumar

RESUMO: A finalidade do presente artigo é analisar o sistema de monitoramento eletrônico à luz da Constituição Federal de 1988, mais especificamente da dignidade da pessoa humana, com o intuito de verificar a sua compatibilidade com os direitos, as garantias e os princípios constitucionais vigentes no ordenamento jurídico brasileiro. Para isto, faz-se um estudo do conceito de dignidade humana e os seus fundamentos, bem como do sistema de monitoramento eletrônico e seu funcionamento no Brasil, com o fim de estabelecer a aproximação

imprescindível para posterior análise crítica de tais institutos. Consta-se que o uso de tornozeleira eletrônica, de alguma forma ou em algum grau, implica um severo desprezo de determinados direitos fundamentais de transcendental importância, podendo gerar a estigmatização, a discriminação, ferir o direito à intimidade e, principalmente, à dignidade da pessoa humana, entre outros direitos constitucionalmente assegurados, razão pela qual a sua admissibilidade em um Estado Democrático e Social poderia resultar incompatível com a Constituição

¹ Mestre em Direito Penal pela Universidade Estadual de Maringá (UEM), Professora Adjunta de Direito Penal na Universidade Estadual de Maringá e no Centro Universitário de Maringá (UNICESUMAR).

² Advogada, Pós-Graduada em Direito Público com ênfase em Direito Penal na Universidade de Potiguar.

brasileira. Ademais, termina-se demonstrando também que essas medidas, embora já vigentes no ordenamento jurídico pátrio, estão sujeitas às críticas e merecem estudos aprofundados.

PALAVRAS-CHAVE: Monitoramento eletrônico; dignidade da pessoa humana; constitucionalidade.

ABSTRACT: *The purpose of this article is to analyze the electronic monitoring system in the light of the 1988 Constitution, more specifically the dignity of the human person, in order to verify its compatibility with the rights, guarantees and constitutional principles in force in the Brazilian legal. For this, a study is made of the concept of the human dignity and its fundamentals, as well as of the electronic monitoring system and its operation in Brazil, in order to establish the approach essential for subsequent critical analysis such institutes. It appears that the use of ankle monitor, of some way or in some degree, imply a severe contempt of determined fundamental rights of transcendental importance, and may generate stigmatization, discrimination, hurt the privacy right and especially the dignity of the human person, among other guaranteed constitutional rights, which is why their admissibility in a democratic and social state could result incompatible with the Brazilian Constitution. Moreover, ends up also demonstrating that although these measures are already in force in national law, are subject to criticism and deserves thorough studies.*

KEYWORDS: *Electronic monitoring; human dignity; constitutionality.*

SUMÁRIO: Introdução; 1 A dignidade da pessoa humana e seu fundamento filosófico; 2 A dignidade da pessoa humana e seu fundamento constitucional; 3 O sistema de monitoramento eletrônico no Brasil; 4 A constitucionalidade do monitoramento eletrônico e o princípio da dignidade da pessoa humana; Conclusão; Referências.

SUMMARY: *Introduction; 1 The dignity of the human person and its philosophical foundation; 2 The dignity of the human person and its constitutional basis; 3 The electronic monitoring system in Brazil; 4 The constitutionality of electronic monitoring and the principle of dignity of the human person; Conclusion; References.*

INTRODUÇÃO

É sabido que a Constituição Federal é a base e o fundamento do ordenamento jurídico e do Estado brasileiro, nos quais todas as regras e normas jurídicas vigentes, no próprio texto constitucional e/ou abaixo dele, devem se pautar e guardar referência.

Ainda, toda interpretação constitucional e ordem infraconstitucional deve observar os dogmas, os princípios e as regras constitucionais, para que haja efetividade na aplicação das normas jurídicas vigentes, fazendo prevalecer a Constituição, atendendo ao princípio da supremacia constitucional.

Entre essas normas e esses princípios constitucionais vigentes que devem ser respeitados está o princípio da dignidade da pessoa humana, com origens remotas e filosóficas, consagrado no texto da Constituição e erigido ao *status* de princípio fundamental, de maneira que tudo que for contra o seu fundamento será considerado inconstitucional.

A ideia de dignidade é um valor intrínseco da pessoa humana e tem sido pensada e reconstruída ao longo da história dos homens, desde os filósofos da antiguidade clássica até os dias atuais.

No ordenamento jurídico brasileiro, uma legislação recente possibilitou o uso de tornozeleiras eletrônicas como meio de monitoramento fora do presídio ou, ainda, como medida cautelar. Assim, esse instituto é cabível em duas hipóteses legais: como uma medida cautelar (Lei nº 12.403/2011) e como vigilância indireta do preso, nos casos de saídas temporárias durante o regime semiaberto e de concessão de prisão domiciliar (Lei nº 12.258/2010).

Ao se discutir a efetividade das penas alternativas, no centro do debate encontra-se a questão da constitucionalidade de algumas formas de monitoramento e fiscalização do sentenciado.

Esse instituto jurídico põe em cheque alguns direitos fundamentais do indivíduo, tais como o direito à intimidade, direito à honra, direito à imagem e, principalmente, a dignidade da pessoa humana, entre outros direitos assegurados pela Constituição Federal brasileira e por tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário.

O centro das questões reside no fato de que o uso de braceletes ou tornozeleiras eletrônicas poderia ferir ou não a dignidade da pessoa humana.

Para tanto, valendo-se do método bibliográfico, este estudo será desenvolvido de maneira a apresentar os fundamentos filosóficos e constitucionais da dignidade da pessoa humana; após, se analisará o sistema de monitoramento eletrônico no Brasil; e, por fim, se verificará a constitucionalidade de tal instituto, de maneira a verificar se ele fere ou não a dignidade da pessoa humana.

1 A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E SEU FUNDAMENTO FILOSÓFICO

A ideia de dignidade é um valor intrínseco da pessoa humana e tem sido pensada e reconstruída ao longo da história dos homens, desde os filósofos da antiguidade clássica, passando pelos pensadores da Idade Média impregnados dos ideários cristãos e, posteriormente, tendo como parâmetro norteador a racionalidade inerente ao ser humano³.

A dignidade da pessoa humana encontra fundamentos filosóficos em Immanuel Kant, Jean Paul Sartre, Georg Wilhelm Friedrich Hegel, Ronald Dworkin, Jürgen Habermas, entre outros, que guardam entre si relação de complementariedade.

Para Immanuel Kant, o fundamento da dignidade humana se encontra na autonomia do ser humano, na condição de ser racional. Essa autonomia da vontade deve ser entendida como a faculdade de se determinar a si mesmo a agir em conformidade com a representação de certas leis, sendo que apenas os seres racionais têm essa capacidade. O imperativo categórico da ética kantiana como critério norteador dos seres racionais é o seguinte: “Age como se a máxima da tua acção se devesse tornar, pela tua vontade, em lei universal da natureza”. Os seres irracionais seriam considerados coisas com valor relativo, ou, ainda, meios, enquanto os seres racionais seriam pessoas, impregnadas de dignidade, isso porque a natureza os distingue já como fins em si mesmos⁴.

O homem existe como um fim em si mesmo, e não como um meio para o uso arbitrário desta ou daquela vontade⁵, ou seja, tratar a humanidade na pessoa como um fim em si mesmo implica em tratar o ser humano ou os seres racionais como fim. Humanidade implica distintas capacidades, como a de agir por meio de princípios incondicionais; a de exercer a liberdade; e a de agir de modo não imediato; a de entender o mundo⁶.

Em síntese, a concepção kantiana de dignidade é ontológica, porque é inerente à concepção da dignidade como uma qualidade intrínseca da

³ PETTERLE, Selma Rodrigues. *O direito fundamental à identidade genética na Constituição brasileira*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 61.

⁴ KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Lisboa: Edições 70, 1986. p.79, 67, 60 e 68.

⁵ Idem, p. 68.

⁶ WEBER, Thadeu. *Ética e filosofia política: Hegel e o formalismo kantiano*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1999. p. 39.

pessoa humana⁷, cujo núcleo encontra-se na vontade autônoma, no direito e na autodeterminação que a pessoa abstratamente tem. Nada mais é do que a capacidade que o homem tem de pensar uma ação e, a partir de sua vontade autônoma, outorgar-se sua própria lei.

Lemos dispõe que basta lembrar o tratamento dado aos judeus durante o Holocausto para se entender o conceito kantiano: ao adentrar no campo de concentração nazista, o prisioneiro era despido de suas roupas, os seus objetos pessoais eram confiscados, os seus cabelos eram cortados, e ainda eram retirados os seus documentos, e os seus nomes, substituído por um número gravado no corpo, como acontece com a marca de propriedade de gado. Com o recebimento desse tratamento, a pessoa era despida de sua personalidade, esvaziada do seu próprio ser. No novo espaço, a pessoa já não se reconhecia como ser humano, pois valia tudo na luta pela sobrevivência: roubar a comida do outro, delatar o companheiro, se prostituir. Era o máximo da degradação, em uma luta pela sobrevivência, muitas vezes mais sórdida que no reino animal⁸.

Assim, a teoria de Kant definia dignidade a partir do caso concreto, tratando o homem como um fim em si mesmo, onde não se deveria prejudicar o próximo e fazer o possível para melhorar a vida deste, trazendo-lhe condições dignas de sobrevivência.

Mais ligado ao existencialismo, Jean Paul Sartre aproxima o conceito de dignidade humana a este e nega que a dignidade seja inata ao ser humano, pois o homem não possui dignidade pelo simples fato de ser humano. Essa forma de pensar afastou a ideia de que o homem possui dignidade por ser a imagem e semelhança de Deus. Para ele, a dignidade é um valor que está em construção. O homem não está reduzido a um determinismo que faria dele uma coisa, ele está em construção e é por esta capacidade de superar sua própria condição que tem uma responsabilidade de construir um projeto de vida ao mesmo tempo pessoal e universal⁹.

⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia de direito e direito constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 9.

⁸ LEMOS, Rafael Diogo Diógenes. A dignidade da pessoa humana: conteúdo, limites e possibilidades. *Revista Disc. Jur.*, Campo Mourão, v. 4, n. 2, p. 41-63, ago./dez. 2008, p. 61.

⁹ SARTRE, Jean Paul. *O ser e o nada*. 13. ed. Petrópolis/Rio de Janeiro: Vozes, 2005.

O pensamento kantiano repercutiu em Hegel, contribuindo notadamente nas questões relativas ao reconhecimento da dignidade da pessoa humana, com respaldo predominantemente na família, na sociedade civil e no Estado, este último enquanto instituição geral que possibilita o reconhecimento do sujeito¹⁰.

Hegel avançou um aspecto em relação a Kant e frisou que o reconhecimento, por meio da mediação das vontades livres, é a chave para concretizar a liberdade e concebeu a esfera da eticidade ou moralidade objetiva como o plano em que se dá a mediação social da liberdade¹¹. Na obra *Filosofia da religião*, Hegel foi adiante e tratou especificamente do conceito de dignidade, ao afirmar que

o homem não possui dignidade por meio daquele que ele é como vontade imediata, mas apenas na medida em que conhece um ser ser-em-si e um ser-para-si, algo substancial, e submete a esse ser a sua vontade natural e a adapta a ele. Apenas pelo suprassumir da indomabilidade natural e pelo reconhecimento de que um universal, um ser-em-si e um ser-para-si, seria verdade, ele possui uma dignidade, e só então a vida vale algo.¹²

A atualidade da concepção hegeliana está no reconhecimento recíproco do fundamento da dignidade e, ao mesmo tempo, a consequência da opção por um estado juridicamente ordenado¹³.

Já, para Dworkin, o ponto central do problema está em saber o motivo de a dignidade da pessoa humana ocupar o foco central da preocupação de todos. A dignidade humana foi levada ao centro de sua teoria moral. Para ele, se se quiser levar a sério a dignidade, deve-se obedecer a dois princípios éticos: o princípio do respeito próprio (*principle of self-respect*) e o princípio da autenticidade (*principle of authenticity*). Pelo primeiro, cada pessoa deve levar a sua vida a sério, aproveitando-a, ao invés de desperdiçá-la (há uma importância objetiva

¹⁰ SEELMAN, Kurt. Pessoa e dignidade da pessoa humana na filosofia de Hegel. Trad. Rita Dostal Zanini. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia de direito e direito constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 51.

¹¹ WEBER, Thadeu. *Ética e filosofia política: Hegel e o formalismo kantiano*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1999. p. 63, 97 e 109.

¹² SEELMAN, Kurt. Pessoa e dignidade da pessoa humana na filosofia de Hegel. Trad. Rita Dostal Zanini. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia de direito e direito constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 51-52.

¹³ Idem, p. 59.

em se viver bem e deve-se tratar a vida como dotada dessa importância). Pelo segundo, cada um tem a responsabilidade de identificar o que chama de sucesso em sua vida (já que você se leva a sério, viver bem expressa o seu próprio estilo de vida, a maneira com a qual se a encara)¹⁴.

Afirma ainda a voz ativa e passiva da dignidade, sendo ambas conectadas. A ativa seria a que as pessoas cuidam e deveriam cuidar de sua própria dignidade, e, em um sentido negativo ou da indignidade, seria quando alguém compromete a sua própria dignidade se autotraindo, ou seja, está negando a importância da vida humana. A voz passiva da dignidade é empregada no sentido de que a pessoa sofre um dano a sua dignidade causado por outrem. Verifica-se na concepção de Dworkin um estreito liame entre autonomia e dignidade¹⁵.

Habermas aprimorou o debate em torno do caráter intersubjetivo da dignidade, colocando em relevo a sua dimensão comunicativa. Para ele, a dignidade está relacionada a uma simetria de relações entre seres morais, que, enquanto membros de uma comunidade, podem estabelecer obrigações recíprocas e esperam dos outros também comportamentos de acordo com as leis, ou seja, a dignidade humana somente encontra sentido nas relações interpessoais de reconhecimento recíproco. O seu ponto de partida é o processo de individualização como processo social. Em outras palavras, para ele a construção da identidade pessoal acontece pela vida social¹⁶, nas relações dos indivíduos entre si.

Atualmente, a realização da sociedade, que se chama de vida perfeita, está tanto na ação perfeita quanto na prática reiterada, visando um fim ou valor supremo pelos seus integrantes, mas que exige uma existência digna capaz de amparar esta busca pelo valor de todos. E o *modus vivendi* virtuoso e prudente, de ações práticas por parte do cidadão e da comunidade, parece ser o da ação política, tanto no sentido positivo quanto negativo, calcada na participação ativa na vida social. O homem passa a ser detentor de dignidade humana no instante em que há a dinamização do ser encarando o dever ser; ao contrário, renegando

¹⁴ MOTTA, Francisco José Borges. Ronaldo Dworkin e o sentido da vida. *Revista Consultor Jurídico*, 16 fev. 2013. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-fev-16/diario-classe-ronald-dworkin-sentido-vida>>. Acesso em: 13 fev. 2014.

¹⁵ DWORIN, Ronald. *El Dominio de la Vida*. Una Discusión Acerca del Aborto, de Eutanasia y la Libertad Individual. Trad. Ricardo Caracciolo e Victor Ferreres. 1. reimp. Barcelona: Ariel, 1998. p. 305-39.

¹⁶ PETERLE, Selma Rodrigues. *O direito fundamental à identidade genética na Constituição brasileira*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 75-76.

a conformação de suas potencialidades com os fins que lhe são imanes, pelo uso errôneo da liberdade, deixa de ser algo bom¹⁷.

O bem comum significa um conjunto de condições externas necessárias para que o homem alcance os seus fins lícitos e desenvolva a sua personalidade e as suas potencialidades, ou seja, é a garantia de uma vida digna à comunidade em suas inúmeras dimensões, tais como família, grupo, associação, sociedade civil, Estado, entre outros¹⁸.

No âmago da natureza humana está a liberdade de agir com discernimento para o fim, e, embora o Criador seja a causa motora das causas naturais e voluntárias, compete ao homem o impulso livre para o seu aperfeiçoamento. A esse esforço livre de dinamização do ser do homem na busca de seu acabamento denomina-se dignidade da pessoa humana. Por fim, o agir ético supõe mais do que o controle às paixões e questões referentes à matéria e vitalidade, supõe, concorrentemente, mínima condição de cidadania para propiciar ao homem o encontro com o sentido da vida enquanto convívio¹⁹, dando-lhe chance de dignidade como pessoa.

2 A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E SEU FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL

O reconhecimento da dignidade humana de forma expressa é recente, marcadamente após 1948, com o advento da Declaração Universal dos Direitos do Homem, sendo uma tendência que tem se afirmado no direito constitucional vigente, embora não tenha sido incorporada ainda à totalidade dos textos²⁰.

Com um percurso histórico marcado pela aniquilação do ser humano, nazismo e escravidão, Canotilho afirma que a dignidade da pessoa humana é um dos traços essenciais da República portuguesa e o reconhecimento expresso do indivíduo como limite e fundamento do domínio político da República denota que esta serve o homem, e não ao contrário²¹. Para Jorge Miranda, a dignidade

¹⁷ ZENNI, Alessandro Severino Vallér. *A crise do direito liberal na pós-modernidade*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2006. p. 86 e 89.

¹⁸ Idem, p. 98.

¹⁹ Idem, p. 106-107.

²⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 3. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 62 e 64.

²¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2004. p. 225.

da pessoa humana dá unidade e sentido às constituições, confirmando o homem como fundamento e fim da sociedade e do Estado²².

Importante destacar o *status* jurídico do princípio da dignidade na ordem constitucional brasileira, onde, inspirado nos modelos lusitano e espanhol, o constituinte pátrio optou por não incluí-lo no catálogo de direitos fundamentais, elevando-o à condição de princípio fundamental. A Constituição Federal de 1988 foi a primeira a destinar um título próprio aos princípios fundamentais informadores de todo o ordenamento jurídico, localizando-se após o preâmbulo e antes do catálogo de direitos fundamentais²³, sendo inédita a positivação do princípio da dignidade da pessoa humana na Constituição pátria como fundamento do Estado Democrático de Direito (art. 1º, III), estando explícito também em outros textos.

Quanto à posição geográfica privilegiada na Constituição, consagra-o como princípio e valor fundamental. Quanto às normas contidas nesse princípio, tratam-se de posições jurídico-subjetivas definidoras de garantias, direitos e deveres fundamentais²⁴. O princípio da dignidade da pessoa humana é norma fundamental que informa todo o ordenamento jurídico e é fundamento para a maioria dos direitos elencados no catálogo de direitos fundamentais, que não é exaustivo²⁵. O seu conteúdo é vago e impreciso, ambíguo e poroso²⁶; assim, há uma dificuldade em se definir o que seja esse princípio e a sua substância. Mesmo que as pessoas tenham, individualmente, uma noção implícita do que seja essa dignidade, principalmente a partir de situações de violações concretas da mesma, é necessário buscar um conceito mais claro acerca do tema.

Ensina Silva que o reconhecimento da dignidade de cada pessoa está no fato de a pessoa ter a potencialidade de se determinar pela razão para a ação da liberdade. Ainda coloca dois pressupostos indispensáveis para amparar a dignidade: as pessoas devem ser respeitadas igualmente por pertencer à espécie humana, e ainda esse respeito independe do grau de desenvolvimento

²² MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 3. ed. Coimbra: Coimbra, t. IV, 2000. p. 180 e 182.

²³ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 3. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 67 e 108.

²⁴ *Idem*, p. 69.

²⁵ ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997. p. 82.

²⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 3. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 39.

das potencialidades humanas²⁷. Para Loureiro, a dignidade é valor intrínseco originariamente reconhecido a cada ser humano, com fundamento na sua autonomia ética, originando uma obrigação geral de respeito da pessoa, que se traduz em deveres e direitos correlativos²⁸.

Ainda que não exista um conceito consensualmente aceito, para Sarlet a doutrina e a jurisprudência têm delineado contornos básicos do conteúdo da dignidade da pessoa humana, expondo-a como

qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos, mediante o devido respeito aos demais seres que integram a rede da vida.²⁹

O único ponto claro e comum entre doutrinadores no princípio da dignidade da pessoa humana é o seu núcleo, também chamado de *mínimo necessário*. O Estado tem a obrigação de garantir a cada pessoa as condições mínimas necessárias para que possa alcançar o seu bem-estar, a sua felicidade e esse é o primeiro e principal aspecto da normatividade do princípio da dignidade da pessoa humana. Decorre ainda dessa normatividade o dever de respeito, proteção e promoção que o Estado tem em relação a ele e aos direitos dele decorrentes. O dever de promoção representa o próprio mínimo existencial, além da criação de normas consagradoras de direitos fundamentais. O dever de

²⁷ SILVA, Reinaldo Pereira e. *Introdução ao biodireito: investigações político-jurídicas sobre o estatuto da concepção humana*. São Paulo: LTr, 2002. p. 192.

²⁸ LOUREIRO, João Carlos Gonçalves. O direito à intimidade genética do ser humano. In: *Portugal-Brasil Ano 2000*. Coimbra: Coimbra, 1999. p. 281.

²⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 3. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 59.

proteção, por sua vez, exige que o Estado crie e aplique normas sancionadoras de condutas que violem a dignidade humana³⁰.

E, por fim, o dever de respeito, afinal, representa “uma regra de caráter eminentemente negativo, que impõe a abstenção da prática de condutas violadoras da dignidade, impedindo o tratamento da pessoa humana como um simples meio para se atingir determinados fins”, de modo que ocorrerá violação da dignidade se esse tratamento como mero objeto significar uma “expressão de desprezo” pela pessoa humana. A violação do dever de respeito, portanto, exige a presença de dois requisitos: o “*objetivo*, consistente no tratamento da pessoa como mero objeto (‘fórmula do objeto’), e o *subjetivo*, consubstanciado na expressão de desprezo ou desrespeito à pessoa decorrente desse tratamento”. Os deveres de promoção, proteção e respeito exigidos em face do princípio da dignidade da pessoa humana resulta a definição do seu conteúdo jurídico³¹.

Marcelo Novelino Camargo, em artigo intitulado “O conteúdo jurídico do princípio da dignidade da pessoa humana”, alerta que deve ser repugnado o hábito de se extrair do princípio da dignidade da pessoa humana fundamento para todo tipo de argumento, como se toda situação injusta ou imoral representasse uma ofensa a esse princípio ou como se todo direito fosse dele decorrente. O fundamento que serve para qualquer situação em verdade não é fundamento de nada, contribuindo para o esvaziamento da normatividade desse princípio³².

Assim, sem pretender retirar desse princípio o caráter genérico e abstrato que lhe é característico, em função de sua condição de cláusula geral de proteção e promoção do bem-estar da pessoa humana, é necessário estabelecer contornos mais precisos, para que ele ganhe uma identidade mais definida, nutrindo-o de maior normatividade e efetividade.

³⁰ CAMARGO, Marcelo Novelino. *O conteúdo jurídico da dignidade da pessoa humana*. Leituras complementares de constitucional – Direitos fundamentais. Salvador: Podium, 2007. p. 121.

³¹ Idem, *ibidem*.

³² Idem, *ibidem*.

3 O SISTEMA DE MONITORAMENTO ELETRÔNICO NO BRASIL

No Brasil, a introdução das penas alternativas no sistema punitivo vem de 1984, com a entrada em vigor da Lei nº 7.209/1984, que previu algumas modalidades de penas restritivas de direitos além da pena pecuniária³³.

Na mesma direção, acenou diversos princípios consagrados na Constituição Federal de 1988, permitindo perceber uma preferência do constituinte originário pela aplicação de penas restritivas de direitos. Tais princípios são, entre outros, o da humanidade das sanções e da dignidade da pessoa humana, contemplados nos arts. 1º, III, e art. 5º, III, XLVII, XLVIII, XLIX e L; o da personalidade da pena, previsto no art. 5º, XLV; o da individualização da pena, previsto no art. 5º, XLVI; o da proporcionalidade da pena, contendo a noção de retribuição justa prevista no art. 5º, V; e o da intervenção mínima, previsto no art. 5º, § 2º, c/c o art. 8º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão. Soma-se a estes princípios outros como os da necessidade, utilidade e suficiência da pena, contemplados por vários dispositivos, como o art. 8º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, em que a lei apenas deve estabelecer pena estrita e evidentemente necessária³⁴.

Nesse baluarte, a pena restritiva de direitos não se trata de mera alternativa à prisão, mas sim uma medida ressocializadora a ser aplicada sempre que necessária e suficiente na resposta penal.

Em matéria penal, em princípio, o controle telemático ou monitoramento eletrônico se refere a toda técnica aplicada a uma pessoa como consequência da comissão de um delito que, mediante a vigilância telemática, o bem controla a sua localização geográfica, o bem comprova a presença de certas alterações fisiológicas em seu corpo³⁵.

Esse monitoramento é um método de controle e observação que pode ser aplicado tanto a seres humanos quanto a coisas, visando a conhecer a exata localização, o percurso e o deslocamento do objeto monitorado. Poza Cisneros

³³ D'URSO, Luiz Flávio Borges. Avanços das medidas alternativas e o sistema penal. *Revista Jurídica Consulex*, ano XVI, v. 16, n. 360, p. 31, 15 jan. 2012.

³⁴ SIMANTOB, Fábio Tofic. O monitoramento eletrônico das penas e medidas alternativas - Efetividade ou fascismo penal? *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, São Paulo: IBCCrim, ano 12, n. 145, p. 13, dez. 2004.

³⁵ ARMAZA, Emilio José Armaza. Derecho Biomédico y posibles respuestas penales para el tratamiento penal del delincuente imputable peligroso: psicocirugía, castración química y control telemático. In: CASABONA, Carlos Maria Romeo; SÁ, Maria de Fátima Freire de (Coord.). *Direito biomédico: Brasil-Espanha*. Belo Horizonte: Editora PUC Minas, 2011. p. 275.

assevera que a vigilância eletrônica consiste no método que permite “controlar onde quer que se encontra ou o distanciamento ou aproximação dele a respeito de um lugar determinado, de uma pessoa ou uma coisa”³⁶.

Embora, no Brasil, tenha se utilizado o termo monitoramento eletrônico, é importante frisar que não existe um consenso a respeito da questão da terminologia utilizada para a denominação desta técnica, recebendo diversas nomenclaturas, como “controle eletrônico”, “vigilância eletrônica”, “monitores eletrônicos”, “cárcere eletrônico”, “seguimento telemático”, “controle telemático”, “monitorização telemática” e “localização telemática”³⁷.

Armaza afirma que, sem qualquer complicação, pode se usar quaisquer das nomenclaturas para fazer referência à matéria. Porém, para ser rigoroso na elaboração de um termo que se identifique plenamente com o conteúdo do mesmo, devem-se descartar as opções que contenham a palavra “telemático”, pois nem todo controle eletrônico será necessariamente desenvolvido à distância, ou seja, de forma telemática³⁸.

Há três fases de desenvolvimento da vigilância eletrônica: a primeira vai de 1960 a 1970, onde um grupo de psicólogos comandados por Ralph Schwitzgebel, professor de biologia da Universidade de Harvard, buscava, com o uso de um transmissor portátil *Behavior Transmitter-Reinforcer* (BT-R), controlar de longe a conduta de reincidentes crônicos, a fim de reformá-los e curá-los; a segunda fase vai de meados de 1970 até 1984, quando se instaurou na Flórida o primeiro programa de VE, está marcada pela apatia com respeito aos meios telemáticos de controle à distância; e a terceira fase assinala o reinício do interesse pela nova tecnologia e a sua implantação no sistema penal. É quando surge no cenário o juiz estadunidense Jack Love Novo México, que, inspirado em um *comic* do Homem Aranha, no qual ele usava um bracelete conectado a um radar, de tal modo que o vilão o localizasse com facilidade, fez contato, em 1983, com o engenheiro, especialista em eletrônica Michael Goss, e lhe pediu que fizesse o designe de um *artilúgio* para vigiar quatro condenados. O próprio Jack Love o

³⁶ CISNEROS, María Poza. Las nuevas tecnologías en el ámbito penal. *Revista del Poder Judicial*, n. 65, p. 60, 2002.

³⁷ ARMAZA, Emilio José Armaza. Derecho Biomédico y posibles respuestas penales para el tratamiento penal del delincuente imputable peligroso: psicocirurgía, castración química y control telemático. In: CASABONA, Carlos Maria Romeo; SÁ, Maria de Fátima Freire de (Coord.). *Direito biomédico: Brasil-Espanha*. Belo Horizonte: Editora PUC Minas, 2011. p. 275.

³⁸ Idem, p. 276.

utilizou experimentalmente durante três semanas antes de pôr os delinquentes sob monitoramento eletrônico³⁹.

Existem dois modelos de monitoração eletrônica: o modelo estático ou de primeira geração e o modelo móvel ou de segunda geração. O modelo da primeira geração é utilizado em prisão domiciliar. É implantado um transmissor acoplado ao corpo do sujeito monitorado e um receptor no lugar em que a sua presença é desejada em horários fixados pelo mandamento judicial, por exemplo, a sua residência, e o aparelho detecta a presença de alguém naquele local. Esse aparelho também faz o monitoramento estático bilateral, que seria detectar a presença dessa pessoa em local que ela não deveria estar, como, por exemplo, a residência da vítima; o modelo de segunda geração ou de controle móvel (*tracking*) monitora, continuamente, a pessoa mediante o uso da rede de satélites (GPS: *Global Position System*) ou o sistema GSM (*global servisse mobile*), que se baseia em antenas telefônicas e possibilita identificar o “ponto exato” que a pessoa monitorada está, restringindo determinadas áreas de acesso, assim chamadas de “zonas de exclusão”, onde se observa a interrupção de sinais⁴⁰.

Há referência a um terceiro modelo de monitoração que seria a terceira geração, que, mediante o uso da tecnologia GPS, seria capaz de vigiar e levar um registro tanto do ritmo cardíaco como da frequência respiratória do condenado, com o objetivo de medir a agressividade e a excitação sexual do sujeito submetido a essa medida. Essa tecnologia, além de detectar um comportamento anormal do sujeito condenado, também é capaz de descarregar uma descarga elétrica ou de injetar um tranquilizante no corpo do sujeito; instalação de um aparelho que controla, periodicamente, a ingestão de álcool (normalmente uma vez por dia), inclusive com minicâmeras⁴¹; identificação de voz (técnicas biométricas de reconhecimento de voz), entre outras⁴².

³⁹ LEAL, César Barros. *Vigilância eletrônica à distância: instrumento de controle e alterativa à prisão na América Latina*. Curitiba: Juruá, 2011. p. 53-54.

⁴⁰ REGHELIN, Elisangela Melo. *Crimes sexuais violentos: tendências punitivas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 165-167.

⁴¹ Verifica-se o aparelho de monitoramento de álcool. Disponível em: <<http://www.scramsystems.com/>> e <<http://info.alcoholmonitoring.com/scr-am-systems-alcohol-monitoring-options/>>. Acesso em: 17 jan. 2014.

⁴² ARMAZA, Emilio José Armaza. Derecho Biomédico y posibles respuestas penales para el tratamiento penal del delincuente imputable peligroso: psicocirugía, castración química y control telemático. In: CASABONA, Carlos Maria Romeo; SÁ, Maria de Fátima Freire de (Coord.). *Direito biomédico: Brasil-Espanha*. Belo Horizonte: Editora PUC Minas, 2011. p. 275.

Normalmente o controle telemático é associado ao uso das populares pulseiras eletrônicas, conhecidos nos países anglo-saxões por *Ankle Monitor* (monitor de tornozelo), mas esta é somente uma das tecnologias disponíveis para o controle a longa distância. Existem dispositivos do tamanho de um grão de arroz, um *chip*, que são introduzidos facilmente no interior do corpo do condenado, mediante o uso de uma agulha que atravessa a pele e serve para depositar o *chip*, permitindo que a pessoa controlada circule sem limites espaciais, podendo ser utilizado em prisões domiciliares e regimes de liberdade condicional⁴³.

A Lei nº 12.258/2010, que alterou a redação da Lei de Execução Penal (Lei nº 7.210/1984), introduziu no ordenamento jurídico brasileiro o monitoramento eletrônico. Essa norma introduziu, expressamente, no Título V (Da Execução das Penas em Espécie), Capítulo I (Das Penas Privativas de Liberdade), Seção VI, da aludida Lei de Execução Penal (arts. 146-A ao 146-D), a possibilidade de utilização da monitoração eletrônica nas hipóteses de saída temporária no regime semiaberto e de prisão domiciliar. Verificar-se que o monitoramento se aplica na fase de execução da pena, salvo se a eventualidade do cumprimento da prisão processual, excepcionalmente, vier a ser cumprida no domicílio do sujeito⁴⁴. Observe que a medida poderá ser revogada quando se tornar desnecessária ou inadequada ou se o indivíduo violar os deveres a que estiver sujeito durante a sua vigência ou cometer falta grave.

Posteriormente, a Lei nº 12.403/2011 modificou o art. 319, inciso IX, do Código de Processo Penal, inserindo o monitoramento eletrônico como uma medida cautelar manejável no curso do procedimento penal (um instrumento apto a substituir o encarceramento no caso de prisão processual preventiva). Sendo assim, inovou ao autorizar a aplicação do instituto aos indiciados ou acusados e não, como até então, apenas aos condenados⁴⁵. A regulamentação se deu pela edição do Decreto Presidencial nº 7.627, de 24 de novembro de 2011, que regulamenta a monitoração eletrônica de pessoas prevista no Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal) e na Lei de Execução Penal.

⁴³ Idem, p. 277.

⁴⁴ ROSSINI, Augusto Eduardo de Souza. Monitoração eletrônica no sistema penal brasileiro. *Revista Jurídica Consulex*, ano XVI, v. 16, n. 360, p. 32-33, 15 jan. 2012, p. 32.

⁴⁵ GRECO, Rogério. Monitoração *versus* direito à intimidade. *Revista Jurídica Consulex*, ano XVI, v. 16, n. 360, p. 36-41, 15 jan. 2012, p. 38.

Assim, constata-se que, em sede de execução penal, a monitoração eletrônica pode ser utilizada não só para fins de fiscalização, a exemplo do que ocorre na concessão de saída temporária, mas também como medida alternativa ao cumprimento da pena no cárcere, contribuindo para a dignidade do cidadão⁴⁶. Portanto, seriam as duas hipóteses legais: a) como uma medida cautelar (Lei nº 12.403/2011); e b) como vigilância indireta do preso, nos casos de saídas temporárias durante o regime semiaberto e de concessão de prisão domiciliar (Lei nº 12.258/2010). Em apertada síntese, a monitoração eletrônica é importante forma de controle em relação àquele que infringiu a norma penal, mas que, por razões legais e personalíssimas, não merece e nem deve ser recolhido ao cárcere privado⁴⁷.

Conclui-se, assim, que o monitoramento eletrônico, além de medida alternativa cautelar, também auxilia na vigilância indireta do preso e, dentro do possível, subsidia preventivamente o cometimento de crimes, exceto em casos autorias intelectuais, por isso pode ser considerado uma medida alternativa pré-delitiva.

4 A CONSTITUCIONALIDADE DO MONITORAMENTO ELETRÔNICO E O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Quando se discute a efetividade das penas alternativas, no centro do debate encontra-se a questão da constitucionalidade de algumas formas de monitoramento e fiscalização do sentenciado. Dessa maneira, começa a ganhar adesão o monitoramento eletrônico das penas alternativas, medida que já vem sendo aplicada em diversos Estados.

Ao se falar desse instituto, se põe em cheque alguns direitos fundamentais do indivíduo, tais como o direito à intimidade, direito à honra, direito à imagem, entre outros direitos assegurados pela Constituição Federal brasileira e por tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário, como é o caso da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1948 e do Pacto de São José da Costa Rica.

⁴⁶ RODRIGUES, Marcelo Nairon. Liberdade vigiada: a monitoração eletrônica como ferramenta de controle e cidadania. *Revista Jurídica Consulex*, ano XVI, v. 16, n. 360, p. 28-29, 15 jan. 2012, p. 29.

⁴⁷ ROSSINI, Augusto Eduardo de Souza. Monitoração eletrônica no sistema penal brasileiro. *Revista Jurídica Consulex*, ano XVI, v. 16, n. 360, p. 33, 15 jan. 2012.

Nesse entremeio, surgem questionamentos que cabem esclarecimentos. Há indagações se o uso de braceletes ou tornozeleiras eletrônicas poderia significar mais estigmatização do condenado, submetendo o indivíduo a situações vexatórias e humilhantes. Em princípio, a tendência é estigmatizadora, mas tudo depende da forma como é executado o monitoramento. “A visibilidade da pulseira ou tornozeleira pode significar sim mais estigmatização do sujeito. Até mesmo mais risco (nos casos de pessoas procuradas pelos grupos organizados inimigos)”⁴⁸.

Ainda, esse monitoramento pode se transformar em uma prisão mental, quando essa vigilância é exagerada e descontrolada (opressiva). É um equívoco imaginar que o monitoramento eletrônico não gere estresse ou sensação similar à de um presídio com muros. Ser controlado todas as horas do dia, todos os dias, é difícil de ser suportado. No entanto, a vigilância eletrônica é sem dúvida melhor do que o presídio tradicional. “Na prática, no entanto, pode ser tão penoso (ou mais) que o presídio tradicional. De qualquer modo, a tendência claríssima (na era da sociedade telemática) passa pela ideia do fim do presídio tradicional, para dar lugar para o presídio eletrônico”⁴⁹. Conclui-se, assim, que a monitoração eletrônica afronta a integridade moral do indivíduo e caracteriza pena degradante, em oposição ao postulado constitucional (art. 5º, XLVII e XLIX)⁵⁰.

Por outro lado, há os que defendem que a preocupação de que a tornozeleira possa ferir a dignidade da pessoa humana, ao impor ao cidadão a utilização de uma “coleira”, na forma como ocorria no período da escravatura, não merece prosperar, haja vista se estiver absolutamente convencido de que o atual sistema carcerário brasileiro é o maior elemento de ataque à dignidade humana. Aqueles que conhecem o sistema prisional sabem que ali a última coisa que podemos encontrar é o tratamento digno e correto de um ser humano⁵¹.

O Ministro Celso de Mello, ao julgar o HC 109101, expôs seu entendimento no sentido de que o uso do monitoramento eletrônico é positivo, vez que o Poder

⁴⁸ GOMES, Luiz Flávio. Monitoramento eletrônico, 21 jun. 2010. Disponível em: <http://ww3.lfg.com.br/artigo/20100621151555150_lei-12258-2010-monitoramento-eletronico.html>. Acesso em: 13 jan. 2014.

⁴⁹ Idem.

⁵⁰ VAZ, Denise Provasi. Monitoração eletrônica de presos: limites legais e constitucionais. *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, São Paulo: IBCCrim, ano 18, n. 216, p. 4-5, nov. 2010.

⁵¹ MORAIS, Paulo Iasz. Falta de tornozeleiras põe em xeque monitoramento. *Revista Consultor Jurídico* 22 dez. 2010. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2010-dez-22/falta-tornozeleiras-ameaca-criterios-uso-equipamento>>. Acesso em: 13 jan. 2014.

Público, diante da impossibilidade material de colocar um agente estatal em cada situação, se utiliza de um meio que, no fundo, “longe de afetar o princípio da dignidade da pessoa, representa um notável avanço no plano da atenuação dos rigores com que as penas em nosso país são executadas”, ficando para ele o benefício evidente. O Ministro Gilmar Mendes concordou, afirmando que “também não compartilho da ideia de que estamos diante de uma flagrante ilegalidade, antes pelo contrário, creio que se trata de um progresso na linha de uma humanização, com um mínimo de segurança (para a sociedade)”, e acrescentou o Ministro Ricardo Lewandowski: “É uma solução hoje adotada nos países mais avançados do ponto de vista democrático. Daquela bola de ferro com a corrente que os presos arrastavam até a tornozeleira eletrônica houve um importante avanço”. Para o presidente da Turma, Ministro Ayres Britto, o mecanismo eletrônico se revelará eficaz e acabará facilitando uma política de concessão de saídas temporárias⁵².

No mesmo sentido, Luiz Flávio Borges D’Urso afirma que o uso da tornozeleira eletrônica não veio aumentar a estigma social nem afetar a dignidade, pois os equipamentos são pequenos e discretos, podendo ser escondidos facilmente embaixo de roupas, concluindo que é incomparavelmente melhor transitar livremente pelas ruas, ainda que portando esse tipo de aparelho, do que passar o dia trancado em uma cela⁵³.

Bruno Azevedo argumenta que fechar os olhos às realidades tecnológicas que favorecem a segurança pública, propiciando a correta execução da pena, a melhor utilização dos recursos públicos e a maior humanização, seria um retrocesso. Argumentar que o dispositivo eletrônico fere qualquer direito do encarcerado é desconhecer a realidade das prisões brasileiras⁵⁴. O direito à intimidade deveria ceder, no caso concreto, diante da possibilidade de monitoração eletrônica. Na verdade, essa limitação à intimidade é levada a efeito em benefício do próprio condenado, uma vez que, se sujeitando ao

⁵² Supremo Tribunal Federal. STF arquiva HC contra uso de tornozeleira eletrônica em saída temporária, 7 fev. 2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=199339>>. Acesso em: 13 jan. 2014.

⁵³ D’URSO, Luiz Flávio Borges. Avanços das medidas alternativas e o sistema penal. *Revista Jurídica Consulex*, ano XVI, v. 16, n. 360, p. 30-31, 15 jan. 2012, p. 31.

⁵⁴ AZEVEDO, Bruno. Tornozeleira domiciliar: gênese e efetividade de uma ideia. *Revista Jurídica Consulex*, ano XVI, v. 16, n. 360, p. 34-35, 15 jan. 2012, p. 35.

monitoramento, se livrará das influências nefastas do cárcere que poderiam eliminar a sua personalidade⁵⁵.

Expertos mencionam três objetivos básicos do emprego do monitoramento eletrônico: combater a sobrecarga carcerária, reduzir os custos do encarceramento e diminuir os riscos de reincidência criminal⁵⁶.

No entanto, vários fatores devem ser analisados para se chegar a uma conclusão sobre o assunto. Primeiramente, no que se refere à constitucionalidade do texto da lei, Luiz Flávio Gomes opina pela sua constitucionalidade. “Teoricamente não vemos inconstitucionalidade no texto, mas sua aplicação (prática) pode ser inconstitucional, na medida em que o juiz não fundamenta a necessidade concreta da medida (do monitoramento)”⁵⁷. Assim, o texto da lei em si é constitucional, passou pelos ditames legais e foi aprovado; por outro lado, a aplicação prática do instituto fica a cargo das discussões.

O monitoramento eletrônico não previne nem controla o crime, uma vez que somente rastreia a pessoa, e não o que elas fazem⁵⁸. No caso de uma autoria intelectual de crimes, identificar a sua posição geográfica não adiantaria muita coisa⁵⁹. A nova lei pode reduzir o número de fugas, no que diz respeito à saída temporária do regime semiaberto. O que não significa que o monitoramento impedirá, em todas as situações, a fuga; no entanto, vai dificultá-la⁶⁰. Também

⁵⁵ GRECO, Rogério. Monitoração *versus* direito à intimidade. *Revista Jurídica Consulex*, ano XVI, v. 16, n. 360, p. 36-41, 15 jan. 2012, p. 41.

⁵⁶ JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano; MACEDO, Celina Maria. O Brasil e o monitoramento eletrônico. In: *Monitoramento eletrônico: uma alternativa à prisão? Experiências internacionais e perspectivas no Brasil*. Brasília: Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, Ministério da Justiça, 2008. p. 14.

⁵⁷ GOMES, Luiz Flávio. Monitoramento eletrônico, 21 jun. 2010. Disponível em: <http://ww3.lfg.com.br/artigo/20100621151555150_lei-12258-2010-monitoramento-eletronico.html>. Acesso em: 13 jan. 2014.

⁵⁸ Há registros de indivíduos que não vão a seu trabalho ou não frequentam a escola e as sessões de tratamento (atividades que se acoplam ao uso do bracelete em seu pulso ou tornozelo) e dão informações falsas ao pessoal de acompanhamento. Outros apresentam solicitações de jornadas laborais muito extensas e por isso põem em dúvida sua autenticidade (LEAL, César Barros. *Vigilância eletrônica à distância: instrumento de controle e alterativa à prisão na América Latina*. Curitiba: Juruá, 2011. p. 69).

⁵⁹ ZACKESKI, Cristina. A imposição das tornozeleiras. *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, São Paulo: IBCCrim, ano 17, n. 199, p. 7, jun. 2009.

⁶⁰ GOMES, Luiz Flávio. Monitoramento eletrônico, 21 jun. 2010. Disponível em: <http://ww3.lfg.com.br/artigo/20100621151555150_lei-12258-2010-monitoramento-eletronico.html>. Acesso em: 13 jan. 2014.

não alcança a reabilitação dos ofensores e a desmassificação dos centros penitenciários⁶¹.

Por outro lado, em tese, o sistema de monitoramento pode significar menos reincidência em razão do controle do liberado. A questão da reincidência está mais ligada ao amparo do condenado ou liberado, à sua integração na sociedade, na família, no trabalho, etc., do que ao monitoramento. Se houver isso, dificilmente ele voltará a delinquir, porém sem uma estrutura oficial, sem um corpo oficial de funcionários treinados para apoiar o liberado, não se pode esperar muito em termos de diminuição da reincidência⁶².

As penas restritivas de direitos se sobrepõem aos princípios e às garantias constitucionais a pretexto de imprimir maior efetividade ao seu cumprimento, vez que não faria sentido aplicá-las na tentativa de eliminar as indignidades da pena de prisão, se as formas escolhidas para monitorá-las apenas fariam ressuscitar as mazelas e degradações próprias do encarceramento, como a violação da intimidade e da vida privada, além da odiosa estigmatização social dos sentenciados, que teriam que esconder as suas tornozeleiras eletrônicas durante o período de cumprimento da pena⁶³. Em certas circunstâncias, como avaliação médica, ingresso em agência bancária, relação sexual, partida de basquete ou futebol, tornar-se-ia um constrangimento insuperável. Expostas à humilhação pública por esta se assemelhar a uma corrente, a uma cadeia (uma expressão moderna da cadeia com bola de ferro, segundo José Raúl Zaffaroni), as pessoas são perceptivelmente estigmatizadas. Os braceletes, tal como uma marca, um estigma, representariam os judeus, forçados a usar uma estrela de David amarela (os homossexuais um triângulo róseo; as lésbicas e as prostitutas um triângulo preto) e a raspar sua cabeça nos campos de concentração⁶⁴.

Ainda o controle dos movimentos do condenado representaria uma das formas mais odiosas de restrição à liberdade, pois permitiria uma indecente penetração do olhar implacável da vigilância estatal no recinto sagrado da

⁶¹ LEAL, César Barros. *Vigilância eletrônica à distância: instrumento de controle e alternativa à prisão na América Latina*. Curitiba: Juruá, 2011. p. 64.

⁶² GOMES, Luiz Flávio. Monitoramento eletrônico, 21 jun. 2010. Disponível em: <http://ww3.lfg.com.br/artigo/20100621151555150_lei-12258-2010-monitoramento-eletronico.html>. Acesso em: 13 jan. 2014.

⁶³ SIMANTO, Fábio Tofic. O monitoramento eletrônico das penas e medidas alternativas - Efetividade ou fascismo penal? *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, São Paulo: IBCrim, ano 12, n. 145, p. 13-14, dez. 2004.

⁶⁴ LEAL, César Barros. *Vigilância eletrônica à distância: instrumento de controle e alternativa à prisão na América Latina*. Curitiba: Juruá, 2011. p. 67 e 66.

intimidade do lar⁶⁵. Também poderia haver dificuldades de operações daquelas pessoas com escassa escolaridade, principalmente analfabetos, para usarem os ditos mecanismos. São pontos negativos também a mercantilização da tecnologia e a diminuição das alternativas à prisão⁶⁶.

A simples ideia de amarrar os pés do condenado a uma tornozeleira eletrônica, por meio da qual os seus movimentos serão minimamente controlados, não necessita de maiores argumentos racionais para que, a qualquer ser humano, se mostre forma abjeta, degradante e vil de sujeitar o indivíduo ao cumprimento da pena, sendo incompatível com o princípio da humanização das penas, com a própria natureza das penas restritivas de direito⁶⁷ e com a dignidade da pessoa humana. Ademais, constitui um *plus* no controle e na severidade em penas e medidas que regularmente se aplicam sem necessidade desses dispositivos tecnológicos⁶⁸. A transcendência da pena também é muito discutida, vez que tal punição transcende ao usuário e afeta os familiares e outras pessoas que vivem em seu domicílio. Sobre eles se aplica o castigo, de forma indireta, pois têm que suportar as restrições impostas, as chamadas telefônicas e as visitas do pessoal de acompanhamento⁶⁹.

Não bastasse a semelhança dos celulares, desconhece-se até esta data se há incidência de efeitos adversos e danos potenciais à saúde das radiações eletromagnéticas emitidas pelo equipamento em alguém monitorado, não podendo ser menosprezadas as sequelas de ordem psicológicas e os processos alérgicos cutâneos causados pelo uso do equipamento⁷⁰.

⁶⁵ SIMANTOB, Fábio Tofic. O monitoramento eletrônico das penas e medidas alternativas - Efetividade ou fascismo penal? *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, São Paulo: IBCCrim, ano 12, n. 145, p. 13-14, dez. 2004. No mesmo sentido: LEAL, César Barros. *Vigilância eletrônica à distância: instrumento de controle e alternativa à prisão na América Latina*. Curitiba: Juruá, 2011. p. 57.

⁶⁶ LEAL, César Barros. *Vigilância eletrônica à distância: instrumento de controle e alternativa à prisão na América Latina*. Curitiba: Juruá, 2011. p. 67 e 70-71.

⁶⁷ SIMANTOB, Fábio Tofic. O monitoramento eletrônico das penas e medidas alternativas - Efetividade ou fascismo penal? *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, São Paulo: IBCCrim, ano 12, n. 145, p. 14, dez. 2004.

⁶⁸ WEIS, Carlos. Estudo sobre o monitoramento eletrônico de pessoas processadas ou condenadas criminalmente. In: *Monitoramento eletrônico: uma alternativa à prisão? Experiências internacionais e perspectivas no Brasil*. Brasília: Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, Ministério da Justiça, 2008. p.147.

⁶⁹ LEAL, César Barros. *Vigilância eletrônica à distância: instrumento de controle e alternativa à prisão na América Latina*. Curitiba: Juruá, 2011. p. 65.

⁷⁰ Idem, p. 66.

Em relação ao implante de *chip* no interior do corpo do condenado, se estaria impondo uma sanção que prevê a execução de um tratamento cruel, desumano ou degradante, vedado pelo ordenamento jurídico pátrio, e, portanto, violaria o direito à integridade física⁷¹ e a dignidade da pessoa humana. Essa tendência à expansão do controle telemático é um ponto negativo, motivo de posterior inquietude e Jack Love⁷².

Atualmente, o próprio conceito de “humano” e “humanidade” tem se desgastado, se perdendo no relativismo, com graves consequências no presente e futuro. Durante anos investiram-se tanto nos valores humanos e na defesa da dignidade humana, e ao longo do tempo a silenciosa e devastadora ciência e filosofia combinaram para solapar o conceito tradicional de humanidade. Consequentemente, a coerência do que significa ser humano está agora em discussão, e, portanto, os valores humanos e a humanidade estão em perigo: não pela ameaça familiar da destruição em massa e da devastação ecológica, mas por uma ameaça conceitual⁷³.

Debatendo-se nas discussões, se revela um traço em comum ou um pressuposto para a atuação ética perante a humanidade. Esse traço, embora pareça óbvio, é que todas as pessoas são humanas, independentemente das variadas diversidades e por isso as pessoas não podem ser categorizadas, selecionadas, estigmatizadas e excluídas⁷⁴. Qualquer ideologia que fomente uma divisão entre as pessoas, categorizando-as ou rotulando-as com base em alguma informação ou conhecimento, ou ainda com base em alguma característica, no caso o uso da tornozeleira eletrônica, somente reforçará a desigualdade, o preconceito e a falta de solidariedade. Será cada vez mais difícil, então, vencer um sinistro mecanismo psicológico de não identificação, que propicia uma tremenda dificuldade em perceber que os direitos e as garantias daqueles chamados aleatoriamente de

⁷¹ ARMAZA, Emilio José Armaza. Derecho Biomédico y posibles respuestas penales para el tratamiento penal del delincuente imputable peligroso: psicocirurgía, castración química y control telemático. In: CASABONA, Carlos María Romeo; SÁ, Maria de Fátima Freire de (Coord.). *Direito biomédico*: Brasil-Espanha. Belo Horizonte: Editora PUC Minas, 2011. p. 279.

⁷² LEAL, César Barros. *Vigilância eletrônica à distância*: instrumento de controle e alternativa à prisão na América Latina. Curitiba: Juruá, 2011. p. 61.

⁷³ FERNÁNDEZ-ARMESTO, Felipe. *Então você pensa que é humano?* Trad. Rosaura Eichenberg. São Paulo: Companhia das Letras, 2007. p. 9.

⁷⁴ CABETTE, Eduardo Luiz Santos. *Criminologia genética*: perspectivas e perigos. Curitiba: Juruá, 2008. p. 95.

“criminosos”, “marginais”, não são categorias deles, como se fossem categorias apartadas. São, na realidade, as garantias de todos e cada um de “nós”⁷⁵.

Hodiernamente, se faz urgente uma reflexão, a fim de evitar a adoção de reações desesperadas, autoritárias e fantasiosas com relação ao fenômeno criminal: repensar no outro constantemente como semelhante, portador dos mesmos direitos e garantias que a sua condição humana impõe, e que, ao pensar em retirar-lhe esses direitos, estariam retirando de nós mesmos, de familiares, amigos e futuras gerações. A verdadeira emergência em tempos de crise é encarar sem demora o ser humano que há no outro, ou seja, reconhecer e encarar nossa humanidade. Isso sob pena de algum dia se experimentar essa identificação de forma abrupta, quando talvez já seja tarde demais⁷⁶. É preciso adotar um paradigma de aproximação, realizando o reconhecimento do “eu” no “outro” para, a partir daí, possibilitar a compreensão da dignidade do “outro”, embora seja ele diferente. Para isso, é pressuposto a superação do maniqueísmo que caracteriza as divisões estanques entre cidadão/criminoso, certo/errado, tomando consciência das próprias mazelas e ambivalência que caracteriza a todos⁷⁷.

Portanto, só a partir do reconhecimento do “eu” no “outro” é que se poderá avaliar as reais condições e aplicação do monitoramento eletrônico. Os mesmos direitos que serão assegurados para essas pessoas serão assegurados pra todos. Pelo que parece, o Estado dispõe de meios mais adequados e menos gravosos para castigar, com um custo muito inferior, sem monitoração, por meio de penas e medidas fundadas na autodisciplina e no sentido de autorresponsabilidade⁷⁸, e sem ofender a dignidade da pessoa humana. São muitos os que em prisão domiciliar, regime aberto, liberdade condicional e suspensão condicional da pena não precisam ser vigiados eletronicamente, vez que mais cedo ou mais tarde sua autonomia será posta à prova.

⁷⁵ CABETTE, Eduardo Luiz Santos. Valorizando as garantias ou a difícil arte de enxergar o outro como igual. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 12, n. 1359, 22 mar. 2007. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/9636>>. Acesso em: 13 jan. 2014.

⁷⁶ Idem.

⁷⁷ BERISTAIN, Antonio. *Re-encantamiento criminológico em proximidad desde el desencantamiento*. Madrid: Actualidade Penal, 1993. p. 359.

⁷⁸ LEAL, César Barros. *Vigilância eletrônica à distância: instrumento de controle e alternativa à prisão na América Latina*. Curitiba: Juruá, 2011. p. 65.

CONCLUSÃO

A ideia de dignidade tem sido reconstruída ao longo da história dos homens, desde os filósofos da antiguidade clássica, passando pelos pensadores da idade média, passando aos parâmetros racionalistas, até chegar aos dias atuais.

Seus fundamentos filosóficos estão em Immanuel Kant, Jean Paul Sartre, Georg Wilhelm Friedrich Hegel, Ronald Dworkin, Jürgen Habermas, entre outros, que guardam entre si relação de complementariedade. A filosofia kantiana da dignidade da pessoa humana trata o homem como um fim em si mesmo, pois para ele não se deveria prejudicar o próximo e deveria se fazer o possível para melhorar a vida deste, trazendo-lhe condições dignas de sobrevivência. Para Jean Paul Sartre, a dignidade seria um conceito em construção e não é inata. Habermas coloca a dimensão comunicativa da dignidade. A atualidade da concepção hegeliana está no reconhecimento recíproco do fundamento da dignidade e, ao mesmo tempo, a consequência da opção por um estado juridicamente ordenado. Já, para Dworkin, o ponto central do problema está em saber o motivo de a dignidade da pessoa humana ocupar o foco central da preocupação de todos. A dignidade humana foi levada ao centro de sua teoria moral.

A dignidade da pessoa humana serviu de base para o surgimento da formação de Estados com uma Constituição escrita, assegurando os direitos do homem. Nesse contexto, surge o princípio da dignidade da pessoa humana, o qual alcança o *status* de princípio fundamental da República Federativa do Brasil, estando na mesma esfera de igualdade dos demais fundamentos do Estado, como a soberania, a cidadania, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, e o pluralismo político.

Assim, qualquer interpretação das normas da própria constituição ou das normas infraconstitucionais deve observar e respeitar o princípio da dignidade da pessoa humana.

No Brasil, a monitoração eletrônica pode ser realizada em duas hipóteses legais: a) como uma medida cautelar (Lei nº 12.403/2011); e b) como vigilância indireta do preso, nos casos de saídas temporárias durante o regime semiaberto e de concessão de prisão domiciliar (Lei nº 12.258/2010).

Porém, esse instituto põe em cheque alguns direitos fundamentais do indivíduo, tais como o direito à intimidade, direito à honra, direito à imagem, em especial o princípio da dignidade da pessoa humana, entre outros direitos assegurados pela Constituição Federal brasileira e por tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário.

Surgem, então, questionamentos no sentido de que o uso de braceletes ou tornozeleiras eletrônicas poderia significar mais estigmatização do condenado ou, ainda, se poderia ferir o princípio da dignidade da pessoa humana. As discussões são árduas e caminham lado a lado. Há argumentos para todos os lados. Embora haja posicionamento no sentido de que não haveria estigmatização nem feriria o princípio da dignidade, pois o próprio sistema prisional já se encarrega disso, ou, ainda, de que se trata de um progresso na linha de humanização com um mínimo segurança, sendo uma das soluções adotadas nos países mais avançados do ponto de vista democrático, sendo meio de facilitação de saída temporária, não se compartilha desse entendimento.

Diversos fatores devem ser avaliados. Ao passar pela constitucionalidade do texto legal, pela não redução da superpopulação carcerária, pela não prevenção e controle do crime, somado à redução das fugas no que se refere à saída temporária do regime semiaberto e à diminuição da reincidência, em razão do controle do liberado, chega-se a conclusão de que a tendência é estigmatizadora, dependendo da forma como é executado o monitoramento. A tornozeleira pode funcionar inclusive de forma inversa, marginalizando ainda mais o apenado, provocando rejeição social.

Esse monitoramento ainda pode se transformar em uma prisão mental quando essa vigilância é exagerada e descontrolada, gerando uma sensação similar à de um presídio com muros. Pode ainda gerar discriminação dos indivíduos que portam as tornozeleiras, fazendo com que os indivíduos busquem escondê-las por medo de represálias e estigmatização. O controle dos movimentos do condenado representaria uma das formas mais odiosas de restrição à liberdade, permitindo a penetração do olhar implacável do Estado no recinto sagrado da intimidade do lar.

Em relação à forma de monitoramento por meio de implante de *chip* no interior do corpo do condenado, se estaria impondo uma sanção que prevê a execução de um tratamento cruel, desumano ou degradante, vedado pelo

ordenamento jurídico pátrio, e violador do direito à integridade física e à dignidade da pessoa humana.

Hodiernamente, o próprio conceito de “humano” e “humanidade” tem se desgastado, se perdendo no relativismo, com graves consequências no presente e futuro. O traço comum para a atuação ética perante a humanidade é que todos somos humanos, independentemente das variadas diversidades, e por isso as pessoas não podem ser categorizadas, selecionadas, estigmatizadas e excluídas.

É preciso adotar um paradigma de aproximação, repensar no outro como semelhante, portadores dos mesmos direitos e garantias da sua condição humana, e só a partir do reconhecimento do “eu” no “outro” é que se poderá avaliar as reais condições e aplicação do monitoramento eletrônico. Os mesmos direitos que serão assegurados para essas pessoas serão assegurados pra todos. A verdadeira emergência em tempos de crise é encarar sem demora o ser humano que há no outro, ou seja, reconhecer e encarar nossa humanidade.

Conclui-se, assim, que, dependendo da forma como é executado o monitoramento, ele é sim estigmatizador e discriminador, podendo funcionar inclusive de forma inversa, marginalizando ainda mais o indivíduo, provocando rejeição social, transformando-se ainda em uma prisão mental, além de ferir o princípio da dignidade da pessoa humana, o princípio da humanização da pena, direito à intimidade, entre outros fundamentos constitucionais.

REFERÊNCIAS

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

ARMAZA, Emilio José Armaza. Derecho Biomédico y posibles respuestas penales para el tratamiento penal del delincuente imputable peligroso: psicocirurgía, castración química y control telemático. In: CASABONA, Carlos Maria Romeo; SÁ, Maria de Fátima Freire de (Coord.). *Direito biomédico: Brasil-Espanha*. Belo Horizonte: Editora PUC Minas, 2011.

AZEVEDO, Bruno. Tornozeleira domiciliar: gênese e efetividade de uma ideia. *Revista Jurídica Consulex*, ano XVI, v. 16, n. 360, p. 34-35, 15 jan. 2012.

BERISTAIN, Antonio. *Re-encantamiento criminológico em proximidad desde el desencantamiento*. Madrid: Actualidade Penal, 1993.

CABETTE, Eduardo Luiz Santos. *Criminologia genética: perspectivas e perigos*. Curitiba: Juruá, 2008.

_____. Valorizando as garantias ou a difícil arte de enxergar o outro como igual. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 12, n. 1359, 22 mar. 2007. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/9636>>. Acesso em: 13 jan. 2014.

CAMARGO, Marcelo Novelino. *O conteúdo jurídico da dignidade da pessoa humana*. Leituras complementares de Constitucional – Direitos Fundamentais. Salvador: Podium, 2007.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2004.

CISNEROS, María Poza. Las nuevas tecnologías en el ámbito penal. *Revista del Poder Judicial*, n. 65, p. 59-134, 2002.

D'URSO, Luiz Flávio Borges. Avanços das medidas alternativas e o sistema penal. *Revista Jurídica Consulex*, ano XVI, v. 16, n. 360, p. 30-31, 15 jan. 2012.

DWORKIN, Ronald. *El Domínio de la Vida*. Una Discusión Acerca del Aborto, de Eutanasia y la Libertad Individual. Trad. Ricardo Caracciolo e Victor Ferreres. 1. reimp. Barcelona: Ariel, 1998.

FERNÁNDEZ-ARMESTO, Felipe. *Então você pensa que é humano?* Trad. Rosaura Eichemberg. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

GOMES, Luiz Flávio. Monitoramento eletrônico, 21 jun. 2010. Disponível em: <http://ww3.lfg.com.br/artigo/20100621151555150_lei-12258-2010-monitoramento-eletronico.html>. Acesso em: 13 jan. 2014.

GRECO, Rogério. Monitoração versus direito à intimidade. *Revista Jurídica Consulex*, ano XVI, v. 16, n. 360, p. 36-41, 15 jan. 2012.

JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano; MACEDO, Celina Maria. O Brasil e o monitoramento eletrônico. In: *Monitoramento eletrônico: uma alternativa à prisão? Experiências Internacionais e Perspectivas no Brasil*. Brasília: Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, Ministério da Justiça, 2008.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Lisboa: Edições 70, 1986.

LEAL, César Barros. *Vigilância eletrônica à distância: instrumento de controle e alternativa à prisão na América Latina*. Curitiba: Juruá, 2011.

LEMOS, Rafael Diogo Diógenes. A dignidade da pessoa humana: conteúdo, limites e possibilidades. *Revista Disc. Jur.*, Campo Mourão, v. 4, n. 2, p. 41-63, ago./dez. 2008.

LOUREIRO, João Carlos Gonçalves. O direito à intimidade genética do ser humano. In: *Portugal-Brasil Ano 2000*. Coimbra: Coimbra, 1999.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 3. ed. Coimbra: Coimbra, t. IV, 2000.

MORAIS, Paulo Iasz. Falta de tornoeleiras põe em xeque monitoramento. *Revista Consultor Jurídico*, 22 dez. 2010. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2010-dez-22/falta-tornoeleiras-ameaca-criterios-uso-equipamento>>. Acesso em: 13 jan. 2014.

MOTTA, Francisco José Borges. Ronaldo Dworkin e o sentido da vida. *Revista Consultor Jurídico*, 16 fev. 2013. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-fev-16/diario-classe-ronald-dworkin-sentido-vida>>. Acesso em: 13 fev. 2014.

PETTERLE, Selma Rodrigues. *O direito fundamental à identidade genética na Constituição brasileira*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

REGHELIN, Elisângela Melo. *Crimes sexuais violentos: tendências punitivas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

RODRIGUES, Marcelo Nairon. Liberdade vigiada: a monitoração eletrônica como ferramenta de controle e cidadania. *Revista Jurídica Consulex*, ano XVI, v. 16, n. 360, p. 28-29, 15 jan. 2012.

ROSSINI, Augusto Eduardo de Souza. Monitoração eletrônica no sistema penal brasileiro. *Revista Jurídica Consulex*, ano XVI, v. 16, n. 360, p. 32-33, 15 jan. 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia de direito e direito constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

_____. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 3. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SARTRE, Jean Paul. *O ser e o nada*. 13. ed. Petrópolis/Rio de Janeiro: Vozes, 2005.

SEELMAN, Kurt. Pessoa e dignidade da pessoa humana na filosofia de Hegel. Trad. de Rita Dostal Zanini. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia de direito e direito constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SILVA, Reinaldo Pereira e. *Introdução ao biodireito: investigações político-jurídicas sobre o estatuto da concepção humana*. São Paulo: LTr, 2002.

SIMANTO, Fábio Tofic. O monitoramento eletrônico das penas e medidas alternativas – Efetividade ou fascismo penal? *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, São Paulo: IBCCrim, ano 12, n. 145, p. 13-14, dez. 2004.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. STF arquiva HC contra uso de tornoeleira eletrônica em saída temporária, 7 fev. 2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=199339>>. Acesso em: 13 jan. 2014.

VAZ, Denise Provasi. Monitoração eletrônica de presos: limites legais e constitucionais. *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, São Paulo: IBCCrim, ano 18, n. 216, p. 4-5, nov. 2010.

WEBER, Thadeu. *Ética e filosofia política: Hegel e o formalismo kantiano*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1999.

WEIS, Carlos. Estudo sobre o monitoramento eletrônico de pessoas processadas ou condenadas criminalmente. In: *Monitoramento eletrônico: uma alternativa à prisão? Experiências internacionais e perspectivas no Brasil*. Brasília: Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, Ministério da Justiça, 2008.

ZACKSESKI, Cristina. A imposição das tornozeleiras. *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, São Paulo: IBCCrim, ano 17, n. 199, p. 6-8, jun. 2009.

ZENNI, Alessandro Severino Vallér. *A crise do direito liberal na pós-modernidade*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2006.

CONSTITUIÇÃO, DIREITOS FUNDAMENTAIS E PROCESSO PENAL: A DISCUSSÃO EM TORNO DA LEGITIMIDADE JURÍDICO-CONSTITUCIONAL DA REALIZAÇÃO DO INTERROGATÓRIO DO RÉU NO INÍCIO OU AO FINAL DA INSTRUÇÃO

CONSTITUTION, FUNDAMENTAL RIGHTS AND CRIMINAL PROCEDURE: THE DEBATE OVER THE LEGAL AND CONSTITUTIONAL LEGITIMACY OF THE DEFENDANT INTERROGATORY AT THE BEGINNING OR AT THE END OF THE TRIAL

Ingo Wolfgang Sarlet¹

Doutor e Pós-Doutor em Direito pela Ludwig-Maximilians-Universität-München

Jayme Weingartner Neto²

Doutor (PUCRS) e Mestre (Coimbra) em Direito

RESUMO: O presente artigo discute, em perspectiva jurídico-constitucional, a realização do interrogatório no início ou no final da instrução em processo penal, avaliando o problema à vista das exigências da ampla defesa e do devido processo legal e da assim designada dimensão objetiva dos direitos fundamentais.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos fundamentais; processo penal; interrogatório do réu.

ABSTRACT: *This article discusses, in legal and constitutional perspective, the realization of the defendant's interrogatory at the beginning or at the end of the criminal trial, evaluating the problem in light of due process requirements and the so called objective dimension of fundamental rights.*

KEYWORDS: *Fundamental rights; criminal trial; interrogatory of the defendant.*

¹ Professor Titular da Faculdade de Direito e dos Programas de Pós-Graduação em Direito e em Ciências Criminais (Mestrado e Doutorado) da PUCRS, Professor da Escola Superior da Magistratura do RS (AJURIS), Juiz de Direito no RS e Juiz Efetivo do TRE/RS (biênio 2013-14).

² Professor do Programa de Mestrado em Direito da UNILASALLE, Desembargador junto ao Tribunal de Justiça do RS.

SUMÁRIO: 1 Introdução: apresentando e delimitando o problema; 2 As razões em causa e o posicionamento do Supremo Tribunal Federal; 3 A fundamentação constitucional: máxima eficácia das normas de direitos fundamentais e a sua respectiva dimensão objetiva; Conclusão.

SUMMARY: 1 Introduction: presenting and defining the problem; 2 The reasonings in debate and the position of the Supreme Court; 3 The constitutional foundation: maximum effectiveness of fundamental rights rules and their respective objective dimension; Conclusion.

1 INTRODUÇÃO: APRESENTANDO E DELIMITANDO O PROBLEMA

Diferentemente do que prevê o art. 400 do Código de Processo Penal brasileiro (doravante apenas CPP), de acordo com o qual o interrogatório do denunciado deverá ser realizado ao final da fase instrutória, após a inquirição das testemunhas, são diversos os diplomas legislativos (com destaque para o art. 57 da Lei de Drogas e para a legislação penal eleitoral) que preveem que seja tal ato realizado – como, de resto, correspondia à regra antes da alteração do CPP – na fase inicial do processo, ou seja, antes da coleta da prova testemunhal.

Muito embora a ressalva estabelecida no próprio art. 400 do CPP, no sentido de que exigência do interrogatório ao final da instrução não é aplicável a procedimentos que obedecem a rito previsto em lei especial, sobreveio relativamente acirrada discussão sobre a legitimidade constitucional de tal previsão, já que a realização do ato depois da inquirição das testemunhas teria o condão justamente de assegurar ao denunciado a possibilidade de se manifestar – em homenagem ao direito de ampla defesa – por último. Contudo, importa ter em conta que em causa não está somente a garantia (direito fundamental) da ampla defesa, mas também aspectos de segurança jurídica e mesmo questões relevantes em matéria de interpretação constitucional e compreensão dos critérios de solução de antinomias jurídicas.

Por outro lado, verifica-se que a jurisprudência segue dividida e não fornece referenciais seguros, havendo tanto Magistrados que acabaram superando o critério da especialidade e passaram a realizar o interrogatório ao final quanto os que seguem, especialmente em se tratando da legislação de drogas, colhendo a versão do réu na fase inaugural da instrução.

As razões esgrimidas em prol da manutenção do interrogatório no início do processo são diversas e merecem toda a consideração, razão, aliás, da própria existência deste texto. Ademais, não se cuida apenas de estabelecer o

momento constitucionalmente correto para a coleta do interrogatório, mas sim de identificar as consequências jurídicas advindas de sua desconsideração. Assim, por exemplo, é possível invocar o argumento de que o interrogatório no início, de modo suficiente e eficaz, assegura o contraditório e a ampla defesa. Além disso, por razões de segurança jurídica, assume relevo a circunstância de que, embora aplicando não apenas a lei especial, mas também cumprindo a própria ressalva do art. 400 do CPP, a declaração de nulidade do ato realizado no início da instrução estaria a consagrar uma espécie de inconstitucionalidade superveniente por força de alteração de lei ordinária geral, sem prejuízo da instabilidade daí resultante³.

Assim, esboçada a questão, o que se pretende é avaliar as razões favoráveis e contrárias, especialmente tal como esgrimidas na esfera jurisprudencial, ao interrogatório no final da instrução, mesmo no caso de previsão diversa em lei especial, quanto à sua consistência constitucional, designadamente à vista da dimensão organizatória e procedimental dos direitos fundamentais (vinculada ao que se convencionou designar de sua dimensão objetiva), com destaque para o direito-garantia da ampla defesa e a correta aplicação dos princípios diretivos da interpretação constitucional. Além disso, convém frisar, há que dialogar com as exigências nucleares da segurança jurídica, incluindo o respeito a precedentes dos Tribunais Superiores, especialmente no que diz respeito ao problema das consequências advindas da violação de eventual direito de matriz constitucional e da prática decisória do Supremo Tribunal Federal (STF).

2 AS RAZÕES EM CAUSA E O POSICIONAMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Como já sinalizado, a realização – em todos os procedimentos criminais (mesmo os previstos em legislação especial) – do interrogatório ao final da instrução tem sido amplamente discutida nos diversos segmentos do Poder Judiciário nacional⁴, tendo, ademais, aportado nos Tribunais Superiores, designadamente, para o efeito de nossa análise, dada a relevância constitucional da matéria, o STF. Nas instâncias ordinárias, igualmente segue controversa a questão, como dá conta, em caráter meramente ilustrativo, o caso da jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, onde se verifica

³ Cf., por exemplo, voto divergente na Apelação Crime nº 70053096376, TJRS, 3ª C.Crim., Rel. Des. Diógenes Vicente Hassan Ribeiro, J. 28.03.2013.

⁴ Basta referir, aqui, o processo penal militar e o processo penal eleitoral.

dissídio sobre a matéria⁵. Todavia, antes de apresentar e comentar a orientação do STF e encaminhar a nossa posição sobre o tema, convém esboçar de forma mais precisa o problema e suas principais dimensões.

Conforme alteração trazida pela Lei nº 11.719/2008, o art. 400 do Código de Processo Penal passou a ter a seguinte redação:

Art. 400. Na audiência de instrução e julgamento, a ser realizada no prazo máximo de 60 (sessenta) dias, proceder-se-á à tomada de declarações do ofendido, à inquirição das testemunhas arroladas pela acusação e pela defesa, nesta ordem, ressalvado o disposto no art. 222 deste Código, bem como aos esclarecimentos dos peritos, às acareações e ao reconhecimento de pessoas e coisas, interrogando-se, em seguida, o acusado.

O procedimento ordinário, ao qual se refere o texto do mencionado art. 400, tem aplicação quando inexistente previsão em ordem de legislação especial ou outra disposição em sentido contrário, na hipótese de sanção máxima cominada igual ou superior a 4 (quatro) anos de privação de liberdade (art. 394, § 1º, inciso I). Portanto, haveria óbice a arrostar já na partida, pois o procedimento ordinário é uma das modalidades do procedimento comum (art. 394, § 1º, do CPP) e cederia diante de lei especial, nos termos da própria Lei nº 11.719/2008, que incluiu o § 2º no art. 394. Mais ainda: quando a nova legislação (Lei nº 11.719/2008) pretendeu aplicação geral, sem ressalva de lei especial, explicitamente o comandou (precisamente no § 4º do art. 394 em comento), caso das disposições dos arts. 395 a 398 do Código de Processo Penal.

De qualquer sorte, a despeito da ressalva estabelecida no que diz com disposição de caráter especial em sentido diverso, passou a ganhar (mais) espaço a tese de que a realização do interrogatório ao final do procedimento, nos termos da atual redação do art. 400 do CPP, *garante ao acusado a plenitude do direito constitucional à ampla defesa e ao contraditório*. A aplicação disso aos procedimentos regradados por legislação especial (como é o caso, pela sua relevância, da assim chamada Lei de Drogas [Lei nº 11.343/2006] ou mesmo na seara da legislação

⁵ Para ilustrar a controvérsia, no âmbito do TJRS, posiciona-se pelo interrogatório ao final, na Lei de Drogas, a 3ª Câmara Criminal (*v.g.*, Apelação Crime nº 70058577255, TJRS, 3ª C.Crim., Rel. Des. Diógenes Vicente Hassan Ribeiro, J. 12.06.2014), ao passo que a 1ª e a 2ª Câmaras, fazendo prevalecer a especialidade, chancelam o interrogatório ao início da audiência (por exemplo, Apelação Crime nº 70056951502, TJRS, 1ª C.Crim., Rel. Des. Julio Cesar Finger, J. 09.04.2014; Apelação Crime nº 70050078617, TJRS, 2ª C.Crim., Relª Desª Lizete Andreis Sebben, J. 26.06.2014).

eleitoral), atenderia, segundo determinada linha argumentativa, ao princípio da máxima eficácia e efetividade da Constituição, uma das linhas mestras da interpretação constitucional⁶, ademais de se tratar de desdobramento da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, que implicam deveres de proteção do Estado e exercem uma função organizatória e procedimental, que, entre outras derivações, estabelece um dever de assegurar a via procedimental mais efetiva em termos de proteção dos direitos fundamentais, desde que disso não resulte compressão desproporcional de outros direitos e garantias de matriz constitucional. Tal linha de argumentação carece, todavia, de maior aprofundamento, notadamente tendo em conta as peculiaridades do problema concreto que ora se discute.

Nesse contexto, é possível invocar o argumento de que a ressalva expressa à existência de “disposições em contrário” (§ 2º do indigitado art. 394 do Código de Processo Penal) – a indicar que, inexistindo, na Lei de Drogas, regra explícita determinando seja o interrogatório realizado ao final da instrução, ou mesmo havendo vedação de tal possibilidade (como é o caso, precisamente, do que se pode inferir da leitura do *caput* do art. 57 da Lei nº 11.343/2006) – dificulta a incidência do disposto no art. 394, § 5º, que resguarda a possibilidade de aplicação subsidiária, aos procedimentos especial, sumário e sumaríssimo, das disposições do procedimento ordinário. Verifica-se, neste nódulo problemático, a necessidade de *compatibilizar* os dispositivos da legislação especial (anterior) e da comum (geral e posterior), o que, aliás, representa a generalidade das situações, já que, ao menos por ora, a legislação que não prevê o interrogatório como último ato da instrução é anterior à reforma do art. 400 do CPP.

Dito de outra forma, no esforço de clareza: as inovações trazidas pela Lei nº 11.719/2008 concernem aos ritos ordinário, sumário e sumaríssimo. A ação penal que versa sobre o crime de tráfico de drogas tem previsão em legislação especial, cabendo, no caso, observar o procedimento estabelecido nos arts. 54 a 59 da Lei nº 11.343/2006. Nada obstante, a *conciliação* do rito previsto na Lei nº 11.343/2006 com a disposição do art. 400 do CPP se nos parece possível. Com efeito, além de *não existir, em rigor lógico, incompatibilidade entre as normas*⁷,

⁶ Cf., entre tantos: CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina. p. 1224.

⁷ Daí porque não há que se cogitar de derrogação do art. 57 da Lei nº 11.343/2006, nos exatos lindes do § 1º do art. 2º do Decreto-Lei nº 4.657/1942 (Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro, com redação dada pela Lei nº 12.376/2010). Aliás, o art. 400 do CPP, em nossa opinião, amolda-se justamente ao § 2º do art. 2º da Lei de Introdução, não revogando nem modificando a lei anterior.

trata-se de atender, como já adiantado, ao dever de assegurar a alternativa mais favorável em termos de proteção dos direitos e garantias fundamentais do acusado.

Mas a questão, embora possa parecer, em uma primeira mirada, de fácil elucidação, não é assim tão singela.

Uma primeira objeção – já aventada – vai no sentido de que não é necessariamente correta a afirmação de que o interrogatório ao final da instrução estabeleça inexoravelmente um regime mais benéfico para o réu, pois este poderá mesmo, estrategicamente, querer trazer sua versão o quanto antes ao feito, inclusive podendo, com isso, agilizar eventual liberdade provisória. Que tal argumento não pode subsistir, por si só, como apto a afastar a tese aqui sufragada, já se percebe pelo fato de que, ao final da instrução, o réu terá a oportunidade de direcionar a sua defesa (e autodefesa) de modo muito mais seguro, à vista das provas já colhidas, dos depoimentos de vítimas e testemunhas. Além disso, sempre resta a alternativa de deferir, mediante específico e tempestivo requerimento por parte da defesa, seja o réu interrogado no início da instrução, de modo a ter assegurada a sua liberdade de opção e de avaliação quanto à conveniência e oportunidade do ato, sem prejuízo de se permitir, seja o interrogatório renovado ao final, caso aferida a necessidade.

Importa frisar que o próprio STF já sinalou (ao enfrentar a questão do interrogatório das ações penais originárias do STF) a prevalência do art. 400 do CPP, com a redação dada pela Lei nº 11.719/2008, em detrimento do previsto no art. 7º da Lei nº 8.038/1990, porque propicia maior eficácia à defesa, sendo tal *prática benéfica à defesa e em uma interpretação teleológica e sistemática do direito* (STF, AgRg-Ação Penal nº 528, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Julgado em 24.03.2011), muito embora – convém frisar – a Corte Suprema tenha ressalvado as ações penais nas quais o interrogatório já havia sido realizado.

Na mesma linha, mais recentemente, em relação ao processo penal militar, julgados no sentido de que a “máxima efetividade das garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa (CRFB, art. 5º, LV), dimensões elementares do devido processo legal (CRFB, art. 5º, LIV, CF) e cânones essenciais do Estado Democrático de Direito (CRFB, art. 1º, *caput*) impõem a incidência da regra geral do CPP” (HC 115698/AM, Rel. Min. Luiz Fux, 1ª Turma, J. em 25.06.2013 e HC 115530/PR, Rel. Min. Luiz Fux, 1ª Turma, J. em 25.06.2013). No mesmo sentido, vale invocar a decisão – também do STF – na Medida Cautelar no *Habeas Corpus* nº 107795 – MC/SP, Relator Ministro Celso de Mello, Julgada em 28.10.11,

que destaca a utilização de *opção hermenêutica que se mostra mais compatível com o exercício pleno do direito de defesa*.

Todavia, o mesmo STF, posteriormente ao primeiro precedente citado (AgRg-Ação Penal nº 528, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Julgado em 24.03.2011), consignou a impossibilidade de novo interrogatório ao final da instrução, justamente no que tange à Lei nº 11.343/2006, acenando, no caso, com o princípio da especialidade. Convém ter em conta, contudo, que uma leitura atenta do julgado parece demonstrar que o motivo determinante da decisão foi o fato do interrogatório em tela ter ocorrido antes da inovação do Código de Processo Penal. Confira-se a ementa:

EMENTA: *HABEAS CORPUS* - PROCESSUAL PENAL - PACIENTE PROCESSADA PELO DELITO DE ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO SOB A ÉGIDE DA LEI Nº 11.343/2006 - PEDIDO DE NOVO INTERROGATÓRIO AO FINAL DA INSTRUÇÃO PROCESSUAL - ART. 400 DO CPP - IMPOSSIBILIDADE - PRINCÍPIO DA ESPECIALIDADE - ATO PRATICADO CONFORME A LEI VIGENTE À ÉPOCA - AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DO PREJUÍZO - ORDEM DENEGADA.

I - Se a paciente foi processada pela prática do delito de associação para o tráfico, sob a égide da Lei nº 11.343/2006, o procedimento a ser adotado é o especial, estabelecido nos arts. 54 a 59 do referido diploma legal.

II - O art. 57 da Lei de Drogas dispõe que o interrogatório ocorrerá em momento anterior à oitiva das testemunhas, diferentemente do que prevê o art. 400 do Código de Processo Penal.

III - O princípio processual do *tempus regit actum* impõe a aplicação à lei vigente à época em que o ato processual deve ser praticado, como ocorreu, não havendo razão jurídica para se renovar o interrogatório da ré, como último ato da instrução.

IV - Este Tribunal assentou o entendimento de que a demonstração de prejuízo, “a teor do art. 563 do CPP,

é essencial à alegação de nulidade, seja ela relativa ou absoluta, eis que, [...] o âmbito normativo do dogma fundamental da disciplina das nulidades *pas de nullité sans grief* compreende as nulidades absolutas” (HC 85.155/SP, Rel^a Min. Ellen Gracie).

V – Ordem denegada (HC 113625/RJ, 2^a Turma, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, J. em 11.12.2012).

Entretanto, e sem conflito normativo intertemporal, em mais recente e específica decisão, o STF concluiu que, “realizado o interrogatório da recorrente sob o comando previsto no art. 57 da Lei de Drogas, não há razão jurídica para determinar a sua renovação como último ato da instrução”. Saliente alguma tergiversação em relação à Lei de Drogas, a decisão mencionada faz prevalecer o critério da especialidade, a significar interrogatório prévio:

RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS* – PROCESSUAL PENAL – PACIENTE PROCESSADA PELO DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS SOB A ÉGIDE DA LEI Nº 11.343/2006 – PEDIDO DE NOVO INTERROGATÓRIO AO FINAL DA INSTRUÇÃO PROCESSUAL – ART. 400 DO CPP – IMPOSSIBILIDADE – PRINCÍPIO DA ESPECIALIDADE – AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DO PREJUÍZO – RECURSO ORDINÁRIO IMPROVIDO – I – Se a paciente foi processada pela prática do delito de tráfico ilícito de drogas, sob a égide da Lei nº 11.343/2006, o procedimento a ser adotado é o especial, estabelecido nos arts. 54 a 59 do referido diploma legal. II – O art. 57 da Lei de Drogas dispõe que o interrogatório ocorrerá em momento anterior à oitiva das testemunhas, diferentemente do que prevê o art. 400 do Código de Processo Penal. III – Este Tribunal assentou o entendimento de que a demonstração de prejuízo, “a teor do art. 563 do CPP, é essencial à alegação de nulidade, seja ela relativa ou absoluta, eis que [...] o âmbito normativo do dogma fundamental da disciplina das nulidades *pas de nullité sans grief* compreende as nulidades absolutas” (HC 85.155/SP, Rel^a Min. Ellen Gracie). IV – Recurso

ordinário improvido (RHC 116713/MG, 2ª Turma, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Julgado em 11.06.2013).⁸

À vista do exposto, é possível afirmar que, no âmbito do STF, ainda não se verifica uma posição uníssona em relação à exigência de ser o interrogatório prévio ou posterior à inquirição das testemunhas, inclusive quanto ao tipo de procedimento em que isso deve ser observado, dada a existência de diversos ritos especiais. Mas a situação não se apresenta diversa nos demais Tribunais Superiores, nos quais também ainda impera o dissídio⁹.

Em que pese o foco ser a matriz constitucional, razão pela qual se prioriza o STF, a ausência de uma diretriz firme por parte da nossa Corte Constitucional acaba por favorecer a insegurança jurídica, especialmente no que diz respeito às consequências do ato, pois, a depender da hipótese, poderá (ou não) resultar a nulidade do feito a contar da fase instrutória. Daí mais uma razão a justificar a necessidade de uma sólida fundamentação, designadamente de matriz constitucional, do que nos ocuparemos na sequência, sem, contudo, restringir o espectro argumentativo aos votos proferidos pelos Ministros do STF, embora com os mesmos mantendo necessário diálogo.

3 A FUNDAMENTAÇÃO CONSTITUCIONAL: MÁXIMA EFICÁCIA DAS NORMAS DE DIREITOS FUNDAMENTAIS E A SUA RESPECTIVA DIMENSÃO OBJETIVA

Em uma primeira aproximação, ponderável a tese de que o interrogatório ao final (pelo menos como regra a ser observada pelos Magistrados na condução do processo) decorreria – consoante já apontado – do princípio hermenêutico da máxima eficácia e efetividade da Constituição, que “implica o dever do intérprete e aplicador de atribuir o sentido que assegure maior eficácia às normas constitucionais. Assim, verifica-se que a interpretação pode servir de instrumento para assegurar a otimização da eficácia e da efetividade, e, portanto, também da força normativa da constituição”¹⁰. De modo que, podendo optar por duas

⁸ Em sentido idêntico: HC 121.953/MG, 2ª T., Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Julgado em 10.06.2014.

⁹ No STJ, por exemplo, a tendência, em relação à Lei de Drogas, é no sentido de preponderar o art. 57 da Lei Especial, e.g. HC 267.598/MG, 6ª T., Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, J. 13.05.2014 (no caso, havia conexão com a Lei nº 10.826/2003, que segue o rito comum ordinário, e mesmo assim prevaleceu a unidade de processo e julgamento segundo a Lei nº 11.343/2006: interrogatório como primeiro ato da audiência de instrução e julgamento).

¹⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. O sistema constitucional brasileiro. In: _____; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 215.

regras diversas, prefere-se aquela que mais concretiza – como se dá na hipótese (ao menos, é o que se sustenta enfaticamente) – o direito fundamental à ampla defesa, *a priori* o art. 400 do CPP, mas não inexoravelmente, podendo a estratégia de defesa, pessoal ou técnica, por miríades de razões, optar pelo interrogatório ao início, aspecto que, contudo, será desenvolvido mais adiante. Por outro lado, a simples afirmação genérica e desacompanhada de maior fundamentação à luz do caso ora discutido, de que se está dando cumprimento ao mandamento da interpretação mais favorável a direito fundamental, por si só, pouco nos diz e reclama cuidadosa reflexão adicional.

Nessa perspectiva, há que conciliar o mandamento da máxima eficácia e efetividade em matéria da interpretação/aplicação de normas jusfundamentais com aquilo que se tem designado de dimensão objetiva dos direitos fundamentais, que, a par de direitos subjetivos, também representam decisões valorativas de natureza jurídico-objetiva da Constituição, que se projetam em todo o ordenamento jurídico. Dito de outro modo, os direitos fundamentais passaram a apresentar-se, no âmbito da ordem constitucional, como um conjunto de valores objetivos básicos e fins diretivos da ação positiva dos Poderes Públicos, e não apenas garantias negativas (e positivas) dos interesses individuais¹¹. Desta categoria dogmática, a doutrina e a jurisprudência constitucionais derivam a assim chamada eficácia irradiante dos direitos fundamentais, no sentido de que estes, na sua condição de direito objetivo, fornecem impulsos e diretrizes para aplicação e interpretação do direito infraconstitucional, implicando uma interpretação conforme aos direitos fundamentais de todo ordenamento jurídico¹². Da dimensão objetiva derivam, ainda, os deveres de proteção do Estado (gradativamente reconhecidos pelo STF, *v.g.*, HC 104410), que, naturalmente, implicam deveres de atuação do Estado (prestação), inclusive no que se pode designar (terceira derivação da dimensão objetiva) por função organizatória e procedimental.

Já na perspectiva das posições subjetivas das quais é investido o titular dos direitos fundamentais, consolidou-se a noção de que tais desdobramentos da dimensão objetiva (deveres de proteção e dimensão organizatória e procedimental) representam espécies do gênero direitos a prestações (ou direitos positivos), visto que seu objeto é o de assegurar ao indivíduo a execução

¹¹ HESSE, Konrad. *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. 20. ed. Heidelberg: C.F.Müller, 1995. p. 133.

¹² Cf., por todos, na doutrina brasileira: MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo G. *Curso de direito constitucional*. 8. ed. São Paulo: Saraiva. p. 166 e ss.

(implementação) de procedimentos ou organizações em geral, ou mesmo a possibilidade de participação em procedimentos ou estruturas organizacionais já existentes¹³. Assim, a dimensão objetiva implica, em certa medida, uma subjetivação, ou seja, a *possibilidade de invocar tais efeitos perante o Poder Judiciário, no caso, o direito do réu de exigir a aplicação de normas processuais que mais concretizem seu direito fundamental à ampla defesa*, e, na perspectiva do Estado, o correlato dever de emitir (cuidando-se de hipótese de ausência de lei) e aplicar (o que vale para o Estado-juiz) as normas procedimentais mais adequadas ao efetivo exercício da ampla defesa.

Em suma, com o reforço da positividade constitucional, a partir do disposto no art. 5º, § 1º, da CF e da assim chamada dimensão objetiva e de seus desdobramentos, é possível sustentar a existência – ao lado de um dever de aplicação imediata – de um dever, por parte dos órgãos estatais (mas com ênfase nos órgãos jurisdicionais, a quem incumbe inclusive a revisão dos atos dos demais entes estatais nos casos de violação da Constituição), de atribuição da máxima eficácia e efetividade possível às normas de direitos fundamentais¹⁴.

Tal dever, de maximização da eficácia das normas de direitos fundamentais, evidentemente não dispensa o exame criterioso de cada caso e a avaliação do impacto da opção, no caso judicial, de, por força de uma interpretação conforme aos direitos fundamentais (ainda que não tomada no sentido estrito da técnica de interpretação conforme a constituição), superar a regra legal (frise-se, infraconstitucional!) de caráter especial para aplicação de alternativa mais favorável à ampla defesa e especialmente à defesa pessoal do réu, quando tal opção não implica restrição de outro direito fundamental (o que é precisamente que se verifica na hipótese) ou quando eventual restrição de outro bem de hierarquia constitucional, no âmbito de uma avaliação relacional, atende às exigências da proporcionalidade.

Assim, pode o interrogatório ser realizado ao final da instrução probatória em detrimento do disposto na legislação específica, sem que tal heterotopia comprometa o *telos* da audiência e sem que disso resulte compressão indevida de outros direitos e bens constitucionais. Todavia, muito embora essa – à vista de uma exegese afinada com as exigências dos direitos fundamentais e dos

¹³ Cf. por todos: ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. 2. ed. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994. p. 395 e ss.

¹⁴ Cf. SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 261 e ss.

respectivos deveres de proteção estatais – seja, s.m.j., a melhor resposta para a situação examinada, nada impede, muito antes pelo contrário, que, a pedido da defesa, no concreto exercício do direito fundamental esculpido no inciso LV do art. 5º da CF, o interrogatório aconteça no início da fase instrutória, antes da coleta da prova oral, pena de configurado cerceamento.

De todo modo, há que considerar algumas questões adicionais, designadamente em virtude de suas implicações jurídicas.

Assim, é o caso de se indagar o que ocorre quando o Magistrado condutor do processo criminal não tiver designado o interrogatório ao final e tiver havido requerimento prévio (tempestivo) da defesa nesse sentido. Verificada tal hipótese, será o processo nulo, a contar da audiência? A resposta, em princípio, será sim, considerando-se, no caso, cerceamento da mais ampla defesa.

Além disso, cabe avaliar, no caso ventilado, se está em face de nulidade sanável (relativa) ou insanável (absoluta)? Na esteira do regime das nulidades tal como estabelecido pelo STF, trata-se, todavia, de nulidade relativa, a depender de arguição oportuna (pena de preclusão) e demonstração do prejuízo. Entretanto, é de se aventar indicativo de prejuízo pela perda da oportunidade de exercer a autodefesa de acordo com a estratégia previamente estabelecida, o que deve ser aferido em conjunto com a correlata condenação e trecho da prova oral sobre a qual o réu não pode ofertar sua versão – presunção que não subsistiria, quer nos parecer, em face de confissão espontânea ou exercício do direito constitucional ao silêncio.

Outra interrogação diz com a reiteração do interrogatório, caso realizado no início. Tal providência (reiteração, ao final, do interrogatório realizado no início) supre a irregularidade, havendo, ou não, pedido da defesa nesse sentido? Tem-se que sim, salvo demonstração em contrário, pois, ao fim e ao cabo, oportunizou-se manifestação da defesa pessoal acerca do prova oral colhida.

CONCLUSÃO

Enfim, sem desconsiderar as regras (art. 57 da Lei nº 11.343/2006), a posição externada no presente texto ainda ampara-se na preferência pela lei (art. 400 do Código de Processo Penal) e harmoniza a segurança jurídica, valor forte da normativa processual, com o exercício concreto da ampla defesa, outro pilar constitucional do Estado Democrático de Direito e que possibilita a pacificação social com justiça, aqui compreendida como aquela que emerge do contraditório, na trilha do devido processo legal substancial e afinado com as exigências da ampla defesa.

A EXPANSÃO DO CONCEITO DE PRIVACIDADE E A EVOLUÇÃO NA TECNOLOGIA DE INFORMAÇÃO COM O SURGIMENTO DOS BANCOS DE DADOS

EXPANDING THE CONCEPT OF PRIVACY AND INFORMATION TECHNOLOGY DEVELOPMENTS IN THE EMERGENCE OF DATABASES

Joana de Moraes Souza Machado¹

Professora efetiva da Universidade Federal do Piauí – UFPI

RESUMO: O presente estudo pretende demonstrar a evolução do conceito de privacidade, diante dos modernos recursos tecnológicos utilizados para a coleta e o tratamento de informações pessoais. A privacidade não pode mais ser analisada apenas pelo aspecto do recato e isolamento, necessitando uma ampliação da interpretação deste direito dito fundamental. Neste trabalho, defende-se o direito à autodeterminação informativa, consubstanciada no direito que o cidadão tem de controlar as informações pessoais que estejam em poder de bancos de dados. Para tanto, faz-se necessário, de forma urgente, a regulamentação desta garantia por lei específica, com a finalidade de se estabelecer um conjunto de regras e princípios para o tratamento de dados pessoais, de modo que seja tutelada, de forma efetiva, a privacidade informacional do cidadão.

PALAVRAS-CHAVE: Privacidade; informação; bancos de dados.

ABSTRACT: *This study aims to demonstrate the evolution of the concept of privacy, before the modern technological resources used for the collection and processing of personal information. Privacy can not be analyzed only from the aspect of modesty and isolation, requiring an extension of the interpretation of this fundamental law said. In this paper, we defend the right to informational self-determination, embodied in the citizen has the right to control your personal information in the possession of databases. Therefore, it is necessary to urgently regulations that guarantee for specific law, in order to establish a set of rules and principles to the processing of personal data, so that it is effectively safeguarded the informational privacy of the citizen.*

KEYWORDS: *Privacy; information; database.*

¹ Doutoranda em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza – UNIFOR, Mestre em Direito e Desenvolvimento pela Universidade Federal do Ceará – UFC.

SUMÁRIO: Introdução; 1 A origem da tutela da privacidade e sua correlação com a estrutura da propriedade; 2 O mundo tecnológico e o conceito contemporâneo de privacidade; 3 O tratamento de informações pessoais por bancos de dados; Considerações finais; Referências.

SUMMARY: *Introduction; 1 The origin of the protection of privacy and its correction with the ownership structure; 2 The technological world and the contemporary concept of privacy; 3 The treatment of personal information databases; Final considerations; References.*

INTRODUÇÃO

Vive-se uma revolução nas tecnologias de informação e comunicação com o advento da globalização. As informações sempre foram objeto de interesse por parte do Poder Público e dos particulares, com o objetivo de adquirir conhecimentos para posterior alcance dos resultados pretendidos. Assim, a informação assume cada vez mais relevância, surgindo uma nova forma de organização social, que passou a ser denominada de sociedade da informação.

Nesse contexto, a tecnologia tem sido utilizada para facilitar a coleta, a produção e o tratamento de informações. Pode-se afirmar que a tecnologia de informações consegue penetrar em diversas esferas, quer pública, quer privada, possibilitando alterar e transformar as atividades dos setores público e privado. Por outro lado, encontram-se a privacidade e a intimidade do indivíduo, diante desta revolução tecnológica.

A privacidade, como direito fundamental e da personalidade, passou por uma transformação, desde a sua noção dada por Warren e Brandeis, que foi considerado o precedente de maior realce, em trabalho publicado pela *Harvard Law Review*, em 15 de dezembro de 1890, influenciada pelo Juiz Cooley em sua obra de 1873 até os dias de hoje.

O presente ensaio tem como objetivo analisar a evolução do conceito de privacidade, para, ao final, demonstrar que este direito não pode mais ser analisado apenas como direito a ser deixado em paz, conceito ligado ao isolamento e recato, mas também como direito à autodeterminação informativa.

Assim, pretende-se fazer uma abordagem do direito à privacidade no que se refere à evolução das tecnologias de informação e comunicação, mais especificamente analisar de que forma o tratamento de informações pessoais constantes em bancos de dados pode causar danos à privacidade e intimidade.

Nesse sentido, busca-se dar uma interpretação mais ampla e atual ao direito à privacidade, que se harmonize com a construção de um paradigma distinto daquele praticado no Estado Liberal burguês, como forma de contribuir para o fortalecimento da dogmática jurídica no que se refere à privacidade informacional.

1 A ORIGEM DA TUTELA DA PRIVACIDADE E SUA CORRELAÇÃO COM A ESTRUTURA DA PROPRIEDADE

A privacidade pode ser considerada como o direito da personalidade que mais sofreu transformações, desde o tradicional conceito elaborado por Warren e Brandeis como o “direito a ser deixado só”, até a concepção atual, caracterizada pela liberdade de autodeterminação informativa, isto é, a capacidade de controlar as informações pessoais pelo seu titular.

A expressão “privacidade”, segundo Doneda², tem raiz latina, muito embora seja utilizada hoje devido ao seu intenso emprego na língua inglesa, o que faz com que alguns a chame de anglicismo. Dessa forma, vê-se que o desenvolvimento do termo “*privacy*”, na língua inglesa, não encontrou paralelo em idiomas latinos.

A Constituição Federal de 1988 utilizou as expressões “intimidade” e “vida privada”, interpretando-se que a proteção da pessoa humana abrange ambos os aspectos. Na verdade, o problema trazido pela opção do legislador constituinte em utilizar os termos “vida privada” e “intimidade” é saber se trata de duas expressões distintas que devem ser valoradas de formas diferentes.

Há autores, como José Adércio Leite Sampaio³, que entendem haver diversidade nos dois termos e por isso propõem analisar as particularidades de cada um. Já Danilo Doneda⁴ esclarece que a ausência de determinação terminológica na doutrina e jurisprudência pode ter sugerido o legislador a optar pelo excesso, até pelo temor de reduzir a aplicabilidade da norma.

O fato é que tanto a expressão “vida privada” quanto o termo “intimidade” pretendem o mesmo objetivo, qual seja: tutelar a pessoa humana de forma mais ampla possível, considerando a complexidade das situações subjetivas

² DONEDA, Danilo. *Da privacidade à proteção de dados pessoais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 107.

³ SAMPAIO, José Adércio Leite. *Direito à intimidade e à vida privada*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998. p. 269-274.

⁴ DONEDA, Danilo. *Op. cit.*, p. 109-113.

existentes. Todavia, utilizar a expressão *privacidade* parece ser a opção preferida pela maior parte da doutrina, sendo a escolhida para ser utilizada neste ensaio.

Danilo Doneda⁵, citando a teoria dos círculos concêntricos de Hubman, adverte que os termos “vida privada” e “intimidade” fazem menção específica a determinadas amplitudes do desenvolvimento da proteção da privacidade, apresentando maior importância em determinado contexto histórico.

A doutrina de Hubman utiliza um esquema de esferas concêntricas com a finalidade de representar os diferentes graus de manifestação da privacidade, ou seja, ora como esfera da intimidade, ora como esfera privada, e em torno delas a esfera pessoal. Vale destacar que a referida teoria foi desenvolvida e posteriormente abandonada pelo Tribunal Constitucional alemão no que se refere à proteção de dados pessoais.

Insta observar que, no que pertine à quantidade de círculos ou esferas, não há consenso doutrinário, pois há quem entenda como Hubman, que só há duas esferas: a da intimidade e a esfera da vida privada. No entanto, há quem entenda que são pelo menos três as esferas ou os círculos da privacidade. A esfera de maior diâmetro seria composta pela vida privada, em que consiste nos fatos e comportamentos que a pessoa não quer que se tornem públicos.

Na esfera da vida privada, pode-se encontrar um círculo um pouco mais reduzido, que é a esfera da intimidade, onde participam aquelas pessoas nas quais o indivíduo deposita certa confiança e com as quais mantém certa intimidade⁶.

Segundo Costa Junior⁷, na esfera mais interna da privacidade pode-se encontrar o círculo do segredo, cujas informações, se compartilhadas, o serão com poucas pessoas, aquelas muito chegadas. Assim, pode-se afirmar que a esfera da privacidade se divide em três círculos: a vida privada, a intimidade e a esfera do segredo, nos quais são circundados pelo domínio da vida pública.

Todavia, o referido autor adverte que o estabelecimento destas esferas não é rígido, isto porque as suas linhas divisórias são flexíveis e elásticas, dependendo da própria categoria social na qual o titular pertence ou até mesmo

⁵ Idem, p. 111.

⁶ COSTA JUNIOR, Paulo José da. *O direito de estar só: tutela penal da intimidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 30-32.

⁷ Idem, p. 36.

da sua profissão. Para se compreender a concepção atual de privacidade, faz-se necessária uma breve digressão histórica acerca da origem da privacidade.

Durante a Idade Média, ainda não era possível reconhecer um sistemático anseio das pessoas pela privacidade ou pelo isolamento, podia-se, no máximo, constatar que alguns poucos privilegiados podiam se isolar dos demais, como os senhores feudais que o desejassem, ou, então, as pessoas que teriam optado pela solidão, como alguns religiosos e místicos.

Ao fim da Idade Média, Doneda⁸ lembra que entre os senhores feudais bem colocados na sociedade havia manifestações que poderiam ser entendidas como indícios de surgimento de uma esfera privada em moldes similares aos atuais.

Somente no século XVI iniciou-se um processo de mudança de costumes no que se refere à vida cotidiana, surgindo aí uma nova disposição arquitetônica das casas e cidades, tornando-se mais propícias à separação de classes e categorias, bem como mais favorável ao isolamento.

Parte da doutrina afirma que a origem do direito à privacidade remonta às teses filosóficas de John Locke e John Stuart Mil. Locke⁹ desenvolveu sua ideia de liberdade como autonomia para dispor, como bem lhe pareça de sua pessoa, de seus atos, de seus bens e de tudo quanto lhe pertença. Já Mill¹⁰ sustentava que os únicos aspectos da conduta humana que produziam deveres e responsabilidades sociais seriam aqueles que afetassem os demais. Para Mill, os aspectos que só dizem respeito ao indivíduo são absolutamente independentes, sendo o indivíduo soberano sobre si, seu corpo e sua mente.

Importante recordar que, embora os autores supracitados tenham feito alusão a uma liberdade que pressupõe certo grau de autonomia, sem interferência de terceiros, naquela época não se utilizavam as expressões “privacidade”, “intimidade” e “vida privada”.

José Adércio Leite Sampaio¹¹ cita como primeiro antecedente do direito à privacidade um trabalho denominado “*Grundzuge des naturrechts*”, de David Augusto, em 1846, onde o autor define como ato violador do direito à

⁸ DONEDA, Danilo. Op. cit., p. 125.

⁹ LOCKE, John. *Segundo tratado sobre o governo civil*: ensaio sobre a origem, os limites e os fins verdadeiros do governo. Petrópolis: Vozes, 1999.

¹⁰ MILL, J. S. *A liberdade/utilitarismo*. 1. ed. Martins Fontes, 2000.

¹¹ SAMPAIO, José Adércio Leite. Op. cit., p. 55.

privacidade: incomodar alguém com perguntas indiscretas ou entrar em um aposento sem se fazer anunciar.

O segundo antecedente, citado por José Adercio Leite Sampaio¹², foi o caso *Affaire Rachelix c. O'Connell*. Trata-se de um episódio ocorrido com uma famosa atriz do teatro clássico francês, do século XIX, que fora fotografada, a seu pedido, no leito de morte.

Ocorre que, de forma não autorizada, os fotógrafos disponibilizaram a sua imagem para elaboração de um desenho, que foi posteriormente publicado no seminário *L'Illustration*. A família da atriz ajuizou ação em face do desenhista e o Tribunal Civil de Sena proferiu sentença no sentido de que não seria dado a ninguém reproduzir e dar publicidade a traços de uma pessoa em seu leito de morte, sem autorização formal da família.

Não obstante todos os antecedentes citados pela doutrina no que diz respeito à origem do direito à privacidade, aquele que é considerado o marco inaugural da formulação do direito à intimidade e à vida privada foi o artigo de Samuel D. Warren e Louis D. Brandeis¹³, publicado na *Harvard Law Review*, em 15 de dezembro de 1890, influenciado pelo Juiz Cooley em sua obra de 1873.

O artigo de Warren e Brandeis teve como finalidade estabelecer limites para intromissão na vida privada, tendo em vista que Warren foi vítima de escândalo sobre sua vida conjugal, já que havia se casado com a filha de um senador, de origem bastante tradicional em Boston, levando uma vida dispendiosa e desordenada¹⁴.

Nesse sentido, no célebre trabalho de Warren e Brandeis, os autores não conseguiram em nenhum momento definir estritamente o *right to privacy*, limitando-se, tão somente, a definir como um “direito a ser deixado só”. Assim, a privacidade passa a ser prerrogativa de uma emergente classe burguesa, com componente fortemente individualista, utilizando-se da privacidade para marcar sua identidade na sociedade e para proporcionar que a burguesia se isole dentro de sua própria classe.

¹² Idem, p. 34.

¹³ Disponível em: <http://groups.csail.mit.edu/mac/classes/6.805/articles/privacy/Privacy_brand_warr2.html>.

¹⁴ NOJIRI, Sérgio. O direito à privacidade na era da informática – Algumas considerações. *Jur. UNIJUS*, Uberaba/MG, v. 8, n. 8, p. 100, maio 2005.

O trabalho de Warren e Brandeis foi considerado o antecedente de maior realce do direito à privacidade, tendo sido publicado no momento em que a América estava em transformação: era o início das grandes concentrações urbanas, do crescimento da migração, do desenvolvimento da imprensa, da emancipação da mulher e da industrialização.

Insta observar que esta definição da “*privacy*” analisa apenas um dos aspectos da privacidade e, por isso, se torna muito perigoso aplicá-la nos dias de hoje, haja vista a complexa multiplicidade de situações existenciais. Todavia, Danilo Doneda¹⁵ adverte que “esta indefinição deve ser tomada mais como uma característica intrínseca da matéria do que como um defeito ou obstáculo”.

Rodotá¹⁶ entende que é importante esclarecer as inspirações que moveram os “fundadores” da privacidade no campo jurídico para a compreensão do conceito elaborado àquela época. Warren era um conservador tradicional, interessava-se somente nos privilégios da alta burguesia, encarando com ressentimento a ação da imprensa à caça de escândalos políticos. Já Brandeis era liberal-progressista, e, ainda que preocupado com a privacidade das pessoas de maior projeção, enfatizava o dano que poderia derivar das indiscrições jornalísticas às minorias intelectuais e artísticas.

Nessa perspectiva, pode-se afirmar que o surgimento da privacidade pode ser historicamente associado à desagregação da sociedade feudal, onde os indivíduos eram ligados por uma complexa série de relações que se refletiam na própria organização da vida cotidiana. O isolamento era privilégio de uma minoria eleita ou daqueles que, por opção ou necessidade, viviam longe da comunidade¹⁷. Assim, a privacidade configurava-se como uma possibilidade da classe burguesa, devido às transformações socioeconômicas referentes à Revolução Industrial.

Neste contexto, pode-se afirmar que, no século XIX, a propriedade era concebida como essencial ao desenvolvimento da personalidade do indivíduo e que o direito de propriedade era condição indispensável para se chegar à privacidade. Assim, necessário se fazia uma mudança do eixo de gravitação da ordem jurídico, dissociando a propriedade da privacidade.

¹⁵ DONEDA, Danilo. Op. cit., p. 106.

¹⁶ RODOTÁ, Stefano. *A vida na sociedade de vigilância*. A privacidade hoje. Organização, seleção e apresentação de Maria Celina Bodin de Moraes. Trad. Danilo Doneda e Luciana Doneda. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 28.

¹⁷ Idem, p. 26.

Todavia, Doneda¹⁸ adverte sobre a importância de não construirmos o discurso sobre a privacidade a partir de base proprietárias, por meio de uma relação com o espaço, com a exclusão e com situações subjetivas patrimoniais, isto porque muitas vezes tratar da esfera privada significa, a princípio, um discurso baseado na exclusão.

Para constatar a correlação da proteção da privacidade com a propriedade, pode-se mencionar como exemplos: a base da elaboração jurisprudencial das regras de proteção da privacidade nos países da *common law* e a proteção da propriedade privada; no caso brasileiro, percebe-se que todas as Constituições brasileiras, desde a de 1824, previram expressamente a inviolabilidade de domicílio e da correspondência como forma de tutelar a privacidade.

Assim, pode-se afirmar que o nascimento da privacidade não se apresenta como a realização de uma exigência “natural” de cada indivíduo, mas como a aquisição de um privilégio por parte de um grupo¹⁹.

Neste sentido, os instrumentos jurídicos de tutela foram modelados com base na propriedade, característica do direito burguês. Assim, exigências análogas àquelas que a burguesia fez valer ou não foram reconhecidas à classe operária ou o foram somente mais tarde, por meio de instrumentos jurídicos, como a tutela da personalidade nas fábricas.

Percebe-se que a privacidade não pode ser considerada como uma noção unificadora, exprimindo exigências uniformemente difundidas na coletividade, isto porque também seria equivocado considerar a privacidade de forma monolítica em relação a própria classe burguesa. Rodotá²⁰ observa que a privacidade destina-se a desaparecer onde se degradam as condições de vida dessa classe, como ocorre com a pequena burguesia europeia confinada em habitações populares na periferia de grandes cidades.

Foi a partir destes antecedentes que se iniciou uma lenta reformulação do conteúdo do direito à privacidade. Somente tendo sido estudado de forma autônoma após a Declaração Universal dos Direitos do Homem, em 1948, que enquadrou a privacidade na categoria dos direitos humanos.

Assim, pode-se afirmar que a privacidade só passou a ser objeto de reflexão em razão das transformações sociais e tecnológicas, considerando-se

¹⁸ DONEDA, Danilo. Op. cit., p. 115.

¹⁹ RODOTÁ, Stefano. Op. cit., p. 27.

²⁰ Idem, p. 28.

que a afronta a este direito tem sido proporcional aos avanços tecnológicos e ao desenvolvimento cada vez mais assustador dos meios de comunicação. Nesse sentido, vale mencionar os danos causados à privacidade e intimidade da pessoa, quando as suas informações pessoais são transmitidas a terceiros sem o conhecimento e a autorização do seu titular.

Defende-se, desta forma, que o direito à privacidade não sujeita o indivíduo apenas a uma posição passiva, mas também permite que a pessoa seja a condutora da construção e consolidação da sua esfera privada.

2 O MUNDO TECNOLÓGICO E O CONCEITO CONTEMPORÂNEO DE PRIVACIDADE

Sabe-se que o desenvolvimento tecnológico trouxe muitos benefícios para a sociedade, como o uso da Internet, a rapidez na comunicação, a socialização das informações e outros; entretanto, as novas dimensões da coleta e do tratamento de informações pessoais provocaram um apelo à privacidade.

O debate acerca da privacidade não se restringe mais ao tema clássico da defesa da esfera privada contra as invasões externas, isto porque tal discussão evoluiu qualitativamente, o que nos faz considerar que os problemas da privacidade no âmbito da infraestrutura da informação representam um dos componentes mais importantes atualmente.

Assim, parece cada vez mais insuficiente a definição de privacidade como “o direito a ser deixado só”, que abriu espaço para uma noção cujo centro de gravidade é a possibilidade de cada um controlar o uso das informações que lhe dizem respeito, não significando que este último aspecto estivesse ausente nas definições tradicionais; entretanto, servia muito mais para exaltar o caráter individualista, apresentando a privacidade como mero instrumento para ser deixado só.

Hodiernamente, chama-se a atenção para a possibilidade de os indivíduos e grupos controlarem o exercício dos poderes baseados na disponibilização de informações, é o chamado direito à autodeterminação informativa, ou seja, o poder de controlar as suas próprias informações.

Para se analisar o direito à autodeterminação informativa, faz-se necessário tecer algumas considerações acerca da noção de liberdade para Kant²¹, que a entendia em seu sentido negativo e positivo. No primeiro sentido, como sendo

²¹ KANT, Immanuel. *Metafísica dos costumes*. Bauru: Edipero, 2003. p. 63.

liberdade de escolha, independência do ser determinado por impulsos sensíveis. Segundo Kant, o arbítrio humano seria uma escolha que, embora possa ser realmente afetada por impulsos, não pode ser determinada por estes, o que significa dizer que liberdade é a não intromissão, o não impedimento, ou seja, não sofrer interferências dos outros.

No sentido positivo, Kant²² entendia a liberdade como sendo a autonomia da vontade, a faculdade de se dar a si mesmo ou a sua liberdade uma lei. Em outras palavras, a liberdade para ele é a autonomia da pessoa, de fazer da sua vida e de suas decisões dependerem só de si mesmo, e não de forças externas.

Nesse contexto, a autodeterminação informativa é apenas um dos aspectos do direito à privacidade e se refere especificamente à proteção dos dados pessoais, concedendo ao indivíduo o direito de controlar as suas informações pessoais que estejam tanto em poder de arquivos públicos como também em privado.

Assim, pode-se afirmar que o direito à privacidade se mostra como uma nova forma de liberdade pessoal, que já não é mais a liberdade negativa de recusar ou proibir a utilização das informações sobre a própria pessoa. Transformou-se em liberdade positiva de poder controlar os dados concernentes à própria pessoa²³.

Rodotá²⁴ lembra que a quantidade de informações coletadas por instituições públicas e privadas tem em vista dois objetivos: a aquisição de elementos necessários à preparação de programas de intervenção social pelos Poderes Públicos e o desenvolvimento de estratégias empresariais privadas.

Assim, a defesa da privacidade assume significados diversos, dependendo de qual seja o objetivo perseguido por meio da coleta de informações. Por exemplo, há coleta de informações por parte de autoridade pública para elaboração de programas sociais, como é o caso aqui no Brasil, das pesquisas elaboradas pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE.

Todavia, há certa resistência em fornecer determinadas informações, sobretudo por parte da classe média, dificultando, assim, a elaboração de políticas públicas sérias, isto porque uma política realmente séria neste sentido requer um

²² Idem, p. 63-65.

²³ SAMPAIO, José Adércio Leite. Op. cit., p. 492-493.

²⁴ RODOTÁ, Stefano. Op. cit., p. 32.

profundo conhecimento das situações reais para uma efetiva implementação de política pública.

Nessa perspectiva, Rodotá²⁵ recorda que durante os censos, na Itália, foram manifestadas reações contra algumas perguntas contidas no formulário de recenseamento, reações que se tranquilizaram assim que o ISTAT (*Istituto Nazionale di Statística*) assegurou que nenhum dos dados coletados seria transmitido a outros órgãos públicos (principalmente aqueles fiscais).

Na verdade, a coleta de dados utilizados pelos Poderes Públicos com o objetivo de implementar uma política pública séria e consistente não parece ser perigosa para a privacidade, considerando que para esses dados não haveria necessidade de controles especiais ou reconhecimento de um direito de acesso.

Todavia, Rodotá²⁶ adverte novamente que mesmo os dados coletados anonimamente podem ser manipulados de forma lesiva aos direitos do indivíduo, citando como exemplos os dados que digam respeito a uma minoria racial ou as consequências de uma decisão política ou econômica tomada com base na análise dos dados anônimos.

Nesse sentido, entende-se que excluir o direito de acesso aos dados anônimos significa permanecer preso à velha lógica individualista, recusando-se a aproveitar a oportunidade oferecida pelo uso da Internet para promover uma expansão das possibilidades de intervenção e de participação dos indivíduos e dos grupos.

Rodotá²⁷ esclarece que continuar a excluir formas generalizadas de acesso a tais informações significa não apenas deixar nas mãos de grupos privilegiados o poder de tomar decisões, mas, sobretudo, impedir a quem não esteja no “círculo mágico” de poder, a possibilidade de criticar tempestivamente as escolhas governamentais e propor alternativas.

A socialização das informações se mostra como indispensável para se colocar em plano de igualdade todos aqueles que estão interessados em contribuir, por meio da livre discussão, para determinação da política pública adequada ao seu país, desfrutando, assim, das possibilidades de avaliação dos dados disponíveis.

²⁵ Idem, p. 29.

²⁶ Idem, p. 32.

²⁷ Idem, p. 33.

Sabe-se que a globalização e os avanços tecnológicos trouxeram muitas consequências para a sociedade, tanto do ponto de vista de ter possibilitado o acesso mais rápido e a socialização das informações, como também o fato de se ter perdido o controle sobre as suas próprias informações. A informação tem um importante papel como ponto de partida para uma série de situações jurídicas, tendo em vista a sua visibilidade pela sociedade pós-industrial.

A caracterização da nossa sociedade como uma organização cada vez mais baseada na circulação de informações, denominada sociedade de informação, comporta o surgimento de um novo recurso de base, ao qual se coliga o estabelecimento de novas formas de poder. Entretanto, há de se perquirir como -se dá a legitimação deste poder.

Esse processo de legitimação de poder se desenvolve, segundo Rodotá²⁸, ao longo de um caminho que parte da demonstração da impossibilidade, para o Estado e para a indústria, de renunciar a uma infra-estrutura informativa cada vez mais ampla e sofisticada e chega a alcançar a promessa de uma garantia efetiva, ou mesmo de uma expansão, dos tradicionais direitos individuais.

Nesse sentido, a indústria de computadores, como, por exemplo, na Suécia, empenhou-se na elaboração de leis cuja tendência era garantir os direitos dos cidadãos acerca das coletas automatizadas de dados, considerando que a difusão de preocupações ou suspeitas pudessem reduzir a aquisição de computadores.

Entretanto, para alcançar tal resultado, viu-se que as técnicas tradicionais eram insuficientes, não bastando distinguir o núcleo duro da privacidade e um conjunto de informações relevantes para a coletividade, em relação ao qual estará consentida a publicidade e a circulação.

Torna-se cada vez mais difícil identificar os tipos de informações acerca dos quais o cidadão estaria disposto a divulgar completamente, renunciando definitivamente a controlar as modalidades de seu tratamento e sua atividade dos sujeitos que as utilizam. Assim, percebe-se que até as informações mais banais podem, se integradas a outras, provocar danos à pessoa interessada.

É importante que se diga que publicidade e controle não são termos contraditórios, como publicidade e sigilo. O que se defende é a possibilidade

²⁸ *Idem*, p. 35.

de controle destas informações pelo seu titular, isto porque onde se admitir a máxima circulação das informações de conteúdo econômico, por exemplo, deve-se permitir um real poder de controle aos interessados, não só sobre a exatidão das informações, mas também sobre os sujeitos que operam e as modalidades da sua utilização.

Nessa perspectiva, os cidadãos têm o direito de pretender exercer um controle direto sobre aqueles sujeitos que manipulam informações fornecidas, atribuindo-o uma espécie de *plus* poder. Entretanto, sabe-se que raramente o cidadão perceberá o sentido que a coleta de dados pode assumir em uma organização complexa e dotada de meios sofisticados para o tratamento destes dados, podendo escapar o risco da utilização destas informações por parte de agentes privados.

Sem contar que a relação entre o indivíduo isolado e as grandes organizações de coleta de dados é absolutamente assimétrica, fazendo com que o controle pareça algo ilusório. Todavia, a dificuldade em se concretizar tal controle não pode servir de óbice à tutela da privacidade; conforme seu novo significado, como se analisou anteriormente, deve ser entendida hoje como o direito a manter o controle sobre suas próprias informações: a chamada autodeterminação informativa.

3 O TRATAMENTO DE INFORMAÇÕES PESSOAIS POR BANCOS DE DADOS

Surge a figura do banco de dados, que consiste em um conjunto de informações organizadas segundo uma determinada lógica. O banco de dados pode ser organizado com ou sem uso da informática; entretanto, atualmente, é mais comum encontrarmos os bancos de dados informatizados, produto da tecnologia aplicada ao tratamento de informações pessoais. Este instrumento pode armazenar um grande volume de informações, agregá-las e combiná-las em uma multiplicidade de modos e em um curto espaço de tempo se comparado ao tratamento realizado por um banco de dados manual²⁹.

Com o desenvolvimento da tecnologia, surgiu a necessidade de se compreender diretamente os dados pessoais, em situações nas quais estes dados não estão necessariamente ligados a um banco de dados. Dessa forma, verificou-se que o conceito de banco de dados perdeu a centralidade nesta

²⁹ DONEDA, Danilo. Op. cit., p. 158.

matéria, que passou a entender que mais importante eram os dados pessoais em si, particularmente considerados.

A informação pessoal, conforme observa Doneda³⁰, “pode ser agrupada em subcategorias, ligadas a determinado aspecto da vida de uma pessoa”. Assim, uma determinada classificação pode ser pressuposto para a qualificação das normas a serem aplicadas a algumas categorias de dados pessoais, como acontece com as normas sobre as movimentações bancárias de uma pessoa, que seriam enquadradas no chamado sigilo bancário.

Insta destacar uma categoria específica de dados, chamados sensíveis, que significam determinados tipos de informação, que, caso sejam conhecidos ou divulgados, poderiam se prestar a uma potencial utilização discriminatória, como aqueles que dizem respeito a opções políticas, religiosas, filosóficas, sexuais, raciais e outros.

Para Rodotá³¹, os dados sensíveis são frutos de uma observação pragmática da diferença que apresentam o efeito do tratamento destes dados em relação aos demais. Não raro, empregadores se valem de dados pessoais sensíveis, no ato da seleção de uma vaga de emprego, para descobrirem informações do tipo opção sexual, religiosa e racial, como condição para admissão, caracterizando posição absolutamente discriminatória.

Nesse sentido, é importante ressaltar que hoje não é mais possível se conceber a privacidade de maneira tão reducionista, restringindo a sua definição a um “direito a ser deixado só”. Nessa perspectiva, Rodotá³² recorda que

não é possível considerar os problemas da privacidade somente por meio de um pêndulo entre “recolhimento” e “divulgação”; entre o homem prisioneiro de seus segredos e o homem que nada tem a esconder; entre a “casa-fortaleza, que glorifica a privacidade e favorece o egocentrismo, e a “casa-vitrine”, que privilegia as trocas sociais; e assim por diante.

Analisar a privacidade segundo essas perspectivas é uma alternativa cada vez mais abstrata, considerando que nelas se reflete uma forma de encarar a

³⁰ Idem, p. 159.

³¹ RODOTÁ, Stefano. Op. cit., p.85.

³² Idem, p. 25.

privacidade por uma dimensão absolutamente individualista, como sempre esteve confinada por conta de sua origem.

Por esta razão é que se afirma que o nascimento da privacidade está historicamente associado à desagregação da sociedade feudal, em que os indivíduos eram ligados por uma série de relações que se refletiam na própria organização de sua vida cotidiana, sendo o isolamento privilégio de poucos eleitos ou daqueles que por necessidade ou opção viviam distantes da comunidade.

De fato, uma definição de privacidade nos moldes tradicionais, como sendo “o direito a ser deixado só”, está cada vez mais ultrapassada, ainda que continue a abranger um aspecto importante do problema, isto porque em uma sociedade de informação devem prevalecer definições funcionais de privacidade, fazendo-se referência à possibilidade de um sujeito conhecer, controlar, endereçar e interromper o fluxo das informações a ele relacionadas³³.

A sociedade hoje é mais intrusiva do que em outros momentos da história. A indústria da informação, a imprensa moderna e os governos estão cada vez mais intrusivos, na opinião de Jon Mills³⁴, em que cada um deles deve ter motivações para invadir a privacidade pessoal. O fato é que as pessoas estão correndo riscos. O referido autor questiona se as pessoas estão compreendendo o vasto âmbito de intromissão e os potenciais efeitos desta invasão. Dessa forma, privacidade individual é o cerne da identidade e liberdade pessoal, isto porque quando alguém se torna membro da sociedade concorda em ceder um pouco de liberdade e independência. Essa liberdade que permanece é o que constitui a noção comum da privacidade individual. No entanto, um desafio limiar é formular uma definição abrangente de privacidade³⁵.

Pode-se perceber uma ampliação progressiva da noção de esfera privada, que compreende agora situações e interesses antes excluídos de proteção jurídica e que se projeta muito além da mera identificação de um sujeito e seus comportamentos.

Dessa forma, observa-se uma redefinição no conceito de privacidade, que, além do tradicional poder de exclusão, no direito de estar só, atribui um leque cada vez mais amplo de situações, em que a privacidade possa estar ameaçada e

³³ Idem, p. 92.

³⁴ MILLS, Jon L. *Privacy: The lost right*. New York: Oxford University Press. Kindle Editions, Ebook, 2008. p. 146.

³⁵ Idem, p. 147.

consequentemente ampliando a possibilidade de poder de controle. Como bem ensina Rodotá³⁶, “privado aqui significa pessoal e não necessariamente secreto”.

Insta destacar que a tecnologia como um todo contribuiu para a construção da esfera privada, na medida em que diminuiu a necessidade de se estabelecer determinados contatos sociais cotidianos, como, por exemplo, as compras a distância, a realização de transações bancárias e as videoconferências. A evolução tecnológica, sobretudo na área das comunicações, serviu também para proteger o indivíduo das formas de controle social que, no passado, serviram para vigiar seus comportamentos.

Todavia, a possibilidade do indivíduo se fechar na sua “fortaleza eletrônica” parece oferecer apenas a ilusão de um fortalecimento e enriquecimento da esfera privada, considerando que se subtrair ao controle social significa colocar o indivíduo em situação de rompimento do liame social com os seus semelhantes³⁷.

A tecnologia contribuiu para moldar uma esfera privada mais rica, na opinião de Rodotá³⁸, porém mais frágil, isto porque cada vez mais expostas a ameaças e violações, principalmente no que concerne à privacidade.

Daí a necessidade do fortalecimento da proteção jurídica e da ampliação das formas de controle, pois a importância atribuída à circulação e ao controle das informações não pode negligenciar os aspectos clássicos do sigilo e da proteção de dados pessoais como características fundamentais do direito à privacidade.

Nesse sentido, verifica-se uma tendência de se inserir o direito à privacidade entre os instrumentos de tutela da personalidade, desvinculando-o ao direito de propriedade como originariamente se concebeu. Além disso, há uma necessidade premente em se conceder uma tutela integral à personalidade, o que reforça a tendência de sistematização global da privacidade, no que se refere a bancos de dados públicos e privados, arquivos eletrônicos e outros.

A necessidade de limitação geral à ação dos bancos de dados é uma exigência para que seja efetivada a tutela da privacidade. Na União Europeia, estas limitações encontram-se em uma série de princípios presentes na primeira e segunda gerações de leis sobre tutela das informações, preceitos estes que serão analisados mais adiante.

³⁶ RODOTÁ, Stefano. Op. cit., p. 93.

³⁷ Idem, p. 94.

³⁸ Idem, p. 95.

No Brasil, não há uma lei específica para a proteção dos dados pessoais, mas tão somente uma legislação genérica que não tutela todos os aspectos da proteção de informações pessoais, como, por exemplo, a Lei do *Habeas Data*, que permite apenas o conhecimento de informações a respeito do interessado, bem como a sua retificação, se for o caso. Há tão somente um anteprojeto de lei de proteção de dados pessoais, que até a presente data ainda não chegou a ser encaminhado para o Congresso Nacional.

O novo panorama tecnológico e as suas transformações se apresentam como sendo a via que deve ser percorrida para se chegar à plena compreensão dos efeitos sociais das tecnologias da informação e da comunicação. A evolução destas tecnologias tomou proporções inimagináveis, fazendo com que o controle fique cada vez mais difícil, distante da realidade; todavia, esta dificuldade não pode ser considerada como óbice para que os sujeitos utilizem poderes diretos de controle, determinando uma maior transparência da esfera dos coletores de informações, sejam agentes públicos ou privados.

Outra questão que merece relevo na seara da privacidade diz respeito às informações relativas a opiniões políticas ou sindicais, consideradas como “núcleo duro” da privacidade por Rodotá³⁹. Na verdade, estas informações não deveriam estar na seara privada, isto porque nos Estados Democráticos de Direito elas deveriam caracterizar a esfera pública, já que formam parte da convicção que o indivíduo pode manifestar publicamente.

O problema que esta questão levanta é o fato de tais informações serem utilizadas para fins discriminatórios, o que constantemente é visto por parte de empregadores, antes mesmo da contratação, levando muitas vezes o indivíduo a perder a chance de um bom emprego, por questões absolutamente discriminatórias, como dito anteriormente.

Dessa forma, pode-se afirmar que a privacidade impõe-se como direito fundamental e da personalidade, sendo um direito à autodeterminação informativa, ou seja, o direito de ter o controle sobre as suas próprias informações, apresentando-se como pré-condição do exercício da cidadania na era eletrônica.

A tutela das informações pessoais revela-se como elemento essencial da personalidade e da cidadania, e por isso necessita-se que a sociedade da

³⁹ RODOTÁ, Stefano. Op. cit., p. 129.

informação evolua para uma sociedade do conhecimento e do saber, e não para uma sociedade de vigilância, de classificação⁴⁰.

Nesse contexto, observa-se que o controle das informações pessoais é a parte menos desenvolvida da privacidade, conforme analisa Jon Mills⁴¹, ou seja, a esfera de menor proteção legal, isto porque as pessoas procuram proteger as suas informações, tanto no momento de disponibilizá-las, como quando houver uma liberação indevida, causando alguma espécie de dano ao seu titular.

Em diversos países, percebe-se que as regras para a coleta e circulação de informações se fundamentam no consentimento livre e informado do interessado, não bastando que o sujeito tenha dado seu consentimento, necessário se faz saber se tal consentimento foi adequado ou mesmo manifestado de forma livre. Assim, verifica-se que em muitas relações existe uma assimetria de poder entre os sujeitos, revelando a figura do contratante vulnerável, e por isso merecendo maior proteção.

Quando se analisa o sistema norte-americano, por exemplo, percebe-se que do consentimento para a coleta de informações sobre a saúde depende a própria possibilidade de ser curado. Nesse caso, se continua a falar do consentimento informado como instrumento posto à disposição do indivíduo para tutelar a sua esfera privada⁴².

Nos Estados Unidos, as companhias seguradoras subordinam a conclusão do contrato e a cobertura das despesas médicas à cessão de informações pessoais sobre a saúde da pessoa, restringindo, assim, o direito à privacidade do indivíduo, que resta aniquilado, sendo este direito privilégio de quem possa pagar diretamente seu tratamento de saúde, se esquivando das exigências das seguradoras (Rodotá, 2008, p. 138).

Nessa perspectiva, pode-se afirmar que a tutela da privacidade manifesta-se por meio de múltiplos instrumentos, que não são incompatíveis entre si e que, ao menos em algumas situações, podem funcionar em conjunto.

Um dos aspectos mais relevantes para o direito à privacidade é a proteção dos dados pessoais, isto porque há muito tempo se vem reconhecendo que a informação é um bem jurídico de valor extraordinário. Conseqüentemente, as

⁴⁰ *Idem*, p. 137.

⁴¹ MILLS, Jon. *Op. cit.*, p. 171.

⁴² RODOTÁ, Stefano. *Op. cit.*, p. 138.

empresas passariam a ficar mais poderosas na medida em que dispunham de um grande volume de informações.

Marcel Leonardi⁴³ lembra que as preocupações relativas à criação, à manutenção e ao acesso a banco de dados eletrônicos e cadastros informatizados não são novas e cita fato ocorrido no governo norte-americano, em 1973:

Em julho de 1973, o governo norte-americano divulgou um relatório intitulado *Records, computers and right of citizen*, abordando essas questões e sugerindo a adoção de um código de melhores práticas com cinco elementos essenciais: a) não deve haver sistemas de coleta e manutenção de dados cuja própria existência seja secreta; b) deve haver um meio de um indivíduo conhecer quais informações a seu respeito existem em um banco de dados e como elas são utilizadas; c) deve haver uma maneira de um indivíduo impedir que informações a seu respeito, obtidas para uma determinada finalidade, sejam disponibilizadas ou utilizadas para outra finalidade, sem o seu consentimento; d) deve haver um meio de um indivíduo corrigir um registro de informações a seu respeito; e) qualquer organização que crie, mantenha, utilize ou dissemine registros de dados pessoais que permitam a identificação de alguém deve assegurar a confiabilidade dos dados para o seu uso previsto e deve tomar as precauções para impedir o mau uso dos dados.

No Brasil, a Constituição Federal de 1988 dispõe acerca do sigilo de dados de forma um tanto genérica, estabelecendo no art. 5º, XII, que “é inviolável o sigilo de correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal”.

Percebe-se que o direito à inviolabilidade do sigilo de dados não se refere aos dados em si, mas a sua comunicação restringida, ou seja, a transmissão de informações é que não pode ser violada por sujeito estranho à comunicação.

⁴³ LEONARDI, Marcel. *Tutela e privacidade na internet*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 68-69.

Todavia, como já fora exposto, no Brasil não há uma lei específica de proteção dos dados pessoais, há tão somente um anteprojeto de lei de iniciativa do Poder Executivo.

Bruce Schneir⁴⁴ utilizou a metáfora do “maremoto” de dados pessoais gerados nas relações do cotidiano para explicar a poluição da era da informática. O referido autor faz a seguinte comparação: se a produção industrial gera resíduos, computadores utilizados para processar informações geram dados, que, se ignorados, permanecerão registrados para sempre, conseqüentemente sendo necessário regular sua geração, seu uso e seu descarte.

Dessa forma, constata-se que a complexa rede de informações, especialmente sobre dados pessoais, constitui ameaça à privacidade. Há um flagrante perigo à intimidade a disseminação deste amplo sistema de informações computadorizadas.

A ideia de privacidade como proteção de dados pessoais, observa Marcel Leonardi⁴⁵, encontrou eco após a lei alemã do censo de 1983, que determinava o recenseamento geral da população, coletando-se dados referentes ao domicílio, à profissão e à renda dos indivíduos. Tais informações tinham como objetivo: reunir dados estatísticos, tais como crescimento populacional e densidade demográfica, e compará-los com dados armazenados em registros públicos.

Entretanto, o Tribunal Constitucional declarou a nulidade dos dispositivos legais que previam a comparação e a transmissão de dados coletados para repartições públicas. Este Tribunal reconheceu, pela primeira vez, a existência de um direito à autodeterminação informativa, entendendo-se como direito de um indivíduo se proteger contra a coleta, o armazenamento, o uso e a revelação de seus dados.

No entanto, se mostra como incontestável a importância dos bancos de dados e dos cadastros interligados por meio de Internet para ampliação da circulação de produtos e serviços e diminuição dos riscos e dos custos da atividade econômica. O que na verdade se questiona é a falta de controle de tais informações pelo seu titular, podendo causar, assim, um dano irreparável a pessoa humana.

⁴⁴ SCHNEIER, Bruce. *Segurança.com - Segredos e mentiras sobre a proteção digital*. Trad. Daniel Vieira. Rio de Janeiro: Campus, 2001.

⁴⁵ LEONARDI, Marcel. Op. cit., p. 69.

Insta observar que os dados são para sempre, o registro eletrônico não tem limitações, como antes do surgimento dos computadores, que os registros eram mais restritos, pois nem todos tinham acesso a tais informações e havia mais dificuldade na transmissão destes dados. Hoje, os computadores têm a possibilidade de coletar, armazenar, manipular, trocar e reter quantidades imensuráveis de informações⁴⁶.

Dessa forma, pode-se afirmar que a evolução tecnológica, com o surgimento dos computadores, foi um divisor de águas no que se refere aos riscos ocasionados pela manipulação de dados pessoais sem o conhecimento de seu titular. Antes do advento do computador, os dados eram coletados e armazenados em papel, sendo difícil de pesquisar e correlacionar; já os dados computadorizados podem ser pesquisados facilmente, podendo ser coletados, usados e abusados.

Assim, vê-se que o conceito de privacidade necessitava avançar e se afastar daquela definição tradicional como o “direito a ser deixado só”, considerando que tal conceito não se aplica a determinadas situações, nas quais o objeto da privacidade não é o isolamento, e sim manter o controle das nossas próprias informações, a chamada autodeterminação informativa. Nesse contexto, pode-se perceber a evolução do conceito de privacidade.

A inserção de informações pessoais em bancos de dados foi objeto de discussão já em 1995 perante o Superior Tribunal de Justiça⁴⁷. Trata-se de cancelamento da inserção de dados pessoais constantes em bancos de dados de serviço de proteção ao crédito após o prazo de cinco anos. Na oportunidade, o Relator Ministro Ruy Rosado de Aguiar asseverou que

a inserção de dados pessoais do cidadão em bancos de informações tem se constituído em uma das preocupações do Estado moderno, onde o uso da informática e a possibilidade de controle unificado das diversas atividades da pessoa, nas múltiplas situações da vida, permitem o conhecimento de sua conduta pública e privada, até nos mínimos detalhes, podendo chegar à devassa de atos pessoais, invadindo área

⁴⁶ Idem, p. 72.

⁴⁷ Brasil. Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial nº 22.337/RS, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, Diário de Justiça de 27.04.1995.

que deveria ficar restrita à sua intimidade; ao mesmo tempo, o cidadão objeto dessa discriminada colheita de informações, muitas vezes, sequer sabe da existência de tal atividade, ou não dispõe de eficazes meios para conhecer o seu resultado, retificá-lo ou cancelá-lo. E assim como o conjunto dessas informações pode ser usado para fins lícitos, públicos ou privados, na prevenção ou repressão de delitos, ou habilitando o particular a celebrar contratos com pleno conhecimento de causa, também pode servir ao Estado ou ao particular, para alcançar fins contrários à moral ou ao direito.

Percebe-se que já em 1995 causava preocupação o problema da inserção de informações pessoais em bancos de dados. No entanto, naquela época a preocupação se resumia aos bancos de dados de serviços de proteção ao crédito, restringindo-se a questão em saber se a inserção foi devida ou indevida.

Ao analisar a proteção que deve ser dada às informações pessoais, Jon Mills⁴⁸ lembra que há um entendimento de que as informações devem ser protegidas constitucionalmente e que a Suprema Corte Americana concluiu que a privacidade inclui não apenas interesse na tomada de certas decisões importantes, mas também no interesse individual de evitar a revelação de assuntos pessoais.

Atualmente, a importância do tema cresceu a partir do momento em que se observa uma verdadeira revolução tecnológica, existindo hoje outras formas de inserção de informações pessoais, e não apenas em bancos de dados de serviços de proteção ao crédito. Bancos de dados que colecionam verdadeiros “perfis” de pessoas, sem que as mesmas tenham ao menos conhecimento, culminando, assim, com uma afronta à privacidade da pessoa humana, tendo em vista que os dados pessoais representam a sua própria personalidade.

Nesse contexto, a importância do controle sobre informações e dados pessoais fez com que o conceito de privacidade baseado nesta ideia representasse um enorme avanço. No entanto, o enfoque exclusivo em informações e dados torna o conceito muito limitado, pois exclui certos aspectos privados que não têm

⁴⁸ MILLS, Jon. Op. cit., p. 171.

relação com informações, ou seja, a autodeterminação do indivíduo, o direito de a pessoa tomar decisões fundamentais sobre sua própria vida, seu corpo, suas crenças e outros aspectos.

Por esta razão é importante destacar que o direito à autodeterminação informativa é apenas um dos aspectos em que se pode analisar hoje a privacidade, pois este seria um direito bem mais amplo, protegendo, como se viu anteriormente, a vida, o corpo, as crenças, os pensamentos e outros.

É verdade que apresenta dificuldades saber qual o conjunto de informações que o indivíduo poderá exercer o controle. A União Europeia, por exemplo, por meio da Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho 95/46/CE⁴⁹, definiu dados pessoais, no seu art. 2º, como qualquer informação relativa a uma pessoa singular identificada ou identificável, sendo identificável aquela pessoa que possa ser identificada, direta ou indiretamente, por referência a um número de identificação ou a algum elemento específico da sua identidade física, psíquica, econômica ou social.

O que aqui se defende é a possibilidade de o indivíduo, titular dos dados, poder ter o controle de suas informações pessoais, mesmo sabendo que há informações que não são estritamente privadas, como, por exemplo, no caso de uma pessoa pública, que a imprensa noticia que está acometida de doença incurável.

Nesse sentido, se mostra como oportuna a participação do legislador ordinário, no sentido de estabelecer limites ao controle dos dados pessoais, especificando quais situações deveriam ser controladas pelo titular e quais poderiam não sofrer tal controle.

Insta lembrar que o direito à privacidade não ostenta caráter absoluto, assim como todo direito fundamental e da personalidade, podendo sofrer limitações, tais como: o interesse público e a liberdade de expressão e de informação.

⁴⁹ União Europeia. Diretiva 95/46/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 24 de outubro de 1995. *Jornal Oficial*, nº L281, de 23.11.1995. Disponível em: <<http://www.eur-lex.europa.eu>>. Acesso em: 28 jan. 2014.

Nesse contexto, René Ariel Dotti⁵⁰ ensina que em oposição ao direito a esta esfera privada existem limitações, entre elas: os interesses da segurança nacional, da investigação criminal, da saúde pública, da história, da Administração Pública, da crônica policial, entre outros.

Assim, observa-se que o direito à privacidade, como direito fundamental que é, tem natureza principiológica. Nesse caso, quando entra em conflito com outro direito dito fundamental, caracteriza uma colisão entre princípios, devendo ser solucionada pela ponderação, método que decide pela precedência de um princípio em relação a outro, não invalidando nenhum dos princípios conflitantes.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante de tudo o que se discutiu no presente estudo, resta demonstrada a transformação e evolução que o conceito de privacidade passou ao longo dos séculos, mais precisamente desde a publicação do célebre artigo publicado por Warren e Brandeis, em 1890, que foi considerado um marco teórico acerca da noção de privacidade até os dias atuais.

Evidenciou-se que, com a evolução nas tecnologias da informação e comunicação, a privacidade não mais poderia ser analisada apenas pelo aspecto do recato e do isolamento, na medida em que a informação passou a ser um bem valioso tanto para o Poder Público como para as empresas privadas, isto porque percebeu-se que a coleta e o tratamento de informações pessoais em bancos de dados poderia ser bastante proveitosos, principalmente do ponto de vista econômico.

Com o surgimento dos bancos de dados informatizados, largamente utilizados tanto pelo Poder Público como por organizações empresariais, o cidadão comum, cujo os dados estejam em domínio destas pessoas, necessita ter total conhecimento e controle, sob pena de violação ao seu direito à privacidade e à intimidade.

Defendeu-se, neste estudo, o direito de o titular de dados pessoais ter conhecimento e controle das informações que lhes digam respeito, consubstanciado na denominada autodeterminação informativa. Nesse sentido, não se pretendeu deixar de lado a noção inicial de privacidade, mas tão somente

⁵⁰ DOTTI, René Ariel. A liberdade e o direito à intimidade. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 17, n. 66, p. 141, abr./jun. 1980.

defender uma interpretação mais ampla deste direito fundamental e da personalidade.

Restou demonstrado, ainda, que a dificuldade em se controlar a utilização de informações pessoais por parte de seus titulares não pode ser considerada como óbice para uma efetiva tutela da privacidade, assim como o Estado tem o dever de implementar medidas administrativas e legislativas necessárias para a concretização deste direito inerente a personalidade humana.

Destaca-se, por oportuno, a premente necessidade em se editar uma lei de proteção de dados pessoais no Brasil, como instrumento imprescindível para a efetiva tutela da privacidade informacional.

Por fim, pretendeu-se com o presente ensaio dar uma contribuição para a dogmática jurídica civil-constitucional no que diz respeito a este novo enfoque que deve ser dado à privacidade, considerando-se os avanços na área da tecnologia da informação, bem como procurando fortalecer a privacidade informacional diante dos modernos recursos tecnológicos.

REFERÊNCIAS

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

ALONSO, Felix Ruiz. Pessoa, intimidade e o direito à privacidade. In: MARTINS, Ives Gandra; PEREIRA JUNIOR, Antonio Jorge (Coord.). *Direito à privacidade*. São Paulo: Centro de Extensão Universitária, 2005.

CASTELLS, Manoel. *The rise of the network society*. Blackwell: Oxford, 1996.

_____. *A galáxia da internet: Reflexões sobre a internet, os negócios e a sociedade*. Trad. Maria Luiza Borges. Rio de Janeiro: Zahar, 2003.

CASTRO, Catarina Sarmiento. *Direito da informática, privacidade e dados pessoais*. Coimbra: Almedina, 2005.

COSTA JUNIOR, Paulo José da. *O direito de estar só: tutela penal da intimidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

DONEDA, Danilo. A proteção de dados pessoais como um direito fundamental. *Revista Espaço Jurídico*, Joaçaba, v. 12, n. 2, jul./dez. 2001.

_____. *Da privacidade à proteção de dados pessoais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

DOTTI, René Ariel. A liberdade e o direito à intimidade. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 17, n. 66, abr./jun. 1980.

ETZIONE, Amitai. *Los limites de la privacidad*. Trad. Alexander López Lobo. Madrid, España: Edisofer S. L., 2012.

FERNANDES, Milton. Proteção civil da intimidade. *Revista do Instituto dos Advogados de Minas Gerais*, Minas Gerais: Inédita, 1996.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. Sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites a função fiscalizadora do Estado. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

GAMIZ, Mario Sergio de Freitas. *Privacidade e intimidade – Doutrina e jurisprudência*. Curitiba: Juruá, 2012.

GIAMPUCCOLO, Giorgio. La tutela giuridica della personal umana e il c.d. diritto alla riservatezza. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1958.

GROSS, Hyman. The concept of privacy. *43 New York University Law Review*, 1967.

KANT, Immanuel. *Metafísica dos costumes*. Bauru: Edipero, 2003.

KONDER, Carlos Nelson. Privacidade e corpo: convergências possíveis. *Revista Pensar*, Fortaleza/CE, v. 18, n. 2, p. 354, 2013.

LEONARDI, Marcel. *Tutela e privacidade na internet*. São Paulo: Saraiva, 2012.

LOCKE, John. *Segundo tratado sobre o governo civil: ensaio sobre a origem, os limites e os fins verdadeiros do governo*. Petrópolis: Vozes, 1999.

MARTINS, Ives Gandra da Silva; PEREIRA JUNIOR, Antônio Jorge (Coord.). *Direito à privacidade*. São Paulo: Centro de Extensão Universitária, 2005.

MEDEIROS, Luciano Frontino de. *Banco de dados – Princípios e prática*. Curitiba: IBPEX, 2007.

MILL, J. S. *A liberdade/utilitarismo*. 1. ed. Martins Fontes, 2000. 278 p.

MILLS, Jon L. *Privacy: The lost right*. New York: Oxford University Press. Kindle Editions, Ebook, 2008.

MURILLO, Pablo Lucas. *El derecho a la autodeterminación informativa*. Madrid, España: Tecnos S/A, 1990. 207 p.

NOJIRI, Sérgio. O direito à privacidade na era da informática – Algumas considerações. *Jur. UNIJUS*, Uberaba: MG, v. 8, n. 8, p. 99-106, maio 2005.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil*. Trad. Maria Cristina de Cico. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

PINÁR MAÑAS, José Luis. El Derecho fundamental a La protección de datos personales (LOPD). In: PINÁR MAÑAS, José Luis (Dir.). *Protección de datos de caracter personal em Iberoamerica*. Valencia: Tirant Lo Blanc, 2005.

PINTO, Paulo Mota. A limitação voluntária do direito à reserva sobre a intimidade da vida privada. *Revista Brasileira de Direito Comparado*, Rio de Janeiro, Instituto de Direito Comparado Luso-Brasileiro, 2002.

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

RULE, James B. *Privacy in Peril: This page intentionally left blank*. New York: Oxford University Press. Kindle Editions, Ebook, 2007.

SAMPAIO, José Adércio Leite. *Direito à intimidade e à vida privada: uma visão jurídica da sexualidade, da família da comunicação e informações pessoais*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

_____. *A dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SCHNEIER, Bruce. *Segurança.com – Segredos e mentiras sobre a proteção digital*. Trad. Daniel Vieira. Rio de Janeiro: Campus, 2001.

SOLOVE, Daniel J. *The digital person: Technology and privacy in the information age*. New York: New York University Press, Kindle Edition, Ebook, 2004.

_____. *A Taxonomy of Privacy*. *University of Pennsylvania Law Review*, v. 154, n. 3, p. 477, jan. 2006; *GWU Law School Public Law Research Paper*, n. 129. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=667622>>. Acesso em: 16 mar. 2013.

UNIÃO EUROPEIA. Diretiva 95/46/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 24 de outubro de 1995. *Jornal Oficial*, nº L281, de 23 nov. 1995. Disponível em: <<http://www.eur-lex.europa.eu>>. Acesso em: 28 jan. 2014.

WARREN, Samuel; BRANDEIS, Louis. The right to privacy. *Harvard Law Review*, v. IV, n. 5, 1890. Disponível em: <http://groups.csail.mit.edu/mac/classes/6.805/articles/privacy/Privacy_brand_warr2.html>. Acesso em: 10 fev. 2014.

O MÍNIMO EXISTENCIAL NAS RELAÇÕES PRIVADAS E A SUA CONCRETIZAÇÃO PELO PODER JUDICIÁRIO: CONSIDERAÇÕES EM PARALELO À ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL - TJRS

THE EXISTENTIAL MINIMUM IN THE PRIVATE RELATIONS AND ITS IMPLEMENTATION BY THE JUDICIARY: CONSIDERATIONS IN PARALLEL ANALYSIS TO THE CASE LAW OF THE COURT OF RIO GRANDE DO SUL - TJRS

Jorge Renato dos Reis¹

Pós-Doutor pela Università Degli Studi di Salerno/Itália

Iuri Bolesina²

Doutorando e Mestre em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul - Unisc

RESUMO: A partir das premissas do constitucionalismo contemporâneo no Estado Democrático de Direito, tenciona-se o debate sobre a aplicação do mínimo existencial nas relações jurídicas interprivadas sob a lógica da constitucionalização do direito civil. Assim, por meio de uma abordagem fenomenológica, analisou-se, inicialmente, o fenômeno da constitucionalização do

¹ Doutor pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos - Unisinos, Mestre em Desenvolvimento Regional pela Universidade de Santa Cruz do Sul - Unisc, Especialista em Direito Privado pela Universidade de Santa Cruz do Sul - Unisc, Graduado em Direito pelas Faculdades Integradas de Santa Cruz do Sul - FISC, Professor e Pesquisador do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* Mestrado e Doutorado em Direito da Unisc, Professor colaborador da Scuola di Dottorato in Diritto Tulio Ascarelli da Università Degli Studi di Roma TER - Itália, Coordenador do projeto de pesquisa "O direito de autor no constitucionalismo contemporâneo" e do projeto de pesquisa "Intersecções jurídicas entre o público e o privado", vinculados ao CNPq.

² Especialista em Direito Civil pela Faculdade Meridional - IMED, Integrante do Grupo de Pesquisa "Intersecções jurídicas entre o público e o privado", coordenado pelo Pós-Dr. Jorge Renato dos Reis, vinculado ao CNPq, Professor das disciplinas de Direito Constitucional e Introdução ao Estudo do Direito, Advogado. E-mail: iuribolesina@gmail.com.

direito privado, realizando-se uma análise histórica e teórica deste movimento jurídico, dedicando destaque ao cenário brasileiro. Ato contínuo, trabalhou-se com o instituto jurídico do mínimo existencial, visando a esclarecer a sua origem, o seu conceito e a sua estrutura, sinalizando-o como direito fundamental autônomo, bem como a sua vinculação direta com a máxima de uma “vida condigna”. Em um terceiro momento, abordou-se a possibilidade de aplicação do mínimo existencial nas relações interprivadas, sublinhando-se que isso pode ocorrer de modo pré-violatório e pós-violatório. Ainda neste espaço, realizou-se uma concisa análise à jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, a fim de verificar em que medida a concretização do mínimo existencial nas relações privadas estava ocorrendo e sendo tutelada por este Tribunal. Ao fim, conclui-se que o mínimo existencial é plenamente aplicável às relações interprivadas, como corolário lógico da constitucionalização do direito civil e em respeito à dignidade da pessoa humana, assim como que o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul reconhece essa situação, não obstante tendo a concretizá-la por meio de outros institutos jurídicos, resguardando o “mínimo existencial” para casos mais específicos e peremptórios.

PALAVRAS-CHAVE: Constitucionalização do direito privado; mínimo existencial nas relações interprivadas; Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul.

ABSTRACT: *From the premises of Contemporary Constitutionalism in the Democratic State, intends to up the debate about the implementation of the existential minimum in the legal relations between private under the logic of constitutionalization of civil law. Therefore, through a phenomenological approach, initially analyzed the phenomenon of constitutionalization of private law, performing a historical and theoretical analysis of this legal movement, devoting particular emphasis to the Brazilian scenario. Immediately, worked with the legal institute of the existential minimum, to clarify its origin, concept and structure, flagging it as an autonomous fundamental right as well as its direct linking with the maximum of a “dignified life”. In a third time, addressed the possibility of application of the existential minimum in the private relations, stressing that this may occur in pre/post-violation. Also in this space, accomplished a concise review of the Court of Justice of Rio Grande do Sul, in order to ascertain to what extent the implementation of the existential minimum in private relations was occurring and being tutored by this court. At the end, conclude that the existential minimum is fully applicable to privates relations, as a logical corollary of the constitutionalization of civil law and respect for human dignity, as well as the Court of Justice of Rio Grande do Sul recognizes this situation, nevertheless tends to concretize through other legal institutes, reserving the “existential minimum” for more specific and peremptory cases.*

KEYWORDS: *Constitutionalization of private law; the existential minimum in the legal relations between private; Court of the State of the Rio Grande do Sul.*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Notas sobre a constitucionalização do direito privado; 2 O mínimo existencial: origem, conceito e estrutura; 3 O mínimo existencial nas relações interprivadas: considerações em paralelo à análise da jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul; Conclusão; Referências.

SUMMARY: *Introduction; 1 Notes about the constitutionalization of private law; 2 The existential minimum: origin, concept and structure; 3 The minimum existential in the private relations: considerations in parallel to the case law of the Court of Rio Grande do Sul - TJRS; Conclusion; References.*

INTRODUÇÃO

A constitucionalização do direito privado impõe, primeiramente, o reconhecimento e a aplicação da Constituição nas relações privadas, e a releitura das regras e dos princípios do direito civil sob a matiz do constitucionalismo contemporâneo. Isso traduz-se, na realidade, no surgimento de uma nova lógica no direito privado, o qual passa a ser alimentado de forma constante por praticamente toda teoria aplicável aos princípios e aos direitos fundamentais, o que engendra uma ampla revisão e um corriqueiro surgimento de leituras constitucionais-civis e vice-versa. É uma dessas leituras que se pretende neste texto.

Assim, sob essa perspectiva, na primeira parte do presente estudo buscar-se-á realizar uma digressão sobre aspectos contemporâneos da constitucionalização do direito privado, sem olvidar, todavia, a necessária contextualização histórica. Será neste primeiro momento que se trabalhará com os fenômenos jurídico-teóricos que conduziram ao direito civil constitucionalizado, sendo eles, em sentido amplo, o reconhecimento da força normativa da Constituição e de suas disposições, a releitura da interpretação jurídica e a vinculação dos particulares às teses próprias do regime geral dos direitos fundamentais.

Ao seguir, debruça-se sobre o mínimo existencial. Almejando-se o esclarecimento de sua origem, do seu conceito e de sua estrutura normativa. A investida justifica-se, pois possibilitará a verificação da aplicabilidade do mínimo existencial nas relações jurídicas entabuladas entre os particulares. Também neste íterim é que se pretende denunciar as diferenças e as confusões realizadas entre as ideias de mínimo existencial e de mínimo vital, com fito a esclarecer que se tratam de figuras jurídicas distintas.

Na parte última deste texto, avança-se para o debate sobre a aplicação do mínimo existencial nas relações interprivadas, no sentido de esclarecer e elucidar

tal possibilidade. Em paralelo, realiza-se uma análise crítica à jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, pelas chaves “mínimo existencial” e “dignidade humana”, alternadamente, a fim de perceber como se dá (se é que ocorre) a aplicação do mínimo existencial em casos envolvendo partes privadas. Ao final deste momento, intenta-se aclarar os sentidos pré-violatório e pós-violatório que pode assumir a concretização do mínimo existencial nas práticas interprivadas judicializadas e não judicializadas.

1 NOTAS SOBRE A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO PRIVADO

O direito privado, ao longo de sua história moderna (a partir do Estado Liberal de Direito), perpassou por três fases distintas: a primeira, ao longo do contexto do(s) Estado(s) Liberal(is) de Direito, em que o direito público e o direito privado raramente se encontravam, e, quando isso acontecia, era em razão de o Estado estar interferindo supostamente de modo injustificado no espaço privado; a segunda, no acontecer do(s) Estado(s) Social(is) de Direito, quando o direito privado começa a sofrer sutis interferências do direito público, diante dos movimentos em prol de justiça social e distributiva; e a terceira, a partir do desvelar do(s) Estado(s) Democrático(s) de Direito, quando a Constituição, em vista do constitucionalismo contemporâneo, alcança seu ápice jurídico, tornando-se a premissa de validade para o direito privado³.

Esse movimento histórico e teórico fez com que, se no passado o Código Civil era a norma fundamental das relações privadas, contemporaneamente o Código Civil e as leis desta natureza acabam sendo legislações privilegiadas nas relações interprivadas, porém tendo a sua validade condicionada pela sua adequação constitucional. Esta conclusão é o resultado do processo de constitucionalização do direito no século XX⁴. Neste sentido, a constitucionalização do direito privado é corolário da constitucionalização do direito como um todo, em uma relação direta de causa e efeito.

Essa linha traz consigo novas implicações na relação entre o direito civil e a Constituição, isto porque, classicamente: a) a Constituição tinha como

³ TEPEDINO, Gustavo. O direito civil constitucional e suas perspectivas atuais. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). *Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 356.

⁴ FINGER, Júlio César. Constituição e direito privado: algumas notas sobre a chamada constitucionalização do direito civil. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *A constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 94-95.

escopo a regulação do âmbito público, das relações do Estado e do Estado com o particular (lógica “vertical”), mas não intervinha na vida privada dos cidadãos; b) a função de regramento para as relações privadas reservava-se ao Código Civil ou, eventualmente, a determinada lei ou microsistema que se consubstanciava com o Código, de modo que a aplicação da Constituição sobre as relações privadas, limitando ou dirigindo a vontade das partes, representava, em princípio, uma violação à liberdade e à autonomia privada; c) a interpretação se dava, *grosso modo*, sob a perspectiva do positivismo legalista e, posteriormente, do positivismo normativista, como subsunção ou como opção da vontade do julgador, respectivamente⁵.

Atualmente, (“a” e “b”) a Constituição se assenhora de toda e qualquer relação, inclusive as de cunho particular, de sorte que mesmo convenções de pessoas privadas são por ela tuteladas (lógica “horizontal”⁶), podendo ser, se for o caso, anuladas ou retificadas para a adequação constitucional. A dignidade da pessoa humana ganha destaque, tal qual a sua concretização, de modo que foi preciso reconhecer que não é apenas o Estado que viola/afeta o direito fundamental de um particular, pois outro particular também o pode violar, ou seja, o problema da violação é o mesmo, apenas a figura do agressor é que se altera, daí porque a Constituição passa a ser um norte privilegiado nas relações particulares⁷. Logo, o Código Civil (e os estatutos e as legislações esparsos) permanece sendo uma fonte importantíssima da expressão do direito aplicável às relações privadas, mas não é a única, sequer a mais valiosa fonte, tendo em vista que tal posto cabe à Constituição. Também, (“c”) a constitucionalização do direito

⁵ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 31-33.

⁶ “[...] a expressão ‘eficácia horizontal’ têm sido rejeitados, principalmente em face da circunstância de que expressiva parcela da doutrina acabou aderindo à concepção segundo a qual, em se tratando de uma relação entre um particular e um detentor do poder social, isto é, uma relação caracterizada pela desigualdade, estar-se-ia diante de uma configuração similar que se estabelece entre os particulares e o Estado e, portanto, de natureza vertical, já que a existência de uma relação horizontal pressupõe tendencial igualdade. [...] optamos por abandonar as expressões ainda habituais, filiando-nos aos que preferem tratar o tema sob o título de ‘eficácia dos direitos fundamentais nas relações particulares’ ou mesmo ‘vinculação dos particulares – ou entidades privadas – aos direitos fundamentais, por traduzir de forma mais precisa e fidedigna, a dimensão específica do problema, já destacada.” (SARLET, Ingo Wolfgang. *Direitos fundamentais e o direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais*. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *A constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 114)

⁷ UBILLOS, Juan María Bilbao. *Eficacia horizontal de los derechos fundamentales: Las teorías y la práctica*. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). *Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 222.

civil propõe uma nova hermenêutica, confiando na primazia dos princípios e dos direitos fundamentais para a adequada interpretação e resolução dos casos concretos, abarcados ou não na legislação, indo de encontro, em certa medida, com a “tradição” subjuntiva e exegeta própria do antigo modelo⁸. Ademais, isto faz com que a ideia de “lacunas jurídicas” seja enfraquecida, já que o conteúdo não rígido dos princípios e direitos fundamentais anotados na Constituição viabiliza decisões sem a necessidade de uma previsão legislativa específica.

A história da constitucionalização do direito (a qual ainda se constrói) pode ser condensada como o processo que, diante de fatos históricos, confluiu interesses políticos e jurídicos à apreciação das Constituições como documento jurídico-político de maior grau hierárquico na ordem jurídica e que, justamente por isso, acaba sendo o referencial obrigatório para a criação e interpretação das leis e dos atos sob ela praticados. Tal cenário se estrutura notadamente a partir do resultado dos julgamentos de Nuremberg (entre 1945 e 1946), que oportunizou uma virada ideológica política e jurídica⁹, viabilizando o nascimento do Estado Democrático de Direito e do fortalecimento da noção de dignidade da pessoa humana (e dos direitos fundamentais, por lógico).

A nova perspectiva democrática e plural do Estado, aliada ao reconhecimento em nível constitucional da dignidade da pessoa humana, trouxe nova tônica aos direitos fundamentais e empoderando a efetivação de teorias jurídicas que são hoje elementares na adequada aplicação do direito civil¹⁰. Entre estas teorias podem-se citar a força normativa da Constituição¹¹, a eficácia irradiante da Constituição¹² e o dever de proteção aos direitos fundamentais¹³, a aplicação

⁸ PERLINGIERI, Pietro. A doutrina do direito civil na legalidade constitucional. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). *Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 2-3.

⁹ É interessante refletir que, efetivamente, não foi o regime nazista em si que possibilitou a reestruturação da política e do direito. Não fosse o resultado dos julgamentos de Nuremberg, muito pouco se teria evoluído em termos constitucionais.

¹⁰ “Diz-se, com algum exagero, que o direito privado passou a ser o direito constitucional aplicado, pois nele se detecta o projeto de vida em comum que a Constituição impõe.” (LÓBO, Paulo. *Constitucionalização do direito civil*. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 141, p. 100, 1999)

¹¹ HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

¹² Faz-se referência ao emblemático “caso Lüth” (BVerfGE 7, 198), disponível na íntegra em MARTINS, Leonardo (Org.). *Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão*. Montevideu: Konrad-Adenauer-Stiftung E. V., 2005. p. 381-394.

¹³ Faz-se referência aos julgamentos sobre a autorização e regulamentação do aborto (BVerfGE 39, 1 - 1975 e BVerfGE 88, 203 - 1993), disponível na íntegra em MARTINS, Leonardo (Org.). *Cinquenta anos*

direta dos direitos fundamentais nas relações interprivadas, a oxigenação principiológica dos regramentos privados com base em “regras de conteúdo aberto”, a hermenêutica filosófica, assim como a releitura dos poderes/deveres da jurisdição constitucional. O conjunto destas teorias, quando aplicado no direito privado, forma o que Perlingieri¹⁴ – um dos mentores do direito civil constitucional – denomina de pressupostos teóricos da doutrina do direito civil na legalidade constitucional.

No cenário brasileiro, foi notadamente com a Constituição Federal de 1988 que a epítetada “constitucionalização do direito privado” iniciou-se, sendo ratificada posteriormente pelo o Código Civil de 2002. Aliás, o advento do Código Civil de 2002, ao contrário do que propõe a visão conservadora no direito civil, não veio a sucumbir a “constitucionalização do direito privado” – diante de um “código mais atual do que a Constituição” –, já que, na realidade, o *novo* Código, em tese, nasce de acordo com a Constituição e de acordo com a Constituição deve ser aplicado¹⁵. Também as propostas de decodificação do direito privado – cujo um dos notáveis nomes é Irti¹⁶ – não prevaleceram. Efetivamente, não foram poucas (e quiçá ainda sejam por um punhado de juristas) as críticas à constitucionalização do direito civil que se pulverizaram em entendimentos sobre a “quebra” da segurança jurídica (em razão da aplicação direta dos direitos fundamentais e princípios constitucionais), violação da autonomia da vontade (diante do dever de proteção aos direitos fundamentais pelo Estado, principalmente) e paternalismo estatal, especialmente no âmbito jurisdicional (em face da tutela do Estado nas relações contratuais)¹⁷.

Nessa perspectiva é destacável que as críticas que subsistem com maior força – e com bons fundamentos para tanto – são aquelas vinculadas à discricionariedade judicial na aplicação dos princípios e direitos fundamentais de modo direto nas relações de direito civil, em virtude das posturas decisionistas

de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão. Montevidéu: Konrad-Adenauer-Stiftung E. V., 2005. p. 266-293.

¹⁴ PERLINGIERI, Pietro. A doutrina do direito civil na legalidade constitucional. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). *Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 1.

¹⁵ LÔBO, Paulo. A constitucionalização do direito civil brasileiro. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). *Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 23.

¹⁶ IRTI, Natalino. *L'età dela decodificazione*. 4. ed. Milano: Giuffrè, 1999.

¹⁷ REIS, Jorge Renato dos; DIAS, Felipe da Veiga. A constitucionalização do direito privado brasileiro: a perspectiva do direito autora. In: REIS, Jorge Renato dos et al. (Org.). *Estudos de direito de autor no constitucionalismo contemporâneo*. Curitiba: Multideia, 2011. p. 75-76.

dos julgadores. Tais objeções, pelas mesmas razões, não se limitam a este âmbito do direito, criando um cenário que é geral no direito contemporâneo¹⁸. É preciso atentar, portanto, que os problemas não residem nos processos de constitucionalização, mas, sim, na forma como os pressupostos deste fenômeno são manejados pelos aplicadores do Direito.

Em curtas linhas, a constitucionalização do direito privado, no Brasil ao menos, constitui-se (1) na aplicação direta e constante da Constituição nas relações privadas, (2) na interpretação e (re)leitura dos regramentos de direito civil a partir (e ao concluir) e de acordo com a Constituição, (3) na criação da legislação civil coadunada com a Constituição e, por fim, (4) na inserção de conteúdos outrora infraconstitucionais e da experiência jurisprudencial consolidada no texto constitucional¹⁹.

Esse movimento jurídico consolidou fenômenos que foram resumidos nos títulos “despatrimonialização” e “repersonalização” do direito civil, os quais conduziram a inovações e a positivação de institutos no cenário civil, entre as quais o reconhecimento da solidariedade jurídica²⁰, da boa-fé objetiva²¹, da função social, do patrimônio mínimo²², entre outras. Ao lado disto, ocorreu a aproximação entre o público e o privado, criando-se espaços de intersecção, bem como a revisão da supremacia do interesse público sobre o interesse privado²³.

Igualmente, no eixo do que propõe o direito civil constitucionalizado, assume-se a máxima de que o direito não mais se confunde apenas com a lei²⁴,

¹⁸ STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – Decido conforme minha consciência*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 20-56. O autor faz um preciso inventário do que se afirma.

¹⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. Breves notas sobre a contribuição dos princípios para a renovação da jurisprudência brasileira. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). *Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 306.

²⁰ REIS, Jorge Renato dos; ZIEMANN, Aneline. Constitucionalismo contemporâneo e princípio da solidariedade: intersecções jurídicas. *Anais do X Seminário Internacional Demandas Sociais e Políticas Públicas na Sociedade Contemporânea e VI Mostra de Trabalhos Jurídicos Científicos*, Santa Cruz do Sul, 2013.

²¹ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*. São Paulo: RT, 1999.

²² FACHIN, Luiz Edson. *Estatuto jurídico do patrimônio mínimo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

²³ SCHIER, Paulo Ricardo. Ensaio sobre a supremacia do interesse público sobre o privado e o regime jurídico dos direitos fundamentais. In: SARMENTO, Daniel (Org.). *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 242-243.

²⁴ “Cumpriram a lei, mas não observaram o direito. Lei é lei, direito é direito: essa é a lição magistral que se pode inferir dos julgamentos de Nuremberg. [...] A fonte do direito (por excelência) era a lei. Essa confusão foi desatada com o constitucionalismo, que enfoca o direito de forma muito mais ampla [...]”

sendo de rigor que se busque na solução dos casos concretos uma interpretação crítica e axiológica (constitucionalizada) da lei diante dos princípios e direitos fundamentais²⁵. Não bastasse isto, princípios constitucionais, como a dignidade humana, a igualdade e a solidariedade, são vistos como o ponto de partida para toda produção legislativa e, posteriormente, como elementos-guias para o fechamento da interpretação, de modo que a hermenêutica jurídica foi reposicionada²⁶.

Quanto à aplicação dos princípios e direitos fundamentais nas relações interprivadas, no Brasil há certo consenso²⁷, sendo cada vez mais raras as posições que defendem a inaplicabilidade. O debate (de alguma forma) ainda se sustenta no “como” pode ocorrer a aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas²⁸. Por esta celeuma, pelo menos quatro vertentes de maior expressão são reconhecidas – a despeito de outras de menor expressão –, sendo elas: a da eficácia mediata, a da eficácia imediata, a doutrina da eficácia atenuada e a *state action*. No Brasil, a discussão foi amenizada pelo Supremo Tribunal Federal ao julgar o Recurso Especial nº 201.819/RJ, no ano de 2005, no qual assentou o entendimento de que a teoria acolhida contemporaneamente pelo ordenamento brasileiro é a da eficácia imediata²⁹.

(GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Direito supraconstitucional: do absolutismo ao estado constitucional e humanista de direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 45/46)

²⁵ GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Direito supraconstitucional: do absolutismo ao estado constitucional e humanista de direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 45.

²⁶ GRAU, Eros. Técnica legislativa e hermenêutica contemporânea. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). *Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 283.

²⁷ Para todos, ver REIS, Jorge Renato dos. Os direitos fundamentais de tutela da pessoa humana nas relações entre particulares. In: REIS, Jorge Renato dos; LEAL, Rogério Gesta (Org.). *Direitos sociais e políticas públicas: desafios contemporâneos*. Santa Cruz do Sul: Edunisc, t. 7, 2007. p. 2033-2064.

²⁸ UBILLOS, Juan María Bilbao. Eficacia horizontal de lós derechos fundamentales: Las teorías y la pratica. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). *Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 236.

²⁹ “A proposta da teoria da eficácia imediata é de que os direitos fundamentais devem operar seus efeitos diretamente sobre as relações particulares, sem a necessidade da intervenção legislativa autorizadora, com ressalvas aos casos em que o destinatário do direito subjetivo estampado na norma seja o poder público. Por assim dizer, reconhece que os direitos fundamentais são direitos subjetivos e objetivos qualificados de aplicação imediata (e simultânea) perante o Estado e a sociedade, além de contarem com o papel de supridores das lacunas do sistema jurídico que desde sempre desempenham.” (LEAL, Mônia Clarissa Hennig; BOLESINA, Iuri. Fundamentação, jurisdição constitucional e direitos fundamentais – Um estudo de caso. *Espaço Jurídico Jornal of Law*, Chapecó: Unoesc, v. 14, n. 2, p. 511-532, jul./dez. 2013, p. 513)

Vale consignar, por fim, em seguimento às linhas dos desafios apontados por Fachin³⁰, que a constitucionalização do direito privado impõe uma revisão de comportamentos (além da revisão das teorias), os quais se iniciam na vida em sociedade, perpassam o ensino jurídico e desaguam na prática jurídica. É interessante constatar que essas mudanças há tempos foram recepcionadas pelos estudiosos do direito constitucional como um caminho (muito) óbvio e necessário, decorrente do constitucionalismo contemporâneo. Se percebe daí que eventuais resistências na constitucionalização do direito privado são, na verdade, resistências à própria plenitude da Constituição.

2 O MÍNIMO EXISTENCIAL: ORIGEM, CONCEITO E ESTRUTURA

O (direito ao) mínimo existencial é um direito fundamental implícito na Constituição Federal, decorrente do princípio da dignidade da pessoa humana. É tido como um instituto jurídico de conteúdo aberto, estando sempre vinculado às singularidades do contexto em que é percebido, muito embora concentre alguns elementos que devem ser vistos como universais, gerais e atemporais, de modo a se aplicarem a todas as pessoas, sem qualquer distinção, em todos os lugares e em todos os tempos. Justamente em razão disso é que o conceito de mínimo existencial, ao longo da história, sofre transformações de conteúdo e natureza, não obstante permaneça de modo mais ou menos fixo atrelado e deferente à dignidade da pessoa humana.

Nesse sentido, o mínimo existencial se configura em uma dupla dimensão: de um lado (no aspecto constitutivo³¹), conforta em seu âmago um conjunto de direitos reconhecidos ou não de forma expressa pelo Estado, sempre vinculados à dignidade humana³² e imprescindíveis para uma vida condigna; de outro lado (no aspecto substancial³³), se apresenta como baliza para a fruição desse conjunto

³⁰ FACHIN, Luiz Edson. *Questões do direito civil brasileiro contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 12-13.

³¹ Aquilo que “forma” o mínimo existencial. Por exemplo: o direito à liberdade, à educação, etc.

³² BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 277-278.

³³ O “quanto” deve ser entregue para a concretização do mínimo existencial. Por exemplo: quanta liberdade, quanta educação, etc.

de direitos para assegurar a vida condigna. Em ambas as dimensões há sempre que serem consideradas as questões de tempo, espaço e sujeito³⁴⁻³⁵.

A partir dessa conceituação é possível perceber que o reconhecimento (aspectoconstitutivo) e a concretização (aspecto substancial) do mínimo existencial são sempre variáveis, pois é impossível “estabelecer, de forma apriorística e acima de tudo de modo taxativo, um elenco dos elementos nucleares do mínimo existencial”³⁶. Daí porque se diga que no mínimo existencial existem diversos “mínimos existenciais”, pois ao tempo que se diz que o direito à alimentação e à autonomia privada (também) formam o mínimo existencial, igualmente se afirma que a quantidade de fruição desses dois direitos será diferente entre si e entre eles mesmos em diferentes contextos³⁷, “não dispensando, portanto, a necessária contextualização (o que é moradia digna, por exemplo, varia significativamente até mesmo de acordo com as condições climáticas)”³⁸.

Para exemplificar mais pontualmente, pense-se que o mínimo existencial no Brasil é “x” (um conjunto de direitos básicos para uma vida condigna), o qual conta em seu âmbito os direitos “y”, “w” e “z”. No Estado do Pará, a fruição deste mínimo existencial poderá ser “x + 1”, “x + 2”, ou mesmo “x”, ao mesmo tempo em que a fruição dos direitos “y”, “w” e “z” pode ser “y + 5”, “w + 2” e

³⁴ O conceito apresentado foi originalmente exposto em BOLESINA, Iuri; LEAL, Mônia Clarissa Hennig. *O mínimo existencial e o controle jurisdicional de políticas públicas: análise de sua operacionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça*. Curitiba: Multideia, 2013. p. 23.

³⁵ Atenta-se para a precisa lição de Corinna Treisch (apud LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. *Teoria dos direitos fundamentais sociais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 135), que destaca que tanto as necessidades materiais quanto as necessidades imateriais estão inseridas na ideia de mínimo existencial. Afirma o autor: “O mínimo existencial é a parte de consumo corrente de cada ser humano, seja criança ou adulto, que é necessário para a conservação de uma vida humana digna, o que compreende a necessidade de vida física, como a alimentação, vestuário, moradia, assistência de saúde, etc. (mínimo existencial físico) e a necessidade espiritual-cultural, como educação, sociabilidade, etc. Compreende a definição do mínimo existencial tanto a necessidade física como também cultural-espiritual, então se fala de um mínimo existencial cultural”.

³⁶ SARLET, Ingo W.; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang et al. (Org.). *Direitos fundamentais: orçamento e reserva do possível*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 26.

³⁷ LEAL, Rogério Gesta. *Condições e possibilidades eficazes dos direitos fundamentais sociais: os desafios do Poder Judiciário no Brasil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 92.

³⁸ SARLET, Ingo W.; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang et al. (Org.). *Direitos fundamentais: orçamento e reserva do possível*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 26.

“z + 3” e ao mesmo tempo em que, em São Paulo, será “y + 2”, “w” e “z + 1”, em vista do contexto como excesso de chuva ou de seca, economia desenvolvida ou atrasada, frio ou calor intenso, índice maior ou menor de criminalidade. Agora, avançando, um cidadão no Estado do Pará, em razão de suas singularidades próprias (deficiência visual, por exemplo) necessitará da fruição de “y + 6”, “w + 3” e “z + 5”, enquanto que um cidadão no Estado de São Paulo, também por causa das suas singularidades pessoais (como uma doença rara), necessitará da fruição de um mínimo existencial de “y + 4”, “w + 2” e “z + 2”. Logo, a avaliação do mínimo existencial demandará a observação de elementos distintos e contextualizados (sociais, políticos, econômicos e jurídicos) no caso concreto, bem como monta distinta de recursos para a sua concretização³⁹.

Vê-se, pois, que o conteúdo da dignidade humana e do mínimo existencial não pode ser afixado tão somente no rol dos direitos fundamentais, tampouco ao seu núcleo essencial meramente, nem mesmo a gama dos direitos reconhecidos formalmente pelo Estado, já que é preciso um olhar dinâmico e aberto (mas não arbitrário) à infinitude de necessidades razoáveis que a dignidade humana reclama e que devem ser atendidas por meio do mínimo existencial. O mínimo existencial encerra em si, portanto, uma espécie de reserva jurídica de eficácia direta do princípio da dignidade da pessoa humana.

Mas é preciso estar atento ao instituto e ao que aconteceu com ele no Brasil. A construção jurídica original e clássica do mínimo existencial se deu no seio do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha⁴⁰, sendo vinculada diretamente ao respeito, à garantia e à promoção da dignidade da pessoa humana em uma perspectiva de razoabilidade – daquilo necessário e razoavelmente exigível para uma vida condigna (e não meramente de uma vida). No Brasil, todavia, o mínimo existencial sofreu uma espécie de alteração (deturpação, mais especificamente) em sua teorização. A doutrina brasileira e mais incisivamente a jurisprudência trataram o mínimo existencial em números e não em termos de razoabilidade, como fazem a jurisprudência e doutrina germânica, de modo que algo que servia como limite (mínimo) à concretização da dignidade humana passou a ser manipulado como “tábua de salvação jurídica” para o atendimento e a

³⁹ LEAL, Rogério Gesta. *Condições e possibilidades eficaciais dos direitos fundamentais sociais: os desafios do Poder Judiciário no Brasil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 93.

⁴⁰ Nos julgamentos do BVerfGE 40, 121 - 1975 e do BVerfGE 82, 60 - 1990.

argumentação em casos de extrema vulnerabilidade ou perigo de perecimento⁴¹. Ocorre que, no Brasil, o mínimo existencial foi transformado em mínimo vital (ou mínimo de sobrevivência), o qual se presta para a proteção da vida humana, da sobrevivência física (digna ou não)⁴².

O resgate da real estrutura do mínimo existencial no Brasil está em plena operação e se pode dedicar especial relevância aos estudos e esforços de Sarlet⁴³, que de modo conspícuo vem encabeçando essa necessária revisão. Há que se distinguir, de acordo com a teoria das necessidades humanas⁴⁴, ao menos três níveis de necessidades e de satisfação destas. Primeiro, “a base”, onde reside o mínimo vital, ou seja, as carências vitais, de sobrevivência, e onde não importa, em um primeiro momento, a dignidade, mas sim a vida (comida nutritiva vem depois de qualquer comida para quem está morrendo de fome, por exemplo). Segundo, “o nível intermediário”, no qual se está a falar do mínimo existencial, no qual a sobrevivência está assegurada e agora se buscam os direitos e a fruição destes em quantidade e qualidade suficientes para o mínimo atendimento da dignidade humana em um contexto específico (por exemplo, em geral no Brasil, escolas com cadeiras, mesas e lousa em adequado estado de conservação e funcionais para o que se destinam e não uma escola com cadeiras estofadas, mesas retrateis e lousa digital). E, terceiro, “o padrão ideal”, que é um padrão utópico, que poucos Estados alcançaram, no qual há total satisfação das necessidades com plena dignidade ou a total satisfação de uma necessidade específica com plena dignidade (como o atendimento gratuito, integral, célere, qualitativo e individualizado de saúde, enquanto outros direitos necessários à dignidade humana permanecem no nível intermediário do mínimo existencial).

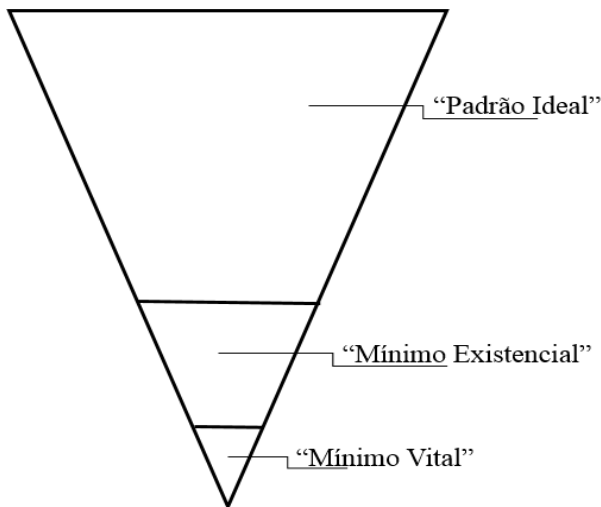
⁴¹ PEREIRA, Potyara A. P. *Necessidades humanas: subsídios à crítica dos mínimos sociais*. São Paulo: Cortez, 2000. p. 26.

⁴² “[...] as balizas do mínimo existencial serão sempre variáveis de acordo com o espaço e o tempo em que a teoria é aplicada, tornando-a, assim, uma teoria que, na prática, é dinâmica. De outro lado, o passo seguido pelo mínimo vital será sempre rígido, já que as necessidades humanas abrangidas por ele não são negociáveis: ou são supridas ou restará grave prejuízo.” (BOLESINA, Iuri; LEAL, Mônia Clarissa Hennig. *O mínimo existencial e o controle jurisdicional de políticas públicas: análise de sua operacionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça*. Curitiba: Multideia, 2013. p. 34)

⁴³ SARLET, Ingo W.; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Beneti; BARCELLOS, Ana Paula et al. *Direitos fundamentais: orçamento e reserva do possível*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

⁴⁴ DOYAL, L.; GOUGH, I. *Teoría de las necesidades humanas*. Barcelona: Icaria, 1994.

Visualmente, o que se tem é uma pirâmide inversa, dividida em três andares, sendo que em cada andar há um conjunto de direitos e a quantidade e qualidade necessárias para o atendimento daquele andar, que, uma vez atendido, autoriza e fornece passagem para o andar superior:



Por fim, há que se destacar que o mínimo existencial pode/deve ser reconhecido como verdadeiro direito fundamental autônomo⁴⁵⁻⁴⁶, dotado

⁴⁵ Para Robert Alexy (Direitos fundamentais no Estado Constitucional Democrático. *Revista de Direito Administrativo*, n. 217, p. 55-66, jul./set. 1999, p. 61), três são os requisitos para a configuração de um direito fundamental: 1) tratar de um interesse ou carência que pode e deve ser assegurado pelo direito; 2) que esse interesse ou carência seja possível de fundamentação jurídica; e 3) que esse interesse ou carência seja tão essencial que no caso de seu desrespeito ocorra um dano drástico (morte, sofrimento, violação da autonomia). No caso do mínimo existencial, vê-se que 1) trata de interesses afetos à dignidade e que, portanto, merecem ser assegurados pelo direito; 2) seu fundamento pode facilmente ser extraído dos princípios e das demais normatizações do direito já existentes - pelo menos em um Estado Constitucional e Democrático de Direito; e 3) o não atendimento do mínimo existencial confirma sempre um dano à dignidade humana, por vezes irreparável.

⁴⁶ Ricardo Lobo Torres (*O direito ao mínimo existencial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p. 84) irá afirmar, em sentido contrário, se tratar de uma regra, pois, segundo o autor, se aplicaria por subsunção, por constituir direitos definitivos e não se aplicar ponderação. Por tudo que se disse até então, não se concorda com a sustentação do referido autor, notadamente pelo caráter mais "aberto" que possui o mínimo existencial, sempre dependente de uma avaliação criteriosa dos elementos contextuais fáticos. Em verdade, o mínimo existencial, não fosse um direito fundamental, estaria mais para princípio do que para regra.

de uma tríplice dimensão⁴⁷: 1) como direito fundamental que pode pleitear o atendimento de necessidades ligadas à dignidade da pessoa humana; 2) como o fundamento de novos direitos fundamentais ainda não reconhecidos formalmente pelo Estado; e 3) como fundamento para o reconhecimento e a concretização de “novas perspectivas”, ainda não amparadas pelo Estado⁴⁸, de direitos fundamentais já reconhecidos pelo Estado, aumentando-se, por decorrência direta, o seu campo de incidência (direito à educação pode, em uma nova perspectiva, englobar o direito à educação, à cibercultura e, a partir daí, exigir novas condutas do Estado e da sociedade)⁴⁹.

3 O MÍNIMO EXISTENCIAL NAS RELAÇÕES INTERPRIVADAS: CONSIDERAÇÕES EM PARALELO À ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL

A lógica do direito civil constitucionalizado impõe o reconhecimento e a aplicação dos princípios e direitos fundamentais nas relações interprivadas, tanto daqueles considerados explícitos quanto daqueles tidos com implícitos. Nesta via, não faria sentido, sequer se coadunaria com o constitucionalismo contemporâneo, advogar que apenas alguns direitos fundamentais fossem aptos a produzir efeitos nas relações civis, em detrimento de outros. Por ser um direito fundamental implícito na Constituição, ao mínimo existencial se aplica toda a teoria geral dos direitos fundamentais, de sorte que possui força normativa e eficácia direta, imediata e irradiante no ordenamento jurídico. Daí porque se entenda que o direito (fundamental) ao mínimo existencial se aplique nas relações jurídicas particulares. Seus efeitos, destarte, se irradiam por todo o ordenamento jurídico de forma imediata e direta, tal qual ocorre com os demais direitos fundamentais.

O mínimo existencial, enquanto direito fundamental autônomo, é capaz de assegurar tanto as dimensões objetivas e subjetivas próprias dos direitos

⁴⁷ BOLESINA, Iuri; LEAL, Mônia Clarissa Hennig. *O mínimo existencial e o controle jurisdicional de políticas públicas: análise de sua operacionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça*. Curitiba: Multideia, 2013. p. 61.

⁴⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 89.

⁴⁹ BITTENCOURT NETO, Eurico. *O direito ao mínimo para uma existência digna*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 173.

fundamentais⁵⁰, ou seja, serve como vetor interpretativo e atua como direito pleno e imediatamente defensável. Tem como escopo, portanto, assegurar a dignidade humana nas relações interprivadas, já que é bastante claro que os particulares podem concretizar ou violar a dignidade de outros particulares, do mesmo modo que podem concretizar ou violar o mínimo existencial de outros particulares – conclusão que é herança do emblemático “caso Lüth”.

Essa linha conclusiva bastante lógica reforça a ideia de vinculação dos particulares aos direitos fundamentais e anota, por razões idênticas ao que se dá nestes direitos, o atrelamento dos particulares ao mínimo existencial que, em máximo resumo, representa a efetiva concretização da dignidade da pessoa humana nas práticas jurídicas entre particulares⁵¹. Diante da constitucionalização do direito civil, seria disparate julgar razoável que os particulares pudessem, em suas relações, adotar condutas violadoras do mínimo existencial, violadoras, portanto, da dignidade humana.

Percebe-se que o reconhecimento do mínimo existencial nas relações interprivadas não se trata, meramente, de mais uma hipótese de responsabilização civil (advinda do dano à dignidade humana) ou de nulidade da conduta praticada. Reconhecer o mínimo existencial no âmbito do direito civil é equivalente a afirmar que qualquer relação perpetrada por particulares carece de determinadas ações ou omissões para que se tenha resguardado uma vida condigna⁵². É sempre memorável que o reconhecimento do mínimo existencial não se resume às ações estatais ou aos direitos sociais, uma vez que este direito persegue a concretização da dignidade humana, de sorte que nele também estão os direitos individuais e coletivos.

Nessa empreitada, o Poder Judiciário ganha especial destaque, agindo como *fiel* da adequação constitucional (pois não se deve esquecer que desde que o constitucionalismo contemporâneo se instalou no Brasil, todo ato de jurisdição é um ato de jurisdição constitucional⁵³) nas relações firmadas por particulares. Na verdade, há uma bifurcação: de um lado, a tutela jurisdicional, que poderá

⁵⁰ TORRES, Ricardo Lobo. *O direito ao mínimo existencial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p. 38.

⁵¹ BITTENCOURT NETO, Eurico. *O direito ao mínimo para uma existência digna*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 134-137.

⁵² BOLESINA, Iuri; LEAL, Mônia Clarissa Hennig. *O mínimo existencial e o controle jurisdicional de políticas públicas: análise de sua operacionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça*. Curitiba: Multideia, 2013. p. 67.

⁵³ BONAVIDES, Paulo. Jurisdição constitucional e legitimidade: algumas observações sobre o Brasil. *Revista Estudos Avançados*, n. 18 (51), p. 134, 2004.

ser preventiva ou não; e, de outro lado, as condutas dos próprios particulares que também poderão ser preventivas ou não.

Nota-se que no Judiciário (bem como em alguns casos que não alcançam o Judiciário por serem resolvidos autonomamente entre as partes) a concretização do mínimo existencial entre particulares tende a ficar obscurecida por outros institutos jurídicos, de modo que a temática acaba somente sendo mais iluminada quando passa pela esteira do sentido pós-violatório, ou seja, quando se observa um dano já ocorrido, uma violação da dignidade da pessoa humana resultante da relação particular entabulada.

Uma pesquisa na jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul apresentou-se reveladora em termos de aplicação concreta do que ora se diz, já que o termo “mínimo existencial” é menos empregado do que expressões como “dignidade”, “boa-fé”, “solidariedade”, “respeito”, entre outras. Não obstante, a pesquisa⁵⁴ também demonstrou que o Tribunal gaúcho trabalha com o conceito de mínimo existencial de modo acertado, veiculando, em geral, à dignidade humana, em casos variados e em ambas as lógicas: pré e pós-violatória. Não obstante, tende a reconhecer e a aplicar o mínimo existencial nas relações interprivadas em que se apresentam casos mais específicos e peremptórios à dignidade humana (saúde, educação, liberdade), ao tempo em que situações menos talhantes à dignidade humana (mas ainda assim prejudiciais) são resolvidas por meio de outros institutos jurídicos.

Nos casos de empresas privadas ou de pessoas físicas nas suas relações em geral, são alguns exemplos reais disso o ajuste deliberado de cláusulas abusivas em contratos⁵⁵, a penhora de bem considerado essencial à dignidade do seu proprietário⁵⁶, o desrespeito aos limites e aos deveres de vizinhança⁵⁷, a veiculação de publicidade enganosa/abusiva⁵⁸, a colocação no mercado

⁵⁴ Utilizando-se das chaves de pesquisa “mínimo existencial” e “dignidade humana”, alternadamente.

⁵⁵ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Apelação Cível nº 70056368467, Vigésima Quarta Câmara Cível, Relator: Jorge Maraschin dos Santos, Julgado em 26.02.2014.

⁵⁶ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Apelação Cível nº 70050513183, Décima Primeira Câmara Cível, Relator: Luiz Roberto Imperatore de Assis Brasil, Julgado em 12.12.2012.

⁵⁷ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Apelação Cível nº 70025318239, Décima Nona Câmara Cível, Relatora: Mylene Maria Michel, Julgado em 16.12.2008.

⁵⁸ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Apelação Cível nº 70050365329, Décima Segunda Câmara Cível, Relator: José Aquino Flôres de Camargo, Julgado em 06.09.2012.

de produtos inseguros nas relações de consumo⁵⁹ e os casos dolosos de responsabilidade civil, em geral engendrados pelo aviltamento dos direitos da personalidade⁶⁰.

Em todos esses casos (do senso da perspectiva pós-violatória), é comum referir uma violação à dignidade humana e a outras previsões específicas da legislação infraconstitucional, mas é igualmente comum olvidar que se violou a máxima de “vida condigna” e, portanto, que se violou o mínimo existencial. Tal “esquecimento” jurídico se dá muito pelo fato de se considerar o mínimo existencial como vinculado exclusivamente aos direitos sociais, bem como por ser equivocadamente julgado como equivalente ao mínimo vital. Daí porque seja farta e “segura” a jurisprudência quando trabalha com as hipóteses de fornecimento de medicamentos ou tratamentos médicos, por exemplo.

Por outro lado, é necessário dedicar destaque especial aos deveres pré-violatórios em comparação aos deveres pós-violatórios⁶¹. Significa asseverar que as relações particulares devem ser pautadas por meios de se proteger e de se promover o mínimo existencial antes da ocorrência do dano⁶². Muito disto se dá por meio de institutos jurídicos eminentemente vivenciados no direito privado⁶³, como a boa-fé objetiva, a transparência contratual, o solidarismo, a afetividade, etc., que são praticados pelos particulares antes do dano (ainda que eles não saibam que estão se valendo destes mecanismos jurídicos) e também pelo Judiciário ao trabalhar com as hipóteses de tutela antecipada ou agravo de instrumento. No sentido pré-violatório, o que se intenta é antecipar-se ao dano, evitando-o.

⁵⁹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Apelação Cível nº 70058835257, Décima Câmara Cível, Relator: Marcelo Cezar Muller, Julgado em 27.03.2014; e Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Apelação Cível nº 70040083529, Nona Câmara Cível, Relator: Leonel Pires Ohlweiler, Julgado em 10.08.2011.

⁶⁰ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Apelação Cível nº 70045526217, Vigésima Quarta Câmara Cível, Relator: Ricardo Torres Hermann, Julgado em 30.10.2013.

⁶¹ RUBIO, David Sánchez. *Repensar derechos humanos: de la anestesia a la sinestesia*. Sevilla: Mad, 2007. p. 14-30.

⁶² BOLESINA, Iuri; LEAL, Mônia Clarissa Hennig. *O mínimo existencial e o controle jurisdicional de políticas públicas: análise de sua operacionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça*. Curitiba: Multideia, 2013. p. 68.

⁶³ Recordar-se a relativização do interesse público diante do privado, consoante ensina SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 103.

Nessa via, percebe-se, da análise jurisprudencial realizada, o questionamento se o mínimo existencial (o necessário para o respeito à dignidade de uma vida humana) está(va) sendo observado nos serviços de atendimento ao consumidor⁶⁴, na transparência e na boa-fé dos contratantes, notadamente em contratos de adesão⁶⁵, na entrega de bens como garantia⁶⁶ e, mais modernamente, no uso das redes sociais e na veiculação/trânsito de (praticamente todos) direitos de personalidade nelas⁶⁷.

Nesses casos (do senso da perspectiva pré-violatória), o mínimo existencial age tanto como vetor de interpretação – aquilo que precisa ser *considerado* na relação privada para que a dignidade das partes seja resguardada – quanto como direito subjetivo hábil a produzir direitos e obrigações, ambos amarrados à dignidade humana – aquilo que precisa ser *(des)feito* na relação privada para que a dignidade das partes seja resguardada.

Por seu turno, nas hipóteses das empresas privadas que prestam serviços públicos⁶⁸, a verificação e aceitação do mínimo existencial é facilitada, já que estes serviços correspondem a atividades que, em regra, caberiam ao Estado, o qual, classicamente, era o único vinculado aos deveres impostos pelo mínimo existencial. São exemplos os seguintes casos apreciados pelo Tribunal de Justiça gaúcho: o fornecimento de energia elétrica⁶⁹ e água potável⁷⁰ obrigatoriamente, não bastando a alegação de falta de estrutura para tanto, assim como a adequação de loteamento “privado” aos serviços básicos essenciais para a

⁶⁴ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Agravo de Instrumento nº 70046739975, Décima Segunda Câmara Cível, Relator: Umberto Guaspari Sudbrack, Julgado em 12.04.2012.

⁶⁵ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Agravo Regimental nº 70058308859, Sexta Câmara Cível, Relator: Ney Wiedemann Neto, Julgado em 20.03.2014.

⁶⁶ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Agravo de Instrumento nº 70055809826, Décima Oitava Câmara Cível, Relator: Pedro Celso Dal Pra, Julgado em 26.09.2013.

⁶⁷ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Agravo de Instrumento nº 70057670739, Sexta Câmara Cível, Relator: Niwton Carpes da Silva, Julgado em 10.12.2013.

⁶⁸ Recordar-se, aqui, a dificuldade de conceituar serviço público. Para um estudo aprofundado acerca do tema, indica-se RECK, Janriê Rodrigues. Observação pragmático-sistêmica do conceito de serviço público. Tese de Doutorado pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos, Programa de Pós-Graduação em Direito. São Leopoldo/RS, 2009.

⁶⁹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Apelação Cível nº 70030155246, Primeira Câmara Cível, Relator: Jorge Maraschin dos Santos, Julgado em 26.05.2010.

⁷⁰ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Apelação Cível nº 70014427504, Terceira Câmara Cível, Relator: Rogerio Gesta Leal, Julgado em 30.11.2006.

salvaguarda do mínimo existencial⁷¹. A partir disto, vale refletir igualmente se a atual forma de transporte público urbano prestado por empresas privadas respeita o mínimo existencial de seus passageiros diante dos casos diários de transporte de passageiros em pé⁷² e da não obrigatoriedade do uso de cinto de segurança – ambas hipóteses que majoritariamente são consideradas “normais” pela jurisprudência pátria.

Nota-se que, por uma coerência ao direito civil constitucionalizado, a concretização do mínimo existencial nas relações privadas pelos próprios particulares sintetiza-se em situações reais e diárias de respeito, proteção e promoção à dignidade humana e não dependem obrigatoriamente do Estado ou de sua legislação para a sua concretização⁷³. Evidentemente que a importância do Estado neste cenário é destacável, pois exerce ações elementares na tutela (pré/pós-violatória) da dignidade humana. Ademais, pensar na concretização do mínimo existencial nas relações privadas abranda as lógicas patrimonialistas e legalistas clássicas do direito privado, aproximando-o das matizes do constitucionalismo contemporâneo.

É necessário advertir, contudo, que não se trata de “banalizar” a ideia de mínimo existencial ao diluí-lo igualmente nas relações interprivadas. Ao revés, visa-se a uma (re)leitura da concretização da dignidade humana na esfera do civil, no cotidiano incessante do privado. Esta perspectiva ataca a cultura passiva, limitada, de impotência em relação ao respeito, à proteção e à promoção da dignidade humana no espaço próprio de cada pessoa e nas relações diárias de cada particular, ao mesmo tempo em que questiona antigos dogmas advindos *do* e levados ao extremo *no* direito civil liberal, como a exegese, o legalismo, a autonomia privada e a igualdade meramente formal⁷⁴.

⁷¹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Apelação Cível nº 70054870910, Vigésima Câmara Cível, Relator: Carlos Cini Marchionatti, Julgado em 11.12.2013.

⁷² BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Recurso Inominado nº 71003777711, 2ª Turma Recursal Cível, Relatora: Vivian Cristina Angonese Spengler, Julgado em 24.10.2012.

⁷³ RUBIO, David Sánchez. *Repensar derechos humanos: de la anestesia a la sinestesia*. Sevilla: Mad, 2007. p. 30.

⁷⁴ “As Constituições liberais (no Brasil, as de 1824 e 1891) nada regularam sobre as relações privadas, cumprindo sua função de delimitação do Estado mínimo. Ao Estado coube apenas estabelecer as regras do jogo das liberdades privadas, no plano infraconstitucional, de sujeitos de direitos formalmente iguais, abstraídos de suas desigualdades reais. Consumou-se o darwinismo jurídico, com a hegemonia dos economicamente mais fortes, sem qualquer espaço para a justiça social. Como a dura lição da história demonstrou, a codificação liberal e a ausência da constituição econômica serviram de instrumento de exploração dos mais fracos pelos mais fortes, gerando reações e conflitos

CONCLUSÃO

A constitucionalização do direito privado surge como corolário da constitucionalização do direito, que foi fruto da confluência de interesses históricos, políticos e jurídicos. Em termos jurídicos, teorias como a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, a força normativa e irradiante da Constituição, o dever de proteção, a construção da nova hermenêutica e a revisão dos poderes/deveres da jurisdição constitucional foram determinantes para a configuração deste cenário. Justamente em razão disto é que, contemporaneamente, a Constituição e as suas previsões são aplicadas de forma direta e imediata nas relações particulares.

Diante disso, atualmente há certo consenso de que a epítetada “constitucionalização do direito civil” constitui-se (1) na aplicação direta e constante da Constituição nas relações privadas, (2) na interpretação e (re)leitura dos regramentos de direito civil a partir (e ao concluir) e de acordo com a Constituição, (3) na criação da legislação civil coadunada com a Constituição e, por fim, (4) na inserção de conteúdos outrora infraconstitucionais e da experiência jurisprudencial consolidada no Texto Constitucional. O direito civil passa a dever deferência à Constituição e, ao mesmo tempo, a se alimentar das teorias que a circundam, em especial quanto aos direitos fundamentais e princípios constitucionais.

Entre essas teorias está o mínimo existencial. Originário da jurisprudência alemã, foi importado para o Brasil, sofrendo nesta transição uma deturpação de sentido que praticamente o equiparou ao mínimo vital de forma equivocada. Hoje, resgata-se o sentido original da teoria que sempre esteve vinculada à dignidade da pessoa humana e à razoabilidade (e não à sobrevivência física). O mínimo existencial é uma figura aberta e cambiante no tempo e no espaço. Conforta em seu âmago um conjunto de direitos reconhecidos ou não de forma expressa pelo Estado, sempre vinculados à dignidade humana e imprescindíveis para uma vida condigna (no aspecto constitutivo); de outro lado, se apresenta como baliza de quantidade e qualidade na fruição desse conjunto de direitos para assegurar a vida condigna (no aspecto substancial). Sua estrutura normativa é de um direito fundamental autônomo e não se confunde com o mínimo vital ou com padrões ideais de direito.

que redundaram no advento do Estado Social.” (LÔBO, Paulo. Constitucionalização do direito civil. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 141, p. 101, 1999)

Por ser um direito fundamental implícito na Constituição, ao mínimo existencial aplica-se toda a teoria geral dos direitos fundamentais, de sorte que possui força normativa e eficácia direta, imediata e irradiante no ordenamento jurídico. É hábil, portanto, para produzir efeitos nas relações jurídicas interprivadas. A sua concretização – respeito, proteção e promoção – neste âmbito pode (e deve preferencialmente) se dar de modo pré-violatório, ou seja, antes do aparecimento de um dano, bem como de forma pós-violatória, quando se repara ou ameniza o dano sofrido. A partir disto, tanto o Estado quanto os particulares podem (e devem) concretizar o mínimo existencial.

Na seara estatal, a análise, por meio da jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, demonstrou que o mencionado Tribunal tende a reconhecer e a aplicar o mínimo existencial nas relações interprivadas em que se apresentam casos mais específicos e peremptórios à dignidade humana (saúde, educação, liberdade), ao tempo em que situações menos talhantes à dignidade humana (mas ainda assim prejudiciais) são resolvidas por meio de outros institutos jurídicos.

Por uma coerência ao direito civil constitucionalizado, a concretização do mínimo existencial nas relações privadas pelos próprios particulares sintetiza-se em situações reais e diárias de respeito, proteção e promoção à dignidade humana, e não dependem obrigatoriamente do Estado ou da legislação para a sua concretização. Não se trata de “banalizar” a ideia de mínimo existencial ao diluí-lo igualmente nas relações interprivadas, mas sim de repensar a concretização da dignidade humana na esfera do civil, no cotidiano incessante do privado. Esta perspectiva trabalha com o espaço próprio de cada pessoa e nas relações diárias de cada particular, ao mesmo tempo em que questiona antigos dogmas advindos do e levados ao extremo no direito civil liberal, como a exegese, o legalismo, a autonomia privada e a igualdade meramente formal.

Por todo o exposto, aclara-se que o mínimo existencial é plenamente aplicável às relações interprivadas, como corolário da constitucionalização do direito civil e em respeito à dignidade da pessoa humana.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. Direitos fundamentais no Estado Constitucional Democrático. *Revista de Direito Administrativo*, n. 217, p. 55-66, jul./set. 1999.

BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BITTENCOURT NETO, Eurico. *O direito ao mínimo para uma existência digna*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

BOLESINA, Iuri; LEAL, Mônia Clarissa Hennig. *O mínimo existencial e o controle jurisdicional de políticas públicas: análise de sua operacionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça*. Curitiba: Multideia, 2013.

BONAVIDES, Paulo. Jurisdição constitucional e legitimidade: algumas observações sobre o Brasil. *Revista Estudos Avançados*, n. 18 (51), p. 127-150, 2004.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Agravo de Instrumento nº 70046739975, Décima Segunda Câmara Cível, Relator: Umberto Guaspari Sudbrack, Julgado em 12.04.2012.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Agravo de Instrumento nº 70055809826, Décima Oitava Câmara Cível, Relator: Pedro Celso Dal Pra, Julgado em 26.09.2013.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Agravo de Instrumento nº 70057670739, Sexta Câmara Cível, Relator: Niwton Carpes da Silva, Julgado em 10.12.2013.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Agravo Regimental nº 70058308859, Sexta Câmara Cível, Relator: Ney Wiedemann Neto, Julgado em 20.03.2014.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Apelação Cível nº 70030155246, Primeira Câmara Cível, Relator: Jorge Maraschin dos Santos, Julgado em 26.05.2010.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Apelação Cível nº 70014427504, Terceira Câmara Cível, Relator: Rogério Gesta Leal, Julgado em 30.11.2006.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Apelação Cível nº 70054870910, Vigésima Câmara Cível, Relator: Carlos Cini Marchionatti, Julgado em 11.12.2013.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Apelação Cível nº 70056368467, Vigésima Quarta Câmara Cível, Relator: Jorge Maraschin dos Santos, Julgado em 26.02.2014.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Apelação Cível nº 70050513183, Décima Primeira Câmara Cível, Relator: Luiz Roberto Imperatore de Assis Brasil, Julgado em 12.12.2012.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Apelação Cível nº 70025318239, Décima Nona Câmara Cível, Relatora: Mylene Maria Michel, Julgado em 16.12.2008.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Apelação Cível nº 70050365329, Décima Segunda Câmara Cível, Relator: José Aquino Flôres de Camargo, Julgado em 06.09.2012.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Apelação Cível nº 70058835257, Décima Câmara Cível, Relator: Marcelo Cezar Muller, Julgado em 27.03.2014.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Apelação Cível nº 70040083529, Nona Câmara Cível, Relator: Leonel Pires Ohlweiler, Julgado em 10.08.2011.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Apelação Cível nº 70045526217, Vigésima Quarta Câmara Cível, Relator: Ricardo Torres Hermann, Julgado em 30.10.2013.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Recurso Inominado nº 71003777711, 2ª Turma Recursal Cível, Relatora: Vivian Cristina Angonese Spengler, Julgado em 24.10.2012.

DOYAL, L.; GOUGH, I. *Teoría de las necesidades humanas*. Barcelona: Icaria, 1994.

FACHIN, Luiz Edson. *Estatuto jurídico do patrimônio mínimo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. *Questões do direito civil brasileiro contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

FINGER, Júlio César. Constituição e direito privado: algumas notas sobre a chamada constitucionalização do direito civil. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *A constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Direito supraconstitucional: do absolutismo ao estado constitucional e humanista de direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

GRAU, Eros. Técnica legislativa e hermenêutica contemporânea. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). *Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional*. São Paulo: Atlas, 2008.

HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

IRTI, Natalino. *L'età dela decodificazione*. 4. ed. Milano: Giuffrè, 1999.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig; BOLESINA, Iuri. Fundamentação, jurisdição constitucional e direitos fundamentais – Um estudo de caso. *Espaço Jurídico Journal of Law*, Chapecó: UNOESC, v. 14, n. 2, p. 511-532, jul./dez. 2013, p. 511-534.

LEAL, Rogério Gesta. *Condições e possibilidades eficaciais dos direitos fundamentais sociais: os desafios do Poder Judiciário no Brasil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. *Teoria dos direitos fundamentais sociais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

LÔBO, Paulo. A constitucionalização do direito civil brasileiro. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). *Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional*. São Paulo: Atlas, 2008.

_____. Constitucionalização do direito civil. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 141, p. 99-109, 1999.

MARTINS, Leonardo (Org.). *Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão*. Montevideú: Konrad-Adenauer-Stiftung E. V., 2005.

MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*. São Paulo: RT, 1999.

PEREIRA, Potyara A. P. *Necessidades humanas: subsídios à crítica dos mínimos sociais*. São Paulo: Cortez, 2000.

PERLINGIERI, Pietro. A doutrina do direito civil na legalidade constitucional. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). *Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional*. São Paulo: Atlas, 2008.

RECK, Janriê Rodrigues. Observação pragmático-sistêmica do conceito de serviço público. Tese de Doutorado pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos, Programa de Pós-Graduação em Direito. São Leopoldo/RS, 2009.

REIS, Jorge Renato dos. Os direitos fundamentais de tutela da pessoa humana nas relações entre particulares. In: REIS, Jorge Renato dos; LEAL, Rogério Gesta (Org.). *Direitos sociais e políticas públicas: desafios contemporâneos*. Santa Cruz do Sul: Edunisc, t. 7, 2007.

_____; DIAS, Felipe da Veiga. A constitucionalização do direito privado brasileiro: a perspectiva do direito autora. In: REIS, Jorge Renato dos et al. (Org.). *Estudos de direito de autor no constitucionalismo contemporâneo*. Curitiba: Multideia, 2011.

_____; ZIEMANN, Aneline. Constitucionalismo contemporâneo e princípio da solidariedade: intersecções jurídicas. *Anais do X Seminário Internacional Demandas Sociais e Políticas Públicas na Sociedade Contemporânea e VI Mostra de Trabalhos Jurídicos Científicos*, Santa Cruz do Sul, 2013.

RUBIO, David Sánches. *Repensar derechos humanos: de la anestesia a la sinestesia*. Sevilla: Mad, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang et al. (Org.). *Direitos fundamentais: orçamento e reserva do possível*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2010.

_____. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

_____. Breves notas sobre a contribuição dos princípios para a renovação da jurisprudência brasileira. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). *Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional*. São Paulo: Atlas, 2008.

_____. Direitos fundamentais e o direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *A constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SCHIER, Paulo Ricardo. Ensaio sobre a supremacia do interesse público sobre o privado e o regime jurídico dos direitos fundamentais. In: SARMENTO, Daniel (Org.). *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

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

_____. *Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

TEPEDINO, Gustavo. O direito civil constitucional e suas perspectivas atuais. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). *Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional*. São Paulo: Atlas, 2008.

TORRES, Ricardo Lobo. *O direito ao mínimo existencial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

UBILLOS, Juan María Bilbao. Eficacia horizontal de los derechos fundamentales: Las teorías y la práctica. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). *Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional*. São Paulo: Atlas, 2008.

CONFLITO, PODER JUDICIÁRIO E OS EQUIVALENTES JURISDICIONAIS: MEDIAÇÃO E CONCILIAÇÃO

CONFLICT, JUDICIARY AND THE JURISDICTIONAL EQUIVALENTS: MEDIATION AND CONCILIATION

Lilia Maia de Moraes Sales¹

Professora do Programa de Pós-Graduação, Mestrado e Doutorado (Unifor)

Emmanuela Carvalho Cipriano Chaves²

Professora da Universidade de Fortaleza

RESUMO: Este estudo tem como cerne apresentar os mecanismos alternativos/consensuais de solução de conflitos, como equivalentes jurisdicionais e funcionais, que aparecem com o intuito de efetivar o acesso à justiça e oferecer aos conflitos diversos caminhos para a solução adequada. Para tanto, analisam-se as diferenças entre esses mecanismos,

a sua aproximação ao tradicional Poder Judiciário brasileiro e os desafios para a adequada implementação dos equivalentes jurisdicionais durante o processo judicial. Para subsidiar este estudo, foram realizados levantamento bibliográfico e análise de documentos. O estudo revelou que esse movimento de aproximação entre os equivalentes

¹ Bolsista PQ/CNPq, Pós-Doutora pela Universidade de Columbia (Nova Iorque), com formação em mediação de conflitos na Universidade de Harvard, junto ao Program on Negotiation (EUA). Idealizou e coordena os projetos: Multidoor Courthouse System (CAPES/CNJ), Mediação Escolar, Flores do Bom Jardim e Núcleo de Mediação de Conflitos do 30º Distrito de Polícia Civil de Fortaleza, Vice-Reitora de Pesquisa e Pós-Graduação da Universidade de Fortaleza.

² Coordenadora do Curso de Especialização em Mediação de Conflitos da Universidade de Fortaleza. Mestre em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza, Especialista em Processo Civil e Gestão de Processo pela Escola de Magistratura do Estado do Ceará (ESMEC), Advogada, Mediadora de Conflitos. Foi professora de Cursos de Formação para Mediadores e Conciliadores do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, da Defensoria Pública do Estado do Ceará e da Guarda Municipal de Fortaleza, Professora dos Projetos Flores do Bom Jardim e Mediação Escolar, vinculados a Universidade de Fortaleza.

jurisdicionais, em especial a mediação, a conciliação e o Poder Judiciário, vem acontecendo no Brasil, sendo importante e fundamental a compreensão das diferenças entre eles para garantir o respeito à essência desses mecanismos e a sua adequada implementação.

PALAVRAS-CHAVE: Mediação de conflitos; conciliação; equivalentes jurisdicionais.

ABSTRACT: *The study aims to present alternative/consensual mechanisms of conflict resolution, such as mediation and conciliation as jurisdictional and functional equivalents. It shows the possibility of effective access to justice and offer various ways to solve conflicts. For this purpose, this paper analyzes the differences between these mechanisms, their approach to the traditional Brazilian Judiciary and the challenges for its adequate implementation during the court proceedings. To support this study was conducted literature review and analysis of documents. The study revealed that there are movements and actions towards gathering these mechanisms, particularly mediation and conciliation and the Judicial System in Brazil and that is necessary and fundamental the correct understanding of differences between them, its concepts, objectives and methods to ensure compliance with the essence of these mechanisms and their proper implementation.*

KEYWORDS: *Conflict mediation; conciliation; jurisdictional equivalents.*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Conflitos e Poder Judiciário – Mudando e atualizando para pacificar; 2 Equivalentes jurisdicionais – Meios adequados (e autocompositivos) à solução dos conflitos e à pacificação; 3 Diferenciar os mecanismos autocompositivos da conciliação e da mediação para evitar equívocos; Considerações finais; Referências; Leis e sites.

SUMMARY: *Introduction; 1 Conflict and Judicial System – Changing and updating to pacify; 2 Jurisdictional equivalents – Appropriate mechanisms to solve conflicts and built social pacification; 3 Differentiate conciliation from mediation to avoid misunderstandings; Final thoughts; References; Laws and websites.*

INTRODUÇÃO

Conflitos são inerentes e necessários para o progresso das relações individuais e coletivas em uma sociedade. Dependendo da situação concreta e do contexto histórico, variam em complexidade ou número de pessoas envolvidas. Tradicionalmente, nas sociedades modernas, esses conflitos são resolvidos, em geral, pelo Estado, por meio do Poder Judiciário, ao qual as Constituições brasileiras conferiram o monopólio jurisdicional.

Percebendo a complexidade dos conflitos e a necessidade de oferecer à sociedade mecanismos de solução de conflitos mais especializados e que se adequem às necessidades tipos de problemas apresentados e especialmente que empoderem as pessoas na solução dos mesmos, estimulando o hábito do diálogo e da comunicação pacífica para a solução dos conflitos, surgem os mecanismos consensuais de solução de conflitos, como a mediação e a conciliação.

A mediação e a conciliação aqui são estudadas e apresentadas como equivalentes jurisdicionais, em uma aproximação entre os mecanismos consensuais e o Poder Judiciário, a partir, especialmente, das exigências estabelecidas pelo Conselho Nacional de Justiça nos últimos 5 anos. Para a adequada aproximação e efetiva implementação desses mecanismos no sistema jurisdicional brasileiro, são vários os desafios, desde a compreensão do conceito de acesso à Justiça, distinção entre métodos compositivos e heterocompositivos, passando pelo estudo sobre os meios consensuais de solução de conflitos, a Resolução nº 125 do Conselho Nacional de Justiça e o profundo conhecimento das diferenças entre a mediação e conciliação.

1 CONFLITOS E PODER JUDICIÁRIO - MUDANDO E ATUALIZANDO PARA PACIFICAR

Os seres humanos convivem constantemente com conflitos externos e internos, os quais são essenciais em seu processo de evolução. As transformações vividas na sociedade geram uma intensa relação entre as pessoas físicas ou jurídicas, individual ou coletivamente. Dessas relações geram-se conflitos de varias naturezas, exigindo-se, para sua adequada administração, enfoques diferentes diante de sua diversidade e especificidade.

Transformações sociais, se mal acompanhadas ou assimiladas, muitas vezes incitam desigualdades e exclusão, desestimulando o convívio humano, exacerbando o individualismo e a intolerância, estimulando ações pautadas em causas egoístas e na manutenção da sobrevivência. Toda essa dinâmica leva ao distanciamento das pessoas, que a cada dia passam a dialogar menos, o que dificulta a convivência harmoniosa.

Os conflitos³ existentes a partir da convivência humana são contínuos e inerentes à natureza humana e às relações sociais. Existem e podem ser vetor de crescimento e progresso. Para Schnitman, Littlejohn e Stephnme (1999, p. 170), “[...] os conflitos são inerentes à vida humana, pois as pessoas são diferentes,

³ Para um maior aprofundamento, ler: Vezzulla (1998; 2001), Serpa (1999) e Entelman (2002).

possuem descrições pessoais e particulares de sua realidade e, por conseguinte, expõem pontos de vista distintos, muitas vezes colidentes”.

Apesar do natural surgimento de conflitos a partir da convivência, a comum percepção sobre essa situação é de divergência/inquietação, associando-se o conflito, normalmente à negatividade, que desequilibra e faz a pessoa sair da ilusão de felicidade (Vezzulla, 2001, p. 27). Ocorrem mudanças de atitude ou de consciência, que incitam o indivíduo a contínuas transformações, pois incitam alterações na vida das pessoas e podem trazer uma certa instabilidade (Braga Neto; Sampaio, 2007, p. 7). Luchiari (2012, p. 7) completa: “[...] o conflito existe em qualquer inter-relação, ainda que momentânea. [...] Mas o conflito não é algo negativo, pois faz parte das relações sociais e constitui fator importante para a realização de mudanças individuais e coletivas”.

No Brasil, o Poder Judiciário, órgão que exerce a atividade jurisdicional do Estado, objetiva a garantia da ordem, decorrendo daí a sua função de julgar conflitos, devendo, também, executar os seus julgados (Rocha, 1995, p. 21). A resolução de conflitos no Brasil é assim tradicionalmente atribuída aos órgãos do Poder Judiciário, derivando deste modelo a cultura de conferir ao Estado o poder de dirimir quaisquer conflitos, muitas vezes sem que antes tenha havido qualquer tentativa de solução dialogada ou extrajudicial (Rocha, 1995, p. 28).

A tradição da resolução exclusiva pelo Poder Judiciário padece de vários problemas relacionados ao formalismo judicial, à normatividade excessiva e à morosidade judicial que atrapalham a prestação jurisdicional satisfatória. Conforme Nancy Andrighi (2012, p. 82), o Poder Judiciário brasileiro clássico e tradicional garante a tutela jurisdicional ao cidadão que se sentir ameaçado ou lesado em seu direito subjetivo, mas para isso se orienta por códigos, o que já não tem mais oportunizado respostas efetivas diante da judicialização excessiva. Expressa ainda que, atualmente, as sentenças não tem alcançado êxito na busca pela paz social.

O exercício desse direito está previsto e orientado pelas codificações de leis como a penal, a civil, a constitucional, a do consumidor, e outras tantas, só podendo ser exercitado mediante um processo devidamente conduzido por um procedimento rígido, requisito indispensável para que sejam atingidos os objetivos do Estado Democrático de Direito. (Andrighi, 2012, p. 82)

Na esteira da relação entre conflito, Direito e justiça, “o Direito é mais que um agregado de leis” (Pound, 1965, p. 64), e, na realidade atual, os profissionais do Direito não podem se restringir a meros “aplicadores” dessas

leis, sendo necessária uma mudança de mentalidade: 1) da sociedade ativa e participativa que solucione conflitos autonomamente por meio do diálogo; 2) dos profissionais da área jurídica que devem incentivar as vias conciliativas; e 3) do Poder Judiciário que deve gerenciar os processos, tendo a justiça e satisfação do cidadão como foco.

O Poder Judiciário vem sendo protagonista na efetivação do Estado Democrático de Direito, e, para cumprir com a sua missão de efetivar o Direito com vistas à pacificação social, é necessário o tratamento adequado do conflito, seja por vias conciliativas ou por meio da solução adjudicada (Sena, 2011, p. 116).

Logo, diante da complexidade dos conflitos e ainda do modelo formal e burocrático do Poder Judiciário, torna-se necessária a abordagem diferenciada para conflitos distintos. É manifesta a necessária implementação de mecanismos de tratamento adequado dos conflitos que possibilitem a satisfação dos interesses diversos e que permitam a contextualização, caso a caso, com o objetivo de preservar a dignidade da pessoa humana, a igualdade, a fraternidade e de promover a pacificação social⁴.

1.1 HETEROCOMPOSIÇÃO E AUTOCOMPOSIÇÃO

A jurisdição representa organização e avanço da civilização que vivenciou, até sua institucionalização por meio do Poder Judiciário, por fases, não lineares (autotutela, arbitragem facultativa e obrigatória), tornando claro que os métodos heterocompositivos e autocompositivos foram utilizados pelas sociedades mais remotas (Cintra; Grinover; Dinamarco, 2013, p. 31).

Calmon (2008, p. 53) faz a distinção entre autotutela, autocomposição⁵ e heterocomposição: a) autotutela acontece quando uma decisão é imposta

⁴ “Afirma-se que o objetivo síntese do Estado contemporâneo é o bem comum e, quando se passa ao estudo da jurisdição, é lícito dizer que particularizada do bem comum nessa área é a pacificação com justiça.” (Cintra; Grinover; Dinamarco, 2013, p. 33)

⁵ Segundo Calmon (2008, p. 96), é necessário fazer essa distinção entre os mecanismos de autocomposição e de heterocomposição, inclusive observando a maneira como são utilizados nos Estados Unidos, e apresenta a seguinte classificação: mecanismos da justiça imposta (heterocomposição): justiça estatal, arbitragem, perícia arbitral, arbitragem baseball ou de última oferta, arbitragem *night baseball*, arbitragem *bounded* ou *high-low*, *court-annexed arbitration*, *rent a judge*; mecanismos de justiça consensual vinculados à justiça estatal (autocomposição): avaliação neutra de terceiro, *confidential listener*, *summary jury trial*, *neutral fact-finder*, *expert fact-finder*, *joint fact-finder*, *special master*, *focused group*, conciliação, *court-annexed mediation*; mecanismos de justiça consensual eminentemente privados: arbitragem não vinculante, arbitragem *incentive*, minitrial, ouvidor (*ombudsman*), programas

por uma das partes a outra; b) autocomposição é uma forma de prevenção ou solução do conflito por decisão consensual das próprias pessoas envolvidas no conflito (onde a legitimidade para decidir é das partes envolvidas no conflito que dialogam cooperativamente), sem a imposição da decisão por terceiro imparcial; c) heterocomposição é a decisão exercida mediante a imposição de um terceiro.

O Estado, como mecanismo regulador e de proteção de direitos contra abusos, fruto das desigualdades econômicas, políticas e sociais, criou o Poder Judiciário e lhe atribuiu o monopólio da jurisdição. Essa forma de organização garantiu ao cidadão a figura do “protetor da justiça” e espaço para o acesso à justiça; no entanto, estimulou a apatia social na resolução de conflitos. A exclusiva atribuição a um terceiro imparcial pela responsabilidade na condução e solução dos problemas gerou a cultura da pouca participação e do litígio. Com essa realidade, a pessoa passa a acreditar que o seu direito só pode ser garantido por meio de sentença judicial, diminuindo, cada vez mais, a participação dialogada do cidadão na resolução dos conflitos e levando a um intenso fluxo de demandas ao Poder Judiciário, dificultando a efetiva garantia de direitos.

Vários problemas enfrentados pelo Poder Judiciário (estruturais e de formação), aliados à alta demanda, resultaram em uma prestação jurisdicional morosa e insatisfatória.

Novas perspectivas são apontadas diante da necessidade de melhorar o acesso à justiça⁶ e efetividade do processo, estimulando os debates e a implementação de novos mecanismos de solução de conflitos na sociedade brasileira. Utilizadas desde as sociedades primitivas, os métodos autocompositivos e heterocompositivos, hoje, ressurgem com novos formatos, novas percepções e novas regulações, em uma sociedade bem regradada pelo constitucionalismo moderno que impulsiona o interesse por novas soluções democráticas, inclusivas e participativas. São equivalentes jurisdicionais ou funcionais voltados para atingir o escopo social da jurisdição.

de reclamações, negociação, mediação; além dos mecanismos híbridos (categoria que promove uma mistura de mecanismos heterocompositivos e autocompositivos): *med-arb e arb-med*.

⁶ Hodiernamente, o acesso à justiça deve significar o acesso a um processo justo, que deve incluir o acesso à informação, à orientação jurídica e a todos os meios alternativos de composição de conflitos (Watanabe, 2000, p. 19). A prioridade com essa nova interpretação do acesso à justiça é a pacificação social, e, em consequência dela, virão os outros ganhos para o Poder Judiciário, que serão a redução da excessiva judicialização dos conflitos de interesses, da quantidade de recursos e da execução de sentenças.

Para Osmir Fiorelli, Rosa Fiorelli e Malhadas Júnior (2008, p. 51), a negociação, a conciliação e a mediação são métodos de gestão de conflitos cooperativos por excelência. A arbitragem⁷, a negociação⁸, a mediação e

⁷ A arbitragem, mecanismo de solução de conflitos de ordem patrimonial disponível, é regulamentada no Brasil pela Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, porém já contava com previsão no Código Civil brasileiro, nos arts. 1.037 a 1.048, e no Código de Processo Civil, em seus arts. 101, 1.072 a 1.102. É considerado um meio heterocompositivo, pois conta com a participação de um terceiro que decide, ou seja, as partes não possuem poder de decidir como na negociação, na conciliação e na mediação. A escolha pela arbitragem é um ato de vontade, não ocorre imposição, as partes em consenso decidem que a controvérsia será resolvida por meio da arbitragem. Os adeptos deste mecanismo buscam celeridade, sigilo e economia, inclusive de tempo, geralmente são empresários que tratam de conflitos com especificidades, e que, portanto, necessitam de especialistas que possibilitem uma decisão justa, obtendo êxito com relação à satisfação de determinados tipos de conflitos. Para José de Albuquerque Rocha (2003, p. 96-97) a arbitragem pode ser definida como: “[...] um meio de resolver litígios civis, atuais ou futuros, sobre direitos patrimoniais disponíveis através de árbitro ou árbitros privados, escolhidos pelas partes, cujas decisões produzem os mesmos efeitos jurídicos das sentenças proferidas pelos órgãos do Poder Judiciário. Salieta-se que é essencial estabelecer diferenças e semelhanças entre a arbitragem e o Judiciário. As diferenças vão além do tipo de conflito alcançado por estes, a arbitragem conta com um terceiro responsável pela decisão que é escolhido pelas partes, geralmente em uma lista de especialistas, capazes e independentes, já no Judiciário o terceiro responsável é imposto pelo Estado, sem que as partes possam interferir. Já as semelhanças, referem-se à sentença que em ambos os mecanismos faz coisa julgada, sendo irrecorrível, com exceção das possibilidades de nulidade conforme preveem os arts. 32 e 33 da Lei nº 9.307/1996, casos em que haverá recurso ao Poder Judiciário, sendo as sentenças condenatórias título executivo, sem que haja a necessidade de homologação judicial”. Em outro momento ressaltamos que Sales (2010, p. 43) destaca os seguintes pontos importantes relativos à arbitragem: “[...] presença de um árbitro escolhido livremente pelas partes (capaz e da confiança das partes - não obrigatoriamente formado em direito), a quem caberá resolver a controvérsia, baseado nos fatos (provas) apresentados e nas formas jurídicas; é um procedimento confidencial, em que o sigilo é preservado; somente pode recair sobre direitos patrimoniais disponíveis; e impossibilidade de recurso das decisões arbitrais. A arbitragem, forma heterocompositiva de solução de conflitos, é um mecanismo voluntário, e, por ser facultativa, não fere o princípio constitucional do juízo legal, não há imposição. Além disso, os juízos arbitrais não são órgãos jurisdicionais, não podendo se falar de juízo de exceção. A arbitragem segue formalidades contidas em lei específica, mas que não impedem que haja possibilidade de acordo durante o processo”.

⁸ Nas mais simples atitudes do homem ocorrem negociações e na complexidade das relações sociais estas são igualmente complexas, podendo ocorrer de forma bilateral e eventualmente com a participação de um terceiro que a facilite. Quando a negociação conta apenas com a participação das partes envolvidas na controvérsia, é denominada de restrita, e, quando precisa da interferência de um terceiro, é denominada de ampla. Na negociação restrita, as partes envolvidas na controvérsia estão aptas ao diálogo, normalmente não envolvem sentimentos e são de ordem material ou até patrimonial. Explico (Sales, 2010, p. 36): A negociação pode ser percebida de duas maneiras, quanto à intervenção ou não de um terceiro - uma num sentido mais amplo, que abrange todos os mecanismos de solução de conflitos em que o diálogo entre as partes se faz necessário (mesmo com a intervenção de um terceiro), e a outra num sentido mais restrito, revelando-se como meio de solução que prescindem da participação de um terceiro imparcial e independente condutor do diálogo, sendo a busca da solução realizada por aqueles diretamente envolvidos na controvérsia. Para Roger Fisher, William Ury e Bruce Patton (2005, p. 22), “o método de negociação pode ser julgado imparcialmente por três critérios: deve

a conciliação são mecanismos que cooperam com o Poder Judiciário, não tendo a pretensão de substituí-lo e, sim, complementá-lo.

Os mecanismos autocompositivos e heterocompositivos contam, com exceção de alguns casos de negociação (Fisher, 2005), com terceiro imparcial, que pode atuar de forma capacitada e específica e que, dependendo do mecanismo, pode: facilitar, avaliar ou decidir, de acordo com a abordagem adequada do conflito, utilizando-se de técnicas apropriadas ao tipo de conflito e à relação entre as partes nele envolvidas (eventual ou continuada). Cada mecanismo possui características próprias e se adéquam a tipos de conflitos diferentes. Cada mecanismo possui seus objetivos e de acordo com a análise do conflito se conformará em busca da sua adequada e eficaz administração.

A postura do terceiro, juiz, árbitro, mediador, conciliador ou negociador, é essencial para conseguir identificar a diferença entre os mecanismos de solução de conflitos. O juiz decide por meio da sentença judicial, o árbitro decide por meio da sentença arbitral, o conciliador não decide, mas pode sugerir soluções de mérito ao facilitar o diálogo entre as partes, e o mediador não decide, facilita o diálogo e não sugere. Devido às peculiaridades de cada mecanismo, o terceiro imparcial deve ser capacitado para identificar qual o tipo de conflito, qual a relação existente entre as partes envolvidas e, assim, definir o mecanismo que será utilizado de forma a solucioná-lo satisfatoriamente.

2 EQUIVALENTES JURISDICIONAIS - MEIOS ADEQUADOS (E AUTOCOMPOSITIVOS) À SOLUÇÃO DOS CONFLITOS E À PACIFICAÇÃO

Como o escopo máximo da jurisdição é a pacificação social, destaca-se a função jurisdicional pacificadora, necessitando de meios efetivos para a realização da justiça, objetivando a pacificação com justiça (Cintra; Grinover; Dinamarco, 2013, p. 32-33).

Com a “explosão de litigiosidade”⁹ que sobrecarregou o Judiciário nas últimas décadas, a pacificação social torna-se cada vez mais necessária. Para

produzir um acordo sensato, se houver possibilidade de acordo; deve ser eficiente; e deve aprimorar, ou, pelo menos, não prejudicar o relacionamento entre as partes”. Na negociação, as partes devem conseguir dialogar, agir de boa fé e ter um objetivo em comum, querer chegar a uma solução que satisfaça o interesse de ambas, por isso o acordo tem grande probabilidade de ser cumprido.

⁹ Expressão utilizada por Boaventura de Sousa Santos (2006) para demonstrar o número excessivo de demandas que chegam ao Poder Judiciário.

Grinover (2008, p. 2), o elevado grau de litigiosidade, característica relacionada com a sociedade moderna, e a universalidade da jurisdição acarretam a sobrecarga do Judiciário e abrem espaço para as “vias conciliativas”, que possui fundamentos *funcional, social e político*.

Em seu fundamento *funcional*, a jurisdição, além de ter escopo jurídico, passa a ter escopo social, sendo a mediação e a conciliação, apresentadas como métodos autocompositivos, instrumentos de política judiciária e consideradas como equivalentes jurisdicionais. Já o fundamento *social* indica a sua função pacificadora, momento em que se observa a raiz dos conflitos¹⁰⁻¹¹. E em seu fundamento *político* atenta-se para a importância da participação popular, que passa a colaborar na administração da justiça (Grinover, 2008, p. 1-5).

Relaciona-se a crise da justiça com os fundamentos funcional, social e político, objetivando racionalizar a distribuição da justiça, encaminhando a solução de determinadas controvérsias para métodos autocompositivos, gerando, conseqüentemente, o descongestionamento dos Tribunais; a pacificação social pela possibilidade de pacificar a “lide sociológica”¹², o que na maioria das vezes não é atingido via sentença judicial, além de permitir a participação popular na solução de seus próprios conflitos de interesses (Grinover, 2008, p. 3-5). Ocorre, então, a inserção das vias conciliativas, *como verdadeiros equivalentes jurisdicionais*, integrando a política do Judiciário (Luchiar, 2012, p. 47).

Os equivalentes jurisdicionais¹³ são formas de solucionar conflitos que não impedem o controle jurisdicional. O objetivo é oportunizar soluções de controvérsias que não seriam levadas à justiça tradicional ou, se levadas, não seriam tratadas de forma adequada. Na justiça tradicional, o juiz decide por meio de sentença; já, na mediação e na conciliação, por exemplo, ocorre a possibilidade de composição e de prevenção de conflitos.

¹⁰ “Conflitos aparentes e conflitos reais: Existem conflitos aparentes e conflitos reais. Os conflitos aparentes são aqueles falados, mas que não refletem o que verdadeiramente está causando a angústia, insatisfação, inquietude ou outro sentimento que provoque mal-estar. Caso não haja um aprofundamento da discussão (especialmente em casos de relação continuada ou com sentimentos afetivos envolvidos) e não se consiga chegar ao conflito real, a solução superficial, aparente, poderá piorar a situação, e o conflito corre o risco de ser agravado. Pela complexidade do conflito, a mediação exige a exploração do problema e o aprofundamento sobre suas causas.” (Sales, 2010)

¹¹ Acerca da origem e da tipologia dos conflitos, ler: Serpa (1999).

¹² “Lide sociológica” é uma expressão utilizada por Carnelutti (1936) que se assemelha ao conflito real e que não será discutida se não houver um aprofundamento no diálogo que permita sair do conflito aparente para o real, das posições para os interesses e valores.

¹³ “No Brasil, a arbitragem é equivalente funcional e não equivalente jurisdicional.” (Rocha, 2012, p. 268)

Não há consenso quando se fala das causas da crise do Judiciário e em como solucioná-la, mas há, pelo menos, um ponto convergente: a desproporção entre a oferta de serviços e a demanda de conflitos que chegam ao Poder Judiciário (Calmon, 2008, p. 5).

Luchiari (2012, p. 52) afirma que “a *preponderância* do Poder Judiciário na sociedade, no que diz respeito à solução de conflitos”, acarretou o elevado número de demandas que gerou o congestionamento dos Tribunais, e a conseqüente insatisfação dos jurisdicionados fez surgir a adesão ao movimento pelos meios “alternativos” de solução de conflitos, que, na realidade, apresentam uma relação de complementaridade.

Aqui se reporta ao Estado Democrático de Direito e ao princípio da inafastabilidade da jurisdição¹⁴:

Isso porque, a jurisdição, enquanto atuação do Estado em substituição à vontade das partes, não pode ser afastada, sob pena de alterarem-se significativamente as estruturas de um Estado democrático de direito, o que acabaria afastando a própria legitimidade desses meios autocompositivos, na medida em que as partes não comporiam seus conflitos espontaneamente, mas sim coagidos por terceiros. (Luchiari, 2012, p. 52)

Portanto, a tutela jurisdicional prestada de forma inadequada é uma ameaça ao Direito, daí a necessidade de o princípio da inafastabilidade da jurisdição ou de o acesso à justiça ser o “acesso à ordem jurídica justa” que remete, segundo Watanabe (2001, p. 46), ao princípio da adequação, ou seja, o acesso deve obter uma solução adequada e tempestiva aos conflitos. Para Marinoni (1996, p. 112), os equivalentes jurisdicionais, em função de suas características e princípios, trazem a possibilidade de oferecer à sociedade novas formas de solucionar os conflitos, mais adequados e às vezes, dependendo da situação concreta, mais eficazes do que a decisão judicial. A decisão consensuada, a partir do diálogo cooperativo, facilitado por terceiro imparcial e competente, alcança uma satisfação mútua e pode, dada a sua eficácia, auxiliar, conseqüentemente, no descongestionamento dos processos judiciais. Como ressalta Calmon (2008, p. 153), ressaltando o risco de se atribuir aos mecanismos consensuais de solução

¹⁴ Acerca do princípio da inafastabilidade, ver Marinoni (1996).

de conflitos as responsabilidades por resolver a deflação processual: não podem ser vistos como mecanismos que solucionarão a deflação processual, o que tende a ser uma consequência, mas não o objetivo principal.

Os equivalentes jurisdicionais coadunam com o princípio da inafastabilidade, expresso no art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal de 1988, pois este deve ir além da impossibilidade de uma controvérsia deixar de ser apreciada pelo Poder Judiciário, exigindo que o Estado preste serviços que possibilitem a tutela jurisdicional por meio de sentença estatal e pelos métodos “alternativos” de solução de conflitos, atuando não como excludentes, mas em uma relação de complementaridade (Luchiani, 2012, p. 53).

O processo judicial e a arbitragem são os principais exemplos de heterocomposição e contam com um terceiro que decide a controvérsia, juiz ou árbitro. No sistema judicial brasileiro, o paradigma da sociedade atual é a busca pela jurisdição estatal (Braga Neto; Sampaio, 2007, p. 15). Já a arbitragem, apesar de ser um método heterocompositivo, não é um equivalente jurisdicional, significando uma jurisdição diferente da estatal, pois, apesar de ela ser estruturalmente diferente do Poder Judiciário, produz os mesmos efeitos deste, quando no exercício da jurisdição (art. 31 da Lei da Arbitragem, Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996), então considerado um equivalente funcional (Rocha, 2012, p. 269).

2.1 MECANISMOS PARA UMA EFETIVA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL: *ALTERNATIVE DISPUTE RESOLUTION* - ADR

O termo ADR, do inglês *Alternative Dispute Resolution* (com tradução literal para Soluções Alternativas de Disputas), tem passado por alterações na sua implementação no Brasil. Assim é que se pode encontrar: *Resolução Alternativa de Disputas* (RAD), *Métodos Alternativos de Solução de Conflitos* (MASC) e *Métodos Extrajudiciais de Resolução de Conflitos ou Controvérsias* (MESC) (Almeida, 2013, p. 1). Na tentativa de evitar interpretações equivocadas, incitando a compreensão de que esses mecanismos são exclusivamente substitutivos ao Poder Judiciário, novas nomenclaturas estão surgindo: *Mecanismos/Meios Adequados de Solução de Conflitos* (ressaltando o conflito e a relação entre as partes na solução do conflito) ou *Mecanismos Complementares ao Poder Judiciário* (ressaltando a relação de cooperação com o Poder Judiciário).

Kazuo Watanabe (2001, p. 43) salienta que o termo alternativo pode ter significados diferentes de acordo com a visão do país onde os mecanismos de solução de conflitos forem utilizados:

Quando se fala em meios alternativos de solução de conflitos, os americanos, que usam o termo ADR – *Alternative Dispute Resolution*, têm uma visão, e os europeus, outra. Para os americanos, ao que pude aprender, os meios alternativos são todos aqueles que não sejam o tratamento dos conflitos pelo Judiciário. Nesses meios, incluem-se a negociação, a mediação, a arbitragem e, eventualmente, outros que possam ocorrer para o tratamento dos conflitos. Para alguns cientistas europeus, o meio alternativo é a solução pelo Judiciário, porque, historicamente, os conflitos foram solucionados pela sociedade sem a intervenção do organizado, à época em que não havia ainda a força, um Estado bem organizado.

Portanto, a etimologia da expressão meios alternativos de solução de conflitos também tem gerado uma confusão no seu conceito e provocado uma série de críticas motivadas por uma interpretação errônea dos seus objetivos.

A preocupação gira em torno de deixar claro que os mecanismos complementares ao Poder Judiciário, no Brasil, tem o intuito de tratar os conflitos adequadamente, dando-lhes a abordagem correta, a depender do tipo de conflito e da relação existente entre as partes.

Reconhecendo a importância desses mecanismos e sua adequada utilização, o sistema de múltiplas portas, utilizado dos Estados Unidos, estimulando várias formas de solução de conflitos junto ao Poder Judiciário, apresenta-se como forte inspiração para a consolidação da mediação e outros mecanismos junto ao Poder Judiciário brasileiro. A mediação e a conciliação são mecanismos que passam a ser desenvolvidos no Brasil na esfera judícia (conciliação) e extrajudicial (conciliação e mediação em espaços administrativos, comunitários), e despertam a atenção da esfera jurisdicional para o seu aperfeiçoamento e novas possibilidades de gerenciamento do processo.

Acontece, no entanto, que, no intuito de inovar e de implementar adequadamente os equivalentes jurisdicionais como parte do processo judicial, enfrenta-se o problema de desenvolver esses mecanismos de forma adequada, conhecendo seus fundamentos, conceitos e princípios, diminuindo os riscos de confundi-los e torná-los mais um passo formal e burocratizado do processo judicial.

2.2 EQUIVALENTES JURISDICIONAIS, SISTEMA DE MÚLTIPLAS PORTAS E CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA

No Brasil, a insatisfação com a solução exclusiva por meio do Judiciário deu ensejo ao estímulo à busca e ao conseqüente surgimento de reformas que até pouco tempo se voltavam apenas para o estudo formalista, dogmático e indiferente aos problemas reais, pois os estudiosos do Direito, como o sistema judiciário em si, se mantinham distantes da realidade da maioria da população (Cappelletti; Garth, 1988, p. 10).

Para compreender melhor as mudanças necessárias ao Poder Judiciário brasileiro fundamental, observar o que Santos (2006, p. 345) chama de crise do reformismo, que desde a década de 1980 tem ocorrido e que segundo o autor é uma crise do paradigma da mudança normal:

A simetria entre repetição e melhoria perdeu-se; em vez dela, a repetição começou a ser vista como a única melhoria possível e, com isso, o jogo de soma positiva foi substituído pelo jogo de soma zero e os processos de exclusão social passaram a dominar sobre os de inclusão social.

O autor citado divide o movimento histórico das reformas em fases: primeira, o Estado irreformável, e segunda, o Estado reformável¹⁵, que avança, não linearmente, para um Estado-novíssimo-movimento-social como uma das concepções da necessária reforma que propõe uma articulação entre os princípios do Estado e da comunidade (Santos, 2006, p. 341-376). Esse novo Estado proposto pelo autor “é o fundamento e a orientação de uma luta política que visa transformar a cidadania abstrata, facilmente falsificável e inconseqüente, num exercício de reciprocidade concreta” (Santos, 2006, p. 368). O novo Estado criaria condições para que fossem conhecidas sociabilidades alternativas (Santos, 2006, p. 369).

Para Santos (2008, p. 180), as reformas muitas vezes apontam soluções que priorizam a informatização da justiça ao invés da informalização, o que é um grande risco, pois dissocia a justiça célere da justiça democrática. Além disso, aponta que a sociologia contribuiu para a democratização da administração da justiça, quando mostrou empiricamente que as reformas do processo ou mesmo

¹⁵ Acerca do aprofundamento na crise do Estado, ler: Santos (2006, p. 345-376).

do Direito devem vir associadas à reforma da organização judiciária e à reforma da formação e dos processos de recrutamento dos magistrados.

Desta forma, o Brasil vem percorrendo o caminho das reformas, com avanços e retrocessos, o que não podia ser diferente, diante de tantas dificuldades em prestar uma tutela jurisdicional de qualidade: os gastos excessivos, incluindo os do Poder Público e das partes, financeiros e emocionais; a morosidade e a consequente insatisfação tanto das partes como dos próprios profissionais que não conseguem chegar a resultados efetivos; o formalismo excessivo, a multiplicação e a complexidade dos conflitos são apenas alguns dos obstáculos que o Judiciário brasileiro vem passando e que o fez despertar para a necessidade de reformas inovadoras.

Santos (2007, p. 24) avalia a busca brasileira por uma justiça cidadã como um processo em andamento, e, atualmente, o Brasil tem voltado seu olhar para os resultados positivos do Sistema de Múltiplas Portas utilizado nos Estados Unidos, tendo que dar atenção às necessárias adequações diante da diferença do Direito nos dois países¹⁶, analisando o processo de construção do sistema e sua transformação.

2.2.1 Sistema de Múltiplas Portas

Em 1906, Roscoe Pound, então reitor da Universidade de Harvard, levantou a discussão sobre as falhas do sistema judicial americano, modelo formalista e legalista, que se apresentava inadequado para solucionar a maioria dos conflitos vividos pelos norte-americanos, e propunha reforma ao processo civil daquele país (1906, *on-line*). A crítica de Pound sobre o sistema judicial americano foi o ponto de partida para os estudos sobre formas alternativas de solução de conflitos.

Em 1976, um trabalho escrito por Frank Sander, professor da *Harvard Law School*, para a “*Pound Conference: perspectivas sobre a justiça no futuro*”, em Mineápolis, nos Estados Unidos¹⁷, indicava a Resolução Alternativa de Disputas como um mecanismo viabilizador da justiça, momento em que pela primeira vez o termo ADR (*Alternatives Dispute Resolution*) foi utilizado.

¹⁶ O Direito americano é o *Common Law*, baseado em costumes, enquanto no Brasil o Direito é *Civil Law*, ou seja, baseado nas leis.

¹⁷ Para aprofundamento no assunto: SANDER, Frank E. A. *Varieties of dispute processing*. The Pound Conference: Perspectives on Justice in the Future. West: A. Levin & R. Wheeler, 1979.

Os debates na conferência giravam em torno da insatisfação da população com o Poder Judiciário. Neste sentido, Frank Sander (1979) fez uma exposição de um modelo onde o Judiciário americano fosse constituído por vários mecanismos de solução de conflitos que pudessem ser utilizados tanto pré-processualmente quanto na fase processual.

O modelo idealizado foi chamado de Fórum/Tribunal de Múltiplas Portas, onde o Poder Judiciário dispunha de diversos mecanismos de solução de conflitos, objetivando um tratamento adequado e, conseqüentemente, proporcionando mais efetividade. Luchiari (2012, p. 105) discorre sobre o Fórum de Múltiplas Portas ou Tribunal de Múltiplas Portas como uma forma de organização judiciária:

O Fórum de Múltiplas Portas ou Tribunal Multiportas constitui uma forma de organização judiciária, na qual o Poder Judiciário funciona como um centro de resolução de disputas, com vários e diversos procedimentos, cada qual com suas vantagens e desvantagens, que devem ser levadas em consideração no momento de escolha, em função das características específicas de cada conflito e das pessoas envolvidas. Em outras palavras, o sistema de uma única “portas”, que é a do processo judicial, é substituído por um sistema composto de variados tipos de procedimento, que integram um “centro de resolução de disputas”, organizado pelo Estado, composto de pessoas treinadas para receber as partes e direcioná-las ao procedimento mais adequado para o seu tipo de conflito.

O Sistema de Múltiplas Portas foi implementado no Judiciário americano (como idealizado ou com modificações que atendessem as exigências distintas dos Estados americanos) e tem obtido resultados positivos. Sua implementação passou por diversas fases até chegar à institucionalização¹⁸. O modelo contempla a inclusão das partes no processo de solução dos conflitos, a manutenção e o reestabelecimento de vínculos, minimizando gastos de tempo, financeiros e emocionais, diminuindo, conseqüentemente, as ações judiciais e aumentando a satisfação da população¹⁹.

A principal atividade das Múltiplas Portas é o caminho de admissão inicial no qual se auxiliam as partes a fazerem escolhas a partir da análise dos

¹⁸ Ler acerca das três fases dos ADR nos Estados Unidos: Sales (2012).

¹⁹ Acerca do assunto, ler: Andrighi e Foley (2012).

problemas para determinar qual processo ou combinação de processos seria mais apropriado para a situação (Sander, 1992, p. 432). Como inicialmente proposto por Frank Sander, em 1976, as pessoas em conflito vão a um local único que oferece uma gama de serviços para resolução de conflitos. Cada porta seria um mecanismo de resolução de conflitos, como mediação, arbitragem, sistema judicial e outros mecanismos existentes nos Estados Unidos. No contexto das Cortes ou dos Tribunais, potenciais litigantes jurisdicionais vão às cortes para resolver as suas questões e teriam a opção de solicitar a solução de seus conflitos por meio dos ADR – *Alternative Dispute Resolution* (Métodos Alternativos de Resolução de Conflitos) ao invés de buscar um tradicional processo adversarial (Sander; Goldberg; Rogers, 1992) (Levin; Wheeler, [s.d.], p. 72).

2.2.2 Equivalentes jurisdicionais e Conselho Nacional de Justiça

Para inovar na questão referente ao acesso à justiça e instituir uma política pública de tratamento adequado de conflitos, em 29 de novembro de 2010 o Conselho Nacional de Justiça elaborou a Resolução nº 125, que estabeleceu a Política Judiciária Nacional e regulamentou a conciliação e a mediação em todo o país, estabelecendo diretrizes aos Tribunais brasileiros.

Os objetivos da Política Judiciária Nacional apresentados foram: 1) a utilização dos meios consensuais/alternativos de solução de conflitos, principalmente da conciliação e da mediação, no âmbito do Poder Judiciário e sob a fiscalização deste; 2) a qualidade do serviço prestado por conciliadores e mediadores, que envolve sua capacitação; e 3) a mudança de mentalidade dos operadores do Direito e das próprias partes, diminuindo a resistência de todos em relação aos métodos consensuais de solução de conflitos²⁰.

A Resolução nº 125, para operacionalizar a política estabelecida, trouxe o modelo de unidade judiciária (criando Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania – a divisão em setor de solução de conflitos pré-processual, setor de solução de conflitos processual e setor de cidadania), o que muito se assemelha ao sistema de múltiplas portas norte-americano.

Com a criação dos centros nos Tribunais brasileiros, objetivou-se implementar os mecanismos consensuais de solução de conflitos – equivalentes

²⁰ As informações contidas neste histórico foram extraídas de LUCHIARI, Valeria Ferioli Lagrasta. Comentários da Resolução nº 125 do Conselho Nacional de Justiça, de 29 de novembro de 2010. In: GROSMAN, Claudia Frankel; MANDELBAUM, Helena Gurfinkel (Org.). *Mediação no Judiciário – Teoria na prática e prática na teoria*. São Paulo: Primavera Editorial, 2011.

jurisdicionais – antes da ação judicial (fase pré-processual), por meio de conciliadores e mediadores.

A resolução também apresenta uma forte preocupação com a capacitação dos mediadores e conciliadores. Em seu art. 2º, enfatiza a relevância da adequada formação e treinamento de servidores, conciliadores e mediadores, com vistas à boa qualidade dos serviços nos núcleos e centros. No seu art. 9º, § 2º, ressalta a necessidade de um profissional capacitado também para a triagem e o encaminhamento adequados dos casos, intensificando a importância com a formação dos profissionais que irão trabalhar diretamente com a prática da mediação judicial e da conciliação judicial.

Assim, o Conselho Nacional de Justiça traz desafios para a implementação da mediação e da conciliação nos Tribunais brasileiros, ressaltando-se especialmente a compreensão adequada e diferenciações entre esses mecanismos.

3 DIFERENCIAR OS MECANISMOS AUTOCOMPOSITIVOS DA CONCILIAÇÃO E DA MEDIAÇÃO PARA EVITAR EQUÍVOCOS

No Brasil, o acesso à justiça foi por muito tempo compreendido como sinônimo de recorrer ao Poder Judiciário, dificultando o conhecimento adequado dos mecanismos consensuais de solução de conflitos e da consequente implementação de um sistema de múltiplas portas (oferta de equivalentes jurisdicionais ou funcionais). Em função da visão limitada de acesso à justiça, e da consequente falta de estudo e prática institucional desses mecanismos, uma vez decidido por sua implementação, alguns desafios passam a ser vivenciados.

A Resolução nº 125 do Conselho Nacional de Justiça, como ressaltado, traz a necessidade de capacitação de mediadores e conciliadores. Essa preocupação expressa um dos maiores desafios da implementação do sistema de múltiplas portas, especialmente da mediação e da conciliação, que, em muitas situações, em função das suas semelhanças, equivocadamente, são entendidos como sinônimos. Em função dessa falta de informação e capacitação por parte das pessoas em geral, e especialmente daquelas que são agentes junto ao Poder Judiciário, necessário se faz o esclarecimento das diferenças.

A mediação é um processo de resolução de conflitos voluntário e flexível, no qual um terceiro imparcial – o mediador – facilita a negociação entre as partes, sem propor ou sugerir soluções, de forma participativa e dialogada, a fim de auxiliá-las a alcançar a solução dos conflitos que estão vivenciando. A

característica marcante da mediação é sua capacidade de expandir a discussão tradicional da busca por um acordo, para dar ênfase ao diálogo, à manutenção e à criação de vínculos, à discussão profunda sobre posições, interesses e valores, permitindo a ressignificação desses interesses e valores, com foco no presente e futuro dos mediados, bem como dar mais abrangência e profundidade às opções de resolução de conflitos.

Os conflitos adequados à mediação são aqueles que apresentam relações continuadas e/ou prévias entre as pessoas envolvidas, nas quais muitas vezes estão envolvidos sentimentos que bloqueiam ou atrapalham o diálogo, dificultando a discussão sobre os conflitos reais causadores do desequilíbrio ou das divergências. Como exemplos podem ser citadas questões familiares, comunitárias e empresariais (entre funcionários e entre empresas parceiras). São casos nos quais, em função dos sentimentos, dos vínculos ou das emoções os conflitos apresentados no primeiro momento ao mediador, não representam os conflitos reais vivenciados e as situações discutidas não são as que realmente causam a insatisfação ou inquietude.

O processo de mediação pode ser dividido em várias etapas, demonstrando a necessidade de aprofundamento na discussão dos conflitos que a esse método são encaminhados. Inicia-se com a apresentação do significado do processo de mediação, na qual o mediador explica aos mediados todas as informações sobre princípios, objetivos, regras do processo e da atuação do mediador. Logo em seguida, dá-se o momento em que as partes começam a relatar as suas versões dos fatos, uma de cada vez. No início, normalmente relatam as situações direcionando sua fala para o mediador. Logo em seguida, inicia-se o momento de esclarecimentos dos fatos com resumos, paráfrases e perguntas abertas por parte do mediador, resultando na captação do máximo de informações (ditas e não ditas) possível. Aqui o mediador explora todas as situações. Utilizando-se uma metáfora para esse momento, pode-se valer de uma lupa, por meio da qual se procura explorar ao máximo os fatos apresentados, analisando-se as posições, os interesses e os valores dos envolvidos e a sua possível ressignificação. As pessoas aqui iniciam um diálogo direto. Diálogo intercalado e estimulado por perguntas do mediador. Logo em seguida, instigados por esse momento inicial de diálogo direto, virão os momentos de discussões mais intensas entre as pessoas, quando podem surgir agressões mútuas ou descontrole emocional. O trabalho do mediador é fundamental para extrair desse momento o melhor, as possíveis convergências, a visão de presente e de futuro. Depois do retorno a um momento mais tranquilo e com todas as informações e prioridades estabelecidas

pelos mediados, inicia-se o caminho para as conclusões. O mediador resume as questões mais importantes abordadas, como as partes sugeriram possíveis encaminhamentos e, finalmente, uma vez solicitado pelas pessoas, a elaboração do acordo construído e consentido pelas parte.

A conciliação, por sua vez, é um meio de solução de conflitos que, com técnicas específicas, facilita o diálogo entre as pessoas envolvidas no conflito em busca de um acordo. O diálogo é conduzido por um terceiro imparcial, denominado conciliador, que interfere mais diretamente na discussão, ponderando sobre os fatos apresentados e propondo soluções para o problema, mas normalmente dispensa uma discussão aprofundada. As sugestões do conciliador devem ser fundamentas nas falas das pessoas que vivenciam o conflito que comumente é relatado sem maiores dificuldades. O conciliador não interfere de maneira a dizer o que seria justo ou injusto, certo ou errado, mas, a partir da síntese da discussão, apresenta opções que refletem as propostas apresentadas pelas partes ou, em alguns casos, adiciona o relato de experiências anteriores parecidas.

Em função dessas características, para a conciliação são adequados conflitos cujo vínculo entre as pessoas é esporádico, ou não existe previamente à questão, ou, mesmo quando há um vínculo, representa apenas uma formalidade (como o caso de contratos entre pessoas físicas e bancos, empresas de cartão de crédito ou aluguel de imóvel). A discussão dos problemas ou os tipos de questões normalmente giram em torno de patrimônio ou dívida, sendo o conflito apresentado ao mediador, efetivamente, o conflito real. O diálogo torna-se mais superficial e o objetivo primordial é o acordo entre as pessoas. Como exemplos podem ser citados colisão de veículos entre desconhecidos, ou, se entre conhecidos, desde que a colisão não seja proposital, discussões sobre dívidas entre pessoas físicas e jurídicas (bancos, cartão de crédito, telefonia).

O processo de conciliação é mais curto do que o processo de mediação, sendo mais direto na discussão de cada questão. Das fases existentes na mediação, normalmente o relato sobre os problemas é mais curto, o diálogo direto se dá de forma mais tranquila e mais rápida e não há maiores ou intensos embates ou debates entre os envolvidos. Para um diálogo profícuo, o conciliador utilizará de várias técnicas, como resumo, paráfrase e perguntas abertas. Cabe ao conciliador garantir que todas as informações estejam claras para ambas as partes e que, a partir dessa clareza, poderão iniciar um processo de geração de opções para solução das questões. O conciliador ainda auxilia sugerindo soluções, às vezes

no tocante a valores, prazos ou formas de pagamento, ou com relatos de casos anteriores que podem ajudar a enriquecer a geração das opções de acordo.

Assim, identificado o conflito, o tipo de relacionamento entre as partes nele envolvidas e encaminhado para o meio adequado, a preocupação passa a ser com o processo e de que forma ele será conduzido pelo facilitador. A diferença fundamental, portanto, entre conciliação e mediação reside na atuação do conciliador ou do mediador na condução do diálogo entre as partes. Na conciliação, o terceiro – conciliador – interfere na discussão entre as pessoas, sugerindo e propondo soluções para o conflito. Na mediação não há essa interferência. O mediador facilita o diálogo e, por meio de técnicas próprias, estimula as partes a sugerirem soluções. O conciliador aponta soluções, podendo as pessoas aceitar ou não; o mediador incentiva para que as próprias partes encontrem as soluções, organizando as ideias apresentadas.

Segundo Vezzulla (2001, p. 17), confirmando o ressaltado, a mediação e a conciliação se adequam aos conflitos que possuem características diferentes:

A grande diferença, ao escolher entre a conciliação e a mediação, reside na existência ou não de relacionamento entre as partes (família, comerciantes de longo trabalho conjunto, relações trabalhistas, entre vizinhos, contratual em que as partes desejam continuar com o relacionamento). Sua existência exige um trabalho de mediação e sua ausência ou a existência de simples relacionamentos circunstanciais sem desejo de continuá-los ou acrescentá-los, (batidas de carro compra e venda de objetos, agressões entre desconhecidos) permitem a aplicação rápida e econômica da conciliação.

Ghisleni, Waltrich e Oliveira (2013, p. 29) afirmam que, para uma mediação ser bem realizada, deve-se esquecer da conciliação, definindo as diferenças entre estas práticas, devendo, portanto, ser utilizada separadamente e conduzida por um profissional capacitado e responsável para cada método.

No Brasil, torna-se essencial para a exitosa implementação dos mecanismos da conciliação e da mediação antes ou no decorrer do processo que haja clareza sobre esses mecanismos, para que sejam utilizados como equivalentes jurisdicionais, de forma precisa e adequada, atingindo o escopo da pacificação judicial.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A complexidade dos conflitos aumenta conforme as transformações ocorrem na sociedade, o que estimula divergências, exclusões e muitas vezes violência. Em muitos casos, a demanda encaminhada ao Poder Judiciário depara-se com uma máquina burocrática, repleta de formalismo, que não tem conseguido oferecer uma resposta satisfatória. Entre várias discussões sobre a atualização da prestação jurisdicional, surgem os meios consensuais de solução de conflitos, especialmente a mediação e a conciliação.

O Poder Judiciário passa a contar com mecanismos autocompositivos e heterocompositivos, que, com exceção de alguns casos de negociação, contam com terceiro imparcial, que pode atuar de forma diferente e que, dependendo do mecanismo, pode: facilitar, avaliar ou decidir, de acordo com a abordagem adequada do conflito, utilizando-se de técnicas apropriadas ao tipo de conflito e à relação entre as partes nele envolvidas, eventual ou continuada.

Entre os mecanismos autocompositivos aqui tratados, ressaltam-se a mediação e a conciliação. Considerados equivalentes jurisdicionais, pois são formas de solucionar conflitos que não impedem o controle jurisdicional e trazem a possibilidade de oferecer à sociedade novas formas de solucionar os conflitos, mais adequados e, às vezes, mais eficazes para o tratamento adequado do conflito.

Nos últimos anos, especialmente a partir do ano de 2010, iniciou-se, por meio da Resolução nº 125 do Conselho Nacional de Justiça, um forte movimento de aproximação entre o Poder Judiciário brasileiro e os equivalentes jurisdicionais. Por meio dessa resolução foi estabelecida a criação de centros de resolução de conflitos em todos os Tribunais brasileiros (inspirado no modelo de múltiplas portas do sistema norte-americano), especialmente para o desenvolvimento da mediação e da conciliação.

O desafio maior para a adequada implementação dos equivalentes jurisdicionais junto do Poder Judiciário gira, assim, em torno de *quatro* pontos principais: 1) deixar claro que os mecanismos autocompositivos aqui citados desenvolvidos junto ao Poder Judiciário, no Brasil, tem o intuito de tratar/administrar/solucionar os conflitos adequadamente, dando-lhes a abordagem correta, a depender do tipo de conflito e da relação existente entre as pessoas envolvidas; 2) a necessidade da aproximação adequada e transparente dos mecanismos consensuais de solução de conflitos do Poder Judiciário; 3) a

compreensão correta do conceito e da prática da mediação e conciliação, evitando a implementação incorreta; e 4) essa aproximação tem como objetivo principal a administração adequada do conflito (e não estatísticas de números de acordos) com vistas à pacificação social.

O êxito da implementação da mediação e da conciliação depende de vários fatores que envolvem desde a mudança na formação jurídica até a decisão consciente e cuidadosa do Poder Judiciário de incentivar a realização com qualidade dessas atividades.

REFERÊNCIAS

ANDRIGHI, Nancy; FOLEY, Gláucia Falsarella. Sistemas multiportas: o Judiciário e o consenso. Tendências e debates. *Jornal Folha de São Paulo*, 24 jun. 2008. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniaofz2406200808.htm>> Acesso em: 25 mar. 2012.

BRAGA NETO, Adolfo; SAMPAIO, Lia Regina Castaldi. *O que é mediação de conflitos?* Coleção Primeiros Passos; 325. São Paulo: Brasiliense, 2007.

CALMON, Petrônio. *Fundamentos da mediação e da conciliação*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CARNELUTTI, Francesco. *Sistema di diritto processuale civile*. Padova: Cedam, 1936.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO; Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

ENTELMAN, Remo F. *Teoría de conflictos: hacia um nuevo paradigma*. Barcelona: Gedisa, 2002.

IORELLI, José Osmir; IORELLI, Maria Rosa; MALHADAS JUNIOR, Marcos Julio Olivé. *Mediação e solução de conflitos*. São Paulo: Atlas, 2008.

FISHER, Roger; URY, William; PATTON, Bruce. *Como chegar ao sim - A negociação de acordos sem concessões*. Trad. Vera Ribeiro e Ana Luzia Borges. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Imago, 2005.

GHISLENI, Ana Carolina; WALTRCH, Dhieimy Quelem; OLIVEIRA, Luthyana Demarchi. Comentários aos artigos 1º ao 6º da Resolução nº 125 do CNJ, de 20 de novembro de 2010. In: SPENGLER, Fabiana Marion; SPENGLER NETO, Theobaldo (Org.). *A Resolução nº 125 do Conselho Nacional de Justiça e o papel do terceiro conciliador e mediador na sua efetivação*. Curitiba: Multideia, 2013.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Os fundamentos da justiça conciliativa. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; LAGRASTA NETO, Caetano (Coord.). *Mediação e gerenciamento do processo: revolução na prestação jurisdicional*. Guia prático para a instalação do setor de conciliação e mediação. São Paulo: Atlas, 2008.

LUCHIARI, Valéria Ferioli Lagrasta. A Resolução nº 125 do Conselho Nacional de Justiça: origem, objetivos, parâmetros e diretrizes para a implementação concreta. In: PELUSO, Antonio Cezar; RICHA, Morgana de Almeida (Coord.). *Conciliação e mediação: estruturação da política judiciária nacional*. Coleção ADRS, 2011.

_____. *Mediação judicial: análise da realidade brasileira origem e evolução até a Resolução nº 125 do Conselho Nacional de Justiça*. Coleção ADRS. Coord. Ada Pellegrini Grinover e Kazuo Watanabe. Rio de Janeiro: Forense, 2012. ()

MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do processo civil*. 2. ed. rev. e amp. São Paulo: Malheiros, 1996.

POUND, Roscoe. *Justiça conforme a lei*. Trad. Jacy Monteiro. São Paulo: Ibrasa, 1965.

ROCHA, José de Albuquerque. Arbitragem: questões polêmicas. In: BRAGA NETO, Adolfo; SALES, Lília Maia de Moraes (Org.). *Aspectos atuais sobre a mediação e outros métodos extra e judiciais de resolução de conflitos*. Rio de Janeiro: GZ, 2012.

_____. *Estudos sobre o Poder Judiciário*. São Paulo: Malheiros, 1995.

_____. Instituições arbitrais. In: SALES, Lília Maia de Moraes (Org.). *Estudos sobre mediação e arbitragem*. Rio de Janeiro/São Paulo/Fortaleza: ABC, 2003.

SALES, Lília Maia de Moraes. A evolução da mediação através dos anos – aprimoramentos das discussões conceituais. In: BRAGA NETO, Adolfo; SALES, Lília Maia de Moraes (Org.). *Aspectos atuais sobre mediação e outros métodos extra e judiciais de resolução de conflitos*. Rio de Janeiro: GZ, 2012.

_____. *Mediare: um guia prático para mediadores*. 3. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: GZ, 2010.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência*. Coleção para um novo senso comum: a ciência, o direito e a política de transição paradigmática. 6. ed. São Paulo: Cortez, v. 1, 2007.

_____. *A gramática do tempo: para uma nova cultura política*. Coleção para um novo senso comum: a ciência, o direito e a política de transição paradigmática. São Paulo: Cortez, v. 4, 2006.

_____. *Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade*. 12. ed. São Paulo: Cortez, 2008.

SCHNITMAN, Dora Fried; LITTLEJOHN, Stephen. *Novos paradigmas em mediação*. Porto Alegre: Artmed, 1999.

SENA, Adriana Goulart de. A conciliação judicial trabalhista em uma política pública de tratamento adequado e efetivo de conflitos de interesses. In: PELUSO, Antonio Cezar; RICHA, Morgana de Almeida (Coord.). *Conciliação e mediação: estruturação da política judiciária nacional*. Coleção ADRs. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

SERPA, Maria de Nazareth. *Teoria e prática da mediação de conflitos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.

SILVA, Paulo Eduardo Alves da. Solução de controvérsias: métodos adequados para resultados possíveis e métodos possíveis para resultados adequados. In: SALLES, Carlos Alberto; LORENCINI, Marco Antônio Garcia Lopes; SILVA, Paulo Eduardo Alves da (Coord.). *Negociação, mediação e arbitragem – Curso básico para programas de graduação em Direito*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2012.

VEZZULLA, Juan Carlos. A transformação do poder judiciário e sua relação com a mediação de conflitos. In: BRAGA NETO, Adolfo; SALES, Lilia Maia de Moraes (Org.). *Aspectos atuais sobre a mediação e outros métodos extra e judiciais de resolução de conflitos*. Rio de Janeiro: GZ, 2012.

_____. *Mediação: guia para usuários e profissionais*. Florianópolis: Juan Carlos Vezzulla; Dominguez & Dominguez, 2001.

_____. *Mediação: teoria e prática da mediação*. Curitiba: Juan Carlos Vezzulla; Dominguez & Dominguez, 1998.

_____. *Teoria e pratica da mediação*. Curitiba: Instituto de Mediação e Arbitragem do Brasil, 2001.

WATANABE, Kazuo. Modalidades de mediação. *Série Cadernos CEJ*, Brasília, Conselho da Justiça Federal, n. 22, p. 43-50, 2001.

LEIS E SITES

ALMEIDA, Tânia. Mediação de conflitos: um meio de prevenção e resolução de controvérsias em sintonia com a atualidade. Disponível em: <http://www.mediare.com.br/08artigos_13mediaçãodeconflitos.html>. Acesso em: 22 abr. 2013.

ANDRIGHI, Nancy; FOLEY, Gláucia Falsarella. Sistemas multiportas: o Judiciário e o consenso. Tendências e debates. *Jornal Folha de São Paulo*, 24 jun. 2008. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniaofz2406200808.htm>>. Acesso em: 25 mar. 2012.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 9 nov. 2007.

LEVIN, A. Leo; WHEELER, Russell R (Edited). *The Pound Conference*, [S.n.t.], p. 72.

POUND, Roscoe. The causes of popular dissatisfaction with the administration of justice. *American Bar Association Reports*, 1906. Disponível em: <<http://www.answers.com/>

topic/the-causes-of-popular-dissatisfaction-with-the-administration-of-justice>. Acesso em: 15 abr. 2009.

SANDER, Frank E. A. *Varieties of dispute processing*. The Pound Conference: Perspectives on Justice in the Future. West: A. Levin & R. Wheeler, 1979.

_____; GOLDBERG, Stephen B.; ROGERS, Nancy H. *Dispute resolution casebook - Negotiation, Mediation and other Processes*. 1st ed. Aspen, 1992.

WATANABE, Kazuo. Política pública do Poder Judiciário nacional para tratamento adequado dos conflitos de interesse. Disponível em: <http://www.tj.sp.gov.br/Handlers/FileFetch.ashx?id_arquivo=29045>. Acesso em: 24 jun. 2013.

A NOÇÃO DE JUSTIÇA NAS TESES RELATIVISTAS DOS DIREITOS HUMANOS

THE NOTION OF JUSTICE IN RELATIVIST THESES OF HUMAN RIGHTS

Narciso Leandro Xavier Baez¹

Pós-Doutor em Mecanismos de Efetividade dos Direitos Fundamentais (UFSC)

Janaína Reckziegel²

Doutora em Direitos Fundamentais e Novos Direitos pela Universidade Estácio de Sá/RJ

RESUMO: O presente estudo tem por objetivo discutir as insuficiências teóricas da noção de Justiça nas teorias relativistas dos direitos humanos, por meio da análise de suas bases epistemológicas, bem como as influências que têm exercido sobre as legislações internacional e nacional. Para tanto, analisam-se as três principais correntes relativistas atualmente defendidas: as antropológicas, as epistemológicas e as culturais, expondo-se os seus ar-

gumentos e as consequências que a sua aplicação acarreta no cenário político e social dos países que as adotam. Ao final, apontam-se os problemas e as insuficiências teóricas que as três teorias relativistas apresentam, ressaltando-se os danos práticos e históricos que têm produzido.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos fundamentais; direitos humanos; dignidade humana; teorias da justiça.

¹ Doutor em Direitos Fundamentais e Novos Direitos (UNESA), Estágio com bolsa PDEE CAPES no Center for Civil and Human Rights da University of Notre Dame, Indiana/Estados Unidos (fev./jul. 2011), Mestre em Direito Público, Especialista em Processo Civil, Coordenador Acadêmico-Científico do Programa de Mestrado em Direito e do Centro de Excelência em Direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina (UNOESC), Juiz Federal da 4ª Região desde 1996.

² Mestre em Direito Público, Especialista em “Mercado de trabalho e exercício do magistério em preparação para a Magistratura” e em “Educação e docência no ensino superior”, Graduada em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade do Oeste de Santa Catarina, Professora e Pesquisadora do Programa de Mestrado em Direito Universidade do Oeste de Santa Catarina (UNOESC), Advogada e Professora Universitária.

ABSTRACT: *This study aims to discuss the shortcomings of the concept of justice in Relativistic Theories of Human Rights, through the analysis of its epistemological foundations, as well as the influences they have had on the international and national legislation. For this, it analyzes the three main relativistic currents presently held: the anthropological, the epistemological, and the cultural, exposing their arguments and the consequences that its application entails in the political and social landscape of the countries that adopt them. At the end, it shows the problems and shortcomings that the three theoretical relativistic theories present, emphasizing the practical and historical damage that they have produced.*

KEYWORDS: *Fundamental rights; human rights; human dignity; justice theories.*

SUMÁRIO: *Introdução; 1 Relativismo e direitos humanos fundamentais; 2 Bases epistemológicas das teorias relativistas; 3 Críticas às teorias relativistas dos direitos humanos fundamentais; Considerações finais; Referências.*

SUMMARY: *Introduction; 1 Relativism and fundamental human rights; 2 Epistemological bases of relativistic theories; 3 Critical about relativistic theories of fundamental human rights; Concluding remarks; References.*

INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por objetivo discutir a noção de justiça das teorias relativistas dos direitos humanos fundamentais, com o propósito de entender os seus fundamentos e as suas críticas, apontando, ao fim, as suas insuficiências teóricas. Para tanto, analisam-se as suas bases epistemológicas, bem como as influências que têm exercido sobre as legislações internacional e nacional a respeito dos direitos humanos.

A análise começa com a abordagem das teses relativistas antropológicas, destacando-se os questionamentos que os seus defensores levantaram durante a elaboração da Declaração da ONU, em 1948, e os desdobramentos históricos de sua aplicação. Em seguida, listam-se os argumentos das teorias relativistas epistemológicas, trazendo alguns casos práticos e complexos de sua utilização, mostrando-se como alguns povos nela se sustentam, para, por exemplo, realizar a circuncisão feminina, extraindo o clitóris de meninas, durante a infância. Por fim, abordam-se as teses relativistas culturais, expondo-se os seus principais argumentos e as consequências que a sua aplicação tem acarretado no cenário político e social dos países que as adotam.

Na parte final deste estudo, levantam-se as principais críticas, os problemas e as insuficiências teóricas que as três teorias relativistas apresentam,

mostrando-se os danos práticos e históricos que têm produzido para as vítimas das violações dos direitos humanos fundamentais.

1 RELATIVISMO E DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS

A discussão sobre a relativização dos direitos humanos fundamentais, com o intuito de adaptá-los às especificidades políticas, legais e culturais de cada civilização, teve início logo após a promulgação da Declaração de Direitos Humanos da ONU, em 1948, como uma reação à pretensão de universalidade daquele documento, visto que as nações responsáveis por sua concepção passaram a afirmar que os direitos ali proclamados representariam um acordo mundial sobre uma moral universal que deveria ser seguida por todos os povos³.

A partir dessa afirmação, diversas reações foram se opondo à pretensão de universalidade daquele documento, sob o argumento de que ele foi concebido pelo bloco de países vencedores da Segunda Guerra Mundial, o qual proclamou uma lista de direitos representantes das tradições liberais ocidentais, baseadas na filosofia e nos valores morais adotados por essas civilizações⁴. Assim, muitos países começaram a defender que não houve consenso global sobre os valores morais universais naquele documento, pois ficara de fora do texto uma série de valores que fazem parte de outras tradições⁵. Para Tim Murithi, a prova maior dessa dissonância é que a Declaração da ONU esboça um modelo individualista de direitos, típico das sociedades ocidentais, opondo-se expressamente aos valores comunitários adotados pelas culturas que têm na realização coletiva o alcance pleno da dignidade humana⁶.

Deve-se recordar, contudo, que a discussão sobre a pretensão de observância de uma moral universal não surgiu somente após a Segunda Guerra Mundial, com a Declaração da ONU, pois o mesmo debate também teve destaque em outros momentos da história da humanidade. Na Grécia antiga, por exemplo, os Sofistas Protágoras, Górgias e Isócrates questionavam a pretensão de supremacia da cultura grega, sustentando que cada sociedade deveria ser

³ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. 10. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 25/6.

⁴ SOUZA, Ielbo Marcus Lobo; KRETSCHMANN, Ângela. A universalidade dos direitos humanos no discurso internacional: o debate continua. In: ROCHA, Leonel Severo; STRECK, Lênio. *Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito: Mestrado e Doutorado*. São Leopoldo: Unisinos, 2003. p. 122.

⁵ MURITHI, Tim. Ubuntu and human rights. In: SMITH, Rhona K. M.; ANKER, Cristien van den. *The essentials of human rights*. London: Oxford University Press, 2005. p. 341.

⁶ Idem.

livre para eleger os seus próprios valores morais, os quais não podiam sofrer juízos de valor por outras civilizações, fora da cultura em que foram criados⁷.

No mesmo sentido, na China, entre os anos de 460 a.C. e 380 a.C., Lao Tzu, fundador do Taoísmo, também se opunha à unificação moral proposta pelo Confucionismo, em razão do risco de totalitarismo que ela acarretava, defendendo que os seres humanos eram capazes de seguir as suas próprias diretrizes morais, em harmonia, de acordo com a natureza peculiar de cada indivíduo⁸.

No século XVIII, Jeremy Bentham⁹ reacendeu o debate ao criticar o fundamento jusnaturalista defendido pelos revolucionários franceses para a afirmação da universalidade dos direitos do homem, aduzindo que essas ideias eram individualistas e conduziriam as pessoas ao egoísmo. Ele propunha a substituição da teoria do direito natural pela teoria da utilidade, passando-se, com isso, da ficção para o mundo real, onde a felicidade total seria atingida pela realização do interesse geral da comunidade, mesmo que, para isso, fosse necessário sacrificar direitos individuais¹⁰. Bentham sustentava que o papel dos direitos do homem deveria ser o de procurar reconciliação entre o indivíduo e a sociedade, já que os seres humanos somente adquiriam direitos na medida em que suas ações fossem perpetradas em benefício da sociedade como um todo¹¹.

Da mesma forma, Friedrich Hegel¹² e Karl Marx também se opuseram aos direitos naturais inseridos nas declarações liberais burguesas dos séculos XVII e XVIII, e os seus pretensos valores universais, argumentando que os direitos do homem são variáveis, relativos e totalmente dependentes do contexto histórico, político e cultural de cada povo. Marx¹³ chegava a afirmar que os direitos proclamados nesses documentos eram resultado de uma ideologia mística e uma ficção que não ultrapassavam o egoísmo individualista da sociedade burguesa,

⁷ Waterfield, Robin. Protagoras and the Challenge of Relativism: Plato's Subtlest Enemy. 3. ed. *The Heythrop Journal*, v. 50, Issue 3, p. 509, 2009.

⁸ ROBINET, Isabelle. *Taoism: Growth of a Religion*. Stanford: Stanford University Press, 1997. p. 3.

⁹ BENTHAM, Jeremy. Uma introdução aos princípios da moral e da legislação. In: MORRIS, Clarence (Org.). *Os grandes filósofos do direito*. Trad. Reinaldo Guarany. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 262.

¹⁰ Idem.

¹¹ Idem.

¹² HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Philosophy of Right*. Trad. S. W. Dyde. Kitchener: Batoche Books, 2001. p. 23.

¹³ MARX, Heinrich Karl. On the Jewish Question. In: WALDRON, Jeremy. *Nonsense upon Stilts: Bentham, Burke and Marx on the Rights of Man*. London, 1987. p. 147.

a qual os utilizava para promover o seu interesse particular, em contraposição às necessidades da comunidade.

Nesse sentido, deve-se recordar que a discussão sobre a universalidade ou relatividade dos direitos humanos fundamentais também ocupou significativo espaço durante a própria redação do texto final da Declaração da ONU, em 1947. O embate começou quando a Comissão para Bases Filosóficas dos Direitos Humanos da Unesco recebeu as respostas de um questionário que havia enviado para pensadores e filósofos de maior expressão na época, os quais representavam as ideologias de diferentes culturas¹⁴. O objetivo desse questionário era colher fundamentos filosóficos que dessem sustentação teórica para os direitos que seriam proclamados naquele documento, facilitando a sua aceitação em todas as culturas. Contudo, essa tentativa de dar um caráter multicultural e universal ao texto logo enfrentou grande divisão interna na Comissão, pois, com o retorno das respostas do questionário, a matéria se dividiu entre aqueles que concebiam os direitos humanos como naturais e inerentes a todos os seres humanos e, portanto, universais, e aqueles que entendiam que esses direitos eram históricos, variáveis e relativos, sendo dependentes da cultura adotada por cada civilização¹⁵.

Entre as respostas que sustentavam as teses relativistas estava a do antropologista americano Melville Jean Herskovits, o qual apresentou as considerações consolidadas da *American Anthropological Association*, defendendo que os direitos os quais seriam proclamados na Declaração da ONU deveriam respeitar as peculiaridades culturais dos diferentes grupos humanos¹⁶. A justificativa para tal ponderação se baseava no argumento de que os seres humanos não poderiam ser vistos isoladamente, fora das sociedades a que pertenciam, já que elas davam sentido e forma à vida individual¹⁷. Por isso, os direitos humanos fundamentais não poderiam se limitar a estabelecer o respeito à pessoa, individualmente considerada, mas ao ser humano como membro de um grupo social do qual faz parte, já que os modos de vida adotados pela

¹⁴ CROCE, Benedetto. *Declarações de direitos* – Benedetto Croce, E. H. Carr, Raymond Aron. 2. ed. Brasília, Senado Federal, Centro de Estudos Estratégicos, Ministério da Ciência e Tecnologia, 2002. p. 7.

¹⁵ BARRETTO, Vicente. *O fetiche dos direitos humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 20-21.

¹⁶ HERSKOVITS, Melville Jean. Statement on Human Rights: Submitted to the Commission on Human Rights, United Nations by the Executive Board, American Anthropological Association. *American Anthropologist*, New Series, v. 49, n. 4, p. 539, out./dez. 1947.

¹⁷ Idem.

coletividade são responsáveis por moldar os comportamentos e as crenças de cada indivíduo¹⁸.

Benedetto Croce¹⁹ também enviou o seu formulário defendendo que as teorias do direito natural desenvolvidas entre os séculos XVI e XIX tornaram-se filosoficamente insustentáveis e não poderiam servir de base para os direitos humanos fundamentais que seriam proclamados naquele documento. O seu principal argumento era o de que esses direitos variavam historicamente e que, por isso mesmo, não podiam ser entendidos como universais, mas tão só como direitos do homem na história, ou seja, direitos aceitos pelos homens em determinados períodos específicos. Para o filósofo italiano, a tentativa das Nações Unidas de criar uma Declaração Universal buscando conciliação entre posições políticas e culturais antagônicas era fútil e impossível, pois resultaria em um texto vazio, composto por expressões genéricas que permitissem se incluir qualquer ideologia, ou, senão, o seu conteúdo acabaria sendo arbitrário, no caso de se optar pela adoção de uma visão cultural predominante sobre as demais.

Benedetto Croce ilustrou suas afirmações, lembrando que a Declaração dos Direitos do Homem da Revolução Francesa de 1789 teve a sua importância histórica nas civilizações europeias e americanas no século XVIII, visto que deu vazão às demandas sociais emergentes naquele período²⁰. Contudo, já não se mostrava suficiente para atender as mesmas civilizações na época da elaboração da Declaração da ONU, pois as necessidades sociais construídas ao longo da história se modificaram²¹. Assim, infere-se que, dentro dessa proposta, os direitos humanos fundamentais não podem ser afirmações eternas, mas respostas construídas a partir dos desafios criados pelas circunstâncias históricas de cada sociedade.

Outra manifestação relativista recebida em 1947 pela Comissão responsável pela elaboração da Declaração da ONU foi a do neurofisiologista

¹⁸ Idem.

¹⁹ CROCE, Benedetto. *The Rights of Man and the Present Historical Situation*. In: UNESCO. *Human Rights: comments and interpretations: a symposium*. New York: Columbia University Press, 1973. p. 93.

²⁰ Idem.

²¹ Idem.

americano Ralph Waldo Gerard²², o qual defendia que os direitos do homem não poderiam ser absolutos, mas relativos, visto que a mais completa liberdade somente é apreciada pela pessoa de acordo como os valores que possui, os quais invariavelmente são moldados pela sociedade em que está inserida. Para Gerard, o homem é capaz de compreender que os seus direitos são um composto de desejos estimulados no grupo em que vive e de restrições decorrentes da própria cultura desse agrupamento.

Por tais motivos, Gerard conclui que os direitos humanos fundamentais devem ser relativos para cada sociedade, sendo que, com a evolução social, assim como ocorre com a evolução das espécies, alguns direitos serão alterados ou até extintos, cedendo lugar para outros surgidos de novas demandas²³. A valoração desses direitos e a forma de desenvolvimento que eles terão, entretanto, vai depender de cada cultura, tal qual ocorre com os organismos vivos, que se desenvolvem diferentemente de acordo com as suas capacidades e exigências do meio em que vivem²⁴. Desse modo, qualquer doutrina que pretenda defender direitos humanos considerando o indivíduo isoladamente, sem levar em conta o grupo social em que ele está inserido, será necessariamente falsa, da mesma forma que qualquer codificação particular e estanque de direitos será imperfeita e rapidamente se tornará ruim²⁵.

Outra resposta relativista recebida pela Comissão de Bases Filosóficas dos Direitos Humanos da Unesco veio de John Lewis²⁶, o qual destacava que a concepção absoluta, inerente e imprescritível de direitos anteriores à sociedade, fundada na natureza humana, seria um mito com origem em um equivocado conceito de direitos humanos, o qual era apropriado somente para a crescente classe industrial do século XVIII. Para ele, esses direitos deveriam se basear nas necessidades humanas, nascidas dentro das contingências de cada grupo social, visto que eles surgiam justamente como resultado de lutas históricas ocorridas no seio de cada civilização, decorrentes do aparecimento de novas forças sociais

²² GERARD, Ralph Waldo. *The Rights of Man: a Biological Approach*. In: UNESCO. *Human Rights: comments and interpretations: a symposium*. New York: Columbia University Press, 1973. p. 206.

²³ Idem, p. 208.

²⁴ Idem.

²⁵ Idem, p. 209.

²⁶ LEWIS, John. *On Human Rights*. In: UNESCO. *Human Rights: comments and interpretations: a symposium*. New York: Columbia University Press, 1973. p. 54.

que encontraram as suas necessidades circunscritas pelas restrições impostas por uma classe que estava no poder²⁷.

Como exemplo dessas afirmações, Lewis lembra que as revoluções burguesas dos séculos XVII e XVIII ocorreram em razão da expansão dessa nova classe social, que teve as suas necessidades limitadas pelo poder divino dos reis, fato que fez com que se desenvolvesse, em oposição, a tese dos direitos naturais, com o objetivo de se superarem os obstáculos interpostos entre essa nova classe e a satisfação de suas necessidades, a qual implicava a não interferência governamental em suas atividades comerciais²⁸. Nesse sentido, vale lembrar que as Declarações Americana e Francesa trouxeram exatamente um rol de direitos individuais inatos que consagraram a vida, a liberdade, a igualdade e a propriedade como direitos inalienáveis de todos os seres humanos, com o objetivo de afastar qualquer forma de ingerência governamental em suas atividades privadas, tornando clara a conexão da proclamação desses direitos com os interesses e as necessidades contingentes da burguesia emergente naquele período.

Contudo, apesar dos fortes argumentos, as teses relativistas não encontraram espaço na Comissão responsável pela elaboração do texto final da Declaração da ONU, a qual acabou por adotar a tese do universalismo metafísico do direito natural²⁹ como base dos direitos que proclamou, dando início a uma polêmica que se estende até os dias atuais.

Entre os teóricos relativistas contemporâneos destaca-se Norberto Bobbio³⁰, o qual não admite a tentativa de fundamentação absoluta e estanque dos direitos humanos fundamentais, por entender que eles são variáveis de acordo com as mudanças históricas, em especial das decorrentes de mudanças das classes no poder, do surgimento de novas tecnologias e das condições materiais que cada povo dispõe para a realização dessas demandas. Ele exemplifica essa assertiva lembrando que vários direitos os quais eram absolutos no fim do século XVIII, como a propriedade, hoje são submetidos a diversas limitações, tanto na ordem jurídica internacional como nas legislações internas dos países.

²⁷ Idem.

²⁸ Idem.

²⁹ UNESCO. *Human Rights: comments and interpretations: a symposium*. New York: Columbia University Press, 1973. p 258/9.

³⁰ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. 10. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 18.

Outro argumento que defende é que o relativismo também tem contribuído para o surgimento e a proteção de vários direitos do homem, como é o caso das liberdades de pensamento, de crença, de consciência e de religião³¹.

Além disso, para Bobbio os direitos humanos da Declaração da ONU são também heterogêneos, por apresentarem pretensões diversas e até mesmo incompatíveis, fato que impede fundamentação única, pois as justificativas para cada espécie de direito ali inserido são diferentes³². A prova disso é que, enquanto alguns direitos demandam obrigações negativas (não escravizar, não torturar, etc.), outros vão exigir prestações positivas para a sua realização (direito à saúde, direito à educação, etc.), sendo que os fundamentos utilizados para justificar um ou outro grupo serão invariavelmente distintos.

2 BASES EPISTEMOLÓGICAS DAS TEORIAS RELATIVISTAS

Como se observa, o centro das teorias relativistas pode ser sintetizado na ideia de que nada é suficientemente bom ou suficientemente ruim para uma pessoa que possa assumir o mesmo significado para todos os seres humanos, indistintamente, visto que os indivíduos e as sociedades em que estão inseridos não são iguais e apresentam certas peculiaridades antropológicas, epistemológicas e culturais que exigem a construção de direitos compatíveis com essas realidades, fato que não se modifica, mesmo quando se considera a humanidade comum que une as pessoas. Nesse diapasão, essas teorias buscam valorizar a pluralidade moral e cultural, bem como as liberdades delas decorrentes, realizadas mediante o reforço das peculiaridades locais, contrapondo-se à imposição de qualquer forma de monismo moral.

A partir dessas características, Michel Perry³³ salienta que se pode, então, dividir as teorias relativistas sobre os direitos humanos fundamentais em três grandes grupos, de acordo com a justificação que defendem: o primeiro é formado pelas teses relativistas antropológicas, o segundo pelas teses relativistas epistemológicas e o último grupo engloba as teses relativistas culturais.

³¹ Idem, p. 18/19.

³² Idem, p. 18-20.

³³ PERRY, Michael J. *The Idea of Human Rights: Four Inquiries*. New York: Oxford University Press, 1998. p. 86.

2.1 TEORIAS RELATIVISTAS ANTROPOLÓGICAS

As teses relativistas antropológicas são aquelas que se opõem à pretensão universal dos direitos humanos fundamentais sob o argumento de que, fora as necessidades biológicas, iguais para todos os seres humanos, não há valores, vontades ou necessidades, especialmente sociais, que sejam comuns a todos os indivíduos³⁴. Isso ocorre porque os atributos da natureza humana são construídos socialmente, de acordo com os fatores morais, econômicos, políticos, sociais e até geográficos sob os quais se formam³⁵. Desse modo, esse desenvolvimento assimétrico leva à formação de uma diversidade de vontades e necessidades tão distintas e distantes que se torna impraticável qualquer tentativa de construção de valores humanos universais.

Como se pode observar a partir desses primeiros argumentos dos defensores das teorias relativistas antropológicas, não há como se defender a existência de uma natureza humana comum ou universal, que é justamente a base das teses universalistas, visto que os indivíduos são seres culturais e, como tais, constroem valores morais específicos, de acordo com o grupo social em que estão inseridos e dentro das contingências históricas de cada época.

Nesse sentido, a Associação Americana de Antropologia defende que os estudos já feitos sobre a natureza humana, em praticamente todas as partes do mundo, deixaram evidente que os seres humanos usam diferentes formas para resolver os seus problemas de subsistência, de regulação social e política, e de outros aspectos pertinentes em sua vida³⁶. Assim, a forma que cada grupo desenvolve ao longo de sua história para o enfrentamento dessas questões gera a produção de práticas tradicionais distintas e, em alguns casos, até mesmo antagônicas, se comparadas entre si, fato que torna impensável a pretensão de uma moral universal, visto que isso importaria em uma cultura tentar convencer a outra de que os valores que elegeram não são os mais desejáveis³⁷. Acrescentam, ainda, que, normalmente, os povos que têm formação cultural distinta tendem a ser tolerantes com os comportamentos de outros grupos, especialmente quando essas atitudes diferentes não conflitam com a área da subsistência, razão pela

³⁴ Idem, p. 65.

³⁵ Idem.

³⁶ HERSKOVITS, Melville Jean. Statement on Human Rights: Submitted to the Commission on Human Rights, United Nations by the Executive Board, American Anthropological Association. *American Anthropologist*, New Series, v. 49, n. 4, p. 540, out./dez. 1947.

³⁷ Idem.

qual a realização dos direitos humanos fundamentais poderia ser encontrada nas diferentes formas como cada povo realiza a dignidade humana de seus integrantes³⁸.

Todavia, a exceção a essa tendência de aceitação antropológica das diferenças é encontrada na história das civilizações ocidentais europeia e americana, cuja expansão econômica e armamentista, associada com a tradição religiosa de evangelização que desenvolveram, fizeram com que as diferenças culturais encontradas em outros povos fossem vistas como uma chamada à ação uniformizadora de seus valores morais³⁹. Isso ocorreu principalmente no campo filosófico, com o desenvolvimento dos conceitos de liberdade e sobre a natureza universal dos direitos humanos, cujos conteúdos morais passaram a ser utilizados para suprimir alternativas culturais apresentadas pelos demais povos, negligenciando-se, inclusive, as semelhanças de valores que um diálogo intercultural permitiria perceber⁴⁰.

Como se vê, a tentativa de universalização de valores morais de uma cultura sobre a outra não é admissível sob o aspecto antropológico, visto que, para os teóricos dessa corrente, o desenvolvimento dos direitos individuais somente ocorre no espaço cultural em que cada ser humano está inserido. Qualquer imposição de individualização de direitos, considerados abstratamente, isolados desse contexto social, seria artificial e poderia acarretar sérios problemas de violação dos próprios valores que esses pretensos direitos universais buscam proteger, pois a diversidade e liberdade de ideias e de expressão estariam sendo suprimidas por uma uniformização moral, estranha à realidade de certos povos.

Além disso, a sobreposição de uma cultura sobre a outra implica assumir que a cultura subjugada seria moralmente inferior, abrindo espaço para a justificação da sua tutela pelas civilizações “superiores”, fato que é impraticável sobre a ótica antropológica, pois não existem elementos objetivos para medir as culturas de cada povo, no sentido de estabelecer qual é a melhor ou a pior. Desse modo, a imposição dos valores morais de uma civilização sobre a outra não auxilia a proteção e o respeito pelos direitos humanos fundamentais; ao

³⁸ Idem.

³⁹ IGLESIAS, Miguel Ángel Gonzáles. Domingo de Soto: Su Pensamiento Político - Las Dificultades Planteadas con la Conquista de América. In: PASIN, João Bosco Coelho (Org.). *Culturalismo jurídico*. São Paulo 450 anos: Seminário Brasil Espanha. Brasília/DF: Instituto Tancredo Neves, 2004.

⁴⁰ RORTY, Richard. Human Rights, Rationality, and Sentimentalisty. In: SHUTE, Stephen; HURLEY, Susan. *On Human Rights*. New York: BasicBooks (Harper-Collins Publishers), 1993. p. 116/7, 127.

contrário, acarreta sérias violações à diversidade e à própria dignidade humana dos integrantes dos povos subjugados.

A história da expansão das civilizações ocidentais ilustra muito bem essa situação, pois foi exatamente o que aconteceu com os povos pré-colombianos do Mundo Novo, com as civilizações aborígenes da Austrália e com praticamente todas as tribos africanas, os quais foram desintegrados, humilhados e suprimidos em suas práticas culturais, em nome da imposição de uma hegemonia cultural dominante que trouxe os seus valores “civilizatórios” para essas populações.

Para os relativistas antropológicos, o universalismo moral, em especial aquele proclamado pela Organização das Nações Unidas, em 1948, ressalta uma visão etnocentrista do mundo, pois menospreza os valores humanos das sociedades não ocidentais que possuem costumes próprios⁴¹. Além disso, os valores morais dessa Carta têm servido para que as culturas dominantes julguem os povos estrangeiros por seus padrões e suas práticas, buscando colocá-los em um patamar de inferioridade⁴². Em oposição a essa pretensão, afirmam que não existem direitos humanos absolutos, haja vista que os comportamentos e valores adotados pelas pessoas são relativos, já que se diferem em cada sociedade em particular, alterando-se em decorrência das contingências históricas que enfrentaram⁴³. Por tais motivos, todas as culturas devem ser percebidas como estando no mesmo patamar de importância, não havendo elementos aceitáveis que possam ser utilizados como parâmetro para invalidar as práticas morais que adotam. Nessa teoria, portanto, os direitos humanos fundamentais devem ser contingenciados às práticas culturais de cada civilização.

Outro argumento apresentado pelos defensores dessas teorias é o de que as sociedades são como mosaicos de organismos vivos, sustentados por grupos de seres humanos que se mantêm ativos e coesos, em razão de certas peculiaridades culturais coletivas que construíram para sobreviver⁴⁴. Desse modo, não há

⁴¹ MORSINK, Johannes. *The Universal Declaration of Human Rights: Origins, Drafting, and Intent*. *The American Journal of International Law*, University of Pennsylvania, Press, p. 601, 2000.

⁴² Idem.

⁴³ Idem.

⁴⁴ Nas palavras de Ralph Gerard: “*It must, however, remain true, from the very nature of an organism, that the individual man, na entirety in his own right, and the communal man, a part of the community, exist simultaneously. This is the inescapable dichotomy: [...] each man (with his neighbour) is a component unit of a larger whole, the society, and dedicated to group-survival by basic cooperation with other men in the group*” (GERARD, Ralph Waldo. *The Rights of Man: a Biological Approach*. In: UNESCO. *Human Rights: comments and interpretations: a symposium*. New York: Columbia University Press, 1973. p. 205/6).

como se pensar em direitos humanos individuais, abstratos e superiores a essa realidade fática que sustenta cada pessoa no planeta, visto que o homem e a coletividade a que pertence formam um todo indissolúvel e inseparável⁴⁵. Por causa dessas características, vê-se que os direitos e também os deveres dos seres humanos não podem ser concebidos de forma absoluta, sem levar em conta o quadro coletivo a que pertencem, mas, ao contrário, devem permanecer sempre relativos e coerentes aos valores morais que sustentam o meio em que vivem, evitando-se, com isso, o desagregamento e o próprio falecimento do organismo social que lhes fornece os meios para sobrevivência.

Fica evidente, portanto, que, para o relativismo antropológico, os direitos humanos universais são o resultado de uma ideia parcial, abstrata e desconectada da realidade concreta com que vivem os seres humanos nas suas respectivas civilizações. Jeremy Bentham, aliás, sustenta que a aparente perfeição da doutrina universal dos direitos humanos fundamentais mostra-se totalmente defeituosa na prática, visto que a tentativa de fixar uma moral abstrata e imutável desses direitos não se coaduna com as mudanças reais que o tempo promove sobre as liberdades e suas restrições nas diferentes sociedades⁴⁶.

No mesmo sentido, manifesta-se Alasdair MacIntyre para quem essa falácia de direitos abstratos, naturais e imutáveis não passa de uma ficção tão fantasiosa como "*witches and unicorns*" (bruxas e unicórnios)⁴⁷, já que, para cada tentativa de se construírem boas razões para se acreditar que eles existem, há um empecilho prático que prova a impossibilidade de sua existência (na pretensão universal em que são apresentados). Acrescenta que as várias formas de direitos decorrentes das necessidades humanas têm caráter altamente específico e socialmente local e é justamente nesse particularismo que emergem e se legitimam os direitos humanos fundamentais⁴⁸. Logo, as instituições internacionais que afirmam ter a posse de uma ordem universal e abstrata dos direitos humanos fundamentais e queiram, com base nessa premissa, exigir a

⁴⁵ GERARD, Ralph Waldo. *The Rights of Man: a Biological Approach*. In: UNESCO. *Human Rights: comments and interpretations: a symposium*. New York: Columbia University Press, 1973. p. 205/6.

⁴⁶ Nas palavras de Jeremy Bentham: "[...] *the liberties and the restrictions vary many times and circumstances, and admit of infinite modifications, that cannot be settled upon any abstract rule*" (BENTHAM, Jeremy. *Anarchical Fallacies*. In: WALDRON, Jeremy. *Nonsense upon Stilts: Bentham, Burke and Marx on the Rights of Man*. London: Methuen, 1987. p. 53).

⁴⁷ MACINTYRE, Alasdair. *After Virtue*. 2. ed. Notre Dame: University of Notre Dame Press, 1984. p. 65-67.

⁴⁸ Idem.

observância dessa ordem por todas as civilizações do mundo encontrarão um problema prático insolúvel na hora em que tentarem transpô-los para a prática, pois as barreiras culturais se tornarão obstáculos intransponíveis.

Catharine A. Mackinnon⁴⁹, por sua vez, sustenta que as ideias universalistas, em especial as da igualdade, têm hoje como parâmetro o significado que aqueles que estão no poder dão para esses direitos. Nesse contexto, a igualdade somente é reconhecida para os grupos que compartilham os valores culturais estabelecidos pelas potências dominantes. As demais sociedades que ousam apresentar outra visão ou proposta diferente acabam sendo excluídas do sistema, e suas práticas são taxadas de violadoras da dignidade humana.

Por tais motivos, os relativistas antropológicos sustentam que a aceitação do universalismo dos direitos humanos fundamentais é impraticável porque importaria em abstrair os indivíduos de suas práticas sociais específicas, fazendo desaparecer a identidade de cada ser humano e dos respectivos grupos a que pertencem⁵⁰, já que ficariam subjugados a um padrão moral insólito de direitos que suprimiria a riqueza da diversidade em que cada ser humano vive, em prol de uma discutível proteção internacional da dignidade humana.

Richard Rorty⁵¹ levanta outra objeção com relação à pretensão do universalismo dos direitos humanos fundamentais, ao afirmar que ele tem se baseado equivocadamente em uma alegada superioridade moral dos países que se autodenominam de democráticos, os quais utilizam o argumento da existência de uma racionalidade irresistível para sustentar que os seus valores morais devem ser observados por todas as nações do mundo. Contudo, o autor destaca que essa pretensa ascensão cultural nada conta em favor da existência de uma natureza humana universal⁵², pois ela implicaria afirmar que qualquer reivindicação moral seria infundada se não fosse apoiada em uma racionalidade baseada nos parâmetros ocidentais. Essa premissa, por conseguinte, levaria a colocar todas as culturas que se diferenciam daquelas cujos valores foram

⁴⁹ MACKINNON, Catharine A. *Feminism Unmodified*. Discourses on Life and Law. Cambridge: Harvard University Press, 1987. p. 63.

⁵⁰ LUKES, Steven. Five Fables about Human Rights. In: SHUTE, Stephen; HURLEY, Susan. *On Human Rights*. New York: BasicBooks (Harper-Collins Publishers), 1993. p. 29.

⁵¹ RORTY, Richard. Human Rights, Rationality, and Sentimentalisty. In: SHUTE, Stephen; HURLEY, Susan. *On Human Rights*. New York: BasicBooks (Harper-Collins Publishers), 1993. p. 116.

⁵² Nas palavras de Richard Rorty: “*I do not think this superiority counts in favor of the existence of a universal human nature*” (RORTY, Richard. Human Rights, Rationality, and Sentimentalisty. In: SHUTE, Stephen; HURLEY, Susan. *On Human Rights*. New York: BasicBooks (Harper-Collins Publishers), 1993. p. 116).

positivados na Carta das Nações Unidas em posição de irracionalismo, já que estariam negando a existência de fatos moralmente relevantes, sob a ótica da cultura dominante. Rorty e Rabossi se opõem a essa premissa, aduzindo que ela está baseada em projetos fundacionistas “*outmoded*” (obsoletos), como os de Platão, Tomás de Aquino e Kant, os quais não se coadunam com as mudanças históricas pelas quais a humanidade passou desde as revoluções burguesas dos séculos XVII e XVIII⁵³. Assim, todo o comportamento taxado de irracional pelas potências ocidentais nada mais é do que medição de fatos desaprovados por um grupo, porque não se alinham com a sua estreita visão moral do mundo⁵⁴. Eles defendem que o respeito aos direitos humanos fundamentais é obtido mais facilmente por meio de uma atitude de autoconsciência de cada cultura do que pela tentativa infértil de buscar demonstrar a superioridade de um conjunto de valores morais sobre os demais povos, por meio do frágil apelo de uma metafísica transcultural.

Como se pode observar, esses argumentos buscam afastar as teses que defendem a existência de valores morais universais baseados em verdades abstratas que seriam conhecidas de todos os seres humanos, em razão de sua intuição e dignidade. Para os relativistas antropológicos, não se pode pretender subjugar os indivíduos a adotarem um conjunto de direitos humanos fundamentais que se dissociem das morais e verdades sob as quais eles sempre viveram e desenvolveram as suas vidas na cultura em que estão inseridos.

Mas os defensores dessas teses não apresentam somente objeções à pretensão universal dos direitos humanos fundamentais, da forma como hoje está proposta, pois eles defendem que é possível o desenvolvimento de uma nova cultura global sobre esses direitos, baseada nas diferenças e não nas similitudes. Richard Rorty⁵⁵ alerta que é impraticável, por exemplo, tentar convencer os brancos racistas que eles têm a mesma humanidade que os negros ou afirmar

⁵³ RORTY, Richard. Human Rights, Rationality, and Sentimentalisty. In: SHUTE, Stephen; HURLEY, Susan. *On Human Rights*. New York: BasicBooks (Harper-Collins Publishers), 1993. p. 116/7, 127.

⁵⁴ Idem.

⁵⁵ Richard Rorty afirma que: “*To get whites to be nicer to Blacks, males to females, Serbs to Muslims, or straights to gays, to help our species link up into what Rabossi calls a ‘planetary community’ dominated by a culture of human rights, it is of no use whatever to say, with Kant: Notice that what you have in common, your humanity, is more important than trivial differences. [...] Such people are morally offended by the suggestion that they should treat someone who is not kin as if he were a brother, or a nigger as if he were white, or a queer as if he were normal, or an infidel as if she were a believer*” (RORTY, Richard. Human Rights, Rationality, and Sentimentalisty. In: SHUTE, Stephen; HURLEY, Susan. *On Human Rights*. New York: BasicBooks (Harper-Collins Publishers), 1993. p. 125).

para os heterossexuais homofóbicos que deve haver respeito pelas relações homoafetivas, com base na observância do que eles têm em comum. Ocorre que esse tipo de comparação leva pessoas que não aceitam essas diferenças a se sentirem ofendidas e a se tornarem incrédulas com a afirmação de uma humanidade comum.

Para Richard Rorty, tal aversão ocorre não por irracionalidade desses indivíduos, mas por sentimentos interiores que sustentam, baseados na identidade que construíram ao longo de suas vidas e dentro da qual eles veem a si mesmos como uma espécie definida por oposição explícita a uma espécie particularmente ruim⁵⁶. Nessa dinâmica, os seres humanos acabam juntando-se por afinidade com aqueles que são como eles, em contrariedade àqueles que não são, fazendo, assim, surgir a distância entre os brancos de um lado e os negros de outro, os héteros de um lado e os gays, as lésbicas e os simpatizantes de outro, e assim por diante.

Desse modo, vê-se que é extremamente complicado argumentar com esses grupos sobre a existência de um conjunto de direitos humanos fundamentais dos quais seriam titulares todos os seres humanos, indistintamente, em razão de sua dignidade comum ou da semelhança que existe entre todas as pessoas, pois certamente eles não seriam capazes de enxergar dignidade ou qualquer traço de similitude naqueles que são exatamente aquilo que eles rejeitam. Ao contrário, eles certamente vão reforçar com orgulho o que eles não são e defender as suas atitudes com base no respeito próprio que acreditam ter por si mesmos⁵⁷.

Para Rorty, a saída capaz de superar esse impasse não está na universalização imposta dos direitos humanos fundamentais, mas na internacionalização do que ele chama de "*sentimental education*" (educação sentimental), que consiste em promover nas pessoas o desenvolvimento dos seus sentimentos internos no sentido de incrementarem suas habilidades de verem mais as similitudes superficiais entre elas e aquelas outras de que não gostam do que as diferenças⁵⁸. Nessa proposta, as semelhanças relevantes não se dariam nos elementos profundos que formam a verdadeira identidade humana, mas sobre as similitudes que, curiosamente, não distinguem os humanos de muitos

⁵⁶ RORTY, Richard. Human Rights, Rationality, and Sentimentalisty. In: SHUTE, Stephen; HURLEY, Susan. *On Human Rights*. New York: BasicBooks (Harper-Collins Publishers), 1993. p. 127.

⁵⁷ Idem, p. 126.

⁵⁸ Idem, p. 129/30.

animais, como o acalento dos pais e dos filhos⁵⁹. Dessa forma, na medida em que as pessoas intolerantes consigam perceber que aqueles que são *diferentes e odiosos* também possuem pais que os amam e filhos pelos quais são responsáveis, vindo aí um traço superficial de similitude, poderão desenvolver um sentimento de tolerância e de convívio harmônico.

Por todos esses argumentos, vê-se que as teses relativistas antropológicas estão assentadas em três princípios básicos para refutar a universalidade dos direitos humanos fundamentais: 1) as diferenças culturais construídas ao longo da história das civilizações não admitem a imposição de uma moralidade uniforme; 2) não existe método científico que seja capaz de avaliar qualitativamente as culturas, razão pela qual as diferenças entre elas devem ser respeitadas; e 3) normas e valores aceitos pelos indivíduos são aqueles que derivam da suas culturas. Logo, qualquer tentativa de aplicabilidade de uma declaração de direitos humanos para toda a humanidade que se afaste das crenças e dos códigos morais de certas culturas não terá aplicação nesses contextos.

O primeiro princípio da argumentação relativista antropológica está no fato de que não existe liberdade individual quando o grupo ao que um ser humano pertence e se identifica não é livre. De igual forma, não há como alcançar total desenvolvimento das potencialidades humanas individuais se a sociedade a que as pessoas estão vinculadas culturalmente é tratada com inferioridade por outras civilizações que tentam impor a esses povos padrões morais dissociados de suas realidades.

Por tais motivos é que, dentro desse primeiro argumento, os relativistas antropológicos entendem impraticável a universalidade de direitos humanos fundamentais, visto que eles representam visão específica de um grupo de civilizações dominantes que tentam subjugar as demais, sem levar em conta os valores morais que essas últimas construíram por meio da complexidade de suas relações sociais, desenvolvidas durante a sua trajetória histórica.

O segundo argumento dessas teorias para afastar qualquer pretensão de valores universais está no fato de que não existem métodos científicos que sejam

⁵⁹ Nas palavras de Richard Rorty: *"The relevant similarities are not a matter of sharing a deep true self which instantiates true humanity, but are such little, superficial, similarities as cherishing our parents and our children – similarities that do not interestingly distinguish us from many nonhuman animals"* (RORTY, Richard. Human Rights, Rationality, and Sentimentality. In: SHUTE, Stephen; HURLEY, Susan. *On Human Rights*. New York: BasicBooks (Harper-Collins Publishers), 1993. p. 129).

capazes de avaliar qualitativamente as culturas, razão pela qual não há como se adotar um conjunto de direitos humanos baseados em valores supraculturais e defender a sua superioridade sobre as práticas morais adotadas por cada povo. Ademais, os objetivos valorativos que guiam a vida dos seres humanos e da respectiva nação a que pertencem estão em uma escala de importância e significado tão elevados para cada pessoa, individualmente, que impedem a sua substituição por valores importados de outras culturas, sob o pretexto de serem direitos humanos fundamentais. Aliás, esse ponto é justamente o que conduz ao terceiro pilar de argumentação dessas teorias, segundo o qual as normas e os valores aceitos pelos indivíduos são aqueles que derivam das suas culturas. Isso ocorre porque conceitos como certo e errado, bom ou mal, felicidade ou infelicidade encontram diferentes ressonâncias e significados dentro e fora de todas as culturas humanas. Tanto é assim que os valores reconhecidos como direitos humanos fundamentais por um povo poderão representar uma atitude antissocial em outro. A propósito, isso pode acontecer tanto fora quanto dentro da própria sociedade, visto que a evolução histórica das civilizações também é responsável por promover mudanças significativas em suas culturas, cujos valores morais originais se alteram e até desaparecem com o passar do tempo.

Em razão dessas peculiaridades, qualquer tentativa de aplicabilidade de uma declaração de direitos humanos para toda a humanidade, que se afaste das crenças e dos códigos morais adotados por certas culturas, não encontrará espaço para aceitação e aplicação em certos contextos. Para os relativistas antropológicos, portanto, as proclamações de direitos humanos fundamentais devem ser feitas por cada povo, de acordo com as suas peculiaridades culturais, exatamente como ocorreu durante os séculos XVII e XVIII, quando cada civilização proclamou a sua própria declaração de direitos do homem, baseada nas suas contingências históricas, políticas, econômicas e culturais.

2.2 TEORIAS RELATIVISTAS EPISTEMOLÓGICAS

As teses relativistas epistemológicas são aquelas que sustentam que não há possibilidade de se transporem certos antagonismos culturais em relação a práticas morais específicas adotadas por cada civilização, visto que fazem parte de uma postura epistemológica tradicional que se sustenta em valores adotados por cada povo, os quais sistematizam as suas relações, os seus vínculos e o seu modo de vida⁶⁰. Para a compreensão da base argumentativa dessas teorias,

⁶⁰ PERRY, Michael J. *The Idea of Human Rights: Four Inquiries*. New York: Oxford University Press, 1998. p. 62/3.

observe-se o exemplo da chamada circuncisão feminina, que consiste na remoção cirúrgica do clitóris da mulher, durante a infância, adotada em alguns países africanos, na Malásia, na Indonésia, na Península Árabe e no Paquistão, sob o argumento de lhe garantir um bem-estar durante toda a vida⁶¹. Para o relativismo epistêmico, situações como a circuncisão feminina desafiam um diálogo moral transcultural e evidenciam a impossibilidade de um universalismo moral, visto que há um antagonismo radical de premissas entre as culturas que, de um lado, veem nessa prática um ato de garantia de bem-estar e, de outro, entendem a situação como uma mutilação do corpo feminino⁶².

Para a cultura ocidental, talvez o exemplo da circuncisão feminina seja algo difícil de assimilar em razão dos valores morais e das tradições cultivadas por séculos nessa civilização, a qual vê, nessa prática, uma forma de violação da dignidade humana, sem vislumbrar a possibilidade de justificação moral plausível. Desse modo, a fim de evitar que essa pré-concepção dificulte a compreensão da teoria relativista epistemológica, apresenta-se um segundo caso, bem conhecido dos povos ocidentais, que diz respeito à liberdade de expressão. Nos Estados Unidos, por exemplo, a liberdade de expressão, baseada no “*free speech*”, previsto na primeira emenda da Carta Constitucional americana, é tão irrestrita dentro das tradições culturais desse povo que não são vedadas manifestações orais ou escritas que promovam o ódio, a violência e a discriminação de origem, raça, sexo, cor, idade ou qualquer outra forma de diminuição ou exclusão social. A síntese do fundamento dessa tradição cultural é expressa pelo Professor David E. Bernstein, o qual defende que é preferível viver em um robusto mercado de ideias, sem regulação, a se submeter a restrições governamentais sobre a liberdade de expressão⁶³.

Para a tradição cultural brasileira, por outro lado, a liberdade de expressão não se coaduna com a propagação de ideias discriminatórias de ódio ou de desvalorizações que possam afetar e ferir moralmente indivíduos ou grupos. Tanto é assim que os representantes eleitos pelo povo brasileiro promulgaram,

⁶¹ BRENNAN, Katherine. The Influence of Cultural Relativism on International Human Rights Law: Female Circumcision as a Case Study. *Law and Inequality*, n. 7, p. 373, 1989.

⁶² PERRY, Michael J. *The Idea of Human Rights: Four Inquiries*. New York: Oxford University Press, 1998. p. 72.

⁶³ Para David Bernstein: “*This author concludes that an unregulated marketplace of ideas should be defended, not because the marketplace of ideas is efficient and always leads to benign results, but because the alternative of government regulation is far worse*” (BERNSTEIN, David E. Defending the First Amendment From Antidiscrimination Laws. *North Carolina Law Review*, v. 82, p. 230, 2003-2004.

em 1988, a Constituição Federal, a qual foi taxativa ao estabelecer, no inciso IV do art. 3^{o64}, como um dos objetivos da República Federativa a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação, reafirmando esse compromisso em diversos outros dispositivos, em especial no *caput* do seu art. 5^{o65}, ao tratar dos direitos e das garantias fundamentais. Desse modo, para o povo brasileiro seria chocante e absurdo ver alguém na televisão ou no jornal defendendo que os negros são inferiores ou que as ideias nazistas de genocídio merecem aplausos e devem ser adotadas ainda hoje para que se possa construir uma sociedade melhor. Para a cultura americana, por outro lado, isso faz parte do “*free speech*” e não deve sofrer qualquer tipo de restrição, pois, para eles, a total liberdade do mercado de ideias é que tem sido responsável pela melhoria social e política do *status* dos grupos discriminados naquele país⁶⁶.

Sob a ótica dos direitos humanos fundamentais, os defensores da cultura brasileira diriam que os valores americanos violam a dignidade humana dos grupos raciais e das minorias que vivem naquele país, permitindo discursos que promovem o ódio e a discriminação, afetando a honra, a imagem e a moral das vítimas dessas manifestações. Por outro lado, os defensores da cultura americana diriam que a forma de regulação da liberdade de expressão no Brasil, ao estabelecer a restrição de manifestações discriminatórias, seria uma violação do direito humano fundamental à liberdade de expressão.

Para os relativistas epistemológicos, o atrito cultural detalhado *supra* só ocorre porque as partes envolvidas na análise dos fatos buscam utilizar como parâmetro de avaliação um monismo moral, com pretensão universal, manifesto pela prática de uma cultura tentar avaliar as premissas morais da outra, adotando como padrão valorativo a sua própria tradição⁶⁷. Dentro dessa da lógica relativista, por conseguinte, as duas posições estariam protegendo e

⁶⁴ “Art.3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: [...]” (BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília/DF, Senado, 1998)

⁶⁵ “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 [...].” (BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília/DF, Senado, 1998)

⁶⁶ BERNSTEIN, David E. Defending the First Amendment From Antidiscrimination Laws. *North Carolina Law Review*, v. 82, p. 232, 2003-2004.

⁶⁷ TAYLOR, Charles. *Multiculturalism. Examining The Politics of Recognition*. Princeton: Princeton University Press, 1994. p. 72.

realizando a dignidade humana, pois representariam a escolha e os limites que cada povo elegeu para nortear o seu desenvolvimento⁶⁸.

Nesse sentido, Charles Taylor argumenta que somente a presunção de igual valor entre as culturas é que permite a compreensão de situações de antagonismo entre os povos, visto que as práticas morais construídas por cada povo e adotadas por um grande número de pessoas em seu seio, por um longo período de tempo, representam o senso que cada civilização constrói sobre o significado do bom, do completo e do admirável⁶⁹. Assim, para Taylor, não se pode adotar uma postura de arrogância cultural, no sentido de julgar as ações de dada sociedade como violadoras da dignidade humana, pois, para aquele grupo, o bem-estar de seus integrantes e a realização dessa dignidade estão justamente na adoção das posturas que outros povos pretendem censurar⁷⁰.

Sob a lógica dessa teoria, portanto, as práticas culturais que geram controvérsia acerca da violação de direitos humanos fundamentais somente poderiam ser ajustadas se houvesse consenso intercultural, no qual as diferenças de interpretações sobre essas ações fossem mitigadas e compostas, em comum acordo com as partes envolvidas. Assim, enquanto não existir tal consenso, não haveria o julgamento de determinada tradição como violadora de uma moral universal, pois, epistemologicamente, ela estaria de acordo com os valores sociais da civilização que a adota.

Bernard Williams, aliás, entende que esse ajuste entre culturas ocorre naturalmente quando os integrantes de diferentes civilizações se encontram, visto que essa aproximação permite um intercâmbio e até a modificação de certas tradições e atitudes, como resultado da compreensão das razões morais de cada posicionamento e do rico contraste que essa visão intercultural propicia⁷¹. Mas isso não ocorre se uma cultura tentar condenar ou assumir que os seus valores são superiores em relação às práticas de outros povos, pois, nesse caso, ter-se-ia a imposição de um monismo cultural.

⁶⁸ WILLIAMS, Bernard. *Ethics and the Limits of Philosophy*. London: Fontana Press, 1985. p. 160.

⁶⁹ Taylor afirma que: “It is reasonable to suppose that cultures that have provided the horizon of meaning for large numbers of human beings [...] over a long period of time – that have, in other words, articulated their sense of the good, the holy, the admirable – are almost certain to have something that deserves our admiration and respect, even if it is accompanied by much that we have to abhor and reject” (TAYLOR, Charles. *Multiculturalism. Examining The Politics of Recognition*. Princeton: Princeton University Press, 1994. p. 72).

⁷⁰ TAYLOR, Charles. *Multiculturalism. Examining The Politics of Recognition*. Princeton: Princeton University Press, 1994. p. 72/3.

⁷¹ WILLIAMS, Bernard. *Ethics and the Limits of Philosophy*. London: Fontana Press, 1985. p. 158.

Vale lembrar aqui o relativista Grego Protágoras, cuja teoria é descrita por Platão em *Teeteto* (152b)⁷², e o seu clássico exemplo de como as pessoas sentem de forma diferente a ação do vento. É que, se sob a ação de uma mesma corrente de vento um indivíduo se sente com frio e outro se sente aquecido, não há como encontrar resposta correta para a questão de saber se o vento era frio ou morno, pois, para a primeira pessoa, ele era frio e, para a segunda, morno. Nenhum dos dois indivíduos está errado, já que cada um está afirmando a sua verdade. Esse exemplo mostra como o fato em si (o vento quente ou frio) se esvazia, tornando-se evidente que as percepções humanas estabelecem um relativismo do conhecimento e dos valores que torna impossível afirmar-se um único critério de verdade. É justamente por esse motivo que os relativistas epistemológicos defendem que as afirmações culturais estão no mesmo patamar valorativo. Isso significa que, em um aparente conflito cultural, o que se tem, na realidade, não é a adoção de posições morais antagônicas, mas crenças genuinamente exclusivas.

Por tais motivos é que os relativistas afirmam que as tradições morais de uma civilização não podem ser mensuradas por outra, uma vez que as diferenças entre os conceitos que usam e a forma como referenciam cada prática social tornam impraticável a realização de qualquer juízo de valor de uma sobre a outra⁷³. Mas isso não quer dizer que não possa haver coexistência ou até mesmo aproximação entre elas, já que o contato entre as culturas acaba por fazer incorporar valores em ambos os lados, em razão do confronto de novas situações trazidas por essa aproximação, as quais exigem que elas olhem para além das práticas e regras que ordinariamente vêm adotando.

A proposta dos relativistas epistemológicos para a proteção dos direitos humanos fundamentais está em uma confrontação real entre as diferentes visões culturais, em que ambos os lados possam ver a proposta do outro como uma real opção de conduta moral, sem julgamento preliminar de rejeição total das ideias e dos valores praticados pela outra parte⁷⁴, até porque a tentativa de subjugação de uma cultura a outra, por meio da condenação de certas práticas sociais, importaria em realizar uma valoração abstrata das pessoas, desassociada do contexto moral em que vivem, fato que acarretaria uma visão não realista da

⁷² PLATÃO. *Teeteto*. Trad. Adriana Manuela Nogueira. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkia, 2005. 7.08.2014a, 152b.

⁷³ WILLIAMS, Bernard. *Ethics and the Limits of Philosophy*. London: Fontana Press, 1985. p. 157.

⁷⁴ Idem, p. 160.

situação⁷⁵. Assim, para afastar essa valoração fictícia, necessário se faz pensar nos grupos sociais e suas tradições de forma realista e concreta, evitando, portanto, usar-se a própria fonte cultural para analisar as práticas de outras sociedades.

Para os defensores dessas teorias, a conciliação cultural e o respeito aos direitos humanos fundamentais somente ocorrem quando não há coerção, visto que somente dentro de um processo no qual todas as partes envolvidas possam atuar com liberdade e igualdade, admitindo-se a diversidade e a variedade ética como opção válida e justa de escolha, é que haverá espaço para mudanças e aperfeiçoamentos em direção à verdadeira realização da dignidade humana⁷⁶. Nessa visão, a diversidade e a liberdade são bens morais que devem ser encorajados como parte integrante dos valores que formam os direitos humanos fundamentais.

Outro aspecto que reforça as teses relativistas epistemológicas está no fato de que as sociedades de hoje estão se tornando cada vez mais diversificadas moralmente, haja vista estarem incorporando diversas culturas e subculturas comunitárias em seu interior, as quais buscam espaço e reconhecimento, tanto quanto as outras⁷⁷. Essa miscigenação de valores tem ocorrido como resultado direto da mundialização⁷⁸ e do desenvolvimento tecnológico dos meios de comunicação, os quais se instalaram “no coração das nações”⁷⁹ e passaram a influenciar os aspectos culturais, políticos, econômicos e sociais de praticamente todos os povos do século XXI, gerando intensos movimentos migratórios entre os países.

Charles Taylor⁸⁰ denuncia, contudo, que as políticas multiculturais oriundas das civilizações do Atlântico Norte têm se baseado em juízos de valor

⁷⁵ Idem, p. 162.

⁷⁶ Idem, p. 172.

⁷⁷ TAYLOR, Charles. *Multiculturalism. Examining The Politics of Recognition*. Princeton: Princeton University Press, 1994. p. 61.

⁷⁸ “Fora a opção gramatical geográfica, o termo mundialização traz consigo uma ampliação de sentido do fenômeno da globalização, ou seja, representa um diferente nível de um mesmo processo, pois, além do aspecto tecnológico e econômico, peculiar ao global, agrega a ‘mundialização’ da cultura.” (BAEZ, Narciso Leandro Xavier. Impactos sociais da globalização e direitos humanos. In: CECATO, Maria Aurea Baroni; Misailidis, Mirta Lereña; Leal, Mônia Clarissa Hannig; Mezzaroba, Orides. *Estado, jurisdição e novos atores sociais*. São Paulo: Conceito Editorial, 2010. p. 301)

⁷⁹ ARNAUD, André-Jean. *O direito entre modernidade e globalização: lições de filosofia do direito e do estado*. Trad. Patrice Charles Wuillaume. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 16.

⁸⁰ TAYLOR, Charles. *Multiculturalism. Examining The Politics of Recognition*. Princeton: Princeton University Press, 1994. p. 71.

peremptórios, buscando a implantação de um processo de homogeneização cultural do mundo, por meio da imposição de seus padrões morais predefinidos, não abrindo espaço para o recebimento ou a compreensão de outras realidades morais que não se enquadrem nesse modelo. O problema dessa política é que os padrões ocidentais acabam sendo utilizados como único parâmetro de medida e julgamento das práticas culturais do planeta, dividindo-as entre as que são compatíveis e as que são incompatíveis com relação a esses valores, exigindo-se desse último grupo a mudança de suas tradições para se ajustar a esse único padrão moral considerado *correto*.

A propósito, essa intenção de homogeneização cultural não é subliminar ou sutil na política das potências dominantes, mas totalmente explícita nos seus discursos oficiais. Nesse sentido, vale lembrar as palavras do crítico americano Roger Kimball, para quem a questão das diferenças morais hoje não está na escolha entre a cultura repressiva ocidental e o paraíso multicultural, mas entre a própria cultura e o barbarismo⁸¹. Observe-se que Kimball utiliza o mesmo discurso que os dirigentes do império romano e o próprio Napoleão Bonaparte defendiam no passado, no sentido de que a única expressão de civilização e de cultura possíveis seria aquela a que pertenciam. Nessa lógica, os demais povos do mundo estariam colocados em um patamar moral inferior, já que as suas culturas não passariam de uma expressão da barbárie, sendo que a única salvação desse estado de miséria moral estaria na adoção dos critérios superiores da civilização dominante.

Para Taylor, essa rigidez do liberalismo ocidental, expresso pela tentativa de impor os seus valores por meio de uma visão moral específica dos direitos humanos fundamentais, poderá rapidamente se tornar impraticável no futuro, já que a miscigenação cultural e humana é irreversível⁸². Para o autor, o atual modelo liberal dos povos ocidentais não tem permitido um ponto de encontro para todas as culturas, mas tão só a expressão política de um segmento específico

⁸¹ Roger Kimball afirma expressamente que: *"The multiculturalists notwithstanding, the choice facing us today is not between a 'repressive' Western culture and a multicultural paradise, but between culture and barbarism"* (KIMBALL, Roger. *Tenured Radicals. New Criterion*, p. 13, jan. 1991).

⁸² Nas palavras de Taylor: *"Indisputably, though, more and more societies today are turning out to be multicultural, in the sense of including more than one cultural community that wants to survive. The rigidities of procedural liberalism may rapidly become impractical in tomorrow's world"* (TAYLOR, Charles. *Multiculturalism. Examining The Politics of Recognition*. Princeton: Princeton University Press, 1994. p. 61).

de morais compatíveis, as quais são adversas a qualquer outro conjunto que seja incompatível com as suas premissas ideológicas⁸³.

Com base nas características até aqui listadas, Michael Perry⁸⁴ identifica nas teorias relativistas epistemológicas três pontos essenciais de argumentação em oposição ao universalismo dos direitos humanos fundamentais: 1) nenhuma cultura é melhor que a outra; 2) nenhum ponto de vista avaliativo é melhor que qualquer outro; e 3) nenhuma cultura, do seu próprio ponto de vista avaliativo, é inferior a nenhuma outra.

O primeiro argumento no sentido de que não pode existir hierarquia de superioridade entre as culturas é facilmente demonstrável, visto que não existem pressupostos lógicos e racionais capazes de estabelecer critérios ou normas que possam valorar imparcialmente cada tradição. Isso ocorre porque qualquer tentativa de graduação cultural entre as civilizações seria realizada sob a ótica de um intérprete que aplicaria os seus próprios valores para realizar tal classificação, fato que, por si só, já afastaria a imparcialidade da mensuração, pois o ponto de vista avaliativo seria particular.

O segundo ponto de sustentação dessas teorias está na afirmação de que nenhum ponto de vista avaliativo é melhor que qualquer outro, uma vez que todos eles estão no mesmo patamar epistemológico de importância, pois não há elementos ou critérios incontestáveis de medida para afirmar a prevalência de um em relação ao outro. Para Charles Taylor⁸⁵, aliás, pode-se até ser capaz de entender as variáveis de uma determinada cultura ou modo de vida, comparando-se com outra de que se faz parte, mas, invariavelmente, haverá peculiaridades que uma avaliação genérica não será capaz de apurar.

Por fim, o terceiro argumento do relativismo epistemológico está na assertiva de que nenhuma cultura, do seu próprio ponto de vista avaliativo, é inferior a nenhuma outra. Essa afirmação se dá com base no pressuposto lógico de que, ao se autoavaliar, cada cultura se afirmará ao menos tão boa quanto às demais, fato que induz ou à tolerância ou à desavença. A tolerância sobrevém da compreensão dessa premissa e do respeito pelas diferenças. O confronto

⁸³ TAYLOR, Charles. *Multiculturalism. Examining The Politics of Recognition*. Princeton: Princeton University Press, 1994. p. 62.

⁸⁴ PERRY, Michael J. *The Idea of Human Rights: Four Inquiries*. New York: Oxford University Press, 1998. p. 80/1.

⁸⁵ TAYLOR, Charles. *Sources of the Self: The Making of the Modern Identity*. Cambridge: Harvard University Press, 1989. p. 61.

surge da negativa dessa realidade e da tentativa de imposição de certos valores específicos de uma cultura como sendo universais e obrigatórios para todos os demais povos.

Em síntese, para os relativistas epistemológicos, não há como defender a existência de valores humanos universais e superiores a todos os povos, visto que essa prática desrespeitaria a diversidade e a própria liberdade de pensar e agir diferente que é própria dos seres humanos. Assim, a coexistência harmoniosa entre as civilizações que adotam padrões morais distintos somente seria alcançada por meio do respeito mútuo e da valoração isonômica dos padrões tradicionais adotados por cada povo. É que essa atmosfera abriria espaço para uma permeação intercultural de valores e até mesmo a mudança recíproca de padrões e práticas entre as nações do mundo, resultando na realização real da dignidade humana em todas as suas dimensões.

2.3 TEORIAS RELATIVISTAS CULTURAIS

As teses relativistas culturais dos direitos humanos fundamentais se caracterizam por defender que os padrões morais adotados por cada sociedade são a principal fonte de validade desses direitos, os quais são adaptados e protegidos de diferentes formas, de acordo com os valores eleitos por cada civilização. Os defensores dessas teorias argumentam que as particularidades culturais dos povos desempenham papel fundamental na determinação do formato específico das sociedades, fato que torna impraticável a pretensão da adoção de valores morais universais que não tenham sido construídos no seio de cada civilização⁸⁶.

Além disso, advertem que, mesmo os valores morais que são semelhantes em diferentes culturas, não encontram a mesma forma de aplicação dentro das diferentes sociedades, pois eles necessitam de ajustes que permitam a sua aplicabilidade em seu contexto⁸⁷. Nessa lógica, não seria plausível, portanto, imaginar que existe somente um meio correto de um valor moral ser reconhecido e aplicado dentro de uma sociedade, sem levar em conta as suas particularidades, pois o reconhecimento de valores morais pelos grupos sociais somente faz sentido para seus componentes quando se integram as particularidades do contexto cultural em que se propõe a ingressar.

⁸⁶ PERRY, Michael J. *The Idea of Human Rights: Four Inquiries*. New York: Oxford University Press, 1998. p. 86.

⁸⁷ *Idem*, p. 82.

Outro argumento que os relativistas culturais levantam para afastar as ideias universalistas é que a forma como uma civilização específica aplica certos conteúdos morais em seu contexto cultural pode tornar-se totalmente inviável em outros povos onde as realidades, as demandas e as expectativas de seus integrantes são completamente distintas, pois nem sempre o que funciona bem para uma sociedade pode fazer sentido ou até mesmo ter utilidade para outra⁸⁸. A propósito, Philip Alston⁸⁹ destaca que os direitos humanos fundamentais somente alcançariam realização plena e duradoura se fossem afastadas as pretensões uniformizadoras das teses universalistas, para, com sensibilidade, abrir-se espaço à compreensão sobre as necessárias adaptações que os diferentes contextos culturais exigem na implementação das normas de direitos humanos. Para o autor, nenhuma aspiração universalista é capaz de romper com a inevitável influência que os valores culturais e as percepções de cada povo exercem sobre a realização desses direitos.

Por tais motivos é que os defensores das teses relativistas culturais sustentam que os valores morais representados em documentos internacionais sobre direitos humanos fundamentais, como é o caso da Declaração da Organização das Nações Unidas, não podem ser determinados abstratamente, sem uma contextualização que seja capaz de adaptá-los às especificidades culturais de cada civilização. Nessa proposta, o papel das normas internacionais de direitos humanos fundamentais deveria ser o de prover uma visão geral e aberta desses valores morais, permitindo a cada povo realizar esses direitos de acordo com as suas características políticas, econômicas e culturais. Todavia, muitos entendem que o atual regime internacional de direitos humanos fundamentais tem tornado inviável essa alternativa, já que ele está afastado de um genuíno universalismo de valores gerais e abertos, baseados em pontos comuns a todas as culturas⁹⁰. O problema levantado é que as declarações universais de direitos humanos fundamentais têm sido indevidamente utilizadas nas últimas décadas para a

⁸⁸ KRONMAN, Anthony, *Living in the Law. The University of Chicago Law Review*, n. 54, p. 847/8, summer 1987.

⁸⁹ Nas palavras de Philip Alston: “[...] *the diplomatic/legal vindication of the principle of universality cannot be taken to have resolved the deeper, more enduring challenge of ensuring greater openness and sensitivity to different cultural contexts in the implementation of human rights standards. [...] No amount of universalis aspirations can cancel out the inevitable influence of cultural values and perceptions*” (ALSTON, Philip. *The Best Interests Principle: Towards a Reconciliation of Culture and Human Rights. International Journal of Law and the Family*, n. 8, p. 9/23, 1994).

⁹⁰ BROWN, Chris. *Universal Human Rights: a Critique*. In: DUNNE, Tim; WHEELER, Nicholas J. *Human Rights in Global Politics*. Cambridge: Cambridge University Press, 1999. p. 33.

realização da imposição de um imperialismo cultural, o qual tem promovido exclusivamente os valores ocidentais, rechaçando as demais tradições morais que não se coadunam com aquela visão⁹¹.

Prayudh Payutto⁹² acrescenta que existem três grandes falhas na atual política internacional dos direitos humanos fundamentais. A primeira decorre dos próprios valores que são associados a esses direitos, os quais incentivam atitudes de divisão e segregação, luta e contenção, fazendo com que a moral individualista que os norteia leve as sociedades a se separarem na busca de autopreservação e proteção de interesses mútuos. Essa primeira falha mostra que esses direitos devem ser construídos para atender as demandas sociais específicas de cada grupo cultural, afastando-se a proclamação de valores egoístas. A segunda falha está no fato de que os direitos humanos fundamentais são uma invenção humana e, como tal, não podem decorrer de uma ordem natural, como proclama a Declaração da ONU, mas sim serem embasados pelas leis específicas de cada povo, capazes de dar a esses direitos a efetividade de que necessitam dentro de cada civilização. Por fim, a terceira falha está em que os valores morais inseridos nos documentos internacionais estão associados puramente a convenções e comportamentos sociais, sem levar em conta a qualidade da motivação mental dentro de cada indivíduo, a qual está diretamente associada à cultura a que está inserido e sem a qual esses direitos não encontram espaço para se realizar.

Em sentido semelhante, vê-se a manifestação da Delegação das Nações Asiáticas Orientais, durante a Convenção de Viena de 1993, em especial do Ministro das Relações Exteriores de Singapura⁹³, o qual foi enfático ao afirmar que o reconhecimento universal do ideal dos direitos humanos, na forma como

⁹¹ Idem.

⁹² Nas palavras de Prayudh Payutto: “*Firstly, the concepts themselves are flawed. They have resulted from a background and basic attitude of division and segregation, struggle and contention. This situation led to na attempt to assure self-preservation and Protect mutual interests, which became human rights. Secondly, human rights are [...] a purely human invention. They are not ‘natural rights’. They need to be supported by laws and they must to be accepted by all parties in order to work. [...] the third flaw [...] is that it is a purely social convention, dealing with social behaviour. It does not consider the quality of mental motivation within the individual*” (PAYUTTO, Prayudh A. *A Buddhist Solution for the Twenty-First Century*. Bangkok: Sahathammik, 1994. p. 13-15).

⁹³ Nas exatas palavras do Ministro das Relações Exteriores da Singapura: “*Universal recognition of the ideal of human rights can be harmful if universalis is used to deny or mask the reality of diversity*” (SOUTH Asia Human Rights Documentation Centre. *Human Rights and Humanitarian Law: Developments in Indian and International Law*. New Delhi: Oxford University Press, 2008. p. 6).

vem sendo proposto, pode ser prejudicial aos povos se ele for usado para negar ou mascarar a realidade imutável da diversidade humana. Além disso, na mesma ocasião, a Delegação chinesa destacou que as diferenças regionais deveriam ser levadas em conta nos textos internacionais sobre os direitos humanos, visto que, na cultura chinesa, por exemplo, os indivíduos colocavam os direitos da coletividade como prioridade sobre os direitos da pessoa, isoladamente considerada⁹⁴.

Como se pode ver, o que as duas delegações buscavam defender é que, embora os direitos humanos fundamentais tenham a sua concepção internacional baseada em uma natureza humana comum a todas as pessoas, eles necessitam ser considerados no contexto e na dinâmica que adquirem ao se depararem com as realidades e particularidades nacionais e regionais. Isso importa em confrontar os valores morais insertos nos documentos internacionais com a variedade histórica, cultural e religiosa que está incorporada em cada civilização. A dificuldade disso, no entanto, pode ser ilustrada pela própria realidade das culturas asiáticas, pois, enquanto as Cartas de Direitos Humanos, como as da ONU, destacam o individualismo, colocando a preservação dos direitos da pessoa acima do Estado, das culturas e das crenças, a tradição asiática construiu a sua história milenar focada na superioridade dos interesses coletivos sobre as pretensões humanas individuais. Essa assimetria tem gerado fortes resistências e até hostilidade das populações asiáticas em relação à pretensa universalidade dos direitos humanos fundamentais, pois acusam essas declarações internacionais de consolidarem a tentativa da imposição de uma moral estranha que não pertence à história desses povos.

A propósito, o cientista político americano Samuel Huntington prevê que, se as potências ocidentais não recuarem na sua concepção de universalidade dos direitos humanos fundamentais, modificando a forma como têm tentado impor ao restante do mundo a sua visão cultural, haverá um irreversível “*clash of civilisations*” (confronto de civilizações)⁹⁵. Nesse sentido, Chris Brown aduz que a única forma de evitar esse “*clash*” seria afastar o foco da alegação de um universalismo inerente a toda a humanidade, o qual é distante das peculiaridades de cada povo, e passar a criticar as práticas culturais violadoras da dignidade

⁹⁴ SOUTH Asia Human Rights Documentation Centre. *Human Rights and Humanitarian Law: Developments in Indian and International Law*. New Delhi: Oxford University Press, 2008. p. 6.

⁹⁵ HUNTINGTON, Samuel. *The Clash of Civilisations and the Remarking of Worl Order*. New York: Touchstone, 1996. p. 183.

humana nos parâmetros morais e no contexto em que estão⁹⁶. Nessa proposta, portanto, as ações e os comportamentos de cada civilização somente poderiam ser interpretados dentro dos próprios termos dos valores morais, das crenças e da racionalidade que adotam, buscando-se, com isso, entendê-las de dentro para fora, e não mais de fora para dentro, como tem sido feito até agora pela política universalista ocidental. Essa prática se faz necessária porque cada povo possui a sua própria coerência, sua racionalidade e seus valores, razão pela qual somente se utilizando desses parâmetros específicos é que se alcança uma interpretação justa de suas práticas.

Upendra Baxi⁹⁷ acrescenta que as distintas visões culturais desenvolvidas ao longo da história da humanidade por cada povo demonstram com clareza que não existe um conjunto moral absoluto, abstrato e dissociado da história, que possa ser afirmado como superior e verdadeiro, baseado em uma razão humana universal que estaria acima de todas as especificidades culturais. Desse modo, a pretensa universalidade dos direitos humanos fundamentais seria impossível, pois os valores que os indivíduos aceitam aplicar em suas vidas são sempre aqueles diretamente relacionados com os contextos morais a que estão vinculados.

As ponderações trazidas por Upendra Baxi mostram que o conjunto de crenças e valores construídos por cada sociedade, os quais levam os seus membros a acreditarem que certas práticas são boas, adequadas e certas, podem não ser bem recebidas ou até mesmo serem completamente rejeitadas por outras culturas que não compartilham com os mesmos fundamentos morais. Isso ocorre, na lógica dessas ideias, porque os padrões e as regras morais estabelecidos por cada civilização somente podem ser legitimamente aplicáveis para os membros que a compõem, visto que eles revelam os ideais de vida eleitos por aquele grupo.

Para ilustrar a situação, cita-se o exemplo trazido por Paul Taylor⁹⁸ sobre o uso obrigatório do véu cobrindo o rosto das mulheres em algumas sociedades muçulmanas do Oriente Médio. Ele argumenta que aqueles grupos consideram

⁹⁶ BROWN, Chris. *Universal Human Rights: a Critique*. In: DUNNE, Tim; WHEELER, Nicholas J. *Human Rights in Global Politics*. Cambridge: Cambridge University Press, 1999. p. 117.

⁹⁷ Nas palavras de Upendra Baxi: “*It is also being argued that universal human rights are simply impossible because what counts as ‘human’ and as rights belonging to humans are context-bound and tradition-dependent*” (BAXI, Upendra. *The Future of Human Rights*. 2. ed. New Delhi: Oxford University Press, 2006. p. 176).

⁹⁸ TAYLOR, Paul W. *Problems of Moral Philosophy: An Introduction to Ethics*. New York: Dickenson Publishing Company Inc., 1967. p. 45.

errado uma mulher ter a sua face descoberta em frente a estranhos. Se o caso for avaliado nesse contexto cultural, a proibição é perfeitamente cabível e aceitável, uma vez que está de acordo com os valores morais construídos pelos membros daquela civilização. Por outro lado, não será errado uma mulher, fora daquele grupo cultural, ter a sua face desvelada em frente a estranhos, porque, em outros contextos morais, não existe essa proibição. Esse caso prático mostra que as duas situações citadas deixam de ser contraditórias quando consideradas no seu contexto cultural, não se podendo afirmar que uma está certa e a outra errada, pois qualquer julgamento fora do contexto moral a que pertencem será parcial e equivocado, haja vista que estarão utilizando parâmetros de comparação alheios ao conjunto cultural de que fazem parte. Para Paul Taylor⁹⁹, na visão relativista cultural, qualquer um que busque usar as normas morais de um povo como base para o julgamento da conduta de pessoas de outras civilizações estará evidenciando que não compreende a natureza relativa das normas morais que conduzem os seres humanos.

O exemplo supracitado mostra como as posições relativistas culturais negam a possibilidade da existência de padrões morais que possam ser aplicados de igual forma para todas as pessoas, pois os valores que regem um povo serão sempre diferentes daqueles que são adotados por outros, já que distintas serão as influências que cada civilização recebe ao longo da história. Aliás, deve-se lembrar que o tempo também é responsável por promover mudanças dentro das próprias culturas, pois os valores morais que antes eram considerados corretos para um povo, podem, com o passar dos anos, virem a ser considerados inadmissíveis. Um exemplo disso é a escravidão. Muitas sociedades tinham como perfeitamente aceitável essa prática no passado e, com o tempo, passou a ser incompatível com a dignidade humana, sendo hoje rejeitada moralmente por todas as sociedades.

Para Walter Stace¹⁰⁰, existem dois grandes argumentos em favor das teses relativistas culturais: 1º) a variedade de padrões morais na atualidade; e 2º) a ausência de uma fundamentação irrefutável que possa sustentar a existência de uma moral universal absoluta. No que concerne ao primeiro argumento, o

⁹⁹ Nas palavras de Paul Taylor: *"Anyone who uses the norms of one society as the basis for judging the conduct of persons in another society, in the relativist's view, simply does not understand the nature of moral norms as being 'relative', not 'absolute'"* (TAYLOR, Paul W. *Problems of Moral Philosophy: An Introduction to Ethics*. New York: Dickenson Publishing Company Inc., 1967. p. 45).

¹⁰⁰ STACE, Walter Terence. Ethical Relativity. In: *Problems of Moral Philosophy: An Introduction to Ethics*. New York: Dickenson Publishing Company Inc., 1967. p. 54.

autor sustenta que a grande diversidade de culturas no mundo, associada com o conhecimento acumulado pelos seres humanos até o século XXI, trouxe certo grau de tolerância entre as pessoas e, com ela, a própria consciência de que não se pode exaltar a própria moralidade como sendo a única verdade do mundo, acusando-se as demais de serem falsas ou inferiores. Isso decorre do fato de que hoje os indivíduos conseguem perceber que existem vários códigos morais adotados em diferentes civilizações do planeta, visto que a mundialização dos meios de comunicação de massa e o constante intercâmbio entre os povos, trazido pelo aperfeiçoamento dos meios de locomoção, têm permitido o contato e o contraste intercultural diário entre pessoas de diferentes tradições.

Quanto ao segundo argumento, Stace salienta que ninguém foi ainda capaz de demonstrar qual seria a fonte de uma pretensa universalidade moral e, tampouco, de onde derivaria a autoridade dessa moral¹⁰¹. Para o autor, uma obrigação moral trazida por um valor global implicaria a existência de uma autoridade que tivesse poderes para obrigar os indivíduos a seguirem aquele padrão internacional proposto. Contudo, as teses universalistas não indicam onde estaria essa autoridade, evidenciando a ausência de uma base de justificação para a obrigação moral veiculada a uma eventual norma de direitos humanos universais¹⁰².

Deve-se registrar, porém, que as teses relativistas não apontam somente diferenças inconciliáveis entre as diferentes culturas hoje vigentes, pois os seus defensores admitem que os diversos sistemas de crenças possam encontrar pontos de convergência sobre alguns valores. Todavia, diferentemente dos universalistas, os relativistas negam significado moral para esse consenso, aduzindo que eles não passam de mera coincidência e não implicam uma interculturalidade sobre crenças compartilhadas decorrente da natureza humana comum a todas as pessoas¹⁰³. Esse argumento reforça a ideia de que as razões para as crenças seguidas pelos membros de uma sociedade são encontradas

¹⁰¹ Stace sustenta que: *“The second argument in favour of ethical relativity is a very strong one... It consists in alleging that no one has ever been able to discover upon what foundation an absolute morality could rest, or from what source a universally binding moral code could derive its authority”* (STACE, Walter Terence. *Ethical Relativity*. In: *Problems of Moral Philosophy: An Introduction to Ethics*. New York: Dickenson Publishing Company Inc., 1967. p. 56).

¹⁰² STACE, Walter Terence. *Ethical Relativity*. In: *Problems of Moral Philosophy: An Introduction to Ethics*. New York: Dickenson Publishing Company Inc., 1967. p. 56/7.

¹⁰³ PAREKH, Bhikhu. Non-Ethnocentric Universalism. In: DUNNE, Tim; WHEELER, Nicholas J. *Human Rights in Global Politics*. Cambridge: Cambridge University Press, 1999. p. 128.

internamente no seu próprio sistema moral, afastando-se, assim, a possibilidade de elas decorrerem de uma suposta inerência metafísica comum a todos os seres humanos.

Bhikhu Parekh¹⁰⁴ traz outro argumento relativista cultural muito utilizado para afastar a pretensão universal dos direitos humanos fundamentais que está no fato de que cada sociedade desenvolve, por meio da sua história, um conjunto de crenças que são o modelo de bem-estar e felicidade de seus integrantes. Essa matriz axiológica influencia profundamente a personalidade, o autoconhecimento, o temperamento e as aspirações dos seus membros, resultando na formação de um grupo que acaba compartilhando um específico estilo de vida, em que eles encontram o suporte psicológico e moral para a sua existência. Assim, a imposição de um conjunto de valores pretensamente universais que eventualmente viesse a se implantar nessas sociedades não traria nenhum benefício aos seus integrantes, mas, ao contrário, faria com que os indivíduos se sentissem profundamente desorientados. Por esses motivos é que não se poderia afirmar que as crenças ou tradições de um povo são erradas ou equivocadas, visto que, primeiro, não há como mensurar uma prática fora do contexto cultural em que está firmada e, segundo, elas são crenças fundadas na identidade e na moral construídas de acordo com as necessidades e peculiaridades de cada civilização.

Dentro da perspectiva relativista cultural, por conseguinte, a adoção de um universalismo moral traria para os seres humanos a imposição de um monismo de valores que estaria completamente dissociado da história que construíram como membros de uma civilização. O universalismo, assim, estaria abstraindo todas as influências culturais que pertencem a cada pessoa, para colocar em seu lugar uma razão pura e transcendental, acabando com a riqueza da diversidade que hoje existe entre os povos.

É justamente por esse motivo que os relativistas culturais insistem em afirmar que nenhum estilo de vida específico pode ser objetivamente classificado como o melhor ou o mais adequado a todas as pessoas, pois o conceito de uma vida boa e digna não se estabelece de forma dissociada da formação moral de cada indivíduo. Assim, as práticas e crenças de uma civilização não podem ser

¹⁰⁴ Nas exatas palavras de Bhikhu Parekh: *“Every society profoundly shapes the personality, self-understanding, temperament and aspirations of its members, and moulds them in a specific way. They are psychologically and morally equipped to live by these beliefs alone, and suffer a profound disorientation when required to live by others”* (PAREKH, Bhikhu. *Non-Ethnocentric Universalism*. In: DUNNE, Tim; WHEELER, Nicholas J. *Human Rights in Global Politics*. Cambridge: Cambridge University Press, 1999. p. 129).

legitimamente destacadas do contexto histórico e axiológico a que pertencem, para serem objeto de julgamento e classificação, tendo como parâmetro de avaliação uma moral superior e abstrata.

Deve-se registrar ainda que muitos relativistas culturais têm defendido que a realidade da existência de um mundo multicultural, onde as pessoas adotam percepções morais diferentes, de acordo com o meio social em que vivem, é algo hoje incontestável e claro para todas as nações¹⁰⁵. Acrescentam que essa realidade é saudável porque permite o desenvolvimento de maior tolerância no que diz respeito à própria concepção dos direitos humanos, pois a consciência e a aceitação de que o mundo é formado por diferentes culturas permite a compreensão de que esses direitos podem ter interpretações e aplicações diversas. Assim, o último passo para a aproximação cultural e o respeito global dos direitos humanos fundamentais estaria na incorporação aos instrumentos internacionais sobre direitos humanos, das diversas visões culturais que hoje são adotadas pelos povos formadores da grande comunidade terráquea.

3 CRÍTICAS ÀS TEORIAS RELATIVISTAS DOS DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS

Conforme se viu até aqui, as teorias relativistas trazem importantes reflexões para a questão da forma como cada sociedade tem recebido os direitos humanos fundamentais e quais têm sido os motivos pelos quais algumas culturas encontram dificuldades em aceitar alguns valores morais insertos nas declarações internacionais. Deve-se observar, contudo, que, embora os argumentos apresentados por seus defensores sejam bastante fortes, percebe-se que existem vários problemas técnicos e lógicos nessas propostas, os quais ainda não foram superados por seus teóricos.

A primeira questão que pode ser apresentada contra as teses relativistas e que se mostra irrefutável, pela lógica de seu conteúdo, é que existem certas situações que são consideradas ruins e indesejáveis por todos os seres humanos, sem exceção, independentemente do seu contexto cultural. Nenhuma pessoa aceita espontaneamente, por exemplo, ser torturada, escravizada, violentada ou arbitrariamente executada. Essa resistência não depende de fatores culturais para existir, pois está vinculada à própria humanidade que é inerente e comum a todos os indivíduos.

¹⁰⁵ JUNGER, Peter D. Why the Buddha Has no Rights. In: KEOWN, Damien V.; CHARLES, S. Prebish; WAYNE, R. Husted. *Buddhism and Human Rights*. Cornwall: Curzon, 1998. p. 56.

De igual forma, Bimal Matilal¹⁰⁶ salienta que se pode relacionar uma série de fatos simples sobre necessidades, vontades e desejos, como, por exemplo, o desejo de afastamento do sofrimento, o amor, o orgulho, a vergonha e a felicidade que fazem parte da essência humana e que são encontrados em todas as pessoas indistintamente. Esses simples argumentos mostram a existência de algumas situações que são boas para todos os seres humanos e outras que são indesejáveis por todas as pessoas, independentemente da história e do contexto cultural a que pertencem, afastando-se, por conseguinte, as alegações relativistas no sentido de que não existiriam traços comuns que unem os seres humanos.

Isso não quer dizer que não haja diferenças entre os indivíduos, oriundas de sua formação moral e diretamente relacionadas com a história da civilização da qual fazem parte. As diferenças existem, mas elas não são capazes de suprir os elementos básicos e inerentes aos seres humanos que os diferenciam dos demais seres da natureza e que os fazem unirem-se em busca de realizações conjuntas que trouxeram a própria humanidade, como um todo, ao estágio em que ela se encontra atualmente.

A propósito, Ken Booth¹⁰⁷ chega a afirmar que as teses que defendem a relativização dos direitos humanos fundamentais, baseadas nas peculiaridades culturais, buscam perpetrar uma tirania, no sentido de reduzir as explicações sociais e políticas que sustentam a universalização desses direitos para uma caixa-preta onde cada povo teria as suas referências exclusivas de identificação, fechando-se para toda e qualquer crítica contra práticas violadoras da dignidade humana.

No que diz respeito às teorias relativistas antropológicas, as quais defendem que os atributos éticos da natureza humana são resultado de um conjunto de influências sociais, morais, políticas e econômicas, específicos e assimétricos que impedem qualquer tentativa de elaboração de uma moral universal, vê-se que apresentam três inconsistências: a um, impedem a comparação ética entre

¹⁰⁶ Bimal Matilal destaca que: *“The common dispositions, constitutive of the concept of ‘the naked man’, may be recognized as numerous simple facts about needs, wants, and desires, for example, removal of suffering, love of justice, courage in the face of injustice, pride, shame, love of children, delight, laughter, happiness”* (MATILAL, Bimal Krishna. *Ethical Relativism and Confrontation of Cultures*. In: KRAUSZ, Michael. *Relativism: Interpretation and Confrontation*. Notre Dame: University of Notre Dame Press, 1989. p. 357).

¹⁰⁷ Para Ken Boot: *“The tyranny of cultures expresses itself as culturalism, by which I mean the reduction of social and political explanations to culture and to the black-boxing of cultures as exclusivist identify-referents”* (BOOT, Ken. *Three Tyrannies*. In: DUNNE, Tim; WHEELER, Nicholas. *Human Rights in Global Politics*. Cambridge: Cambridge University Press, 2003. p. 36).

as culturas e as sociedades, dificultando a aproximação cultural e a própria coexistência pacífica entre os povos; a dois, supervaloram as especificidades das sociedades, exagerando sobre a sua natureza autossuficiente de cada cultura baseada em valores sociais e morais incorporados, desconsiderando, com isso, o mix cultural que hoje existe dentro de praticamente todas as sociedades; e a três, privilegiam as tradições culturais acima do próprio desenvolvimento da dignidade humana, mantendo no *status quo* os privilégios de minorias que controlam certos povos.

O primeiro problema que as teses relativistas antropológicas apresentam está no fato de que buscam restringir o contraste entre as culturas, sustentando que os valores adotados por um povo somente podem ser analisados à luz de suas próprias tradições. A inconsistência dessa ideia é que o contato e a comparação entre as diferentes práticas sociais têm sido uma rica forma de intercâmbio cultural, de aperfeiçoamento e de evolução dos seres humanos ao longo da história, uma vez que permitem a cada indivíduo conhecer mais a respeito de si mesmo, contrastando as suas crenças e os seus valores com outras pessoas e culturas. Tanto é assim que, para William McNeill¹⁰⁸, a incorporação adaptada de ideias e práticas estrangeiras em diferentes civilizações ao longo da história tem sido mais importante para o desenvolvimento dos povos do que as próprias alterações comportamentais promovidas internamente em cada nação.

Assim, vê-se que o isolamento cultural e a ausência de contraste com as práticas morais de outras civilizações, da forma como é proposta pelos relativistas antropológicos, levariam os povos a se estagnarem e a se distanciarem, impedindo a evolução e a consciência global sobre a necessidade de respeito e proteção dos direitos humanos fundamentais. Veja-se que não se está aqui falando em uniformização moral, mas da necessidade de contrastes culturais e contatos com diferentes visões que permitam aos povos, como um todo, reverem constantemente suas tradições, aprendendo com os erros e acertos de outras civilizações, para, com isso, poderem ampliar cada vez mais a realização e o respeito da dignidade humana em suas realidades culturais.

A segunda inconsistência das teses relativistas antropológicas é que elas desconsideram a miscigenação cultural que existe, hoje, dentro de praticamente

¹⁰⁸ Nas palavras de William McNeill: “*When local habits and customs have been threatened, ‘withdrawal and reaffirmation’ have been the first and most elemental reactions; however, history shows that borrowing ‘foreign ideas and practices’ and adapting them to local use has been far more important*” (MCNEILL, William H. *Decline of the West?* New York: Review of Books, 1997. p. 21).

todas as sociedades, apresentando um hipotético modelo de sociedade impermeável, de *cultura autêntica*, sustentada exclusivamente nos valores morais que seus integrantes construíram de forma específica e isolada ao longo de sua história. Sustentam que os padrões e valores morais são relativos à cultura da qual derivam e, assim, o que é visto como direito humano para um povo muitas vezes é considerado até mesmo antissocial para outro. Além disso, defendem que não existe ainda justificção moral absoluta sob um rol de direitos que possam ser aceitos por todas as civilizações.

Ken Boot se opõe a esses argumentos, afirmando que essas teorias levam a uma falsa visão do mundo, já que o isolamento cultural que propõem não condiz com a realidade histórica da própria humanidade, marcada por transições e transformações constantes¹⁰⁹. É que os indivíduos, como seres sociais que são, vivem por meio de suas relações, agindo e reagindo uns com os outros de forma que esse processo resulta na criação, na alteração e até na exclusão de certos valores e práticas sociais.

Ademais, não se pode ignorar o fato de que as culturas modernas apresentam elevado grau de porosidade, decorrente da penetração constante e ininterrupta de informações e novos modelos morais e sociais disseminados pelos meios de comunicação em massa, principalmente a Internet, a televisão, o rádio e os jornais, os quais, aliados à globalização da economia, culminam por germinar em cada povo a inclusão de novos valores quase que diariamente. Note-se que, há cinquenta anos, um fato relevante ocorrido no Oriente Médio, no Japão ou em algum país da América Latina dificilmente chegaria ao conhecimento de toda a comunidade internacional, limitando-se a impactar e a influenciar tão somente as comunidades locais e vizinhas de onde se originou. Naquela época, as nações viviam isoladas em suas peculiaridades culturais, sob a influência quase exclusiva dos fatos ocorridos em seu interior.

Essa realidade, contudo, mudou. Hoje, um fato que ocorre no Oriente Médio em poucos minutos se espalha por praticamente todos os países do mundo por meio da Internet e dos demais meios de comunicação em massa. Além disso, o mercado financeiro globalizado reage instantaneamente a todo e qualquer fato político, econômico, social e cultural ocorrido no seio de cada sociedade, trazendo repercussões que acabam por atingir uma grande parte de nações que sequer têm ligação direta com os países de onde os fatos se originaram.

¹⁰⁹ BOOT, Ken. Three Tyrannies. In: DUNNE, Tim; WHEELER, Nicholas. *Human Rights in Global Politics*. Cambridge: Cambridge University Press, 2003. p. 37.

Nesse sentido, vale lembrar a recente crise do setor imobiliário norte-americano, ocorrida em 2007¹¹⁰, a qual, ainda que tenha sido um problema local daquele Estado, provocou um problema de liquidez no sistema financeiro internacional, gerando retração de crédito em praticamente todos os países e, por conseguinte, a redução do nível de consumo de bens e serviços e o consequente aumento do índice de desemprego. As notícias desse fato isolado, acompanhadas das causas, explicações e possíveis soluções, circularam em tempo real nos meios de comunicação e na Internet em praticamente todos os países do mundo, fazendo com que os diferentes povos tomassem conhecimento sobre os desdobramentos que esses fatos tiveram em diferentes civilizações. Também circularam no mundo as diferentes formas como os países enfrentaram os efeitos dessa crise mundial, buscando-se a reunião de forças para soluções comuns. Esse ponto de contato mundial trouxe, obviamente, reflexões e contrastes de valores morais entre os diferentes povos, evidenciando que os problemas trazidos pelo mundo globalizado interligaram as civilizações de tal forma que não existe mais espaço para o isolamento cultural.

Esse exemplo deixa claro também que as *culturas autênticas* desapareceram, já que hoje todas as tradições são, de uma forma ou de outra, influenciadas pelos acontecimentos globais que a civilização moderna enfrenta de forma coletiva. Isso ocorre porque problemas comuns acabam gerando soluções compartilhadas, surgidas de diferentes visões sobre as formas de enfrentamento de problemas que afetam a todos, fato que leva à permeação e ao intercâmbio de valores morais entre os diferentes povos. Vale aqui lembrar as considerações de Michael Carrither¹¹¹, o qual defende a necessidade de uma remontagem sobre a forma como se vê a sociedade humana moderna, visto que ela não possui mais fronteiras nítidas, nem tampouco tradições inalteráveis.

No mesmo sentido é o posicionamento de James Nickel¹¹², para quem o conjunto de influências trazido pela globalização tem criado combinações de crenças, práticas e compromissos que se inseriram na pauta de praticamente

¹¹⁰ Entenda a crise com o mercado imobiliário nos EUA. *Folha on-line*. São Paulo, 16 ago. 2007. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/dinheiro/ult91u320606.shtml>>. Acesso em: 29 jun. 2011.

¹¹¹ Carrither, Michael. *Why Humans Have Cultures*. Explaining Anthropology and Social Diversity. New York: Oxford University Press, 1992. p. 32/3.

¹¹² Nas palavras de Nickel: “*Globalization and its accompanying set of transnational influences create unlikely combinations of beliefs, practices, and commitments. The world’s countries and cultures are not isolated, insulated, and homogeneous*” (NICKEL, James W. *Making Sense of Human Rights*. 2. ed. Oxford: Blackwell Publishing, 2007. p. 169).

todas as civilizações, passando a fazer parte de uma nova cultura mundial, na qual não existe mais espaço para um alegado isolamento moral. No quadro contemporâneo, a dinâmica social se altera diariamente, incorporando novos valores decorrentes do conjunto formado pelas legiões de viajantes, pelos movimentos migratórios, pelos sistemas globais de comunicação e pelo próprio trabalho conjunto que os países vêm desenvolvendo junto à Organização das Nações Unidas. Observe-se que, embora esse organismo internacional ainda não tenha alcançado o consenso e o respeito de todas as nações, em especial no que diz respeito às grandes potências, tem se agigantado em importância na política internacional, pois é, atualmente, a instituição que reúne em seu interior a quase totalidade de nações do mundo.

A terceira inconsistência das teses relativistas antropológicas está no fato de que normalmente aqueles que as utilizam para defender uma pretensa autenticidade de valores culturais são justamente os que buscam se manter abusivamente no poder, sob protestos dos membros de sua própria sociedade e à custa da subjugação de valores humanos que traspassam qualquer especificidade regional, mostrando que a questão é mais política do que cultural¹¹³. Desse modo, percebe-se que essas teses, muitas vezes, transformam a tradição dos povos em refém dos interesses de elites políticas ou religiosas que buscam se manter no poder, distanciando-se dos valores morais da própria cultura que querem defender, tornando-se, por isso, insustentáveis eticamente, pois deixam de representar uma tradição, na medida em que colocam intenções pessoais acima da coletividade a que pertencem.

Aliás, é importante ressaltar que grande parte das violações de direitos humanos fundamentais não são legitimamente respaldadas por nenhuma cultura ou religião atualmente vigente, resultando mais dos interesses privados de certos grupos do que da própria tradição em si¹¹⁴. Para ilustrar essa afirmação, veja-se que os ataques do grupo terrorista al-Qaeda aos Estados Unidos, em 11 de setembro de 2001, por exemplo, não encontram qualquer respaldo na cultura muçulmana, cujas leis religiosas não admitem ações daquela natureza. De igual

¹¹³ Ken Booth afirma que: *"We hear about 'the Islamic position' or 'Asian values', but who speaks for Islam, or Asia? Invariably, when it comes to cultures, it is the loudest, the most powerful or the most fundamentalist who speak, and claim authenticity. Authenticity becomes not simply a cultural matter: it becomes profoundly political"* (BOOTH, Ken. *Three Tyrannies*. In: DUNNE, Tim; WHEELER, Nicholas. *Human Rights in Global Politics*. Cambridge: Cambridge University Press, 2003. p. 38).

¹¹⁴ FINNIS, John. *Teoria de los Derechos Fundamentales*. Trad. Cristóbal Sánchez. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2000. p. 249.

forma, as vergonhosas torturas perpetradas por soldados americanos a civis e a prisioneiros, em 2005, durante a guerra no Iraque, também não são admitidas nas tradições dessa civilização, seja sob o aspecto legal, seja sob o aspecto religioso/cristão que adotam.

Esse dois exemplos deixam claro que as violações de direitos humanos fundamentais não estão tão fortemente relacionadas com as tradições e a diversidade cultural em si, mas no seu uso abusivo e indevido que alguns grupos fazem para manter situações de violência e degradação humana. É justamente por esse motivo que Robert Cox¹¹⁵ chega a afirmar que todos os tradicionalismos (diferentemente das tradições de um povo) têm sido usados na atualidade para *alguém* ou para *algum* propósito.

No que se refere às teses relativistas epistemológicas que sustentam não ser possível a implantação de direitos humanos universais, em razão da existência de certos antagonismos culturais decorrentes de profundas justificações para as práticas morais de cada povo, as quais sistematizam os seus vínculos, as suas relações e o seu estilo de vida, vê-se que também se mostram inconsistentes. É que praticamente todas as civilizações da atualidade têm participado da elaboração de documentos internacionais sobre a proteção de direitos humanos fundamentais, tais como a Convenção Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e a Convenção Internacional sobre Direitos Econômicos Sociais e Culturais, promulgadas pela Organização das Nações Unidas, em 1966, e ratificadas por mais de 172 países¹¹⁶. Essas ratificações evidenciam a formação de uma cultura internacional e transcultural sobre os direitos humanos fundamentais que passaram a fazer parte dos conjuntos de valores morais adotados em diferentes sociedades. Assim, não se pode aceitar, na atualidade, que alguma civilização, por exemplo, defenda a tortura, a escravidão e o genocídio, sob o argumento de serem epistemologicamente pertencentes às suas práticas tradicionais.

Observe-se que seria um ceticismo ético equivocado imaginar que a integração internacional existente entre os povos na atualidade não possa levar a um diálogo intercultural em que práticas tradicionais violadoras dos direitos humanos fundamentais não possam ser interrompidas pela análise racional de

¹¹⁵ Nas palavras de Robert Cox: “*All traditionalism is for somebody or for some purpose*” (COX, Robert W. Social Forces, States and World Orders: Beyond International Relations Theory. *Millennium Journal of International Studies*, v. 10, n. 2, p. 128, jun. 1981.

¹¹⁶ PERRY, Michael J. *The Idea of Human Rights: Four Inquiries*. New York: Oxford University Press, 1998. p. 72.

suas consequências para as vítimas dessas ações. Não seria crível pensar, por exemplo, que o fato de duas sociedades divergirem com relação ao genocídio ou a escravidão, no sentido de eles serem um direito ou uma violação, não possa levar a uma visão correta ou esclarecida sobre esse assunto moral. Isso implica aceitar que poderá haver fatos concretos em que a visão de uma sociedade poderá ser mais correta que as crenças morais de outra.

Paul Taylor¹¹⁷ lembra que as crenças são inicialmente construídas a partir das sociedades em que os seres humanos se desenvolvem e que elas passam por mudanças na medida em que os indivíduos têm a possibilidade de ampliar os seus horizontes conhecendo outras culturas e crenças. Assim, esse contraste tornará evidente que práticas como o genocídio e a escravidão, por exemplo, são inadmissíveis entre os seres humanos, pois eles são possuidores de certos atributos inalienáveis, decorrentes da humanidade comum que possuem, os quais tornam intolerável a perpetração de certas atitudes que pessoa alguma no mundo gostaria de ser impelida a sofrer, seja qual for a sua cultura, crença ou religião.

Por fim, no que diz respeito às teorias relativistas culturais, as quais defendem que a única fonte válida dos direitos humanos fundamentais estaria nos valores morais adotados por cada sociedade, rejeitando outros construídos fora do seio de cada civilização, vê-se que também apresentam sérias inconsistências. Como já se disse anteriormente, esse tipo de argumento serve somente aos governos e ditadores que querem manter práticas opressivas sobre as suas vítimas, rejeitando qualquer valor universal sob o pretexto de preservar tradições morais que os mantêm no poder. Além disso, como bem destaca Bhikhu Parekh¹¹⁸, as culturas não existem por elas mesmas, pois, sendo a forma moral como uma sociedade que compreende e organiza a vida humana em grupo, elas influenciam e sofrem profundas influências da economia, do seu estágio de desenvolvimento tecnológico e dos arranjos políticos internos e internacionais.

Outro forte argumento contra o relativismo cultural está no fato de que as sociedades não são homogêneas em suas culturas, haja vista possuírem várias

¹¹⁷ TAYLOR, Paul W. *Problems of Moral Philosophy: An Introduction to Ethics*. New York: Dickenson Publishing Company Inc., 1967. p. 46.

¹¹⁸ Para Bhikhu Parekh: *"Culture does not exist by itself. It is the way a society understands and organises human life, and both influences and is deeply influenced by the economy, the state of technological development and the political arrangements of the society at large"* (PAREKH, Bhikhu. *Non-Ethnocentric Universalism*. In: DUNNE, Tim; WHEELER, Nicholas J. *Human Rights in Global Politics*. Cambridge: Cambridge University Press, 1999. p. 134).

subculturas internas, o que as leva a estar em permanente mudança, decorrente das próprias pressões internas de seus integrantes. Isso ocorre porque nem sempre o sistema e as práticas morais vigentes serão bons para todas as pessoas que vivem em um grupo social. Essa realidade faz desaparecer o argumento de que as culturas são específicas e estanques e que não podem contribuir ou receber contribuições que venham a acarretar mudanças morais sobre práticas tradicionais que estejam violando os direitos humanos fundamentais.

Bhikhu Parekh¹¹⁹ ilustra essa questão com o exemplo dos regimes de castas adotado na Índia, o qual é considerado bom para os indivíduos que ocupam as castas mais elevadas, que têm acesso a bens, serviços e a um conjunto de direitos que lhes abrem diversas possibilidades na sociedade em que vivem. Contudo, as pessoas que vivem nas castas inferiores e que não têm dentro desse sistema acesso às mesmas oportunidades, sendo regidos por normas que lhes impõem uma série de restrições, têm realizado várias críticas, chegando, inclusive, a se converter ao Islamismo e ao Cristianismo, na busca de receberem melhor tratamento. Tal situação mostra como as práticas culturais não são imunes a críticas internas e a influências externas, encerrando qualquer argumento relativista que venha a defender que a única fonte válida para os direitos humanos fundamentais estaria nas especificidades encontradas em cada povo.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por todos os argumentos expostos neste artigo, vê-se que a solução para a questão do respeito global dos direitos humanos fundamentais não está necessariamente em escolher entre as teorias universalistas ou relativistas, mas em abrir o diálogo intercultural, pautado no respeito mútuo e na compreensão de que essa categoria de direitos possui dimensões próprias que contemplam tanto o universalismo quanto o relativismo. Para que isso seja possível, porém, a aceitação das diferenças e o respeito à dignidade humana devem vir antes do relativismo e do universalismo.

Nesse sentido, deve-se lembrar que as Declarações de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas, da Organização dos Estados Americanos, da União Europeia, do Islã, da Liga dos Estados Árabes e dos Povos Africanos mostram que hoje existe o início de uma grande convergência entre todas

¹¹⁹ PAREKH, Bhikhu. Non-Ethnocentric Universalism. In: DUNNE, Tim; WHEELER, Nicholas J. *Human Rights in Global Politics*. Cambridge: Cambridge University Press, 1999. p. 135.

as civilizações, no que diz respeito à necessidade de proteção dos direitos humanos fundamentais. Está evidente também, pela leitura desses documentos internacionais, que existem significativas divergências sobre importantes áreas, em especial sobre liberdade de religião, expressão e associação, direitos políticos, sociais e econômicos, direitos de igualdade e não discriminação da mulher, além da questão da importância dos direitos coletivos e a sua relação de predominância ou não sobre os direitos individuais.

A análise sobre as diferentes culturas e religiões atualmente vigentes deixa claro que cada uma delas apresenta uma perspectiva particular sobre esses assuntos. Alguns países com tradições coletivas, por exemplo, têm fortes resistências em aceitar liberdades pessoais, as quais são entendidas como sendo parte de excessivo individualismo¹²⁰. Os povos que adotam a religião como lei fundamental e responsável por organizar toda a vida política, econômica e social têm sérias dificuldades em aceitar direitos políticos e algumas liberdades de expressão e associação. Outras culturas que colocam as mulheres em situação de submissão aos homens, fechando oportunidades para a sua participação ativa na sociedade e na política, apresentam resistências em reconhecer a igualdade entre homens e mulheres como direito humano fundamental. Sociedades liberais, por sua vez, apresentam diferentes níveis de intolerância aos direitos coletivos e às consequentes limitações que devem ser impostas aos direitos individuais.

Esse quadro de antagonismos que culminou por dividir os direitos humanos fundamentais em duas grandes correntes filosóficas, os universalistas e os relativistas, tem criado tensões cada vez mais sérias e perigosas entre os dois grupos, que passaram a realizar acusações mútuas sobre os abusos que cada posição pretende impor. Se, de um lado, os universalistas denunciam os relativistas por usarem as restrições culturais a fim de manterem práticas violadoras dos direitos humanos fundamentais e manterem algumas elites totalitárias no poder; de outro, os relativistas levantam a questão da tentativa que os universalistas têm feito, nas últimas décadas, da imposição de um imperialismo cultural ocidental, baseado nos valores morais liberais, que buscam beneficiar economicamente as grandes potências mundiais do Atlântico Norte. Acrescentam, ainda, que o universalismo tem sido utilizado como justificativa para a invasão e a subjugação de países que se opõem às políticas econômicas do Ocidente, fato que tem acarretado a própria violação dos direitos de não intervenção na autonomia dos povos.

¹²⁰ NICKEL, James W. Op. cit., p. 170.

Esse confronto torna evidente que a solução para a questão do respeito e da efetividade dos direitos humanos fundamentais não está na simples adoção de uma ou outra posição, visto que, embora se possam extrair importantes argumentos de ambos os lados, percebe-se que, pelos motivos relacionados, mostram-se insuficientes para garantir o reconhecimento e a proteção que esses direitos necessitam receber em todas as civilizações.

REFERÊNCIAS

ALSTON, Philip. The Best Interests Principle: Towards a Reconciliation of Culture and Human Rights. *International Journal of Law and the Family*, n. 8, p. 9-23, 1994.

ARNAUD, André-Jean. *O direito entre modernidade e globalização: lições de filosofia do direito e do estado*. Trad. Patrice Charles Wuillaume. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

BAEZ, Narciso Leandro Xavier. Impactos sociais da globalização e direitos humanos. In: CECATO, Maria Aurea Baroni et al. *Estado, jurisdição e novos atores sociais*. São Paulo: Conceito Editorial, 2010.

BARRETTO, Vicente. *O fetiche dos direitos humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

BAXI, Upendra. *The Future of Human Rights*. 2. ed. New Delhi: Oxford University Press, 2006.

BENTHAM, Jeremy. Anarchical Fallacies. In: WALDRON, Jeremy. *Nonsense upon Stilts: Bentham, Burke and Marx on the Rights of Man*. London: Methuen, 1987.

_____. Uma introdução aos princípios da moral e da legislação. In: MORRIS, Clarence (Org.). *Os grandes filósofos do direito*. Trad. Reinaldo Guarany. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

BERNSTEIN, David E. Defending the First Amendment From Antidiscrimination Laws. *North Carolina Law Review*, v. 82, p. 223-248, 2003-2004.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. 10. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BOOTH, Ken. Three Tyrannies. In: DUNNE, Tim; WHEELER, Nicholas. *Human Rights in Global Politics*. Cambridge: Cambridge University Press, 2003.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília/DF: Senado, 1998.

BRENNAN, Katherine. The Influence of Cultural Relativism on International Human Rights Law: Female Circumcision as a Case Study. *Law and Inequality*, n. 7, p. 367-398, 1989.

BROWN, Chris. *Universal Human Rights: a Critique*. In: DUNNE, Tim; WHEELER, Nicholas J. *Human Rights in Global Politics*. Cambridge: Cambridge University Press, 1999.

BROWN, Lester R. *Eco-Economy – Building na Economy for the Earth*. New York: Earth Policy Instituto, 2001.

CARRITHER, Michael. *Why Humans Have Cultures*. Explaining Anthropology and Social Diversity. New York: Oxford University Press, 1992.

COX, Robert W. *Social Forces, States and World Orders: Beyond International Relations Theory*. *Millennium Journal of International Studies*, v. 10, n. 2, p. 126-155, jun. 1981.

CROCE, Benedetto. *Declarações de Direitos – Benedetto Croce, E. H. Carr, Raymond Aron*. 2. ed. Brasília, Senado Federal, Centro de Estudos Estratégicos, Ministério da Ciência e Tecnologia, 2002.

_____. *The Rights of Man and the Present Historical Situation*. In: UNESCO. *Human Rights: comments and interpretations: a symposium*. New York: Columbia University Press, 1973.

ENTENDA a crise com o mercado imobiliário nos EUA. *Folha on-line*, São Paulo, 16 ago. 2007. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/dinheiro/ult91u320606.shtml>>. Acesso em: 29 jun. 2011.

FINNIS, John. *Teoria de los Derechos Fundamentales*. Trad. Cristóbal Sánchez. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2000.

GERARD, Ralph Waldo. *The Rights of Man: a Biological Approach*. In: UNESCO. *Human Rights: comments and interpretations: a symposium*. New York: Columbia University Press, 1973.

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Philosophy of Right*. Trad. S. W. Dyde. Kitchener: Batoche Books, 2001.

HERSKOVITS, Melville Jean. *Statement on Human Rights: Submitted to the Commission on Human Rights, United Nations by the Executive Board, American Anthropological Association*. *American Anthropologist*, New Series, v. 49, n. 4, p. 539-543, out./dez. 1947.

HUMTINGTON, Samuel. *The Clash of Civilisations and the Remarking of Worl Order*. New York: Touchstone, 1996.

IGLESIAS, Miguel Ángel Gonzáles. *Domingo de Soto: Su Pensamiento Político – Las Dificuldades Planteadas com la Conquista de América*. In: PASIN, João Bosco Coelho (Org.). *Culturalismo jurídico*. São Paulo 450 anos: Seminário Brasil Espanha. Brasília/DF: Instituto Tancredo Neves, 2004.

JUNGER, Peter D. *Why the Buddha Has no Rights*. In: KEOWN, Damien V.; CHARLES, S. Prebish; WAYNE, R. Husted. *Buddhism and Human Rights*. Cornwall: Curzon, 1998.

- KIMBALL, Roger. Tenured Radicals. *New Criterion*, p. 2-15, jan.1991.
- LEWIS, John. On Human Rights. In: UNESCO. *Human Rights: comments and interpretations: a symposium*. New York: Columbia University Press, 1973.
- LUKES, Steven. Five Fables about Human Rights. In: SHUTE, Stephen; HURLEY, Susan. *On Human Rights*. New York: BasicBooks (Harper-Collins Publishers), 1993.
- MACINTYRE, Alasdair. *After Virtue*. 2. ed. Notre Dame: University of Notre Dame Press, 1984.
- MACKINNON, Catharine A. *Feminism Unmodified. Discourses on Life and Law*. Cambridge: Harvard University Press, 1987.
- MARX, Heinrich Karl. On the Jewish Question. In: WALDRON, Jeremy. *Nonsense upon Stilts: Bentham, Burke and Marx on the Rights of Man*. London, 1987.
- MATILAL, Bimal Krishna. Ethical Relativism and Confrontation of Cultures. In: KRAUSZ, Michael. *Relativism: Interpretation and Confrontation*. Notre Dame: University of Notre Dame Press, 1989.
- MCNEILL, William H. *Decline of the West?* New York: Review of Books, 1997.
- MORSINK, Johannes. The Universal Declaration of Human Rights: Origins, Drafting, and Itent. *The American Journal of International Law*, University of Pennsylvania, Press, v. 94, p. 600-603, 2000.
- MURITHI, Tim. Ubuntu and human rights. In: SMITH, Rhona K. M.; ANKER, Cristien van den. *The essentials of human rights*. London: Oxford University Press, 2005.
- NICKEL, James W. *Making Sense of Human Rights*. 2. ed. Oxford: Blackwell Publishing, 2007.
- PAREKH, Bhikhu. Non-Ethnocentric Uniersalism. In: DUNNE, Tim; WHEELER, Nicholas J. *Human Rights in Global Politics*. Cambridge: Cambridge University Press, 1999.
- PAYUTTO, Prayudh A. *A Buddhist Solution for the Twenty-First Century*. Bangkok: Sahathammik, 1994.
- PERRY, Michael J. *The Idea of Human Rights: Four Inquiries*. New York: Oxford University Press, 1998.
- PLATÃO. *Teeteto*. Trad. Adriana Manuela Nogueira. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkia, 2005.
- POUMARÉDE, Jacques. Enfoque histórico do direito das minorias e dos povos autóctones. In: ROULAND, Norbert. *Direito das minorias e dos povos autóctones*. Brasília/DF: Universidade de Brasília, 2004.

ROBINET, Isabelle. *Taoism: Growth of a Religion*. Stanford: Stanford University Press, 1997.

RORTY, Richard. Human Rights, Rationality, and Sentimentality. In: SHUTE, Stephen; HURLEY, Susan. *On Human Rights*. New York: BasicBooks (Harper-Collins Publishers), 1993.

SOUTH Asia Human Rights Documentation Centre. *Human Rights and Humanitarian Law: Developments in Indian and International Law*. New Delhi: Oxford University Press, 2008.

SOUZA, Ielbo Marcus Lobo; KRETSCHMANN, Ângela. A universalidade dos direitos humanos no discurso internacional: o debate continua. In: ROCHA, Leonel Severo; STRECK, Lênio. *Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito: Mestrado e Doutorado*. São Leopoldo: Unisinos, 2003.

STACE, Walter Terence. Ethical Relativity. *Problems of Moral Philosophy: An Introduction to Ethics*. New York: Dickenson Publishing Company Inc., 1967.

TAYLOR, Charles. *Multiculturalism. Examining The Politics of Recognition*. Princeton: Princeton University Press, 1994.

_____. *Sources of the Self: The Making of the Modern Identity*. Cambridge: Harvard University Press, 1989.

TAYLOR, Paul W. *Problems of Moral Philosophy: An Introduction to Ethics*. New York: Dickenson Publishing Company Inc., 1967.

UNESCO. *Human Rights: comments and interpretations: a symposium*. New York: Columbia University Press, 1973.

WATERFIELD, Robin. Protagoras and the Challenge of Relativism: Plato's Subtlest Enemy. 3. ed. *The Heythrop Journal*, v. 50, Issue 3, p. 509-510, 2009.

WILLIAMS, Bernard. *Ethics and the Limits of Philosophy*. London: Fontana Press, 1985.

EXPECTATIVAS E PROPOSTAS ACERCA DO INQUÉRITO POLICIAL¹

EXPECTATIONS AND PROPOSITIONS ABOUT THE POLICE INVESTIGATION

Nereu José Giacomolli²

Doutor em Direito pela Universidade Complutense de Madri

RESUMO: Uma das crises importantes do sistema de justiça criminal situa-se na fase preliminar ao processo penal, mais precisamente no inquérito policial. A problemática perpassa os sujeitos, os atos investigatórios, as atividades, a sua funcionalidade e a preservação dos direitos fundamentais. As deficiências e misérias da investigação criminal no sistema brasileiro foram reconhecidas pela Comissão e Corte Interamericanas de Direitos Humanos, em vários casos: Maria da Penha (1983), Damião Ximenes Lopes (2006), Garibaldi (2009), Escher e outros (2009). Circunscreve, a exposição, a funcionalidade do inquérito policial, à base fática à acusação criminal, pro-

pondo várias formas de reconstrução do inquérito policial, com a superação de metodologias arcaicas, uma filtragem para evitar a contaminação judicial e a construção de uma teoria geral do Direito Policial.

PALAVRAS-CHAVE: Inquérito policial; metodologia; casos; teoria geral do direito policial.

ABSTRACT: *One of the important crises of the criminal justice system is located at the preliminary stage of criminal proceedings, specifically in the police investigation. The problem pervades the subject, investigative acts, activities, their functionality and preservation of fundamental rights. The*

¹ Artigo extraído do trabalho apresentado no Instituto de Ciências Criminais, Departamento de Direito Penal Estrangeiro e Internacional na Georg-August Universität Göttingen, Alemanha, realizado nos dias 14 a 16 de abril de 2014.

² Professor na Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, vinculado à Graduação, Especialização, Mestrado e Doutorado em Ciências Criminais, Desembargador no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Presidente do Instituto Brasileiro de Direito Processual Penal (IBRASPP). Autor de sete livros, vinte e dois capítulos de livro, tendo traduzido e organizado dez livros e publicado centenas de artigos.

weaknesses and miseries of criminal investigation in the Brazilian system were recognized by the Inter-American Commission and Court of Human Rights in several cases: Maria da Penha (1983), Ximenes Lopes (2006), Garibaldi (2009), Escher et alli (2009). Limited, the exposure, the functionality of the police investigation, the factual basis of the criminal charge, proposing various forms of reconstruction of the police investigation and the overcoming of archaic methodologies, filtering to prevent contamination and judicial construction of a general theory of the Police Law.

KEYWORDS: *Police investigation; methodology; cases; general theory of law police.*

SUMÁRIO: Considerações iniciais; 1 Preservação dos direitos fundamentais na fase preliminar; 2 Reconhecimento internacional da deficiência da investigação criminal no Brasil; 3 Funcionalidade do inquérito policial; 4 Expectativas e propostas; Considerações finais; Referências.

SUMMARY: *Initial considerations; 1 Preservation of fundamental rights at the preliminary stage; 2 International recognition of the deficiency of criminal investigation in Brazil; 3 Functionality of the police investigation; 4 Expectations and proposals; Final remarks; References.*

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Pretende-se que as informações e as constatações se transformem em significado, de modo a permitir o alcance de resultados desejáveis, perceptíveis e adequados à complexidade que envolve o sistema criminal e contribuam ao desenvolvimento científico e humanitário do processo penal. A delimitação, aqui, são alguns aspectos problemáticos da fase preliminar do processo penal, mais precisamente a qualidade do inquérito policial.

Parte-se da premissa de que a crítica pela crítica não é suficiente; há necessidade de compreender esta fase preliminar do processo penal, evoluir de uma explicação causal para uma explicação funcional e teleológica, tendo a Constituição Federal e os diplomas internacionais como paradigmas interpretativos e de aplicação. A complexidade do sistema jurídico-criminal exige avanços da normatividade e das jurisdicionalidades domésticas para a normatividade e as jurisdicionalidades convencionais, internacionais. Especificamente, ganham relevo, nessa perspectiva, os diplomas internacionais ratificados pelo Brasil, mormente a Convenção Americana de Direitos Humanos, bem como as decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos (jurisdição contenciosa) e suas opiniões consultivas (jurisdição consultiva).

Constata-se que um dos problemas do sistema processual penal brasileiro situa-se na fase preliminar, mais precisamente na investigação criminal, em razão do questionamento da observância dos direitos fundamentais, de sua deficiência estrutural e do não atendimento das expectativas da comunidade jurídica. A problematização da fase preliminar do processo penal situa-se, necessariamente, na complexidade da sociedade contemporânea, em seus vários contextos evolutivos: culturais, políticos, econômicos, legais e jurídicos.

A fase preliminar é apenas uma das etapas do percurso do processo penal, sustentado, no Brasil, em pleno século XXI, em bases forjadas na década de quarenta, em uma estrutura de preponderância desequilibradora da incidência da potestade punitiva sobre o *status libertatis*. Por isso, se faz mister ler a situação anterior e a atual para evitar a desorientação (Badiou) e a permanência na dimensão lúdica e mística do acontecer (sensibilidade medieval). As exigências contemporâneas são de solidariedade orgânica, interpessoal, com saberes próprios, mas integrados e relacionados com a totalidade. O aprisionamento temporal e a permanência autoritária são observados na superavaliação dos elementos colhidos na fase investigatória, nas atribuições investigatórias (requisição de diligências, instauração de inquérito policial, *v.g.*) e acusatórias (reconhece agravantes *ex officio*, recorre *ex officio*, condena mesmo diante de um pedido de absolvição do Ministério Público, determina o aditamento da acusação, *v.g.*) do julgador.

A exposição acentua a necessidade de preservação dos direitos fundamentais. Na fase preliminar do processo penal, analisa *cases* em que o Brasil foi demandado na Comissão e na Corte Interamericanas de Direitos Humanos para, após, enunciar algumas propostas.

1 PRESERVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA FASE PRELIMINAR

Na fase preliminar do processo penal, a projeção da imagem do investigado se materializa na dinâmica dos atos, das atividades e das interferências dos sujeitos, mas sem uma aderência constitucional e convencional humanitárias, por ser considerado na perspectiva de mero objeto da investigação. Contudo, a capacidade de compreender a realidade fática e jurídica há de ultrapassar a capacidade de dominá-la e manipulá-la.

As práticas criminais brasileiras, salvo raras exceções, estão enclausuradas na esfera ordinária do processo penal, permanecendo impermeáveis às novas

metodologias e à complexidade das exigências contemporâneas; permanecem reféns de uma compreensão paleopositivista, gerada pela inflação legislativa, pela perda da referência constitucional e convencional humanitárias, bem como pela ausência da esperada capacidade reguladora do Direito, encapsulada no tempo. Mantêm-se alguns vínculos pré-civilizatórios, bem como a simbiose com o sagrado e divino, conformadores de uma ideologia e sustentáculo de práticas investigatórias e judiciárias, mesmo que de forma simbólica e subliminar.

Uma leitura convencional e constitucional do processo penal, a partir da constitucionalização dos direitos humanos, é um dos pilares a sustentar o processo penal humanitário, nela inserida a fase preliminar, o inquérito policial. A partir daí faz-se mister uma nova metodologia, valorativa, comprometida de forma ética e política com os sujeitos, também na fase preliminar do processo, voltada ao plano internacional de proteção dos direitos humanos. A proteção convencional internacional dos direitos vem justificada no preâmbulo da Convenção Americana de Direitos Humanos, por serem atributos da pessoa humana, cujo paradigma antropológico (indivíduo, pessoa) integra a normatividade internacional. Ademais, esta proteção se infere de várias disposições da Carta da OEA (3.k, 16, 17, 32, 44, 45 e 136). A Carta das Nações Unidas (1945), em seu preâmbulo, já assentava a crença na “[...] dignidade e no valor da personalidade humana...”, seguida pela Declaração Universal de Direitos Humanos e pelo Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos. Aquela, consignando que “todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos; são portadores de razão e de consciência e devem tratar uns aos outros com espírito de fraternidade”. Este, em seu preâmbulo, que a dignidade “[...] é inerente a todos os membros da família humana...”, como fundamento “[...] da liberdade, justiça e paz no mundo”. Igualmente, o Pacto, em seu art. 10, assegura a toda pessoa privada de sua liberdade, um tratamento “[...] com humanidade e respeito à dignidade inerente à pessoa humana”.

As diversas dimensões da dignidade do ser humano exigem respeito à própria condição de ser que existe no plano biológico, cognitivo (mente, consciência, integridade psíquica e espiritual) e social (integração, vivência, participação na sociedade e no Estado) (Capra, 2002, p. 48 e 67). Por isso, o núcleo material, o mínimo existencial da dignidade da pessoa, não se restringe aos bens e às utilidades, à subsistência física. A fundamentação do Estado de Direito, sob o pilar da dignidade da pessoa, produz importantes efeitos jurídicos, inclusive no âmbito da investigação criminal. Nesta, o suspeito ou o imputado não podem

ser instrumentalizados, tratados como objeto, como se uma *res* fossem, mas como sujeitos de direitos, sujeitos da *persecutio criminis*, e não meros objetos desta.

As esferas de dignidade são irrenunciáveis e a limitação a direitos fundamentais não podem fragilizar a dignidade da pessoa, embora aferível em cada situação concreta (Sarlet, 2001, p. 120). Constitui-se, a dignidade, em base antropológica (Canotilho, 1998, p. 221), princípio fundante da ordem jurídica, fundamento de todos os direitos, garantias e deveres fundamentais (Sarlet, 2004, p. 107). Essa base humanitária adentra no âmbito criminal como um limite invencível da interferência do poder, em seu aspecto negativo, ou seja, de não violação das esferas de dignidade, de não aceitação de violação, bem como positivo ou prestacional, de respeito e efetivação da dignidade. A oficialidade estatal existe em face do sujeito, servindo ao ser humano, e não este aos “aparelhos político-organizacionais” (Canotilho, 1998, p. 221).

Clama-se pela superação dos déficits de compreensão (dogmáticos, jurídicos, de validade e de eficácia dos direitos fundamentais), com a transgressão da mera compreensão descritiva ao plano da realidade fenomenológica. Há que ser superada a permanência nas pré-compreensões contemplativas e derivadas do sobrenatural. A nova ordem internacional exige superação da definição de norma, de conceito, de instituto ou mesmo de resposta jurídica na perspectiva da linguagem legislada domesticamente pelo Estado. A complexidade atual exige questionamentos, superação de “verdades” e de certezas absolutas, adrede cronometradas. Isso reflete, diretamente, no processo penal, na fase da investigação, como termômetro da garantia da aplicação das normas constitucionais.

Os direitos fundamentais constituem-se em cláusulas pétreas protetivas do conteúdo essencial, núcleo intangível da Constituição, cuja compreensão constitucional e convencional, aplicação e efetivação, estão a cargo dos sujeitos, independentemente das instituições a que pertençam. Segundo Canotilho (2008, p. 86), a compreensão dos direitos fundamentais não depende da valoração das instituições, por não se constituírem em garantias institucionais, e a salvaguarda do núcleo essencial é uma “válvula de segurança” contra suas restrições.

Ademais da base convencional internacional, a dignidade da pessoa constitui-se em fundamento do Estado de Direito (art. 1º, III, da CF), cujo tratamento digno, no âmbito criminal, decorre, também, do princípio-garantia (função exógena - horizonte de sentido e função endógena - no universo do procedimento) do estado de inocência (art. 5º, LVII, da CF). O estado de inocência

produz seus efeitos no interior do processo e fora dele, inclusive no que tange ao tratamento dispensado ao suspeito, acusado, processado, imputado, vedando formas de tratamento como se o sujeito já estivesse condenado (Giacomolli, 2014, p. 152). Nessa perspectiva, o ser humano deve ser tratado como tal, não como objeto e nem ser instrumentalizado pelo aparato criminal, pelo fato de ser sujeito passivo, pois é o Estado que serve ao homem, e não este que serve aos aparelhos político-organizatórios (Canotilho).

Há que ser compatibilizado o interesse do Estado na *persecutio criminis* com a proteção dos direitos fundamentais do suspeito: tratamento como sujeito de direitos, e não como mero objeto. Para que isso seja viabilizado, se faz necessária a ampliação do contraditório e da defesa técnica na investigação, permitindo-se a correção, o controle e a objetividade (Schüemann, p. 235).

2 RECONHECIMENTO INTERNACIONAL DA DEFICIÊNCIA DA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL NO BRASIL

2.1 CASO DAMIÃO XIMENES LOPES (2006)

Trata-se da primeira condenação internacional do Estado brasileiro, por violação dos direitos humanos, pela Corte Interamericana (CIDH). Damião Ximenes Lopes foi internado em 01.10.1999, na Casa de Repouso Guararapes, clínica psiquiátrica conveniada com o Sistema Único de Saúde (SUS), na Cidade de Sobral, Estado do Ceará, sem sinais de agressividade ou de lesões. Contudo, no dia 04.10.1999, sua mãe chegou à referida casa para visitá-lo, ocasião em que se deparou com seu filho sangrando, com a roupa rasgada, sujo, cheirando a excremento, mãos amarradas para trás, com dificuldade para respirar, agonizante, com hematomas, gritando e pedindo socorro. Então, dirigiu-se ao médico, pois temia pela morte de seu filho, mas suas súplicas não foram atendidas. Horas após da visita, Damião morreu, em circunstâncias violentas, aproximadamente duas horas depois de haver sido medicado pelo Diretor Clínico do hospital, sem ser assistido por qualquer médico no momento de sua morte, já que a unidade não dispunha de nenhum profissional da área. Seu corpo apresentava marcas de tortura, os punhos estavam dilacerados e totalmente roxos, suas mãos estavam perfuradas, com sinais de unhas e nariz machucado. Apesar dos sinais de maus-tratos, os médicos atestaram *causa mortis* indeterminada.

Posteriormente, em 17.02.2000, em resposta à solicitação do MP para que os médicos que realizaram a necropsia definissem se as lesões encontradas no cadáver poderiam ser resultantes de espancamento ou de quedas, o Instituto

Médico Legal ampliou o conteúdo de suas conclusões e informou que “as lesões descritas no laudo foram provocadas por ação de instrumento contundente (por espancamento ou por tombos), não sendo possível afirmar o modo específico”.

Entre outras afirmações perante a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, a irmã da vítima, Irene Ximenes Lopes Miranda, enfatizou a demora da *persecutio criminis*, jamais tendo sido ouvida pelo Delegado de Polícia acerca do desaparecimento de provas e nem dos motivos de o inquérito policial ter demorado para ser instaurado.

Na representação à Corte Interamericana, a Comissão afirmou:

- a) falta de efetividade do processo interno de apuração de responsabilidades decorrentes da omissão de autoridades, as quais não empreenderam ações e investigações fundamentais para recolher as provas possíveis para averiguar os fatos;
- b) irregularidades na investigação policial, comprometedoras da elucidação da morte da vítima, na medida em que a *notitia criminis* sobre a morte chegou ao conhecimento das autoridades policiais no mesmo dia, por intermédio de sua família. Porém, o Delegado de Polícia somente instaurou a investigação depois de 35 dias;
- c) ausência de uma investigação imediata, séria e exaustiva, bem como a inexistência de uma sentença de primeira instância, depois de transcorridos seis anos da morte, situação comprobatória de denegação de justiça.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos considerou violados o direito à vida (art. 4º da CADH) e à integridade física (art. 5º da CADH), as garantias judiciais do art. 8º da CADH, a proteção judicial do art. 25 da CADH, a obrigação de respeitar os direitos, constante no art. 1º da CADH.

Especificamente sobre a investigação criminal, a Corte assentou ser dever dos Estados apurarem as agressões aos direitos à vida e à integridade física e moral (pessoal). Concluiu que o Brasil “falhou em seus deveres de respeito, prevenção e proteção”, considerando o Brasil responsável pela violação desses direitos. Em face das circunstâncias violentas da morte de Damião, a Corte recomendou que na investigação de toda morte violenta fossem aplicadas as regras constantes no Manual para a Prevenção e Investigação Efetiva de Execuções Extrajudiciais, Arbitrárias e Sumárias das Nações Unidas. Assim, as autoridades estatais responsáveis pela investigação, segundo a Corte, devem:

- a) identificar a vítima;
- b) recuperar e preservar o material probatório relacionado com sua morte, com o intuito de colaborar em qualquer investigação;
- c) identificar possíveis testemunhas e obter suas declarações com relação à morte que se investiga;
- d) determinar a causa, forma, lugar e instante da morte, bem como qualquer procedimento ou prática que possa tê-la provocado;
- e) distinguir entre morte natural e acidental, suicídio e homicídio. Ademais, considerou necessário investigar, exaustivamente, a cena do crime e realizar necropsias e análises dos restos humanos, de maneira rigorosa, por profissionais competentes e mediante o uso dos procedimentos adequados.

No que tange à investigação, a Corte concluiu ter havido falhas das autoridades quanto à devida diligência, por não terem iniciado imediatamente a investigação dos fatos, impedindo a oportuna preservação e coleta da prova e a identificação de testemunhas oculares. Os funcionários estatais não preservaram ou inspecionaram a Casa de Repouso, além de não reconstruírem os fatos para apurar as circunstâncias da morte. Todas as falhas mencionadas demonstraram a negligência das autoridades encarregadas de examinar as circunstâncias da morte e constituem graves faltas do dever de investigar os fatos.

2.2 CASO MARIA DA PENHA

No dia 29.05.1983, em Fortaleza, Ceará, a biofarmacêutica Maria da Penha Maia Fernandes foi alvejada, em sua casa, enquanto dormia, por disparo de arma de fogo, desferido por seu marido, professor universitário. Para evitar um segundo disparo, simulou estar morta. Chegou ao hospital em estado de choque. Resultou paraplégica, de modo irreversível e com outras enfermidades. O marido alegou a existência de uma tentativa de assalto e que os agentes haviam fugido. No segundo final de semana, após a alta hospitalar, enquanto estava tomando banho, sentiu um choque elétrico, mas logrou escapar. Assentou que seu marido, após seu regresso do hospital, somente se banhava no chuveiro do quarto das filhas. Foi submetida a várias cirurgias.

Ao analisar o caso, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos entendeu violados o direito ao recurso e ao julgamento em um prazo razoável (arts. 8º, 18 e 25 da CADH), por terem transcorridos 17 anos sem resultado definitivo. Segundo a Comissão, a situação revela “a ineficácia, negligência

e omissão por parte das autoridades judiciárias brasileiras”, e que o Estado não foi capaz de estruturar-se para garantir os direitos. Também entendeu violado o direito à igualdade perante a lei (art. 24 da CADH) e à justiça (arts. 2º e 18 da CADH). Especificamente sobre a investigação criminal, a Comissão Interamericana recomendou:

- a) capacitação policial e judicial;
- b) multiplicação do número de delegacias especializadas na defesa dos direitos da mulher;
- c) dotação das delegacias com recursos especiais necessários à efetiva tramitação e investigação de todas as *notitia criminis* de violência doméstica.

2.3 CASO GARIBALDI (2009)

Em 27.11.1998 houve uma operação de desocupação na Fazenda São Francisco, no Paraná, a qual estava ocupada por aproximadamente cinquenta famílias vinculadas ao Movimento dos Sem-Terra (MST). Nessa operação, chegaram ao local vários homens encapuzados e armados, disparando para o alto. Quando Garibaldi saiu de sua barraca, foi atingido por um projétil de arma calibre 12, disparado por um dos encapuzados. A vítima não resistiu aos ferimentos e morreu. O grupo retirou-se, sem consumir a desocupação. Foi instaurado inquérito para apurar o homicídio, a posse ilegal de arma e a formação de quadrilha ou bando. O Delegado de Polícia ordenou outras diligências e pediu a prisão temporária do dono da fazenda, pessoa que foi identificada como uma das encapuzadas, com parecer favorável do Ministério Público, mas indeferida pelo juízo, em 14.12.1998. Em 12.05.2004, foi pedido o arquivamento do inquérito, acolhido pela magistrada. Em face disso, a viúva de Garibaldi impetrou mandado de segurança, o qual foi denegado, por ser incompatível com o âmbito cognitivo da ação. Em abril de 2009, foi pedido e concedido o desarquivamento do inquérito.

A Comissão submeteu o caso à Corte Interamericana por ser importante oportunidade ao desenvolvimento da jurisprudência acerca da investigação criminal, das “execuções extrajudiciais” e diante da “necessidade de combate à impunidade”. A demanda referiu-se ao descumprimento pelo Brasil de investigar e punir o homicídio de Garibaldi. Foi postulada a declaração de violação ao direito à vida e à integridade pessoal de Garibaldi, violação de garantias judiciais e proteção judicial em prejuízo a sua família.

A Corte entendeu ter sido violado o direito de os familiares da vítima verem seu caso investigado e julgado. Afirmou que essas normas decorrem do Direito Internacional e do Direito interno do Brasil. A investigação deveria ter sido feita, inclusive, de ofício. A inação gerou a possibilidade de reclamação. Assim, entendeu não terem exaustivamente sido identificadas as testemunhas, para que fossem obtidas declarações esclarecedoras dos fatos. A Corte verificou várias falhas na investigação. A arma, por exemplo, foi manipulada de forma inadequada. Isso poderia ter causado a inutilização da prova. Também, não foi verificada a compatibilidade entre os projéteis encontrados no local do fato com os encontrados no estojo, na posse do acusado. Além disso, não se sabe, com exatidão, a localização da arma, a qual estava sob custódia do Estado. O próprio ente estatal nada precisou a respeito de sua localização.

Frente a esses fatos, constou na decisão da Corte:

Diante do exposto, a Corte indica que a falta de resposta estatal é um elemento determinante ao avaliar se houve descumprimento dos arts. 8.1 e 25.1 da CADH, em face da relação direta com o princípio de efetividade, caracterizador do desenvolvimento de tais investigações. No presente caso, as falhas e omissões apontadas pelo Tribunal demonstram que as autoridades estatais não atuaram com a devida diligência, nem em consonância com as obrigações derivadas dos artigos mencionados.

Reconheceu terem as vítimas direito de acesso à justiça em tempo razoável, tendo direito a conhecer a verdade dos fatos e à punição dos responsáveis. A falta de razoabilidade do prazo no desenrolar da investigação constitui uma violação às garantias judiciais.

A demora de mais de cinco anos na fase de investigação ultrapassou o prazo considerado razoável, consistindo em denegação de justiça, em prejuízo dos familiares da vítima. Como conclusão, a Corte entendeu

que as autoridades estatais não atuaram com a devida diligência no inquérito da morte de Garibaldi, o qual, ademais, excedeu um prazo razoável. Por isso, o Estado violou os direitos às garantias e à proteção judicial prevista nos arts. 8.1 e 25.1 da CADH, em relação com o art. 1.1 da mesma, em prejuízo de Iracema

Garibaldi, Darsônia Garibaldi, Vanderlei Garibaldi, Fernando Garibaldi, Itamar Garibaldi, Itacir Garibaldi e Alexandre Garibaldi.

A Corte Interamericana também concluiu que a investigação dos agentes públicos é uma maneira eficaz de enfrentar a criminalidade. Isso há de ser realizado pelas instituições públicas competentes. Referiu que deve o Estado conduzir eficazmente e dentro de um prazo razoável o inquérito e o processo e, como consequência, identificar, julgar e eventualmente punir os autores da morte de Garibaldi. Igualmente, sublinhou o dever de o Brasil investigar eventuais faltas dos funcionários públicos, os quais participaram do referido inquérito.

2.4 CASO ESCHER E OUTROS (2009)

Arlei José Escher, Dalton Luciano de Vargas, Delfino José Becker, Pedro Alves Cabral e Celso Aghinoni eram membros das cooperativas Adecon e Coana, as quais se relacionavam com o Movimento dos Sem-Terra (MST), mormente na defesa da reforma agrária. Em 28.04.1999, o Sub-Comandante e Chefe do Estado Maior da Polícia Militar solicitou ao Secretário de Segurança do Estado do Paraná providências judiciais à interceptação da linha telefônica da Coana, a qual seria utilizada pelo MST em práticas delituosas (desvio de recursos financeiros oficiais pela diretoria e assassinato em razão disso). O pedido de interceptação telefônica foi realizado pelo major da polícia militar. A magistrada autorizou as interceptações (“Recebido e analisado. Defiro. Oficie-se”). Em 12.05.1999, sobreveio um segundo pedido de interceptação, feito por um sargento da Polícia Militar, agora da linha telefônica instalada na sede da Adecon, sem qualquer fundamento ou justificação, o qual também foi deferido. Em 25.05.1999, foi solicitado pelo major o cancelamento das escutas e do monitoramento, o que foi deferido pela referida magistrada. Em 07.06.1999, parte da gravação dos diálogos foi divulgada pelo Jornal Nacional. No dia seguinte, o ex-secretário de Segurança comentou, em entrevista coletiva à imprensa, a atuação policial nas desocupações ocorridas nos acampamentos do MST, explicando as interceptações telefônicas, tendo manifestado sua opinião acerca das conversas divulgadas e das providências a serem adotadas pela Secretaria de Segurança. Na referida entrevista, reproduziu-se o áudio de algumas conversas, além ter sido entregue aos jornalistas um material contendo a transcrição de trechos dos diálogos interceptados dos membros da Coana e da Adecon. Reiteraram-se as divulgações, com publicação de novos trechos

das conversações, de forma descontextualizada; algumas das reportagens informavam estarem os trabalhadores sem-terra planejando a prática de delitos. As fitas foram remetidas à magistrada, pelo referido major, ocasião em que foram realizadas acusações contra integrantes dos MST. Não houve transcrição integral, mas apenas um resumo de certos trechos dos diálogos. Em relatório feito pelo major, um policial militar, agente infiltrado de forma clandestina na Corporação, com o intuito de informar aos sem-terra acerca da movimentação da polícia, teria repassado o material de prova à imprensa, de forma criminoso. Segundo este relatório, a Polícia Militar estaria realizando diligências necessárias para investigar e punir os responsáveis. Somente em 30.05.2000, um ano após as ordens de interceptação, é que a magistrada enviou os autos para análise do Ministério Público.

Em 08.09.2000, o Ministério Público da Comarca de Luanda concluiu que:

- a) carecia de legitimidade o policial militar, sem vínculo com a Comarca, para requerer a interceptação telefônica;
- b) o pedido de interceptação era desprovido de fundamento legal;
- c) não houve nenhuma justificativa do pedido de interceptação realizado pelo sargento na linha telefônica da Adecon;
- d) o “Pedido de Censura” não foi apensado a nenhum expediente investigatório ou processo criminal;
- e) a magistrada não fundamentou os deferimentos das interceptações;
- f) o Ministério Público não foi cientificado dos pedidos de interceptação;
- g) a motivação foi eminentemente política, com o intuito de monitorar os atos do MST.

Considerou a Corte ter havido violação do art. 16 da CADH, porque as escutas telefônicas foram realizadas em desacordo com a legislação e com posterior e indevida divulgação. Esses dois fatos foram suficientes para abalar a imagem e a credibilidade das entidades e, conseqüentemente, o direito ao livre e normal exercício de associação pelos membros do Coana e da Adecon, contrariamente ao previsto na Convenção. Assim, foi reconhecido ter o Estado violado o direito à liberdade de associação, reconhecido no art. 16 da CADH, combinado com o art. 1.1 da mesma. A Corte também considerou violados os arts. 8.1 e 25.1, combinado com o art. 1.1, todos da CADH. Decidiu ter o Estado o dever de *investigar* e analisar os direitos violados, não adiantando a existência de

recursos, sendo necessária a efetividade destes. No que tange à jurisdição penal, entendeu não ter o Estado *investigado* e identificado a pessoa autora da primeira declaração e divulgação das fitas.

A Corte declarou, por unanimidade, ter o Brasil violado o direito à vida privada, à honra e à reputação, reconhecidos no art. 11 da CADH, pela interceptação, gravação e divulgação das conversas telefônicas. Também considerou violado o direito à liberdade de associação, reconhecido no art. 16 da CADH, pelas alterações no exercício desse direito. Ainda declarou não dispor de elementos demonstrativos da existência de uma violação aos direitos consagrados nos arts. 8º e 25 da Convenção, no que tange ao mandado de segurança e às ações cíveis examinadas. Afirmou, por outro lado, ter o Estado violado os direitos às garantias judiciais e à proteção judicial reconhecidos nos arts. 8.1 e 25 da CADH *pela falta de investigação* dos responsáveis pela primeira divulgação das conversas telefônicas; pela falta de motivação da decisão, em sede administrativa, relativa à conduta funcional da magistrada que autorizou a interceptação telefônica.

Reconheceu a Corte Interamericana que a interceptação telefônica há de obedecer a três requisitos: legalidade, legitimidade de sua destinação e proporcionalidade (idoneidade, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito). Reconheceu várias ilegalidades nas interceptações telefônicas, contrariando praticamente todos os dispositivos da Lei nº 9.296/1996: ausência de fundamentação da decisão judicial que as autorizou; falta de intimação regular do MP; carência de legitimidade da Polícia Militar para requê-las; desvinculação dos pedidos de interceptação de expedientes de investigação criminal ou de processo criminal; divulgação indevida da conversação interceptada (sigilo); ausência de demonstração da impossibilidade da colheita da prova por meios menos invasivos (proporcionalidade) e da forma de sua execução.

Questão polêmica, já enfrentada em algumas decisões, diz respeito à legitimidade de integrantes da Polícia Militar requerer a interceptação telefônica. Segundo o art. 144 da CF, “às Polícias Cíveis... incumbe, ressalvada a competência da União, as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto as militares” (§ 4º) e “às Polícias Militares cabem a polícia ostensiva e a preservação da ordem pública...” (§ 5º). Nessa linha, segundo o art. 3º da Lei nº 9.296/1996, a legitimidade para requerer a interceptação telefônica é da autoridade policial, na investigação criminal, portanto, da Polícia Civil, e não da Polícia Militar, bem como do Ministério Público. No caso em tela, o requerimento

foi efetuado por policiais militares e o Ministério Público somente foi intimado depois de transcorrido um ano, contrariando o art. 6º da Lei nº 9.296/1996.

A divulgação da conversação, inclusive pela mídia, será possível quando seguirem disposições legais e adequadas aos propósitos da CADH. Carece o ordenamento jurídico de disposições legais claras e objetivas acerca da divulgação de gravações e interceptações telefônicas, na medida em que a regra é o sigilo, cuja normatividade é convencional, constitucional e legal (art. 8º da Lei nº 9.296/1996). Neste caso, as conversações não constituem “informação pública”, motivo por que a divulgação, sem consentimento dos interlocutores, foi ilegítima, segundo a Corte.

3 FUNCIONALIDADE DO INQUÉRITO POLICIAL

O inquérito policial não se destina ao juiz, mas ao Ministério Público, quem dele extrai os elementos à imputação criminal. Sua funcionalidade principal acaba nesta etapa. A prisão processual ou outras medidas cautelares também poderão assentar-se no inquérito policial, mas essa não é sua funcionalidade principal.

Há uma concepção espúria e autoritária de que os elementos colhidos durante a investigação criminal ultrapassam a mera destinação acusatória e atingem a função jurisdicional, sem ressalvas, isto é, o juiz estaria autorizado a emitir um juízo confirmatório do apurado no inquérito policial. O totalitarismo jurídico, qual potência dominadora, geneticamente transmitida e contaminante, alimentado pela superficialidade midiática, instala-se na imputação, na prova e no *decisum*, mesclando e superpondo processo, procedimento, elementos informativos, argumentos de prova, atos de prova e atos de investigação. Paulatinamente, relatórios de inteligência governamental passam a mesclar-se e confundir-se com atos de investigação (Caso Daniel Dantas)³. Por isso, cabe a pergunta: Há fundamentos legitimadores da permanência do inquérito policial no processo?

Uma abordagem através da metodologia teleológica funcional do inquérito policial, isto é, sua reconstrução também há de atender as finalidades político-criminais possíveis, considerados os dados ontológicos (Roxin,

³ Neste ano de 2014, dois assuntos importantes serão abordados pela Comissão de Veneza. A Moldávia solicitou um parecer a um grupo de estudiosos do Conselho da Europa acerca dos limites da investigação das agências de segurança, bem como sobre a responsabilidade disciplinar dos magistrados. O parecer deverá ser votado pelo Plenário da Comissão em uma das sessões marcadas ao longo do ano.

Schünemann). Atribui-se ao sistema criminal, nele inserido a *persecutio criminis*, o inquérito policial, funções além de sua capacidade de absorção e resolução, que não consegue cumprir, como a prevenção da criminalidade. Carnelutti (1995, p. 57) já advertia da pouca capacidade de prevenção do Direito, o que, na contemporaneidade, se pode evoluir à outorga de potencialidades inatingíveis aos sistemas jurídicos (toda a solução e a totalidade não estão no direito).

4 EXPECTATIVAS E PROPOSTAS

As expectativas representam o que pode vir a ocorrer, com base em dados reais, de modo que possam preencher espaços vazios (Martins) ou substituir o conteúdo de espaços já ocupados. A conclusão é uma resposta possível, legitimada por meio de propostas.

4.1 SUPERAÇÃO DE METODOLOGIAS ARCAICAS

Os avanços científicos e tecnológicos, bem como a velocidade das comunicações, diminuíram as distâncias e relativizaram o tempo, com redução do espaço, tornando o futuro incerto, imprevisível (paradoxo do aumento e diminuição do tempo, em razão da velocidade). Isso também afeta os mecanismos de poder do Estado, das regras e de suas metodologias de controle, de contenção, de investigação e, conseqüentemente, da criminalidade. A realidade tecnológica (tecnociência) reduz, transmuda a distância, o espaço e o tempo (*cyber*-espaço, onipresença, simulação, telepresença, ubiquidade), estabelecendo outros referenciais, tal como a energia (imediatidade, interação, instantaneidade virtual), a qual permite a interação por meio da videoconferência, do videotexto, o armazenamento de dados, a regulação do acesso, o estabelecimento de estratégias, atingindo até a desmaterialização (transformação em energia) em bits, chips, *v.g.*, mas também esboroando a fronteira entre a identidade natural e a extensão eletrônica, entre o ambiente biológico e o tecnológico, entre o “eu” mente (privado) e o “eu” *on-line* ou fantasmagórico, ou seja, sem apoio em corpo, espaço e tempo, com múltiplas identidades e personalidades, um não lugar (Kerckhove, 1997, p. 122 e ss.; Lyotard, 1997, p. 57; Virilio, 1996, p. 22).

Desse contexto não se desvincula a fase preliminar da *persecutio criminis*. O aumento da criminalidade ocorre em número e complexidade, tanto no *modus operandi* quanto nos sujeitos e organizações envolvidos, em uma lógica explosiva e exponencial, rompendo os paradigmas lineares. A tecnologia, o conhecimento e a inteligência também passaram a servir ao ilícito, na mesma

velocidade temporal. Enquanto isso, a investigação “a moda rambo”, atrelada a vetustos paradigmas investigatórios (informantes, olheiros, reconhecimentos fotográficos, acareações, *v.g.*), passou a dar espetáculos ridicularizantes, fomentando a violência, com reduzida eficácia investigatória (ilusão de fixidez da criminalidade). Trilha-se o caminho simbólico, por isso, meramente formal, da presença física e ostensiva, produtora de uma ilusória segurança (Eliada, Mafessoli, Paz).

A criminalidade inteligente investiga-se com inteligência, com metodologia adequada às suas especificidades. A banalização e generalização midiática do ilícito passaram a exigir o aparecimento público de símbolos de força e de poder, capazes de evitar o crime e diminuir o medo, que, na realidade, personificou-se em uma entidade: “medo do medo” (Panigatti). Com isso, priorizou-se a presença simbólica, ainda que momentânea e localizada, mas midiaticizada, bem como a coação psicológica por meio da investigação, nos moldes da concepção da pena (Feuerbach e Romagnosi), potencializando-se a violência estatal e institucional (Giacomolli, 2011, p. 24). Essas respostas imediatas e presenteístas mascaram a *persecutio criminis*, afastam as novas metodologias investigatórias e as possibilidades de sua utilização de modo eficaz. Estas, quando utilizadas, trilham o caminho das velhas práticas totalitárias e de métodos ocultos de investigação (escutas clandestinas, delações à margem dos princípios-garantia, encarcerar para investigar, busca e encontro da verdade material, *v.g.*). A perspectiva de que o encarceramento prévio, com a manutenção da prisão em flagrante, com a decretação da prisão temporária e da prisão preventiva, qualifica a investigação pela rapidez e excelência situa-se na permanência arcaica e autoritária da investigação. Nessa mesma concepção situa-se a vinculação da excelência do inquérito policial com o encontro da verdade.

As metodologias investigatórias não se legitimam quando estiverem a serviço da instrumentalização do ser humano para suprir deficiências estatais, com descarte posterior (proteção de vítimas e testemunhas, “queima de arquivos”, abandono, *v.g.*).

Ademais, as necessidades contemporâneas clamam pela superação do modelo estático administrativo, de defesa da ordem pública, para um modelo dinâmico, de interação e integração social, estatal e democrática, mais adequado à complexidade. Há necessidade de avançar da fixidez de um espaço de segurança para um de liberdade que, embora possa parecer paradoxal,

representa a primeira liberdade (Valente). A relação entre as duas é de simbiose, e não de contraposição. Não só a normatividade está a serviço da segurança, mas também esta serve à normatividade.

O modelo bélico de investigação (guerra, combate, inimigo) há de ser superado pelo modelo pacificador, preventivo e resolutivo, ao modelo denominado de “inteligente”. O investigado, por outro lado, de mero objeto da investigação há de ser reconhecido como um sujeito de direitos.

4.2 DIREÇÃO DA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL

Penso que a qualidade da investigação não se relaciona, substancialmente, ao fato de estar sob a direção da autoridade policial, mas ao abandono político totalizante das polícias e aos métodos investigatórios ultrapassados. A discussão acerca da retirada da direção da fase preliminar do processo penal da autoridade policial permeia, além dos aspectos políticos de afirmação institucional, de conquista de espaço e de poder, a potencialização do descontrole interno e externo, passando pelas ausências no rol de prioridades, produtor do abandono estrutural, metodológico, legal e jurídico, em todas as dimensões que se possa abordar e querer observar o problema. A autofagia, em razão do elevado índice de comprometimento interno, pela ausência de confiabilidade e pela falta de afirmação política institucional, permite a derivação da investigação criminal a outras estruturas, tais como a discussão pela lavratura dos termos circunstanciados (infrações penais de menor potencial ofensivo) por outros agentes (Polícia Militar), investigações prioritárias por órgãos do Ministério Público, de forma pura ou compartilhada, interferência de organismos de inteligência. O que há de ser evitado é o incremento da inquisitorialidade, com fissura no pacto democrático, com a escolha das cerejas – *cherry picking* (Garapon).

Há outras prioridades, mais acentuadas e relevantes, na fase preliminar do processo penal, do que a retirada do comando da investigação da autoridade policial. Ademais, a repartição das funções e atribuições entre os diversos agentes, no âmbito criminal, é uma exigência constitucional (arts. 129 e 144 da CF). Os poderes políticos ou não devem ser delimitados e contidos, para que os direitos sejam protegidos.

Na Alemanha, uma das justificativas para passar a direção da fase preliminar ao Ministério Público foi a necessidade de fortalecer outros sujeitos processuais, como forma de limitação e redução dos poderes do juiz (Schünemann, 2013, p. 16). O MP foi introduzido na Prússia para que o Executivo, subordinado ao

Rei, influenciasse nas decisões dos Tribunais, pouco confiáveis politicamente. Por isso Savigny cunhou a expressão “fiscal da lei” (Schünemann, p. 223).

4.3 FILTRAGEM DOS RISCOS DE CONTAMINAÇÃO

A dependência e a contaminação, geradas pela integração do inquérito policial ao processo, irradiam efeitos sobre todo o processamento criminal, com consequências multiplicadoras, acumulativas, retroalimentadoras e nem sempre perceptíveis no momento de sua potencialização. Essa subsistência finalista produz os fenômenos da ilegítima apropriação e reciclagem do previamente produzido, sem as garantias do devido processo penal. Rompem-se as que antes se pensavam seguras barreiras do tempo e do espaço, e mergulha-se em uma perspectiva incerta (beira ao caos) e com inúmeras e diversas possibilidades imprevisíveis (imputação, arquivamento, suspensão ou não do processo, propositura ou não de determinada prova, quem será o juiz, a Câmara ou Turma). Percebe-se um pesado fardo na compreensão da necessidade, em um processo penal democrático⁴ e devido (Constituição e Diplomas Internacionais), no deslocamento do eixo condutor da incidência da potestade punitiva da fase policial à fase judicializada, da necessidade de potencialização do paradigma constitucional e convencional.

Já não é suficiente ter a consciência dos problemas, riscos e perigos irradiados pela fase preliminar no processo penal; faz-se mister submetê-los à provação, em uma dupla perspectiva, de aproximação e afastamento de suas teias internas e externas, dos princípios, das garantias constitucionais e dos diplomas internacionais. As carências não se remediam e nem reduzem seus efeitos perversos com outros vícios e defeitos, sob pena de incrementar-se o totalitarismo punitivista no âmbito do processo penal. Os perigos e os riscos podem produzir seus efeitos maléficos além da fase preliminar, alcançando a fase processual e até a execução da pena. A contaminação dos efeitos danosos nem sempre são visíveis e perceptíveis imediatamente, além de não findarem com o término da pena, mas estendem-se para além do tempo de condenação e do espaço do cárcere, além de macularem o ser, a ferro e fogo, para todo o sempre (emprego, família, laços individuais e sociais).

A denúncia, como regra, é oferecida com base no inquérito policial, no fato reconstruído de forma unilateral e inquisitorial, com escassa participação

⁴ Democracia em seu sentido legitimador da participação efetiva e integral, como paradigma emancipatório do ser humano, de construção e reconstrução de direitos.

da defesa. Essa perspectiva da autoridade policial, além de servir de base fática à imputação criminal, circunscreve o debate processual e influi na decisão, seja pelas referências a ele, seja por sua leitura ou consulta pelo julgador. Há uma tendência, segundo Schünemann, de preservar a situação, ou seja, constatou, empiricamente, que juízes com conhecimento do conteúdo da investigação

não apreenderam e não armazenaram corretamente o conteúdo defensivo presente na audiência de instrução e julgamento, porque eles só apreendiam e armazenavam as informações incriminadoras, que já lhes eram conhecidas (“redundantes” em razão da leitura prévia dos autos – “efeito inércia”, (p. 212)

O conhecimento do inquérito policial pelo magistrado contribui na confirmação ou não da hipótese acusatória. Na pesquisa realizada por Schünemann (2013, p. 211), os juízes com conhecimento dos autos da investigação condenaram (oito condenaram e nenhum absolveu) mais que os que dela não tiveram conhecimento (oito absolveram e três condenaram). Conclui que “o conhecimento dos autos da investigação preliminar, tendencialmente incriminadores, leva o juiz a condenar o acusado” (p. 211).

A permanência do inquérito policial nos autos do processo permite a sua utilização na audiência de instrução e julgamento e na formação do juízo. Segundo Schünemann (2013, p. 232), o juiz, ao tomar conhecimento do conteúdo do inquérito, o qual é construído pela polícia, sem controle da defesa, evidencia a hipótese acusatória e a provável condenação (efeito inércia ou perseverança). A cultura de que os erros, omissões e imperfeições da investigação serão corrigidos durante o processamento. Contribui à baixa qualidade da investigação, da denúncia e de todo processamento criminal, na medida em que a tendência é a ratificação do que já foi produzido. Segundo dados empíricos trazidos por Schünemann (2013, p. 213), mesmo duvidosa a acusação criminal do Ministério Público, o juiz não a corrige, a recebe (efeito aliança). Por isso se faz mister o estabelecimento de um sistema de controle endo e extraprocedimental do inquérito policial, inclusive do controle externo da atividade policial, configurada na Constituição Federal.

Várias hipóteses já foram aventadas para diminuir os riscos da utilização de elementos inquisitoriais no processo e nas decisões criminais:

- a) uma fase contraditória no âmbito do inquérito, antes de sua remessa a juízo;

- b) uma fase contraditória no âmbito do Ministério Público, antes do oferecimento da acusação;
- c) uma fase contraditória, em juízo, antes do recebimento da acusação⁵;
- d) a não inclusão do inquérito policial, salvo as provas técnicas, no processo, após ser oferecida a acusação. Somente a retirada do inquérito policial do processo evitará a contaminação do que produzido na fase preliminar, tanto na produção de provas em juízo quanto nas decisões que forem sendo tomadas.

4.4 A CONSTRUÇÃO DE UMA TEORIA GERAL DE DIREITO POLICIAL

Ferrajoli (1989, p. 767) já advertia ser “o direito de polícia, por ser um direito inferior, um não-direito, talvez, um dos setores mais esquecido pelos estudos acadêmicos”. Enumerou várias causas: hierarquia nobiliárquica entre os diversos ramos do direito (quanto mais contaminado pela violência, menos nobre); a polícia não se adapta às doutrinas liberal-democráticas dos fundamentos políticos do Estado; intervenção a determinadas classes sociais que não se encontram no exercício do poder. Quiçá, por isso, também se verifica um abandono totalizante e contaminante do trabalho policial (Giacomolli, 2011, p. 20 e ss.).

Em Portugal, Manuel Valente (2012) desenvolve e propõe uma teoria geral do direito policial, como um ramo do Direito Público, cujo objeto seria o “estudo de toda atividade jusinternacional, jusconstitucional e jusordinária (segurança, administrativa e criminal) de polícia, de modo à criação de uma doutrina fundante de uma ciência juspolicial que se encontre e manifeste em toda e qualquer polícia...”. Sem a implementação científica do Direito Policial, tendo como paradigma os Diplomas Internacionais e a Constituição Federal, a investigação policial, o inquérito policial, a polícia judiciária continuará sem identidade. Esse ramo do direito público reclama sua estruturação na axiologia constitucional, uma base doutrinária, fundamentos, funcionalidades e metodologia científica apropriada.

⁵ No sistema processual penal italiano, concluída a investigação, é designada uma audiência preliminar (*udienza preliminare*), conduzida por um juiz, onde o Ministério Público expõe os resultados da investigação e os motivos da existência de elementos de imputação, podendo formular a acusação. Poderá formar-se um debate contraditório, com produção de provas. Decide-se, nesta fase, pelo envio a julgamento (*dibattimento*), por outro juiz ou pelo arquivamento.

A estruturação metodológica e científica do Direito Policial permitiria o desenvolvimento de um processo de ensino-aprendizagem, na perspectiva do aprimoramento dos sujeitos e dos atos a serem praticados pelos mesmos, bem como uma abertura a outros conhecimentos, com capacitação técnica continuada. Essa perspectiva também possibilitaria uma gestão de qualidade da atividade policial, tanto no plano administrativo quanto investigatório.

O reconhecimento de um direito policial facilitaria o abandono do fatalismo destrutivo, com identificação dos problemas, de suas causas, com tensionamento das perspectivas, possibilitando a crítica e a reconstrução do inquérito policial como instrumento democrático.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A qualidade da fase preliminar do processo penal ou do inquérito policial também se relaciona com os atos praticados, sua funcionalidade e atuação dos sujeitos. No que tange aos atos de investigação, se faz necessária uma imersão nas novas tecnologias, o ultrapassar da investigação pela força à investigação com inteligência; a superação do modelo estático-administrativo de defesa da ordem pública a um modelo dinâmico de interação com a cidadania, com a ordem constitucional e convencional, mais adequado à complexidade da sociedade contemporânea. Os espaços de segurança devem ser compatibilizados com os espaços de liberdade, em uma perspectiva de simbiose, e não de afastamento. O modelo bélico de investigação há de ser superado pelo modelo pacificador, preventivo e resolutivo (inteligente). Os sujeitos encarregados da *persecutio criminis* carecem de um aperfeiçoamento constante e o sujeito investigado há de ser tratado como ser humano, e não como mero objeto da investigação. Por mais problemática que seja a fase preliminar do processo penal ou o inquérito policial, sua indispensabilidade permite a filtragem institucional de acusações infundadas e temerárias, e o recolhimento de uma base fática suficiente à imputação criminal. Carece o inquérito policial, de uma reconstrução, em termos constitucionais e convencionais, com uma clara delimitação de sua funcionalidade. Tenho que o inquérito policial não se destina ao magistrado, mas ao acusador, quem dele extrai os elementos necessários à imputação. Sua funcionalidade principal acaba com a formalização da acusação. A permanência do inquérito policial nos autos do processo possibilita a contaminação de todo o processamento, inclusive nas inquirições das testemunhas e na valoração da prova produzida sob o crivo do contraditório.

Após analisar várias perspectivas da fase preliminar e do inquérito policial, são propostas: a) a documentação dos atos de investigação em áudio e vídeo; b) o estabelecimento de um procedimento acerca da cadeia de custódia da prova científica, desde a coleta do material; c) a delimitação acerca da prova fotográfica; d) o aumento das exigências ao reconhecimento pessoal; e) a delimitação do devido procedimento investigatório, com a preservação dos direitos fundamentais, com a participação contraditória da defesa; f) o estabelecimento de uma fase contraditória e complementar dos atos de investigação, após o envio do inquérito policial em juízo, antes da imputação oficial, perante o juiz de garantias; g) oferecida a denúncia, a retirada dos autos das peças repetíveis em juízo, as quais devem permanecer no juizado de inquéritos policiais; h) a estipulação de um prazo para início das investigações, após a *notitia criminis*; i) a estruturação metodológica e científica do Direito Policial; j) a regulamentação das formas de controle endo e extraprocedimentais do inquérito policial, com a desvinculação da polícia judiciária do Poder Executivo.

REFERÊNCIAS

- ANCONA, Carlo. L'Udienza Preliminare. In: CONSO, Giovanni; GREVI, Vittorio. *Profili del Nuovo Codice di Procedura Penale*. Padova: Cedam, 1999.
- BADARÓ, Gustavo. *Processo penal*. São Paulo: Elsevier, 2014.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Almedina, 1998.
- CAPRA, Fritjof. *As conexões ocultas, ciência para uma vida sustentável*. São Paulo: Cultrix, 2002
- CARNELUTTI, Francesco. *As misérias do processo penal*. São Paulo: Conan, 1995.
- CHOUKR, Fauzi Hassan. *Garantias constitucionais na investigação criminal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.
- CORDERO, Franco. *Procedura Penale*. Milão: Giuffrè, 2003.
- ELIADA, Micea. *O reencontro com o sagrado*. Lisboa: Nova Acrópole, 1983.
- FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón*. Madri: Trotta, 1997.
- FERRAJOLI, Marzia. *Il Ruolo di "Garante" del Giudice per le Indagini Preliminari*. Padova: Cedam, 1993.
- GARLAND, David. *A cultura do controle*. Crime e ordem social na sociedade contemporânea. Rio de Janeiro: Revan, 2008.

GIACOMOLLI, Nereu José. *A fase preliminar do processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

_____. *O devido processo penal*. São Paulo: Atlas, 2014.

GIRARD, René. *Eu vi Satanás cair do céu como um raio*. Lisboa: Instituto Piaget, 1999.

KERCKHOVE, Derrick de. *A pele da cultura: uma investigação sobre a realidade eletrônica*. Lisboa: Relógio d'Água, 1997.

LEVI, A. Are defendants guilty if they are chosen in a lineup? In: *Law and Human Behavior*, 1979.

LYOTARD, Jean-François. *O inumano: considerações sobre o tempo*. Lisboa: Estampa, 1977.

MAFESSOLI, Michel. *A violência totalitária*. Porto Alegre: Sulina, 2001.

MARTINS, Rui Cunha. *A hora dos cadáveres adiados: corrupção, expectativa e processo penal*. São Paulo: Atlas, 2013.

MORIN, Edgar. Reforma do pensamento e da educação no século XXI. In: *As chaves do século XXI*. Lisboa: Unesco, 2000.

PANIGATTI, Rosella. *La Paura della Paura*. Milão: TEA, 2013.

PAZ RUBIO, José Maria. *Ley de Enjuiciamiento Criminal y Ley del Jurado*. Madri: Colex, 1997.

PAZ, Otávio. *Claude Lévi-Strauss ou o novo festim de Esopo*. São Paulo: Perspectiva, 1977.

PRADO, Geraldo; MARTINS, Rui Cunha; CARVALHO, L. G. Grandinetti Castanho. *Decisão judicial*. Madri: Marcial Pons, 2012.

PRIORI, Silvia. La ricognizione di persone: dal modello teórico alla prassi applicativa. In: *Diritto e Processo*, I, 2006.

RATTON, José Luiz; TORRES, Valéria; BASTOS, Camila. Inquérito policial, sistema de justiça criminal e políticas públicas de segurança: dilemas e limites da governança. In: *Sociedade e Estado*, Brasília, v. 26, n. 1, jan./abr. 2011. Disponível em: www.scielo.br. Acesso em: 11 mar. 2013.

SARLET, Ingo. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

_____. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SCHÜNEMANN, Bernd. *Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito*. Madri: Marcial Pons, 2013.

VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. *Teoria geral do direito policial*. Coimbra: Almedina, 2012.

VIRILIO, Paul. *Velocidade e política*. São Paulo: Liberdade, 1996.

ZANOTTI, Bruno Taufner; SANTOS, Cleopas Isaías. *Delegado de polícia em ação*. Salvador: Jus Podium, 2013.

O PERFIL DO JUIZ NA TRADIÇÃO OCIDENTAL

THE JUDGE'S PROFILE IN OCCIDENTAL TRADITION

Rafael Campos Soares da Fonseca¹

Graduado em Direito pela Universidade de Brasília

RESUMO: O presente artigo busca afirmar conceitos fundamentais, bem como explicitar premissas de pensamento, a fim de refletir sobre as condições de possibilidade de debate sobre um perfil de juiz no Brasil, com referência à tradição ocidental. Nesse sentido, o expediente argumentativo foca na estrutura estatal em ordem decrescente da entidade e dos órgãos, isto é, parte-se do Estado Constitucional de Direito, passa-se pelo Poder Judiciário concebível no bojo do Estado Constitucional; enfim, se coloca a discussão sobre a judicatura como corpo profissional. Em movimento conclusivo, espera-se traçar breves paralelos com a experiência brasileira para se pensar a presente investigação como contributo para literatura jurídica sobre a Magistratura.

PALAVRAS-CHAVE: Estado Constitucional; Poder Judiciário; Magistratura; perfil do juiz; tradição ocidental.

ABSTRACT: *The present article seeks to affirm fundamental concepts, as so to explicit premises of thought, in order to ponder about the possibility conditions of debate about a judge's profile in Brazil, with reference to the occidental tradition. In this sense, the argumentative itinerary focus on the state structure in decreasing order of the entity and the agencies, i.e., it starts on the Constitutional State-Law, goes through the Judiciary Power conceivable in the Constitutional State, and ends in the discussion of the Judicature as a professional body. In conclusive movement, it is expected to outline brief parallels with the Brazilian experience for the sake of thinking about the present investigation as contribute to the juridical literature devote to the Magistracy.*

KEYWORDS: *Constitutional State; Judiciary Power; Magistracy; judge's profile; occidental tradition.*

SUMÁRIO: Introdução; 1 O Estado Constitucional de Direito; 2 O Poder

¹ Analista Judiciário na Área Jurídica no Supremo Tribunal Federal, com atuação em Assessoria de Ministro.

Judiciário no Estado Constitucional; 3 O perfil do juiz na tradição ocidental; Considerações finais.

SUMARY: *Introduction; 1 Constitutional State-Law; 2 The Judiciary Power in Constitutional State; 3 The judge's profile in occidental tradition; Final considerations.*

INTRODUÇÃO

Este artigo terá a finalidade de introduzir conceitos fundamentais, assim como explicitar as premissas investigativas, com o intuito de pensar a respeito de condições de possibilidade de debate sobre um perfil de juiz no Brasil, com referência à tradição ocidental. Nesse sentido, a estrutura estatal será enfocada de maneira pormenorizada e de maneira decrescente de extensão na vertente da tradição ocidental.

Ao longo da investigação, serão abordados os seguintes elementos do Estado Constitucional de Direito. Em primeiro lugar, o próprio conceito desse tipo de Estado. Em segundo lugar, o enfoque se centrará na posição institucional do Poder Judiciário no Estado Constitucional. Em terceiro lugar, será abordado o perfil do juiz na tradição ocidental, inclusive os mecanismos de seleção historicamente construídos, que serão tratados em suas vantagens e desvantagens. Dado o Estado Constitucional de Direito como pano de fundo, o incipiente Estado Democrático de Direito brasileiro será pensado brevemente de forma especulativa em movimento conclusivo, com especial olhar às suas idiossincrasias.

O problema desta pesquisa é: *Pode-se falar em um perfil de juiz derivado da tradição ocidental?* Tal problema possui como dificuldades a tentação em generalizar experiências particulares, bem como o próprio eurocentrismo. Contudo, a hipótese que se lança é de que há, de fato, um perfil historicamente construído sobre a figura do magistrado no Estado Moderno, desde a baixa Idade Média até o momento hodierno, o qual aqui se considera o Estado Constitucional de Direito.

De plano, tal resposta parcial não implica em dizer que há uma pretensão de delineamento de uma “teoria geral” sobre a temática, nos moldes oitocentistas. Fique claro: reputa-se que a cultura jurídica local de cada ordem jurídica, considerada em sua concretude histórica, apresenta uma forma própria de assimilar as instituições jurídicas que serão aqui esboçadas. Caso contrário, o próprio desenho argumentativo da investigação seria contraditório.

Em complemento ao quadrante metodológico da investigação, o marco teórico é plural, com as devidas indicações ao longo da obra, dado que se crê que a questão do perfil do juiz ainda não foi satisfatoriamente teorizada por uma vertente teórica. Nesse sentido, este trabalho se coloca como contributo a este debate, mormente no âmbito brasileiro.

1 O ESTADO CONSTITUCIONAL DE DIREITO

É indubitável configurar o desenvolvimento do Estado de Direito como uma conquista civilizatória da sociedade, porquanto redefiniu as bases formativas e operativas do Estado. Nesse diapasão, torna-se imperativo analisar a sua origem e os seus desdobramentos.

Para Luigi Ferrajoli, o Estado de Direito pode ser compreendido em dois sentidos: (i) fraco ou formal; e (ii) forte ou substancial. No primeiro sentido, é notável a vinculação do Poder Público à lei, em contraposição ao Estado Absolutista; contudo, tal submissão se dá apenas sob o ponto de vista da fonte e da forma legal. Já, no segundo sentido, apresenta-se o mesmo tipo de vinculação, a diferença se dá na natureza bifronte desse vínculo: forma e conteúdo (princípios substanciais)².

Ademais, o autor sustenta que cada sentido representa um modelo de Estado. No sentido fraco ou formal, trata-se do Estado Legislativo de Direito (Estado Legal), sob a regência do paleojuspositivismo, assim tendo a legalidade estrita como norma de reconhecimento. No sentido forte ou substancial, o modelo aponta para o Estado Constitucional de Direito, marcado pelo neojuspositivismo³, além de a norma de reconhecimento ser a própria Constituição. Nessa perspectiva, Ferrajoli se propõe a distinguir tais modelos estatais do ponto de vista do Direito, da ciência jurídica e da jurisdição.

O Estado Legal se traduz na própria afirmação do princípio da legalidade como fonte exclusiva do direito válido e existente. Assim, o Direito objetivo tem a sua validade posta por uma autoridade dotada de competência normativa. A ciência jurídica se resume à cognição do direito positivo, enquanto a jurisdição

² FERRAJOLI, Luigi. O Estado de Direito entre o passado e o futuro. In: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo (Org.). *O Estado de Direito: história, teoria, crítica*. Trad. Carlo Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 417.

³ Trata-se de opção teórica do autor. Nesta investigação, serão adotadas as premissas e os conceitos do pós-positivismo, conforme o marco teórico escolhido. Destaca-se a correlação necessária entre Direito e Moral, visto incorporar-se ao próprio conceito de Direito uma pretensão de correção material.

tem a sua principal função marcada pela subsunção do fato à norma, visto que a legalidade é a fonte de legitimação do Poder Judiciário⁴.

A grande mudança ocorrida entre os modelos de Estado é que no Estado Constitucional a própria lei fica subordinada material e formalmente a outra lei superior, a Constituição. Logo, a validade do Direito é vista sob a ótica constitucional, abrangendo o aspecto formal e material da norma jurídica. Ademais, a ciência jurídica adquire um viés mais crítico e prospectivo, ao passo que a jurisdição passa a se vincular primeiramente à Carta Maior; logo, toda interpretação/aplicação deve ser feita em conformidade material e formal com a Constituição⁵. Ferrajoli não deixa de anotar que daí surge um componente vital para a democracia, pois esta passa a ser tanto procedimental quanto substancial⁶.

O autor italiano também indaga sobre quais seriam as mudanças estruturais e culturais que levaram à sucessão de modelos. Aponta duas mudanças estruturais. A uma, do Estado Pré-moderno para o Estado Legal, chegou-se à conclusão de que o Direito seria produzido por linguagem artificial, e não natural, como se supunha com fulcro na tradição. Por conseguinte, o Direito adquire autonomia, visto que não decorre da moral, da religião ou de outra esfera social, mas sim é autorreferente, criando a si próprio. A duas, do Estado Legal para o Estado Constitucional, o próprio fundamento do Estado se desloca para as normas substanciais anteriormente referidas, com especial destaque para os direitos fundamentais e a separação de poderes⁷.

Noutro giro, Ferrajoli reconhece uma mudança cultural⁸, em que se passa a ver a Constituição como limite e vínculo contra os Poderes da maioria, o que, em última medida, justifica o próprio controle de constitucionalidade⁹. Daí, cabem duas colocações. A uma, essa limitação advinda da Constituição pode ser encarada como um pré-comprometimento do poder constituinte¹⁰, o qual

⁴ Id., p. 423 e 424.

⁵ Id., p. 424-429.

⁶ Tal constatação se coaduna com importante debate no âmbito da teoria constitucional entre procedimentalistas e substancialistas.

⁷ Id., p. 429-431.

⁸ “Acrescento que a nossa cultura jurídica é, ainda, de fato, largamente paleopositivista e aconstitucional; e paradigma do Estado Constitucional de Direito deve ainda, em grande parte, ser desenvolvido, tanto no plano teórico como no institucional.” (Ferrajoli, op. cit., p. 437)

⁹ Id., p. 432.

¹⁰ ELSTER, Jon. *Ulises y las sirenas: Estudios sobre racionalidad e irracionalidad*. Cidade do México: Fondo de Cultura Economica, 1980. passim.

instrumentaliza uma Corte Constitucional, como guardiã da Constituição¹¹, contra a tentação de uma “ditadura das maiorias”. A duas, essa mudança cultural pode ser entendida como uma “cultura de constitucionalidade”¹².

Em complemento a essa linha de raciocínio, evoca-se a instituição da força normativa da Constituição, de Konrad Hesse, porquanto uma Constituição que se faça valer no Estado Constitucional deve se converter em “força ativa” diuturnamente.

Embora a Constituição não possa, por si só, realizar nada, ela pode impor tarefas. A Constituição transforma-se em força ativa se essas tarefas forem efetivamente realizadas [...] puder identificar a vontade de concretizar essa ordem. Concluindo, pode-se afirmar que a Constituição converter-se-á em força ativa caso se façam presentes, na consciência geral – particularmente, na consciência dos principais responsáveis pela ordem constitucional –, não só a *vontade de poder* (*Wille zur Macht*) mas também a *vontade de Constituição* (*Wille zur Verfassung*). (Hesse, 2009, p. 132)¹³

No âmbito desta investigação, outro problema é igualmente relevante na emergência do Estado Constitucional de Direito: a reabilitação da argumentação geral como fator central na relação governante-governado, agora não mais monopolizado pela representação popular. Nesses termos, pode-se falar em um constitucionalismo discursivo.

Sob a ótica de nosso marco teórico, na obra *Retórica e o Estado de Direito*, o pensamento de MacCormick tem como ponto de partida o problema da conciliação entre o Estado de Direito e o caráter argumentativo do desenvolvimento do Direito. Portanto, a obra em si se traduz em um esforço de composição desses dois pontos de partida no estágio atual das teorias da argumentação jurídica. Conclui-se que tal empreendimento se concretiza por intermédio do direito de

¹¹ Aqui se furta à discussão entre Hans Kelsen e Carl Schmitt, bem como se informa que tal faceta do Estado Constitucional é alcunhada de dificuldade contramajoritária do Judiciário, a qual será abordada apenas lateralmente na presente investigação.

¹² Na literatura constitucional, encontram-se diversas expressões com esse mesmo referente ou algo próximo; por todos, cita-se o “sentimento constitucional”.

¹³ HESSE, Konrad. *Temas fundamentais do direito constitucional*. Trad. Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes e Inocêncio Mártires Coelho. São Paulo: Saraiva, 2009.

defesa e da possibilidade permanente de contestar as premissas do argumento jurídico apresentado, à luz das teorias retóricas e procedimentais e das leis¹⁴.

Por fim, cabe abordar os conceitos fundamentais do Estado Constitucional de Direito, quais sejam, a Constituição, os direitos fundamentais e a separação dos poderes, de modo a identificar os caracteres desse modelo de Estado.

À luz da teoria dos sistemas, a Constituição é o acoplamento estrutural entre os subsistemas da política (poder/não poder) e do Direito (lícito/ilícito). O acoplamento estrutural, então, restringe o campo de possíveis estruturas que os sistemas realizam sua autopoiese¹⁵.

Ademais, por não possuir causa específica, a Constituição, na qualidade de acoplamento estrutural, é aquisição evolutiva, quer dizer, “pressupõem a si próprios enquanto se revinculam às descontinuidades do ambiente, e para cujas estabilizações contribuem”¹⁶. Por conseguinte, percebe-se a relevância da Constituição no sentido de operacionalizar o fechamento operacional de ambos os sistemas, bem como superar as limitações da autodescrição por intermédio da heterorreferenciabilidade entre esses mesmos sistemas, que se comunicam por meio de irritações.

Os problemas da circularidade e da re-introdução da unidade na unidade atormentam assim também o sistema político. Esses são desviados no sistema jurídico em canais interpretativos, no sistema político em canais organizativos e estratégicos. [...] Por meio do conceito de Estado instituem-se ofícios ao dotá-los de competências condicionáveis. Organiza-se a “separação de poderes”. A integração das comunicações entre os cargos é subordinada à adequação ao direito de suas decisões. [...] É certo que o paradoxo da soberania não é acolhido em detrimento do direito positivo, mas, ao contrário, é resolvido por seu intermédio. (Luhmann, [s.d.], p. 20)

¹⁴ MACCORMICK, Neil. *Retórica e o Estado de Direito*. Trad. Conrado Hübner Mendes. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p. 17-42.

¹⁵ LUHMANN, Niklas. *La Sociedad de la Sociedad*. Trad. Javier Torres Nafarrate. Cidade do México: Heder, 2006. p. 72.

¹⁶ LUHMANN, Niklas. *A Constituição como aquisição evolutiva*. Trad. Menelick de Carvalho Netto. Livre, [s.l.n.], [198-]. p. 29.

Justamente esse ponto interessa a este estudo, porquanto fundamenta a teoria da separação de poderes. Bruce Ackerman credita a essa teoria às seguintes finalidades: a democracia, a competência profissional e a proteção e a ampliação de direitos fundamentais¹⁷. Nesse sentido, a proposta da separação de poderes vai além da manifestação de freios e contrapesos para um âmbito mais geral da teoria constitucional, embora ainda serviente ao ideal de limitação do poder político.

A separação de poderes é orientada a impedir que todas as funções estatais sejam concentradas em uma única estrutura organizacional. Isso produz um sistema de freios e contrapesos e permite que “o poder controle o próprio poder”. Ocorre a fragmentação do poder, com uma pluralidade de sujeitos exercitando competências distintas e controle recíproco. (Justen Filho, 2012, p. 87)

Sendo assim, Marçal Justen Filho alicerça o conteúdo da separação de poderes em três postulados: (i) diferenciação de estruturas organizacionais estatais, classicamente identificados como Legislativo, Judiciário e Executivo; (ii) diferenciação de funções estatais, classicamente identificadas como legislação, jurisdição e administração; (iii) atribuição a cada estrutura organizacional uma função estatal precípua¹⁸.

Acerca do controle recíproco entre os Poderes, assim como o controle operado internamente, Karl Loewenstein concebe o controle constitucional do poder político em dúplici direção, horizontal e vertical. Sob o prisma vertical, tendo em conta a Constituição como dispositivo de controle do Poder, este é limitado pelo Federalismo, pelas garantias das liberdades individuais e pelo pluralismo. Do ponto de vista horizontal, tem-se o controle interórgão e o intraórgão. Este é ligado ao processo de institucionalização do Poder; logo, se trata do exercício de uma função constitucional pulverizado entre vários agentes e órgãos a realizarem tal incumbência conjuntamente¹⁹.

Já aquele é marcado pelas relações que se estabelecem entre os diversos e independentes detentores do poder, por intermédio do processo político.

¹⁷ ACKERMAN, Bruce. *A nova separação de poderes*. Trad. Isabelle Vasconcelos e Eliana Santos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 7.

¹⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 8. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 88.

¹⁹ LOEWENSTEIN, Karl. *Teoria de la Constitución*. Trad. Alfredo Gallego Anabitarte. 2. ed. Barcelona: Ariel, 1976. p. 235.

Igualmente, no constitucionalismo democrático se apresentam quatro classes de controle interórgão: o parlamento frente ao governo; o governo frente ao parlamento; os Tribunais frente ao parlamento e ao governo; o eleitorado frente aos demais detentores do Poder²⁰.

Como visto *supra*, com Luhmann, percebe-se que a Constituição se traduz no “estatuto jurídico do político”²¹, isto é, além de constituir a organização do Poder em determinada comunidade política se vinculando *pro futuro* (paradoxo da soberania), a Carta Maior também é fonte de criação e validade de toda norma jurídica (*autopoiesis*), o que se pode chamar de supremacia constitucional (*paramount law*). Por decorrência, as normas constitucionais, principalmente aquelas que consagram direitos, possuem aplicabilidade imediata e força cogente a ponto de permitir que sua exigibilidade seja objeto de tutela jurisdicional. Esse quadro, por si só, altera a natureza do Estado, ao colocá-lo como “Estado de Direitos”, em que os direitos fundamentais ocupam posição central no sistema jurídico.

Nesses termos, tem-se a fundamentalidade das normas de direitos fundamentais no sistema jurídico. Se, pelo lado formal, tem-se que “a *fundamentalidade formal* das normas de direitos fundamentais decorre da sua posição no ápice da estrutura escalonada do ordenamento jurídico, como direitos que vinculam diretamente o legislador, o Poder Executivo e o Judiciário”²². Sob a ótica da vertente substancial, a fundamentalidade decorre de as normas e de os direitos fundamentais atuarem como instrumentos para a tomada de decisões sobre a estrutura normativa básica do Estado e da sociedade²³.

Portanto, esse conjunto de transformações no modelo de organização política estatal é genericamente denominado de “constitucionalização do Direito”. Nesse campo, um marco teórico comumente adotado é o estudo de Riccardo Guastini²⁴ sobre a constitucionalização dos ordenamentos jurídicos, notadamente o caso italiano. Nele, busca-se conceituar o que seria esse

²⁰ Id., p. 252 e 253.

²¹ Expressão popularizada na academia brasileira por influência de J. J. Canotilho.

²² ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, p. 520.

²³ Id., p. 522.

²⁴ GUASTINI, Riccardo. La constitucionalización del ordenamiento jurídico: El caso italiano. Trad. José María Lujambio. In: CARBONELL, Miguel (Org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. 3. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2009. p. 75-98.

“constitucionalizar” e também as condições para o desencadeamento desse processo. Logo, a constitucionalização do ordenamento jurídico seria um conjunto de transformações em que, ao fim e ao cabo, a ordem jurídica se tornasse completamente “impregnada” pelas normas constitucionais. Conjectura essa marcada por uma Constituição extremamente invasora, intrometida, a qual possuísse a capacidade de condicionar a legislação, a jurisprudência, a doutrina, a ação dos atores políticos e até as relações sociais. Conforme o italiano nota bem: a constitucionalização é gradativa, porquanto não haja uma resposta binária para o estado de um ordenamento nesse aspecto.

Daniel Sarmento²⁵ afirma que o processo de constitucionalização do Direito envolve duas facetas distintas: questões antes delegadas ao legislador passam a ser tratadas pelo poder constituinte em suas diversas modalidades, logo, constitucionalizadas, o que retira uma série de decisões do alcance das maiorias legislativas momentâneas; além disso, os princípios e valores constitucionais penetram em todo o ordenamento jurídico, impondo uma “filtragem” constitucional de modo que se dê uma releitura do Direito à luz da Constituição. E mais: a Carta Maior não é somente a lei fundamental do Estado, mas também da sociedade, ou, melhor, ela não apenas coordena as relações entre os Poderes e o governante-governado, como também é uma norma diretiva fundamental no sentido de ser uma ordem objetiva de valores. Consoante a esses ideais, a argumentação de Luís Roberto Barroso²⁶: “A idéia de constitucionalização do Direito aqui explorada está associada a um efeito expansivo das normas constitucionais, cujo conteúdo material e axiológico se irradia, com força normativa, por todo o sistema jurídico”.

2 O PODER JUDICIÁRIO NO ESTADO CONSTITUCIONAL

Da mesma forma que ocorreu na seção passada, o conceito de Poder Judiciário será abordado em dois movimentos: longitudinal/histórico e transversal/comparativo. É dizer: primeiro será abordada a afirmação do Judiciário como poder político; seguidamente, serão expostos os seus elementos identificadores.

²⁵ SARMENTO, Daniel. Ubiquidade constitucional: os dois lados da moeda. In: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de (Coord.). *A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 116-122.

²⁶ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e a constitucionalização do direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 217.

A noção moderna de Estado decorre, em grande medida, dos ideais propalados pela corrente filosófica do Iluminismo. A ver, é no *ius publicum* dos romanos que o pensamento liberal encontra *locus* adequado para a restrição tanto da sujeição feudal quanto do absolutismo real, porquanto se constrói um sistema em que o poder contém o poder e há a vinculação do Estado ao princípio da legalidade, isto é, pelo estabelecimento de limites e condições jurídicas da atuação estatal, ficam garantidos os espaços de liberdade individual²⁷.

Ademais, tal formulação é gerada pelas três grandes Revoluções Liberais: no sentido de afirmar a legitimidade do poder e da representação política, advém a Revolução inglesa e a criação do Direito Parlamentar; a fim de afirmar a independência política, tem-se a Revolução americana e a gênese do Direito Constitucional; por fim, pela redefinição dos interesses públicos e sua condução pelo próprio povo, noticia-se a Revolução francesa e a estruturação do Direito Administrativo²⁸.

Nessa senda, institucionaliza-se um poder político, dentro da dinâmica de separação dos poderes, responsável precipuamente pela função jurisdicional, traduzível em administração da justiça, monopolizada pelo Direito Público na figura estatal, com a competência de decidir conflitos sob o manto da coisa julgada. Logo, o Judiciário se insere no sistema de organização estatal por sua responsabilidade no controle de legalidade, o qual é entendido em dois planos: o Estado de Direito se viabiliza pelo controle de legalidade em sentido estrito, isto é, a submissão do agir do Estado e da sociedade à lei; enquanto o Constitucionalismo, pelo controle de constitucionalidade, relativo à submissão da própria lei à Constituição²⁹.

Contudo, ainda em Montesquieu, formulador da doutrina da tripartição dos poderes, a despeito das funções institucionais *supra*, o Judiciário é concebido como poder de menor relevância em relação aos demais, dada a imposição de um caráter puramente exegético à atividade jurisdicional³⁰. Nessa perspectiva, o juiz é um autômato da lei, ou seja, por meio de seu conhecimento técnico, deve aplicar a “letra fria” da lei na exata medida querida pelo Poder legiferante.

²⁷ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *O sistema judiciário brasileiro e a reforma do Estado*. São Paulo: Celso Bastos, 1999. p. 45.

²⁸ Id., p. 46 e 47.

²⁹ Id., loc. cit.

³⁰ MONTESQUIEU. *Do espírito das leis*. São Paulo: Nova Cultural, 2000. p. 201-211.

Tal construção é reflexa da baixa Idade Média, na qual o magistrado era uma extensão do braço do rei e a Magistratura, composta pela classe nobiliárquica. Portanto, com as revoluções burguesas, por certo, os novos detentores do poder têm a visão do magistrado-inimigo³¹, de modo que estruturam o Judiciário de maneira a ser subsidiário, apolítico, passivo e formalista.

Demais disso, essa formulação encontrará a sua reformulação com os adventos das sociedades de massa e do Estado Social. Com o aparecimento da técnica de controle social de cunho promocional, marca distintiva do Estado Providência, acentua-se o poder criativo do direito jurisprudencial por duas razões: a natureza principiológica das legislações sociais, o que se traduz na conferência de maior discricionariedade aos juízes no caso concreto; a inflação dos textos legislativos, colocando em xeque a crença na completude e centralidade sistêmica dos códigos. Nessa perspectiva, o Judiciário se agiganta como Poder, pois as transformações econômicas e sociais prometidas pelo Estado do Bem-Estar Social dependem, em grande medida, da interação entre os Poderes Executivo e Judiciário³².

Entretanto, a esse novo “Gigante” não se furtam os efeitos da chamada falência do Estado Social. Esta pode ser dimensionada em duas crises: (i) financiamento e (ii) legitimidade. Quanto à crise de legitimidade, já foi exposto de que forma a legitimação do poder judicante muda na passagem para o Estado Constitucional; por conseguinte, a atuação, ou mesmo a mera existência, do Judiciário não mais se justifica por força da autoridade das leis. Para isso, aponta-se a noção de racionalidade discursiva como nova fonte de legitimação, ou seja, a legitimidade do juiz deriva da fundamentação de suas sentenças.

Por outro lado, a crise de financiamento é igualmente relevante e até mais vistosa aos olhos do povo. Em suma, trata-se do reclamo pelo acesso à justiça em uma sociedade de massa, mas ao mesmo tempo complexa e plural. No Direito Processual, identificam-se três ondas de acesso à justiça. Essas ondas estariam no sentido de remoção dos obstáculos à resolução de litígios. A primeira onda refere-se à remoção de obstáculos econômicos, tendo como marco a assistência judiciária gratuita. Seguidamente, a segunda onda se traduz na remoção de obstáculos de cunho individualista; logo, se criaram mecanismos de proteção

³¹ TAVARES, André Ramos. *Manual do Poder Judiciário brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 27-31.

³² CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Trad. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1993. p. 34-56.

de interesses transindividuais. Por fim, a terceira onda é referente a obstáculos qualitativos, então se tem a reforma do Poder Judiciário, desformalização e meios alternativos de resolução dos conflitos³³.

Diante de tal quadro, é fenômeno global a constatação de que o aparato judicial se vê desprovido de recursos materiais, técnicos e humanos suficientes, em decorrência da não adaptação de seus processos e de suas culturas a esse novo cenário. Nessa senda, é inequívoco falar, em âmbito mundial, em uma crise do modelo de gestão da administração da justiça³⁴.

A realidade complexa que cerca o Poder Judiciário pode ser colocada, portanto, nos seguintes termos: é um ator político na medida em que tem a responsabilidade de buscar fins sociais determinados na Constituição e controlar o cumprimento de funções políticas e de execução de programas de outros poderes; é um ator passivo, ou seja, que necessita ser provocado; é um corpo coletivo, mas expressa uma parte considerável de sua atividade em decisões individuais, das quais, no entanto, se cobra coerência com o conjunto das decisões tomadas pelo corpo a que pertence; e, por fim, trabalha com um emaranhado legislativo cuja coerência e acessibilidade estão sobejamente conhecidas como precárias. (Roesler, 2006, p. 7)

Em síntese, o Estado-juiz, na conjuntura atual, é muito mais do que “um organismo direcionado a resolver conflito de interesses surgidos na sociedade, mas também como ordenador da respeitabilidade dos direitos humanos fundamentais, seu garante último, inclusive contra o próprio Estado-administrador, ou Estado-legislador”³⁵. Ressalta-se, assim, a afirmação peremptória do Poder Judiciário como poder político autônomo e independente.

³³ FONSECA, Reynaldo; FONSECA, Rafael. O princípio do devido processo legal e a conciliação. *Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região*, Brasília, v. 26, n. 3/4, p. 17-22, mar./abr. 2013, p. 19.

³⁴ Exemplificativamente, destaca-se o estudo de Rafael Jiménez Asensio acerca do ordenamento espanhol: JIMÉNEZ ASENSIO, Rafael. *Riforma Dell'Amministrazione della Giustizia e Comunità Autonome*. In: GAMBINO, Silvio (Org.). *La Magistratura nello Stato Costituzionale*: Teoria ed esperienze a confronto. Milão: Giuffrè, 2004.

³⁵ Tavares, op. cit., p. 38.

3 O PERFIL DO JUIZ NA TRADIÇÃO OCIDENTAL

Esta seção do artigo focará na figura da Judicatura, porquanto é ela quem faz cotidianamente o Estado-juíz³⁶. Para isso, três assuntos devem ser abordados: (i) as balizas dadas pelo direito comparado (tradição ocidental) para se pensar o problema; (ii) o perfil de juiz no Estado Constitucional; (iii) os modelos historicamente construídos de recrutamento de magistrados, ressaltando as suas vantagens e desvantagens.

No imaginário europeu, o “juiz” é uma figura arquetípica, inclusive por influência do plano religioso. O perfil deste magistrado está “em posição de destaque; os seus símbolos são a balança e a espada punitiva. Ele vê tudo e decide com justiça. O seu veredicto é inevitável. Ele é a ‘última instância’”³⁷. Entretanto, descendo do plano simbólico, duas colocações são relevantes: (i) o conflito aristocrático/populista que rege o desenvolvimento do perfil dos membros do Estado-juíz; e (ii) a diferenciação *common law/civil law*.

Em maior ou menor grau, o Judiciário sofre com pressões internas e externas, as quais podem ser agrupadas em duas direções, nos termos de Antonie Garapon: (i) o desvio aristocrático e (ii) a tentação populista³⁸. A primeira implica em uma forte ligação com a política, a qual compromete a independência e a imparcialidade do Poder; além disso, se pauta por um funcionamento burocratizado e pautado em uma hierarquia orgânica. Já a segunda se traduz em uma inclinação voltada para atender o “apelo das massas”, desconsiderando as exigências do devido processo legal sob a justificativa de se tratar de “formalismo exacerbado” e contrário à celeridade e à verdade real. Tal concepção rotineiramente descamba para a irresponsabilidade política.

Do mesmo modo, é relevante a bifurcação da experiência europeia em dois modelos de sistema jurídico: o Direito Comum inglês e o Direito romano-civilístico continental. Por óbvio, isso gera repercussões nas incumbências da jurisdição. Tal distinção fica evidente na própria obra de Montesquieu, pois, apesar

³⁶ Aqui se critica parcela da doutrina que tenciona modificar as condições operativas do Estado-juíz pensando exclusivamente na instituição e em normas, sem considerar que qualquer mudança nessa seara deve passar necessariamente pelo material humano e sua cultura organizacional, especificadamente: os magistrados e seu senso comum teórico.

³⁷ STOLLEIS, Michael. O perfil do juiz na tradição europeia. In: HOMEM, António Pedro Barbas et al. *Seminário Internacional “O Perfil do Juiz na Tradição Ocidental”*. Lisboa: Conselho Superior da Magistratura, 2007. p. 21.

³⁸ GARAPON, Antonie. *O juiz e a democracia: o guardião das promessas*. Trad. Maria Luiza de Carvalho. Rio de Janeiro: Revan, 1992. passim.

de se espelhar na organização política inglesa e a sua supremacia parlamentar, reconhece ao Judiciário um lugar secundário. Em síntese, a experiência inglesa marcou-se por uma preocupação pela “unidade da jurisdição”, conquanto a história francesa se voltou para a “unidade da administração” sob a batuta napoleônica.

Nos termos de R. C. Van Caenegem, há duas visões opostas sobre o perfil dos magistrados: no direito consuetudinário, os magistrados são os “oráculos da lei” (*The Oracles of the Law*), isto é, a lei é o que o juiz diz que é lei; ao passo que, na tradição civilística, o juiz assume uma função de porta-voz do Legislador, o que se sintetiza na expressão “boca da lei” (*bouches de la loi*), ou seja, a lei é aquela que o legislador diz que é³⁹. Não se pretende aqui gerar máximas, porém apenas explicitar duas visões opostas que refletem com precisão a disputa entre Legislativo e Judiciário pelo controle da lei.

Por certo, o perfil de juiz esperado no Estado Constitucional deve ser condizente com as atribuições institucionais do Estado-juiz. Nesse sentido, o juiz assume seu papel de agente promotor de transformações sociais, visto que é seu dever a efetivação dos direitos fundamentais, o que, por vezes, repercute em interferências no Legislativo e no Executivo. Tal faceta é denominada pela doutrina como “ativismo judicial”. Por si só, o ativismo judicial não é maléfico à democracia constitucional. Na verdade, como bem observa André Tavares, o Estado Constitucional exige o ativismo como um dever⁴⁰.

Nessa linha de raciocínio, deve-se delimitar melhor o conceito com o intuito de evitar equívocos. O discurso dos direitos fundamentais possibilita um novo papel ao Poder Judiciário em caráter contramajoritário, o que, por certo, implica em uma postura mais ativa e intervencionista do Judiciário, sobretudo a justiça constitucional, em searas que seriam *prima facie* exclusivamente políticas⁴¹.

Ainda em concordância com André Tavares, tal fenômeno teve como causa a abertura semântica das constituições, o que se justifica pela “contemplanção principiológica do discurso dos direitos humanos, pela supremacia da Constituição, pela vinculação dos legislativos aos direitos fundamentais con-

³⁹ CAENEGEM, R. C. Van. “Oráculos da Lei” ou “*Bouche de la Loi*”: considerações históricas sobre o papel dos juizes. In: HOMEM, António Pedro Barbas et al. *Seminário Internacional “O Perfil do Juiz na Tradição Ocidental”*. Lisboa: Conselho Superior da Magistratura, 2007. p. 35-40.

⁴⁰ Tavares, op. cit., p. 43.

⁴¹ Por muitas vezes, tal discussão é tratada na doutrina como judicialização da política e politização do jurídico, o que não será aqui tratado.

sagrados e, sobretudo, pela necessidade de retirar, do âmbito político, certas opções”⁴².

Dado o caráter pejorativo que o termo “ativismo” tomou no contexto brasileiro, por jogo de palavras, há uma constitutiva tensão entre o ativismo e a altivez do Estado-juiz. Noutras palavras, até que ponto é constitucionalmente adequada essa postura do Judiciário em face dos outros poderes e da sociedade civil?

Não é pretensão desta investigação responder tal indagação; entretanto, em consonância com o marco teórico tal limite é traçado pelo próprio esforço de se conjugar os dois pontos de partida, isto é, o Estado de Direito e o caráter argumentativo de direito – direito de defesa e contestação das premissas conforme as teorias retóricas, procedimentais e das leis. Portanto, os parâmetros de controle do ativismo judicial seriam dados pela própria argumentação jurídica, na qualidade de “caso especial” da argumentação geral.

A dogmática dos direitos fundamentais, enquanto disciplina prática, visa, em última instância, a uma fundamentação racional de juízos concretos de dever-ser no âmbito dos direitos fundamentais. A racionalidade da fundamentação exige que o percurso entre as disposições de direitos fundamentais e os juízos de dever-ser seja acessível, na maior medida possível, a controles intersubjetivos. (Alexy, 2008, p. 43)

Por outro lado, o juiz também tem importante papel na preservação da democracia constitucional. Nesse sentido, a doutrina diverge em relação ao exato contorno dessa tarefa, principalmente no que toca à jurisdição constitucional. Há aqueles que consideram que o Estado-juiz deve se limitar a garantir as regras do jogo democrático em uma perspectiva procedimental⁴³, conquanto também exista parcela doutrinária que infirma a necessidade de um Judiciário atuante no próprio jogo democrático⁴⁴. Da divergência, o que se extrai é o consenso de que a jurisdição não se reduz a compor lides subjetivas ou aplicar a lei ao caso

⁴² Id., p. 45-46.

⁴³ Cita-se, *v.g.*, Habermas (deliberativo) e Ely Hart (radical).

⁴⁴ Cita-se, *v.g.*, Dworkin e MacCormick.

concreto, objetivando a pacificação social, mas sim se define pelo seu dever de concretizar os valores públicos ao dar tutela concreta ao direito material⁴⁵.

Nesse momento, torna-se cabível adentrar o terreno dos modelos de recrutamento de juízes historicamente surgidos. Tal incursão se dará sob a influência de dois marcos: (i) Eugenio Raúl Zaffaroni e (ii) Carlo Guarnieri. No primeiro, têm-se três modelos de análise da Magistratura, o que inclui sua seleção, quais sejam, (i) o empírico-primitivo; (ii) o tecno-burocrático; e (iii) democrático contemporâneo. Já o italiano divide a seleção de juízes em (i) juiz-funcionário e (ii) juiz-profissional, seguidamente aponta as vantagens e desvantagens de cada modelo.

De plano, convém alinhar o pensamento com o de Garapon na medida em que ele concebe a seleção de juízes como resultante das relações entre justiça e política. Estabelece, assim, dois modelos: o burocrático e o profissional.

No modelo burocrático, os juízes são escolhidos por concurso aberto a estudantes em geral, logo após o diploma universitário. A organização é hierárquica. A promoção, geradora inclusive de uma certa competição ao longo da carreira, se faz sobre a antiguidade e o mérito. No segundo, que podemos qualificar de aristocrático, os juízes são recrutados quando no meio de carreira, dentro de um pequeno número de advogados (*barristers*), para ocupar diretamente postos elevados que, na maioria dos casos, nunca mais deixarão. Este modelo desconhece quase sempre a hierarquia interna e, portanto, a promoção. (Garapon, 2001, p. 57)

Conforme já dito, para Zaffaroni, a experiência da Magistratura na tradição ocidental pode ser compreendida por meio de três modelos, o que repercute na qualificação exigível no momento da seleção. Embora produtos de momentos históricos diferentes (estágios da evolução política da Magistratura), cabe dizer que eles ainda subsistem nos dias atuais (daí sua importância). Metaforicamente, se fala na “contemporaneidade do não contemporâneo”, quer dizer, “como resultado de qualquer fenômeno de dinamismo institucional, em que subsistem instituições que já não têm seu sentido originário, mas que foram assumindo novas funções reais ou latentes”⁴⁶.

⁴⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*. 3. ed. São Paulo: RT, 2008. p. 110.

⁴⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Poder Judiciário: crises, acertos e desacertos*. São Paulo: RT, 1995. p. 102.

Em primeiro lugar, surge o modelo empírico primitivo, no qual a seleção carece de nível técnico, tendendo para a arbitrariedade partidarizante. Nesse caso, o perfil do juiz será deteriorado, sendo insuficientes as condições de controle de constitucionalidade, segurança jurídica e independência judicial. Em geral, insere-se no contexto de países não democráticos ou com democracias instáveis⁴⁷.

Em segundo lugar, tem-se o modelo tecno-burocrático, no qual se erradica a arbitrariedade seletiva, a fim de se garantir o nível técnico da Magistratura. Aqui a qualidade da prestação jurisdicional é melhor, embora mais formalizada. “O perfil do juiz não deixa de ser deteriorado, mas aqui com acentuada tendência à burocratização ‘carreirística’. A independência, no melhor dos casos, é apenas externa”⁴⁸.

Em terceiro lugar, há o modelo democrático contemporâneo, no qual se preserva a seleção técnica com um melhor controle sobre os mecanismos seletivos. “O perfil do juiz tenderá para o de um técnico politizado (não partidarizado nem burocratizado). A independência é mais bem assegurada do que nos outros modelos, tanto externa quanto internamente”⁴⁹.

Outra forma de ver a tipologia das seleções de magistrados é construída por Guarnieri. Para ele, há dois modelos básicos de recrutamento: o juiz-funcionário e o juiz-profissional. O primeiro está ligado com a tradição romano-germânica, em que os quadros da Judicatura são preenchidos por concursos públicos e o aprendizado da função se dá no próprio exercício desta, dado que o perfil do postulante é o jovem bacharel. Já o segundo, presente em países de *common law*, pauta-se na seleção de profissionais bem-sucedidos de outras carreiras jurídicas, *v.g.*, advocacia, com experiência profissional comprovada que lhe habilite a exercer a função jurisdicional⁵⁰.

Ainda no exercício comparativo, a seleção, nos moldes do juiz-profissional, tem a vantagem de permitir uma avaliação mais duradoura de suas capacidades profissionais e de suas características psicológicas. Em compensação, apresenta como desvantagens o caráter clientelista, a disposição de bons candidatos

⁴⁷ Id., p. 102-103.

⁴⁸ Id., p. 103.

⁴⁹ Id., loc. cit.

⁵⁰ GUARNIERI, Carlo. El acceso a la magistratura: problemas teóricos y análisis comparado. In: JIMÉNEZ ASENSIO, Rafael (Org.). *El Acceso a la Función Judicial: estudio comparado*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2001. p. 23-36.

já integrada em outras carreiras a ingressarem na Magistratura, bem como reproduzir vícios profissionais da outra carreira, o que tende à homogeneização⁵¹.

Já o recrutamento, nos termos do juiz-funcionário, importa como vantagens a garantia de conhecimentos técnicos e evita ingerências externas. Em contrapartida, as desvantagens são a dificuldade em avaliar as condições reais de capacidade para o exercício jurisdicional, assim como há dificuldade em alcançar objetivos institucionais e um comportamento aproximadamente uniforme de seus membros⁵².

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Considera-se que o Brasil, na qualidade de país em desenvolvimento (ou Modernidade Periférica, como preferem alguns), possui desafios para se estabelecer dentro de um perfil de juiz brasileiro no Estado que se iniciou em 5 de outubro de 1988. Para dizer mais: as quatro instituições jurídicas basilares – Estado Democrático de Direito, soberania popular, separação de poderes e direitos fundamentais – devem ser pensadas dentro da realidade específica do Brasil contemporâneo.

Aqui se encontra o desafio de futuras pesquisas nesta área, porquanto o Brasil e, de certa forma, a América Latina apresentam as suas instituições derivadas da tradição ocidental aqui referida pelo próprio processo de colonização, bem como interferências e/ou influências posteriores em perspectiva comparada. Contudo, falta resposta satisfatória da doutrina jurídica aos inúmeros desafios postos por uma sociedade massificada, porém complexa e plural, como o é a brasileira. Uma mera importação de conceitos como pensados no berço do constitucionalismo não auxilia na função social da dogmática jurídica.

Sendo assim, tais quatro pilares do sistema estatal devem ser reconstruídos à luz da experiência hodierna brasileira, a fim de dar respostas socialmente adequadas e constitucionalmente consistentes à problemática que cerca a Magistratura e a atuação do juiz. É o que se conclui.

Demais disso, considera-se verificada a hipótese traçada em introito, a saber, pode-se falar em um perfil historicamente construído sobre a figura do magistrado no Estado Moderno. Todavia, a resposta parcial ora confirmada

⁵¹ ROESLER, Claudia Rosane. O sistema de seleção e formação dos juízes na Espanha. 86 f. Relatório de Pós-Doutorado – Departamento de Filosofia do Direito da Universidade de Alicante. Alicante/Espanha, 2006. p. 11.

⁵² Id., p. 12.

deve ser vista dentro da modulação dada pelos alertas já feitos também em introdução. O interessante é justamente as diferentes perspectivas que podem ser postas sobre esse mesmo perfil e o desenvolvimento deste para dar respostas a problemas jurídicas, assim como contribuir para o avanço de um saber igualmente jurídico.

A EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA TEORIA DE ROBERT ALEXY

THE HORIZONTAL EFFECT OF FUNDAMENTAL RIGHTS IN THEORY OF ROBERT ALEXY

Wilson Steinmetz¹

Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina

Cristhian Magnus De Marco²

Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina

RESUMO: Este artigo tem por objetivos reconstruir a análise e a interpretação de Robert Alexy das teorias existentes na doutrina e jurisprudência constitucionais alemãs sobre a eficácia horizontal – teoria da eficácia direta, teoria da eficácia indireta e teoria da imputação – e descrever os elementos essenciais da teoria integradora e unitária que ele propõe. Alexy argumenta que as teorias existentes produzem resultados equivalentes, que cada uma delas toca em aspectos relevantes do problema e que por isso nenhuma delas pode ser considerada integralmente falsa ou integralmente correta. Tomando esses argumentos como pontos de partida,

Alexy formula uma teoria integradora e unitária com a pretensão de satisfazer o postulado da correção na solução de cada caso concreto e com a pretensão de contribuir para uma compreensão mais precisa dos efeitos dos direitos fundamentais e das normas de direitos fundamentais no sistema jurídico.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos fundamentais; eficácia horizontal; sistema jurídico; teoria integradora.

ABSTRACT: *This article aims at reconstructing Robert Alexy's analysis and interpretation of the existing theories on German case law and legal literature about the horizontal effect – theory of direct effect,*

¹ Doutor em Direito (UFPR), Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Caxias do Sul, Consultor jurídico. *E-mail:* wilson.steinmetz@gmail.com.

² Doutor em Direito (PUCRS), Advogado. *E-mail:* cristhian.demarco@unoesc.edu.br.

theory of indirect effect and theory of imputation – and at describing the essential elements of the integrative and unitary theory which he proposes. Alexy argues that the existing theories produce equivalent results, that each one of them deals with relevant aspects of the problem and therefore none may be considered entirely false. Using these arguments as a starting point, Alexy formulates an integrative and unitary theory with the purpose of satisfying the postulate of the propriety in the solution of every concrete case and with the purpose of contributing for a more precise understanding of fundamental rights and fundamental rights norms in the legal system.

KEYWORDS: *Fundamental rights; horizontal effect; legal system; integrative theory.*

I

Alexy situa o tema do efeito perante terceiros ou da eficácia horizontal dos direitos fundamentais no contexto do significado das normas de direitos fundamentais para o sistema jurídico³. Dizendo de outro modo, analisar a eficácia horizontal é analisar o significado que as normas de direitos fundamentais têm para o sistema jurídico. Esse significado depende da fundamentalidade formal e da fundamentalidade material dos direitos fundamentais⁴.

A fundamentalidade formal deflui da supremacia formal dos direitos fundamentais em um ordenamento jurídico concebido como uma estrutura escalonada de normas. Situados no ápice do ordenamento, os direitos fundamentais vinculam direta e imediatamente todos os Poderes Públicos.

No entanto, a tese da fundamentalidade formal, por si, ainda não define a natureza do modelo constitucional. Alexy especula sobre dois modelos constitucionais extremos: o puramente procedimental e o puramente material⁵. No primeiro, “[...] a constituição contém apenas normas de organização e procedimento”. Desse modelo resulta que qualquer conteúdo pode ser direito positivo válido, desde que criado conforme os ritos ou procedimentos estipulados pela constituição. Uma constituição puramente procedimental não determina ou influencia *diretamente* o conteúdo do direito infraconstitucional. Desde que observados os procedimentos, a vontade do legislador é determinante e decisiva. O direito infraconstitucional pode abrigar qualquer conteúdo.

³ Alexy, 2008, p. 520 e seguintes.

⁴ Alexy, 2008, p. 520.

⁵ Alexy, 2008, p. 520-523.

No modelo puramente material, a constituição é composta apenas de normas materiais (*e.g.*, direitos subjetivos e objetivos estatais). Nesse modelo, o direito infraconstitucional é determinado globalmente pelo conteúdo das normas constitucionais. O legislador, ao criar normas, apenas declara ou explicita aquilo que já está contido na constituição. Não há liberdade legislativa de criação e conformação.

Para Alexy, a Constituição da República Federal da Alemanha é mista: modelo material-procedimental⁶. E isso tem implicações relevantes para o sistema jurídico. E aqui uma citação mais longa é necessária:

O fato de uma constituição ter elementos procedimentais e materiais combinados entre si tem importantes consequências para todo o sistema jurídico. Isso significa que, ao lado dos conteúdos que, no sistema jurídico, são simplesmente *possíveis* em relação à constituição, há também conteúdos que são, também em relação à constituição, *necessários* ou *impossíveis*. O fato de as normas de direitos fundamentais estabelecerem os conteúdos constitucionalmente necessários e impossíveis para o sistema jurídico constitui o núcleo da fundamentalidade formal desses direitos.⁷

À formal soma-se a fundamentalidade material ou substancial. “Direitos fundamentais e normas de direitos fundamentais são fundamentalmente substanciais porque, com eles, são tomadas decisões sobre a estrutura normativa básica do Estado e da sociedade”⁸.

Da fundamentalidade formal e da fundamentalidade material dos direitos fundamentais, assim entendidas, resulta que as normas de direitos fundamentais projetam efeitos não só sobre as relações entre o Estado e os cidadãos (relações de direito público), mas também sobre as relações entre os cidadãos (relações de

⁶ A rigor, esse é o modelo adotado por todas as constituições contemporâneas. Embora seja possível conjecturar sobre um modelo puramente procedimental ou um modelo puramente material, o fato é que tanto um como o outro desfigurariam o próprio conceito moderno de constituição: um conjunto de normas fundamentais sobre direitos dos cidadãos, limites à atuação estatal e organização (funções e competências) dos Poderes Públicos.

⁷ Alexy, 2008, p. 522.

⁸ Alexy, 2008, p. 522.

direito privado). Em suma, produzem efeitos sobre o sistema jurídico como um todo.

Estabelecidas essas premissas, Alexy, então, enfrenta o tema dos efeitos dos direitos fundamentais perante terceiros (eficácia horizontal).

II

Alexy admite – e isso ele escreve em meados dos anos 80 do século 20, tendo por objeto a doutrina e a jurisprudência alemãs – que a tese segundo a qual direitos fundamentais produzem efeitos nas relações entre cidadãos é amplamente aceita. Contudo, ainda são controversos o *como* e a *extensão* desses efeitos. A questão do *como* é um problema de construção; a da *extensão* é um problema de colisão. No enfrentamento dessas questões, é preciso ter presente que uma coisa é a relação entre o cidadão (titular de direitos subjetivos) e o Estado (não titular de direitos subjetivos); outra coisa é a relação entre cidadão-cidadão, na qual ambos os polos titularizam direitos subjetivos⁹.

Há três teorias sobre a questão da construção¹⁰.

Segundo a teoria dos efeitos indiretos perante terceiros¹¹, formulada por Günter Dürig em 1953 e adotada pelo Tribunal Constitucional Federal alemão a partir do caso Lüth (1958), os direitos fundamentais, enquanto “decisões axiológicas”, “normas objetivas” ou “valores constitucionais”, influenciam a interpretação e aplicação das disposições de direito privado. Isso se operacionaliza em especial no “preenchimento” das cláusulas gerais e dos conceitos jurídicos indeterminados¹². Na interpretação de Alexy, essa teoria tem como destinatário o juiz¹³.

⁹ Alexy, 2008, p. 528.

¹⁰ Em sua *Teoria dos direitos fundamentais*, publicada na Alemanha em 1986 (*Theorie der Grundrechte*), Alexy não analisa a teoria dos deveres de proteção, também denominada teoria dos imperativos de tutela. O principal formulador dessa teoria é Canaris. As suas formulações são posteriores à *Teoria dos direitos fundamentais* de Alexy. Sobre a teoria dos deveres de proteção no âmbito das relações entre particulares, ver Canaris (2003), Steinmetz (2005) e Duque (2013, p. 314-383).

¹¹ Também denominada na literatura especializada “teoria da eficácia mediata” ou “teoria da eficácia indireta”.

¹² Alexy, 2008, p. 529. Exposições detalhadas da teoria da eficácia indireta ou mediata estão em Steinmetz (2004, p. 136-164), Sarmiento (2006, p. 197-204), Virgílio Afonso da Silva (2005, p. 75-86) e Duque (2013, p. 195-314).

¹³ Alexy, 2008, p. 531.

Conforme a teoria dos efeitos diretos perante terceiros¹⁴, formulada por Hans C. Nipperdey e adotada pela 1ª Turma do Tribunal Federal do Trabalho, dos direitos fundamentais previstos na constituição “fluem também diretamente direitos subjetivos privados para os indivíduos” (Nipperdey). Segundo Nipperdey, novamente citado textualmente por Alexy,

o efeito jurídico é muito mais um efeito normativo direto, que modifica as normas de direito privado existentes, não importa se se trata de direitos cogentes ou dispositivos de cláusulas gerais ou normas jurídicas específicas, ou cria novas normas, sejam proibições, deveres, direitos subjetivos, leis de proteção ou motivos justificadores.¹⁵

Para Alexy, essa teoria tem como destinatário, em primeiro plano, o juiz¹⁶.

Uma terceira teoria, cujo destacado expoente é Jürgen Schwabe, sustenta que os efeitos dos direitos fundamentais nas relações entre particulares decorrem da vinculação do Estado a esses direitos como direitos de defesa. As violações de direitos fundamentais entre particulares devem ser imputadas ao Estado (teoria da imputação), à medida que ao Estado cabe criar e impor as normas de direito privado. Portanto, os efeitos dos direitos fundamentais entre cidadãos se justificam e se processam pela dimensão defensiva dos direitos fundamentais do cidadão contra o Estado¹⁷. Essa teoria tem por destinatários o legislador e o juiz¹⁸.

Alexy conclui que há algo em comum entre essas teorias: todas têm como destinatário o Poder Judiciário. Assim, no plano da decisão judicial, essas teorias produzem resultados equivalentes¹⁹.

¹⁴ Também denominada na literatura especializada “teoria da eficácia imediata” ou “teoria da eficácia direta”. Na literatura brasileira, exposições detalhadas da teoria da eficácia direta ou imediata estão em Steinmetz (2004, p. 136-164), Sarmiento (2006, p. 204-216), Silva (2005, p. 86-98), Sarlet (2007, p. 124 et seq.) e Duque (2013, p. 102-194).

¹⁵ Alexy, 2008, p. 530.

¹⁶ Alexy, 2008, p. 531.

¹⁷ Alexy, 2008, p. 530-531. Na literatura brasileira, sobre a teoria da imputação ver Steinmetz (2004, p. 175-178) e Silva (2005, p. 104-105).

¹⁸ Alexy, 2008, p. 531.

¹⁹ Alexy, 2008, p. 531.

Outro ponto em comum é este: nenhuma delas concebe como dogmáticamente equivalentes as relações cidadão-Estado e cidadão-cidadão. Elas não ignoram que a relação cidadão-cidadão é uma relação de tipo diferente, porque de ambos os lados há titulares de direitos fundamentais. Disso deriva que os efeitos dos direitos fundamentais nas relações entre cidadãos devem ser modulados. Para essas teorias, “[...] a medida do efeito dos direitos fundamentais na relação cidadão/cidadão é, no final das contas, uma questão de sopesamento”. O que significa isso? Pelo sopesamento, “[...] em determinados âmbitos do direito privado, determinados direitos fundamentais podem ceder totalmente ou em grande medida. Assim, por exemplo, nenhuma das construções exclui a possibilidade de que a liberdade de testamento esteja desvinculada do princípio da igualdade”²⁰.

III

Se as três construções teóricas sobre a eficácia horizontal são equivalentes em resultados, então é falsa a hipótese segundo a qual apenas uma delas é a correta. A rigor, cada uma delas põe, corretamente, em destaque algum aspecto do problema. Isso não significa que não se deve construir um modelo abrangente com pretensão de correção. Uma construção correta dos efeitos horizontais é relevante não só para a solução de cada caso que se apresenta, mas também é importante para uma precisa compreensão dos efeitos dos direitos fundamentais e das normas de direitos fundamentais no sistema jurídico²¹.

Não existindo uma construção dogmática unitária para a eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídicas entre particulares, Alexy²² propõe um modelo de três níveis, integrando as três teorias básicas: teoria da eficácia mediata, teoria da eficácia imediata e teoria da imputação de Schwabe (direitos de defesa contra o Estado). Essas teorias não se excluem. Em cada uma, há aspectos corretos incorporáveis em uma construção dogmática unitária.

Como já anotado *supra*, Alexy constata que as teorias da eficácia mediata e da eficácia imediata dirigem-se, em primeiro plano, ao Poder Judiciário e à teoria da imputação, ao Poder Legislativo e ao Poder Judiciário. Como construções dogmáticas dirigidas à atividade judicial, são equivalentes em seus resultados. O resultado alcançável com uma também pode ser alcançado com as outras.

²⁰ Alexy, 2008, p. 532.

²¹ Alexy, 2008, p. 533.

²² Alexy, 1997, p. 511-524.

As três teorias tomam em conta (i) que, na relação entre particulares, ambas as partes são titulares de direitos fundamentais, (ii) que, por essa razão, a eficácia deve ser matizada (gradação da eficácia) e (iii) que a medida da eficácia deve ser definida, em última instância, pela ponderação ou pelo sopesamento. Em relação à ponderação, a diferença é que, para a teoria da eficácia mediata, ela deve ser realizada no marco do direito civil válido.

Alexy²³ propõe um modelo de três níveis: (i) o dos deveres do Estado, (ii) o dos direitos ante o Estado e (iii) o das relações jurídicas entre particulares. (i) A teoria da eficácia mediata situa-se no nível dos deveres do Estado. Os direitos fundamentais como princípios objetivos que se projetam sobre todos os âmbitos do direito obrigam o Estado a tomá-los em conta na legislação e na jurisdição. (ii) Os direitos ante o Estado (a teoria de Schwabe) situam-se no segundo nível. O particular, em conflito com outro particular, tem o direito fundamental a que o juiz e os Tribunais, em suas decisões, tomem em consideração os princípios jusfundamentais (princípios objetivos) que apoiam a sua (do particular) posição ou pretensão. Esse direito fundamental é um direito fundamental ante (contra) a jurisdição. Se o juiz ou o Tribunal, na decisão proferida, não tomar em consideração esse direito fundamental, estará lesando esse direito fundamental como direito de defesa. (iii) No terceiro nível, situa-se a eficácia de direitos fundamentais nas relações jurídicas entre particulares (teoria da eficácia imediata). Na definição de Alexy²⁴, a eficácia imediata “[...] consiste em que, por razões jusfundamentais, na relação cidadão/cidadã existem determinados direitos e não-direitos, liberdades e não-liberdades, competências e não-competências que, sem essas razões, não existiriam”.

Para Alexy, com essa definição é possível concluir que também da teoria da eficácia mediata e da eficácia por meio da mediação estatal (teoria de Schwabe) resulta uma eficácia imediata. Portanto, as três construções chegam a um mesmo resultado: em última instância, de todas elas resulta uma eficácia imediata. Exemplifica com o caso *Blinkfuer*²⁵.

²³ Alexy, 1997, p. 516 e seguintes.

²⁴ Alexy, 1997, p. 521.

²⁵ *Blinkfuer* era um semanário pró-comunista. No verão de 1961, o grupo editorial Springer enviou uma circular a todos os postos de venda sugerindo um boicote àquelas publicações que veiculassem informações sobre os programas de rádio e de televisão das emissoras da República da Alemanha Oriental. Na carta circular, havia uma advertência: o grupo Springer poderia romper relações comerciais com quem não aceitasse a sugestão de boicote. *Blinkfuer* ajuizou ação contra o grupo Springer alegando concorrência desleal e pedindo indenização por danos (§ 823 do BGB – Código Civil

Dada a densidade da argumentação de Alexy, é oportuno citar a exemplificação por inteiro e diretamente:

O Tribunal Constitucional Federal começa com a constatação de que a ordem objetiva de valores que subjaz à seção de direitos fundamentais influi na questão de saber o que é contrário ao direito no sentido do § 823.1 do BGB [Código Civil alemão]. Isso responde à teoria da eficácia mediata. A Corte de Justiça Federal [Tribunal Superior Federal] havia chegado à conclusão de que o boicote chamado pela Editora Springer não era contrário ao direito. Isso significava que o editor de “Blinkfüer” não tinha ante a Editora Springer nenhum direito a que esta omitisse seu chamado ao boicote. [...] esse não-direito do editor de “Blinkfüer” à omissão é equivalente a uma permissão à Editora Springer para levar a cabo o chamado ao boicote. De acordo com o Tribunal Constitucional Federal, os princípios jusfundamentais exigem justamente o resultado oposto. Isso significa que, *sobre a base* dos princípios jusfundamentais, existe um direito do editor de “Blinkfüer” ante a Editora Springer a que omita o chamado ao boicote. Esse direito é equivalente à obrigação da Editora ante o editor a omitir o chamado ao boicote. Portanto, os princípios jusfundamentais conduzem a direitos e deveres em relações entre iguais que, devido à vigência desses princípios relativa à Constituição, são necessários, porém que, sem sua vigência, não o seriam. Essa é uma eficácia imediata. A teoria da eficácia mediata tem, pois, como consequência necessariamente uma eficácia imediata.

O mesmo vale para a teoria da eficácia por meio da mediação do Estado [teoria de Schwabe]. Como já

alemão). Nos Tribunais ordinários, o semanário obteve êxito. Contudo, o Tribunal Superior Federal, em sentença de 10 de julho de 1963, decidiu favoravelmente ao grupo Springer, argumentando que o boicote estava amparado no direito à liberdade de expressão do art. 5.1 da GG. Em grau de recurso ao Tribunal Constitucional Federal, *Blinkfüer* invoca justamente o direito à liberdade de expressão (GG, art. 5.1). Fatos sumariados a partir do relato de Bilbao Ubillos (1997, p. 309).

se expôs, a Corte de Justiça Federal lesou o direito do editor de “Blinkfüer” a uma proteção na relação entre iguais. Lesou esse direito porque não tomou em conta na devida medida o princípio jusfundamental que apoiava a posição do editor. Porém, isso pressupõe a existência de um direito definitivo do editor ante a Editora à omissão do chamado ao boicote, exigido pelo princípio jusfundamental.²⁶

Em síntese, o modelo de Alexy engloba três níveis. “Cada um deles se refere a um aspecto da mesma coisa. Qual deles deve ser eleito em cada caso na respectiva fundamentação jurídica é uma questão de funcionalidade. Porém, nenhum deles pode pretender a primazia sobre os demais”²⁷. Afinal, conduzem a um mesmo resultado: a eficácia imediata de direitos fundamentais nas relações jurídicas entre particulares.

IV

A tese da irradiação dos efeitos das normas de direitos fundamentais para todos os âmbitos do direito tem relevantes consequências para o sistema jurídico. Alexy aponta três. Aqui destacamos uma delas, que é a mais importante para o tema da eficácia horizontal.

Essa consequência refere-se aos conteúdos do direito ordinário que são constitucionalmente possíveis. A constituição mista material procedimental (ver ponto I, retro) não determina todo o conteúdo do direito ordinário (incluído aí o direito privado), mas “[...] os direitos fundamentais excluem alguns conteúdos como constitucionalmente impossíveis e exigem alguns conteúdos como constitucionalmente necessários”. Isso vale para todas as formas de criação estatal de direito ordinário e *também* “[...] para a competência privada para estabelecer obrigações jurídicas por meio de contratos, necessária do ponto de vista dos direitos fundamentais”²⁸. Assim, ao menos em parte, o sistema jurídico é “*substancialmente determinado*” pela Constituição.

Para concluir, podemos assim resumir a relevante contribuição de Alexy para o complexo e controverso tema da eficácia horizontal: a partir do

²⁶ Alexy, 1997, p. 521-522.

²⁷ Alexy, 1997, p. 522.

²⁸ Alexy, 2008, p. 543.

acúmulo teórico-dogmático e jurisprudencial existentes, ele formula uma teoria integradora e unitária, que tem a pretensão de ser válida para a solução de cada caso concreto, mas que também pretende contribuir para uma precisa compreensão dos efeitos dos direitos fundamentais e das normas de direitos fundamentais no sistema jurídico.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

_____. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

BILBAO UBILLOS, Juan María. *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares: análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Madrid: Boletín Oficial del Estado, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos fundamentais e direito privado*. Trad. Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2003.

DUQUE, Marcelo Schenk. *Direito privado e constituição: drittwirkung dos direitos fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. A influência dos direitos fundamentais no direito privado: o caso brasileiro. In: MONTEIRO, António Pinto; NEUNER, Jörg; SARLET, Ingo (Org.). *Direitos fundamentais e direito privado: uma perspectiva de direito comparado*. Coimbra: Almedina, 2007.

SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. São Paulo: Malheiros, 2005.

STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2004.

_____. Direitos fundamentais e relações entre particulares: anotações sobre a teoria dos imperativos de tutela. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, v. 6, n. 23, p. 291-303, 2005.

INTERDICCIÓN DE LA PERSECUCIÓN PENAL MÚLTIPLE

PROHIBITION OF MULTIPLE CRIMINAL PERSECUTION (DOUBLE JEOPARDY)

James Reátegui Sánchez¹

Doctor por la Universidad de Buenos Aires (Argentina)

RESUMEN: ningún procesado o imputado puede ser investigado dos veces, ya sea simultánea o sucesivamente, por un mismo hecho, por dos Juzgados o Fiscalías distintas; se trata de una garantía constitucional del imputado dentro de un proceso penal.

PALABRAS CLAVE: derechos fundamentales; garantía procesal penal; carga doble.

ABSTRACT: *No accused person or defendant can be investigated twice, either simultaneously or in succession, by a same fact by two courts or different public attorneys; that is a constitutional guarantee of the defendant in criminal proceedings.*

KEYWORDS: *fundamental rights; criminal procedure guarantee; double jeopardy.*

SUMARIO: 1 Consideraciones previas; 2 Denominación y fundamentos; 3 Naturaleza jurídica del *ne bis in idem*; 4 El *ne bis in idem* como garantía constitucional y su proyección en el sistema penal; 5 Las clasificaciones de la garantía del *ne bis in idem* en sentido material y procesal; 6 Los criterios para establecer la prohibición de la persecución múltiple.

SUMMARY: *1 Preliminary considerations; 2 Terminology and foundations; 3 Legal nature of the ne bis in idem; 4 The ne bis in idem as a constitutional guarantee and its projection in the criminal justice system; 5 The ne bis in idem guarantee and its classifications in procedural and material sense; 6 The criteria for establishing the prohibition of double jeopardy.*

1 CONSIDERACIONES PREVIAS

El tratamiento jurídico-procesal de la prohibición de la múltiple persecución penal, o simple *ne bis in idem* no sólo se encuentra como principio rector en el actual Código Procesal Penal del 2004 (artículo

¹ Ex Juez Especializado en lo Penal de Huancayo (Perú).

III, Título Preliminar), sino que también se encuentra regulado, no como principio en el Título Preliminar, sino como uno de los articulados dentro de la normativa de la Parte General de nuestro Código penal, de la misma manera el *ne bis in idem* se encuentra regula dentro de la normativa en la Ley General de Procedimientos Administrativos. Así, el artículo 90 del actual Código penal peruano que señala textualmente lo siguiente: “Nadie puede ser perseguido por segunda vez en razón de un hecho punible sobre el cual se falló definitivamente”. Este artículo tiene que ser necesariamente interpretado a partir del artículo 78 del mismo Código penal que estatuye que la acción penal se extingue (inciso 2): “Por autoridad de cosa juzgada”. Y es aquí donde empieza, a mi entender, la confusión entre los institutos del *ne bis in idem* y la autoridad de la “cosa juzgada”.

Según como hemos dicho el *ne bis idem* en el Código penal se encuentran ubicados en el rubro correspondiente a la “extinción de la acción penal y de la pena”² (Título V) del Código Penal, con lo cual nos da a entender el codificador patrio que una vez verificado una segunda persecución penal sobre una misma persona y hecho punible se extinguirá automáticamente la acción penal y la correspondiente sanción. En otras palabras, si bien las causas eximentes y atenuantes previstas en el artículo 20 del Código penal impiden el nacimiento de la responsabilidad penal, por el contrario las causas como el indulto, la muerte del imputado, la prescripción, la cosa juzgada etc., *extinguen* la responsabilidad penal. Cuando media una excusa, el sujeto no fue nunca punible, cuando media, en cambio, una causa de extinción de la acción o de la pena, el sujeto *pudo ser punible*³. Así, al momento de la calificación de la denuncia fiscal uno de los requisitos para la iniciación de la instrucción judicial, según el Código procedimientos penales (artículo 77, modificado por Ley 28117), es que “...no concurra otra causa de extinción de la acción penal”. En consecuencia, la extinción no

² El tratamiento jurídico-penal de las causas que extinguen la acción penal, podría parecer ya sobrado el estudio de las causas que extinguen la pena, a raíz de que desaparecida la acción penal no se llegará nunca a una condena penal, cuanto porque, por ejemplo, la muerte de imputado, amnistía están tratadas tanto en uno como en otro (artículos 78 y 85 del Código Penal respectivamente). Sin embargo, a mi entender, son supuestos distintos: las causas extintivas de la acción penal no permiten llegar a una sentencia condenatoria. La extinción de la pena, en cambio, tiene como presupuesto una sentencia condenatoria firme. Además, las diferencias resultan claras cuando se comparan las prescripciones de la acción penal y de la pena. En la primera comenzará a correr dependiendo de la clase de realización típica cometida: tentativa, delito instantáneo o continuado, etc. (artículo 82 del Código Penal), en cambio, en la ejecución penal, la prescripción comenzará a regir desde el día en que la sentencia condenatoria quedó firme (artículo del 86 Código Penal).

³ Véase: SOLER, Sebastián; *Derecho penal argentino*, tomo II, (actualizado por Guillermo Fierro) Buenos Aires, 1992, p. 537.

solamente afecta a la acción penal como potestad de hacer juzgar, sino también a la potestad de hacer ejecutar un pronunciamiento judicial dado.

Pero en nuestro derecho positivo, no solamente se contenta con la mención expresa que la autoridad de cosa juzgada constituye uno de las causas extintivas de la acción penal y de la pena, sino que prefiere referirse, además, a uno de sus efectos más relevantes como es la garantía de la *única persecución procesal o condenación penal*. Sus enunciados más comunes son los siguientes: *bis de adem re ne set actio* (no hay dos veces acción acerca del mismo objeto) y *ne bis in idem* (no dos veces sobre lo mismo).

Las reformas acontecidas últimamente en los dos Códigos más importantes del sistema penal peruano tiene como objetivo “re”ubicar al *ne bis in idem* no simplemente como una causal de extinción de la responsabilidad penal, sino elevarlo a la categoría de principio y garantía en materia criminal: así, por un lado, el Anteproyecto de Parte General del Código penal, elaborado por la Comisión Especial Revisora (2004) consagra – como no podía ser de otra forma – al *ne bis in idem* como uno de los principios y garantías básicas del Derecho penal material, incorporándolo expresamente en el Título Preliminar (artículo IX), y guarda absoluto silencio – a mi atender correctamente – sobre el principio en estudio en la parte correspondiente a la extinción de la acción penal y de la pena (Título V), no obstante, que en el artículo 80 inciso 2, menciona que una de las causales de extinción de la acción penal puede ser por la autoridad de cosa juzgada.

Por otro lado, el nuevo Código Procesal Penal de Julio del 2004 lo consagra también en el Título Preliminar (artículo III). Sin embargo, también habrá que destacar que en el Derecho positivo peruano desde antes ya existían algunas normas expresas que consagraban el principio del *ne bis in idem* en su versión clásica de cosa juzgada. Así se puede citar el caso del Código de Justicia Militar de 1980, (artículo 57) que dispone lo siguiente: “*Ninguna persona puede ser nuevamente juzgada por razón de delito respecto del cual se haya expedido sentencia ejecutoriada*”.

2 DENOMINACIÓN Y FUNDAMENTOS

El aforismo romano-canónico *ne bis in idem* o *non bis in idem* (= *bis de eadem re ne sit actio*), parece ser uno de los más antiguos en la historia del Derecho, habiéndose presentado desde las primeras apariciones en el Derecho imperial, en lo sustancial con un significado similar al que tiene actualmente. Esta regla

aparece de un modo u otro desde la *cognitio extra ordinem* romana en adelante⁴. Este aforismo resulta ser una derivación de la máxima *res judicata pro veritate habetur*, y la regla tiene una vigencia universal, ya sea con distintos alcances – sustantivo o procesal – y aplicaciones. En cuanto a la denominación del *ne bis in idem* resulta de especial interés sobre todo la partícula inicial “*ne*” o “*non*”. Entiendo correcta la expresión *ne*, pues el adverbio de negación simple *non* se emplea para negar un hecho real (así, por ejemplo, *non venit*: “no vino”). En cambio, *ne* se usa en prohibiciones o deseos (v.gr. *ne eas*: “no vayas”), resultando adecuado, por ende, su uso en el lenguaje prescriptivo de textos jurídicos (así, en materia procesal penal, *ne procedat iudex ex officio*, *ne est iudex ultra petita*, etcétera)⁵.

También uno de los orígenes del principio *ne bis in idem* proviene de la Enmienda V de la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica que dispone lo siguiente: “*Nadie será sometido, por el mismo delito, dos veces al peligro de pérdida de la vida o de algún miembro*”. Por ejemplo, en España, el reconocimiento constitucional del *ne bis in idem* vino de la mano de la Sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 30 de enero de 1981⁶.

El poliédrico aforismo latino *non bis in idem* o *ne bis in idem*, traducible literalmente como “no dos veces en lo mismo”, se entiende generalmente como la interdicción de la doble sanción sobre la *troika* de identidades de sujeto, hecho y fundamento. El aforismo *ne bis in idem* nace como una regla de lógica discursiva, que debe trasladarse al ámbito jurídico como instrumento de solución a la constante tensión entre la seguridad formal y la justicia material. La vaguedad

⁴ Véase, HENDLER, Edmundo, “Una regla que confirma sus excepciones: *ne bis in idem*.”, en: Hendler, Edmundo (comp.), *Las garantías penales y procesales. Enfoque histórico-comparado*, Buenos Aires, 2001, p. 131 quien sostiene que “Es indudable asimismo el significado político que asumió en el devenir histórico de la cultura occidental al establecerse como restricción al derecho de perseguir o de imponer castigos, derecho éste que fue apropiado y convertido en prerrogativa de la autoridad centralizada de los reyes a medida que fueron forjándose los grandes estados nacionales. Ese significado tuvo clara expresión con las proclamas de derechos a fines del siglo XVIII, y su consolidación, ya con perspectivas de vigencia supranacional, tuvo lugar en época relativamente reciente, con los tratados internacionales de la comunidad europea y la organización interamericana celebrados en la segunda mitad del siglo XX”.

⁵ BERTELOTTI, Mariano; “El principio *ne bis in idem*: un análisis desde una perspectiva histórico-comparada”, en: Hendler, Edmundo (comp.), *Las garantías penales y procesales. Enfoque histórico-comparado*, Buenos Aires, 2001, p. 106. En este sentido, también: MAIER, Julio; “Inadmisibilidad de la persecución penal múltiple (*ne bis in idem*)”, en: *Doctrina Penal*, 1986, n° 33 a 36, Buenos Aires, p. 415, cita 1 sostiene que “Es correcto el adverbio negativo bajo la forma *re*, pues él se usa en textos imperativos o jurídicos”.

⁶ Así, GARCIA ALBERO, Ramón; “*Non bis in idem*”. *Material y Concurso de Leyes Penales*, Barcelona, 1995, p., 53.

del tenor de la fórmula en estudio, deja sin especificar tanto el contenido del supuesto de hecho – *idem* –, cuanto la consecuencia que se pretende evitar – *bis* –. En realidad el *ne bis in idem* debería ser considerado como un principio general del Derecho. La idea fundamental del principio de la prohibición de la múltiple persecución penal es que el ejercicio del poder penal del Estado en un determinado caso concreto se puede procurar sólo *una vez*, pues los casos que ya fueron juzgados existe una presunción de la verdad histórica “encontrada” en un proceso penal, lo cual impide “reabrirse”.

Además, no debe permitirse que el Estado, con todos sus recursos materiales y económicos que posee, haga repetidos intentos para condenar a una persona por un hecho delictivo, sometiéndolo así a contrariedades, gastos y sufrimientos y obligándolo a soportar en un continuo estado de ansiedad e inseguridad. No parece razonable hacer pesar sobre la persona las negligencias o actividades delictivas de los funcionarios y funcionarias puestos por el Estado para velar por sus intereses. En este punto, Gómez Colomer sostiene que “...hay que tener en cuenta el principio de prohibición de la duplicidad de sanciones: al igual que en Alemania (art. 103, apartado 3 de la *Grundgesets*), aunque sin reconocimiento constitucional expreso en España, no se puede volver a enjuiciar un hecho punible, si ya se está juzgando en esos momentos o si ya ha sido juzgado, en virtud de la llamada litispendencia, en el primer caso, y de la cosa juzgada, en el segundo. En el Perú se reconoce expresamente en el artículo 139 inciso 13 de la Const. Perú, cuyo fundamento internacional se encuentra en los arts. 14.7 PIDCP y 8.4 CADH/PSJ”⁷.

El principio del *ne bis in idem* se conecta con el Derecho a la pronta definición y conclusión del proceso y también con la prohibición de la *reformatio in peius*, sobre todo cuando el artículo 300 (modificado por la Ley 27424, párrafo segundo) del Código de procedimientos penales estatuye: “*Las penas de los sentenciados que no hayan sido objeto de nulidad, sólo podrán ser modificadas cuando les sea favorable*”. Esto es, que resulta imposible de revisar una sentencia en contra del imputado, sólo se permite la revisión de una sentencia firme si tiene como objetivo ser a favor de aquél. En este punto, por ejemplo, la Exposición de Motivos (del título preliminar) del Anteproyecto de Parte General del Código penal expresa que “Sin embargo, sí puede ser sometida a un segundo proceso si el objeto de este último consiste en revisar la sentencia condenatoria del primero

⁷ GÓMEZ COLOMER, Juan-Luis; “*Garantías constitucionales en el enjuiciamiento criminal peruano*”, disponible en: <http://www.unifr.ch/derechopenal/anuario/04/A-3-GOMEZ%20COLOMER.pdf>.

para determinar si es admisible una revocación de esa condena y una absolución". Asimismo, el Código Procesal Penal del Paraguay (artículo 8, segundo párrafo) es claro cuando señala que: "*No se podrán reabrir los procedimientos fenecidos, salvo la revisión de las sentencias a favor del condenado, según las reglas previstas por este Código*".

La vigencia del *ne bis in idem* puede hacerse mediante el medio técnico de defensa, como es la excepción de cosa juzgada. Así, el todavía vigente Código de procedimientos penales de 1940 (artículo 5, párrafo cuarto) estipula que: "*La Excepción de Cosa Juzgada, cuando el hecho denunciado ha sido objeto de una resolución firme, nacional o extranjera, en el proceso penal seguido contra la misma persona*". El nuevo Código procesal penal (Decreto Legislativo 957) lo estipula, casi en los mismos términos, en el artículo 6 numeral 1, letra "c" que una de las excepciones que pueden deducirse es de "*Cosa juzgada, cuando el hecho punible ha sido objeto de una resolución firme, nacional o extranjera contra la misma persona*". La excepción puede invocarlo de oficio el propio juez de la causa (artículo 5, párrafo séptimo del Código de Procedimientos Penales), por tratarse de una regla de garantía constitucional a favor del imputado. La consecuencia más importante es que si se declara fundada la excepción mencionada se dará por fenecido el proceso penal y se mandará archivar definitivamente la causa. Además, no es convalidable por el transcurso del tiempo, ni por falta de voluntad – tácita o expresa – del beneficiario – imputado o condenado – para invocarlo. Debe dejarse aclarado que el principio del *ne bis in idem* tiene un efecto estrictamente "personal", pues carece de efecto "extensivo" como el que tiene los recursos; así por ejemplo, si un partícipe hubiera declarado que el hecho no existió, ésta situación no podrá ser alegada por el otro copartícipe al que se le persigue por el mismo hecho, pero cuya situación no fue definida en la primera y anterior decisión judicial.

A mi juicio, el artículo 90 del Código penal tiene incidencia en aspectos que vinculan con el Derecho procesal penal, en la medida que la persecución penal implica poner en operatividad todo el sistema organizativo penal (v. gr. policías, fiscales y jueces). Claro está, que "poner en marcha" el procedimiento penal implica también tener indicios razonables de la comisión de un hecho punible, o sea, que el comportamiento imputado al menos sea típico, lo cual nos lleva inevitablemente al campo del Derecho penal material. Cuestiones como "perseguido" y "fallar definitivamente", que son aspectos netamente procesales tendrán que engarzarse en función al concepto de "hecho punible" – cometido

por segunda vez – que es un aspecto del Derecho penal sustantivo. Sin embargo, como es sabido, es una constante que en la mayoría de Códigos penales sustantivos se encuentran regulaciones adjetivas y en los Códigos penales procesales sucede lo mismo con las regulaciones sustantivas.

La vigencia del principio del *ne bis in idem* supone la inmutabilidad e irrevocabilidad de la cosa juzgada. Empero, esto no significa de modo alguno que este postulado tenga carácter absoluto, puesto que la efectividad de los valores superiores de la justicia material y de la seguridad jurídica hacen necesaria la existencia de excepciones a la cosa juzgada.

Si bien el principio del *ne bis in idem* no representa mayores problemas aplicativos en el ámbito interno, lo mismo no se puede decir en el ámbito externo, es decir, con relación a otros países. Por lo general, en las distintas legislaciones europeas la regla del *ne bis in idem* sólo rige en el ámbito de la legislación interna, sin proyección externa, existiendo la posibilidad de repetir el juicio, aún cuando se haya producido ya una condena en otro país por el mismo hecho; esta condena ya sufrida sólo se tomaría en cuanto a los efectos de su contabilización en la medida de la pena a imponer⁸. En este punto, se pronuncia el parágrafo 51 del StGB alemán, parágrafo 66 del StGB austríaco, artículo 138 del Código penal italiano, y el artículo 31 del Código penal suizo.

3 NATURALEZA JURÍDICA DEL *NE BIS IN IDEM*

Existen varias posturas con relación a la naturaleza jurídica del principio de la prohibición de la múltiple persecución penal. Estas pueden agruparse del siguiente modo:

3.1 COMO DESPRENDIMIENTO DE LA INVIOLABILIDAD DEL DERECHO DE DEFENSA

Para algunos autores el *ne bis in idem* se trataría de una derivación de la inviolabilidad del Derecho de defensa⁹; esta postura es compatible con el

⁸ JAEN VALLEJO, Manuel; “Principio constitucional “*ne bis in idem*” (A propósito de la Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional 2/2003)”, disponible en: www.unifr.ch/derechopenal/articulos/pdf/JaenVallejo2.pdf.

⁹ Véase por todos: CARRIÓ, Alejandro D.; *Garantías constitucionales en el proceso penal*, Buenos Aires, 2000, p. 441

ejercicio de los medios de defensa técnico que dispone el imputado, como es la excepción de cosa juzgada. En otras palabras, el *ne bis in idem* material y procesal y el derecho irrestricto a la defensa técnica y material forman parte de una misma naturaleza jurídica.

3.2 COMO DESPRENDIMIENTO DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD

Para otros el principio del *ne bis in idem* se consideraría como un desprendimiento del principio de legalidad¹⁰ (garantía criminal y penal). Así, la jurisprudencia constitucional española señaló que “...procede recordar la jurisprudencia de este Tribunal sobre el principio *ne bis in idem* que, desde la STC 2/1981, ha sido considerado como parte integrante del derecho fundamental al *principio de legalidad* en materia penal y sancionadora (artículo 25 inciso 1 Constitución española). En el fundamento jurídico 4º de aquella Sentencia, se declaró que “El principio general de derecho conocido por *non bis in idem* supone, en una de sus más conocidas manifestaciones, que no recaiga duplicidad de sanciones – administrativa y penal – en los casos en que se aprecie la identidad del sujeto, hecho y fundamento sin existencia de una relación de supremacía especial de la Administración – relación de funcionario, servicio público, concesionario, etc. – que justificase el ejercicio del *ius puniendi* por los Tribunales y a su vez de la potestad sancionadora de la Administración...”. En otras palabras, el *ne bis in idem* como principio fundamental está inmerso en la garantía constitucional de la legalidad de los delitos y de las sanciones (*nullun crimen nulla poena sine lege*), puesto que su efectividad está ligada a la previa existencia de preceptos jurídicos de rango legal que determinen con certeza los comportamientos punibles. De esta forma, dicho postulado se constituye en un límite al ejercicio desproporcionado e irrazonable de la potestad sancionadora del Estado.

3.3 COMO DESPRENDIMIENTO DE UN DERECHO GENÉRICO

Para un tercer grupo el principio del *ne bis in idem* se trata más bien de un principio de alguna manera diferente al derecho a defensa, al juez natural, a la irretroactividad de la ley procesal penal, de la presunción de inocencia, entre otros, que se refieren a aspectos de la organización que debe regir a todo proceso penal. En cambio, el principio bajo comentario – dice Binder – se “refiere

¹⁰ Véase: BUSTOS RAMÍREZ, Juan / HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán; *Lecciones de Derecho penal*, volumen I, Madrid, 1997, p. 85

a la necesidad de que la persecución penal, con todo lo que ella significa – la intervención del aparato estatal en procura de una condena – solo se puede poner en marcha una vez. Como hemos dicho insistentemente, el poder penal del Estado es tan fuerte, que un ciudadano no puede estar sometido a esa amenaza dentro de un Estado de Derecho”¹¹.

3.4 COMO DESPRENDIMIENTO DEL PRINCIPIO DEL DEBIDO PROCESO

Existe una cuarta y última postura donde el principio *ne bis in ídem* sería parte integrante del principio del debido proceso. La Sentencia del Tribunal Constitucional, Expediente n° 3194-2004-HC/TC de fecha 28 de diciembre de 2004, en el caso “Nicanor Carreño Castillo” ha dicho en el considerando tercero lo siguiente: “En la STC 3312-2004-AA/TC, se recordó que este Tribunal tiene declarado que el derecho al debido proceso, dentro del cual se halla el de no ser juzgado dos o más veces por un mismo hecho, “también se titulariza en el seno de un procedimiento disciplinario realizado ante una persona jurídica de derecho privado [STC 0067-1993-AA/TC]. Y es que, parafraseando a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, si bien el derecho al debido proceso se encuentra en el Título relativo a la función jurisdiccional, “[...] su aplicación no se limita a los recursos judiciales en sentido estricto, sino al conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales, a efectos de que las personas puedan defenderse adecuadamente ante cualquier tipo de acto [...] que pueda afectar sus derechos”. (párrafo 69).

Esta misma Sentencia del Tribunal Constitucional, en el considerando quinto, se señala lo siguiente: “El principio *ne bis in ídem* fluye del derecho al debido proceso (artículo 139, inciso 3, de la Constitución), pero es a partir del derecho a la certeza judicial y de los instrumentos internacionales cuando asume su verdadero sentido en el ámbito jurisdiccional”. El debido proceso está ubicado dentro de las garantías procesales de carácter genéricas. El debido proceso es una cláusula general y residual o subsidiaria; por tanto, constitucionaliza todas las garantías establecidas por la legislación ordinaria – orgánica y procesal –, en cuanto ellas sean concordantes con el fin de justicia a que está destinado la tramitación de un caso judicial penal o cuyo incumplimiento ocasiona graves efectos en la regularidad – equitativa y justa- del procedimiento. Así, el “...principio *non bis in ídem*,... y no expreso en la Constitución – aunque sí

¹¹ BINDER, Alberto M.; *Introducción al Derecho procesal penal*, Buenos Aires, 1999, p. 167

en las leyes procesales más importantes del Derecho peruano – forma parte del debido proceso”¹².

4 EL NE BIS IN IDEM COMO GARANTÍA CONSTITUCIONAL Y SU PROYECCIÓN EN EL SISTEMA PENAL

Los principios y garantías que en su mayoría están receptados en la Constitución Política, existen como una condición de seguridad limitadora de la autoridad, la que como poder se legitima en su ejercicio dentro de¹³ los parámetros constitucionales. La garantía, como delimitación principal, se los piensa y define como medios de seguridad y defensa frente al Estado o contra el Estado, lo que significa que es el Estado el que tiene que proveer las garantías a favor del hombre, y el hombre quien tiene que hacerlos valer frente al Estado¹⁴. Ahora bien, las garantías constitucionales pueden ser de naturaleza específica y genérica¹⁵. Son genéricas aquellas por cuyo intermedio pueden ser tutelados todas las libertades constitucionales, como por ejemplo la garantía del debido proceso. Son garantías específicas aquellas que se aplican con referencia a una libertad en particular, como sucede por ejemplo con la inviolabilidad del domicilio.

El proceso penal necesita inexorablemente de las garantías y principios constitucionales para que le sirva como límite al poder penal del Estado, para que pueda procurar un juicio “limpio” al imputado. Por eso Maier ha dicho

¹² RUBIO CORREA, Marcial; *La interpretación de la Constitución según el Tribunal Constitucional*, Lima, 2005, 2005, p. 326. En ese sentido, SAN MARTÍN CASTRO, César; *Derecho Procesal Penal*, tomo I, Lima, 2003, p. 86 dice con relación al debido proceso que: “*En líneas generales, el citado derecho es utilizado para amparar derechos no expresamente reconocidos en otros apartados de la ley fundamental*” (las negritas son mías)

¹³ Desde una perspectiva del realismo marginal, ZAFFARONI, Eugenio Raúl; *En busca de las penas perdidas*, Buenos Aires, 1998, p. 243 entiende por garantías penales “...el compromiso de las agencias judiciales penales para ejercer su poder en forma que decida cada caso conforme a la regla de “violación mínima / realización máxima” de los principios que sirven para limitar la irracionalidad (violencia) del ejercicio de poder del sistema penal, configurando de este modo un “standard” – provisional, por progresivo y “abierto” o “inacabado” – de máxima irracionalidad (violencia) tolerada (por falta de poder de la agencia judicial para imponer uno menor)”. (Las cursivas son del original).

¹⁴ HERRENDORF, Daniel / BIDART CAMPOS, Germán; *Principios de Derechos Humanos y garantías*, Buenos Aires, 1991, p. 215.

¹⁵ En esto seguidos a BADENI, Gregorio; *Instituciones de Derecho constitucional*, Buenos Aires, 1997, p. 639 según este autor “La manifestación de una garantía constitucional presupone tres elementos: 1) un interés legítimo asegurado por la Constitución resultante de un derecho individual, un derecho social o del sistema institucional; 2) ud riesgo o daño para el interés tutelado por la Ley Fundamental; 3) un instrumento jurídico idóneo para disipar ese riesgo o daño”.

que es “por ello que se piensa que el Derecho procesal penal de hoy en día es, desde uno de los puntos de vista principales *Derecho constitucional reformulado o Derecho constitucional reglamentado*”¹⁶. La Constitución adopta pues un programa penal, es decir, un conjunto de postulados y principios jurídico-jurídicos y de índole político-criminales que constituye el marco normativo en cuyo seno el legislador puede y debe tomar sus decisiones. Y en el que el juez ha de inspirarse para interpretar las leyes que aplican¹⁷. De lo que se trata, en definitiva, es que el candidato del sistema penal sea respetado en sus garantías ya que éstas valen para todas las personas, pobres y ricos, funcionarios y no funcionarios, culpables e inocentes. Por tal motivo, el Derecho penal debe proporcionar las garantías al delincuente trayendo a colación una conocida frase de Franz von Liszt: “*El Derecho Penal es la Carta Magna del delincuente*”, o mejor dicho “*El Derecho Penal es la Carta Magna del ciudadano*”.

El profesor Roxin ha dicho que el “Estado de Derecho debe proteger al individuo no sólo mediante el Derecho penal, sino del Derecho penal. Es decir, que el ordenamiento jurídico no sólo ha de disponer de método y medios

¹⁶ MAIER, Julio B.J.; *Derecho procesal penal argentino, 1 a, Fundamentos*, Buenos Aires, 1989, p. 195 (Las cursivas son del texto original). LEVENE, Ricardo (h); *Manual de Derecho procesal penal*, tomo I, Buenos Aires, 1993, p. 9 sostiene que “En efecto, el proceso penal prolonga el derecho constitucional, dando vida y haciendo efectivos sus preceptos en cuanto representan una garantía de la libertad y afirman la personalidad humana”. ROXIN, Claus; *Derecho procesal penal*, traducción de Gabriela Córdoba y Daniel Pastor, Buenos Aires, 2000, p. 10 “...resulta sintomático para establecer la relación entre Estado e individuo genéricamente vigente en una comunidad: ¡El Derecho procesal es el sismógrafo de la Constitución del Estado! Reside en ello su actualidad política, la cual significa, al mismo tiempo, que cada cambio esencial en la estructura política (sobre todo una modificación de la estructura del Estado) también conduce a transformaciones del procedimiento penal”. Por otro lado, de manera crítica y en el marco de un proceso general: MORELLO, Augusto M.; “*El proceso como realidad social (los condicionamientos del proceso judicial justo)*”, en: La Ley, 1992-E, Buenos Aires, p. 1097 sostiene que “De lo que trata- nos parece - es de reformular la manera organizar la “empresa” de la justicia - que siempre se ha encarado desde un exclusivo matiz de técnica formal - lo que reputamos erróneo y parcial porque no permite alcanzar un deseado sinceramiento en la comprensión del debido proceso justo, que no tolera ya el infértil y simplificador paradigma que lo reduce al constante empeño de “idealizarlo” en las normas constitucionales. En verdad nos consta de modo más fehaciente que sus prédicas rectoras, desde el *afianzar la justicia* (Preámbulo) para muchos - una gran mayoría - son inaccesibles o prácticamente imposible de hacerlos mediatamente ciertos en el *derecho vivido*”.

¹⁷ CARO CORIA, Dino Carlos; *Problemas de interpretación en los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales*”, en: Vox Juris, Universidad Particular San Martín de Porres, n° 10, Lima, 1999, p. 215. SAN MARTÍN CASTRO, César; “*Principios probatorios en el Derecho penal sexual peruano*”, en: Vox Juris, Universidad Particular San Martín de Porres, n° 10, Lima, 1999, p. 242 “Las disposiciones constitucionales y del Derecho Internacional de los derechos humanos obligan a una interpretación integrativa de dichas normas infraconstitucionales con los que fluyen directamente del ordenamiento constitucional”.

adecuados para la prevención del delito, sino que también ha de imponer límites al empleo de la potestad punitiva, para que el ciudadano no quede desprotegido y a merced de una intervención arbitraria o excesiva del “Estado Leviatán”¹⁸. Por ello el Estado de Derecho persigue una finalidad básica, cual es la de limitar las funciones y facultades del Estado a través de marcos jurídicos situados por encima del mismo. Este principio se expresa a través del imperio de la ley. El principio de legalidad en su formulación latina acuñada por Feuerbach *nullum crimen, nulla poena sine praevia*, se constituye en las conquistas centrales de la revolución francesa y queda plasmada en el artículo 8 de la Declaración de los Derechos del Hombre del 26 de agosto de 1789 y se erige, como señala Mezger, en un “Palladium de la libertad ciudadana”.

Hoy por hoy resulta relevante destacar que no está en discusión sobre la vinculación de la ley penal con los grandes principios superiores - entre ellos el principio de legalidad, culpabilidad, proporcionalidad, *ultima ratio*, y también el denominado *ne bis in idem* - pues esto ha dejado de ser una mera opción metodológica libre del legislador o del intérprete de la ley¹⁹. Como puede observarse el principio del *ne bis in idem* para la mayoría de la doctrina y de la jurisprudencia se trata de una garantía constitucional (deducido específicamente del artículo 139 inciso 13 de la Constitución Política del Perú), no obstante que se trata en mayor medida de uno de los principios informadores del Derecho penal material y procesal. Por otro lado, en el Derecho argentino, si bien la garantía en comentario no figura dentro de las enumeradas expresamente en el artículo 18 de la Constitución Nacional, ha sido tradicionalmente aceptado como una de las garantías no enumeradas.

En ese sentido en la legislación infraconstitucional tenemos el Código procesal penal de la Nación de 1992 (Ley 23.984) que en su artículo primero señala: “Nadie podrá ser juzgado por otros jueces que los designados de acuerdo con la Constitución y competentes según sus leyes reglamentarias, ni penado

¹⁸ ROXIN, Claus; *Derecho penal. Parte general*, tomo I, Fundamentos. La estructura de la teoría del delito, traducción de Luzón Peña/Díaz y García Condello/De Vicente Remesal, Madrid, 1997, p. 13. En sentido crítico: BOVINO, Alberto; “*Contra la legalidad*”, en: No hay Derecho, n° 8, Diciembre, Buenos Aires, 2002, p. 21 pues indica que el mayor fracaso del principio de legalidad es que “...el derecho penal se ha revelado como el más desigual y arbitrario de los métodos de control social. Si hay alguien sostuviera que el principio de legalidad puede lograr los resultados que ofrecía la promesa de Beccaria, ya no estaría haciendo una promesa, sino lisa y llanamente formulando una mentira”.

¹⁹ Así, YACOBUCCI, Guillermo Jorge; “*La importancia de los principios jurídicos en los sistemas penales contemporáneos*”, en: Jaén Vallejo, Manuel (director) y Reyna Alfaro, Luis M. (Coordinador), *Sistemas Penales Iberoamericanos*, Libro Homenaje a Enrique Bacigalupo, Lima, 2003, p. 134.

sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso y sustanciado conforme a las disposiciones de esta ley, ni condenado culpable mientras una sentencia firme no desvirtúe la presunción de inocencia de que todo imputado goza, *ni perseguido penalmente más de una vez por el mismo hecho*". Por parte, la Constitución de los Estados Unidos de América, en la Enmienda V de 1791, de lo que vulgarmente se denomina "double jeopardy", consagra que: *"ninguna persona estará expuesta por el mismo delito a ser puesta dos veces en amenaza de su vida o integridad corporal"*.

También en el Derecho Internacional se encuentra difundida el principio del *ne bis in idem*, así encontramos el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 7) que dice: *"Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido ya condenado o absuelto por una sentencia firme de acuerdo con ley y el procedimiento penal de cada país"*. También el Pacto de San José de Costa Rica (artículo 8, inciso 4) dispone: *"El inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos"*. Debemos decir, que si bien las disposiciones internacionales, que forman parte de nuestro Derecho interno (artículo 55 de la Constitución Política), incorporan expresamente la garantía bajo comentario, la redacción de ambas presenta un déficit terminológico, pues utiliza el término restringido de "sentencia firme", soslayando así otras resoluciones que ponen fin al proceso penal, como sucede con el sobreseimiento definitivo. Empero, considero, interpretándolo en sentido amplio, que toda resolución judicial que tenga finalidad conclusiva del proceso penal quedará abarcada por la redacción de los tratados mencionados. Igualmente en España, de acuerdo con lo previsto en los artículos 10 inciso 2 y 96 inciso 1 de la Constitución, forma parte del ordenamiento jurídico-interno, ya que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos fue ratificado en 1977.

La Sentencia del Tribunal Constitucional (Expediente n° 0729-2003-HC/TC, de fecha 14 de abril de 2003) en el caso "Marcela Ximena Gonzáles Astudillo", en el punto 2 ha establecido lo siguiente: "Sobre el particular, este Tribunal ha señalado, en diversas ocasiones, que el derecho de no ser sancionado dos veces por un mismo hecho o el de no ser procesado dos veces (*non bis in idem*), constituye un contenido implícito del derecho al debido proceso reconocido en el inciso 3) del artículo 139° de la Constitución. Dicho principio, en su vertiente procesal, se encuentra contemplado en el artículo 14 inciso 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que declara que "nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual ya haya sido condenado o absuelto por una sentencia firme de acuerdo con la ley y el procedimiento penal de cada país"; y

en el artículo 8 inciso 4 de la Convención Americana, según el cual “*El inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos*”.

Por su parte, el Tribunal Constitucional español en una temprana sentencia ha delimitado el contenido, al establecer en una temprana sentencia de 2-1981 de 30 de enero, que este principio “supone una de las mas conocidas manifestaciones, que no recaiga duplicidades de sanciones – administrativa y penal – en los casos en los que se aprecie identidad de sujeto, hecho y fundamento sin existencia de una relación de supremacía especial de la Administración – relación de funcionario y servidor público, concesionario, etc., – que justificase el *ius puniendi* de los Tribunales y, a su vez, de la potestad sancionadora del Estado”.

5 LAS CLASIFICACIONES DE LA GARANTÍA DEL *NE BIS IN IDEM* EN SENTIDO MATERIAL Y PROCESAL

La Sentencia del Tribunal Constitucional del Perú, en el Expediente n° 2050-2002-AA/TC, en el caso “Carlos Israel Ramos Colque”, del 16 de abril del 2003, en su punto 19 sostiene que el principio del *ne bis in idem* tiene una doble configuración: por un lado, una versión sustantiva y, por otro, una connotación procesal. Veamos cada una de ellas.

5.1 EL *NE BIS IN IDEM* EN SENTIDO MATERIAL (COSA JUZGADA)

Desde este punto de vista tiene un alcance más restringido la regla en estudio, pues indica como hemos visto que “nadie puede ser penado varias veces por el mismo hecho” o “nadie puede aplicársele una sanción penal por un hecho punible ya juzgado” siendo la consecuencia más importante impedir que se revise, a través de los recursos impugnativos, una sentencia ya sea condenatoria o absolutoria. La cosa juzgada material se apoya en el principio *ne bis in idem*²⁰. Así, en el derecho argentino, existe la Resolución de fecha 19 de marzo de 2004 que declara la inconstitucionalidad y nulidad de los indultos dispuestos mediante decretos n° 1002/89 y 2746/90²¹ que decía: “El instituto jurídico de la cosa juzgada constituye una garantía judicial estrechamente

²⁰ Véase, en este sentido: SAN MARTÍN CASTRO, César; *Derecho Procesal Penal*, Lima, tomo I, 2003, p. 744.

²¹ Esta resolución tiene que ver específicamente con los planteos de inconstitucionalidad y nulidad de los indultos dispuestos mediante los Decretos n°s 1002/89 y 2746/90 interpuestos en la causa n° 14.216/2003 (Ex-causa Nro. 450 de la Excma. Cámara Federal) caratulada SUÁREZ MASON,

enlazada con el principio del *ne bis in idem*, pero su análisis no puede ser elemental, formal, superficial y automático sino fruto de examen sustancial y de fondo, debidamente tamizado por el filtro de las pautas internacionales en materia de justicia establecidos por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos”.

Esta misma resolución agrega que: “En ese sentido, la validez de la cosa juzgada esta subordinada y condicionada al cumplimiento de los requisitos y a la observancia de los estándares sobre el debido proceso o proceso justo. De tal suerte, que la intangibilidad de la cosa juzgada esta condicionada a que la decisión judicial a la que se quiere atribuir tal cualidad sea el resultado de un proceso ante un tribunal independiente, imparcial y competente y de un procedimiento con la observancia de las garantías judiciales. (Cfr. Amnistía Internacional abril 2003 – AMR 13-04-2003)”.

La decisión judicial debe haber quedado firme para que haya pasado a la autoridad de cosa juzgada, es decir, debe haber quedado firme y además, como presupuesto inmediato, debe haberse decidido judicialmente sobre el fondo del asunto, así por el ejemplo, el Código Procesal Constitucional (Ley n° 28237) señala en el artículo 6 lo siguiente: “*En los procesos constitucionales sólo adquiere la autoridad de cosa juzgada la decisión final que se pronuncie sobre el fondo*”. Los antecedentes de la autoridad de cosa juzgada o de la “prohibición de revivir procesos fenecidos” a nivel jurídico-constitucional se remontan en nuestro país a las Constituciones Políticas de 1828 (artículo 161); 1834 (artículo 127); 1839 (artículo 129); 1856 (artículo 130); 1860 (artículo 129); 1867 (artículo 127); 1920 (artículo 155); 1933 (artículo 228) y de 1979 (artículo 2, inciso 20 y artículo 233 inciso 11).

Según, Bidart Campos, la “...cosa juzgada es el efecto de la sentencia entre las partes: subjetivamente, el deber ser real de la sentencia obliga a quienes han sido partes en el juicio”²². Por su parte, Eduardo J. Couture lo define como “...

Guillermo y otros /Homicidio agravado, privación ilegal de la libertad agravada, del Registro de la Secretaría N° 6 del Tribunal).

²² BIDART CAMPOS, Germán; *Filosofía del Derecho constitucional*, Buenos Aires, 1969, p. 125. Este autor señala que suele distinguirse entre cosa juzgada formal (que impide atacar los resultados procesales dentro del mismo juicio) y cosa juzgada material (que el efecto anterior añade el de no poder renovar la cuestión en un nuevo proceso). Sobre la cosa juzgada formal y material, véase: COUTURE, 1997, p. 416 y ss. LEONE, Giovanni; *Tratado de Derecho Procesal Penal*, tomo III, traducción de Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires, 1963, p. 327. Por su parte: ODERIGO, Mario A.; *Lecciones de Derecho procesal*, Buenos Aires, 1989, p. 268 anota que: “Los pronunciamientos de los jueces del crimen producen efecto preclusivo *erga omnes*, vale decir, que nadie puede reponer la misma cuestión principal sobre

la autoridad y eficacia de una sentencia judicial cuando no existen contra ella medios de impugnación que permitan modificarla”²³. Esto implica que la sentencia firme agota todos los efectos de la pretensión punitiva, lo cual nos lleva, reitero, al concepto de “cosa juzgada”, que resulta irrevocable, posee ejecutoriedad y no puede modificarse por otro órgano judicial ni otro poder del Estado. Normalmente tienen la categoría de resolución definitiva las sentencias inimpugnables, pero también pueden adquirir dicha calidad ciertos autos que resulten y que decidan la extinción irreversible del proceso, como, por ejemplo, un auto que declara fundada una excepción de naturaleza de acción, una excepción de prescripción de la acción penal, una excepción de cosa juzgada, o una excepción de amnistía, o un auto de sobreseimiento definitivo.

De ahí, entonces, que la cosa juzgada no constituya un efecto sino una cualidad de la sentencia que se agrega a ella para aumentar su estabilidad y que igualmente vale para todos los efectos que produzca²⁴. El principio de la intangibilidad de la cosa juzgada, o *res iudicata*, protege a las personas de la incertidumbre y de la posibilidad de que el Estado decida utilizar el proceso penal como un instrumento de persecución política constante²⁵. Según Leone “...la

la que alguno de ellos haya resuelto”. Por otro lado, DEL VALLE RANDICH, Luis; *Derecho Procesal Penal*, Lima, 1966, p. 193 nos recuerda que la cosa juzgada también opera en forma *positiva* y en forma *negativa*. Así, la primera tiene amplia vigencia en el proceso civil y consiste en que aquello que se declara como cierto en un proceso debe ser tenido como cierto en cualquier otro proceso, si concurren las identidades que se exige, tiene por objeto evitar un doble juzgamiento, dos decisiones judiciales que a la postre podrían resultar contradictorias. Esta forma, como hemos dicho sólo es apreciable en los procesos civiles y en sentencias absolutorias, pero nunca condenatorias. La segunda forma - cosa juzgada negativa- consiste en la prohibición de volver a juzgar el mismo hecho ya que no pueden existir dos sentencias ni dos procesos por un mismo hecho y por un mismo objeto.

²³ COUTURE, Eduardo J.; *Fundamentos del derecho procesal civil*, (reimpresión), Buenos Aires, 1997, p. 401. En este mismo sentido: BERNALES BALLESTEROS, Enrique; *La Constitución de 1993. Análisis comparativo*, Lima, 1996, p. 566 apunta que: “La cosa juzgada, en sentido estricto, implica el impedimento a las partes en conflicto a que revivan el mismo proceso. En consecuencia, una sentencia tiene efectos de cosa juzgada cuando obtiene fuerza obligatoria y no es posible actuar contra ella ningún medio impugnatorio, o porque los términos para interponerlos han caducado”.

²⁴ ARAZI, Roland; *Derecho procesal civil y comercial*, tomo II, Santa Fe, 2004, p. 17 quien agrega: “...que puede haber sentencias firmes que carezcan de esa cualidad, como sucede, en general, en el proceso penal, cuando se trate de revisar la sentencia en beneficio del condenado y en virtud de nuevos elementos que indiquen que aquélla ha sido notoriamente injusta.

²⁵ Véase, en este sentido: BINDER, 2002, p. 140. Por su parte, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo lo ha sancionado como principio general del derecho unionista en la Sentencia de 28 de octubre de 1999, caso Brumarescu contra Rumania, parágrafo 61: “El derecho a un proceso equitativo ante un Tribunal, garantizado por el artículo 6.1 del Convenio, debe interpretarse a la luz del preámbulo del Convenio, que enuncia la preeminencia del derecho como elemento del patrimonio común de los Estados Contratantes. Uno de los elementos fundamentales de la preeminencia del derecho es

cosa juzgada debe identificarse en la inmutabilidad de la decisión. *Cosa juzgada*, en la sustancia *significa decisión inmutable e irrevocable*; significa la inmutabilidad del mandato que nace de la sentencia”²⁶. Un concepto cercano sería también el de “sentencia definitiva” que corresponde entender la decisión del Tribunal que pone fin a un proceso, que ha concluido el debate, pronunciándose sobre la condena o absolución del imputado y la reparación civil²⁷. Por su parte, el artículo 79 del Código Penal contempla un caso especial de cosa juzgada (la llamada cosa juzgada civil). El artículo 79 estipula lo siguiente: “*Se extingue la acción penal si de la sentencia ejecutoriada dictada en la jurisdicción civil, resulte que el hecho imputado como delito es lícito*”.

Por su parte, San Martín Castro, desde la perspectiva del *ne bis in idem* sustancial, ha dicho que la “...primera exigencia consiste en que no es posible aplicar una doble sanción, siempre que se presente la triple identidad de sujeto, hecho y fundamento, esto es, cuando existe una misma ilicitud, de suerte que en el campo administrativo – donde se presentan los mayores problemas en su relación con la jurisdicción penal –...”²⁸. El enunciado “nadie puede ser castigado dos veces por un mismo hecho”, expresa la imposibilidad de que recaigan dos sanciones sobre el mismo sujeto por una misma infracción, puesto que tal proceder constituiría un exceso del poder sancionador, contrario a las garantías propias del Estado de Derecho. Su aplicación, pues, impide que una persona sea sancionada o castigada dos (o más veces) por una misma infracción cuando exista identidad de sujeto, hecho y fundamento.

El principio del *ne bis in idem* material tiene conexión con los principios de legalidad y proporcionalidad, ya que si la exigencia de *lex praevia* y *lex certa* impone la necesidad de garantizar a los ciudadanos un conocimiento anticipado del contenido de la reacción punitiva o sancionadora del Estado ante la eventual comisión de un hecho antijurídico, tal cometido garantista devendría inútil si

el principio de intangibilidad de las resoluciones judiciales, que exige, entre otras cosas, que la solución dada de forma definitiva a todos los litigios por los Tribunales no sea puesta en discusión”.

²⁶ LEONE, tomo III, 1963, p. 321.

²⁷ Cuando se habla de “sentencia definitiva”, según BERNALES BALLESTEROS, Enrique; *La Constitución de 1993. Análisis comparativo*, Lima, 1996, p. 567 distingue acertadamente “...cuándo la administración pública actúa con función administrativa y cuándo con función jurisdiccional. Si se trata de la primera, la resolución definitiva dentro del procedimiento respectivo es un acto firme pero no irrevisable. Contra él puede recurrirse ante los tribunales en vía contencioso-administrativa, según el art. 148 de la Constitución. Además, la administración pública en el ejercicio de sus funciones debe someterse al principio de legalidad, como requisito indispensable para todos sus actos”.

²⁸ SAN MARTÍN CASTRO, César; *Derecho Procesal Penal*, tomo I, Lima, 2003, p. 104.

ese mismo hecho, y por igual fundamento, pudiese ser objeto de una nueva sanción, lo que comportaría una punición desproporcionada de la conducta antijurídica. Por ello, el elemento consistente en la igualdad de fundamento es la clave que define el sentido del principio: no cabe la doble sanción del mismo sujeto por un mismo hecho cuando la punición se fundamenta en un mismo contenido injusto, esto es, en la lesión de un mismo bien jurídico o un mismo interés protegido.

Habíamos dicho que los efectos de la cosa juzgada son la inmutabilidad y la coercibilidad. Lo que implica que no puede modificar ni replantearse, lo segundo significa que esa decisión tiene fuerza ejecutiva, con el respaldo para su cumplimiento del poder estatal. Ahora bien, habría que aclarar que aquella resolución, distinta a la sentencia, que pone fin al proceso (por ejemplo el sobreseimiento) no significa que estemos en presencia de lo que técnicamente es una sentencia, porque para este acto es imprescindible la existencia de un debate realizado y concluido²⁹. Pero sí, habría que decir que el concepto de sobreseimiento tendrá que ser definitivo, el cual produce efecto de cosa juzgada material pues impide cualquier ulterior persecución por el mismo hecho, es un corolario del principio *ne bis in idem*³⁰. En este sentido se pronuncia el nuevo Código procesal penal (Decreto Legislativo 957) en el artículo 347 inciso 2 que señala: “*Importa el archivo definitivo de la causa con relación al imputado en cuyo favor se dicte y tiene la autoridad de cosa juzgada*”.

La jurisprudencia penal peruana también se ha pronunciado al respecto, así resulta ilustrativa la Ejecutoria Suprema del Expediente 134-98, de fecha 13 de abril 1998, donde se menciona que la cosa juzgada debe tener los siguientes elementos: “...a) identidad de sujeto, más no de sujetos, es decir en este elemento sólo se habla del procesado más no de agraviados, necesariamente se debe tratar

²⁹ DE LA FUENTE, Javier Esteban; “El concepto de “sentencia definitiva” y “auto equiparable” como ámbito del recurso de casación penal”, en: Nueva Doctrina Penal, 2000-A, Buenos Aires, p. 99 y 100

³⁰ D’ALBORA, Francisco J.; *Curso de Derecho procesal penal*, I, Abelardo-Perrot, Buenos Aires, Segunda edición, p. 346. Este autor agrega (p. 342) que el sobreseimiento “Desde el punto de vista etimológico significa cesar, desistir de algo; una indagación acerca del origen del vocablo advierte que deriva de las palabras latinas super-sedere, es decir, “sentarse sobre” (Moras Mon) detalles que señalan el carácter conclusivo definitivo o no, correspondiente a esta resolución”. Por su parte, el Código de Procedimientos Penales de 1940 (artículo 5, párrafo séptimo) prescribe que “*Si se declara fundada cualquiera de las otras excepciones, se dará por fenecido el proceso y se mandará archivar definitivamente la causa*”. Asimismo, el artículo 221 del mismo cuerpo de leyes prescribe que “*Si está comprobada la existencia del delito pero no la responsabilidad del inculpado, se declarará no haber lugar a juicio respecto a éste y se archivará provisionalmente el proceso. No estando comprobada la existencia del delito, el archivamiento tendrá carácter definitivo*”.

de la misma persona física que una anterior ocasión fue materia de sentencia o resolución definitiva; b) identidad del hecho, acto u omisión imputada, ésta se da en función directa y necesaria del comportamiento perpetrado del mismo que haya sido materia también en otro proceso de pronunciamiento definitivo, y c) resolución definitiva, es la que da por concluida con carácter irreversible el proceso penal en que se expida dicha resolución;³¹. En consecuencia, cuando se habla sobre todo de resolución definitiva e irrevisable se está haciendo referencia al denominado *ne bis in idem* material. La cosa juzgada – que algunos autores le agregan la frase “material” – y el *ne bis in idem* de carácter material resultan prácticamente confusas, y por tanto equiparadas. Sobre estos elementos hablaremos en las siguientes líneas.

La Corte Suprema argentina ha puntualizado que el respeto a la cosa juzgada es uno de los pilares fundamentales sobre los cuales se asienta el régimen constitucional; que tiene jerarquía constitucional y no se le puede alterar ni siquiera por normas de orden público, y que todo ello se relaciona de modo inmediato con el principio de división de poderes, pues se afectaría tal principio si el poder encargado de dictar la ley apareciere, mediante una intervención posterior, alterando las decisiones del poder que la aplica³². La hipótesis contraria, es decir, el reabrir una causa cuestionando una condena firme, ocurre a través del excepcional recurso de revisión que se prevé en algunos Códigos procesales.

En este sentido, De Elía sostiene que la “...cosa juzgada, pues, es una decisión jurisdiccional que tiene fuerza obligatoria para todo juez que se avocara a la causa, de allí que la cosa juzgada tenga carácter absoluto; se trata de una manifestación de voluntad de la potestad jurisdiccional que actuó en el caso concreto como la ley actúa respecto a la comunidad en general; la cosa juzgada hace las veces de una ley que no puede ser desconocida por una nueva resolución judicial sobre el mismo caso y los mismos sujetos. El principio *non bis in idem* representa la base de toda la construcción procesal alrededor de la cosa juzgada”³³. La estabilidad de la cosa juzgada en materia civil se basa en la presunción absoluta de la verdad de la sentencia; en cambio, en materia procesal

³¹ Extraída de: ROJAS VARGAS, Fidel; *Jurisprudencia penal. Código Penal: Parte General y Parte Especial*, tomo I, Lima, 1999, p. 246. En igual sentido: ORE GUARDIA, Arsenio; *Manual de Derecho Procesal Penal*, Lima, 1999, p. 94.

³² SAGÜÉS, Néstor Pedro; *Elementos de Derecho constitucional*, tomo 1, Buenos Aires, 2003, p. 664

³³ DE ELÍA, Carlos M.; *Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires, (comentado y anotado)*, Buenos Aires, 2001, p. 30

penal, el *ne bis in idem* no es tanto una garantía procesal sino una garantía político-constitucional con la que se quiere proteger, más que la estabilidad de la sentencia, la libertad de los ciudadanos³⁴.

Desde el punto de vista del *ne bis in idem* material se inscribe por ejemplo, la Ley Fundamental alemana (artículo 103, punto III) que señala: “Nadie puede ser *penado* varias veces por el mismo hecho”. También puede ubicarse aquí, aunque no en los mismos términos, el artículo 139 inciso 13 de la Constitución Política peruana que estatuye que uno de los principios de la función jurisdiccional es “La prohibición de revivir *procesos fenecidos* con resolución ejecutoriada...”. Hay que tener presente que se garantiza, en términos generales, bajo esta redacción, que una persona no sufra más de una condena por un mismo hecho, pero no habría obstáculo alguno para admitir una nueva persecución penal para condenarlo cuando fue absuelto de los cargos o para imponerle una condena penal superior a la que surgió del pronunciamiento original, lo cual nos parece que no cumpliría el objetivo del principio en comentario.

Una posición neutral o intermedia la encontramos en los siguientes cuerpos legislativos: el Código Procesal Penal del Paraguay (artículo 8, Proceso Único) que prescribe: “Nadie podrá ser *procesado* ni *condenado* sino una sola vez por el mismo hecho...”; el Anteproyecto de Código Penal del Perú, Parte General, artículo IX que señala: “Nadie podrá ser *procesado*, ni *sancionado* más de una vez por un mismo hecho...”; el nuevo Código Procesal Penal de Perú, de julio del 2004 en el Título Preliminar, artículo III prescribe: “Nadie podrá ser *procesado*, ni *sancionado* más de una vez por un mismo hecho, siempre que se trate del mismo sujeto y fundamento. Este principio rige para las sanciones penales y procesales...”.

Por último, el Código Procesal Penal de 1991, en el Título Preliminar, artículo IV prescribía que: “Nadie puede ser *procesado* o *sancionado* mas de una vez por un mismo hecho constitutivo de una acción u omisión punible. La excepción a esta norma es la revisión de una sentencia condenatoria y absolutoria por la Corte Suprema, en los supuestos taxativamente permitidos”. Si bien en todos los instrumentos legales citados se amplía – para bien – el alcance del principio *ne bis in idem*, es cierto que no puede soslayarse la idea de que el “procesado” – como todavía no ha sido condenado en el proceso – también quede protegido bajo el amparo del principio en estudio.

³⁴ BERTELOTTI, “El principio *ne bis in idem*: un análisis desde una perspectiva histórico-comparada”, cit. p. 127

En suma, en un Estado de Derecho que sostiene la seguridad jurídica y la tranquilidad y el respeto a los ciudadanos como principios básicos de la organización social, necesariamente debe existir un momento en que el proceso penal finaliza. Así que en el extremo de “fallar definitivamente” en el lenguaje del artículo 90 del Código penal significará aquella resolución judicial que ha adquirido firmeza, obligatoriedad, ejecutoriedad³⁵. “Fallar definitivamente” será considerado aquel acto procesal que plasma el objetivo de todo proceso penal, generalmente a través de una sentencia (condenatoria o absolutoria) donde se averiguó la verdad histórica – reconstruyendo los hechos del pasado –, resolviendo un determinado conflicto social. Será plasmar, en otras palabras, la vigencia del *ne bis in idem* en su aspecto material (cosa juzgada).

Sin embargo, “fallar definitivamente” habrá que entenderla también en un sentido amplio abarcando cualquier resolución judicial que ponga fin al proceso penal, y lo más relevante es que no fue objeto de impugnación (consentida) o esperar la “última” decisión judicial cuando se interpuso algún recurso impugnatorio que usualmente – en nuestro ámbito interno – será la Corte Suprema de la República, que en definitiva, es la instancia “final”. Este criterio también es tomado para computar los plazos prescriptorios de la pena. Así, el artículo 86 del Código Penal estipula que “El plazo se contará desde el día en que la sentencia condenatoria quedó *firme*” o cuando se refiere a la figura del concurso real retrospectivo (artículo 51 – Modificado por la Ley 26832 de fecha 03.07.1997 – del Código Penal) que señala, parte pertinente: “...cualquiera que sea el estado en que se encuentre, el órgano jurisdiccional o los sujetos del proceso, solicitarán copia certificada del *fallo ejecutoriado*...”.

Por otro lado, con respecto a la resolución judicial que declara “no ha lugar a la instrucción”, la doctrina y la jurisprudencia no se han puesto de acuerdo sobre si hay o no cosa juzgada en la resolución aludida. Al respecto, Sánchez Velarde³⁶ lo ha sintetizado de la siguiente manera:

³⁵ En este punto: GARCÍA RADA, Domingo; *Manual de Derecho Procesal Penal*, Lima, 1984, p. 346 se pregunta lo siguiente “¿Cuál es la parte que constituye Cosa Juzgada? Toda sentencia tiene tres partes: expositiva, considerativa y resolutive. Sólo la parte Resolutive crea Cosa Juzgada, excepto que se remita a un considerando y entonces tal considerando también es Cosa Juzgada. Lo que se manda y dispone está contenido en la parte resolutive y por consiguiente sólo ella es la que produce Cosa Juzgada. Esta tercera parte es la inimpugnable, la inmutable y la que tiene coerción; las otras dos partes le sirven de sustento, una – la expositiva – relatando los hechos, y la otra – la considerativa – exponiendo las razones que fundamentan la condena”.

³⁶ SANCHEZ VELARDE, Pablo; *Manual de Derecho Procesal Penal*, Lima, 2004, p. 356.

- a) Desde una *interpretación sistemática y estricta de la ley*, dicha resolución judicial no puede ser equiparada a la resolución jurisdiccional que luego del trámite correspondiente culmina con la expedición de una sentencia; resulta difícil admitir la cosa juzgada respecto de una resolución (auto) que precisamente no da inicio al proceso penal, es decir, no hay proceso. En este sentido, se puede ubicar la doctrina esbozada por el Tribunal Constitucional (en el Expediente n° 1077-2002-HC/TC, en el caso “Juan Manuel García Quiroga”) donde tiene establecido que el valor del auto de no a lugar a la apertura de instrucción no puede equipararse a la de una sentencia, en virtud del cual se pone fin a la investigación judicial acerca de la imputación de la comisión de un ilícito penal, sino la de un simple auto dictado sin mediar investigación judicial ni realización de un contradictorio previo. por lo que no se ha producido una violación de la cosa juzgada.
- b) Por otro lado, bajo una *interpretación amplia* de las normas procesales se argumenta que dicha resolución si genera la calidad de cosa juzgada pues la autoridad jurisdiccional emite un juicio valorativo sobre el fondo del asunto que se evidencia en una decisión de no instruir por un hecho que no constituye delito, máxime si la misma ha sido objeto de confirmación por el superior. En tal virtud, Castañeda Otsu sostiene que el pronunciamiento del Tribunal Constitucional antes citado debe ser replanteado no en relación a la cosa juzgada, sino en relación al *ne bis in idem* procesal, considerando que sino existe prueba nueva que permita reabrir la investigación preliminar por el titular de la acción penal, no debería volver a investigarse sobre los mismo hechos³⁷.

Finalmente otra de las manifestaciones del *ne bis in idem* material es la llamada cosa decidida, la misma que otorga seguridad jurídica a las decisiones de los órganos administrativos. Ahora bien, es válido cuestionarse si la decisión de archivo definitivo de la denuncia por el Fiscal constituye o no cosa juzgada. Mi respuesta es negativa, en tanto ésta última [la cosa juzgada] resulta ser una institución propia de la función jurisdiccional dentro de un proceso regular³⁸.

³⁷ CASTAÑEDA OTSU, Susana Ynes; “Análisis del artículo 139 inciso 13 de la Constitución Política”, en: Problemas actuales de Derecho penal y procesal penal (Lecturas y casos seleccionados-Materiales de enseñanza), Maestría en Derecho Penal, PUCP, Lima, 2005, p. 103.

³⁸ Véase, en este sentido: ALCÓCER POVIS, Eduardo; “La prohibición de incurrir en bis in idem. Aproximación conceptual”, texto mecanografiado, S/f.

5.2 EL *NE BIS IN IDEM* EN SENTIDO PROCESAL (PERSECUCIÓN PENAL MÚLTIPLE)

Quizá sea este punto de vista donde se apoya actualmente la doctrina y la jurisprudencia para definir el alcance del *ne bis in idem*. La consecuencia más importante de este criterio es impedir la múltiple “persecución penal” y cubre el riesgo de un procesamiento nuevo. En otras palabras en su vertiente procesal, tal principio significa que “nadie pueda ser juzgado dos veces por los mismos hechos”, es decir, que un mismo hecho no pueda ser objeto de dos procesos (penales) distintos o, si se quiere, que se inicien dos procesos (penales) con el mismo objeto.

Con ello se impide, por un lado, la dualidad de procedimientos (por ejemplo, uno de orden administrativo y otro de orden penal) y, por otro, el inicio de un nuevo proceso en cada uno de esos órdenes jurídicos (dos procesos administrativos con el mismo objeto, por ejemplo). Al respecto, Sánchez Velarde³⁹ sostiene que el *ne bis in idem* procesal “el efecto inmediato es la inadmisibilidad y prohibición de un nuevo juzgamiento de allí su estrecha relación con la prohibición del *ne bis in idem*, pues una vez resuelto el proceso por sentencia consentida o ejecutoriada, no se puede enjuiciar nuevamente a la misma persona por el hecho que fue pasible de la sentencia anterior”. Por su parte, San Martín Castro dice que el *ne bis in idem* procesal “...proscribe no la doble sanción sino, propiamente, el doble enjuiciamiento, la posibilidad de que a un individuo se le someta a un doble riesgo real”⁴⁰.

Este concepto procesal de *ne bis in idem* también ha sido asumido por la jurisprudencia argentina. Así la “...prohibición de la doble persecución penal no sólo veda la aplicación de una nueva sanción por un hecho anteriormente penado. Sino también la exposición al riesgo de que ello ocurra mediante un nuevo sometimiento a juicio de quien ya lo ha sufrido por el mismo hecho. Si se encuentra firme el sobreseimiento dictado en una causa anterior por los mismos hechos, la sustanciación de una nueva querella constituye una violación de la garantía constitucional que protege contra el doble juzgamiento”⁴¹.

³⁹ SANCHEZ VELARDE, Pablo; *Manual de Derecho Procesal Penal*, Lima, 2004, p. 332.

⁴⁰ SAN MARTÍN CASTRO, César; *Derecho Procesal Penal*, tomo I, Lima, 2003, p. 106.

⁴¹ CSJN, 30-4-91, recaído en el caso: “Taussig, Jorge F/ Arts, 109 y 110 del CP”, Fallos: 314: 377, extraído de: DONNA, Edgardo Alberto (Director), *Revista de Derecho penal, 2001-1, Garantías constitucionales y nulidades procesales I*, Buenos Aires, p. 531.

Con relación al *ne bis in idem* procesal, la Sentencia del Tribunal Constitucional, Expediente N° 1670-2003-AA/TC, caso “José Santiago García Caballero”, de fecha 26 de abril de 2004 resulta muy claro cuando en el punto 2, manifiesta lo siguiente: “Este Colegiado ha precisado, en la sentencia recaída en el Exp. n° 2050-2002-AA/TC, que el derecho a no ser enjuiciado dos veces por el mismo hecho, esto es, el principio del *ne bis in idem* “procesal”, está implícito en el derecho al debido proceso reconocido por el artículo 139°, inciso 3), de la Constitución. Esta condición, de contenido implícito de un derecho expreso, se debe a que, de acuerdo con la IV Disposición Final y Transitoria de la Constitución, los derechos y libertades fundamentales se aplican e interpretan conforme a los tratados sobre derechos humanos en los que el Estado peruano sea parte. Y el derecho al debido proceso se encuentra reconocido en el artículo 8.4° de la Convención Americana de Derechos Humanos, a tenor del cual: “[...] Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las garantías mínimas: “[...] El inculpado absuelto por una sentencia firme, no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos”.

Según en el fundamento 19 de la Sentencia del Tribunal Constitucional, expediente 2050-2002-AA/TC, de fecha de 16 de abril de 2003, en el caso “Carlos Israel Ramos Colque” se establece que nadie pueda ser juzgado dos veces por el mismo delito; además que incluye, aparte de una dimensión material sancionadora, una dimensión eminentemente procesal, según la cual:

“se garantiza que ‘nadie pueda ser juzgado dos veces por los mismos hechos’; es decir, que un mismo hecho no pueda ser objeto de dos procesos distintos o, si se quiere, que se inicien dos procesos con el mismo objeto. Con ello se impide, por un lado, la dualidad de procedimientos (por ejemplo, uno de orden administrativo y otro de orden penal) y, por otro, el inicio de un nuevo proceso en cada uno de esos órdenes jurídicos (dos procesos administrativos con el mismo objeto, por ejemplo)”.

Sin embargo, una afirmación de este tipo debe ser entendida en su verdadera dimensión: como parte del fundamento 4 de la Sentencia del Tribunal Constitucional, en el expediente 2868-2004-AA/TC, de fecha 24 de noviembre de 2004, caso “José Antonio Álvarez Rojas”, cuando establece que:

“...la necesidad de garantizar a los ciudadanos un conocimiento anticipado del contenido de la reacción punitiva o sancionadora del Estado ante la eventual comisión de un hecho antijurídico, tal cometido garantista devendría inútil si ese mismo hecho, y por igual fundamento, pudiese ser objeto de una nueva sanción, lo que comportaría una punición desproporcionada de la conducta antijurídica. De ahí que se considerase que el elemento consistente en la igualdad de fundamento es la clave que define el sentido del principio: no cabe la doble sanción del mismo sujeto por un mismo hecho cuando la punición se fundamenta en un mismo contenido injusto, esto es, en la lesión de un mismo bien jurídico o un mismo interés protegido”.

El Tribunal Constitucional en el caso “Dante Damas Espinoza” en el fundamento número 7 señala que, primero, integra el *non bis in idem* dentro del derecho al debido proceso del artículo 139° inciso 3 de la Constitución Política del Perú, sosteniendo que significa que el imputado absuelto por una resolución judicial firme no puede ser sometido a un nuevo proceso por los mismos hechos, esto es, reconoce la dimensión procesal de la garantía del *ne bis in idem*. En segundo lugar, se señala que la *res iudicata* o cosa juzgada está reconocida también en el artículo 139° inciso 13 de la Constitución Política del Perú, la cual supone la prohibición de que un individuo con resolución absolutoria y firme pueda verse sometido a un nuevo proceso judicial en que se juzgue los mismos hechos que motivaron la inicial sentencia, tesis última no bien formulada, dado que el *ne bis in idem* material, como ya se dejó expuesto, prescribe que nadie puede ser sancionado dos veces por una misma conducta.

La interpretación del principio en comentario puede entonces admitir las siguientes expresiones: “Nadie puede ser *penado/procesado/perseguido penalmente* más de una vez por el mismo *hecho/delito*”. Me parece acertada la expresión del artículo 90 del actual Código penal cuando alude a “perseguido” en vez de “procesado”, “encausado”, “acusado” o “perseguido judicialmente” que más bien daría a entender a cierto estadio procesal, lo cual podría interpretarse en forma restringida y parcial el *ne bis in idem* en función a que ésta operaría cuando la persecución penal haya alcanzado cierta importancia procesal.

Por eso resulta desacertado y confusa la frase de la Exposición de Motivos del Anteproyecto del Código penal del Perú, Parte General, cuando alude a que “Lo inadmisibles, pues, *no la repetición de proceso*, sino una doble condena o el riesgo de afrontarla”. Si la repetición del proceso penal tiene como finalidad conseguir una resolución más favorable al imputado o condenado estará todo correcto, pero como es sabido, casi todo proceso penal en sí mismo busca o procura la condena del procesado, entonces, como quedaría la expresión “la repetición del proceso”.

Cuando el artículo 90 del Código penal peruano establece la expresión “persecución” (penal) está comprendiendo a toda la autoridad estatal (policial, fiscal, e incluso jurisdiccional – que no puede ser propiamente tal –) o privada (acciones privadas como injurias, calumnias, etc.) tendiente a atribuir a una persona participación en un hecho delictivo. Para que pueda hablarse de *segunda* persecución, será necesaria que la *primera* se esté desarrollando, o haya concluido por sobreseimiento o sentencia definitiva (condenatoria o absolutoria)⁴². Sin embargo, la persecución necesita de una pretensión y ésta última implica una posibilidad (existencia de futuro) que tiene apoyo en el concepto de apariencia delictiva, y que será suficiente para provocar la persecución penal. “Así la pretensión – anota Clariá Olmedo – aparece como el nervio de la perseguibilidad; no se podrá perseguir penalmente sino sobre la base de una pretensión fundada en hecho afirmado con relevancia jurídico-penal”⁴³. Finalmente, la condena o el valor formal de la cosa juzgada no es la que veda la garantía del *ne bis in idem* sino fundamentalmente la mera exposición al riesgo de un doble juzgamiento.

Esta dimensión procesal del principio *ne bis in idem* cobra su pleno sentido a partir de su vertiente material. En efecto, si la exigencia de *lex praevia* y *lex certa* que impone el artículo 25, inciso 1 de la Constitución española obedece, entre otros motivos, a la necesidad de garantizar a los ciudadanos un conocimiento anticipado del contenido de la reacción punitiva o sancionadora del Estado ante la eventual comisión de un hecho ilícito, ese cometido garantista devendría inútil si ese *mismo hecho*, y por igual fundamento, pudiese ser objeto de una nueva sanción, lo que comportaría una punición desproporcionada de la conducta ilícita. Desde esta perspectiva sustancial, el principio de *ne bis in idem* se configura como un derecho fundamental del ciudadano frente a la decisión de un poder público de

⁴² CAFFERATA NORES, José I; “Garantías y sistema constitucional”, en: Donna, Edgardo Alberto (Dir.), Revista de Derecho penal, 2001-1, Santa Fe, p. 146.

⁴³ CLARIÁ OLMEDO, Jorge A.; *El proceso penal* (actualizado por Pedro Bertolini), Buenos Aires, 1994, p. 6.

castigarlo por unos hechos que ya fueron objeto de sanción, como consecuencia del anterior ejercicio del *ius puniendi* del Estado.

Por ello, en cuanto derecho de defensa del ciudadano frente a una desproporcionada reacción punitiva, la interdicción del *bis in idem* no puede depender del orden de preferencia que normativamente se hubiese establecido entre los poderes constitucionalmente legitimados para el ejercicio del derecho punitivo y sancionador del Estado, ni menos aún de la eventual inobservancia, por la Administración sancionadora, de la legalidad aplicable, lo que significa que la preferencia de la jurisdicción penal sobre la potestad administrativa sancionadora ha de ser entendida como una garantía del ciudadano, complementaria de su derecho a no ser sancionado dos veces por unos mismos hechos, y nunca como una circunstancia limitativa de la garantía que implica aquel derecho fundamental (Sentencia del Tribunal Constitucional 177/1999).

6 LOS CRITERIOS PARA ESTABLECER LA PROHIBICIÓN DE LA PERSECUCIÓN MÚLTIPLE

Los criterios para establecer adecuadamente la presencia de una persecución penal múltiple, generalmente la doctrina⁴⁴ y la jurisprudencia⁴⁵ han establecido que deben concurrir por lo menos tres identidades o correspondencias.

⁴⁴ Véase por todos: REÁTEGUI SÁNCHEZ, James; *La contaminación ambiental como delito. Aspectos sustantivos y procesales*, Lima, 2006, p. 200.

⁴⁵ Así: "Los presupuestos que deben concurrir para amparar una excepción de cosa juzgada, son la identidad de procesado, identidad de hecho y resolución firme. El Fiscal Supremo al emitir su dictamen se ha pronunciado por la aprobación de dicho sobreseimiento, lo que implica una expresa renuncia a la prosecución del ejercicio de la acción penal, en cuanto a este extremo, y así debe declararlo esta Supremo Sala, pues disponer lo contrario sería obligar al Ministerio Público, a seguir persiguiendo un delito que a su criterio no existe, con lo que se atentaría contra su autonomía". SALA PENAL, R.N., n° 936-99, Lima, extraído: CHOCAÑO RODRÍGUEZ, Reiner / VALLADOLID ZETA, Víctor; *Jurisprudencia penal*, Lima, 2002, p. 281.

"La excepción de cosa juzgada es aplicable cuando existe identidad de hecho u objeto del proceso, identidad de encausado y resolución firme o definitiva; que, siendo esto así, en el presente proceso, no se cumplen tales requisitos, existiendo deficiencia de la defensa técnica al no acompañar constancia que acredite que la sentencia quedó firme y definitiva por no haber sido impugnada o en su defecto ejecutoriada". SALA PENAL, RN, n° 678-2000, Lambayeque, extraído de: FRISANCHO APARICIO, Manuel; *Jurisprudencia penal*, Lima, 2002, p. 294.

"Procede declarar fundada la excepción de cosa juzgada si en el proceso fenecido se falló definitivamente por los mismos hechos y las mismas personas procesadas en la nueva causa, es decir, el proceso fenecido abarcó en su totalidad a la nueva denuncia". Exp. n° 5287-97, en: BACA CABRERA / ROJAS VARGAS / NEIRA HUAMAN; *Jurisprudencia penal*, procesos sumarios, tomo III, Lima, p. 626.

Ellas son el *eadem persona*, *eadem res* y el *eadem causa petendi*. Analizaremos cada una de ellas.

6.1 IDENTIDAD DE PERSONA (EADEM PERSONA)

El *eadem persona* es la proyección subjetiva de la garantía y la que menos problema suscita. Esta identidad se proyecta en la siguiente frase: *exceptio rei iudicatae obstat quotiens eadem quaestio inter easdem personas revocatur* (la excepción de la cosa juzgada se opone cuantas veces la misma cuestión se plantea de nuevo entre las mismas personas).

La identidad de la persona, ha precisado la Corte Suprema peruana, se refiere sólo a la del procesado y no a la parte acusadora. La condición de imputado es la base sobre la cual se erigen todas las demás garantías individuales en el proceso penal, sin importar la calidad del sujeto (por ej. si es funcionario o servidor público, órgano administrador, etc.). Por otra parte, la Ejecutoria Suprema del Expediente 134-98, de fecha 13 de abril 1998, donde se menciona que la cosa juzgada, entre sus elementos, debe tener: "...a) identidad de sujeto, más no de sujetos, es decir en este elemento sólo se habla del procesado más no de agraviados...". El problema se simplifica pues como ya sabemos en la relación procesal penal no hay otras partes más que el Ministerio Público y el imputado, y cuando se habla de identidad subjetiva sólo se está refiriendo a la persona del procesado, ya que la parte acusadora es estrictamente procesal, carente en absoluto de toda relación con el hecho punible, y solo excepcionalmente por su carácter contingente, la parte acusadora puede ser procesal y material al mismo tiempo.

Sólo aquella persona que es considerado "imputada" puede ser beneficiaria de este principio. Entonces surge la pregunta acerca de a partir de qué momento una persona incluida dentro de los límites de las investigaciones, debe ser considerada como "imputado". En otro trabajo había dicho que "... se tendrá que distinguir entre una *imputación material o implícita* que es aquella condición que nace de la admisión de una denuncia o una querrela y no de la simple presentación de las mismas por cuanto la situación material del imputado no puede inferirse, de la mera indicación hacia un sujeto como supuesto autor

del hecho punible, y otra *imputación formal o explícita* que vendría representada por el auto de procesamiento en sede judicial⁴⁶.

El *ne bis in idem* es una garantía “personal” en concreto y no en abstracto. “No existe una cosa juzgada “en abstracto”; por el contrario, el efecto de cosa juzgada – ya se trate de una sentencia, de un sobreseimiento, o de cualquier tipo de resolución que ponga fin al proceso – siempre tiene una referencia directa a la persona que ha sido involucrada⁴⁷. Lo que importa es que la persona identificada en el primer proceso sea la misma que se persigue por segunda vez. Así por ejemplo, con respecto a la excepción de la cosa juzgada, se ha dicho que no será suficiente la comprobación de la igualdad de nombres, sino que hay que tener la certeza que se trate de la misma persona, por las generales de ley que obren en el primer expediente como en el proceso en cual se deduce la excepción de cosa juzgada⁴⁸. A mi juicio, bastaría con su identificación física, aún cuando se carezca de los datos que hacen a su identificación nominal.

Debe tratarse de la misma persona que fue perseguida con anterioridad. No ampara a coimputados del mismo hecho. Esto es, que quedarán excluidos los posibles partícipes aún no perseguidos y los imputados cuya persecución haya concluido por pronunciamiento no definitivo: la desestimación o el archivo de la denuncia, ya que al no haberse individualizado al imputado no produce el efecto de cosa juzgada.

La condena o absolución de un procesado no impide que se promueva la acción nuevamente, por el mismo suceso e igual *nomen juris*, pero esta vez contra otras personas que ahora son denunciadas como autoras o partícipes⁴⁹. Por ejemplo: si no se llegó a establecer, en calidad de autor, responsabilidad penal al procesado por insuficiencia probatoria, esto no puede funcionar como un obstáculo para que los otros coautores o partícipes sean denunciados y procesados por los mismos hechos, y luego finalmente condenados, si aparecen, después, nuevos elementos de convicción que demuestren la existencia de la

⁴⁶ REÀTEGUI SÁNCHEZ, James; “El valor probatorio de las declaraciones inculpatorias del coimputado en el derecho peruano”, disponible en: <http://www.carlosparma.com.ar/reategui3.doc>. Véase, para más referencias sobre el concepto de “imputado”: MAIER, Julio B.J.; *Derecho procesal penal*, tomo II. Parte General, sujetos procesales, Buenos Aires, 2004, p. 187 y ss.

⁴⁷ BINDER, 1999, p. 168.

⁴⁸ CUBAS VILLANUEVA, Víctor; *El proceso penal. Teoría y Práctica*, Lima, 2003, p. 287.

⁴⁹ ROY FREYRE, Luis Eduardo; *Causas de la extinción de la acción penal y de la pena*, Lima, 1998, p. 199.

comisión del hecho punible. Por tal motivo, el requisito *eadem persona* debe tener, en este aspecto, un efecto *restrictivo-individual*.

6.1.1 La identidad personal en el marco de estructuras complejas

La identidad de sujetos puede encontrar algún inconveniente en supuestos de pluralidad de sujetos, sobre todo en el ámbito de la responsabilidad penal de los órganos de dirección de las empresas. Sin embargo, se admite que los en los casos de responsabilidad penal de las personas físicas no se incumple el *ne bis in idem* por el hecho de sancionar administrativamente a las personas jurídicas, pues la sanción a ésta se basa en su “culpabilidad de organización” o “acción institucional” que no es el título que fundamenta la responsabilidad de aquella. “Por eso, – dice Borinsky – cabe sancionar a la persona jurídica aún cuando la física quede exenta de pena por actuar con error invencible o incluso por otras causas”⁵⁰.

En otro trabajo había dicho lo siguiente: “Otros argumentos colaterales como la idea de justicia y equidad permiten sostener la vigencia del principio de la *societas*, pues sancionar directamente a la persona jurídica se castigarían, en última instancia, a personas inocentes quienes integran el ente ideal, y con ello se infraccionaría el principio garantístico *non bis in idem*. Es decir, que a los cuestionamientos tradicionales que se manejan en el derecho penal euro-continental, de que la persona jurídica no tiene capacidad de acción, de culpabilidad y de pena, se ha sumado otro elemento, proveniente del derecho anglosajón, en el sentido de que ¿un mismo hecho puede ser imputado penalmente – y eventualmente condenado – tanto a la persona natural como a la persona jurídica?; ¿Concretamente si existe o no una identidad de persona en el hecho?. Como podrá notarse el *non bis in idem* se asoma como un peldaño más que debemos pasar. Si la persona jurídica resulta ser un ente “distinto” a la de sus miembros individuales no habrá mayores problemas para imputar el hecho punible por separado a la persona jurídica y a la persona natural. En cambio, si la persona jurídica resulta ser “igual” que la de sus miembros, formando un solo cuerpo orgánico las posibilidades de prosperar del principio del *non bis in idem* acrecienta”⁵¹.

⁵⁰ BORINSKY, Mariano Hernán; “Principio ‘non bis in idem’. Concurrencia de consecuencias jurídico penales. Concurrencia de sanciones administrativas y penales. El análisis en el campo de los delitos económicos”, disponible en: EIDial.com DC5C4.

⁵¹ REATEGUI SÁNCHEZ, James; “La presencia de personas jurídicas en el moderno derecho penal. ¿Hacia un Derecho Penal de las personas jurídicas”, en: Actualidad Jurídica, Noviembre, tomo 144, Lima, 2005, p. 288.

Teniendo como presupuesto que la legislación peruana establece que la jurisdicción administrativa debe subordinarse a la penal, Zúñiga Rodríguez sostiene que la "...gravedad de la infracción es la que determinará la jurisdicción a aplicar y no es posible pensar en una dualidad según el sujeto; la vía penal para el sujeto individual infractor y la vía administrativa para la persona jurídica, pues ello contradiría esa unidad de la potestad punitiva"⁵². Según la autora citada debe prevalecer, en la medida de lo posible, la llamada identidad personal, no obstante de que imputación recaiga contra una persona natural (derecho penal) o una persona jurídica (derecho administrativo).

6.2 IDENTIDAD DE OBJETO (EADEM RES)

El *eadem res* es la proyección objetiva de la identidad o correspondencia y la que más problemática presenta para el estudio del *ne bis in idem*. La segunda persecución debe referirse al mismo hecho que motivó a la primera: *in idem*, dice la formula latina: esto es, sobre lo mismo. En el artículo 90 del Código penal prescribe que la segunda persecución penal debe tratarse de un mismo "hecho punible". Ahora bien, qué entendemos en Derecho penal por ¿hecho punible?. Esto es: se impide perseguir por segunda vez el hecho "tal está calificado en la ley penal" o se permite nuevamente la persecución la sobre la misma hipótesis fáctica pero con distinta calificación jurídica: hecho punible doloso, culposo, omisivo propio o impropio, atenuado o agravado, tentado o consumado, etc.

En realidad si vemos nuestro Derecho positivo penal, en la Parte General observaremos que el legislador también hace referencia al concepto de hecho punible. Así, el artículo 6 "...comisión del *hecho punible*"; Título II lleva como nombre "del *hecho punible*"; el artículo 13 "...la realización del *hecho punible*"; artículo 15 "...comete un *hecho punible*"; art. 22 "...*hecho punible*"; artículo 23 "...el *hecho punible*". Sin embargo, en otros artículos se refiere a la comisión de un "delito", así el artículo 16 "...ejecución de un *delito*"; artículo 50 "...otros tantos *delitos* independientes"; artículo 59 "...condenado por otro *delito*"; y en otros pareciera que el hecho punible pudiera ser solamente "típico", así el artículo 72 "realizado un *hecho* previsto como *delito*". Asimismo, en otros artículos se refiere que la comisión represente solamente un injusto penal, así en el artículo 20 inciso 5: "...realiza un *hecho antijurídico*". A mi juicio, el concepto de hecho punible, tal como se le concibe en la dogmática jurídico-penal, es que el comportamiento sea

⁵² ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura; "Las consecuencias accesorias aplicables a las personas jurídicas del art. 105 CP: Principales problemas de aplicación", en: Aspectos fundamentales de la Parte General del Código Penal Peruano, Anuario de Derecho Penal, 2003, Lima, p. 504.

típico, antijurídico y culpable en el que no concurre ninguna causa de exclusión de la punibilidad. El mismo concepto de hecho punible da a entender, además, que el hecho debe ser “punible” y será punible cuando se verifiquen todas las categorías dogmática-estratificadas.

Sin embargo, a los efectos de la comprensión de la garantía del *ne bis in idem* no debe importar la calificación jurídica que se le haya dado en la primera persecución y la que pudiera darse en la segunda. Pues muchas veces el juicio de tipificación – como producto normativo- depende de una valoración subjetiva que realice el juzgador en un determinado caso concreto. Por eso Maier anota que para comprender mejor esta identidad se mira “...al hecho como acontecimiento real, que sucede en un lugar y en un momento o período determinados, sin que la posibilidad de subsunción de distintos conceptos jurídicos afecte la regla, permitiendo una nueva persecución penal, bajo una valoración distinta de la anterior”⁵³. En suma, lo importante acá es que el *sustractum* de ambos hechos debe ser el mismo. Siempre debe existir en el primero hecho la suficiente competencia judicial para haber examinado el hecho completamente, desde el punto de vista del Derecho penal material. La identidad de hecho, entonces, tiene como una de sus características la indivisibilidad, a mérito de la cual un mismo *factum* no puede ser materia de más de un pronunciamiento judicial. Por ejemplo: si una persona que fue juzgada por lesiones graves o tentativa de homicidio, y luego condenada, no puede luego ser sometido judicialmente por el homicidio en virtud de una consecuencia mediata posterior.

También si un Tribunal califica el apoderamiento total o parcialmente ajeno como hurto, no puede incoarse una nueva persecución penal porque el segundo

⁵³ MAIER, Julio B. J.; *Derecho procesal penal*, tomo 1, volumen b, Buenos Aires, 1989, p. 380. El mismo: *Derecho procesal penal*, tomo II, Parte General, Buenos Aires, 2004, p. 24, agrega sobre la identidad fáctica u objetiva que: “...el contenido del “hecho”, en sentido procesal penal, no depende de las definiciones sobre la unidad o multiplicidad del Derecho penal material (concurso ideal, real o continuado de acciones u omisiones), en principio, y comprende, como *unidad fáctica*, el comportamiento total del imputado que, según una *concepción natural*, representa un *proceso de vida unitario*, un suceso histórico único”. DE LA RUA, Fernando; en la voz: “*Non bis in idem*”, de la Enciclopedia Jurídica Omeba, tomo XX, Buenos Aires, p. 327 anota que si acogiéramos el criterio de que debe existir coincidencia entre el hecho y calificación jurídica en los procesos “...el vigor de la garantía no solo quedaría debilitado, sino totalmente aniquilado. El principio de *non bis in idem* se tornaría inexistente e inócuo, porque bastaría un cambio de criterio jurídico para abrir válidamente la nueva instancia”. CLARÍA OLMEDO, Jorge A.; *Derecho procesal penal*, tomo I, (actualizado por Jorge E. Vásquez Rossi), Santa Fe, 1998, p. 74. CAFFERATA NORES, José I.; “*Asociación ilícita y “non bis in idem”*”, en: La Ley 1999-B, Buenos Aires, p. 300 y 301. FOLGUEIRO; “*La inadmisibilidad de la “persecución” y de la “valoración” penal múltiple (validez “procesal” y “material” de la garantía “ne bis in idem”)*”, cit., p. 787.

Tribunal lo considere como robo. Tampoco aquel que ha sido procesado por homicidio, puede ser luego perseguido por el delito de lesiones, si a consecuencia de éstos está sometido a juzgamiento por aquel delito. Cafferata Nores dice que “aunque en la segunda persecución se afirmen nuevas circunstancias, un diferente grado de participación o un encuadramiento jurídico diferente, si el hecho es sustancialmente idéntico, el principio opera en plenitud”⁵⁴.

Para que se aplique la *eadem res* la imputación tiene que ser la misma, y la imputación será idéntica cuando tenga por objeto el mismo comportamiento atribuible a la misma persona (*eadem persona*). En tal sentido, se tendrá que distinguir entre una *imputación material o implícita* que es aquella condición que nace de la admisión de la simple denuncia o una querrela indicando como supuesto autor del hecho punible a una persona y esta imputación material no define el carácter de “imputado” y otra que es la *imputación formal o explícita* que vendría representada por el auto de procesamiento en sede judicial, que sí le otorga el carácter de procesado o imputado.

Resulta ilustrativa las palabras de Clariá Olmedo cuando comenta la identidad objetiva: “Se atrapa el hecho en su materialidad sin atender a su significación jurídica; capta el acontecimiento y no el delito; la conducta básica imputada sin atender a las circunstancias. Es intrascendente el distinto encuadramiento penal: hurto o robo, lesiones graves o leves y homicidio simple o infanticidio. Tampoco interesa el grado de participación o delictuosidad, o de desarrollo punible: autor o cómplice; tentativa y consumación”⁵⁵.

Como ha señalado la doctrina debe mirarse al hecho como un acontecimiento real-histórico, que sucede en un lugar y momento determinado, sin que la posibilidad de subsunción en distintos conceptos jurídicos afecte la regla, permitiendo una nueva persecución penal, bajo una valoración distinta de la anterior. Inclusive, se ha afirmado concretamente que a quien se lo persiguió penalmente como autor (directo, indirecto o coautor) no se lo puede volver a perseguir como cómplice, ya sea primario o secundario. El título de imputación penal asignado al imputado no interesa a efectos de determinar una correcta identidad objetiva, ya que la calificación jurídica, si bien es un criterio que debe

⁵⁴ CAFFERATA, José I; *Introducción al Derecho procesal penal*, Córdoba, 1994, p. 87.

⁵⁵ CLARIÁ OLMEDO, Jorge A.; *Derecho Procesal Penal*, (actualizado por Jorge Vázquez Rossi) tomo I, Santa fe, p. 74.

ajustarse a las reglas jurídico-penales, también es cierto que hay un enorme criterio subjetivo por parte del juzgador para subsumir el comportamiento humano a los tipos penales. Entonces, para amparar el principio de *ne bis in idem*, es obvio que no interesa el criterio de calificación, basta que exista una identidad objetivos de los hechos comparados. Esta identidad objetiva tiene que ser de carácter *sustancial* y no meramente *accidental*.

Esta identidad sustancial está relacionada con el aspecto real-histórico: tal como sucedieron realmente. El concepto de hecho ha sido entendido tradicionalmente como un acontecimiento existente, concreto e históricamente sucedido, esto es, hipotéticamente afirmado como real. Para determinar la identidad sustancial de los hechos debe estar ajeno a toda valoración del derecho, porque si es así entremos a una identidad accidental, ya que sería especular sobre cuestiones jurídicas, ejemplo, si es cómplice o coautor. La identidad sustancial está íntimamente relacionada con la identidad personal, en el sentido que sólo puede ser idéntico objetivamente aquello que ha sido causado por la misma persona a la cual se pretende abrir un nuevo proceso penal.

En conclusión, cuando la doctrina penal hace referencia al hecho (identidad *res*), en general se hace alusión, primero a la misma comprobación fáctica-histórica que le corresponde a un mismo sujeto y luego, a su respectiva calificación jurídica.

6.2.1 Los hechos tienen que ser idénticos sin importar la calificación jurídica

La doctrina procesal penal ha sido unánime al considerar que aún cuando en el segundo proceso abierto se dé una calificación jurídica distinta, si los hechos son los mismos que en el primer proceso penal, – identidad objetiva, *idem re* – el denominado *ne bis in idem* procesal debe prosperar. Resulta trascendental, por ello, la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, recaída en el caso “Loayza Tamayo”, que estableció que si la justicia militar al dictar una sentencia se pronuncia sobre los hechos objeto de la acusación, valorando los elementos probatorios del comportamiento atribuido, no es posible que esos mismos hechos, bajo otra perspectiva jurídica, sean de conocimiento por la justicia ordinaria. Este fallo, constituye, en buena cuenta, la consagración jurídica del *ne bis in idem* procesal, que proscribire no la doble sanción sino, propiamente, el doble enjuiciamiento, la posibilidad de que a un individuo se le someta a un doble riesgo real.

Así, lo ha entendido por ejemplo el Código de Procedimiento penales de Bolivia de 1999 (artículo 4 – persecución penal única –) dice que: “Nadie podrá ser procesado ni sancionado más de una vez por el mismo hecho, *aunque se modifiquen su calificación o se aleguen nuevas circunstancias*. La sentencia ejecutoriada dictada en el extranjero sobre hechos que pueden ser conocidos por los tribunales nacionales producirá efecto de cosa juzgada”. Por su parte, el Código Procesal de Colombia de 2000 (artículo 19) en sus normas rectoras establece que: “La persona cuya situación jurídica haya sido definida por sentencia ejecutoriada o providencia que tenga la misma fuerza vinculante, no será sometida a una nueva actuación por la misma conducta, *aunque a ésta se le dé una denominación jurídica distinta*”. Asimismo, el Anteproyecto del Código Procesal Penal de Panamá de 1998 (artículo 9) (única persecución) prescribe que: “Nadie puede ser juzgado penalmente más de una vez por el mismo hecho, *aunque a éste se le dé una denominación distinta*”. En el Código Procesal Penal, en concordancia con la Constitución provincial de Córdoba-Argentina, artículo 39), capta el principio bajo las expresiones “[...] ni perseguido penalmente más de una vez por el mismo hecho, *aunque se modifique su calificación legal o se afirmen nuevas circunstancias*. Esta última prohibición no comprende los casos en que no se hubiere iniciado el proceso anterior o se hubiere suspendido en razón de un obstáculo formal el ejercicio de la acción [...]”.

Entonces lo sustancial será que sea el mismo hecho o una misma estructura básica de la hipótesis fáctica, y no obstará a la vigencia de la garantía que en la segunda persecución penal se añadan algunos elementos *accidentales no relevantes*. Si en la segunda persecución se trata de una circunstancia agravante (físico, psíquico o jurídico) y por ende de mayor penalidad pero en función a un mismo delito que ya fue condenado; si la segunda persecución incide en una diferente forma de participación (antes fue juzgado como mero cómplice ahora se le pretende considerar como instigador); si la segunda persecución focaliza la atención a un diferente grado de ejecución (ya fue condenado por un delito tentado y ahora se le pretende castigar por un delito consumado). Esto es, que la identidad básica subsiste, aunque existan entre ambas imputaciones diferencias temporales, espaciales, de modo o en el mismo objeto del hecho atribuido, que no alcancen para destruirla como afirmación de un acontecimiento unitario⁵⁶. Se trata, en suma, de una identidad de hipótesis fáctica y no una identidad jurídica.

⁵⁶ MAIER, “Inadmisibilidad de la persecución penal múltiple (*ne bis in idem*)”, cit. p. 430.

Sin embargo, existe discusión en la dogmática jurídico-procesal para determinar cuándo se conserva una misma estructura básica de hecho fáctico. Se ha dicho que debe tenerse el hecho como acontecimiento histórico, que abarque el comportamiento (activo u omisivo) y eventualmente su resultado lesivo o peligroso. Ahora, existen dos enfoques para tratar el tema: un *enfoque naturalista*, que señala que dos hechos serán iguales cuando exista coincidencia en sus circunstancias esenciales, o sea, de lugar, tiempo, modo de comisión, en suma, debe haber similitud en los elementos del tipo objetivo, habrá, dos hechos distintos sino existe aquella coincidencia. Por otro lado, tenemos el *enfoque normativo*, en la cual el acontecimiento histórico siempre tiene que estar acorde con una norma jurídico-penal. En consecuencia, para determinar lo sustancial del hecho, se recurre a la coincidencia, aunque sea parcial, de la acción con un supuesto típico; subsidiariamente, se atiende al bien jurídico afectado. Por eso, para la aplicación del *ne bis in idem* no debe negarse en absoluto la consideración a determinados conceptos jurídico-normativos, concretamente para identificar una “identidad de hecho punible”.

Al respecto, también Mixán Mass ha dicho que se “...debe tratar, pues, del mismo acto u omisión que ya ha sido materia del pronunciamiento jurisdiccional definitivo anterior que puso término al proceso penal anterior respecto del mismo caso. En otras palabras, la identidad no es de manera alguna en atención a la identidad del delito, sino, en razón de la identidad del acto u omisión perpetrado y que ya fue objeto de decisión judicial definitiva por lo que no puede ser nuevamente invocado ese mismo hecho con la argucia de asignarle otra calificación jurídico-penal para generar un nuevo proceso que, en el fondo, importa revivir el anterior ya fenecido definitivamente”⁵⁷. En este sentido, Accorinti, anota que: “Se debe tratar de evitar que la imputación concreta se repita en el proceso posterior, enervando la sentencia anterior. Lo

⁵⁷ MIXÁN MASS, Florencio; *Derecho procesal penal*, tomo III, Lima, 1988, p. 86. En igual sentido: LEONE, Giovanni; *Tratado de Derecho Procesal Penal*, tomo III, traducción de Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires, 1963, p. 343 y 344. ROY FREYRE, Luis Eduardo; *Causas de la extinción de la acción penal y de la pena*, Lima, 1998, p. 200. PRADO SALDARRIAGA, Víctor; *Las consecuencias jurídicas del delito en el Perú*, Lima, 2000, p. 244 entre los requisitos para la presencia de la cosa juzgada es la “*Identidad del hecho denunciado* o unidad del hecho punible en el proceso precedente y con el actual. Este límite objetivo de la cosa juzgada, sin embargo, no implica exigir una identidad en la tipicidad asignada al mismo hecho en ambos procesos. Lo importante es verificar que el hecho ya juzgado sea el mismo que aquél que ahora es sometido a proceso”. CUBAS VILLANUEVA, Víctor; *El proceso penal. Teoría y Práctica*, Lima, 2003, p. 287.

que se persiguió no se puede volver a investigar, y con mayor razón si hay una sentencia firme dictada (cosa juzgada, que luego vamos a analizar en los próximos puntos). Por ejemplo: lo que se investigó penalmente como estafa no se puede perseguir como libramiento de cheque sin provisión de fondos”⁵⁸.

El concepto de hecho punible o de imputación penal en el ámbito procesal no es determinante el aspecto fáctico, sino fundamentalmente jurídico-normativo, es decir, aquello que la ley penal sustantiva prevé como delito. Por eso, la garantía de la prohibición de la múltiple persecución penal resulta necesario hacer referencia a las reglas que existen en el Derecho penal sustantivo, respecto de la identidad entre hechos existentes y su correspondiente calificación jurídica: si se trataron de varios hechos cometidos en un determinado espacio y tiempo se tendrán que regir por las reglas concursales normadas en el Código penal. Así, por ejemplo en los casos de concurso aparente de leyes donde existe una “supuesta” pluralidad de calificaciones jurídicas y una evidente unidad de hecho, es decir, un mismo hecho puede producir diferentes tipicidades y todo esto ingresa en el estudio del *ne bis in idem*. En otras palabras, se anuncia diciendo *bis in eadem re ne sit actio*, o sea que “no haya dos veces acción acerca de lo mismo”⁵⁹. La formulación del *ne bis in idem* vendría más o menos a decir: “no pueden ser apreciados dos delitos, y como tal castigados, allá donde exista tan solo unidad delictiva”.

En este sentido, Reyes Alvarado sostiene que “...es importante recordar que el concurso aparente de hechos punibles parte del supuesto de la existencia de una sola acción jurídicamente relevante que como tal sólo debe ser reprimida con una pena única ya que una pluralidad de sanciones atentaría contra el principio del *non bis in idem*”⁶⁰. Al respecto, Nakasaki Servigón ha dicho que la “...no aplicación de las reglas del concurso aparente de leyes viola el principio *ne bis in idem* pues al procesar y castigar a la persona por todos los tipos penales que concurren a la aplicación del hecho supone duplicar injustificadamente la restricción de derechos que significa el procesamiento y la sanción penal, pues uno solo de los tipos penales abarca el contenido de injusto y de culpabilidad

⁵⁸ ACCORINTI, María de las Nieves; “*Non bis in idem: nadie puede ser perseguido penalmente más de una vez por el mismo hecho*”, en: Camiña, María Cristina (Dir.), Principios de Derecho Procesal Penal, Casos y soluciones, Buenos Aires, 2002, p. 64.

⁵⁹ ROMERO SOTO, Luis E.; *Concurso aparente de leyes. Hechos copenados*, Santa fe de Bogotá, 1993, p. 93

⁶⁰ REYES ALVARADO, Yesid; *El concurso de delitos*, Bogotá, 1990, p. 138.

que corresponde asignar al hecho imputado”⁶¹. Así la doctrina nacional ha considerado que el enriquecimiento ilícito es un “tipo subsidiario”, descartándose los casos de concurso ideal o real. La doble criminalización, bajo el argumento del concurso ideal o real, contra el mismo funcionario público, por el mismo sujeto, hecho y fundamento conllevaría a una violación flagrante del *ne bis in idem*.

El tema de los concursos según nuestro Código penal (concurso ideal de delitos⁶², concurso real de delitos⁶³, concurso real retrospectivo – modificado por Ley n° 26832 –) es un problema de “aplicación de la pena”. Asimismo, los casos de ficción o unidad jurídica cuando ontológica y naturalmente pueden ser consideradas como varios hechos, el Derecho penal los considera como un solo, a través del delito continuado⁶⁴. Habrá que establecer una regla principal en el

⁶¹ NAKASAKI SERVICÓN, César Augusto; “Problema de aplicación del tipo penal de enriquecimiento ilícito: desconocimiento de su naturaleza subsidiaria”, disponible en: <http://www.unifr.ch/derechopenal/articulos/pdf/Nakasaki1.pdf>.

⁶² El concurso ideal delitos se encuentra regulado en el artículo 48 del Código Penal peruano. Se presenta cuando con un mismo hecho se realizan las exigencias de dos o más tipos delictivos (concurso heterogéneo) o de uno mismo varias veces (concurso homogéneo). Sus elementos son: unidad de acción, pluralidad de tipos realizados, unidad de autor. Para la aplicación de la pena en el concurso ideal de delitos se recurre al denominado *principio de absorción*, según el cual se debe imponer únicamente la pena más grave de las disposiciones que concurren, pues se asume que ella se absorbe las penas menos graves. Se pueden aplicar penas accesorias y medidas de seguridad aunque solo si están previstas en algunas de las disposiciones legales en concurso.

⁶³ El concurso real de delitos está regulado en el artículo 50 del Código Penal peruano y existe cuando hay una pluralidad de acciones de un mismo sujeto que constituye a su vez una pluralidad de delitos. Sus elementos son: unidad de sujeto activo, pluralidad de acciones punibles, ausencia de conexión entre las acciones. El tratamiento penal se desarrolla sobre la base del principio de la combinación: absorción.

⁶⁴ El delito continuado que se encuentra regulado en el artículo 49 Código Penal peruano, modificado conforme a la Ley N° 26683 (11 de Noviembre de 1996) que introduce la figura del *delito masa*. El delito continuado consiste en dos o más acciones homogéneas, realizadas en el mismo momento o en diversos momentos, pero en análogas ocasiones infringen la misma ley penal, como acciones ejecutivas de una misma resolución. Los requisitos son: objetivamente: pluralidad de acciones jurídicamente, pluralidad de violaciones de la misma ley, existencialmente la realización de acciones en un mismo momento o en momentos diversos. Subjetivamente: identidad de resolución criminal.

El delito continuado es una construcción de la doctrina y de la jurisprudencia, son actos parciales que deben efectuarse en un mismo bien jurídico, donde el elemento clave será la existencia de una cierta conexión espacial y temporal de cada una de las acciones. En cuanto al aspecto subjetivo del delito continuado éste viene determinado por un único dolo con el que actúa el sujeto, lo que se ha denominado “*dolo conjunto*” o “*dolo global*”, que se deduce cuando el legislador emplea la expresión “*actos ejecutivos de la misma resolución criminal*”. Esto evidencia una ventaja de orden procesal pues el dolo se deduciría directamente de la homogeneidad en la ejecución de los actos particulares. En el

ámbito de las ficciones jurídicas pertenecientes al derecho penal material y su relación con la prohibición de la múltiple persecución penal. Así, con relación al delito continuado no se debe volver sobre la misma imputación (nuevo proceso), incluso en la circunstancia de que los actos descubiertos con posterioridad a la sentencia del anterior proceso hubieran permitido agravar la condena⁶⁵.

La “dependencia” de los hechos continuados obliga a que sean considerados como un solo hecho imputado (unidad delictiva). Por ejemplo, si tenemos en consideración el delito de lesiones corporales inferidas a la víctima, la sentencia por la comisión de éste, no permite atribuirle el homicidio al autor cuando a *posteriori* al decisorio judicial, sucede la muerte de la víctima, ocasionada por las lesiones, lo cual variaría la calificación jurídica y la pena correspondiente. Esta circunstancia no autoriza al juzgador a abrir un nuevo juzgamiento por ese hecho. En suma, la persecución penal en un delito continuado agota las acciones que lo integran, aun cuando no hayan sido conocidas ni debatidas durante el procedimiento, ya que en caso contrario, si debido al descubrimiento de hechos dependientes del principal en el cual ya fue juzgado, éstos fueran perseguidos penalmente, se violaría el *ne bis in idem* como parte integrante del principio del debido proceso.

La regla del *ne bis in idem* no se aplica, sin embargo, cuando el nuevo examen versa sobre una conducta independiente de la que originó el primer proceso. La autonomía de las acciones puede comprobarse mediante la supresión mental hipotética de la idea básica: si la nueva conducta pudo subsistir sin la primera,

plano de las consecuencias jurídicas al considerarse un sólo hecho criminal se aplicará una sola pena. El delito continuado queda consumado con el primer comportamiento parcial, pero no se agota hasta que se realicen todos los demás actos parciales. La prescripción comienza a correr desde la determinación del último acto parcial conforme al artículo 82 del Código Penal peruano que prescribe (inciso 3), desde el día en que terminó la actividad delictuosa. No consideramos que sea un delito permanente porque la acción antijurídica y su efecto necesario para su consumación tiene que mantenerse *sin intervalo* por la voluntad del agente. En cambio, el delito continuado tiene precisamente como criterio esencial la interrupción material de la acción, por lo cual continuidad es puramente ideológica. Por otro lado, sobre las implicancias de la cosa juzgada y *ne bis in idem* en el delito continuado, véase: RAFECAS, Daniel Eduardo; “Administración infiel: delito continuado, cosa juzgada y *ne bis in idem*, en una fallo de la Suprema Corte”, en: Nueva Doctrina Penal, 2002/B, Buenos Aires, p. 587 y ss.

⁶⁵ ACCORINTI, María de las Nieves; “*Non bis in idem: Nadie puede ser perseguido penalmente más de una vez por el mismo hecho*”, en: Camiña, María Cristina (dir.), Principios de Derecho procesal penal, Buenos Aires, p. 65. Esta autora sostiene que: “Habiendo adquirido firmeza el auto que dispuso una condena, la continuación de las actuaciones implica una transgresión a la regla constitucional que prohíbe la doble persecución penal (arts. 1 y 335 del C.P.P.N.; arts. 18, 33 y 75, antepenúltimo párrafo, C.N.)”

estaremos en presencia de un hecho nuevo, que puede dar origen, legítimamente al segundo proceso. A su vez, para solucionar los problemas inherentes a la determinación del hecho y su identidad, se ha afirmado que el derecho penal establece parámetros definidos. En principio, las reglas sobre concurso de delitos gobiernan la solución. El concurso real o material de hechos punibles, que, a la letra, supone la imputación de hechos independientes, significa, desde el punto de vista que ahora observamos, la posibilidad de una persecución penal múltiple, esto es, la clave para establecer que, si se presenta la necesidad comparativa entre dos imputaciones cuyos objetos hechos punibles- concurren materialmente, debe desecharse la aplicación de la regla estudiada, pues se trata, precisamente, de hechos diversos, o, si se quiere, no se trata de un mismo hecho.

Para los supuestos de delitos permanentes y verificar la identidad de hecho entre la permanencia “jurídica”, habría que recurrir al ejemplo de la asociación ilícita (artículo 317 Código Penal peruano) que supone, precisamente, un acuerdo para una cooperación delictiva de cierta permanencia. Hay que tener en cuenta que si en el primer proceso ya ha recaído una sentencia condenatoria, existirá una “interrupción *jurisdiccional* de la permanencia” propios de los delitos de asociación ilícita. La sentencia tiene el efecto de interrumpir la multiplicación, la continuación o permanencia del delito, agotándolo. Después de ella se hace procedente un nuevo proceso para los *actos posteriores* que cobran vida independiente⁶⁶.

Ahora bien, si un sujeto fue inicialmente condenado por el delito de asociación ilícita, el acuerdo delictivo que realicen los demás miembros de la asociación no se agota con la sentencia condenatoria de uno de sus miembros, sino que la asociación ilícita mantiene su vigencia. Lo relevante aquí es que con respecto al condenado se dará comienzo a un *nuevo delito* de asociación ilícita. “Sostener lo contrario – indica Cafferata Nores – colocaría a quien fue condenado por un delito permanente como el asociación ilícita en condiciones de proseguir en el futuro *impunemente* con su conducta delictiva, pues la condena se transformaría así en una verdadera “carta de impunidad” para la posterior actividad criminal”⁶⁷.

⁶⁶ Véase, en este sentido: DE LA RUA, Fernando; en la voz: “*Non bis in idem*”, de la Enciclopedia Jurídica Omeba, tomo XX, Buenos Aires, p. 328 y 329.

⁶⁷ CAFFERATA NORES, “Asociación ilícita y “*non bis in idem*”, cit., p. 302.

6.3 IDENTIDAD DE CAUSA DE PERSECUCIÓN (*EADEM CAUSA PETENDI*). ¿EXISTE IDENTIDAD JURÍDICA ENTRE LAS SANCIONES ADMINISTRATIVAS Y PENALES? SOBRE LA PREEMINENCIA DE LA SANCIÓN DEL DERECHO PENAL SOBRE EL DERECHO ADMINISTRATIVO

Este tercer requisito es llamado también identidad de fundamento y se refiere a un mismo objetivo final del proceso, un mismo motivo de persecución. Por causa debe entenderse el fundamento inmediato del Derecho que se ejerce. Es la razón de la pretensión aducida en el juicio anterior. Esto es, que no resulta suficiente la verificación de una identidad de sujeto y de hecho, sino que hace falta una identidad de pretensión (penal) ejercitada. Maier dice que esta identidad equívoca no explica, en verdad, el contenido de lo que se quiere decir⁶⁸. Por eso, éste autor aclara que "...no se trata de establecer una identidad, por comparación, sino de reconocer excepciones a la aplicación de la regla, cuando están presentes las identidades (*eadem persona-eadem res*) requeridas por ellas. Significa lo mismo afirmar que estos casos constituyen un permiso excepcional del orden jurídico, para perseguir más de una vez, a una misma persona y por un mismo hecho"⁶⁹.

Uno de los requisitos que más dudas y confusiones ha causado es el referido a la identidad de fundamento (*eadem causa petendi*). Así, este requisito vendría a confirmar la exigencia de una misma ilicitud, más allá de la mera relación de coincidencia fáctica que pudiera darse entre las infracciones previstas en los respectivos ramas jurídicas. En efecto, la identidad de fundamento podría ser entendida como referente a si la represión del hecho respondía al ejercicio del *ius puniendi* estatal genérico, o por el contrario descansaba en una relación de sujeción especial entre sujeto y la Administración - potestad disciplinaria -.

La identidad de causa se refiere a la identidad de *jurisdicción* de los jueces, en el sentido que ambos examinen un mismo hecho imputado con idénticos poderes-penales (*competencia material*). La *idem causa petendi* indica que las pretensiones penales ejercidas tienen que ser idénticas en su contenido y alcance jurídico-penal, esto es, iguales en su capacidad de provocar una consideración del mismo hecho que les da fundamento a ambas, bajo todos sus posibles encuadramientos penales (sea de delito de acción pública como de acción privada)

⁶⁸ MAIER, "Inadmisibilidad de la persecución penal múltiple (*ne bis in idem*)", cit. p. 444.

⁶⁹ MAIER, Julio; *Derecho procesal penal argentino*, tomo 1, vol. B, 1989, p. 401. Este razonamiento se debe a los supuestos de "sanciones acumulativas" que existen en el terreno del Derecho administrativo sancionador (contravencional y disciplinario) y el Derecho penal material.

por parte de los Tribunales que deben intervenir en ambos⁷⁰. Como lo que no se puede procurar más de una vez (simultáneamente o sucesivamente) es la condena penal de una persona o el riesgo de sufrirla, no existirá esta identidad si la segunda o posterior persecución basada en el mismo hecho contiene una pretensión de naturaleza jurídica no penal (v.gr. indemnización del daño civil causado por el delito)⁷¹. Según Clariá Olmedo, si el proceso feneció porque el Tribunal no estuvo en condiciones de pronunciarse legítimamente sobre el fondo del asunto, el principio – sobre todo en la *causa petindi* – no regirá: incompetencia, archivo por impedimento u otra cuestión dilatoria, paralización por irregularidades⁷².

Como lo ha expuesto el Tribunal Constitucional de España (Sentencia del Tribunal Constitucional 47/1981), “[...] El principio *non bis in idem* determina una interdicción de la duplicidad de sanciones administrativas y penales respecto de unos mismos hechos, pero conduce también a la imposibilidad de que, cuando el ordenamiento permite una dualidad de procedimientos, y en cada uno de ellos ha de producirse un enjuiciamiento y una calificación de unos mismos hechos, el enjuiciamiento y la calificación que en el plano jurídico pueda producirse, se hagan con independencia, si resultan de la aplicación de normativa diferente, *pero que no pueda ocurrir lo mismo en lo que se refiere a la apreciación de los hechos*, pues es claro que unos mismos hechos no pueden existir y dejar de existir para los órganos del Estado” (cursivas agregadas). Lo que significa que, en el supuesto de existencia de una dualidad de procedimientos, el órgano administrativo queda inexorablemente vinculado a lo que en el proceso penal se haya declarado como probado o improbad.

Ahora bien, en la doctrina y la jurisprudencia no existe inconveniente alguno con relación a la aplicación del *ne bis in idem* en el ámbito del Derecho penal material y procesal. Sin embargo, uno de los puntos más conflictivos con relación al *ne bis in idem* que atañe directamente a la identidad de *causa petindi* es el que se refiere a la prohibición de aplicar a un mismo presupuesto fáctico una pena criminal y una sanción administrativa. La pregunta sería si: ¿Existe alguna “identidad” entre ambas sanciones o tiene diferente fundamento sancionatorio?, ¿Será distinta la situación cuando se produce la aplicación de una doble sanción, administrativa y penal, aún existiendo identidad de sujeto, hecho y fundamento?. En primer lugar, vayamos por parte.

⁷⁰ CAFFERATA NORES; “Asociación ilícita y “*non bis in idem*”, cit., p. 301.

⁷¹ CAFFERATA, NORES; “*Garantías y sistema constitucional*”, cit., p. 148 y 149.

⁷² CLARIÁ OLMEDO, 1998, p. 74. DONNA, Edgardo Alberto / MAIZA, María Cecilia; *Código procesal penal y leyes complementarias* (comentado, anotado y concordado), Buenos Aires, 1994, p. 8.

Una de las frases más características de nuestras legislaciones donde se evidencia la doble sanción (administrativa y penal, ya sea paralela o sucesiva) al infractor es que la sanción penal se aplica “*sin perjuicio de...*” de otras consecuencias jurídicas extra-penales. Así, la doble vía penal-administrativa sancionadora se deriva por ejemplo del artículo 314 del Código Penal que provoca problemas en función a la posibilidad de subsunción positiva de los comportamientos desvalorados (artículo 304 y 305 del Código Penal) en normas jurídicas administrativas y penales. No podría soslayar el codificador penal de 1991 a la hora de positivizar la medida suspensiva en el artículo 314°, que tienen relación con un conjunto de medidas preventivas en leyes extra-penales. Así, se prescribe que la medida cautelar o la consecuencia accesoria derivada del delito se impondrán: “*...sin perjuicio de lo que pueda ordenar la autoridad en materia ambiental*”. Esto guarda relación con el artículo 117 del Código del Medio Ambiente y Recursos Naturales que sostiene: “La responsabilidad administrativa establecida dentro del procedimiento correspondiente, es *independiente* de la responsabilidad civil o penal que pudiera derivarse de los mismos hechos”.

Asimismo, el artículo 96 de la Ley del Mercado de Valores española en relación al delito de información privilegiada tiene dicho que: “El ejercicio de la potestad sancionadora, claro esta, *será independiente* de la eventual concurrencia de delitos o faltas de naturaleza penal. No obstante, cuando se este tramitando un proceso penal por los mismos hechos o por cuya separación de los sancionables con arreglo a esta Ley sea racionalmente imposible, el procedimiento sancionador quedara suspendido respecto de los mismos hasta que recaiga pronunciamiento firme de la autoridad judicial penal. Reanudado el expediente, en su caso, la resolución que se dicte deberá respetar la apreciación de los hechos que contenga dicho pronunciamiento”. Este artículo 96 de la Ley del Mercado de Valores de España admite que un mismo hecho sea castigado en la orbita penal y en la administrativa con lo que se estaría vulnerando flagrantemente el *ne bis in idem*, esto es, constituiría una evidente infracción de este principio el que se admitiera la compatibilidad y concurrencia de sanciones por la comisión u omisión de un mismo ilícito definido en el ámbito administrativo y penal⁷³.

En virtud de ello existe unanimidad de criterio, que los principios generales del ordenamiento penal (entre ellos el *ne bis in idem*) también son de

⁷³ Véase, también en este sentido: GOMEZ INIESTA, Diego; *Sanciones administrativas y penales*, en: II Congreso Internacional de Derecho Penal, Consecuencias jurídicas del delito, Lima, 1997, p. 236. REYNA ALFARO, Luis; *Derecho Penal Económico. Parte General y Parte Especial*, Lima, 2002, p. 222.

aplicación irrestricta para el campo sancionatorio extra-penal⁷⁴. A mi entender esta situación cobra actualidad por dos motivos: en primer lugar, por la proliferación de conductas que caen dentro del rubro “Derecho penal económico y de la empresa⁷⁵” antes tutelado principalmente por el Derecho administrativo (sancionador). En segundo lugar, porque el Derecho contravencional (que en países como el Perú la contravención es sinónimo de faltas y su desarrollo es todavía “embrionario”, caso contrario de lo que sucede en Alemania o en la Argentina donde existe un Código contravencional, donde el sistema sancionatorio de éste resulta sumamente preocupante); el Derecho de medidas disciplinarias y hasta el mismo Derecho administrativo sancionador contiene dentro de sus fundamentos – poseen un Derecho material y procesal – sanciones o medidas de equivalencia “punitiva” al Derecho penal: un ejemplo palpable de esto es el concepto de *multa* penal y administrativa.

Como ha proclamado el Tribunal Constitucional “...el principio general de derecho conocido por *non bis in idem* supone, en una de sus más conocidas manifestaciones, que no recaiga duplicidad de sanciones – administrativa y penal – en los casos en que se aprecie la identidad del sujeto, hecho y fundamento sin existencia de una relación de supremacía especial de la Administración – relación de funcionario, servicio público, concesionario, etc. – que justificase el ejercicio del *ius puniendi* por los Tribunales y a su vez de la potestad sancionadora de la Administración...” (Sentencia del Tribunal Supremo 2/1981). Posteriormente, se declaró que dicho principio impide que, a través de procedimientos distintos, se sancione repetidamente la misma conducta, pues “...semejante posibilidad entrañaría, en efecto, una inadmisibles reiteración en el ejercicio del *ius puniendi* del Estado e, inseparablemente, una abierta contradicción con el mismo derecho

⁷⁴ Véase, en este sentido: BUSTOS RAMIREZ, Juan; *Obras Completas*, tomo I, Derecho Penal, Parte General, Lima, 2004, p. 550. Este autor apunta que “Tiene también especial repercusión en el ámbito del llamado Derecho Penal administrativo, pues si bien es evidente que un mismo hecho no podría tener una pena administrativa y otra penal criminal, sin embargo, es necesario considerar el carácter de la sanción y la circunstancia del hecho al cual se refiere, lo cual puede llevar a concluir que no existe violación del *non bis in idem*”.

⁷⁵ En este punto del Derecho penal de la empresa, véase: MEINI, Iván; *Responsabilidad penal del empresario por los hechos cometidos por sus subordinados*, Valencia, 2003, p. 76 quien sostiene que si bien el límite viene definido por el principio *non bis in idem*, cuestión distinta es que la sanción administrativa se aplique a la empresa, en cuyo caso no cabe si siquiera plantear la posibilidad de vulnerar el *non bis in idem*, habida cuenta de la falta de identidad de sujetos pasivos de la infracción. Esto será frecuente – dice este autor – en los supuestos de culpa *in vigilando*. CARO CORIA, Dino Carlos; *Código Penal. Actuales tendencias jurisprudenciales de la práctica penal*, Lima, 2002, p. 60 Este autor anota que la tarea es necesaria en sectores como los delitos económicos donde es común la criminalización de simples infracciones administrativas, lo que vulnera el principio de *ne bis in idem*.

a la presunción de inocencia, porque la coexistencia de dos procedimientos sancionadores para un determinado ilícito deja abierta la posibilidad, contraria a aquel derecho, de que unos mismos hechos, sucesiva o simultáneamente, existan y dejen de existir para los órganos del Estado...” (Sentencia del Tribunal Constitucional 159/1987 y 77/1983)⁷⁶.

El *ne bis in idem* supone, en definitiva, la prohibición de un ejercicio reiterado del *ius puniendi* del Estado, que impide castigar doblemente tanto en el ámbito de las sanciones penales como en el de las administrativas, y proscribela compatibilidad entre penas y sanciones administrativas en aquellos casos en los que adecuadamente se constate que concurre “...la identidad de sujeto, hecho y fundamento...” que según reiterada jurisprudencia del Tribunal Constitucional exige este principio para ser apreciado. En ese sentido, el Tribunal Constitucional considera dos cosas distintas una *sanción diferente* en primera y segunda instancia administrativa que una *doble sanción* por el mismo caso. En otras palabras, si hay dos sanciones distintas en dos instancias administrativas dentro del mismo procedimiento no se incurre en violación del principio *ne bis in idem*, porque es el mismo procedimiento sancionatorio y la doble instancia está debidamente regulada.

En efecto, la identidad sustancial del principio *ne bis in idem* de las infracciones/sanciones administrativas, y las infracciones/sanciones penales debe fundamentarse de manera más inmediata en el principio de proporcionalidad. Al respecto Rodas Monsalve dice que este “...principio, que interesa a todos los sectores del derecho público, impone un límite general de actuación del Estado

⁷⁶ En este mismo sentido, el Tribunal Constitucional español, en la Sentencia 177/1999 de 11.10.1999 ha señalado lo siguiente: “En aquella Sentencia – o sea la STC 77/1983 –, que sintetizó los criterios fundamentales que habían sido alumbrados por los primeros pronunciamientos de este Tribunal sobre esta materia, y en particular sobre el principio *ne bis in idem*, se señaló que la Constitución impone unos límites precisos a la potestad sancionadora de las Administraciones públicas. Junto a los que consisten en la legalidad, la interdicción de privaciones de libertad y el respeto a los derechos de defensa, se subrayó «la subordinación a la Autoridad judicial”. Dicha subordinación conlleva distintos aspectos, destacados en la STC 77/1983, fundamento jurídico 3. Pero todos ellos se basan en la misma idea esencial: “La subordinación de los actos de la Administración de imposición de sanciones a la Autoridad judicial exige que la colisión entre una actuación jurisdiccional y una actuación administrativa haya de resolverse en favor de la primera”. Lo que lleva a cabo la decisión de la mayoría es, cabalmente, lo contrario: Impedir la actuación de la jurisdicción penal, desde el momento mismo en que se impone una sanción administrativa. Al blindar ante la ley penal a los ciudadanos que sufren una multa por parte de una Administración pública, se resuelve en favor de las autoridades administrativas la posible colisión que pudiera producirse entre sus actividades y la de los órganos de la justicia penal. Resultado que rompe la estructura básica del Estado de Derecho configurado por nuestra Constitución”.

en el sentido de adecuar y circunscribir sus comportamientos a consideraciones racionales respecto de los fines que se buscan, de manera que si respecto de los fines preventivos del sistema punitivo son “autosuficientes” las sanciones administrativas, aplicar otra sanción sea penal o administrativa significa una “sobre-reacción” del Ordenamiento Jurídico, que está infligiendo a un sujeto un “mal” sobre sus bienes mayor o descompensado con respecto al incumplimiento del mandato jurídico”⁷⁷.

Como es sabido, en los últimos años el principio del *ne bis in idem* ha sido objeto de preocupación por parte del legislador peruano por darle algún tipo de encuadramiento jurídico, sobre todo en el ámbito del derecho administrativo sancionador, que es donde dicho principio encuentra su mayor dificultad de aplicación. Así mediante el Decreto Supremo 008-2005-PCM de 24 de Enero de 2005 se aprobó el Reglamento de la Ley de Gestión Ambiental, que en su artículo 89 establece que: “No se podrá imponer sucesiva o simultáneamente una pena una *sanción administrativa* por el mismo hecho en los casos que se aprecie la identidad del sujeto, hecho y fundamento”. De la misma manera la Ley 28611 de Ley General del Ambiente, publicada el 15 de Octubre de 2005, en cuyo artículo 141 inciso 1 menciona que: “No se puede imponer sucesiva o simultáneamente más de una *sanción administrativa* por el mismo hecho en los casos que se aprecie la identidad del sujeto, hecho y fundamento. Cuando una misma conducta califique como más de una infracción se aplicará la sanción prevista para la infracción de mayor gravedad, sin perjuicio de que puedan exigirse las demás responsabilidades que establezcan las leyes”.

En este punto, Zaffaroni/Alagia/Slokar entienden, en principio, que el principio procesal *ne bis in idem* y la prohibición de doble punición se hallan íntimamente vinculados, pero no coinciden en cuanto a su alcance: el primero opera aunque no haya habido punición, y el segundo también en casos en que el primero no se halla formalmente comprometido⁷⁸. Estos autores sostienen que “...cuando la administración – y a veces las personas jurídicas- imponen penas, tratándose de coacciones que no tienen carácter reparador o restitutivo ni de

⁷⁷ RODAS MONSALVE, Julio César; *Protección penal y medio ambiente*, Barcelona, p. 112.

⁷⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raúl / ALAGIA, Alejandro / SLOKAR, Alejandro; *Derecho penal. Parte general*, Buenos Aires, 2002, p. 133. Además, sostienen que sería un caso de “doble punición” si se “...trata de las personas que, por pertenecer a pueblos indígenas con cultura diferenciadas, tiene en su propio sistema de sanciones y de resolución de conflictos. Cuando una persona haya sido sancionada conforme a la cultura indígena a la que pertenece, el estado no puede imponerle una pena o, al menos, de computar la pena comunitaria como parte de la que pretende imponerle, pues de otro modo incurriría en doble punición”.

coacción directa, pero que conforme a los *elementos negativos del discurso penal* no son considerados penas. Suele tratarse de multas, cesantías, exoneraciones e inhabilitaciones. Con frecuencia son más graves que las penas de la ley manifiestamente punitiva y se imponen fuera de los límites del derecho penal, por lo cual su exclusión del discurso penal abre el espacio para el ejercicio de un poder punitivo más discrecional y que, además, se suma al poder punitivo manifiesto, que no toma en consideración la privación punitiva excluida de su ámbito discursivo”.

Según el Tribunal Constitucional peruano son hechos independientes la aplicación de una sanción administrativa y de una penal, porque, si bien hay identidad de sujeto y hecho, no hay identidad de fundamento. Ello puede significar que haya absolucón penal, pero que se mantenga la sanción administrativa. Esta es la línea jurisprudencial prevaleciente en los últimos fallos del Tribunal Constitucional⁷⁹. Así, la Sentencia del Tribunal Constitucional, (Expediente N° 1859-2003-AA/TC, de fecha 10 de noviembre de 2003) en el caso “Edgar Puerta Valdivia” en el punto 5 señala lo siguiente: “No evaluaremos en abstracto la constitucionalidad de la norma cuestionada, sino solamente si en el caso concreto vulnera o amenaza algún derecho fundamental. El principio *non bis in ídem*, en su vertiente material, impide imponer doble sanción cuando se presente la triple identidad de sujeto, hecho y fundamento. En el caso de autos, el recurrente fue sancionado en dos oportunidades: por falsificación de documentos y por insulto al superior, imponiéndosele las correspondientes sanciones. Se observa que se presenta la identidad de sujeto [por ser la misma persona sancionada] y de hecho, al motivar una misma infracción una doble sanción, la primera por el hecho mismo, y la segunda por el hecho de haber sido sancionado. Sin embargo no ocurre lo mismo con la identidad de fundamento. Las sanciones impuestas, en primer lugar pretenden proteger la fe pública y el respeto de la disciplina en los institutos armados, respectivamente. El pase al retiro, consecuencia de estas sanciones, opera como una consecuencia accesoria, cuyo fundamento no es la sanción de los hechos cometidos, sino simplemente separar de la institución a quien los haya cometido, a fin de preservar el principio de disciplina constitucionalmente garantizado a la Policía Nacional del Perú. De modo general, es totalmente lícito que las entidades separen de sus filas a quienes hayan sido sancionados por infracciones penales o administrativas cuya

⁷⁹ Véase, en este mismo sentido: RUBIO CORREA, Marcial; *La interpretación de la Constitución según el Tribunal Constitucional*, Lima, 2005, p. 368.

naturaleza sea incompatible con el cargo desempeñado, sin que esto signifique aun vulneración del *ne bis in ídem*".

Asimismo, Roxin sostiene que no existe una diferencia cualitativa para una precisa separación entre hechos punibles y contravenciones, sino que la diferencia es predominantemente de tipo cuantitativo, pero en algunas situaciones, dice este autor, se sería más bien hablar, no de una consideración cuantitativa, sino de una consideración mixta cualitativo-cuantitativa⁸⁰. Estas cuestiones tienen especial relación con el principio de la accesoriedad del Derecho penal respecto del Derecho administrativo, la misma que no debe ser absoluta, de modo que el ilícito penal quedase constituido por la mera infracción de las normas administrativas, sino que entre ambos ordenamientos se da una relación de subsidiariedad relativa, ya que la previa infracción administrativa es condición necesaria pero no suficiente de la punibilidad de un comportamiento⁸¹.

Entonces, cuando nos preguntábamos si existe alguna posibilidad de aplicar la "doble" sanción existiendo la "triple" identidad, diremos que hay quienes sostienen desde un punto de vista restrictivo que son diferentes la búsqueda de una sanción disciplinaria-administrativa de la búsqueda de una sanción penal⁸². Creo que existe un único fundamento sancionador en

⁸⁰ Véase: ROXIN, 1997, p. 72 y 73. Similar: JAKOBS, Günther; *Derecho penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*, traducción de Cuello Contreras y Serrano González de Murillo, Madrid, 1997, p. 68 y 69.

⁸¹ La sanción penal exige, además, constatar un "plus" de antijuridicidad, por vía de un mayor *desvalor* de acción o de resultado, capaz de diferenciar el ilícito penal de la mera infracción administrativa. La Constitución Española (artículo 45) prevé sanciones penales, "*o en su caso administrativas*" para la protección del medio ambiente. En realidad ambos tipos de sanciones coexisten sobre la misma materia y conforman una protección global complementándose y reforzándose mutuamente: la norma administrativa regula y limita las actividades potencialmente dañinas para el medio ambiente, sancionando, como regla general, las actuaciones que violen la normativa reguladora. En cambio, la norma penal se reserva, como lógica consecuencia del principio de intervención mínima, para aquellas conductas más graves, cumpliendo una función también preventiva por la mayor eficacia derivada del más acentuado temor del presunto infractor a la sanción penal que a la administrativa. El criterio de la gravedad es el mayoritariamente aceptado hoy como distinción entre la sanción administrativa y la penal, o entre los ilícitos administrativos y los penales cuando afectan a un mismo bien jurídico. Así, por ejemplo, el Tribunal Constitucional español, en su sentencia 77 / 83, de 3 de octubre, referida a la potestad sancionadora de la administración en relación con el principio *non bis in ídem*, señala cómo "*en un sistema en que rigiera de manera estricta y sin fisuras la división de los poderes del Estado, la potestad sancionadora debería constituir un monopolio judicial y no podría estar nunca en manos de la administración*", reconociendo a continuación que tal sistema no es, sin embargo, viable ni conveniente, entre otras razones "*por no recargar en exceso las actividades de la Administración de Justicia como consecuencia de ilícitos de gravedad menor*".

⁸² En este sentido: BUSTOS RAMÍREZ / HORMAZABAL MALARÉE, 1997, p. 68. Estos autores sostienen lo siguiente: "...sin embargo es necesario considerar el carácter de la sanción y la circunstancia del

esta supuesta “doble” sanción. “Si el objeto del proceso – anota Binder – la aplicación de una sanción, como respuesta del Estado a algo que ha calificado como infracción a la ley, no debe distinguirse si tal respuesta reviste el carácter de una sanción contravencional de una sanción por un delito o de una sanción disciplinaria”⁸³. Habría que mencionar, pues, la publicación del 11 de Abril del 2001 de la Ley de procedimiento administrativo general, que en su artículo 230 numeral 10 prescribe lo siguiente: “No se podrá imponer sucesiva o simultáneamente una pena y una sanción administrativa por el mismo hecho en los casos que se aprecie la identidad del sujeto, hecho y fundamento”. Así también el nuevo Código Procesal Penal de julio del 2004 en el Título Preliminar, artículo III prescribe que nadie podrá ser procesado, ni sancionado más de una vez por un mismo hecho, siempre que se trate del mismo sujeto y fundamento. Este principio rige para las sanciones penales y procesales. El derecho penal tiene preeminencia sobre el derecho administrativo. Por último, el Anteproyecto del Código Penal, Parte General (artículo IX) dispone que: “Este principio rige para las sanciones penales y administrativas. El Derecho penal tiene preeminencia sobre el derecho administrativo”.

Estas normas, que de alguna manera revoluciona y soluciona todo este escabroso tema en nuestro Derecho positivo, suponen que una misma persona no puede ser sancionada, penal o administrativamente, dos veces por los mismos hechos. En este tema lo que hay que tener cuenta es que la actividad sancionatoria de la Administración debe subordinarse siempre a la de los Tribunales de justicia, luego que aquélla no puede actuar mientras no lo hayan hecho éstos, es decir, “pendencia del proceso penal constituye un óbice para la simultánea tramitación de un procedimiento administrativo sancionador por los mismo hechos” (Sentencia del Tribunal Constitucional Español 152/2001). Se quiere evitar así, no ya que se produzca una doble incriminación, sino también que “recaigan eventuales pronunciamientos de

hecho al cual se refiere, lo cual puede llevar a concluir que no existe violación al principio del *non bis in idem*. Así, la sanción en un sumario administrativo de dar de baja de la Administración civil a un funcionario por haber utilizado en su provecho bienes públicos, no obsta a la sanción penal de privación de libertad por malversación de caudales públicos. Por otra parte, la multa impuesta a una persona por pasar con luz roja no obsta a la pena por el hecho de haber lesionado a una persona en tal ocasión”. ALCOCER POVIS, Eduardo; “Apuntes críticos a la regulación de los requisitos de procedibilidad para el ejercicio de la acción penal en casos de delitos económicos y el principio del *ne bis in idem* en el nuevo Código procesal penal peruano”, en: El nuevo procesal penal, Lima, 2004, p. 56 y ss., para quien la imposición de las sanciones administrativas y penales sólo procede en los casos de “concurso real de infracciones”. En esta línea: REAÑO PESCHIERA, José Leandro; *Derecho penal bursátil. El Delito de abuso de información privilegiada*, Lima, 2002, p. 115 y ss.

⁸³ BINDER, 1999, p. 173.

signo contradictorio, en caso de permitir la prosecución paralela o simultánea de dos procedimientos - penal y administrativo sancionador- atribuidos a autoridades de diverso orden” (Sentencia del Tribunal Constitucional Español 177/1999). Asimismo, como expresa Silva Sánchez, en los casos de *delitos especiales propios* (funcionarios públicos) el Tribunal penal español ha establecido que si se ha tenido en cuenta para la determinación de la sanción penal la condición funcional del sujeto responsable, en tal supuesto (a diferencia de los delitos cometidos por funcionarios públicos en bienes jurídicos que están “fuera” de la administración pública) se entiende que la norma penal y la norma administrativa-disciplinaria protegen el mismo interés, con lo que no pueden imponerse acumulativamente⁸⁴.

Se establece, entonces, un criterio de exclusión de la sanción administrativa por jerarquía cualitativa-cuantitativa de la sanción penal. Asimismo, si a una persona natural, se le sigue procedimiento administrativo sancionador por una determinada infracción, no es posible instaurar, por el mismo hecho, proceso penal en tanto se mantenga en curso del procedimiento administrativo sancionador. Desde de esta perspectiva, lo que ha hecho el legislador en las respectivas normas aludidas, es acoger las ideas dominantes del Derecho comparado (doctrina y jurisprudencia), que siguen el paradigma de la unificación. Según este paradigma, entre el Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador no hay diferencias cualitativas sino identidad sustancial: es decir, identidad entre el ilícito administrativo y el ilícito penal⁸⁵. Además que tanto el poder sancionador penal como el administrativo son manifestaciones del ordenamiento punitivo del Estado⁸⁶;

⁸⁴ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María; “Observaciones sobre la relación entre Derecho constitucional y Derecho penal en España”, en: *¿Más Derecho?*, número 2, Diciembre, 2001, Buenos Aires, p. 177.

⁸⁵ SUAY HERNÁNDEZ, Celia; *Los delitos contra la salubridad y seguridad del consumo en el marco de las relaciones entre el Derecho Penal y el Derecho Administrativo sancionador*, en: *Revista Peruana de Ciencias Penales*, n° 7 / 8, Lima, 1999, p. 919.

⁸⁶ Véase, SAN MARTÍN CASTRO, César, en: San Martín Castro/ Caro Coria/ Reaño Peschiera; *Delitos de tráfico de influencias, enriquecimiento ilícito y asociación para delinquir. Aspectos sustantivos y procesales*, Lima, 2002, p. 376, quien establece “...que un mismo bien jurídico puede ser protegido con técnicas administrativas o penales; esta unidad sustancial del ordenamiento punitivo del Estado (entre ilícito administrativo y penal, y entre sanción administrativa y penal, que son manifestaciones del *ius puniendi* estatal), reconoce empero que existe una subordinación de los actos administrativos a de imposición de sanciones a la autoridad judicial penal en una perspectiva procesal [...], de suerte que en caso de colisión ésta se resuelva a favor de la jurisdicción penal”. Asimismo: REYNA ALFARO, Luis; Miguel; “Derecho penal económico, Derecho administrativo sancionador y la nueva Ley del Procedimiento administrativo general”, en: *Actualidad Jurídica*, tomo 93, agosto, 2001, p. 45 sostiene que “El principio “non bis in idem” administrativo antes descrito, deja sin desarrollar los pasos que debe seguir la

a partir de la vigencia del principio de la *unidad del derecho sancionador* que es un principio casi universalmente reconocido⁸⁷.

Se trata en definitiva, de una misma naturaleza punitiva. El derecho administrativo sancionador responde a una misma exigencia punitiva del Estado. La *causa petendi* es una cuestión más debatida dentro del ámbito de identidades que debe manejarse para el amparo del principio del *ne bis in idem*. Ahora lo que pasa con la litispendencia es que todavía no se ha materializado la potestad punitiva de Estado, todavía no hay sanción que defina la situación jurídica del imputado. Lo que existe es un proceso penal abierto en contra de una persona en forma paralela, pero nada más. La pregunta sería: ¿Hay litispendencia cuando existe un proceso penal y un proceso administrativo llevado a cabo contra la misma persona?. En el derecho penal peruano la discusión se ha cerrado en cuanto a la duplicidad de sanciones jurídicas en el ámbito penal y administrativo, optándose por la prevalencia de la primera, pero no se ha tocado el tema de los procesos que precisamente llevan al riesgo de la doble sanción jurídica. Si se ha llegado a la conclusión legislativa que tanto la sanción penal y la administrativa forman parte de una sola potestad punitiva del Estado, con mucha mayor razón el procedimiento en ambos supuestos también

administración frente a la existencia de causas idénticas; no obstante, es evidente que será siempre la administración la que debe ceder frente a la intervención punitiva estatal". BORINSKY; "*Principio "non bis in idem"*". *Concurrencia de consecuencias jurídico penales. Concurrencia de sanciones administrativas y penales. El análisis en el campo de los delitos económicos*", disponible en: ELDial.com DC5C4.

⁸⁷ VIVES ANTÓN, Tomás S.; "*Ne bis in idem procesal*", en: Los principios del proceso penal y la presunción constitucional de inocencia, CGPJ, Madrid, 1992, p. 18. MEINI, 2003, p. 79 y 80, aunque señala más adelante (p. 89) que no se puede concebir un traspaso "en bloque" de todos los principios y garantías que inspiran al Derecho penal al Derecho administrativo sancionador, puesto que ello significaría, por un lado, negar la posibilidad de que éste último alcanzaría sus objetivos al condicionar su ejercicio a formalidades y garantías que le son incompatibles y, por otro lado, y a modo de complemento de lo anterior, que no habrían diferencias entre uno y otro. De igual manera: DE LEÓN VILLALBA, Francisco; "*La garantía del ne bis in idem y el derecho penal económico*", en: Materiales de Lectura de la Maestría en Derecho con mención en Derecho Penal, PUCP, Semestre 2005-2, Lima, sostiene que: "...la concepción unitaria del *ius puniendi* impide una dualidad sancionadora, puesto que de lo contrario se estaría ejerciendo dicha potestad de forma reiterada. Esto, en la práctica histórica, se ha traducido unidireccionalmente en la prohibición de realizar un doble procedimiento como única vía de evitar esta duplicidad, puesto que se carecía de una construcción del ilícito que permitiera establecer la gravedad del daño y la consecuente proporción en la respuesta sancionadora. En la actualidad, la estructura del ilícito posibilita la valoración de la antijuricidad y culpabilidad del hecho, lo que permite aportar elementos de juicio suficientes para, sobre la misma idea de justicia, establecer sanciones adaptadas al caso concreto y regular los límites de las consecuencias afflictivas en aquellos supuestos en los que se ha llegado a producir la duplicidad de procedimientos sancionadores".

sean considerados con una sola finalidad, es decir, que responde a una misma naturaleza punitiva.

Como hemos visto de uno los sectores jurídicos donde debe reinar una correcta coordinación legislativa (sobre todo en el ámbito de sanciones penales-administrativas) y además una coherente “re”-distribución de los campos de protección de los bienes jurídicos en juego, es en el Derecho penal económico – y de la empresa – en su concepción más amplia. De ahí que el *ne bis in idem* en su inicial aseveración “no dos veces sobre lo mismo” no puede ser considerado como un mero instrumento axiológico más, sino como una de las piezas claves en el nuevo tejido en el sistema sancionador peruano. El efecto principal del principio en estudio es, reiteremos, brindar seguridad jurídica al ciudadano de que lo ya tratado no va a volver a serlo de nuevo, solapando la inseguridad de un posible sometimiento a un nuevo pronunciamiento de lo ya satisfecho en vía administrativa o penal. Por eso una de las soluciones sería: que el órgano sancionador administrativo debe dejar paso a una previa actuación judicial-penal, de forma que concluida ésta a través de sentencia o sobreseimiento firme, su resultado determine la prosecución y actuación de aquel. En tal sentido, resulta importante destacar por ejemplo la propuesta del profesor español De León Villalba⁸⁸, que son básicamente dos alternativas:

- a) Si la decisión penal es una sentencia condenatoria queda totalmente proscrita la posibilidad de sancionar de nuevo administrativamente tal conducta y, por supuesto, la constatación de la unidad de requisitos impediría la continuación o apertura de un nuevo procedimiento;
- b) Para el caso de no apreciación de ilícito penal y, por tanto, terminación mediante sentencia absolutoria o sobreseimiento libre, la única limitación a la continuación del procedimiento sancionador administrativo es que éste se substancie a partir de los hechos que el Tribunal haya considerado como probados, lógicamente, dejando a salvo de ésta segunda regla los supuestos en los que el órgano judicial declare la inexistencia del hecho que motivó la actuación jurisdiccional o quede demostrada la no participación del sujeto en el hecho, lo que lógicamente impide la continuación o iniciación del expediente sancionador administrativo.

⁸⁸ DE LEÓN VILLALBA, Francisco; “La garantía del *ne bis in idem* y el derecho penal económico”, en: Materiales de Lectura de la Maestría en Derecho con mención en Derecho Penal, PUCP, Semestre 2005-2, Lima.

COMENTÁRIO DE ACÓRDÃO DO STJ: O ÔNUS DINÂMICO DA PROVA À LUZ DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

COMMENTARY ON A SUPERIOR COURT OF JUSTICE (STJ) RULING: DYNAMIC BURDEN OF PROOF IN LIGHT OF FUNDAMENTAL RIGHTS

Cristiana Zugno Pinto Ribeiro¹

Mestranda em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul

RESUMO: O presente ensaio tem como objeto a análise de acórdão julgado pelo Superior Tribunal de Justiça que decidiu pela possibilidade de inversão do ônus da prova, em sede de ação civil pública movida pelo Ministério Público para apuração da ocorrência de dano ambiental, com fulcro na teoria do ônus dinâmico da prova. Examina-se, neste trabalho, a referida teoria, à luz dos direitos fundamentais à igualdade e à prova, corolários do direito fundamental ao processo justo. Para tanto, são analisadas a origem do surgimento da teoria do ônus dinâmico da prova, os critérios para a sua aplicação, à luz dos direitos fundamentais, bem como a inserção da teoria no projeto do novo Código de Processo Civil. Chega-se à conclusão de que o acórdão em comento enfrentou bem a situação do caso posto a julgamento ao manter a decisão de

primeira e segunda instâncias que inverteu o ônus da prova, haja vista a correta aplicação da dinamização do ônus probatório, mediante a flexibilização do disposto no art. 333 do CPC.

PALAVRAS-CHAVE: Comentário de jurisprudência; teoria do ônus dinâmico da prova; direitos fundamentais.

ABSTRACT: *The present paper focuses on the analysis of judgment ruled by the Superior Court of Justice which decided for the possibility of reversing the burden of proof in a civil class action filed by the Federal Public Prosecutor (“Ministério Público”) to determine the occurrence of environmental damage, based on the “Dynamic Burden of Proof Theory”. It shall be examined in this paper the referred Theory, in light of the fundamental rights to equality and to produce evidence, corollaries*

¹ Especialista em Processo Civil e Constituição pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Especialista em Direito Empresarial pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Advogada.

of the fundamental right to due process. In order to accomplish the set out task, it shall be analyzed the origin for the emergence of the “Dynamic Burden of Proof Theory”, the criteria for its application in light of the fundamental rights, as well as the insertion of the Theory in the new Civil Procedural Coda Procedure project. One should come to the conclusion that the ruling under discussion dealt with the case at hand properly in sustaining both the first instance decision and the appeal which reversed the burden of proof, taking into account the appropriate application of the dynamic allocation of the burden of proof, through a flexible interpretation of the provisions of art. 333 of the CPC.

KEYWORDS: *Case law review; “dynamic burden of proof theory”; fundamental rights.*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Síntese das razões de decidir do REsp 883.656/RS; 2 A teoria do ônus dinâmico da prova; 3 A teoria do ônus dinâmico da prova no projeto do novo Código de Processo Civil; Conclusão; Referências.

SUMMARY: *Introduction; 1 Summary of the decision rationale in REsp 883.656/RS; 2 The “dynamic burden of proof theory”; 3 The dynamic burden of proof theory in the new Civil Procedural Code draft; Conclusion; References.*

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objeto a análise de acórdão julgado em 09.03.2012 pela 2ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, de relatoria do Ministro Herman Benjamin (Recurso Especial nº 883.656/RS).

O recurso tem origem em decisão interlocutória proferida nos autos de ação civil pública movida pelo Ministério Público contra Refinaria Alberto Pasqualini – Refap S/A e Petróleo Brasileiro S/A – Petrobras, no Município de Canoas/RS, que determinou a inversão do ônus da prova às empresas réas para a apuração de danos ambientais causados por contaminação com mercúrio.

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, no julgamento do agravo de instrumento interposto pela Refap, manteve a decisão de primeiro grau no tocante à inversão do ônus da prova, por entender possível tal inversão em relações jurídicas vinculadas a interesses difusos, coletivos ou individuais e referentes a danos ambientais².

² O acórdão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul foi assim ementado: “AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – DANO AMBIENTAL – INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA – POSSIBILIDADE EM RELAÇÕES JURÍDICAS VINCULADAS A INTERESSES DIFUSOS, COLETIVOS OU INDIVIDUAIS E REFERENTES A DANOSIDADES AMBIENTAIS – 1. Da preliminar. Não procede a preliminar que alega falta de intimação pessoal do MP. Inocorrência de

A Refinaria Alberto Pasqualini – Refap S/A interpôs recurso especial, sustentando ser descabida a inversão do ônus probatório por não ser o Ministério Público hipossuficiente e tampouco versar a causa sobre defesa de consumidor.

A 2ª Turma do STJ, por unanimidade, negou provimento ao recurso especial, explicando as razões pelas quais, no caso em análise, se justifica a inversão do ônus da prova, com fulcro na teoria do ônus dinâmico da prova, ainda que não se esteja diante de situação regulada pelo Código de Defesa do Consumidor. O acórdão restou assim ementado:

PROCESSUAL CIVIL E AMBIENTAL - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - RESPONSABILIDADE CIVIL AMBIENTAL - CONTAMINAÇÃO COM MERCÚRIO - ART. 333 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL - ÔNUS DINÂMICO DA PROVA - CAMPO DE APLICAÇÃO DOS ARTS. 6º, VIII, E 117 DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR - PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO - POSSIBILIDADE DE INVERSÃO DO *ONUS PROBANDI* NO DIREITO AMBIENTAL - PRINCÍPIO *IN DUBIO PRO NATURA*

1. Em ação civil pública proposta com o fito de reparar alegado dano ambiental causado por grave contaminação com mercúrio, o Juízo de 1º grau, em acréscimo à imputação objetiva estatuída no art. 14, § 1º, da Lei nº 6.938/1981, determinou a inversão do ônus da prova quanto a outros elementos da responsabilidade civil, decisão mantida pelo Tribunal *a quo*.

prejuízo em face da apresentação da resposta. Observância do art. 244 do CPC. 2. Mérito. O impacto ambiental é ato/fato jurídico – ausente o negócio jurídico propriamente tal em termos de conceituação jurídica – que, pela própria afetação do meio ambiente, bem constitucionalmente protegido (art. 225 da Constituição Federal), impõe ao Poder Judiciário um proceder cuidadoso e cautelar vinculado ao bem/interesse público subjacente. A inversão do ônus da prova é mecanismo que não só pode como deve ser utilizado pelo juiz não só em face de disposições infraconstitucionais, mas também as disposições constitucionais em relevo, devendo ser consideradas a natureza do direito protegido e eventualmente violado e as conseqüências disso caso não comprovado este e o respectivo dano jurídico e social conseqüente, mormente em se tratando de dano ambiental. Inteligência sempre atual de brocardo latino que bem se adequou à espécie: *actori incumbit et réus in excipiendo fit actor*. Recurso improvido. Preliminar rejeitada” (TJRS, Agravo de Instrumento nº 70011770716, 1ª Câmara Cível, Rel. Des. Carlos Roberto Lofego Canibal, Julgado em 09.11.2005)

2. O regime geral, ou comum, de distribuição da carga probatória assenta-se no art. 333, *caput*, do Código de Processo Civil. Trata-se de modelo abstrato, apriorístico e estático, mas não absoluto, que, por isso mesmo, sofre abrandamento pelo próprio legislador, sob o influxo do ônus dinâmico da prova, com o duplo objetivo de corrigir eventuais iniquidades práticas (a probatio diabólica, p. ex., a inviabilizar legítimas pretensões, mormente dos sujeitos vulneráveis) e instituir um ambiente ético-processual virtuoso, em cumprimento ao espírito e letra da Constituição de 1988 e das máximas do Estado Social de Direito.

3. No processo civil, a técnica do ônus dinâmico da prova concretiza e aglutina os cânones da solidariedade, da facilitação do acesso à Justiça, da efetividade da prestação jurisdicional e do combate às desigualdades, bem como expressa um renovado *due process*, tudo a exigir uma genuína e sincera cooperação entre os sujeitos na demanda.

4. O legislador, diretamente na lei (= *ope legis*), ou por meio de poderes que atribui, específica ou genericamente, ao juiz (= *ope judicis*), modifica a incidência do onus probandi, transferindo-o para a parte em melhores condições de suportá-lo ou cumpri-lo eficaz e eficientemente, tanto mais em relações jurídicas nas quais ora claudiquem direitos indisponíveis ou intergeracionais, ora as vítimas transitam no universo movediço em que convergem incertezas tecnológicas, informações cobertas por sigilo industrial, conhecimento especializado, redes de causalidade complexa, bem como danos futuros, de manifestação diferida, protraída ou prolongada.

5. No Direito Ambiental brasileiro, a inversão do ônus da prova é de ordem substantiva e *ope legis*, direta ou indireta (esta última se manifesta, p. ex., na derivação inevitável do princípio da precaução), como também de cunho estritamente processual e *ope judicis* (assim

no caso de hipossuficiência da vítima, verossimilhança da alegação ou outras hipóteses inseridas nos poderes genéricos do juiz, emanação natural do seu ofício de condutor e administrador do processo).

6. Como corolário do princípio *in dubio pro natura*, “justifica-se a inversão do ônus da prova, transferindo para o empreendedor da atividade potencialmente perigosa o ônus de demonstrar a segurança do empreendimento, a partir da interpretação do art. 6º, VIII, da Lei nº 8.078/1990 c/c o art. 21 da Lei nº 7.347/1985, conjugado ao princípio ambiental da precaução” (REsp 972.902/RS, Relª Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, DJe 14.09.2009), técnica que sujeita aquele que supostamente gerou o dano ambiental a comprovar “que não o causou ou que a substância lançada ao meio ambiente não lhe é potencialmente lesiva” (REsp 1.060.753/SP, Relª Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, DJe 14.12.2009).

7. A inversão do ônus da prova, prevista no art. 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor, contém comando normativo estritamente processual, o que a põe sob o campo de aplicação do art. 117 do mesmo estatuto, fazendo-a valer, universalmente, em todos os domínios da Ação Civil Pública, e não só nas relações de consumo (REsp 1049822/RS, Rel. Min. Francisco Falcão, Primeira Turma, DJe 18.05.2009).

8. Destinatário da inversão do ônus da prova por hipossuficiência – juízo perfeitamente compatível com a natureza coletiva ou difusa das vítimas – não é apenas a parte em juízo (ou substituto processual), mas, com maior razão, o sujeito-titular do bem jurídico primário a ser protegido.

9. Ademais, e este o ponto mais relevante aqui, importa salientar que, em recurso especial, no caso de inversão do ônus da prova, eventual alteração do juízo de valor das instâncias ordinárias esbarra, como regra,

na Súmula nº 7 do STJ. “Aferir a hipossuficiência do recorrente ou a verossimilhança das alegações lastreada no conjunto probatório dos autos ou, mesmo, examinar a necessidade de prova pericial são providências de todo incompatíveis com o recurso especial, que se presta, exclusivamente, para tutelar o direito federal e conferir-lhe uniformidade” (REsp 888.385/RJ, Segunda Turma, Rel. Min. Castro Meira, DJ de 27.11.2006. No mesmo sentido, REsp 927.727/MG, Primeira Turma, Rel. Min. José Delgado, DJe de 04.06.2008).

10. Recurso especial não provido.

(REsp 883.656/RS, 2ª Turma, Rel. Min. Herman Benjamin, Julgado em 09.03.2010, DJe 28.02.2012)

No presente estudo busca-se melhor compreender a disciplina do ônus dinâmico da prova, da forma como retratada no acórdão objeto de análise, à luz dos direitos fundamentais à igualdade e à prova, corolários do direito fundamental ao processo justo.

1 SÍNTESE DAS RAZÕES DE DECIDIR DO RESP 883.656/RS

O STJ manteve a decisão proferida pelo juízo de primeira instância de inversão do ônus da prova em ação civil pública na qual se apura a ocorrência de danos ambientais, pelos seguintes fundamentos, em síntese:

- (i) O regime geral de distribuição do ônus da prova assenta-se no art. 333 do CPC, que representa modelo abstrato, apriorístico e estático, mas não absoluto, pois sofre abrandamento sob o influxo do ônus dinâmico da prova, com o duplo objetivo de corrigir eventuais iniquidades práticas (a *probatio diabolica*, por exemplo) e instituir um ambiente ético-processual virtuoso, em cumprimento ao espírito e à letra da Constituição Federal de 1988 e das máximas do Estado Social de Direito;
- (ii) Considerando que, atualmente, os interesses supraindividuais assumem especial destaque no quadro do ordenamento constitucional e infraconstitucional e do próprio funcionamento da prestação jurisdicional, impõe-se a necessidade de flexibilização do rigor da distribuição do ônus da prova prevista no art. 333 do CPC;

- (iii) A flexibilização do esquema estático da distribuição do ônus da prova vem sendo levada a cabo nos vários ordenamentos jurídicos, seja de *civil law*, seja de *common law*, atentos à preocupação contemporânea com a igualdade real no processo, a solidariedade (individual e coletiva) e a busca de efetividade dos direitos pela facilitação do acesso à justiça;
- (iv) A regra do art. 333 do CPC comporta, pois, exceções, justificadas pela natureza dos interesses em litígio e pela real dificuldade de o lesado se desincumbir do encargo probatório, a exemplo da expressa previsão da inversão em benefício do consumidor, quando hipossuficiente ou verossímil a alegação (art. 6º, VIII, do CDC);
- (v) Em contraposição à previsão de índole individualista-liberal estampada no CPC, na hipótese em comento o que se tem é uma distribuição dinâmica do ônus da prova, segundo a qual o encargo de provar deve ser suportado por quem melhor e mais facilmente possa fazê-lo, conforme as circunstâncias da demanda, *in casu*, pelas empresas rés, acusadas pelo Ministério Público pela prática de danos ambientais causados por contaminação com mercúrio;
- (vi) No processo civil, a técnica do ônus dinâmico da prova concretiza e aglutina os cânones da solidariedade, da facilitação do acesso à justiça, da efetividade da prestação jurisdicional e do combate às desigualdades, bem como de um renovado *due process*, tudo a exigir uma genuína e sincera cooperação entre os sujeitos na demanda, tendo por aspiração final afastar a *probatio diabolica* do caminho dos sujeitos vulneráveis;
- (vii) Legislador, doutrina e jurisprudência convergem na suavização da inflexibilidade do regime do art. 333 do CPC, particularmente nos processos coletivos. No campo do direito ambiental, aplicáveis com maior razão os fundamentos teórico-dogmáticos do ônus dinâmico, diante da natureza indisponível do bem jurídico protegido (o meio ambiente);
- (viii) Na hipótese em exame, havendo indícios da ocorrência de graves danos ambientais – contaminação com mercúrio –, seria um contrassenso admitir que norma instrumental (art. 333, *caput*), em tese voltada à realização da justiça material, vire obstáculo intransponível à proteção do meio ambiente e sirva de escudo

ao potencial poluidor, em detrimento de bens dessa magnitude (a proteção jurisdicional que se busca compreende, simultaneamente, o ambiente e a saúde pública). Não se deve descuidar que, no Direito Processual Civil brasileiro, o juiz não é um ser inerte, de atuação asséptica e indiferente às sutilezas do discurso jurídico, que, se não enfrentadas firme e corretamente, contribuem para a pequenar sua autoridade e deslustrar, no conjunto, o prestígio da função jurisdicional;

- (ix) Nesse sentido, o recurso especial interposto pela Repaf restou desprovido, por entender o acórdão ser legítima a inversão do ônus da prova para além das relações consumeristas, sobretudo na defesa do meio ambiente, caso o julgador ordinário repute indispensável e o faça de maneira fundamentada.

2 A TEORIA DO ÔNUS DINÂMICO DA PROVA

2.1 ORIGEM DO SURGIMENTO DA TEORIA

A distribuição do ônus da prova da forma como prevista no art. 333 do CPC tem origem na “teoria das normas” do Jurista alemão Leo Rosenberg, que influenciou a redação da maioria dos diplomas modernos³, pela qual cada parte deve afirmar e provar os pressupostos fáticos da norma que lhe é favorável, ou seja, da norma cujo efeito jurídico se resolve em seu proveito⁴.

O regramento contido no art. 333 do CPC, pelo qual “o ônus da prova incumbe ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito; ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor”, representa um sistema estático, fechado, pelo qual o juiz não tem margem para construir outra disciplina que não aquela positivada na lei⁵.

Não obstante, conforme explanado com muita propriedade pelo acórdão em comento, a doutrina e a jurisprudência têm admitido a flexibilização desse sistema fechado a partir da aplicação da teoria do ônus dinâmico da prova em determinados casos concretos.

Passou-se a discutir, no âmbito doutrinário, acerca da adequação do sistema de distribuição do ônus da prova sob o ponto de vista de um Estado

³ CARPES, Artur. *Ônus dinâmico da prova*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 47.

⁴ ROSENBERG, Leo. *La carga de la prueba*. Trad. Ernesto Krotoschin. Buenos Aires: EJEJA, 1956. p. 91.

⁵ CARPES, Artur. *Op. cit.*, p. 68.

Constitucional. Isso porque a forma de distribuição do ônus da prova prevista no art. 333 do CPC nem sempre é válida, pois pode violar direitos fundamentais processuais à luz do caso concreto. E, em um Estado Constitucional, a lei deve estar conformada à Constituição⁶, e “a função do juiz, para muito além de mero aplicador da lei, passa a ser a de *empreendedor da justiça do caso concreto*, especialmente mediante a conformação constitucional do processo, empreendimento que restará baseado nos princípios constitucionais e nos direitos fundamentais”⁷⁻⁸.

Isso decorre do fato de que “o princípio da legalidade estrita não mais vigora entre nós, nem o juiz prossegue sendo mero locutor das palavras da lei. A legalidade que se respira hoje é a legalidade substancial, que impõe a correção da lei às diretrizes constitucionais”⁹.

Destaca-se, portanto, a relevância das garantias processuais constitucionais¹⁰ e, sobretudo no que pertine à matéria probatória, a garantia do contraditório, que significa a efetiva possibilidade das partes de influenciar na formação do convencimento do juiz, tanto na indicação da prova quanto na sua formação, com a necessidade de diálogo entre as partes e o juiz, ou seja, de um processo civil cooperativo, com a vedação da decisão surpresa¹¹.

Portanto, o ônus da prova deve ser distribuído em conformidade com a Constituição Federal, a fim de que seja alcançado o escopo do processo civil no

⁶ Idem, p. 71.

⁷ Idem, p. 37.

⁸ Pela teoria do formalismo valorativo desenvolvida pelo saudoso Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, o processo civil deve ser analisado sob o enfoque constitucional, uma vez que ele se estrutura a partir de valores encartados na Constituição Federal. O processo civil vai, então, dominado pelos valores constitucionais, sendo um instrumento para a realização de valores, especialmente de valores constitucionais (ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Do formalismo no processo civil*: proposta de um formalismo valorativo. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. passim). A compreensão acerca do marco teórico do formalismo valorativo é também muito bem desenvolvida por Daniel Mitidiero (MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. passim).

⁹ CARPES, Artur. Op. cit., p. 72.

¹⁰ No tocante aos direitos fundamentais no processo civil, Sérgio Gilberto Porto e Daniel Ustarroz destacam que “a conjugação dos direitos fundamentais aplicáveis ao processo permite que o operador, mediante trabalho responsável, alcance resultado adequado às exigências do autor, do réu e da sociedade. A ordem jurídica fundamental unificadora assegurou às partes determinados direitos a serem exercidos no curso do processo judicial ou em razão dele” (PORTO, Sérgio Gilberto; USTARROZ, Daniel. *Lições de direitos fundamentais no processo civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 38).

¹¹ MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 134/136.

Estado Constitucional, qual seja, o de promover a adequada e efetiva tutela dos direitos.

Nesse sentido, houve o surgimento de teorias em torno da relativização do estático e fechado esquema legal, sobretudo a partir do desenvolvimento da doutrina argentina *de las cargas probatorias dinâmicas* de Jorge W. Peyrano¹².

No Brasil, ressalta-se o ensaio de Antonio Janyr Dall’Agnol Junior, “Distribuição dinâmica dos ônus probatórios”, publicado no ano de 2001¹³.

A teoria do ônus dinâmico da prova surge, portanto, não por obra do legislador, mas pela reflexão da doutrina¹⁴⁻¹⁵.

A inversão do ônus da prova prevista no art. 6º, inciso VIII, do Código de Defesa do Consumidor foi o primeiro passo no sentido da conformação constitucional da disciplina dos ônus probatórios¹⁶, na medida em que determina a possibilidade de inversão do ônus da prova quando o juiz verifique que as alegações do consumidor são verossímeis e este é hipossuficiente. No entanto, verifica-se, de acordo com as peculiaridades do caso concreto, a existência de muitas outras hipóteses, não relacionadas à relação consumerista, que justificam a distribuição do ônus da prova de forma diversa daquela prevista pelo diploma processual civil brasileiro¹⁷.

¹² Confirmam-se as publicações mais recentes de Jorge W. Peyrano no Brasil: PEYRANO, Jorge W. La regla de la carga de la prueba enfocada como norma de clausura del sistema. *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 35, n. 185, p. 107/116, jul. 2010; PEYRANO, Jorge W. Informe sobre la doctrina de las cargas probatorias dinámicas. *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 38, v. 217, p. 205/223, mar. 2013.

¹³ DALL’AGNOL JUNIOR, Antônio Janyr. Distribuição dinâmica dos ônus probatórios. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 788, p. 92-107, jul. 2001.

¹⁴ Cumpre ressaltar que a teoria desenvolvida inicialmente pela doutrina argentina não teve o enfoque na noção de direitos fundamentais e do processo na perspectiva do formalismo-valorativo, o que veio a ser desenvolvido a partir da obra de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, “Do formalismo no processo civil”.

¹⁵ Não obstante, a teoria do ônus dinâmico da prova, antes mesmo de ser abordada pela doutrina brasileira, já ganhava espaço na jurisprudência do STJ e dos Tribunais locais, como se verifica no julgado do REsp 69309/SC, Relator Ministro Ruy Rosado de Aguiar, 4ª Turma, julgado em 18.06.1996, DJ 26.08.1996. No Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, destaca-se o julgamento da Apelação Cível nº 597083534, julgada em 03.12.1997 pela 1ª Câmara Cível. Ambos os julgamentos se referem a casos de erro médico, diante da dificuldade que o caso concreto impunha à produção da prova da culpa do profissional.

¹⁶ CARPES, Artur. Op. cit., p. 73.

¹⁷ Nesse sentido, Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart afirmam que “há um grande equívoco em supor que o juiz apenas pode inverter o ônus da prova quando pode aplicar o CDC”, o que pode

2.2 CRITÉRIOS PARA A APLICAÇÃO DA TEORIA À LUZ DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Conforme lição de Artur Carpes,

a distribuição dos ônus probatórios, tal como prevista no art. 333 do Código de Processo Civil brasileiro – assim como nos outros diplomas no estrangeiro que detêm a mesma conformação hermética –, revela-se alheia à igualdade substancial das partes e à maior ou menor dificuldade que aquela onerada terá em cumprir com a missão previamente estabelecida pela lei, circunstância que apenas se poderá visualizar em concreto, à luz das peculiaridades de cada caso.¹⁸

Assim, a teoria da dinamização dos ônus probatórios, que implica na possibilidade de relativização do esquema estático da lei, deve ser aplicada em determinados casos concretos, “especialmente naqueles em que, face a suas peculiaridades, a prova se torna excessivamente difícil para a parte onerada e, em contrapartida, mais facilitada àquela inicialmente desonerada”¹⁹.

Segundo Antonio Janyr Dall’Agnol Junior, pela teoria da distribuição dinâmica dos ônus probatórios é “a) inaceitável o estabelecimento prévio e abstrato do encargo; b) ignorável é a posição da parte no processo; c) e desconsiderável se exhibe a distinção já tradicional entre fatos constitutivos, extintivos, etc.”²⁰. E prossegue, afirmando que “releva, isto sim, a) o caso em sua concretude e b) a ‘natureza’ do fato a provar – imputando-se o encargo àquela das partes que, pelas circunstâncias reais, se encontra em melhor condição de fazê-lo”²¹.

ocorrer quando outras situações de direito substancial exijam “a possibilidade de inversão do ônus da prova ou mesmo requeiram uma atenuação do rigor na aplicação da sua regra, contentando-se com a verossimilhança”, ainda que inexistia previsão legal para tanto (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de processo civil: processo de conhecimento*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 2, 2010. p. 273.

¹⁸ CARPES, Artur. Op. cit., p. 70.

¹⁹ Idem, p. 75.

²⁰ DALL’AGNOL JUNIOR, Antônio Janyr. Distribuição dinâmica dos ônus probatórios. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 788, p. 98, jul. 2001.

²¹ Idem, p. 98.

Não obstante, tendo em vista os perigos²² que giram em torno da relativização da lei, especialmente no tocante ao princípio da segurança jurídica, deve haver critérios claros para que seja possibilitada a aplicação da teoria do ônus dinâmico da prova.

2.2.1 O direito fundamental ao processo justo

A partir do advento do Estado Constitucional e da teoria dos direitos fundamentais, passou-se a se preocupar com a prestação de tutela jurisdicional efetiva, adequada e tempestiva. A jurisdição, por meio do processo, “tem o dever de tornar viáveis as tutelas prometidas pelo direito material e pela Constituição, aplicando a lei, portanto, na dimensão dos direitos fundamentais”²³.

E esse dever de tutelar os direitos fundamentais pressupõe o “correlato direito fundamental de acesso à ordem jurídica justa, da promoção do ‘processo justo’, a outorgar não apenas o acesso, mas também a participação e a efetiva e adequada prestação da tutela jurisdicional”²⁴. Portanto, indispensável revela-se pensar o processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais.

A Constituição Federal, em seu art. 5º, LIV, quando determina que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”, institui o direito fundamental ao processo justo²⁵, que corresponde a um “*modelo mínimo* de conformação do processo”²⁶ que visa a “assegurar a obtenção de uma *decisão justa*”, sendo o meio pelo qual se exerce pretensão à justiça e pretensão à tutela jurídica²⁷.

²² No tocante ao “perigo” da aplicação da teoria do ônus dinâmico da prova, elucidativo é o ensaio de Danilo Knijnik (KNIJNIK, Danilo. As (perigosíssimas) doutrinas do “ônus dinâmico da prova” e da “situação de senso comum” como instrumentos para assegurar o acesso à justiça e a *probatio diabolica*. In: FUX, Luiz; NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Processo e constituição: estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 942/951.

²³ CARPES, Artur. Op. cit., p. 76.

²⁴ Idem, p. 77.

²⁵ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 699.

²⁶ Idem, p. 701.

²⁷ Idem, p. 702. Conforme lição de Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero, “não é possível definir em abstrato a cabal conformação do direito ao processo justo. Trata-se de *termo indeterminado*. O direito ao processo justo constitui *cláusula geral* – a norma prevê um termo indeterminado no seu suporte fático e não comina consequências jurídicas à sua violação. No entanto, é possível identificar ‘um núcleo forte ineliminável’, um ‘conteúdo mínimo essencial’ sem o qual seguramente não se está diante de um processo justo. O direito ao processo justo conta, pois, com um *perfil mínimo*. Em primeiro lugar,

Na mesma linha, o art. 5º, XXXV, da Constituição Federal também proclama o direito fundamental de acesso à ordem jurídica justa, na medida em que o direito de ação é visto também como direito fundamental, corolário do processo justo, pois o processo é imprescindível para a concretização de todos direitos fundamentais²⁸.

Assim,

se a correta formação do juízo de fato²⁹ é fundamental para o alcance da justiça – compreendida aí a efetiva e adequada tutela dos direitos – revela-se bastante claro que o procedimento probatório também deve estar sujeito à conformação que atente às necessidades de tutela dos direitos fundamentais.³⁰

Outrossim, a dinamização dos ônus probatórios se encontra em total consonância com a ideia de processo civil pautado pela colaboração³¹. Conforme lição de Daniel Mitidiero, seu fundamento “está na necessidade de velar-se

do ponto de vista da ‘divisão do trabalho’ processual, o processo justo é pautado pela *colaboração* do juiz para com as partes. O juiz é *paritário no diálogo e assimétrico apenas no momento da imposição de suas decisões*. Em segundo lugar, constitui processo capaz de prestar *tutela jurisdicional adequada e efetiva*, em que as partes participem em pé de *igualdade* e com *paridade de armas*, em *contraditório*, com *ampla defesa*, com *direito à prova*, perante *juiz natural*, em que todos os seus pronunciamentos são *previsíveis, confiáveis e motivados*, em procedimento *público*, com *duração razoável* e, sendo o caso, com *direito à assistência jurídica integral* e formação de *coisa julgada*” (p. 702/703).

²⁸ CARPES, Artur. Op. cit., p. 77.

²⁹ “Consagrado o direito fundamental à tutela jurisdicional adequada e efetiva, exige-se do juiz esforço ainda maior na tarefa de formação do juízo de fato, na medida em que somente dessa forma será possível alcançar a justiça. Tal esforço, todavia, é compartilhado com as partes, às quais também é endereçado semelhante *dever de cooperação*.” (CARPES, Artur. Op. cit., p. 62)

³⁰ Idem, p. 79. No mesmo sentido, Danilo Knijnik sustenta que há “certas situações nas quais a aplicação das regras sobre o ônus da prova pode acarretar manifesta injustiça, a ponto de inviabilizar o acesso útil ao Poder Judiciário, violando-se, ainda que de forma oculta, o art. 5º, XXXV, da CF” (KNIJNIK, Danilo. As (perigosíssimas) doutrinas do “ônus dinâmico da prova” e da “situação de senso comum” como instrumentos para assegurar o acesso à justiça e a *probatio diabolica*. In: FUX, Luiz; NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Processo e constituição: estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 943.

³¹ Nesse ponto, Ingo Wolfgang Sarlet sustenta “a necessidade de investir na noção de um ‘processo cooperativo’, portanto, pautado por um permanente diálogo intersubjetivo entre as partes e o juiz e, quando for o caso, com outros agentes intervenientes” (SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 197).

por uma efetiva igualdade entre as partes no processo e por uma escorreita observação dos deveres de cooperação nos domínios do direito processual civil, notadamente do dever de auxílio do órgão jurisdicional para com as partes”³².

A dinamização dos ônus probatórios, então, configura técnica destinada a garantir às partes a observância do direito fundamental do processo justo, sendo seus corolários, no tocante à questão ora em exame, o direito fundamental à igualdade e o direito fundamental à prova³³.

2.2.1.1 O direito fundamental à igualdade

A dinamização dos ônus probatórios tem respaldo no direito fundamental à igualdade previsto no *caput* do art. 5º da Constituição³⁴. Trata-se de direito fundamental que, “nada obstante não previsto expressamente na Constituição para o campo do processo, decorre naturalmente da ideia de Estado Constitucional e do direito fundamental à igualdade perante a ordem jurídica como um todo (art. 5º, *caput*, da CF)”³⁵.

Para que haja uma adequada formação do juízo de fato, ambas as partes do processo devem estar em condições isonômicas de participação na formação do juízo de fato. Assim, “a participação deve ser pautada pela igualdade a partir dos limites das suas *efetivas* possibilidades para colaborar com o alcance da verdade”³⁶. Nas palavras de Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero, “o processo só pode ser considerado justo se as partes dispõem das *mesmas oportunidades* e dos *mesmos meios* para dele participar. Vale dizer: se dispõem das *mesmas armas*”³⁷.

Nessa senda, haverá situações em que não será possível obter a adequada formação do juízo de fato mediante a distribuição dos ônus probatórios prevista no art. 333 do CPC, uma vez que a realidade concreta poderá indicar para a dificuldade da parte onerada em produzir a prova de determinada circunstância

³² MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 127.

³³ CARPES, Artur. Op. cit., p. 79/80.

³⁴ Art. 5º da CF: “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”.

³⁵ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 723.

³⁶ CARPES, Artur. Op. cit., p. 81.

³⁷ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Op. cit., p. 724.

e, em contrapartida, para a facilidade da parte inicialmente desonerada em colaborar no respectivo esclarecimento. Nesses casos, o direito fundamental à igualdade é ferido diante da incapacidade de a disciplina legal dos ônus probatórios lidar com as dificuldades impostas pela realidade do caso concreto³⁸.

O processo, para ser justo, deve ser capaz de prestar tutela jurisdicional adequada e efetiva, que pressupõe a participação das partes em pé de igualdade e com paridade de armas³⁹, devendo ser proporcionada às partes a igualdade de oportunidades de participação na formação do juízo de fato⁴⁰.

Portanto, a distribuição estática do ônus da prova, tal como prevista no art. 333 do CPC, nem sempre atenderá ao direito fundamental da igualdade das partes, o que autoriza a aplicação pelo juiz da técnica da dinamização dos ônus probatórios. Conforme bem referido por Artur Carpes,

o direito fundamental à igualdade constitui, portanto, base para que o juiz possa operar a dinamização dos ônus probatórios: toda a vez que se observar desequilíbrio nos esforços de prova, deverá o juiz alterar as incumbências de prova, tornando congruente o critério (distribuição dos ônus probatórios), com o fim a ser alcançado (adequada formação do juízo de fato).

Dessa forma, caso a parte onerada pela prova de determinada alegação de fato não tenha condições de provar sua veracidade e, em contrapartida, a parte desonerada esteja em melhores condições de assim proceder, inevitável se revela a alteração do esquema estático da lei a fim de garantir a igualdade substancial⁴¹.

³⁸ CARPES, Artur. Op. cit., p. 83.

³⁹ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Op. cit., p. 703.

⁴⁰ CARPES, Artur. Op. cit., p. 83.

⁴¹ Idem, p. 84. Nesse sentido, Danilo Knijnik dispõe que “[...] o Direito brasileiro, de há muito, reconhece ao juiz iniciativas probatórias para garantir a igualdade substancial entre os litigantes, não havendo porque essa mesma igualdade não se refletir no plano do ônus probatório” (KNIJNIK, Danilo. As (perigosíssimas) doutrinas do “ônus dinâmico da prova” e da “situação de senso comum” como instrumentos para assegurar o acesso à justiça e a *probatio diabolica*. In: FUX, Luiz; NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Processo e constituição: estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 947).

Nesse sentido é o teor do acórdão do STJ objeto de estudo no presente ensaio. Confirmam-se trechos do acórdão que bem identificam a necessidade de atenção ao direito fundamental à igualdade e, sobretudo, ao processo justo:

Considerando que, atualmente, os interesses supra-individuais assumem especial destaque no quadro do ordenamento constitucional e infraconstitucional e do próprio funcionamento da prestação jurisdicional, impõe-se a necessidade de flexibilização do rigor da distribuição prevista no art. 333 do CPC. Tal tarefa vem sendo levada a cabo nos vários ordenamentos jurídicos, seja de *civil law*, seja de *common law*, atentos à preocupação contemporânea com a igualdade real no processo, a solidariedade (individual e coletiva) e a busca de efetividade dos direitos pela facilitação do acesso à justiça. [...]

Em síntese, no processo civil, a técnica do ônus dinâmico da prova concretiza e aglutina os cânones da solidariedade, da facilitação do acesso à Justiça, da efetividade da prestação jurisdicional e do combate às desigualdades, bem como de um renovado *due process*, tudo a exigir uma genuína e sincera cooperação entre os sujeitos na demanda, tendo por aspiração final afastar a *probatio diabolica* do caminho dos sujeitos vulneráveis.

Verifica-se, então, que a dinamização é uma técnica para a conformação constitucional do procedimento probatório, nos casos em que a regra geral ditada pela lei, diante das peculiaridades do caso concreto, não se ajusta aos preceitos constitucionais⁴².

2.2.1.2 O direito fundamental à prova

Corolário do direito fundamental ao processo justo é o direito fundamental à prova, que também norteia a aplicação da técnica da dinamização dos ônus probatórios. Considerando que a adequada formação do juízo de fato é imprescindível para a adequada e efetiva prestação de tutela jurisdicional,

⁴² CARPES, Artur. Op. cit., p. 85/86.

é evidente que o direito à prova também se eleva à condição de direito fundamental⁴³.

O direito fundamental à prova encontra previsão no art. 5º, incisos LVI, LV e LVII, que determinam, respectivamente, que “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”, “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes” e “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. O direito fundamental à prova é elemento essencial à conformação do direito ao processo justo. Segundo Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero,

o direito à prova impõe que o legislador e o órgão jurisdicional atentem para: (i) a existência de *relação teleológica* entre prova e verdade; (ii) a *admissibilidade* da prova e dos *meios* de prova; (iii) a distribuição adequada do *ônus da prova*; (iv) o momento de *produção* da prova; e (v) a *avaliação* da prova e formação do *convencimento* judicial.⁴⁴

No tocante à distribuição adequada do ônus da prova, que compõe o perfil constitucional do direito à prova, é preciso que os esforços probatórios sejam partilhados de forma adequada, mediante colaboração das partes e consideração

⁴³ Idem, p. 87. Na mesma linha, Carlos Alberto Alvaro de Oliveira e Daniel Mitidiero afirmam que “constitui elemento indispensável do direito fundamental ao *processo justo* o direito fundamental à *prova*”. E prosseguem, sustentando que do perfil constitucional da prova no processo civil brasileiro decorre “o direito: (a) da parte de *produzir alegações fáticas* no processo; (b) de *usar quaisquer meios de prova* que considere úteis para verificação das alegações fáticas que entenda lhe sejam favoráveis, desde que provenham de meios lícitos e moralmente legítimos; (c) à *paridade de armas* na organização do direito probatório, de modo que uma das partes não se encontre em *situação de evidente desigualdade* no processo no que tange às situações probatórias; (d) de ser assegurado o *contraditório* na produção das provas sobre as já produzidas; (e) de poder a parte *presenciar* a produção da prova ou ter *acesso* ao seu resultado; (f) de serem *motivadas* todas as decisões sobre admissibilidade da prova e efetivamente consideradas pelo juiz as provas realizadas no processo” (ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto; MITIDIERO, Daniel. *Curso de processo civil*. São Paulo: Atlas, v. 2, 2012. p. 55/56).

⁴⁴ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Op. cit., p. 740. Para Eduardo Cambi, o direito à prova constitui um direito fundamental pelos seguintes motivos: “Pode-se, então, afirmar que o *direito à prova* é um *direito constitucional*, a partir de suas perspectivas possíveis, deduzidas da Constituição Federal de 1988. Em um *perspectiva interna*, o direito à prova pode ser extraído, implicitamente, da noção de *direito ao processo justo*, contida no art. 5º, inciso XXXV, da CF, bem como ser contemplado a partir da garantia do devido processo legal (art. 5º, inciso LIV, CF) que, em sentido amplo, abarca as demais garantias constitucionais (CAMBI, Eduardo. O direito à prova no processo civil. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná*, Porto Alegre: Síntese, v. 34, p. 150, 2000).

das possibilidades reais de participação para a formação do juízo de fato, sob pena de vedação do direito fundamental à prova e, conseqüentemente, do direito fundamental ao processo justo⁴⁵.

2.2.1.3 A *probatio diabolica*

A excessiva dificuldade, ou até mesmo impossibilidade⁴⁶, para a produção da prova pela parte onerada, que pode justificar a aplicação da técnica da dinamização do ônus da prova, é denominada pela doutrina e jurisprudência como *probatio diabolica* (prova diabólica), que tem íntima ligação com a vedação do direito fundamental à prova. Isso porque “impor um ônus impossível de ser cumprido é o mesmo que vedar acesso à jurisdição: a tutela do direito, ou a possibilidade de sua negação pela parte ré, não será possível”⁴⁷.

A *probatio diabolica* pode estar vinculada não apenas à produção de prova de um fato negativo, mas também à condição de hipossuficiência da parte onerada ou em face da sua distância do material probatório⁴⁸.

O exemplo mais clássico de *probatio diabolica* é o da responsabilidade civil por erro médico, no qual, pela teoria da dinamização do ônus da prova, se transfere ao médico réu o ônus da prova da culpa, tendo em vista que é o médico que se encontra mais perto da prova, na medida em que possui o prontuário médico, os exames, o relatório do que sucedeu na sala de cirurgia, bem como tem conhecimento da técnica escolhida para determinada cirurgia. Nesses casos, se mostra muito difícil ao autor provar que o réu tenha agido com culpa. Cumpre ressaltar que, nesses casos, se transfere ao médico apenas o encargo da prova referente à culpa, permanecendo com o autor o ônus da prova dos demais pressupostos da responsabilidade civil, quais sejam, a existência do dano e o nexo de causalidade. Nesse ponto a dinamização se diferencia da inversão do ônus da prova, pois na inversão ocorre a transferência integral dos ônus probatórios

⁴⁵ CARPES, Artur. Op. cit., p. 89.

⁴⁶ Quanto à impossibilidade da produção de determinada prova, Danilo Knijnik ressalta que “a ocorrência de situações em que a aplicação das regras sobre o ônus da prova flerta, perigosamente, com a impossibilidade de provar, beirando a inutilidade da ação judiciária, com a vedação oculta de acesso efetivo à justiça” (KNIJNIK, Danilo. As (perigosíssimas) doutrinas do “ônus dinâmico da prova” e da “situação de senso comum” como instrumentos para assegurar o acesso à justiça e a *probatio diabolica*. In: FUX, Luiz; NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Processo e constituição: estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 942-951.

⁴⁷ CARPES, Artur. Op. cit., p. 90/91.

⁴⁸ Idem, p. 91.

de uma parte a outra, inexistindo ressalva quanto às circunstâncias de fato, cujo encargo de prova deva ser efetivamente transferido. Já, na dinamização, se transfere o ônus da prova apenas em relação a determinadas circunstâncias de fato, ou seja, ocorre a transferência do ônus acerca daquelas circunstâncias fáticas que impõem a *probatio diabolica*⁴⁹.

A jurisprudência tem feito uso da teoria do ônus dinâmico da prova também em matérias de seguros, quando a prova de determinado fato é mais facilitada à seguradora ré, em direito bancário, direito de família e direito ambiental, como retratado no acórdão em estudo.

Nessas situações, é “*dever do juiz proceder na conformação do procedimento de prova à Constituição, possibilitando o pleno exercício do direito à prova, utilizando-se da dinamização para transferir o ônus de provar determinada circunstância fática à parte que disponha de melhores condições de prová-la*”⁵⁰.

Não obstante, não se pode admitir a ocorrência de prova diabólica inversa, ou seja, a transferência do encargo da prova não pode acarretar a mesma dificuldade para a parte contrária na sua respectiva produção. A dinamização pressupõe que as partes estejam em desigualdade na produção da prova e que a parte que vai assumir o ônus tenha a possibilidade efetiva de cumpri-lo⁵¹. A prova diabólica inversa é um limite para a aplicação, pelo juiz, da técnica da dinamização do ônus da prova. No caso de haver igualdade entre as partes no que tange aos esforços de prova, e estando ambas com dificuldade de produção da prova, o caso será de redução do módulo da prova, e não de dinamização, para permitir, por exemplo, convicção baseada em verossimilhança⁵².

Assim, “quando o juiz *inverte* o ônus da prova ou o *dinamiza*, é imprescindível que a parte onerada *ex novo* tenha oportunidade de desempenhá-lo de forma adequada, sob pena de violar não só o direito à prova, mas também o direito à igualdade e à paridade de armas no processo”⁵³.

⁴⁹ Idem, p. 116/117.

⁵⁰ Idem, p. 93.

⁵¹ Idem, p. 94. No mesmo sentido, Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart afirmam que “quando se inverte o ônus, é preciso supor que aquele que vai assumi-lo terá a *possibilidade* de cumpri-lo, pena de a inversão do ônus da prova significar a imposição de uma perda, e não apenas a transferência de um ônus” (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de processo civil*: processo de conhecimento. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 2, 2010. p. 275.

⁵² CARPES, Artur. Op. cit., p. 95.

⁵³ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Op. cit., p. 726.

3 A TEORIA DO ÔNUS DINÂMICO DA PROVA NO PROJETO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Tramita no Congresso Nacional o Projeto de Lei nº 8.046/2010, que tem por propósito instituir um novo Código de Processo Civil. Diante disso, cumpre seja analisado se a teoria objeto de estudo neste ensaio, a qual não possui previsão no Código de Processo Civil vigente, está contemplada no projeto.

De forma salutar, a teoria do ônus dinâmico da prova, consagrada na doutrina e jurisprudência, é acolhida integralmente no projeto do novo CPC.

Tomando-se como base o substitutivo apresentado pelo Deputado Paulo Teixeira, em 17 de julho de 2013 – última versão do projeto apresentada até a elaboração deste trabalho⁵⁴ –, a possibilidade de dinamização dos ônus probatórios é contemplada da seguinte forma:

Art. 380. O ônus da prova incumbe:

I – ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito;

II – ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

§ 1º Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa, relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do *caput* ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada. Neste caso, o juiz deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído.

§ 2º A decisão prevista no § 1º deste artigo não pode gerar situação em que a desincumbência do encargo pela parte seja impossível ou excessivamente difícil.

§ 3º A distribuição diversa do ônus da prova também pode ocorrer por convenção das partes, salvo quando:

⁵⁴ Disponível em: <<http://pauloteixeira13.com.br/wp-content/uploads/2013/07/Substitutivo-ADO-TADO-versao-FINAL.pdf>>. Acesso em: 6 mar. 2014.

I – recair sobre direito indisponível da parte;

II – tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito.

§ 4º A convenção de que trata o § 3º pode ser celebrada antes ou durante o processo.

Verifica-se, então, que o *caput* do art. 333 do CPC é mantido pelo projeto, mas é introduzida a autorização para que o juiz, diante das peculiaridades do caso concreto, possa fixar o ônus da prova de modo diverso, quando se verificar a impossibilidade ou a excessiva dificuldade de cumprir o encargo, nos termos do *caput*, ou a maior facilidade de obtenção da prova do fato pela parte contrária.

Outrossim, o projeto veda que a dinamização dos ônus probatórios seja realizada quando possa gerar situação em que a desincumbência do encargo pela parte seja impossível ou excessivamente difícil, ou seja, é vedada, expressamente, que a dinamização dos ônus probatórios implique na ocorrência de *probatio diabolica inversa*.

Quanto ao procedimento para a aplicação da teoria, é ressaltado pelo projeto que a decisão que distribui o ônus da prova de forma diversa da previsão contida no *caput* do art. 380 deve ser fundamentada, bem como deve ser conferida à parte onerada a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído. Isso significa que a distribuição dinâmica do ônus da prova não pode ser utilizada como regra de julgamento, a fim de que seja evitada a decisão surpresa, sendo imprescindível que a parte onerada tenha efetiva condição de produzir a prova a qual foi incumbida.

Nesse sentido, o art. 364, inciso III, do projeto prevê que a decisão que definir a distribuição do ônus da prova será proferida em decisão de saneamento e de organização do processo, e desafia a interposição de agravo de instrumento (art. 1.028, XIII, do projeto).

Tal previsão vai ao encontro das garantias processuais constitucionais, na medida em que determina que a dinamização não poderá ser realizada como regra de julgamento, ou seja, ser realizada por ocasião da sentença, o que feriria os direitos fundamentais do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal.

Ademais, o projeto do novo CPC traz referências expressas às garantias processuais constitucionais no Livro I, Título Único, Capítulo I, e, no que tange ao estudo do presente trabalho, refere que “é assegurado às partes paridade de tratamento no curso do processo, competindo ao juiz velar pelo efetivo contraditório” (art. 7º), “todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva” (art. 8º) e “em qualquer grau de jurisdição, o órgão jurisdicional não pode decidir com base em fundamento a respeito do qual não se tenha oportunizado manifestação das partes, ainda que se trate de matéria apreciável de ofício” (art. 10).

Entende-se ser salutar a inclusão no regramento processual civil brasileiro da teoria da dinamização dos ônus probatórios, a qual, se aplicada em conformidade com as garantias processuais constitucionais analisadas no presente ensaio, fará com que a tutela jurisdicional seja prestada de forma mais adequada e efetiva⁵⁵.

CONCLUSÃO

Da análise da teoria do ônus dinâmico da prova sob a ótica dos direitos fundamentais processuais depreende-se que o acórdão em comento enfrentou bem a situação do caso posto a julgamento ao manter a decisão de primeira e segunda instâncias que inverteu o ônus da prova em ação civil pública.

O caso em tela – ação civil pública para apuração de danos ambientais causados por contaminação com mercúrio – se encaixa perfeitamente nas hipóteses em que a distribuição dos ônus probatórios prevista no art. 333 do CPC, que representa um sistema fechado e estático, deve ser flexibilizada pelo juiz, na medida em que a produção da prova sobre a ocorrência do dano ambiental é mais facilitada às empresas rés do que ao Ministério Público.

Para que o juiz distribua o ônus da prova de forma diversa da prevista na lei, é necessário que se analise o caso concreto à luz do direito fundamental ao processo justo e dos direitos fundamentais corolários à igualdade das

⁵⁵ Nesse sentido, Eduardo Cambi, ao comentar o projeto do novo CPC, dispõe ser “louvável a iniciativa do projeto de novo Código Civil [*sic*] que, percebendo a influência positiva do art. 6º, inciso VIII, do Código de Defesa do Consumidor, amplia a técnica da inversão do ônus da prova para todas as relações jurídicas marcadas pela *desigualdade de armas*” (CAMBI, Eduardo. Prova – Nova dinâmica da distribuição do ônus. In: ROSSI, Fernando; RAMOS, Glauco Gumerato; GUEDES, Jefferson Carús et al. *O futuro do processo civil no Brasil: uma análise crítica ao projeto do novo CPC*. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 677.

partes e à prova. Isso porque a distribuição do ônus da prova deve estar em conformidade com os preceitos constitucionais, a fim de que seja prestada uma tutela jurisdicional efetiva e adequada.

Portanto, permite-se a aplicação da técnica da dinamização dos ônus probatórios para além das hipóteses reguladas pelo Código de Defesa do Consumidor, como bem retratado no acórdão objeto de exame pelo presente trabalho, a fim de que haja a adequada formação do juízo de fato.

Felizmente, a técnica já consagrada na doutrina e jurisprudência está em vias de ser inserida no ordenamento legal, uma vez que consta previsão expressa no projeto do novo Código de Processo Civil, em trâmite no Congresso Nacional, de possibilidade de distribuição do ônus da prova de forma diversa do que é hoje prevista no art. 333 do CPC.

REFERÊNCIAS

ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Do formalismo no processo civil: proposta de um formalismo valorativo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____; MITIDIERO, Daniel. *Curso de processo civil*. São Paulo: Atlas, v. 2, 2012.

CAMBI, Eduardo. O direito à prova no processo civil. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná*, Porto Alegre: Síntese, v. 34, p. 143/159, 2000.

_____. Prova - Nova dinâmica da distribuição do ônus. In: ROSSI, Fernando; RAMOS, Glauco Gumerato; GUEDES, Jefferson Carús et al. (Coord.). *O futuro do processo civil no Brasil: uma análise crítica ao projeto do novo CPC*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

CARPES, Artur. *Ônus dinâmico da prova*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

DALL'AGNOL JUNIOR, Antônio Janyr. Distribuição dinâmica dos ônus probatórios. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 788, p. 92-107, jul. 2001.

KNIJNIK, Danilo. As (perigosíssimas) doutrinas do “ônus dinâmico da prova” e da “situação de senso comum” como instrumentos para assegurar o acesso à justiça e a *probatio diabolica*. In: FUX, Luiz; NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Processo e constituição: estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de processo civil: processo de conhecimento*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 2, 2010.

MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

PEYRANO, Jorge W. La regla de la carga de la prueba enfocada como norma de clausura del sistema. *Revista de Processo*, Revista dos Tribunais, São Paulo, ano 35, n. 185, p. 107/116, jul. 2010.

_____. Informe sobre la doctrina de las cargas probatorias dinámicas. *Revista de Processo*, Revista dos Tribunais, São Paulo, ano 38, v. 217, p. 205/223, mar. 2013.

PORTO, Sérgio Gilberto; USTARROZ, Daniel. *Lições de direitos fundamentais no processo civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

ROSENBERG, Leo. *La carga de la prueba*. Trad. Ernesto Krotoschin. Buenos Aires: EJEA, 1956.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

_____; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

ADOÇÃO POR CASAL COMPOSTO POR INDIVÍDUOS DE MESMO SEXO: ANÁLISE CRÍTICA DO ACÓRDÃO PROFERIDO PELO STJ NO RESP 1.281.093-SP DE RELATORIA DA MINISTRA NANCY ANDRIGHI

ADOPTION BY COUPLES COMPOSED OF INDIVIDUALS OF THE SAME SEX: CRITICAL ANALYSIS OF THE JUDGMENT OF THE SUPREME COURT IN SPECIAL APPEAL N° 1.281.093-SP, RAPPORTEUR OF THE JUDGE NANCY ANDRIGHI

Guilherme Bertotto Barth¹

Mestrando pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da PUCRS

RESUMO: A presente produção gráfica buscou analisar a decisão proferida pelo STJ sob a ótica dos Direitos Fundamentais, especialmente em relação à dignidade da pessoa. Destaca a necessária aplicação de uma interpretação conduzida pela orientação constitucional no lugar da simples interpretação gramatical ou literal na apreciação dos dispositivos legais. Resta claro no julgado que não se admitirá violações à dignidade da pessoa humana sob pretextos que mascarem vieses discriminatórios e violem esse elemento que confere unidade de sentido e legitimidade à determinada ordem constitucional. O julgado

retrata uma importante abertura para a concretude da dignidade da pessoa humana, como reconhecimento de direitos fundamentais em uma relação entre legislação infraconstitucional em consonância com os princípios fundamentais.

PALAVRAS-CHAVE: Inseminação artificial heteróloga; adoção; homoafetividade; princípio da proteção integral.

ABSTRACT: *This text production aimed to analyze the decision of the Supreme Court from the perspective of fundamental rights, especially in relation to human dignity. Highlighted the necessary application of constitutional interpretation in place*

¹ Especialista em Direito dos Contratos e Tributário pela FGV, Especialista em Direito de Família e Sucessões pela PUCRS, Advogado.

of simple grammatical or literal interpretation of assessment of the legal provisions. It is clear that the trial did not admit violations of human dignity under pretexts which mask discriminatory biases and violate this element that confers unity of meaning and legitimacy to certain constitutional order. The trial portrays an important opening for the concreteness of human dignity, in recognition of fundamental rights in a common law based on fundamental principles with constitutional relationship.

KEYWORDS: *Heterologous artificial insemination; adoption; homosexual relationship; principle of full protection.*

SUMÁRIO: 1 Apresentação do julgado; 2 Argumentos adotados pelos julgadores; 3 Fundamentos jurídicos expostos na decisão; Referências.

SUMMARY: *1 Report of the facts; 2 Arguments used by the judges; 3 Legal grounds in the decision; References.*

1 APRESENTAÇÃO DO JULGADO

O julgado em questão aborda tema de plena atualidade e objeto de grande debate e interesse, tanto no âmbito social quanto no jurídico pátrio. A discussão sobre a possibilidade de adoção de menores por famílias compostas por casais homossexuais ainda é relativamente nova, e a decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça se torna certamente uma importante baliza no entendimento da matéria.

O processo em questão cuida de um casal formado por duas mulheres em reconhecida e longa união estável (D. H. M. E. S e C. C. V.), que, de modo planejado, encaminharam a inseminação artificial heteróloga em C. C. V. com doador masculino desconhecido que resultou no nascimento da menor L. B. V. O casal sustentou que toda a decisão e procedimento foram resultados de legítimo e voluntário planejamento familiar.

A decisão proferida em sentença pelo juízo de primeiro grau de São Paulo deferiu a adoção pleiteada por D. H. M. E. S. da menor L. B. V., filha biológica e devidamente registrada de sua companheira, tendo como base principal a Lei nº 8.069/1990 - Estatuto da Criança e do Adolescente. Diante da sentença, o Ministério Público estadual apresentou recurso que foi negado pelo TJSP, que manteve a sentença pela mesma base legal, acrescentando à decisão o fundamento do art. 5º, *caput*, da Constituição Federal.

O *Parquet* apresentou o novo recurso, admitido previamente pelo TJSP e recebido pelo STJ pela alegação de violação dos arts. 6º; 42, §§ 2º e 3º, do ECA,

arts. 1.626, parágrafo único, e 1.723 do Código Civil. A inconformidade sustentou que seria juridicamente impossível a adoção de criança ou adolescente por duas pessoas do mesmo sexo, afirmando, ainda, que o instituto da adoção “guarda perfeita simetria com a filiação natural, pressupondo que o adotando, tanto quanto o filho biológico, seja fruto da união de um homem e uma mulher” (REsp 1.281.093-SP), o que foi amplamente divulgado pelo *site* do STJ. Ao seu turno, a recorrida afirmou a intencionalidade do casal em ter um filho, concordando a mãe biológica com a adoção, e a existência de ganhos significativos para a menor com a concretização do pedido.

O recurso foi julgado no Superior Tribunal de Justiça pela 3ª Turma, com relatoria da Ministra Nancy Andrighi, em 11 de dezembro de 2012.

2 ARGUMENTOS ADOTADOS PELOS JULGADORES

A decisão da Corte embasou a decisão contrária ao recurso do Ministério Público de São Paulo e o parecer do Ministério Público Federal, referindo a posição já tomada pelo Supremo Tribunal Federal ao julgar a ADIn 4.277/DF, que analisou de forma inédita a equiparação da união civil homossexual ao conceito de entidade familiar. A Ministra Nancy Andrighi relacionou, com grande propriedade, a posição refletida naquele julgamento pelo voto condutor do Ministro Ayres Britto de prevalecer uma interpretação de dispositivo do Código Civil de forma não literal ou gramatical, mas de modo que prevalecesse a orientação constitucional, como se verifica no texto do julgamento.

Vale ainda destacar, quanto ao art. 1.723 do CC/2002, que o recurso especial foi interposto antes do julgamento da ADIn 4.277/DF, Relator Ministro Ayres Britto, julgado em 05.05.2011, que consolidou o influxo jurisprudencial já existente, no sentido de dar legitimidade e efeitos jurídicos plenos às uniões estáveis homoafetivas.

Pinça-se, da ementa do acórdão, do célebre julgamento, alguns excertos que exprimem a fórmula cristalizada:

[...] Ante a possibilidade de interpretação em sentido preconceituoso ou discriminatório do art. 1.723 do Código Civil, não resolúvel à luz dele próprio, faz-se necessária a utilização da técnica de “interpretação conforme à Constituição”. Isso para excluir do

dispositivo em causa qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como família. Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroaferiva.

O voto do Ministro naquele julgado, referido agora pela Ministra Relatora Nancy Andrichi, refere claramente que a existência de uma posição em sentido preconceituoso de um dispositivo legal é possível, mas inadmissível, vez que é necessária a utilização da técnica da interpretação em conformidade com a constituição. Ao analisar a definição de união estável naquele julgamento, o Ministro Ayres Britto reconhece que é essencial a exclusão de toda e qualquer significação que dificulte o reconhecimento de uma união marcada pela continuidade, publicidade e durabilidade entre pessoas de igual sexo como uma família. Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heterossexual.

O julgamento da ADIn 4.277/DF pelo STF guarda profunda relação com o julgamento sob análise, uma vez que naquele houve claro reconhecimento de que o trabalho hermenêutico deve ser feito de modo a aplicar a supremacia das normas constitucionais na interpretação da legislação infraconstitucional. Como refere Canotilho (2013, p. 1151), quando houver normas com várias significações possíveis, existindo espaço de decisão aberto a várias propostas interpretativas, deverá ser encontrada aquela que apresente conformidade com as normas constitucionais, evitando a declaração de inconstitucionalidade e consequente retirada do ordenamento jurídico.

Ambas as decisões refletem um posicionamento dos tribunais superiores brasileiros em reconhecer a necessidade de utilizar de forma mais destacada a interpretação do texto infraconstitucional adequada à norma constitucional, limitando a interpretação puramente literal da norma. Reconhece explicitamente a importância do processo de constitucionalização do Direito, tema que há muito vem ocupando o debate doutrinário.

O Estatuto da Criança e do Adolescente e o Código Civil são objetos de análise desta posição interpretativa do voto da Ministra Relatora, que refuta a argumentação fruto de interpretação literal posta pela inconformidade do Ministério Público. A defesa da impossibilidade de adoção de criança menor ou adolescente por pessoas do mesmo sexo pelo recorrente guarda a mesma

interpretação que nega a possibilidade de conformação de entidade familiar entre pessoas de mesmo gênero, mesmo que possuam a convivência pública, contínua e duradoura com tal objetivo. Trata-se de posição oitocentista embasada em conceitos ultrapassados de família paternalista que não mais são admitidos em uma sociedade que há muito observa a mudança desse paradigma para o da família eudemonista, que valoriza a busca da realização dos seus integrantes e respeito aos vínculos de afinidade e afetividade, e mesmo de família natural prevista no art. 25 da Lei nº 8.069/1990, formada pelos pais ou qualquer deles e seus descendentes.

A decisão da Corte, por unanimidade, negou o provimento ao recurso especial e manteve decisão que reconheceu o direito à adoção unilateral, por parte do cônjuge de casal homossexual, da filha biológica da companheira. Tendo assim se posicionado, o Superior Tribunal de Justiça reconhece a valorização do princípio da proteção integral e do melhor interesse da criança e adolescente, passando explicitamente a superar posições tradicionais de família e alargando a interpretação destes institutos. Destacou a Ministra no seu voto:

O avanço na percepção e alcance dos direitos da personalidade, em linha inclusiva, que equipara, em *status* jurídico, grupos minoritários como os de orientação homoafetiva ou aqueles que têm disforia de gênero aos heterossexuais, traz como corolário necessário a adequação de todo o ordenamento infraconstitucional para possibilitar, de um lado, o mais amplo sistema de proteção ao menor aqui traduzido pela ampliação do leque de possibilidades à adoção e, de outro, a extirpação jurídica dos últimos resquícios de preconceito jurídico tirado da conclusão de que casais homoafetivos gozam dos mesmos direitos e deveres daqueles heteroafetivos.

Nesse mesmo sentido já decidiu o STJ, no julgamento do REsp 889.852/RS, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, 4ª Turma, DJe 10.08.2010.

Restou bastante claro que o julgamento da ADIn 4.277/DF pelo Supremo Tribunal Federal representou balizador definitivo ao interpretar o art. 1.723 do Código Civil e admitir a equiparação da união homossexual como união estável. O Ministro Ayres Britto, Relator da paradigmática decisão, destacou

que a liberdade de dispor da própria sexualidade seria garantida pelos direitos fundamentais do indivíduo, afirmando tratar-se de autonomia de vontade e direta emanção do princípio da dignidade da pessoa humana e cláusula pétrea nos termos do art. 60, § 4º, IV, da Constituição Federal. Ingo Sarlet (2006, p. 77) disserta que o princípio da dignidade da pessoa humana representa o elemento que confere unidade de sentido e legitimidade a uma determinada ordem constitucional, constituindo-se no “ponto de Arquimedes do estado constitucional”, conceito cunhado por Görg Haverkate (Sarlet, 2012, p. 143), pelo qual os direitos fundamentais seriam equiparados ao ponto de Arquimedes na analogia ao Estado constitucional. Prossegue afirmando ainda que, se a dignidade preexiste no direito é evidente, o reconhecimento e a proteção por parte da ordem jurídica constituem requisito indispensável para que esta possa ser tida como legítima.

A Ministra Nancy Andrighi vinculou a decisão do STF com o caso em análise, uma vez que a base constitucional de ambas aborda o direito à dignidade como fundamento último do alargamento da interpretação dos institutos legais, permitindo a adaptação do Direito estático a uma sociedade em constante evolução. Neste sentido corrobora o trabalho de Fachin e Piovanovski (2003, p. 95), que afirmam que a abertura para a concretude da vida será otimizada quando for abandonado o ideal de racionalidade da codificação abstrata, com a mera interpretação literal, e seja acolhido um sistema que reconheça os direitos fundamentais em uma relação conjunta entre Código Civil e Constituição, servindo esta como marco referencial.

3 FUNDAMENTOS JURÍDICOS EXPOSTOS NA DECISÃO

A abertura dos textos normativos, dentro dessa ótica, encontra nos princípios Constitucionais uma constante possibilidade de atualização, assim como a Constituição prevê a possibilidade de novos direitos fundamentais decorrentes de princípios ou mesmo de tratados internacionais.

Pietro Barcelona (*apud* Fachin; Piovanovski, 2003, p. 97), citado por Fachin e Piovanovski, reconhece uma necessidade de revalorização do homem como ser criativo – capaz de modificar a realidade, a partir de seu próprio sofrimento. Esse, decorrente da negação de suas necessidades pela ordem sistêmica, seria a força para buscar o *novum*. É defendida a supremacia da pessoa concreta, que cria, sofre e ama, para além dos limites fixados pelas formas jurídicas pré-estabelecidas.

Os efeitos do julgamento pelo STF que reconheceu a possibilidade de uniões entre pessoas de mesmo sexo já são, de fato, visíveis em todo território nacional, com a efetivação de uniões civis celebradas oficialmente, de modo que este marco não tardaria a estender o debate a toda previsão de direitos que são previstos às famílias compostas por indivíduos heterossexuais, como é exatamente o caso da adoção de crianças menores ou adolescentes. O voto da Ministra Relatora refere claramente essa posição: “[...] litania trazida pelo recorrente, que aborda possíveis limitações ao pleno exercício da cidadania, em decorrência de uma posição sexual, mostra-se amplamente superada pelo julgamento realizado pelo STF”.

O recurso do Ministério Público de São Paulo sustentava a tese de que o Estatuto da Criança e do Adolescente não admitiria a exceção à regra do núcleo familiar composto por um homem e uma mulher, sendo juridicamente impossível reconhecer a adoção feita por um casal heterossexual. Foi exatamente no sentido de reconhecer a aplicação dos efeitos da decisão anteriormente tomada pela Suprema Corte Federal que foram estendidos ao próprio caso em discussão os efeitos das prerrogativas de igualdade já outorgadas aos companheiros dentro da união estável.

Contudo, a irresignação do apelo do Ministério Público não encerrou-se nos aspectos formais da legislação, mas além, abordou a questão consequencialista dos possíveis danos decorrentes à menor em caso de efetiva procedência do pedido de adoção e consequente criação em uma família formada por pais de mesmo sexo. Apesar de haver previsão no art. 43 do ECA a respeito do tema, de fato, trata-se de elemento subjetivo fundamental à questão *sub judice*.

A posição do recorrente nesse sentido foi de que não haveria vantagem à infanta, e que essa seria prejudicada diretamente pela própria decisão favorável à adoção, uma vez que, como filha registrada, estaria em circunstância inusitada de ter duas mães constantes permanentemente em seus registros civis, que, públicos, causariam constrangimentos à mesma quando exibidos ou consultados. Destacou, ainda, o recorrente que, justamente por disposição legal do ECA, nenhuma criança poderá ser objeto de qualquer forma de negligência ou discriminação, de modo que a adoção, caso permitida, forneceria elemento propício a gerar futuro dano à infante.

O voto condutor da decisão destacou pontualmente que a questão de fundo desta inconformidade novamente se referia à opção sexual da adotante, e à hipótese de que isso fosse, de alguma forma, um fator impeditivo ao objeto

do processo. Neste sentido, destacou pontualmente que a opção sexual não se confundiria com a parentalidade, e que somente essa deveria influir na análise da conveniência ou não da adoção, tendo-se claro que, de fato, existem exteriorizações clássicas na relação de parentalidade.

Diante dessa realidade caracterizada por uma clara necessidade psicológica e social do menor por dois gêneros diversos, com características peculiares e próprias, a Ministra abordou a questão de modo a equiparar a monoparentalidade à própria biparentalidade, escorando o julgado em um trabalho de pesquisa realizado na área da psicologia, em cujas pesquisas se constata não haver comprometimento ou problemas de desenvolvimento de menores criados por pais ou mães homossexuais em comparação a crianças desenvolvidas em ambientes de pais heterossexuais.

Destaca-se a passagem na qual a Ministra refere:

Nessa senda, possível se depreender que a condição de biparentalidade homoafetiva terá a mesma repercussão da monoparentalidade – um só ascendente –, ou da já tradicional biparentalidade heteroafetiva. A adoção, ato de amor que é, exige desprendimento – para aceitar como parte de sua vida, alguém com quem não tinha vínculo biológico –; paciência – para lidar com as inúmeras situações de tensão que brotam de uma relação familiar – e; sobretudo, carinho – para fazer com que os adotandos, muitas vezes vítimas de uma estrutura social perversa, recuperem o sonho de viver.

Certamente, caso permitida a adoção, não há de se excluir a possibilidade de que venha efetivamente a passar por algum tipo de preconceito por ser uma família composta unicamente por mulheres, assim como pode vir a ocorrer em casos análogos. Contudo, multiplicam-se os casos análogos em todo território nacional, assim como há muito se constata e reconhece juridicamente em diversos exemplos do direito internacional comparado.

É fundamental reconhecer que nossa Codificação Civil, mesmo a vigente, é de flagrante influência pandectista, em que o exercício dos direitos subjetivos se dá por meio de uma relação na qual o titular de um direito exige de outro uma ação ou omissão. Essas relações são então reconhecidas pelo Direito como relevantes e passam a integrar as relações cobertas pela jurisdição. Novamente referindo Fachin e Pianovski, seria só dentro destas relações que o Direito julgou

relevantes que hipoteticamente se poderia realizar os direitos fundamentais, meio pelo qual o Estado teria imposto uma moldura jurídica pela qual pretende regular todas as relações travadas no mundo dos fatos, assim como todo o comportamento social. Justamente dentro dessa conformação que atuou o Ministério Público no presente caso, exigindo que fosse mantida a previsão limitada da norma.

Contudo, os modelos jurídicos que interessavam, para funcionar, não poderiam ser específicos como as relações entre os particulares, mas genéricos o suficiente para atenderem às mais variadas situações presentes e futuras. Esta foi a ideia pandectista alemã: a criação de modelos que se baseiem em soluções previamente constatadas, reduzindo o Direito a estes modelos. Nosso modelo de relação jurídica tem a sua base primeira no sujeito proprietário que constitui o elemento unificador do Direito Civil. Prosseguem afirmando que assim o sujeito de direito é mero elemento da relação jurídica, e só tem relevância dentro dela.

Aparentemente, então, só haveria direito subjetivo onde há modelo jurídico. Esse sistema é apontado no trabalho de Fachin e Piovanovski (2003, p. 97) como falho, na medida em que, na forma como está colocado, os direitos do indivíduo não surgem por conta da existência concreta da pessoa humana dotada de dignidade, mas sim pela sua inserção em um modelo de relação jurídica. A questão fundamental que surge é como se colocaria, então, em uma realidade, a questão dos direitos fundamentais que decorrem constitucionalmente do princípio da dignidade da pessoa humana. E justamente neste sentido se formou a posição da Ministra no voto em apreço, estendendo ao caso a ampliação da interpretação conforme os princípios que norteiam a Constituição Federal e não da mera interpretação gramatical.

A construção da qual resultou a na nossa codificação favorece a formação de sujeitos que se limitam a somente contribuir ao adequado funcionamento do sistema, que não tem relevância pelo seu ser, mas somente ao papel ocupado em dada situação jurídica. Novamente é concisa a colocação de Fachin e Piovanovski de que, nesse movimento de reprodução sistêmica, não há espaço para a efetivação de direitos fundamentais, que necessitam de racionalidade não sistematizada no interior do Direito. Esta racionalidade é possível quando o centro do ordenamento passa a ser a pessoa humana, dotada de dignidade, não de patrimônio. Somente dentro dessa condição a discussão a respeito da disposição sobre a vida e os seus limites será possível.

O julgamento do presente caso de adoção retrata uma importante abertura para a concretude da dignidade da pessoa humana, como reconhecimento de direitos fundamentais em uma relação entre legislação infraconstitucional em consonância com os princípios fundamentais previstos na Constituição Federal.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição*. 7. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2010.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.281.093-SP, (2011/0201685-2), 3ª Turma, Relatora: Ministra Nancy Andrighi.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

FACHIN, Luiz Edson. *Elementos críticos do direito de família: curso de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

FACCHINI NETO, Eugênio. A tutela aquiliana da pessoa humana: os interesses protegidos. Análise de direito comparado. *Revista da Ajuris*, Porto Alegre, v. 39, n. 127, p. 157-196, set. 2012.

HABERMAS, Jünger. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, v. 1, 2003.

LÔBO, Paulo. *Direito civil: famílias*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

_____. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

_____. *Eficácia dos direitos fundamentais*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE O JULGAMENTO DO INQUÉRITO 3.412 ALAGOAS PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

BRIEF OBSERVATIONS ABOUT THE TRIAL OF 3.412 ALAGOAS INQUIRY BY FEDERAL SUPREME COURT

Juliano Gianechini Fernandes¹

Professor da CNEC Unidade Gravataí/RS – FACENSA

RESUMO: O Supremo Tribunal Federal recebe denúncia por maioria de votos aplicando o art. 149 do Código Penal às condutas de empregadores expondo funcionários a condições análogas de escravos. Os direitos fundamentais individuais e sociais assegurados na Constituição Federal devem ser garantidos pela legislação infraconstitucional e jurisprudência. O conflito normativo verificado por meio das antinomias jurídicas deve ter aplicação de acordo com análise atualizada do contexto social e evolução das relações de trabalho.

PALAVRAS-CHAVE: Supremo Tribunal Federal; direitos sociais; direito penal e relação de trabalho.

ABSTRACT: *The Federal Supreme Court receives complaint by majority vote applying*

the article 149 of the Penal Code to employers conduct exposing employees to similar conditions of slaves. The Individual and social fundamental rights ensured in the federal Constitution must be guaranteed by infraconstitutional legislation and jurisprudence. The normative conflict seen through the legal antinomies must be applied according to updated analysis of the social context and evolution of employment relations .

KEYWORDS: *Federal Supreme Court; social rights; criminal law and employment relations.*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Breve síntese do julgamento; 2 A dignidade da pessoa humana na esfera dos direitos humanos e dos direitos fundamentais e sociais na Constituição Federal brasileira com breves referências às constituições

¹ Advogado, Professor em Cursos Preparatórios para Concursos e para Prova da OAB no Instituto de Desenvolvimento Cultural (IDC), Graduado pela Universidade Luterana do Brasil – ULBRA Campus Guaíba/RS, Pós-Graduado em Direito e Processo do Trabalho pela IMED, Membro dos Grupos de Estudos Estado, Processo e Sindicalismo, e Processos Coletivos na PUCRS, Mestrando em Direito pela PUCRS.

estrangeiras; 3 Direito ao trabalho digno: incidência do tipo penal por violação do direito social ao trabalho digno; Conclusão; Referências.

SUMMARY: *Introduction; 1 Brief synthesis of judgment; 2 The dignity of the human person in the sphere of humans rights and fundamental social rights in the Brazilian Federal Constitution with brief references to the foreign constitutions; 3 Right to decent work: incidence by type of criminal breach of social right to decent work; Conclusion; References.*

INTRODUÇÃO

O presente estudo tem por objeto analisar julgamento do Supremo Tribunal Federal no Inquérito 3.412 oriundo da Cidade de União dos Palmares/AL, onde o Ministério Público Federal verificou que mais de cinquenta funcionários da empresa Laginha Agroindustrial Ltda. estavam expostos a condições análogas de escravos diante das péssimas condições de trabalho e jornadas excessivas. O *Parquet* realizou denúncia com fulcro no art. 149 do Código Penal Brasileiro.

Inicialmente faz-se uma síntese do julgado com breve resumo de voto dos Ministros que estavam em Plenário. Em seguida, uma abordagem avaliativa da dignidade da pessoa humana na esfera dos direitos humanos e dos direitos fundamentais e sociais na Constituição Federal brasileira de 1988 com breves referências às constituições estrangeiras.

No terceiro ponto do texto, um estudo sobre o direito fundamental ao trabalho digno com possibilidade de aplicação da legislação penal em debate quando verificadas ofensas aos direitos e garantias sociais fundamentais assegurados pela Constituição Federal brasileira.

Ao final, a conclusão da presente análise de julgamento.

1 BREVE SÍNTESE DO JULGAMENTO

O julgamento em análise trata de ação penal proposta pelo Ministério Público Federal contra João José Pereira de Lyra e Antônio Arnaldo Baltar Cansanção devido à alegação de prática do delito tipificado no art. 149 do Código Penal Brasileiro². O fato decorre de investigação realizada pelo Ministério do

² “Art. 149. Reduzir alguém a condição análoga à de escravo, quer submetendo-o a trabalhos forçados ou a jornada exaustiva, quer sujeitando-o a condições degradantes de trabalho, quer restringindo, por qualquer meio, sua locomoção em razão de dívida contraída com o empregador ou preposto.”

Trabalho e Emprego, a qual verificou que os réus, presidente e vice-presidente da empresa Laginha Agroindustrial Ltda., submetiam mais de 50 trabalhadores à condição análoga de escravos, no Município de União dos Palmares/AL, laborando em péssimas condições de higiene, alimentação, transporte e alojamento, e ainda exercendo jornada exaustiva de trabalho.

O processo foi recebido na 7ª Vara Federal de Alagoas com aditamento da peça acusatória excluindo do polo passivo Antônio Arnaldo e incluindo Antônio José Pereira de Lyra, que, na época dos fatos, era diretor presidente da empresa Laginha Agroindustrial Ltda. Devido ao fato de João José Pereira de Lyra ser Deputado Federal, o processo foi encaminhado ao Supremo Tribunal Federal.

Antônio José Lyra alega irregularidades no procedimento por ausência de inquérito policial, diferença entre responsabilidade administrativo-trabalhista e penal. Alega falta de provas para a acusação pedindo o não recebimento da peça acusatória e absolvição sumária.

João José Pereira Lyra alega incompatibilidade entre as esferas trabalhista e penal do direito. Que o fato ocorreu com a minoria dos empregados e as irregularidades já foram resolvidas, inclusive com o arquivamento da ação civil pública que deu origem à denúncia. Pede não recebimento da peça acusatória e absolvição sumária.

O Procurador-Geral da República aduz estar na denúncia fato típico e antijurídico, com a existência de provas suficientes de materialidade e autoria. Afirma não depender o recebimento da ação penal da instauração de prévio inquérito. Cita trechos do relatório produzido pelo Grupo de Fiscalização Móvel do Ministério do Trabalho, nos quais são relatadas as condições a que estavam submetidos os trabalhadores da empresa. Conforme lembra, o tipo previsto no art. 149 do Código Penal não exige a sujeição de um número mínimo de empregados à condição análoga de escravo. Saliencia que acordo posterior formalizado entre a empresa e a Justiça do Trabalho não impede a apresentação de denúncia e que eventuais irregularidades formais dos autos de infração não repercutem no âmbito criminal. Segundo aduz, os fatos descritos na inicial foram imputados apenas aos sócios com poder de mando e decisão, estando perfeitamente delimitado o objeto da persecução penal.

Determinada a reautuação dos autos para que constasse como investigado Antônio José Pereira de Lyra bem como o nome completo de todos os envolvidos.

1.1 DOS VOTOS NO PLENÁRIO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Em voto, o Ministro Marco Aurélio entende que não deve ser recebida a denúncia, haja vista que os fatos narrados não se enquadram no tipo penal descrito no art. 149 do Código Penal brasileiro. Entende que, para o enquadramento dos trabalhadores à condição análoga de escravos, deveria estar configurada limitação do direito de ir e vir dos mesmos. Tal fato não foi verificado nos autos e também no depoimento pessoal de alguns operários, conforme consta a transcrição no acórdão. Cita, ainda, doutrinas e jurisprudências fundamentando sua posição, entendendo, ao fim e ao cabo, que se tratam de irregularidades que devem ser tratadas sob o âmbito da responsabilidade cível-trabalhista.

Na antecipação de voto da Ministra Rosa Weber, entende por receber a denúncia. Embora perceba que deve haver melhor reflexão sobre o caso após ler os argumentos do Relator de fatos não encontrados nos autos, acredita que somente recebendo a denúncia poderão ser verificados, inclusive poderá ser melhor analisada a posição do STF sobre o entendimento de aplicação do artigo penal suscitado. Que há de ser analisado o problema da escravidão à luz do contexto atual das relações de trabalho da vida moderna e não ao tempo em que foi aprovado o Código Penal (1940), ou quando da abolição da escravatura no Brasil por meio da Lei Áurea em 1888. Que a escravidão moderna pode decorrer de diversos constrangimentos econômicos e não necessariamente físicos, os quais ofendem os princípios do Estado Democrático de Direito e da Dignidade da Pessoa Humana, tratando os trabalhadores como coisas e não como pessoas. Entende que os trabalhadores permaneciam na condição verificada não por serem constrangidos pelo empregador, mas por não terem outras escolhas, como forma de sustentarem a si próprios, e seus familiares. O fato do recebimento da denúncia não caracteriza a responsabilidade penal, pois será oportunizado contraditório e ampla defesa. Cita doutrinas e julgamentos internacionais e nacionais na fundamentação de seu voto pelo recebimento da denúncia.

Em voto, o Ministro Luiz Fux cita os arts. 1º, III, IV, 3º, I e III, 6º, 7º, XXII e XXXIII, da CF/1988. Cita evidências e provas nos autos de acordo com a denúncia, julgados do STF anteriores que justificam o recebimento da acusação. Acompanha a Ministra Rosa Weber.

O Ministro Dias Toffoli, após discussões no Plenário com os Ministros Luiz Fux, Ayres Brito e Cezar Peluso, votou pelo não recebimento da denúncia por atipicidade ao art. 149 do Código Penal. Entende somente da violação de normas trabalhistas e não da liberdade individual dos trabalhadores.

Por sua vez, a Ministra Carmen Lúcia acompanha os fundamentos da Ministra Rosa Weber votando pelo recebimento da denúncia.

O Ministro Ricardo Lewandowski entende que, por submeter os trabalhadores a trabalhos forçados e exaustivos, o fato se enquadra ao tipo penal abordado, recebendo a denúncia.

Entendendo que há subsunção dos fatos narrados ao dispositivo do Código Penal no que diz respeito à jornada exaustiva e às condições degradantes de trabalho, o Ministro Ayres Brito recebe a denúncia.

O Ministro Gilmar Mendes, após debate em Plenário com os pares Ayres Brito e Luiz Fux, entende que não houve afronta à liberdade individual. Não recebe a denúncia.

O Presidente do Pretório Excelso à época do julgamento, Ministro Cezar Peluso, após profunda análise histórica e debate com o Ministro Ayres Brito vota pelo recebimento da denúncia afirmando que o fato tem enquadramento no tipo penal apontado e que a dignidade da pessoa humana tem ligação direta com a dignidade do trabalhador.

Ausente injustificadamente à sessão o Ministro Joaquim Barbosa, a Suprema Corte recebeu, por maioria de votos, a denúncia.

Falaram, em nome do *Parquet* federal, o Procurador-Geral da República, Dr. Roberto Monteiro Gurgel Santos, e, pelos acusados, os advogados Dr. Átila Pinto Machado Júnior e Dr. Bruno Ribeiro. No Plenário, dia 12.03.2012.

2 A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NA ESFERA DOS DIREITOS HUMANOS E DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E SOCIAIS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL BRASILEIRA COM BREVES REFERÊNCIAS ÀS CONSTITUIÇÕES ESTRANGEIRAS

O cuidado com o ser humano cada vez mais encontra resguardo na legislação mundial e no direito positivo de cada país. Busca-se, a cada dia, a melhor forma de viver e condições que viabilizem o exercício de uma vida digna.

A dignidade da pessoa humana é direito especialmente vinculado à integridade física das pessoas, motivo pelo qual goza de proteção na legislação internacional. Apenas para fazer algumas referências, tem-se que o primeiro documento a ser lembrado é a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem de abril 1948. No artigo V, prevê que “toda pessoa tem direito à

proteção da lei contra os ataques abusivos à sua honra, à sua reputação e à sua vida particular e familiar”.

Após, publicada em dezembro de 1948, cita-se a Declaração Universal dos Direitos Humanos, referindo, em seu artigo XII, que “ninguém será sujeito a interferências na sua vida privada, na sua família, no seu lar ou na sua correspondência, nem a ataques à sua honra e reputação. Toda pessoa tem direito à proteção da lei contra tais interferências ou ataques”.

Apenas para referir a legislação internacional e de aplicação mundial, após os diplomas citados, no mesmo sentido, dispôs, em abril de 1950, a Convenção Europeia de Direitos Humanos; em 1966, o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos; Pacto de São José da Costa Rica em novembro de 1969; e, por fim, a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, que, do ano de 2000, foi incorporada ao Tratado de Lisboa em 2009³.

Cumprе referir, ainda, que não apenas nos tratados e documentos legislativos de aplicação universal constam as referidas garantias, mas também na legislação interna dos países. Como exemplo, podemos apontar Alemanha, Portugal, Espanha, Colômbia, Chile Argentina, entre outros⁴.

Verifica-se, portanto, que a dignidade da pessoa humana é direito inerente à personalidade do indivíduo, e que, a partir deste, devem surgir todos os demais direitos humanos e direitos fundamentais garantidos às pessoas, tanto na esfera internacional quanto na legislação interna dos países.

Na classificação dos Direitos Humanos, diz-se que fazem parte deste os Direitos Humanos Fundamentais positivados na ordem constitucional interna dos países.

No que tange à Constituição Federal brasileira, muito bem refere o Ministro Luiz Fux, ao iniciar a exposição de seu voto, o art. 1º da Carta, na qual, apontando os fundamentos genéricos da República Federativa do Brasil enquanto Estado Democrático de Direito, consta a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e a livre iniciativa. Indo adiante, o jurista ainda salienta o art. 3º, apontando como objetivo fundamental do País construir uma sociedade livre, justa e solidária e reduzir as desigualdades.

³ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 396-7.

⁴ Idem, p. 397.

Por certo que a dignidade da pessoa humana tem vínculo direto com o direito ao trabalho, já que a partir daquele toda norma deve ser editada. Dito isso, verifica-se que, na Carta Magna brasileira, no rol dos Direitos Sociais, consta, entre outros, o direito ao trabalho no *caput* do art. 6º.

A única distinção que se faz para os fins deste estudo entre a dignidade da pessoa humana e o direito social fundamental ao trabalho fica a critério de classificação das dimensões dos direitos fundamentais, o que, na abordagem do Professor Ingo Wolfgang Sarlet, coloca como direitos fundamentais de primeira dimensão o primeiro e, no que diz respeito ao trabalho, seriam direitos fundamentais sociais de segunda dimensão (direitos sociais, econômicos e culturais)⁵.

Portanto, de acordo com o exposto até o momento, verifica-se a possibilidade de uma análise ampliativa da legislação, uma ligação direta entre os valores fundamentais individuais e sociais atingidos no caso julgado pelo Supremo Tribunal Federal entre o Direito do Trabalho com violação da norma penal referida na denúncia, preservando-se, de forma conjunta, direitos fundamentais individuais e sociais sem preciosismos de natureza conceitual.

3 DIREITO AO TRABALHO DIGNO: INCIDÊNCIA DO TIPO PENAL POR VIOLAÇÃO DO DIREITO SOCIAL AO TRABALHO DIGNO

A Constituição Federal de 1988 foi a primeira na história do Brasil a prever um capítulo específico para os direitos e garantias fundamentais. No mesmo espaço, também foram consagrados como direitos fundamentais os direitos sociais básicos do cidadão brasileiro, e, entre estes, o direito ao trabalho. Há ainda um extenso elenco de direitos dos trabalhadores, conforme dispõe o art. 7º da referida Carta.

Os direitos dos trabalhadores expostos nos arts. 7º ao 11 destacam-se por se constituírem em um conjunto de garantias que concretizam a condição de igualdade com os demais direitos fundamentais. Reforçam o direito ao trabalho e a proteção ao trabalhador impondo deveres e promoção da proteção ao trabalho e às pessoas que o desenvolvem com diversas garantias específicas.

Por se tratarem de garantias constitucionais os direitos dos trabalhadores e principalmente o direito ao trabalho, tem-se que toda legislação infraconstitucional

⁵ Para verificar todas as dimensões dos direitos fundamentais, consultar, além da obra referida anteriormente: SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

também deve ser aplicada no sentido de preservá-los. Provavelmente nesse sentido, o voto da maioria dos Ministros do STF no julgamento em análise foi pela recepção da denúncia realizada pelo Ministério Público Federal. No mesmo sentido, entendimento de Ingo Sarlet:

[...] é preciso enfatizar que os direitos sociais somente podem ser compreendidos (e aplicados) de modo adequado a partir de uma análise conjunta e sistemática de todas as normas constitucionais que direta e indiretamente a eles se vinculam, bem como à luz de toda legislação infraconstitucional e da jurisprudência que os concretizam. Além disso, na sua condição de direitos fundamentais, (pelo menos esta a perspectiva adotada), os direitos sociais exigem uma abordagem que esteja em permanente diálogo com a teoria geral dos direitos fundamentais.⁶

Há de se observar, ainda, que, no caso de verificarem antinomias nas normas, os princípios gerais do Direito brasileiro certamente se aplicam visando sempre à melhor interpretação para o bem-estar social. Assim, verifica-se que os sistemas de interpretação devem se completar e não criarem adversidades e impedimentos pelos conceitos próprios e aplicação de acordo com suas regras implícitas. Propõe-se uma aplicação tópico-sistemática em uma perspectiva integradora dos sistemas alemão, exposto nos estudos de Robert Alexy⁷, e brasileiro, para se afastar uma alternativa rígida entre ambos e sem elevar uma teoria ou outra.

[...] sistema jurídico como uma rede axiológica e hierarquizada topicamente de princípios fundamentais, de normas estritas (ou regras), e de valores jurídicos cuja função é a de, evitando ou superando antinomias em sentido amplo, dar cumprimento aos objetivos justificadores do Estado Democrático, assim como se encontram consubstanciados, expressa ou implicitamente, na Constituição.⁸

⁶ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Op. cit., p. 557.

⁷ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

⁸ FREITAS, Juarez. *A interpretação sistemática do direito*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 63.

Foi no âmbito interpretativo que, após analisar as normas gerais constitucionais, o Ministro Luiz Fux, em seu voto por receber a denúncia, passou a analisar as normas destinadas à proteção do trabalhador.

Para o julgado em análise, destaca o eminente Ministro os incisos XXII e XXXIII do art. 7º. No primeiro, determina a redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança. Ao segundo, salienta a proibição de trabalho insalubre. Acredita-se que é importante ainda referir o inciso XIII do mesmo dispositivo, uma vez que tal norma limita as jornadas diária e semanal em 8h e 44h, respectivamente, para o trabalhador, com restrições à prestação de serviços extraordinários.

Note-se que os dispositivos muito bem se aplicam ao caso referido no julgamento do Supremo Tribunal Federal, portanto, não há dúvidas de que realmente houve violação dos direitos e garantias fundamentais dos trabalhadores assegurados pela Constituição Federal brasileira.

A discussão, e motivo de votos contrários ao recebimento da denúncia, gira em torno do debate se incide ou não a regra do Código Penal brasileiro exposta pelo art. 149 considerando os trabalhadores da empresa denunciada em regime análogo de escravidão.

Muito embora o diploma legislativo penal tenha capítulo especial dedicado aos crimes contra a organização do trabalho, entenderam a maioria dos ministros que a regra do art. 149 não foge deste meio de aplicação, pois entende-se que, com a evolução da humanidade e das formas de relacionamento, de modo especial a esta análise as relações de trabalho, também apareceram novas formas de escravidão nos tempos modernos.

Nesse sentido, ao analisar a evolução histórica do Direito do Trabalho, Alice Monteiro de Barros afirma que, na época da Revolução Industrial, houve a nova forma de escravidão dos tempos modernos, pois muito embora os trabalhadores fossem remunerados em contraprestação à mão de obra, realizavam trabalho sem as mínimas condições de segurança e exercendo jornadas exaustivas em torno de 18 horas diárias, inclusive mulheres e crianças⁹.

Diante dessa breve análise histórica, ao encontro as palavras do Ministro Luiz Fux, pois grande parte dos trabalhadores do interior brasileiro, especialmente na região onde aconteceram os fatos narrados, vivem em condições miserá-

⁹ BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de direito do trabalho*. 7. ed. São Paulo: LTr, 2011.

veis, movidos pela pobreza e necessidade, em busca da sobrevivência própria e das pessoas que deles dependem.

A música de Gonzaguinha referida pelo Ministro retrata a realidade do trabalhador comum no Brasil, pois sua vida é trabalho, o qual, na falta, falta-lhe a honra e, sem esta, falta-lhe a vida.

Resta claro no entendimento da maioria dos Ministros do Pretório Excelso que está-se diante de uma condição análoga à escravidão, não por limitar o direito de ir e vir dos trabalhadores, mas porque estes não têm outra opção para sua sobrevivência e dos familiares que deles dependem para viver. É a condição miserável dos trabalhadores brasileiros que, por não terem instrução educativa, submetem-se aos meios mais sórdidos de trabalho sob o comando de pessoas sem o mínimo de escrúpulo.

No presente caso, há relatos de que os trabalhadores exerciam suas atividades no corte de cana-de-açúcar. Que ganhavam tão pouco por unidade que tinham de se submeter a jornadas extensas para receber um pouco mais de dinheiro. Ainda assim, há depoimento de um dos trabalhadores de que laborou por mais de 24 horas sem intervalo e depois recebeu em pagamento um cheque, o qual não havia provisão de fundos. E ainda, não recebiam qualquer equipamento de proteção individual para desempenhar o trabalho.

Além disso, o próprio alojamento, nomeado pelos trabalhadores como “Cadeião”, era local sem as mínimas condições de higiene, pouca ventilação, sujo e sem a estrutura necessária para habitarem as pessoas contratadas. Que as refeições eram servidas em péssimas condições e ainda lhes faltava transporte, permanecendo no local nos dias de descanso.

Um dos argumentos utilizados pela defesa, o qual se deveria ter vergonha até mesmo de pensar, era de que, em um universo de 3300 empregados da empresa, somente 56 foram encontrados naquela situação objeto da denúncia. Parece até que, quando há menos pessoas sem condições mínimas de vida, não há dever de preocupação!

Ressalta o Ministro Luiz Fux: “No meu modo de ver, bastaria que um só fosse encontrado nessa situação para que merecesse a repugnância sociológica e jurídica da Corte”¹⁰.

¹⁰ Página 4 do voto do Ministro Luiz Fux.

Refere o julgador que há doutrinadores como Rui Stoco e Maria Thereza Rocha de Assis Moura confirmando que, muito embora o art. 149 do Código Penal não esteja na seção dos crimes contra a ordem do trabalho, a prática se aplica quando as vítimas estão sujeitas a condições degradantes de trabalho.

Destarte, cumpre analisar que os requisitos da denúncia estavam todos presentes de acordo com o art. 41 do Código de Processo Penal, ou seja, a exposição do fato criminoso e suas circunstâncias, a qualificação dos acusados, a classificação do crime e o rol de testemunhas.

E mais, muito bem refere em seu voto a Ministra Rosa Weber que há circunstâncias que dependem de melhor análise com a dilação probatória, oportunizando-se o contraditório e a ampla defesa. Que o simples fato de receber a denúncia não significa que os acusados são culpados. Não há uma valoração aprofundada das provas já trazidas e outras serão colhidas.

Diante do fato da aplicação conjunta das normas constitucionais fundamentais e também de incidência da legislação infraconstitucional de maneira que sejam preservados os direitos fundamentais individuais e sociais dos brasileiros, e ainda, de acordo com a interpretação dos princípios e da jurisprudência, tem-se que o Supremo Tribunal Federal age corretamente recebendo a denúncia e aplicando a legislação em uma visão holística diante da análise do contexto social e evolução das relações de trabalho.

CONCLUSÃO

Em conclusão do presente comentário de jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, verifica-se que o Pretório Excelso recebeu denúncia do Ministério Público fundada no art. 149 do Código Penal devido violação de normas de caráter social, especificamente em relação ao Direito do Trabalho. Nesse sentido, tem-se que o judiciário age aplicando a legislação de forma conjunta para melhor resguardar o direito independentemente de sua natureza conceitual.

Conclui-se que a dignidade da pessoa humana é um dos direitos humanos resguardados internacionalmente. Na esfera brasileira, trata-se de princípio basilar assegurado no qual todas as normas devem apoiar-se para serem editadas. No cotejamento entre direitos fundamentais e sociais, verifica-se que se classificam como de primeira e segunda dimensão respectivamente, porém interligados no que diz respeito à sua aplicação prática, haja vista que

são igualmente direitos fundamentais assegurados pela Constituição Federal brasileira de 1988.

Ao cabo, tem-se que a legislação constitucional, infraconstitucional, princípios e jurisprudência devem ser aplicados e interpretados visando preservar todas as garantias legislativas aos cidadãos brasileiros, independentemente da ordem hierárquica ou da sua esfera de atuação, se constitucional, penal ou trabalhista. Que as normas devem ser utilizadas de forma conjunta para garantir os direitos fundamentais individuais e sociais sem apegos à conceitos e fatos históricos ultrapassados, pois a legislação deve se adequar ao contexto atual do país onde é aplicada. Dignidade da pessoa humana está diretamente associada à dignidade do trabalhador.

REFERÊNCIAS

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

DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 11. ed. São Paulo: LTr, 2012.

FREITAS, Juarez. *A interpretação sistemática do direito*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

MARTINEZ, Luciano. *Curso de direito do trabalho*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. *Manual de direito e processo do trabalho*. 19. ed. Saraiva, 2010.

RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Nova tradução baseada na edição americana revista pelo autor. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Um discurso sobre as ciências*. 13. ed. Edições Afrontamento, 2002. Coleção Histórias e Ideias.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

_____. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SÜSSEKIND, Arnaldo. *Curso de direito do trabalho*. 3. ed. rev. e atual. Renovar, 2010.