

Organizadores:

Rogério Gesta Leal e Anizio Pires Gavião Filho

COLETÂNEA DO IV SEMINÁRIO INTERNACIONAL

TUTELAS À EFETIVAÇÃO DE DIREITOS INDISPONÍVEIS



CONSELHO ADMINISTRATIVO

Fábio Roque Sbardellotto – Presidente

Luciano de Faria Brasil – Vice-Presidente

Gilberto Thums – Secretário

Alexandre Lipp João – Representante do Corpo Docente

DIREÇÃO DA FACULDADE DE DIREITO

Gilberto Thums

COORDENADOR DO CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

Luis Augusto Stumpf Luz

CONSELHO EDITORIAL

Anizio Pires Gavião Filho

Fábio Roque Sbardellotto

Guilherme Tanger Jardim

Luis Augusto Stumpf Luz

Organizadores:
Rogério Gesta Leal e Anizio Pires Gavião Filho

COLETÂNEA DO IV SEMINÁRIO INTERNACIONAL

TUTELAS À EFETIVAÇÃO DE DIREITOS INDISPONÍVEIS

© FMP 2020

EDITOR: Rafael Martins Trombetta | Liquidbook

CAPA: Barbara Tejada

DIAGRAMAÇÃO: Liquidbook | tecnologias para publicação

REVISÃO DE TEXTO: Liquidbook | tecnologias para publicação

RESPONSABILIDADE TÉCNICA André de Oliveira

Fundação Escola Superior do Ministério Público

Inscrição Estadual: Isento

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

Porto Alegre – RS – CEP 90010-350

Fone/Fax (51) 3027-6565

E-mail: fmp@fmp.com.br

Website: www.fmp.edu.br

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação

CIP-Brasil. Catalogação na fonte

S471 Seminário Internacional Tutelas à Efetivação de Direitos Indisponíveis (4. : 2020 : Porto Alegre, RS)
Coletânea do IV Seminário Internacional Tutelas à Efetivação de Direitos Indisponíveis [recurso eletrônico] / Rogério Gesta Leal, Anizio Pires Gavião Filho, organizadores. – Porto Alegre: FMP, 2020.
376 p.

Modo de acesso: <<http://www.fmp.edu.br/publicacoes>>
ISBN 978-65-992089-0-4

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

CDU: 342:7

Bibliotecário Responsável: André de Oliveira – CRB 10/2618

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

Apresentação

As frágeis sustentabilidades da democracia brasileira e suas possibilidades de superação¹

Será que não esperamos muito da Democracia?

Os democratas todos desejamos – e geramos expectativas em decorrência disto – que a Democracia seja capaz de nos ajudar a fazer um mundo melhor para vivermos pacífica e ordenadamente. Nós acreditamos que isso diminuiria injustiças e opressões, além do que traria razões para fundamentar e justificar a organização da vida coletiva, daí porque seguidamente a Democracia é elogiada como capaz de diminuir a probabilidade da guerra, para os mais liberais, protegendo a liberdade e facilitando o crescimento econômico; para os mais socialdemocratas, protegendo a igualdade e o desenvolvimento social sustentável.

Enfim, podemos também afirmar que Democracia é tudo aquilo que todas as pessoas desejam para suas vidas, passível de coexistir com os interesses públicos da comunidade em que coabitam; então é adequado dizer que há imensa propensão de associarmos Democracia com a ampla variedade de atividades e resultados que as pessoas valoram positivamente para si.

Por tudo isto, é crível que as Democracias causem, historicamente, desapontamentos por quebra de altas expectativas!

Modo geral, os níveis de participação democrática são fugazes, tornando a *accountability* mais nominal do que real, evidenciando-se os mecanismos de tomada de decisões democráticas muito obscuros.

Longe de reduzir injustiças e opressões, situações de pobreza extremas convivem com cenários de riqueza opulenta

¹ Apresentação do E-book referente ao IV Seminário Internacional Tutelas à efetivação de Direitos Indisponíveis, do Mestrado em Direito, da Fundação Escola Superior do Ministério Público, nos dias 29 e 30 de outubro de 2019, na cidade de Porto Alegre – RS.

e concentrada em poucas mãos em muitas Democracias contemporâneas, decorrendo daí que elas se sustentam tanto em discriminações sociais como em razões humanitárias, explicitando complexas e paradoxais inter-relações que sublinham vulnerabilidades sociais agudizadas. E isto pode ser tomado como patologias passíveis de serem extintas quando estamos tratando de regimes e governos democráticos? A resposta é não! Justamente porque os ideais e expectativas democráticos vivem em permanentes tensões adaptativas com as realidades políticas quotidianas.²

Lembremos que os paradigmas conceituais de Democracia da filosofia e política Moderna no Ocidente centravam-se nas premissas da igualdade perante a Lei e dos governos de acordo com esta Lei. E a despeito de que tais paradigmas tenham sido construídos a partir da ideia de Sociedades mais homogêneas e menores, e por isto também foram colocados a prova – e violados – desde então, ainda contam com vigor fundamentalizante.

O problema é que a perspectiva de que seria possível, com o uso da razão moderna e iluminada, constituir altos níveis de objetivos e finalidades comuns entre os cidadãos, por conta de possuírem interesses passíveis de aproximação sobre questões de vida em Comunidade, não tem se confirmado ao longo do tempo, porque o mundo e as relações humanas não foram se mostrando como simples e passíveis de governança facilitada, mas ao contrário, tem-se revelado como altamente tensas e conflituosas, reclamando medidas de contenção e gestão interventiva para os fins de garantir extratos de civilidade mínimos.³

E mesmo com mecanismos institucionais de participação política a disposição da Sociedade, esta não os exerce cotidianamente, a não ser em situações limites de crises notadamente econômicas, somadas com altos índices de corrupção, violência e insegurança, mas ainda aqui por meio de movimentos de contestação, denúncia e protestos de massas, com curta duração e

2 Ver LEAL, Rogerio Gesta. *Déficits democráticos na Sociedade de Risco e (des)caminhos nos protagônismos institucionais no Brasil*. São Paulo: Tirant de lo Blanch, 2020.

3 Ver o texto de DRYZEK, John S. *Deliberative Democracy and Beyond – liberals, critics, contestations*. New York: Oxford University Press, 2000.

baixa densidade propositiva. Isto só aumenta os riscos de abusos de poder e desvios de finalidades por parte dos gestores públicos.⁴

A própria ideia clássica de representação política nesta ordem de argumentos resta empobrecida, na medida em que o tão aclamado princípio democrático da regra das maiorias se vê fragilizado em ambientes sociais e institucionais nos quais a transparência, a prestação de contas dos agentes públicos, os controles internos e externos da Administração Pública, não se operam com a devida adequação e eficiência. Neste ponto Adam Przeworski lembra que a Democracia como vontade de maiorias, uma vez desacompanhada de participação social efetiva – além de funcionamento democrático das instituições representativas –, revela-se como regime pobre para os fins a que se pretende.⁵

O que importa nestes cenários não são valores, objetivos e finalidades humanitárias e inclusivas a serem discutidas e perseguidas por políticas públicas, mas que a competição pelo poder e através dele esteja minimamente institucionalizada, razão pela qual os perdedores de determinada eleição devem aceitar seus fracassos em troca da segurança e paz que a ordem estabelecida garante, em face da perspectiva/possibilidade de, no próximo pleito, usando das mesmas táticas e estratégicas, vencerem a eleição.⁶

Nestes âmbitos institucionais normas jurídicas regulam as ações do governo, do mercado e mesmo da Sociedade, pelo simples fato de que, a partir do constitucionalismo moderno, daí porque a relação que há entre normas jurídicas e protagonismos dos sujeitos de direito, pois, dizem com obrigações, obediências a compromissos, finalidades e objetivos previamente traçados

4 Ver o texto de GÓMEZ, Julio Alguacil. *Nuevos movimientos sociales: nuevas perspectivas, nuevas experiencias, nuevos desafíos*. In Revista Latinoamericana Polis, nº7, Centro de Investigación Sociedad y Políticas Públicas, septiembre de 2007.

5 PRZEWORSKI, Adam. *Minimalist conception of democracy: a defense*. In SHAPIRO, Ian and HACKER-CORDÓN, Casiano. (edit.). *Democracy's Value*. Cambridge: Cambridge University Press, 2011, p.25.

6 Nos termos de SCHUMPETER, Joseph A. *Capitalism, Socialism and Democracy*. New York: Taylor & Francis, 2003.

pelos sistemas jurídicos (constitucional e infraconstitucionais) vigentes.

O problema é quando, no Estado de Direito, o sistema jurídico é utilizado para perseguir fins mais privados do que públicos, menos lícitos do que ilícitos, revelando desequilíbrios tanto na distribuição de poder como em seu exercício, permitindo que grupos sociais mais fortes de que outros assaltem o governo/Estado para efetivar projetos e metas descompromissadas com os interesses da Comunidade como um todo. Em tais circunstâncias, surge tensões entre maiorias e minorias que devem ser equacionadas de maneira a reestabelecer aqueles equilíbrios ameaçados ou violados.

É reconhecendo a emergência do debate destas questões que, pelo quarto ano consecutivo, o Mestrado em Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público – FMP, de Porto Alegre, realizou seu IV Seminário Internacional Tutelas à efetivação de Direitos Indisponíveis, nos dias 29 e 30 de outubro de 2019, cumprindo e ampliando seus compromissos com a formação acadêmica de alto nível e com inserção internacional.

Nestes dois dias, professores e pesquisadores, docentes e discentes, do Brasil e Chile, de diversas instituições, mas em especial da FMP e da Universidad Finis Terrae, de Santiago, parceiros já há bastante tempo, apresentaram os resultados de suas investigações realizadas consorciadamente sobre *Tutelas à efetivação de direitos transindividuais* e *Tutelas à efetivação de direitos públicos incondicionados*, permeando, direta e indiretamente, o que explanamos.

Uma boa leitura a todos.

Coordenação do PPG em direito da FMP

Anizio Pires Gavião Filho

Rogério Gesta Leal

Sumário

A EDUCAÇÃO COMO ANTÍDOTO ANTICORRUPÇÃO

Rogério Gesta Leal

Bianca Medran Moreira 13

OS LIMITES E AS CONDIÇÕES DE POSSIBILIDADE DA INTERPRETAÇÃO: FATOS OU HIPÓTESES INTERPRETATIVAS?

Mauricio Martins Reis 29

PRIMEIRAS CONSIDERAÇÕES SOBRE OS FUNDAMENTOS DA LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS – LGPD (LEI Nº 13.709/2018)

José Tadeu Neves Xavier

Gabriel Locks..... 45

VULNERACIÓN DE LA GARANTÍA A NO AUTOINCRIMINARSE COMO CONSECUENCIA DEL TRATAMIENTO PUNITIVO DEL DELITO DE COMERCIO CLANDESTINO

Rodrigo Hernán Ríos Álvarez 61

APONTAMENTOS SOBRE O REGIME DE SEMILIBERDADE DO REEDUCANDO INDÍGENA

Thomás Henrique Welter Ledesma..... 89

A GERAÇÃO DOS NOVOS RISCOS: O HOMEM COMO CAUSADOR DOS DESASTRES AMBIENTAIS

Luiza Beskow Pelegrini 103

AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA NA TUTELA DO PRINCÍPIO DA MORALIDADE

José Eduardo Aidikaitis Previdelli

Thêmis Toaldo Almeida 119

INFILTRAÇÃO POLICIAL EM ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS E DIREITOS FUNDAMENTAIS

Luis Rollsing 133

**CRIME CONTINUADO ENTRE CRIMES TRIBUTÁRIOS E ESTELIONATOS NA
JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL**

**Dani Rudnicki
Graziele Costanza..... 149**

**A ASCENSÃO POLÍTICA DO PODER JUDICIÁRIO, O ATIVISMO JUDICIAL E O DIREITO COMO
INTEGRIDADE**

Elbio Ferraz Junior 165

**A POSSÍVEL INFLUÊNCIA DOS SISTEMAS ELEITORAIS NO DEBATE SOBRE A ÚLTIMA
PALAVRA**

Thomás Henrique Welter Ledesma..... 181

**OS PRECEDENTES ENQUANTO INSTRUMENTOS FUNDAMENTADOS NA COERÊNCIA
SISTEMÁTICA IMPERATIVA DA CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS À
SEGURANÇA JURÍDICA E À IGUALDADE**

Lucas Moreschi Paulo 197

**O CONTROLE DA REPRESENTATIVIDADE ADEQUADA NO INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE
DEMANDAS REPETITIVAS**

Fernanda Rosa Coelho 213

AS MEDIDAS ESTRUTURANTES COMO FORMA DE TUTELA EFETIVA DOS DIREITOS SOCIAIS

**Bárbara Guerra Chala
Bianca Medran Moreira 229**

**O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO: UMA
ANÁLISE ACERCA DA RECEPÇÃO E UTILIZAÇÃO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

Eduarda Schilling Lanfredi 243

UMA NOVA FORMA DE ANALISAR O DIREITO: JURIMETRIA

Arthur Künzel Salomão..... 257

PRESSUPOSTOS E PRINCIPAIS LIMITES DA RENÚNCIA A DIREITOS FUNDAMENTAIS

Vitória Souza Pagnussat..... 273

O CONTROLE DE REPRESENTAÇÃO ADEQUADA DAS PARTES NO
INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS COMO EXIGÊNCIA DO DEVIDO
PROCESSO LEGAL

Amanda Büttenbender Medeiros
Thiago Carolo Schnarndorf 287

CONSTITUCIONALISMO GLOBAL E PROPORCIONALIDADE

Ana Paula Carvalho Salomone 303

A PROPORCIONALIDADE COMO FERRAMENTA DE GARANTIA DOS
DIREITOS SOCIAIS FACE AOS LIMITES DO ESTADO: UMA JUSTICIABILIDADE PONDERADA.

Vanderlei Salazar Fagundes da Rocha 317

A FORÇA DAS SÚMULAS NO DIREITO BRASILEIRO

Eduardo Gonçalves Spitaliere 333

COMO A LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS INFLUÊNCIA NO DIREITO DO CONSUMIDOR:
UMA ANÁLISE SOBRE PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR NA LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE
DADOS

Juliana Roman 347

IGUALDADE E DIFERENÇA: O RECONHECIMENTO DA DIVERSIDADE E DO PLURALISMO
HUMANO

Airton Carvalho Leão
Raquel Fabiana Lopes Sparemberger 361

A EDUCAÇÃO COMO ANTÍDOTO ANTICORRUPÇÃO¹

Rogério Gesta Leal²
Bianca Medran Moreira³

-
- 1 Artigo confeccionado para o eixo temático Tutelas à Efetivação de Direitos Públicos Incondicionados.
 - 2 Doutor em Direito, pela Universidade Federal de Santa Catarina. Mestre, pela Universidade de Santa Cruz do Sul, na qual, hoje, é Professor Titular. Coordenador e professor do Curso de Mestrado em Direito da FMP. Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul e Membro da Rede de Direitos Fundamentais (REDIR), do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), Brasília. Endereço eletrônico: gestaleal@gmail.com
 - 3 Mestranda em Direito na Fundação Escola Superior do Ministério Público - FMP. Especialista em Direito Constitucional e graduada pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul - PUCRS. Advogada. Endereço eletrônico: bimedran@gmail.com

Resumo

O presente estudo tem por escopo, após anunciar algumas das principais (e mais catastróficas) consequências da corrupção, analisar algumas medidas educativas, como as melhores e mais potentes formas de combatê-la. A partir de uma investigação bibliográfica, sem a menor pretensão de esgotar a temática ou exaurir o debate, a pesquisa, através dos métodos científicos descritivo e dedutivo, busca expor, primeiramente, o impacto da corrupção, na sociedade atual, o qual, inegavelmente, acaba por ressaltar a urgência do tema. Em seguida, investiga a educação como a mais forte alternativa de combate à corrupção, com vistas ao pretendido aprimoramento do sistema, para que avanços civilizatórios e progresso ocorram através do ensino – até mesmo o pré-escolar.

Palavras-chave: Avanço. Corrupção. Educação. Erradicação.

Abstract

The present study aims, after announcing some of the most importantly (and most catastrophic) consequences of corruption, to analyze educational measures as the best and powerful way to eradicate corruption. From a juridical investigation, without the least pretension of exhaust the theme or the debate, the bibliographic research, through the descriptive and deductive scientific methods, tries to first show the impact of corruption in today's society, that undeniably end up underscoring the urgency of the topic. Then, education is investigated as the strongest alternative to combat corruption, with a view to the intended improvement of the system, so that civilizing advances and progress can be made, through even preschool education

Keywords: Advance. Combat. Corruption. Education.

Introdução

O presente trabalho aborda as desconcertantes repercussões negativas que o complexo fenômeno da corrupção gera para a vida em sociedade. Apresenta, já de início, como e em que medida a corrupção atinge o âmago do sistema democrático. Com a descrição dos impactos chocantes da corrupção, pretende-se ressaltar a urgência do debate sobre as formas de preveni-la, especialmente através da educação infantil. Em seguida, o artigo apresenta, como alternativa, a proposição prática de transformar a educação em ferramenta anticorrupção eficiente, implementando métodos para ensino ético quando o sujeito se encontra em tenra idade. Nas considerações finais, reforça-se a importância e a esperança de um país livre de corrupção, pelo fato de a ética ser levada cedo para a sala de aula.

1 O impacto da corrupção

A corrupção, inegavelmente, é uma patologia de múltiplas facetas e de complicada compreensão. Todas as tentativas de conceituá-la parecem reducionistas. Pode-se enxergar, no entanto, com certa segurança, a corrupção como variados processos, por meio dos quais ocorre apropriação privada do bem comum. Outra máxima, relativamente sedimentada, é de que a corrupção é uma violação, na qual os interesses privados “capturam” o Estado. As consequências da corrupção (diretas e indiretas), por outro lado, são explícitas e de nítida visualização: ela aumenta as desigualdades sociais, viola direitos humanos e constitui enorme obstáculo à redução da pobreza. Ademais, ela é empecilho para investimentos e pode até causar o que se passou a chamar de “pressão ou contaminação dos honestos”.

É possível afirmar que os mais desvalidos, assim como os grupos mais vulneráveis, também são os mais impactados por ela. A corrupção reduz a qualidade de vida e cresce, vertiginosamente, com o crime organizado, tornando-se cada vez mais sofisticada e criativa, ampliando e improvisando suas já múlti-

plas facetas. A corrupção também é causa dos altos custos dos serviços e produtos, além de gerar a descrença nas instituições democráticas, o que a torna a principal causadora da vulnerabilidade da forma de governo, especialmente em países de democracia tardia.

A corrupção também gera inefetividade de direitos sociais, tais como educação e saúde, originando a ineficiência dos serviços públicos e causando desigualdades e injustiça social. Ela fragiliza a relação público-privado – que é o elemento nuclear do Estado democrático – e flagela a concorrência, que é o símbolo da liberdade econômica. Também parece ter força de influência ímpar, capaz de contaminar o próximo, apesar de alguns sustentarem que, no Brasil, ela é externa e não individual.

Há quem afirme que a corrupção, mesmo sem aparentes vítimas diretas, seja a própria instrumentalização da perversão (SALDANHA, 2016, p. 4), especialmente quando praticada por aqueles que estão investidos de poder para fazerem justamente o contrário, ou seja, zelar pela coisa pública. O impacto é, portanto, gravíssimo e multilateral. Não se pretende esmiuçar e explicar cada uma das consequências citadas – o que seria incompatível com este espaço –, mas demonstrar a proporção dos efeitos da corrupção para enfatizar o quão urgente é a necessidade de investigação e de aprimoramento das formas de sua erradicação. Isso é importante para o progresso da sociedade ou, pelo menos, para a manutenção de mínimas conquistas humanas, sociais e democráticas, as quais foram arduamente galgadas e, infelizmente, flutuam em tempos de crises corruptivas, especialmente nos países em desenvolvimento e de democracia tardia.

O Barômetro da Corrupção Global de 2019, para América Latina, assevera que, em cada dez brasileiros, nove enxergam a corrupção como um grande problema; no entanto, ao mesmo tempo, 88% acreditam que os indivíduos são capazes de “fazer a diferença na luta contra a corrupção”. É evidente que não há um método universal para a superação das práticas corruptivas. Mas, para além de aperfeiçoar a legislação a fim de melhor investigar e punir os desonestos e aumentar a transparência e a

prevenção (criando forte estrutura anticorrupção), é necessário pensar em um combate de forma ainda mais ampla.

Nas palavras de Gesta Leal (2013, p. 18):

Há uma dimensão simbólica do que significa a corrupção em termos de valores democráticos que independe dos seus efeitos práticos e quantitativo-financeiros, ou mesmo os que dizem com sua consumação de benefício ou não [...], pois estão em jogo as bases normativo- principiológicas fundantes das relações sociais e da confiança nas instituições representativas – públicas e privadas.

A construção, pela nação, de uma sociedade menos corrupta para as próximas gerações só será realmente possível através da conscientização coletiva, aliada a mais poderosa ferramenta de transformação social que existe no mundo e com ela construída: a educação.

Conforme os ensinamentos de Bauman (2000, p. 79),

...o principal instrumento moderno para criação do código de escolha foi a educação. Trata-se de um esforço institucionalizado para instruir e treinar os indivíduos na arte de usar sua liberdade de escolha dentro da agenda estabelecida legislativamente. A educação visa a prover os optantes de sinais de orientação, regras de conduta e, acima de tudo, valores que orientem a opção, ou seja, dotá-los da capacidade de distinguir entre as razões corretas e incorretas de preferência e da inclinação a seguir aquelas e evitar essas. A educação visa a induzir os indivíduos a internalizar as normas que dali em diante guiarão a sua prática.

Educar é, pois, a melhor estratégia de prevenção da corrupção, especialmente se o aprendizado desenvolver o ser humano integralmente, ao invocar boas razões para que se integre uma práxis de acordo com uma pauta e uma agenda de honestidade. Revisitar a construção de valores, pela educação, parece, assim, a alternativa que mais fornece esperança para superar a crise e arquitetar um novo futuro, mais probo e íntegro.

2 A educação como melhor ferramenta anticorruptiva

Desarticular práticas sistêmicas e enraizadas de corrupção só será possível com a criação de um novo discurso e de uma nova cultura. A capacitação para a integridade (pelo argumento válido) é, assim, a tônica da mudança, e a sensibilização decorre do reconhecimento da importância de um agir ético e da consolidação de valores humanos, os quais apenas a educação será capaz de inspirar. É a educação que melhor pode estimular o ser humano a fazer a coisa certa e a viver bem, levando o seu agir e a sua própria vida a sério, para construir uma existência feliz (DWORKIN, 2011, p.613). Ainda que a moral sofra transformações através de certa dose de sapiência ética, pode-se, mais facilmente, instigar o ser humano, a qualquer tempo, a, por exemplo, procurar sempre agir com justiça, responsabilizar-se por seus erros, não se apropriar do que não é seu, não prejudicar os outros, cumprir a máxima aristotélica de não fazer aos outros aquilo que não gostaria que fizessem a si próprio, além de respeitar o convívio social pacífico e as leis que sejam justas.

Para tanto, é indispensável estudar virtudes. O agir ético decorre daquilo que o sujeito aprendeu em família, com a comunidade, na sociedade, na escola e no trabalho. Durante todo esse caminho da existência, a força comunicativa do exemplo e das atitudes é sempre imensa. Hoje é possível vislumbrar conceitos laicos, de caráter quase universal, que inspiraram as mais avançadas legislações humanistas e que precisam ser transmitidos em sala de aula, desde a primeira infância. Auxiliar a realização de questionamentos sobre posturas determina a maneira como as pessoas vão agir moralmente.

É verdade que, para Freud (1937), educar estaria no rol das tarefas impossíveis. De fato, levar a ética para a sala de aula, em um Estado que se pretende laico e democrático, mas que na prática vive sérias tensões políticas, possui bancadas religiosas fervorosas e está mergulhado em escândalos de corrupção, não parece tarefa (nada) fácil. Menos ainda quando se trata de educação infantil; mas é quando mais se precisa trabalhar esse

assunto. Educar contra a corrupção é, seguramente, uma das alternativas de combate que se mostrará mais eficaz e sólida. É importante, nessa senda, mencionar que o desenvolvimento moral inegavelmente começa na primeira infância e que a escola deve inserir o aluno, desde o ensino infantil, em um ambiente que conduza ao debate ético e à sensibilização em relação a questões morais. Isso porque,

...mesmo que a escola decida abandonar o ensino moral, não conseguirá evitar o envolvimento moral, porque a simples transmissão de conhecimentos já inclina uma finalidade que envolve a definição de valores e objetivos educacionais, inclusive morais. Na verdade, a educação moral parece ser necessária e mesmo inevitável, uma vez que o comportamento moral faz parte do modo de ser humano (GOERGEN, 2001, p.165).

Nesse mesmo sentido, "a escola influencia o desenvolvimento social e moral quer pretenda fazer isso ou não. [...] A escola ou a creche não são e não podem ser livres de valores ou neutros quanto a esses" (DE VRIES; ZAN, 1998, p. 35).

Outrossim, debater a educação é falar sobre o destino do homem, seu lugar na natureza e sua relação com seus semelhantes. É a educação que ajuda outros seres humanos a organizarem informações. Educar é incentivar reflexões, é fomentar curiosidade e, principalmente, autonomia. Educar também é formar a consciência moral, social e ética do indivíduo; é ensinar hábitos e valores, com base, especialmente, no respeito ao outro como valor supremo.

Conforme os ensinamentos de Hérítier (1999, p. 28), o sistema educacional deve desenvolver a consciência espontânea do justo e do injusto na criança, capacitando-a para a liberdade, a tolerância e a solidariedade. A educação precisa estar voltada para os direitos humanos, para a paz e para o desenvolvimento, a fim de cumprir seu papel e fazer a diferença.

A criança constrói seu senso moral pelas experiências cotidianas e construirá a sociedade futura com base nessas experiências. Sabe-se que, nos primeiros anos de vida, é extremamente importante treinar a coordenação motora, o

reconhecimento de letras e dos números, assim como ensinar bons hábitos de higiene, boas maneiras e proporcionar boa alimentação e contato com a natureza. A criança também precisa ser supervisionada e cuidada para que não se machuque. O que se sugere, aqui, é que, para além de tudo isso, para aquelas crianças que já frequentaram redes de ensino pré-escolares, a diretriz curricular também proporcione, através do brincar e do lúdico, junto ao desenvolvimento da autonomia, a capacidade de construir reflexões sobre regras para desenvolver moralidade nos pequenos o quanto antes. Entende-se que essa ela ser a esperança mais promissora e sustentável para erradicação da corrupção.

Arrumação da classe, jogos com regras, votações em sala de aula, dentre outras atividades, são oportunidades valiosas que, se bem direcionadas, podem permitir à criança em idade pré-escolar o desenvolvimento de certa moralidade. Nesse sentido, De Vries e Zan (1998) ensinam e sugerem:

Uma vez que o professor tenha apresentado as questões práticas da arrumação à classe, o terreno está preparado para uma mudança de foco para questões morais. Essas são mais difíceis de serem entendidas pelas crianças, porque envolvem a capacidade de descentrar-se para ver uma situação sob a perspectiva de outros. Entretanto, a maior parte das crianças tem, pelo menos, um entendimento rudimentar do significado de algo justo ou injusto, de modo que o professor pode iniciar com esta ideia. As questões morais envolvendo a arrumação giram em torno das ações de uma pessoa que causam sofrimento a todos. Quando alguém deixa um brinquedo no chão e este é quebrado, todos na classe são privados do brinquedo e não apenas a pessoa que o deixou no chão. Quando uma pessoa faz uma grande bagunça, todos precisam viver nesta, não apenas a pessoa que a causou (p. 235).

Uma simples experiência de não guardar um brinquedo, quando direcionada à percepção de que, por não realizá-la, seus semelhantes não poderão brincar porque não encontrarão o brinquedo no lugar ou terão bastante dificuldade ou tempo reduzido para encontrá-lo, pode ser transformadora, a ponto de evitar o agir corrupto no futuro.

Díaz-Aguado e Medrano (1999) aventam um método de debate moral para crianças dos primeiros ciclos de vida. Para tanto, deve-se, segundo eles, criar formas de *“compensar as limitações cognitivas e comunicativas das crianças desta idade e incluir a discussão dentro de programas de intervenção global”* (p. 23). Para Lima (2003), a educação moral não deve ser colocada como um tema que atravesse todos os conteúdos, mas a ela deve ser reservado um espaço e um tempo próprio da aula, a fim de canalizar melhor as discussões de dilemas morais na escola. A autora a ainda afirma:

Como propõe Piaget (1996), o método da escola deve ser ativo, ou seja, o professor deve se aproveitar dos problemas relativos a vida escolar como a indisciplina, a mentira, uma indolência de certos alunos, ou, ainda, as virtudes como bons exemplos dados por outros, para discutir com seus alunos regras éticas e morais. Faz-se necessário separar um período da aula para o trabalho com temas relacionados à ética e à moral (LIMA, 2003, p.138).

Já na pré-escola, a criança pode aprender a pensar e significar exemplos e narrações que abordem problemas éticos, aprimorando e estimulando o processo de desenvolvimento moral. O professor deve lembrar que está diante de um pequeno ser em formação moral e que pode já proporcionar experiências que permitam resolução de conflitos, por meio de reflexão.

[...] como se pensa sobre determinado assunto, como se resolve algumas questões. Dessa forma se introduz o princípio de que ética não é imitação de condutas nem pode ser confundida com moral. Moral é um conjunto de comportamentos e normas que você, eu e outras pessoas costumamos aceitar como válidos. Ética, ao contrário, é a reflexão sobre por que consideramos válidos alguns comportamentos e outros não, é a comparação com outras morais, de outras pessoas e culturas. Não há consenso sobre isso. Alguns acreditam que os valores éticos devem ser transversais a toda a educação, que não deve haver uma disciplina específica e que todos os professores devem dar o exemplo e fazer reflexões com as turmas [...] a educação moral na pré-escola deve ajudar a criança a conviver em uma sociedade democrática e pluralista, não só estimulando a construção autônoma de valores, mas também promovendo a conser-

vação da identidade de uma cultura com a integração de culturas diferentes. O Ocidente deve incorporar as virtudes das outras culturas, a fim de corrigir o ativismo, o pragmatismo, o “quantitativismo” e o consumismo desenfreados, desencadeados dentro e fora dele. Mas deve também salvaguardar, regenerar e propagar o melhor de sua cultura, que produziu a democracia, os direitos humanos e a proteção da esfera privada do cidadão (LIMA, 2003, p. 141).

Para a autora supracitada, o educador precisa atentar para a psicologia da moral infantil e respeitá-la, valendo-se dos dilemas que aparecem no cotidiano da vida escolar e, ainda, daqueles que são trazidos pelas crianças de acordo com suas vivências em outros contextos, como na família e nas atividades extraclasse. Ainda, as polêmicas conceituais acerca do que é ética e do que é moral podem ser facilmente transpostas se o professor de educação infantil atentar para o caminho que ambas percorreram ao longo da história e estabelecer, para si, seus respectivos conceitos. Também é importante que o professor conheça os fundamentos teóricos que apoiam um modelo construtivista do raciocínio moral, já que o cognitivismo estimula a construção autônoma de valores, o que termina por superar a controvérsia.

Sobre a enorme importância do brincar em tenra idade e das “lições de jardim da infância” e seus reflexos futuros, as reflexões de Incontri (2019), baseadas na filosofia de Platão, corroboram, em certa medida, o que aqui se defende:

Quando trata da função da música, da dança, da poesia, primeiro na República, depois nas Leis, reconhece que há uma sensibilização da alma, que precede a racionalização. Essa sensibilização deve ser feita com cuidado. Diz ele: **a criança não pode discernir o que é alegoria do que não é, e as opiniões que acolhe nesta idade tornam-se, comumente, indelévels e inabaláveis. É por isso, sem dúvida, que é preciso fazer o máximo para que as primeiras fábulas que ela ouve sejam as mais belas e as mais apropriadas para ensinar-lhes a virtude** (PLATON, 1950) (República, 378 c) (grifo nosso).

Um futuro mais promissor passa pelo impulso de uma educação transformadora. Montessori, influenciado por Pestalozzi,

desenvolveu o conceito de “mente absorvente” para tratar da plasticidade caracterizada pela inocência da infância:

[...] a plasticidade é real e ela pode ser manipulada, se houver má fé externa, que abuse da inocência da infância para interesse próprio. Mas é essa mesma plasticidade que também permite impregnarmos a criança de estímulos positivos que vão despertar a consciência [...]. Aquilo mesmo que pode ser a sua perdição, pode ser a fonte de sua autonomia e despertar (INCONTRI, 2019, p. 6).

Considerações finais

Não destruir, não deteriorar e não putrefar – especialmente quando isso influencia os outros seres humanos – precisa e pode ser aprendido em tenra idade. A comunidade acadêmica tem o encargo de construir os contornos de uma mudança possível, a qual pode ser colocada em prática sem romper com o progresso, com o caráter laico do Estado e com os avanços na forma de passar conhecimento. Ressalva-se, no entanto, que não se defende, aqui, atividades não adequadas às habilidades cognitivas da criança, tampouco o retorno das aulas de moral e cívica nos moldes de uma perspectiva autoritária, já outrora aplicados no país. O que se propõem é revisitar a responsabilidade e as possibilidades práticas na formação de valores, especialmente de pequenas crianças, para um futuro íntegro e probo. As ideologias se apropriaram de conceitos que não lhes pertencem e que não podem ser reduzidos, pois são indispensáveis ao progresso humano e à erradicação dos males que nos impedem de avançar, a exemplo da corrupção.

A ética e a moral não são conceitos religiosos nem pertencem a alguma forma de governo. O âmbito adequado para desenvolvê-las, trabalhar seus conceitos, suas conexões e suas influências é a sala de aula. É urgente que se internalize que o melhor mesmo para ser feliz é tratar os outros e a si próprio de forma justa e solidária, na estrita medida da satisfação das suas necessidades, é a chave para não corromper nem ser

corrompido. A inteligência (e até mesmo setores mais sutis da consciência) são capazes de apreender as excelências da virtude e, quanto mais cedo esse estímulo ocorrer, menores chances o orgulho, o egoísmo, a ganância e a corrupção terão para se desenvolver. Quando, na trajetória de uma sociedade, essas mazelas passam a incomodar demais, é tempo de mudar e de pensar, interligando conhecimento e áreas do saber para que o avanço ocorra.

Fomentar o diálogo para uma educação anticorrupção e discutir como o ensino pode, desde cedo, contribuir para problematizar esse tema no ambiente pré-escolar é uma forma de prevenção que merece atenção e planificação. A ciência já está apontando na direção de que dedicar pelo menos uma hora do dia a atividades voltadas à promoção da ética e da empatia desde a pré-escola ajudará os seres humanos a construir melhores relações e a formarem uma sociedade mais proba e íntegra (SANDAHL, 2014). Uma sociedade menos corrupta é preocupação do Direito, mas deve ser, principalmente, objetivo da educação como um todo.

Referências

- ALEXANDER, Jessica Joelle; SANDAHL, Iben Dissing. **The Danish Way of Parenting**. Little, Brown Book Group, Nova York, 2014.
- BAUMAN, Zygmunt. **Em busca da política**. Tradução de Marcus Penchel. Rio de Janeiro: J. Zahar, 2000.
- CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. Corrupção: uma perspectiva da filosofia da linguagem para o seu enfrentamento. **Revista de Informação Legislativa**: RIL, v. 55, n. 220, p. 13-28, out./dez. 2018.
- CHABOVA, Kristyna. Measuring corruption in Europe: public opinion surveys and composite indices. **Quality & Quantity**, v. 51, .n 4, p. 1877-1900, 2016.

DÍAZ-AGUADO, Maria José; MEDRANO, Concepción. **Construção moral e educação**: uma aproximação construtivista para trabalhar os conteúdos transversais. Bauru: Edusc, 1999.

DOWRKIN, Ronald. O que é uma vida boa? **Revista Direito GV**. Trad. Emilio Peluso Neder Mayer e Alonso Reis Freire. n. 14. Jul/Dez 2011.

FREUD, Sigmund. Análise Terminável e Interminável. In: **Edição Standard Brasileira das Obras Psicológicas Completas de Sigmund Freud**. Rio de Janeiro: Imago, 1980d. Volume 23.

HEINEMANN, Fritz. **A filosofia no séc. XX**. 4 ed. Lisboa: Fundação Calonste Gulbenkian, 1993.

INCONTRI, Dora. **Pestalozzi – Educação e ética**. São Paulo, Scipione, 1996.

KLITGAARD, Robert. **Controlling Corruption**. Berkeley: University of California Press, 1991., p.33.

LAMBSDORFF, Johann Graff. Causes and consequences of corruption: what do we know from a cross-section of countries? In ROSE-ACKERMAN, Susan (Ed.), **International handbook on the economics of corruption**, Cheltenham, England: Edward Elgar, 2006. p. 3-51.

LEAL, Rogério Gesta. **Patologias Corruptivas nas relações entre Estado, Administração Pública e Sociedade**: causas, consequências e tratamentos. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2013.

LIMA, Anne Elen de Oliveira. **A ética e o ensino infantil**: o desenvolvimento moral na pré-escola. 2003. 154 f. Dissertação (Mestrado em Educação) – Faculdade de Filosofia e Ciências, Universidade Estadual Paulista, Marília, 2003.

LORIS, Antonio Augusto Rosssoto. La plata llega sola [the money arrives on it own]: reflections on corruption trends in Peru. **Diálogos Latinoamericanos**. v. 25, p. 82-98, 2016.

PESTALOZZI, Johann Heinrich. **Kleine Schriften zur Volkserziehung und Menschenbildung**. Bad Heibrunn: Klinkhardt, 1983.

SAVATER, Fenando. **Los Caminos para Libertad, ética e education.** México. Cátedra Alfonso Reyes, 2003

TRANSPARÊNCIA INTERNACIONAL BRASIL. **Índice de percepção da Corrupção.** Disponível em: <https://www.transparency.org/gcb10/latin-america-and-the-caribbean>. Acesso em: 23 out.2019.

OS LIMITES E AS CONDIÇÕES DE POSSIBILIDADE DA INTERPRETAÇÃO: FATOS OU HIPÓTESES INTERPRETATIVAS?

Mauricio Martins Reis¹

1 Doutor e Mestre em Direito. Doutor em Filosofia. Professor da Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público, FMP-RS (Graduação e Mestrado).

Resumo

O artigo propõe relatar um exemplo de controvérsia (mal-entendido) ocorrido com o renomado escritor Umberto Eco para. A partir das posições do autor sobre determinado acontecimento envolvendo o domínio interpretativo nas ciências humanas, busca-se estipular um adequado conceito de hermenêutica jurídica para o atual estágio do Estado Democrático de Direito e os dilemas da interpretação constitucional.

Palavras-chave: Interpretação. Objetividade. Relativismo. Hermenêutica jurídica. Constituição

Abstract

The article proposes to report an example of controversy (misunderstanding) that occurred with the renowned writer Umberto Eco in order to, from the author's positions on that event involving the interpretative domain in the human sciences, stipulate a concept of legal hermeneutics appropriate for the current stage of Democratic Rule of Law and the dilemmas of constitutional interpretation.

Keywords: Interpretation. Objectivity. Relativism. Legal hermeneutics. Constitution

Introdução

O início deste texto apresentará um acontecimento peculiar – no mínimo curioso – ocorrido tempos atrás com um escritor muito famoso, no qual ele foi vítima da interpretação. O que significa alguém ser vitimado pela hermenêutica? Significa qualquer um de nós sofrer com uma determinada interpretação mal procedida a respeito de nós mesmos (ou acerca do que falamos ou escrevemos). Ou seja, ocorre naquelas ocasiões em que o intérprete erra clamorosamente em vista de uma posição que nos toma em referência. Nesses termos, a interpretação, propriamente dita, não possui culpa alguma, pois ela se consoma na conta e no risco do seu agente enunciadador. Portanto, se alguém é vítima da hermenêutica, é forçoso reconhecer que, na verdade, é constrangido por quem a pronuncia, acompanhada, invariavelmente que é, por razões ou motivos de sua colocação (por mais disparatados que sejam).

À evidência, a interpretação é um dos elementos constitutivos do fenômeno jurídico, corporificando, a todo instante, as diferentes fontes do Direito e suas sucessivas conformações de sentido. Desde a produção e a interpretação de normas jurídicas até o empreendimento teórico da dogmática científica, o produto e o processo das manifestações discursivas no interior do campo do Direito se impregnam, continuamente, da interpretação. Ou melhor, alimentam-se da prática hermenêutica empreendida pela comunidade de intérpretes, composta de atores internos (com ou sem vínculo autêntico de competência para ditar oficialmente novos critérios legais ou judiciários) e externos ao Direito que, direta ou indiretamente, influenciam os cânones, os contornos e os limites das interpretações jurídicas numa constante ciranda cronológica de estabelecimento, maturação e revisão.

1 Desenvolvimento

Por causa dessa interface umbilical entre interpretação e codificação jurídica, ou seja, dessa inevitável experiência do Direito como expressão simbólica carente de aporte interpretativo, é que se mostra relevante traduzir o que está por trás – filosoficamente falando – desse fundamento hermenêutico. É que o fundamento legítimo de certa decisão jurídica no âmbito do Estado de Direito requer uma ambivalência de, aparentemente, difícil trato: o estabelecimento de critérios interpretativos igualmente dados numa expectativa geral, congruente com a exigência da segurança jurídica pela ótica da igualdade, aliado ao discernimento casuístico diferenciado através do controle intersubjetivo das razões apresentadas no eixo do acontecimento concretizador. Esse é o motivo pelo qual o exemplo retratado a seguir se consubstanciará na força motriz analítica para conduzir uma reflexão a discrepar do tom monocórdio com que a interpretação jurídica resta abordado por parte não desprezível da literatura especializada no Brasil, maculado por uma nociva banalização – a pretexto do Estado Democrático de Direito e do chamado neoconstitucionalismo – representada por discursos reiterados decorrentes de vozes que se assomam num coro automatizado com exclusiva nota: a linha irrefreada do caso concreto².

Vejamos, então, o quanto uma situação é, de fato, capaz de nos fazer refletir sobre os desafios de uma responsável adoção de uma teoria hermenêutica no Direito. Há alguns anos, Umberto Eco foi convidado para participar de uma coletânea de artigos organizada por Gianni Vattimo e Pier Aldo Rovatti. A coletânea levaria o título “O pensamento fraco”, cuja temática

2 Em contrapartida, há autores nacionais que defendem, com responsabilidade, a ambivalência interpretativa entre o abstrato e o concreto, como é o caso de Humberto Ávila, ao postular, na controlabilidade decisional (em contraste ao combatido modelo da previsibilidade de conteúdo com exclusivo significado prévio a ser replicado mecanicamente pela via da subsunção), o meio-termo de prudência metodológica capaz de conciliar a abertura hermenêutica (nos limites das alternativas interpretativas antecipáveis pelo ordenamento jurídico vigente) com a determinação efetiva de sentidos vinculantes com coerência ao mesmo grupo de situações (ÁVILA, Humberto. Segurança jurídica: Entre Permanência, Mudança e Realização no Direito Tributário. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 150).

abordava a crise da racionalidade ou da razão humana, tendo como inspiração, sobretudo, a cultura filosófica com legado em Nietzsche e Heidegger. O semiólogo italiano, reconhecido mundialmente pelo livro "O nome da rosa", expressou abertamente, em texto posterior, o constrangimento de ter sido classificado – no prefácio da apresentação daquela obra coletiva – como um adepto desse denominado "pensamento fraco". Como ele mesmo afirma no início do texto, qualquer um "que leia minha contribuição àquela coletânea [...] verá que eu não manifestava interesse algum nem tanto pela temática nietzschiana e heideggeriana, nem pela morte de Deus" (ECO, 2013, pp. 545-546).

No caso narrado, o mais curioso é que um escritor que, como Eco, se interessa pelo tema da interpretação (tendo escrito muitos artigos e obras afins ao tema), tenha sido uma vítima inesperada dela. Ou melhor, de agentes especializados que interpretaram mal o seu artigo escrito para aquela coletânea, qualificando-o como um ensaio de adesão ao programa do pensamento fraco. Apesar de Umberto Eco reconhecer que a sua intervenção não era de todo estranha à proposta daquela obra coletiva, por defender um ponto de vista pragmático – radicado em Charles Sanders Pierce – com intransigente contestação ao princípio de que a razão humana consegue apreender o mundo nos moldes de uma objetiva correspondência simétrica e igual para cada um dos indivíduos cognoscentes, ela não subscrevia, de todo, as premissas do denominado "pensamento fraco" (ECO, 2013, p. 546).

Em especial, Eco resistia ao mais fundamental dos pressupostos desse perfil pós-moderno de "fragilidade epistemológica", canalizado na frase "não existem fatos, mas apenas interpretações", por assumir como óbvia a convicção de que a atividade interpretativa se desenvolve num universo de fatos. O seu posicionamento no texto, alicerçado no princípio hermenêutico de Pierce, reconhecia, pragmaticamente, que a interpretação não se resume – fazendo-se desaparecer – a retratar os fatos sobre os quais se debruça numa subordinação estática. Todavia, esse criticado modelo interpretativo de uma semântica inerte em forma de dicionário, substituída pelo que

Eco denomina de semântica de enciclopédia, caracterizada por “submeter as leis da significação à determinação contínua do contexto e das circunstâncias” (ECO, 2013, p. 546)³, tampouco chegava a corroborar a exagerada tese oposta – essa sim endossada pelo “slogan” nietzschiano do “pensamento fraco” –, segundo a qual a interpretação prescindia dos fatos aos quais – fazendo-os desaparecer na sua autoridade hermenêutica – não precisa (mais) se referir.

É interessante a responsabilidade arredia da interpretação na contemporaneidade. Pensada em termos genéricos, ela escapa, de modo furtivo, entre os múltiplos participantes dos variáveis contextos interpretativos que lhe dedicam os mais diversos formatos. Evista, assim, de ser qualificada e medida por um critério de racionalidade crítica (igualmente uma interpretação) ante à sucessão contínua de escalas interpretativas constatada pela ótica global abrangente. Por outro lado, situada intensamente em dado contexto específico de exposição, a interpretação se efetiva num lugar único, o qual é tão cativo que ela se torna incapaz de ser comparada a outro acontecimento (a despeito de este se ambientar como próximo àquela), cuja particularidade existencial, por ser fonte de nova significação hermenêutica, impede-o de ser compartilhado numa rede interpretativa comum. A interpretação, vista desses dois modos, torna-se uma categoria filosófica incompatível com a crítica ou indiferente ao estabelecimento de critérios críticos, pois o panorama global da história nos apresenta um conjunto de diferentes modos de compreender o mundo. Além disso, quando aproximamos a lente do pesquisador para a análise situacional de um evento ou contexto singular, sua correspondente interpretação alcança uma espécie de imunidade autossujeitadora pela ressonância interna do próprio isolamento ontológico oriundo de uma fonte que não mais se repete nessa dimensão de ser.

3 Diz Umberto Eco: “eu argumentava que, da perspectiva de uma semântica em forma de enciclopédia – dominada pelo princípio peirciano da interpretação e, portanto, da semiose ilimitada –, todo pensamento que a linguagem exprime jamais pretende espelhar de modo definitivo o objeto dinâmico (ou a coisa em si), mas sabe que se põe em jogo objetos imediatos (puro conteúdo) por sua vez interpretáveis por outras expressões que remetem a outros objetos imediatos num processo semiótico que se autossustenta” (ECO, 2013, p. 546).

A característica da fragilidade hermenêutica pós-moderna, verificada nessa imunidade crítica traduzida pelas muitas interpretações diferentes – mas igualmente legítimas no tempo histórico – e pela inconfundível marca da íntima existência de cada acontecimento apropriador de uma interpretação especificamente identitária, deve ser avaliada, todavia, com ressalvas. Isso porque, se é válido inferir, desses fatores, a ausência de um modelo de racionalidade abstrato, universal e definitivo, que seja capaz de decodificar o mundo em toda e qualquer circunstância, não se confirma, dessa conclusão, a impossibilidade de serem gerados critérios de discernimento crítico simultâneos aos horizontes interpretativos concretos sedimentados nos espaços contextuais de significação. O “pensamento fraco” militado por Umberto Eco, nesse sentido, poderia ser defendido como a antítese dialética de um pensamento forte, cujo endosso da razão ostenta o exagero em defender a congruência não problemática entre o pensamento e o universo, através da exigência de que a linguagem retrate sem mais, como meio de correspondência ou adequação, a ordem das coisas em direção ao intelecto humano⁴.

Podemos ilustrar o argumento do pensador italiano nos socorrendo da distância que separa a interpretação da verdade da verdade da interpretação. Uma coisa consiste em interditar, questionando, o acesso da inteligência humana ao mundo objetivamente dado, postulado como verdade disponível a todos pelo modo específico de uma exemplar interpretação escorregada e fidedigna (interpretação da verdade). A contestação dessa máxima ingênua da “verdade verdadeira” a ser descoberta pela razão, contudo, não desonera os indivíduos de racionalmente disporem de mecanismos de reflexão conducentes a estabele-

4 O autor postula, então, “os direitos de um raciocínio crítico, de uma série de procedimentos conjecturais que demandavam como mínimo a participação de alguns instrumentos de verificação”, concluindo, pois, a favor de uma demanda de razoabilidade com indesmentível caráter crítico para levar a efeito regras capazes de contrariar, a cada etapa histórica, condições dessa exigida aferibilidade (ECO, 2013, p. 547). Nesse momento, Eco brinca com as palavras e deixa soltar o apelo elogioso à lógica (mesmo aportando-lhe ressalvas), uma vez que, sem ela, a referida demanda por regras de razoabilidade seria impraticável. Daí porque o autor arremata, indagando, se alguém que defende o *modus ponens* poderia ser arrolado na doutrina do pensamento fraco (idem, *ibidem*).

cer, de maneira justificada, prioridades de verdade oriundas das inexoráveis relações interpretativas para com o mundo (verdade da interpretação). Para Umberto Eco, se o mundo se conforma pela interpretação, ou seja, se os fatos apresentam-se mediados pelas correspondentes interpretações, isso não inibe, por completo, a familiarização da verdade nesse paradigma relativizado, até mesmo porque os fatos “de algum modo se erigem como parâmetro de nossas interpretações” (ECO, 2013, p. 549).

A inequívoca preexistência de uma obra ou de um texto prévios a serem ulteriormente interpretados conflagra a simultânea e ambivalente condição hermenêutica pós-moderna: por certo, o condicionamento do objeto interpretativo, cuja existência não podemos ignorar (até mesmo porque ele justifica o processo de interpretação), não conduz aquele empreendimento a um resultado único e exclusivo (ECO, 2013, p. 550). Quando dizemos – mencionando um dos livros mais conhecidos de Umberto Eco –, que uma obra se mostra “aberta”, indica-se, precisamente, uma projeção de significados distinta do movimento absoluto e incontido do intérprete como a ignorar a referência interpretada, cuja amplitude pressupõe, portanto, uma angulação em certa medida modulada pelos parâmetros a serem considerados no campo e no escopo daquela atividade. A interpretação se caracteriza, então, como uma “contínua dialética entre a legalidade de uma forma e a iniciativa de seus intérpretes, entre fidelidade e liberdade” (ECO, 2013, p. 551).

A interpretação jurídica, especificamente a interpretação constitucional entendida como o processo e o produto hermenêuticos formulados pelo Supremo Tribunal Federal acerca das normas previstas na Constituição da República – os quais repercutem lógica e dialeticamente na interpretação das leis infraconstitucionais –, não deixa de ser uma permanente construção ou reposição de sentidos relacionados ao texto sob julgamento. Ao mesmo tempo que o texto se mostra como o parâmetro de julgamento das análises procedidas pelo julgador, são justamente as interpretações que informam, desde o princípio, o que significa aquele manifesto linguístico: em específico, a interpretação constitucional (do texto da Constituição)

é a responsável por disciplinar o sentido e o alcance das normas ordinárias. Nada indica, contudo, que o texto possa significar qualquer coisa, tampouco nos parece que ele precise significar exclusivamente o que a sua expressão literal nos informa.

Para ilustrar brevemente a problemática no âmbito jurídico, não podemos ignorar, como indica Luís Roberto Barroso⁵ no julgamento pelo STF das ações declaratórias de constitucionalidade (43, 44 e 54) investidas diante do preceito normativo inscrito no artigo 283 do Código de Processo Penal em face do artigo 5º, LVII, da Constituição Federal, que aquele enunciado de lei – enquanto texto – merece ser analisado à luz da realidade fática, dos fins sociais e das exigências do bem comum, todos componentes da normatividade (os dois últimos ratificados pelo artigo 5º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro). Ou seja, o artigo de lei processual penal em questão (“Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva”), confrontado com a norma constitucional (“ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”), não se revela uma mera peça linguística cuja interpretação dependa – para efeito de alcance de certo significado aplicado justo e razoável – essencialmente do sentido prévio estipulado exegeticamente pelas correspondentes palavras⁶. Tal abertura hermenêutica tampouco, em tese, acataria uma licença para justificar qualquer sorte de determinação conclusiva⁷.

5 Voto disponível em <https://www.conjur.com.br/dl/leia-voto-ministro-barroso-execucao.pdf>.

6 Para uma análise minuciosa dos argumentos envolvidos no debate em apreço perante o Supremo, recomenda-se a leitura do artigo elaborado por Juliano Maranhão e Jorge Alberto de Araújo (Entimemas e inferência de princípios jurídicos. *Teoria Jurídica Contemporânea*. 3:2, julho-dezembro 2018, PPGD/UFRJ. Disponível em <https://revistas.ufrj.br/index.php/rjur/article/view/23095>), o qual, de pronto, pela sua robustez analítica, sepulta a suposta obviedade ou inexorabilidade de qualquer dos dois entendimentos (especialmente o vencedor) em que se dividiu a Corte nacional (seis votos contra cinco em julgamento findo no dia 7 de novembro de 2019).

7 Ao nosso ver, esse julgamento negligenciou um importante precedente do próprio tribunal, na medida em que tais ações apenas controverteram a relação abstrata (e textual) entre os dois dispositivos mencionados, sem envolver o teor do acórdão que anteriormente interpretara a norma constitucional no sentido de conferir-lhe aptidão hermenêutica para permitir a prisão em decorrência de decisão condenatória confirmatória (recorrível) oriunda de colegiado da segunda

Eco é preciso nesse ponto ao afirmar que “os textos são fatos, são algo que preexiste às próprias interpretações” (ECO, 2013, p. 551), merecedores de direitos de precedência com importante função de controle sobre o complexo de interpretações, de modo a evitar a livre deriva das leituras hermenêuticas ou uma postura radical de um relativismo comparável a certo “balbucio solipsista” (ECO, 2013, p. 552). O filósofo italiano reverbera a importância do discernimento entre interpretações plausíveis de sentidos implausíveis (ECO, 2013, p. 552), vislumbrando ao menos a possibilidade de serem identificadas as modalidades ruins de hermenêutica aplicada. Se não fosse assim, toda interpretação, apesar de se relacionar a um objeto que a antecede, seria uma produção inédita cada vez que ocorresse, sem qualquer relação de legalidade (razoabilidade) e coerência entre si.

Vem, então, a pergunta teórica e abrangente de Umberto Eco acerca do estatuto interpretativo: seria possível, para dado objeto que precede as interpretações, que suas interpretações pudessem ser diversas, potencialmente infinitas ou pelo menos indefinidas, sem afrontar o princípio daquela precedência? (ECO, 2013, p. 552). A resposta dele se assenta numa postura de prudência intermediária entre os extremos evitáveis da interpretação, cada qual apontando para uma exclusividade, seja a genética (a interpretação se identifica com a sua fonte textual), seja a germinativa (a interpretação se irmana legítima com o seu criador-intérprete). Ou seja, o autor defende a convivência entre a pluralidade de interpretações e a exigência de legalidade do objeto interpretado, bem como postula não fazer sentido a fungibilidade de todas as interpretações se não fosse levado em conta um algo a ser interpretado (ECO, 2013, p. 557). Nessa toada, a reivindicação da validade de certas interpretações diante de alternativas rechaçáveis não corroboraria a tese de que

instância. Ou seja, ao ter interpretado em precedentes anteriores (em especial o Habeas Corpus 126.292) a legitimidade de o artigo 5º, inciso LVII, consagrar a prisão em decorrência de condenação em segundo grau (ainda não transitada em julgado), o STF definiu o correlato significado. Ao ter posteriormente decidido, em controle de constitucionalidade concentrado, pela constitucionalidade de um dispositivo normativo infraconstitucional, teria o STF de, necessariamente, responder se o texto daquela lei se coadunava com a interpretação dada por ele ao artigo da Constituição.

uma certa leitura, por ser a melhor ou a mais razoável, pudesse ser qualificada como definitiva (ECO, 2013, p. 558).

A chamada “legislação da linguagem” (ECO, 2013, p. 558) nos indica o mundo ao prescrever um sistema de conceitos cuja verdade resulta, constantemente, em jogo na sua interação com os objetos ou ideias por ela veiculados. Além disso, aparece aqui, nesse efeito legislativo de um direcionamento hermenêutico, a noção de constrictões ou limites diante dos quais a linguagem não pode criar arbitrariamente o que ela vem a designar. Trata-se de uma precaução filosófica contra o exagero retórico das apenas “interpretações” que povoam o nosso imaginário social, uma espécie de “acerto de contas” (ECO, 2013, p. 559) interpretativo do indivíduo (e da comunidade) com o mundo que nos permite asseverar o que de fato aconteceu no contexto envolvido, qualificar acertadamente um conceito, revisar com razoabilidade determinados valores, ampliar ou restringir normas jurídicas.

Ainda que estivéssemos às voltas apenas com interpretações, isso não implicaria a equivalência de todas elas como igualmente válidas, nem excluiria a possibilidade de existirem más interpretações (ECO, 2013, p. 560). Daí porque é indispensável encontrar critérios públicos intersubjetivos (ECO, 2013, p. 561) ou linhas hermenêuticas de resistência que nos permitam qualificar uma dada significação como desprezível, razoável ou mais adequada. Conforme o autor nos mostra, se o discurso hermenêutico assumisse a prerrogativa de poder dizer tudo sobre as coisas, “não faria mais sentido a tensão intelectual e oral que guia sua interrogação contínua – e lhe bastaria regozijar-se com palavras em liberdade” (ECO, 2013, 562). Assim, haveria, no mundo, certas interpretações talvez não obrigatórias, mas por certo alguns sentidos a serem desconsiderados ou interditados no seu delírio de arbitrariedade (ECO, 2013, p. 564). Portanto, diante do móvel já dado que configura o elemento desencadeador da interpretação (afinal de contas, as interpretações se reportam aos fatos, por mais que não haja fatos, mas apenas interpretações!), os indivíduos se movimentam por conjeturas plausíveis carentes de aceitação racional (ECO, 2013, p. 565), num gradiente de exigência justificatória nem metafisicamen-

te forte, nem relativamente fraca, senão prudentemente “bem temperada” (ECO, 2013, p. 566).

Nos dias de hoje, a interpretação nas ciências humanas, para efeito de serem articuladas as relações plausíveis e razoáveis entre compreensão e validade – o que vale para o campo jurídico, por evidente –, vem se refinando cada vez mais teoricamente em escolas de pensamento. Nesse passo, à proliferação dessas escolas, repercutem escalas de crítica, cuja interação nos apresenta consensos e divergências – para não dizer, em alguns casos, incompatibilidades radicais, semelhantes a um abismo incomensurável. Podemos, inclusive, dizer que é possível incluir, aqui, divergências significativas no interior do mesmo marco conceitual. Regressamos ao ponto inicial formulado por Umberto Eco: seria possível resgatarmos, para o sujeito imerso nesse mundo de interpretações, um fio de socorro responsável pelo aceno de limites (interditos) e recursos (horizontes) de sentido?

O autor nos fornece indícios para uma resposta (reflexiva e não-conclusiva) quando postula elementos transcendentais às interpretações ou, então, nos indica substratos causais inconfundíveis com as interpretações. Para evitar o relativismo radical, objetará assim: “1) Se não existissem fatos, mas apenas interpretações, então de que coisa uma interpretação seria a interpretação? 2) E se as interpretações se interpretam entre si, teria de existir um objeto ou um evento inicial que nos levou a interpretar?” (ECO, 2018, p. 140). Mas essa dissociação relacional entre os significados e o algo distinto ao qual aqueles se reportam interpretativamente não poderia transformar a interpretação numa espécie de procedimento reducionista, em que o sentido venha a equivaler, por necessidade, ao concernente fator originário, uma espécie de realismo genético (documental) em que, no caso do direito, a norma venha a se traduzir no texto ou na vontade do respectivo agente criador.

Conclusão

Como poderia a hermenêutica jurídica crítica, atualmente consolidada nos domínios procedimentais e substantivos do Estado Democrático de Direito, configurar-se, conceitualmente, em prudência combativa, sem, contudo, atolar-se em extremos (o texto enquanto decreto indisponível ante à norma como segredo arbitrário) ou perder-se num ecletismo metodológico de plantão? Nas últimas décadas, a luta pelo reconhecimento de um espaço argumentativo aberto para além dos estanques limites semânticos das leis conduziu o aparelho jurídico nacional (doutrinário, jurisdicional e burocrático) a uma esquizofrenia prático-reflexiva destituída de limites, cuja reprimenda, tal qual o remédio que se transforma em veneno por excesso, tem nos conduzido de volta a uma posição de atrofia linguística. Noutras palavras, a hermenêutica que justificadamente se soltou das amarras da literalidade por causa de péssimos critérios decisoriais ornamentados na mera exegese subsuntiva, ao ter se pretendido liberta para produzir qualquer resultado, conduziu a interpretação para um exercício retórico de subjetividades no poder, acarretando uma contenção igualmente abusiva a conduzir mais uma vez o discurso de acordo com os passos de quem está no comando. Da reivindicação de novos significados, retroagimos para a reificação de sentidos canonizados no aparato da linguagem.

Eis o trajeto hermenêutico após o advento da Constituição de 1988: do texto à norma e da norma ao texto. Se na ida ficamos na dependência do intérprete que aplica o Direito, na volta substituímos o guardião pelo seu autor legislativo. Não é preciso dizer que o problema, de natureza interpretativa, permanecerá se a comunidade (dos intérpretes) continuar pensando assim. A arbitrariedade de qualquer decisão possui igual quilate em comparação à arbitrariedade de uma inflexível decisão imune a temperamentos.

Então, vamos nos propor a deixar um esboço de conceito para a hermenêutica jurídica, capaz de dialogar com os inevitáveis eventos pragmáticos de tensão entre a segurança jurídica

e a justiça material, entre a interpretação constitucional e a interpretação conforme a Constituição, entre o legislador e o judiciário, entre a democracia e os direitos fundamentais, entre o ativismo e a moderação, entre a política e o Direito, entre a jurisdição constitucional e a ordinária. Segundo essa concepção aqui delineada, o intérprete é aquele para quem o sentido de um texto é tributário de uma tradição interpretativa enraizada na efetiva ou potencial historicidade de uma fórmula – contínua e diacrônica – de compreensibilidade e adjudicação parametrizadas na e para além da linguagem descritiva. A linguagem será o meio através do qual as interpretações se apresentarão como produtos argumentativos; no caso do discurso jurídico, como o texto constitui a expressão de um critério normativo, será através dele que as ressonâncias significativas acalantarão, no contexto problemático de decisões, hipóteses de interpretação bem-vindas ou mal-sucedidas.

Ou seja, quem desafia a história dos acontecimentos e o tecido das razões decorrentes do mundo da vida, postulando uma interpretação confinada ao texto apenas porque a linguagem expressa estaticamente exclusivo significado, não pode ser considerado um defensor da matriz hermenêutica. Evidentemente que o significado literal não pode ser desprezado como uma causa abstrata a ser rejeitada em todas as circunstâncias. Entretanto, o significado literal poderá ser reivindicado apenas se, com ele, forem acrescidos argumentos capazes de sufragar o respectivo critério estipulado na letra do dispositivo em debate. Sendo assim, a semântica não reinará sozinha, senão acompanhada de uma pragmática existencial que convalide o critério sob escrutínio no universo complexo da aplicação do Direito.

Referências bibliográficas

ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**: Entre Permanência, Mudança e Realização no Direito Tributário. São Paulo: Malheiros, 2011.

ECO, Umberto. O pensamento fraco versus os limites da interpretação. In: ECO, Umberto. **Da árvore ao labirinto**: estudos históricos sobre o signo e a interpretação. Traduzido por Maurício Santana Dias. Rio de Janeiro: Record, 2013.

ECO, Umberto. **Nos ombros dos gigantes**. Traduzido por Eliana Aguiar. Rio de Janeiro: Record, 2018.

MARANHÃO, Juliano; ARAÚJO, Jorge Alberto de. Entimemas e inferência de princípios jurídicos. Teoria Jurídica Contemporânea. v. 3, n. 2, jul.-dez., 2018. p. 123-156.

PRIMEIRAS CONSIDERAÇÕES SOBRE OS FUNDAMENTOS DA LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS – LGPD (LEI Nº 13.709/2018)¹

José Tadeu Neves Xavier²

Gabriel Locks³

-
- 1 O presente ensaio foi elaborado a partir de debates desenvolvidos no Projeto de Pesquisa “Relações tensionais entre mercado, Estado e sociedade: interesses públicos versus interesses privados”, desenvolvido na Faculdade Fundação Escola Superior do Ministério Público (FMP).
 - 2 Pós-Doutor em Direito pela Universidade de Santiago de Compostela (Espanha). Doutor e Mestre em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), professor na Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público (FMP) (Graduação e Mestrado em Direito), na Escola da Magistratura do Trabalho do Rio Grande do Sul (FEMARGS) e na Faculdade Meridional (IMED). Advogado da União.
 - 3 Acadêmico do curso de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público (FMP), integrante do Projeto de Pesquisa “Relações tensionais entre mercado, Estado e sociedade: interesses públicos versus interesses privados”, desenvolvido na Faculdade Fundação Escola Superior do Ministério Público.

Resumo

A Lei nº 13.709/2018, Lei Geral de Proteção de Dados – LGPD, dispõe sobre a coleta e o tratamento de dados pessoais, regulamentando a atuação de entes privados e públicos, tendo repercussão em diversos setores do Direito. A referida legislação é inspirada no Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados da União Europeia – RGPD e, como fundamentos, possui: o respeito à privacidade; a autodeterminação informativa; a liberdade de expressão, de informação, de comunicação e de opinião; a inviolabilidade da intimidade, da honra e da imagem; o desenvolvimento econômico e tecnológico e a inovação; a livre iniciativa; a livre concorrência e a defesa do consumidor; e os direitos humanos, o livre desenvolvimento da personalidade, a dignidade e o exercício da cidadania pelas pessoas naturais.

Palavras-chave: Lei Geral de Proteção de Dados – LGPD. Dados pessoais. Coleta e tratamento de dados.

Abstract

Law No. 13.709 / 2018, General Data Protection Act - LGPD, it deals with the collection and processing of personal data, regulating the performance of private and public entities, with repercussions in various sectors of law. This legislation is inspired by the General Data Protection Regulation of the European Union - RGPD, and its fundamentals are: respect for privacy, informative self-determination, freedom of expression, information, communication and opinion, the inviolability of intimacy, honor and image, economic and technological development and innovation, free enterprise, free competition and consumer protection, and human rights, free development of personality, dignity and the exercise of citizenship by people natural.

Keywords: General Data Protection Act – LGPD – personal data – collection and processing of data.

Noções introdutórias sobre a proteção de dados

A evolução tecnológica propiciou a facilitação de acesso às informações pessoais, de forma que os dados pessoais acabaram por assumir especial relevância nos mais diversos setores sociais, interessando aos agentes que atuam no mercado e na gestão de planejamento de políticas públicas. As informações pessoais também representam, é claro, o espaço de identidade e privacidade do indivíduo. Nesse contexto, não são poucas as preocupações que surgiram no sentido de conter, regular e monitorar a coleta e o tratamento dos dados pessoais, tanto por particulares como pelo próprio Estado.

A tutela dos dados pessoais, portanto, passou a ser uma pauta mundial, desprezando fronteiras geográficas ou culturais. Inicialmente, o tema foi tratado em nível legislativo por alguns países europeus nas décadas de 60 e 70 do século passado, sendo que os primeiros registros de leis específicas sobre a temática foram encontrados na Alemanha, na Suécia e na Dinamarca. Posteriormente, houve grande evolução legislativa na União Europeia com a aprovação da Convenção nº 108 em 1981 e, anos mais tarde, com a edição da Diretiva nº 46, de 1995. A Diretiva nº 46 tratava mais especificadamente da tutela de informações pessoais relativa à proteção das pessoas no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados, promovendo (embora de forma insuficiente) a disciplina normativa e a discussão do tema em todos os países membros. Como evolução dessa Diretiva, foi aprovada, no ambiente europeu, a GDPR (*General Data Protection*), que entrou em vigor em 25 de maio de 2018 com aplicação impositiva a todos os países da Comunidade Europeia. A GDPR dedica-se, exclusivamente, à proteção de dados pessoais, com capacidade de influência nas relações econômicas daqueles que travam transações negociais com empresas sediadas em países dessa região (PINHEIRO, 2019).

No âmbito interno, o tema não passou despercebido. Durante muitos anos, no Brasil, a forma pela qual os dados pessoais

deveriam ser protegidos foi tema de debate, resultando na criação de diversos projetos de lei oriundos da Câmara Federal, do Senado Nacional e do Poder Executivo, prevendo variadas formas de se proteger e de regulamentar a matéria. Finalmente, em 2018, acabou por ter sido sancionada a Lei de nº 13.709, chamada de Lei Geral de Proteção de Dados – LGPD, que se assemelha à legislação da União Europeia em vigor, inserindo, em nosso ordenamento jurídico, regras gerais sobre a forma como os dados pessoais devem ser tratados.

Antes da LGPD, o Brasil dispunha apenas de leis esparsas para tratar de diferentes aspectos das relações jurídicas que envolviam dados pessoais, como o Código de Defesa do Consumidor – regulando a criação de banco de dados de consumidores –, o Código Civil – dispendo sobre os direitos da personalidade e intimidade –, o Marco Civil da Internet – estabelecendo princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet –, entre outras normas dedicadas a outros aspectos referentes a essa temática.

1 O advento da LGPD no cenário brasileiro

A Lei nº 13.709/2018 (Lei de Proteção de Dados Pessoais – LGPD) foi aprovada depois de vários anos de debates envolvendo diversos setores da sociedade. Sua aprovação trouxe regramento para o armazenamento, por parte de empresas e órgãos públicos, de informações pessoais de consumidores e usuários. Muito esperada pelo mercado e pela sociedade em geral, a legislação chega com considerável atraso temporal, colocando o Brasil dentro do círculo de países que destinam tratamento normativo específico ao tema.

O retardo na positivação de normas dedicadas a esse assunto, apesar de lamentável – à semelhança do que ocorreu em outros setores, como no Direito do Consumidor –, trouxe consigo uma considerável vantagem ao permitir o acompanhamento da experiência internacional e do direito comparado no tratamento da proteção de dados pessoais. Com isso, foi possível

selecionar os aspectos positivos que lhe servem de espelho e descartar as técnicas que não foram bem sucedidas.

Inovando em relação à legislação até então existente sobre a privacidade e a proteção de dados, posicionada em leis setoriais e dirigida a tutelas específicas – dos consumidores, dos empregados, dos ambiente *on-line*, etc. –, a LGPD adota escopo mais abrangente, abarcando toda e qualquer atividade que envolva o tratamento e o fluxo de dados pessoais – a coleta, o armazenamento, o compartilhamento, a exclusão, etc. –, tanto no ambiente virtual como no *offline*.

A LGPD regula as atividades relacionadas aos dados pessoais em geral, de viés cadastral (nome, idade, CPF, estado civil), de localização (endereço), eletrônicos (e-mail, participação em redes sociais), econômicos (situação patrimonial, hábitos de consumo, preferências), dentre outros. Com isso, ela sedimenta uma malha normativa de proteção dessas informações, com vistas à efetivação da privacidade do seu titular. Empresas e órgãos públicos que deixarem de observar essas regras estarão sujeitos a uma série de medidas sancionatórias.

No aspecto de mercado, a nova LGPD representa um passo significativo no caminho de diálogo entre o sistema normativo e o modelo de economia digital que vem se consolidando no contexto do mercado mundial. A economia fundada em dados – *data driven economy* – é uma realidade inquestionável e potencializa a ideia de globalização econômica, redimensionando as práticas de mercado. A coleta, o armazenamento e o tratamento de dados por empresas é uma das características mais marcantes da atividade econômica atual. No mundo inteiro, as empresas estão priorizando a coleta de dados como instrumento indispensável para melhor conhecer os consumidores, estudar o contexto de mercado e direcionar a confecção de novos produtos e a disponibilização de serviços mais condizentes com as necessidades de seus clientes. Os dados passaram a representar verdadeiros *ativos* para os agentes econômicos, que, sobre eles, constroem as suas iniciativas de produção. Nas palavras de Ricardo Alexandre de Oliveira,

...conhecendo melhor o público, as empresas conseguem oferecer com maior assertividade seus produtos e serviços, pensar em novos negócios e oportunidades, aumentar seus lucros e obter para si diferencial competitivo que pode ser determinante para se sobressair na sua área de atuação (OLIVEIRA, 2018, p. 241).

A LGPD é expressa ao dispor sobre sua extensão às pessoas naturais e jurídicas que coletam e/ou realizam tratamento de dados pessoais. Num primeiro momento, resta, claramente evidenciada, a busca de tutela dos dados pessoais frente aos agentes econômicos de mercado (empresários individuais ou organizações empresariais). No entanto, não se pode olvidar que as regras de tutela de dados também alcançam os entes e os órgãos públicos, para os quais a coleta de dados pessoais tem se mostrado de extrema valia, assumindo diferentes funções. É cada vez maior a quantidade de *smart cities*, ou seja, cidades com alto grau de automação e conexões com meios digitais, valendo-se dos proveitos da internet das coisas (IoT) na gestão de serviços e implementação de políticas públicas. A coleta e o tratamento de informações permitem uma melhor gestão dos serviços públicos.

Em seu artigo 1º, a LGPD dispõe, de forma preliminar, que o tratamento de dados (independentemente se ocorrer de modo *offline* ou *online*) ao qual a lei se refere é por pessoa natural ou por pessoa jurídica de direito privado. Desse modo, são protegidos os direitos fundamentais de liberdade e privacidade, além do livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural.

A Lei Protetiva dos Dados prevê exceções à sua aplicação, diminuindo sua incidência na utilização de dados pessoais para uso com fins estritamente pessoais ou exclusivamente jornalísticos, artísticos ou acadêmicos. Ela prevê o uso dessas informações para fins exclusivos de segurança pública, defesa nacional, segurança do Estado ou de atividades de investigação e repressão de infrações penais. Ademais, prevê o tratamento de dados provenientes de fora do território nacional que não sejam objeto de comunicação, uso compartilhado de dados com agentes de tratamento brasileiros ou de proveniência, desde

que o país de proveniência proporcione grau de proteção de dados pessoais adequados ao previsto na legislação brasileira.

A LGPD identifica o protagonismo de quatro possíveis atores no tratamento de dados: o titular, o controlador, o operador e o encarregado – sendo o controlador e o operador agentes de tratamento de dados. Na dicção legislativa, o titular é a pessoa natural a quem se referem os dados pessoais que são objeto de tratamento. O controlador é a pessoa natural ou jurídica a quem compete as decisões referentes ao tratamento de dados pessoais. Já o operador é a pessoa natural ou jurídica que realiza o tratamento de dados pessoais em nome do controlador. Por fim, o encarregado é a pessoa indicada pelo controlador e pelo operador, possuindo diversas atividades.

A noção de dados pessoais, por escolha da própria dicção legislativa, é aberta e representa toda informação relacionada à pessoa natural identificada ou identificável (art. 5º I, da LGPD). Segundo Bruno Ricardo Bioni, “o conceito de dado pessoal é considerado um elemento chave [podendo ser reducionista ou expansionista], sendo que diferenças sutis em torno da sua definição implicam em consequências drásticas para o alcance dessa proteção” (BIONI, 2015, p. 17, adaptado). O critério adotado pela Lei em discussão neste trabalho é expansionista. Ainda na lição do referido autor,

...o critério expansionista é aquele que aposta em uma lógica mais flexível, que desconsidera a associação exata entre uma informação e uma pessoa, sendo que o dado pessoal pode ser qualquer tipo de informação que permita a sua identificação, ainda que o vínculo entre o dado e um indivíduo não seja estabelecido de prontidão, mas de forma mediata ou indireta (BIONI, 2015, p. 17).

Ainda, cabe salientar que LGPD, de acordo com Danilo Doneda e Laura Schertel Mendes, oferece um modelo *ex ante*, pois nenhum dado pode ser considerado insignificante se estivermos realizando um tratamento de dados. Isso porque o referido regramento “está amparado em três características centrais: i) amplo conceito de dado pessoal; ii) necessidade de que qualquer tratamento de dados tenha uma base legal; e iii) legítimo

interesse como hipótese autorizada e necessidade de realização de um teste de balanceamento de interesses” (DONEDA; MENDES, 2018, p. 22).

Todo tratamento de dados deve ter uma base legal para sua realização. As bases legais são arroladas na LGPD (art. 10) e postulam que o tratamento de dados deve ser realizado: 1) mediante o fornecimento de consentimento pelo titular; 2) para o cumprimento de obrigação legal ou regulatória pelo controlador; 3) pela administração pública, para o tratamento e uso compartilhado de dados necessários à execução de políticas públicas previstas em leis e regulamentos ou respaldadas em contratos, convênios ou instrumentos congêneres, observadas as disposições da LGPD; 4) para a realização de estudos por órgão de pesquisa, garantida, sempre que possível, a anonimização dos dados pessoais; 5) quando necessário para a execução de contrato ou de procedimentos preliminares relacionados a contrato do qual seja parte o titular, a pedido do titular dos dados; 6) para o exercício regular de direitos em processo judicial, administrativo ou arbitral, esse último nos termos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996 (Lei de Arbitragem); 7) para a proteção da vida ou da incolumidade física do titular ou de terceiro; 8) para a tutela da saúde, exclusivamente, em procedimento realizado por profissionais de saúde, serviços de saúde ou autoridade sanitária; 9) quando necessário para atender aos interesses legítimos do controlador ou de terceiro, exceto no caso de prevalecerem direitos e liberdades fundamentais do titular que exijam a proteção dos dados pessoais; ou 10) para a proteção do crédito, inclusive quanto ao disposto na legislação pertinente.

Sendo o legítimo interesse uma das hipóteses de base legal para tratamento de dados, há a necessidade de se analisar a forma de utilização da hipótese. Só é possível fundamentar um tratamento de dados pessoais para as finalidades consideradas legítimas a partir de situações concretas. A legislação prevê um rol aberto de hipóteses (visto que é a situação concreta que define), como o apoio e a promoção de atividades do controlador e a proteção do titular em relação aos direitos que o beneficiem. É sempre importante verificar se o legítimo interesse está pre-

sente no tratamento de dados; se estiver, deve ser informado ao titular dos dados. Fabíola Meira de Almeida Santos e Rita Taliba têm apresentam uma importante a indagação sobre o tema:

Uma academia de ginástica que armazene os dados de saúde, peso e medidas do paciente possui legítimo interesse em acompanhar a evolução do aluno e lhe oferecer melhores técnicas e alternativas de evolução, mas será legítimo o interesse em compartilhar esses dados com cirurgiões plásticos ou lojas de suplementos sem a anuência expressa do aluno? (SANTOS; TALIBA,2018, p. 4).

A Agência Nacional de Proteção de Dados (ANPD) vai ser responsável por fiscalizar, aplicar sanções, regulamentar diversos pontos da lei e elaborar as diretrizes para a Política Nacional de Proteção de Dados Pessoais e da Privacidade, havendo inúmeras atividades a serem desenvolvidas.

2 Os fundamentos da LGPD

A LGPD é estruturada sob uma série de fundamentos que definem o sentido de sua existência, os quais são indicados em seu art. 2º., nos seguintes termos:

A disciplina da proteção de dados pessoais tem como fundamentos: i – o respeito à privacidade; ii – a autodeterminação informativa; iii – a liberdade de expressão, de informação, de comunicação e de opinião; iv – a inviolabilidade da intimidade, da honra e da imagem; v – o desenvolvimento econômico e tecnológico e a inovação; vi – a livre iniciativa, a livre concorrência e a defesa do consumidor; e vii – os direitos humanos, o livre desenvolvimento da personalidade, a dignidade e o exercício da cidadania pelas pessoas naturais..

Tais fundamentos outorgam identidade à LGPD, servindo-lhe como alicerce e fixando os valores que justificam a adoção de um sistema normativo específico voltado à tutela dos dados pessoais. Vejamos tais fundamentos mais detalhadamente:

(a) o respeito à privacidade: No contexto da sociedade atual, a privacidade, o direito de estar e/ou ser deixado só (*right to be alone*), representa um dos axiomas mais significativos na delimitação dos Direitos da Personalidade. A LGPD, ao posicionar o a privacidade como um de seus fundamentos, alinha-se a diversas normas, como a Declaração Universal de Direitos do Homem (*"art. 12. Ninguém será sujeito à interferência na sua vida privada, na sua família, no seu lar ou na sua correspondência, nem a ataque à sua honra e reputação. Todo ser humano tem direito à proteção da lei contra tais interferências ou ataques"*), a Constituição Federal (*"art. 5º, X – São invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano moral decorrente de sua violação"*) e a Codificação Civil (*"art. 21. A vida privada da pessoa natural é inviolável e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma"*).

É importante, no entanto, como afirmam Mario Cots e Ricardo Oliveira, notar que a LGPD não *isola* o indivíduo como forma de garantir sua privacidade, optando – acertadamente – por prever ferramentas para que a pessoa admita quem bem entender em sua vida privada, bem como a forma dessa admissão (COTS; OLIVEIRA, 2018, p. 63). A função de um sistema normativo de proteção dos dados não é o de salvaguarda dos dados em si, mas sim a de tutelar a pessoa que é o seu titular (MENDES, 2014, p. 32).

(b) a autodeterminação informativa: A pessoa natural é a titular de seus dados pessoais, os quais atuam como projeção de sua personalidade. Logo, é dela a disposição sobre suas informações pessoais, cabendo-lhe a escolha sobre quais os dados que serão compartilhados, com quem será realizado esse compartilhamento e a finalidade de sua utilização por terceiros. Nas palavras de Mario Cots e Ricardo Oliveira, a autodeterminação informativa conjuga a possibilidade de manifestação da vontade do titular – que não poderá ser impedido por terceiros –, com a obrigação do controlador em prestar informações sobre seus

dados e o tratamento que lhes for destinado (COTS; OLIVEIRA, 2018, p. 64/65).

Cabe ressaltar que o direito à autodeterminação informativa decorre das próprias bases principiológicas e normativas de promoção da pessoa consagradas em nosso ordenamento jurídico por meio de uma malha legislativa balizada pela Constituição Federal. Essas bases lhe reforçam a efetividade, o que é reconhecido pela LGPD, ao posicioná-la como um de seus fundamentos (CARVALHO, 2003).

(c) a liberdade de expressão, de informação, de comunicação e de opinião: As liberdades de manifestação (de expressão, informação, comunicação e opinião), assim como ocorre com a tutela da privacidade, possui assento constitucional (art. 5º, IX – é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença). É, em síntese, uma das facetas da liberdade, tomada em seu sentido maior e, portanto, uma das bases fundamentais de um sistema democrático. As liberdades de manifestação funcionam como um verdadeiro valor de ligação entre a proteção da vida privada e a intimidade e entre o direito à informação e a livre iniciativa. E é numa relação de equilíbrio entre esses elementos que se alcança a harmonia no convívio social.

(d) a inviolabilidade da intimidade, da honra e da imagem: A proteção da intimidade, da honra e da imagem é consequência natural do respeito à privacidade, assumindo, no entanto, viés mais específico. Nesse sentido, o regramento sobre a coleta e o tratamento de dados pessoais encontra aqui, além de um motivo justificador de sua própria existência, um indicador de limites a serem observados no seu exercício regular.

(e) o desenvolvimento econômico e tecnológico e a inovação: A coleta e a gestão regular de dados pessoais possuem especial importância para o desenvolvimento econômico, permitindo o acesso às informações que possam servir para a implementação de atividades que venham ao encontro do crescimento da economia, que, como se sabe, traz a reboque uma série de efeitos positivos para a sociedade em geral. A busca do alcance e da manutenção de sistema econômico saudável pressu-

põe o respeito à pessoa e aos seus valores, exigindo a existência de uma malha normativa sólida de proteção dos dados pessoais, em especial daqueles reconhecidos como sensíveis.

Em paralelo, um sistema adequado de tutela das informações pessoais do indivíduo fomenta a evolução tecnológica e as inovações, tanto no plano das atividades provadas como no planejamento e na implantação de políticas públicas.

(f) a livre iniciativa, a livre concorrência e a defesa do consumidor: Num modelo de livre mercado, como o brasileiro, cabe ao Estado atuar como agente de salvaguarda da liberdade na atuação no mercado, estimulando as iniciativas econômicas sem descuidar da defesa dos consumidores. Esse, inclusive, é o patamar normativo esculpido no texto do art. 170 da Constituição Federal, ao estabelecer as balizas da Ordem Econômica. Isso porque, como destaca Bruno Miragem, o acesso e a utilização dos dados pessoais, ao mesmo tempo que compreende um dos principais ativos empresariais na sociedade contemporânea, oferece riscos à privacidade dos consumidores diante das novas tecnologias da informação, refletindo fortemente no Direito do Consumidor (MIRAGEM, 2019, p. 173).

Nas palavras de Bruno Ricardo Bioni, os dados pessoais são o petróleo, o insumo ou uma *commodity*, estando para a economia da informação como a destruição do meio ambiente está para a economia industrial (BIONI, 2019, p. 107). Logo, nessa direção, o regramento sobre a proteção de dados pessoais acaba por se posicionar como uma necessidade imediata, a fim de garantir o equilíbrio entre os agentes que atuam no mercado.

(g) os direitos humanos, o livre desenvolvimento da personalidade, a dignidade e o exercício da cidadania pelas pessoas naturais: Ao finalizar o rol de fundamentos, a LGPD indica como base o reconhecimento dos direitos humanos e de seus consecutórios de atuação sob pessoa natural, reiterando a importância do direito ao livre desenvolvimento da personalidade, da dignidade e do exercício da cidadania, aos quais se vinculam as regras de tutela dos dados pessoais, que deve ser construída sob esse patamar. **Há uma inevitável intersecção entre a cláu-**

sula geral de tutela da dignidade humana e seus consectários e a proteção dos dados pessoais, em especial quando se trata de relações capazes de se projetar em ambientes virtuais e de direitos derivados dessa nova realidade (SOLER, 2020).

De acordo com Yuri Gonçalves dos Santos Rodrigues e Keila Pacheco Ferreira, a proteção dos dados pessoais na sociedade da informação representa uma evolução importante e necessária para o desenvolvimento da personalidade como um todo. Isso porque possibilita a contemplação e a promoção de valores individuais, garantindo, de maneira substancial, a proteção das relações privadas. Ademais, impulsiona valores sociais ao também garantir uma vida pública bem delineada – por mais paradoxal que pareça (RODRIGUES; FERREIRA, 2019).

Considerações finais

É notável que está crescendo cada vez mais a importância do debate sobre a proteção de dados em um mundo globalizado, onde tudo tem o poder de se transformar em um dado pessoal (seja um gasto com um cartão de crédito ou uma foto tirada com um smartphone). Não é à toa que, tanto no Brasil quanto na União Europeia, busca-se tutelar, de forma adequada e sempre atualizada, os dados pessoais.

Em diversos países já existe a concepção popular de que a proteção de dados deverá ser considerada um direito fundamental. No Brasil, há, inclusive, um projeto de emenda constitucional (PEC 17/2019) para incluir no rol do artigo 5º da Constituição da República Federativa do Brasil o direito fundamental à proteção dos dados pessoais. Conforme a relatora da PEC, a senadora Simone Tebet (MDB-MS),

...constitucionalizar a questão significa o Estado dizer que reconhece a importância do tema, classificando esse direito à proteção de dados como fundamental. Ou seja, o Estado, a sociedade, o cidadão, podem ter direito, como regra geral, ao conhecimento do outro, desde que haja realmente

necessidade. Do contrário, é preciso preservar ao máximo a intimidade e a privacidade dos dados.

Não há dúvidas de que, no Brasil, houve grande avanço com a Lei Geral de Proteção de Dados – LGPD para a tutela da proteção dos dados pessoais, tendo sido insuficientes as demais legislações quando tratavam a respeito do tema, uma vez que não regulamentavam os dados pessoais de uma maneira tão ampla e irrestrita. Também é certo que temos muito o que avançar e debater, enquanto sociedade, sobre o tema e sobre as futuras regulamentações da Agência Nacional de Proteção de Dados.

Referências

CARVALHO, Ana Paula Gambogi. O consumidor e a autodeterminação informacional: considerações sobre os bancos de dados eletrônicos. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 43, p. 77-119, abr./jun., 2013.

BIONI, Bruno Ricardo. **Proteção de Dados Pessoais: a função dos limites do consentimento**. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

BIONI, Bruno. **Xeque-mate, o tripé da proteção de dados pessoais no jogo de xadrez das iniciativas legislativas no Brasil**. São Paulo: GPoPAI/USP, 2015.

DONEDA, Danilo; MENDES, Laura Schertel. Comentário à nova Lei de Proteção de Dados (Lei 13.709/2019): o novo paradigma da proteção de dados no Brasil. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 120, p. 555-587, nov./dez., 2018.

COTS, Márcio; OLIVEIRA, Ricardo. **Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais comentada**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

MENDES, Laura Schertel, **Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor: linhas gerais de um novo direito fundamental**, São Paulo: saraiva, 2014.

MIRAGEM, Bruno. A Lei Geral de Proteção de Dados (Lei 13.709/2018) e o Direito do Consumidor. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 1.009, p. 173-222, nov., 2019.

OLIVEIRA, Ricardo Alexandre de. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e seus impactos no ordenamento jurídico. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 998, p. 241-261, dez., 2018.

PINHEIRO, Patricia Peck Garrido. Nova lei brasileira de proteção de dados pessoais (LGPD) e o impacto nas instituições públicas e privadas. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 1.000,

RODRIGUES, Yuri Gonçalves dos Santos; FERREIRA, Keila Pacheco. A privacidade no ambiente virtual: avanços e insuficiências da Lei Geral de Proteção de Dados no Brasil (Lei 13.109/2018). **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 122, p. 181-202, mar./abr., 2019.

SANTOS, Fabíola Meira de Almeida; TALIBA, Rita. Lei Geral de Proteção de Dados no Brasil e os possíveis impactos. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 998, p. 225-239, dez., 2018.

SOLER, Fernanda Gale. Direito ao Esquecimento: uma das bases para o debate acerca da internet e da proteção de dados pessoais. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 109, n. 1.012, p. 121-133, fev., 2020.

VULNERACIÓN DE LA GARANTÍA A NO AUTOINCRIMINARSE COMO CONSECUENCIA DEL TRATAMIENTO PUNITIVO DEL DELITO DE COMERCIO CLANDESTINO

Rodrigo Hernán Ríos Álvarez¹

1 Profesor de Derecho Procesal Penal y Litigación Oral, Universidad Finis Terrae. Magister en Derecho con Mención en Derecho Público y Abogado de la Universidad de Chile.
Correo electrónico: rhríos@gmail.com

Resumo

O objetivo deste trabalho é analisar a infração tributária prevista e sancionada no artigo 97 n° 9 do Código Tributário chileno, ilícito conhecido como "comércio clandestino", e ver como sua aplicação entra em tensão com o direito constitucional de não se auto-incriminar. Em particular, será mostrado qual foi a posição majoritária dos tribunais chilenos em torno da interpretação do referido crime, para a qual os elementos desse tipo criminoso serão analisados e a maneira pela qual eles têm resolvido o vínculo do crime. Será feita uma tentativa de demonstrar que é possível reinterpretar o crime do comércio clandestino de tal maneira que sua aplicação não contradiga o direito constitucional de não se declarar contra si mesmo.

Palavras chaves: clandestino, comércio, não se autoincriminar.

Abstract

The purpose of this paper is to analyze the tax infraction foreseen and sanctioned in article 97 n° 9 of the Chilean Tax Code, illicit known as "clandestine commerce", and to see how its application is in tension with the constitutional right of not self-incriminating. In particular, it will be shown what was the majority position of the Chilean courts around the interpretation of that crime, for which elements of this criminal type will be analyzed and the manner in which they have resolved the crime bond. An attempt will be made to demonstrate that it is possible to reinterpret the crime of clandestine commerce in such a way that its application does not contradict the constitutional right not to declare itself.

Keywords: clandestine, commerce, right not to declare itself.

Planteamiento del problema

El presente trabajo tiene por objeto analizar el delito tributario previsto y sancionado en el artículo 97 N° 9 del Código del ramo, esto es, el ilícito conocido con el nombre de “comercio clandestino”, y ver de qué manera —y en que supuestos— su aplicación entra en tensión con el derecho constitucional a no autoincriminarse. En particular, se mostrará cuál ha sido la postura mayoritaria que han venido sosteniendo nuestros tribunales en torno a la interpretación de dicho delito, para lo cual se analizarán los elementos de este tipo penal, y la manera en que han venido resolviendo la vinculación del mismo con otros tipo de ilícitos², por lo que en base a ello distinguiremos el tratamiento punitivo que debe darse a esta figura penal en el supuesto en que esté acompañada de un delito base, como asimismo en los casos en que sólo ella concorra.

En ese contexto se demostrará que dicha interpretación entra en contradicción con el derecho a no autoinculparse, tensión que como veremos ha sido generalmente obviada por nuestros tribunales, lo cual ha llevado a que en términos prácticos se haya venido favoreciendo la regulación de rango legal por sobre el reconocimiento del derecho constitucional indicado. Aquí se desarrollará brevemente el alcance que creemos debe darse a esta garantía en materia tributaria a la luz de la normativa existente hoy en día en nuestro país, tanto a nivel legal³ como constitucional⁴, así como en tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes⁵.

Luego, presentaremos nuestra reinterpretación respecto del alcance del tipo penal de comercio clandestino, postura que en definitiva intenta salvar la tensión que se genera de su actual aplicación con el derecho constitucional antes mencionado. Así,

2 Principalmente nos estamos refiriendo a los delitos de infracción a la propiedad intelectual (el coloquialmente conocido delito de “pirateo”) y al de contrabando, y cómo los tribunales han venido entendiendo las relaciones existentes entre ellos a la luz de la teoría de concursos, con las implicancias penológicas que conllevan las decisiones en esta sede.

3 Artículos 93 letra g), 194, 195 y 305 (en su extensión a los testigos) del Código Procesal Penal

4 Artículo 19 N° 7 letra f) de la Constitución Política de la República.

5 No perdiendo de vista el rol fundamental que debe darse al inciso 2° del artículo 5° de nuestra Constitución Política.

en el recorrido propuesto, será pieza fundamental de nuestro análisis la jurisprudencia existente a la fecha y que ha sido producida en el contexto de la reforma procesal penal vigente en nuestro país desde el año 2001, sin perjuicio de referencias a algunos fallos que fueron dictados bajo la regulación del Código de Procedimiento Penal.

En definitiva, se intentará demostrar que es posible reinterpretar el delito contemplado en el artículo 97 N° 9 del Código tributario de manera tal que su aplicación no entre en contradicción con el derecho constitucional a no declarar contra si mismo, de igual manera que con la normativa civil reguladora de la existencia y validez de los actos jurídicos.

Comercio clandestino. Análisis del artículo 97 N° 9 del Código Tributario

Esta norma sanciona “el ejercicio efectivamente clandestino del comercio o de la industria con multa del treinta por ciento de una unidad tributaria anual a cinco unidades tributarias anuales y con presidio o relegación menores en su grado medio y, además, con el comiso de los productos e instalaciones de fabricación y envases respectivos”.

Lo primero que hay que resaltar, y que en la hora actual ya nadie discute, es que este tipo penal establece claramente dos elementos:

- 1- Ejercicio del comercio o de la industria, y
- 2- Que dicho ejercicio sea efectivamente clandestino⁶.

En primer término, y siguiendo la interpretación mayoritaria de nuestros tribunales, este delito hace referencia al “ejercicio del comercio o la industria”, y para efectos de esta-

6 En los inicios de la reforma procesal penal pueden encontrarse algunos fallos en los cuales se agregaba un tercer elemento a este tipo penal, a saber, que el objeto del comercio sean mercaderías cuya producción o comercio esté gravada con algún tributo. En este sentido podemos citar los fallos del Juzgado de Garantía de Calama en RUC N° 0200071843-5, de fecha 30 de agosto de 2003, considerando tercero, y en RUC N° 0200130113-9, de fecha 29 de octubre de 2003, considerandos tercero y quinto.

blecer el alcance de ambos conceptos, debemos remitirnos al Código de Comercio. Así, en lo referente a la noción de comercio debemos atender al hecho que se ejecuten uno o más actos de aquellos enumerados en el artículo 3° del Código referido^{7 8}. En cuanto a la industria, dicho artículo 3° al enumerar los actos de comercio incluye en su número 5 a las “empresas de fábrica, manufacturas, almacenes, tiendas, bazares, fondas, cafés y otros establecimientos semejantes”, lo cual ha llevado a sostener que entre los conceptos de comercio e industria existe una relación de género a especie.

Tenemos entonces que el ejercicio del comercio o la industria forman parte esencial del tipo penal. En consecuencia, sólo podrá ser sujeto activo del mismo quien efectúe dichas actividades. Como se sostuvo, al existir una relación de “género a especie” entre ambas nociones, el énfasis debe estar dado entonces en el concepto genérico de “comercio”. La normati-

7 El artículo 3° del Código de Comercio dispone: “Son actos de comercio, ya de parte de ambos contratantes, ya de parte de uno de ellos: 1° La compra y permuta de cosas muebles, hechas con ánimo de venderlas, permutarlas o arrendarlas en la misma forma o en otra distinta, y la venta, permuta o arrendamiento de estas mismas cosas. Sin embargo, no son actos de comercio la compra o permuta de objetos destinados a complementar accesoriamente las operaciones principales de una industria no comercial. 2° La compra de un establecimiento de comercio. 3° El arrendamiento de cosas muebles hecho con ánimo de subarrendarlas. 4° La comisión o mandato comercial. 5° Las empresas de fábricas, manufacturas, almacenes, tiendas, bazares, fondas, cafés y otros establecimientos semejantes. 6° Las empresas de transporte por tierra, ríos o canales navegables. 7° Las empresas de depósito de mercaderías, provisiones o suministros, las agencias de negocios y los martillos. 8° Las empresas de espectáculos públicos, sin perjuicio de las medidas de policía que corresponda tomar a la autoridad administrativa. 9° Las empresas de seguros terrestres a prima, incluso aquellas que aseguran mercaderías transportadas por canales o ríos. 10. Las operaciones sobre letras de cambio, pagarés y cheques sobre documentos a la orden, cualesquiera que sean su causa y objeto y las personas que en ella intervengan, y las remesas de dinero de una plaza a otra hechas en virtud de un contrato de cambio. 11. Las operaciones de banco, las de cambio y corretaje. 12. Las operaciones de bolsa. 13. Las empresas de construcción, carena, compra y venta de naves, sus aparejos y vituallas. 14. Las asociaciones de armadores. 15. Las expediciones, transportes, depósitos o consignaciones marítimas. 16. Los fletamentos, seguros y demás contratos concernientes al comercio marítimo. 17. Los hechos que producen obligaciones en los casos de averías, naufragios y salvamentos. 18. Las convenciones relativas a los salarios del sobrecargo, capitán, oficiales y tripulación. 19. Los contratos de los corredores marítimos, pilotos lemanes y gente de mar para el servicio de las naves. 20. Las empresas de construcción de bienes inmuebles por adherencia, como edificios, caminos, puentes, canales, desagües, instalaciones industriales y de otros similares de la misma naturaleza”.

8 En este sentido, fallo del Juzgado de Garantía de Calama RUC N° 0400228379-K, de fecha 19 de abril de 2005, considerando décimo: “la norma exige que en primer lugar se ejerza un comercio, lo que no lleva indefectiblemente a aquel listado de actos de comercio que prevee el artículo 3 del Código del ramo, entre los que se encuentra precisamente la “compra o permuta de cosas muebles hecha con el ánimo de venderlas, en la misma forma o en otra distinta”.

va comercial no nos brinda una definición de “comercio”, por lo que será la voz “acto de comercio” la noción a partir de la cual deberá construirse todo intento que tenga por finalidad determinar el alcance del concepto “comercio” en nuestro ordenamiento jurídico. Así las cosas, podemos afirmar que la primera aptitud que debe poseer el sujeto activo de este ilícito es que el mismo realice actos de comercio. Volveremos más adelante sobre este punto.

Ahora bien, continuando con los elementos que componen este tipo penal, debemos constatar que el ejercicio del comercio —o la industria— debe efectuarse en términos “efectivamente clandestinos”⁹. El Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española señala que es clandestino “*lo que se hace secretamente por temor a la ley o para eludirla*”¹⁰. En consecuencia, puede decirse que es ejercicio clandestino del comercio o de la industria el ejecutar actos de comercio en forma secreta, sea que ellos tengan el carácter de comerciales propiamente tales o industriales, con el objeto de eludir el pago de los tributos a que dichos actos dan origen¹¹. Existe consenso en el sentido de que un comerciante o industrial cuyo establecimiento esté abierto

9 “Sobre la razón de la inclusión del término “efectivamente” en el tipo, es dable indicar que con anterioridad a la Ley 15.575 se prestó a dudas el establecer cuándo una actividad comercial o industrial se ejercía en forma “secreta” u “oculta”, circunstancia o elemento que caracteriza a la clandestinidad. Así, por ejemplo, mucho se discutió si era o no comerciante “clandestino” aquel que, sin dar aviso de iniciación de negocios, desarrollaba actividades mercantiles en forma totalmente ostensible, en un establecimiento abierto al público; sin embargo, la expresión “ejercicio efectivamente clandestino”, que se encuentra en la redacción dada por la Ley 15.575 al N° 9 del Artículo 97, ha venido a arrojar ciertas luces sobre el punto, permitiendo concluir que un comerciante o industrial cuyo establecimiento esté abierto al público no sería clandestino, aún cuando no hubiere presentado la declaración inicial a que se refiere el artículo 68 del Código Tributario, hecho que, en todo caso, está sancionado en el artículo 97, N° 1, del mismo cuerpo legal, debiendo considerarse, por el contrario, clandestino a toda persona natural o jurídica que ejerce una actividad comercial al margen del control y supervigilancia de los órganos fiscalizadores de este tipo de actividades, eludiendo así las exigencias de contar con los permisos, pago de derechos e impuestos y otros propios de la actividad y, por ello, inobservando las regulaciones legales pertinentes, particularmente municipales y tributarias”. Fallo del Cuarto Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago, de fecha 18 de marzo de 2006, RUC. 0500233886-8.

10 Primera acepción de la definición obtenida en www.rae.es.

11 En esta línea podemos citar un fallo reciente de la Excm. Corte Suprema, de fecha 29 de enero de 2007, Rol N° 6451-05, el cual en su considerando décimo sexto sostiene: “El artículo 97 N° 9 del texto legal citado, añade un elemento adicional, cual es el ejercicio efectivamente clandestino del comercio, lo que viene a significar su realización secreta con el fin de eludir el cumplimiento de la ley, de manera que supone el incumplimiento de las exigencias legales relativas a la declaración y pago de los impuestos”.

al público no sería clandestino, en cambio si poseería tal cualidad todo aquel que ejerza una actividad comercial al margen del control y supervigilancia de los órganos fiscalizadores de este tipo de actividades¹².

En cuanto al bien jurídico protegido, es ya pacífico concluir que el orden público económico es el objeto tutelado por la norma tributaria bajo análisis¹³. Así quien realiza este tipo penal altera las reglas económicas dadas para todos los agentes distorsionando el mercado, afectando la libre competencia, entre otros alcances que han sido señalados a nivel jurisprudencial¹⁴. Esta ha sido además la postura estatal en su faceta persecutoria (rol del Servicio de Impuestos Internos y Ministerio Público).

Por su parte, este delito tampoco exige la efectiva afectación del patrimonio fiscal, por lo que estamos ante un tipo penal de mera actividad, por cuanto el tipo objetivo del artículo 97 N° 9 del Código tributario no exige la producción de un resultado determinado¹⁵: basta la pura actividad desplegada por el autor,

12 En el mismo sentido Fallo dictado por el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Antofagasta, de fecha 16 de julio de 2005, en investigación RUC 0400160762-1, en el cual se sostiene: "La clandestinidad está dada por la circunstancia de haberse sustraído al control y fiscalización de los órganos fiscalizadores de este tipo de actividades, eludiendo las exigencias de contar con los permisos, pago de derechos y otros propios de la actividad y, por lo mismo, incumpliendo normativas aduaneras municipales y tributarias".

13 José Luis Cea ha definido el Orden Público Económico como: "El conjunto de principios y normas jurídicas que organizan la economía de un país y facultan a la autoridad para regularla en armonía con los valores de la sociedad nacional formulados en la Constitución", citado por UGALDE PRIETO, Rodrigo y GARCÍA ESCOBAR, Jaime, Curso sobre delitos e infracciones tributarias. Editorial Lexis Nexis, Tercera Edición, 2007, página 3. Cfr. Van Weezel, quien sostiene que: "Es posible sostener que los tipos penales previstos en el Código Tributario protegen fundamentalmente la Hacienda Pública, que puede ser afectada por el comportamiento de cualquier ciudadano. Este bien jurídico es protegido por regla general a través de tipos penales de peligro, pero no de mera desobediencia. El autor no necesita conocer el efecto evasivo concreto, pero sí el hecho de que la maniobra es apta para desfigurar el monto del impuesto, incrementar el crédito, etc.". van WEEZEL, Alex, Delitos Tributarios, Editorial Jurídica de Chile, Primera edición, 2007, página 18.

14 Véase en este sentido: Fallo del Tribunal Oral en lo Penal de Arica, RUC N° 0300035831-1, de fecha 29 de enero de 2004, considerando vigésimo segundo; Fallo de la Corte de Apelaciones de Concepción, ROL N° 528-2005, de fecha 19 de agosto de 2005; Fallo de la Corte de Apelaciones de Valparaíso, RUC N° 0400193184-4, de fecha 5 de septiembre de 2005.

15 Sostiene Zaffaroni que no hay delito sin resultado. "Hay tipos que exigen la producción de determinado resultado...y otros que no lo hacen, o sea, que no precisan el resultado típico... Cuando no se exige la producción de un resultado determinado en el tipo objetivo, éste puede ser cualquier mutación del mundo, con tal que resulte lesiva del bien jurídico". ZAFFARONI, Eugenio Raúl, Manual de Derecho Penal, Parte General, Ediar, 2006, página 360.

plasmada en este caso en la realización de actos de comercio de manera efectivamente clandestina.

Así las cosas, tenemos en una aproximación preliminar como sujeto activo de este delito a aquel que ejerce actos de comercio de manera efectivamente clandestina, por lo que la ostensibilidad¹⁶ en el ejercicio del comercio conlleva de plano una imposibilidad de subsumir dicha conducta dentro del tipo penal previsto y sancionado en el N° 9 del artículo 97 del Código Tributario¹⁷.

Hasta aquí, podría sostenerse que, no hay mayores problemas interpretativos. Las dificultades aparecen en consecuencia por dos vías:

- En primer lugar, a la hora de determinar si este sujeto activo debe o no ser un "contribuyente" a la luz de la legislación tributaria, y
- En segundo lugar, si el concepto de "comercio" debe ser interpretado en armonía con la normativa civil relativa a los actos jurídicos, en cuanto a los requisitos de existencia y validez de estos.

Independiente de qué camino se recorra, en lo sucesivo, se intentará demostrar que el estudio de la normativa tributaria, y en particular, respecto del ilícito que aquí se analiza, debe efectuarse de la mano de los preceptos constitucionales que adquieren competencia en el mismo. Así, se reinterpretará el tema en comento a la luz de su vinculación con el derecho constitucional a no autoincriminarse, lo que nos llevará a determinar finalmente quién es el sujeto activo de este delito, y cuál es, a nuestro juicio, el alcance típico que debe dársele al mismo, superando de esa manera la tensión legal-constitucional que surge

16 Al respecto atingente resulta lo sostenido por Alejandro Dumay Peña en su obra *El Delito Tributario*: "Al discutirse el proyecto de Código Tributario, se dejó constancia que no caben dentro del delito que se establece en este número, las personas que no tienen ánimo de clandestinidad, tales como los pequeños artesanos que trabajen en sus propios domicilios y que colocan algún letrero visible que anuncia su oficio". Citado por UGALDE PRIETO, Rodrigo y GARCÍA ESCOBAR, Jaime, op. cit. p. 62.

17 Es importante tener presente lo dispuesto en el artículo 16 del Reglamento del RUT, el cual establece que se presume la clandestinidad para los efectos del ilícito previsto en el artículo 97 N° 9 del Código Tributario, si el sujeto no está inscrito en dicho registro.

como consecuencia de la argumentación aparejada a la postura mayoritaria de nuestros tribunales de justicia.

¿Debe ser un “contribuyente” el sujeto activo del delito contemplado en el N° 9 del artículo 97 del Código Tributario?

En primer término, debemos tener presente que el artículo indicado está ubicado en el Título II “*De las infracciones y sanciones*”, específicamente en el párrafo denominado: “*De los contribuyentes y otros obligados*”. En ese contexto nos encontramos con el establecimiento y sanción de lo que se ha tendido a llamar “comercio clandestino” (N° 9). Como primera aproximación, podemos sostener que la enumeración que efectúa el artículo 97 en comento está dirigida tanto a los “contribuyentes”, así como también a “otros obligados”¹⁸. En lo que respecta al N° 9 del artículo citado, el sujeto activo debe al menos ser un “obligado” ante la legislación tributaria, entendiendo esta característica como una relación más tenue en comparación con la que posee un “contribuyente” para con el Estado en términos de obligaciones tributarias¹⁹, única razón para haber efectuado la distinción en el párrafo en cuestión.

¿Quiénes son contribuyentes? Para hacerse cargo de esta interrogante, debemos recurrir en primer término a la normativa tributaria vigente en nuestro país, así tenemos que el N° 5 del artículo 8° del Código Tributario entiende por tales a “*las perso-*

18 El artículo 97 del Código Tributario establece una enumeración de una serie de conductas que tienen aparejada una distinta sanción. Así se pueden agrupar en infracciones que se sancionan sólo a nivel pecuniario y otras que se castigan tanto a nivel pecuniario como corporal. Dentro de éstas últimas se encuentra el N° 9 que reprime el comercio clandestino. Para un análisis en torno a la diferenciación de las conductas sancionadas en el artículo 97 del Código Tributario, en delitos e infracciones, véase van WEEZEL, Alex, op. cit., páginas 23 y ss.

19 Se sostiene que en la relación jurídico-tributaria se puede distinguir entre obligaciones principales y accesorias. Las primeras se refieren a pagar una determinada suma de dinero al Fisco (obligación de dar), en cambio en las segundas estaríamos ante deberes tributarios sin contenido patrimonial, como, por ejemplo, inscripción en roles o registros obligatorios, presentación de informes ante la autoridad tributaria, etc. Véase UGALDE PRIETO, Rodrigo y GARCÍA ESCOBAR, op. cit., páginas 1 y 2.

nas naturales y jurídicas, o los administradores y tenedores de bienes ajenos afectados por impuestos". Por su parte el artículo 3° del Decreto Ley N° 825 establece que "son contribuyentes, para los efectos de esta ley, las personas naturales o jurídicas, incluyendo las comunidades y las sociedades de hecho, que realicen ventas, que presten servicios o efectúen cualquier otra operación gravada con los impuestos establecidos en ella"²⁰.

Con este marco, un contribuyente puede ser sujeto activo de este tipo de delitos, por ejemplo, en la medida que efectúe las actividades por las cuales es considerado como tal, de manera oculta y al margen de la ley, esto es, de manera efectivamente clandestina. Si realiza cualquier otra actividad para con la cual no debe ser considerado un "contribuyente", deberíamos entenderlo igualmente apto para ser sancionado como autor de este delito, pero esta vez bajo la noción de "obligado", en el sentido de entender esta segunda aptitud con un carácter genérico en relación con el carácter de contribuyente. Si se quiere, esta relación de género a especie podría sintetizarse de la siguiente manera: todo contribuyente es un obligado, pero no todo obligado es un contribuyente.

La pregunta que surge consecuencialmente entonces es: ¿Quiénes son "obligados" en el contexto del comercio clandestino? A nuestro entender serán aquellos que, sin ser contribuyentes, efectúan actos de comercio de manera efectivamente clandestina. Sería un obligado quien, por ejemplo, efectúa ventas de cosas muebles —actividad sujeta a tributo—, pero lo hace de manera efectivamente clandestina, esto es, de forma secreta y oculta —careciendo de ostensibilidad en su realización— impidiendo de esa manera una regulación estatal de dicha actividad.

Primera delimitación en torno al sujeto activo en este ilícito: es indiferente si el sujeto activo es o no un contribuyente. Lo

20 Respecto de quiénes son contribuyentes en relación a las rentas obtenidas, el D. L N° 824, establece de manera indirecta que en su artículo 3° que: "Salvo disposición en contrario de la presente ley, toda persona domiciliada o residente en Chile, pagará impuestos sobre sus rentas de cualquier origen, sea que la fuente de entradas esté situada dentro del país o fuera de él, y las personas no residentes en Chile estarán sujetas a impuesto sobre sus rentas cuya fuente esté dentro del país.

esencial es que a lo menos el autor sea un “obligado” para ante la ley tributaria²¹.

Ahora bien, respecto de la conducta por realizar, debe tratarse de actos de comercio “efectivamente clandestinos”, entendiéndose por tal, aquella actividad no ostensible, que quede al margen de la percepción reguladora del Estado, en este caso, representado por el Servicio de Impuestos Internos.

¿El concepto de “comercio” debe ser interpretado en armonía con la normativa civil que regula a los actos jurídicos?

Se ha señalado que es indiferente que el sujeto activo de este delito sea o no un “contribuyente” bastando que al menos estemos en presencia de un “obligado”. Luego en cuanto a la conducta que debe ser desplegada por este sujeto activo, hemos venido señalando que como verbo rector el N° 9 del artículo 97 del Código Tributario tipifica el ejercicio efectivamente clandestino del comercio o la industria. Respecto de la clandestinidad efectiva hay consenso en que esta apunta a la falta de ostensibilidad en la realización de la actividad comercial o industrial, lo que redundaría en un ejercicio al margen de todo control estatal. Respecto de los conceptos de comercio e industria, hemos adelantado que estamos ante conceptos que se vinculan en términos de género a especie, por lo que el énfasis debe venir dado en el alcance que debemos darle a la noción de comercial. Aquí es unánime el colegir que debe entenderse el concepto de comercio en base a lo que la legislación comercial cataloga como “acto de comercio”. A la luz de dicha enumeración, se ha sostenido, debe construirse cualquier definición que reclame vigencia dentro de nuestro ordenamiento jurídico. Ante

21 Véase van Weezel, op. cit. página 112 y ss: “La mayor parte de los delitos tributarios son delitos comunes, susceptibles de ser cometidos por cualquier persona...como el derecho penal es personalísimo, se entiende que sólo quien puede ser sujeto pasivo de la pena, es decir, “quien debió cumplir la obligación”, puede ser destinatario de la norma de comportamiento, esto es, realizar la conducta típica”.

ello creemos que es válido plantear la siguiente pregunta: ¿Es suficiente el artículo 3° del Código de Comercio para entender y dotar de sentido la noción de comercio que tipifica como verbo rector el N° 9 del artículo 97 del Código Tributario? A nuestro entender, toda interpretación para dotar de sentido al concepto de "comercio", en el contexto del delito en estudio, que se base única y exclusivamente en el artículo 3° del Código de Comercio, en determinados aspectos, carecerá de respuestas aceptables y acordes con un Estado democrático de Derecho. Específicamente, creemos que el aspecto crucial para interpretar esta materia viene dado por los supuestos en que esta figura es asociada a otros delitos que sirven de "base" para su castigo, lo cual ha venido siendo la tendencia mayoritaria de nuestros tribunales de justicia.

Tal como se esbozó más arriba, los delitos con los cuales se vincula a este ilícito tributario son básicamente dos: el primero relacionado con las infracciones a la propiedad intelectual, específicamente nos referimos al delito previsto y sancionado en el artículo 80 letra b) de la ley 17.336²², y el segundo corresponde al delito de contrabando²³.

Así, el supuesto común por el cual adquiere aplicación este delito tributario es aquel en que existe una actividad ilícita base, por ejemplo, cada vez que alguien "vende" especies de origen

22 El artículo 80 de la ley 17.336 dispone: "Cometen, asimismo, delito contra la propiedad intelectual y serán sancionados con las penas que se indican en cada caso: b) Los que, en contravención a las disposiciones de esta ley o a los derechos que ella protege, intervengan, con ánimo de lucro, en la reproducción, distribución al público o introducción al país, y los que adquieran o tengan con fines de venta: fonogramas, videogramas, discos fonográficos, cassettes, videocasetes, filmes o películas cinematográficas o programas computacionales. Los autores serán sancionados con la pena de presidio o reclusión menores en su grado mínimo, aumentándose en un grado en caso de reincidencia".

23 El delito de contrabando se encuentra establecido en el artículo 168 de la Ordenanza de Aduanas (D.F.L. N° 30), el cual prescribe que: "(inciso 2°) Incurrirá en el delito de contrabando el que introduzca al territorio nacional, o extraiga de él, mercancías cuya importación o exportación, respectivamente, se encuentren prohibidas. (inciso 3°) Comete también el delito de contrabando el que, al introducir al territorio de la República, o al extraer de él, mercancías de lícito comercio, defraude la hacienda pública mediante la evasión del pago de los tributos que pudieren corresponderle o mediante la no presentación de las mismas a la Aduana. (inciso 4°) Asimismo, incurre en el delito de contrabando el que introduzca mercancías extranjeras desde un territorio de régimen tributario especial a otro de mayores gravámenes, o al resto del país, en alguna de las formas indicadas en los incisos precedentes". Así, se ha dado lugar a la clasificación doctrinaria de este tipo penal en contrabando propio (inciso 2°) y contrabando impropio (incisos 3° y 4°).

ilícito, obteniendo una “ganancia” de dicha actividad. ¿Es esta una conducta que debe ser catalogada como “comercio”? ¿Son “actos de comercio” aquellos actos que adolecen de objeto ilícito, y por ende nulos absolutos (anulables), es más, contrarios al ordenamiento jurídico?, ¿Debemos considerar a quien efectúa dicha actividad ilícita como un “contribuyente” o bien como un “obligado”, y así entender que pueden ser sujetos activos del delito de comercio clandestino?

En este punto no podemos soslayar la normativa civil que rige a los actos jurídicos, en particular en lo que dice relación con el objeto como requisito de estos. Teniendo presente lo anterior, hay que hacerse cargo de la interrogante en torno a si aquel que realiza una actividad ilícita –por ejemplo, venta de cd’s falsificados– puede ser sancionado, aparte del castigo por la ley de propiedad intelectual, además como autor del delito tributario mencionado, el cual exige que el sujeto activo sea a lo menos un “obligado” ante la ley tributaria, y que éste realice actos de comercio. Creemos que no cualquier actividad puede subsumirse en el tipo penal-tributario en análisis, ya que como hemos venido afirmando, sólo aquellas conductas constitutivas de “actos de comercio” podrían ser aptas para ser encasilladas dentro de la descripción típica. En la especie ¿es acto de comercio la venta de cd’s “piratas”? La respuesta no puede pasar por alto la regulación civil de los actos jurídicos, en particular la regulación de los requisitos de existencia y validez de estos. Aquí clave es la determinación de la licitud del objeto como requisito de todo acto jurídico –dentro de los cuales están los actos de comercio– ya que, si éste es ilícito, si bien el acto adquiere existencia, el mismo nace con un vicio que lo hace anulable, esto es, invalidado por la declaración de nulidad absoluta²⁴.

Para saber cuándo estaremos en presencia de un objeto que sea ilícito, siguiendo en este punto a Vial del Río, podemos determinarlo luego de conjugar varios preceptos. Así, en primer lugar, se debe tomar en cuenta lo establecido en el artículo 1445 del Código Civil, el cual requiere que el objeto del acto debe

24 Para una comprensión acabada del tema, véase VIAL del RÍO, Víctor, *Teoría General del Acto Jurídico*, Editorial Jurídica de Chile, Quinta edición, 2007.

ser lícito. “Si se considera que el objeto del acto consiste en una cosa o en un hecho, sólo cuando el acto tiene por objeto un hecho podría formularse un juicio de licitud o ilicitud al hecho objeto del acto, lo que no es posible cuando el acto tiene por objeto una cosa, ya que las cosas, por sí mismas, no son lícitas ni ilícitas. Lo que podría ser ilícito en relación con las cosas son ciertos actos o contratos que tuvieran por objeto determinadas cosas”²⁵. Luego, tenemos que el artículo 1466 del Código Civil señala que hay objeto ilícito en todo contrato que la ley prohíbe, sumado al artículo 1464, del mismo cuerpo legal, el que señala casos en los cuales la enajenación de determinadas cosas adolece también de objeto ilícito, finalmente está lo señalado en el artículo 10 del código referido, el cual establece que “los actos que prohíbe la ley son nulos y de ningún valor; salvo en cuanto designe expresamente otro efecto que el de nulidad para el caso de contravención”. De lo anterior Vial del Río colige que es ilícito el objeto cuando este consiste en la ejecución de un hecho que atenta contra la ley, el orden público, la moral y las buenas costumbres²⁶.

En nuestro caso particular, podemos sostener entonces que los actos efectuados en el contexto de actividades delictivas adolecerían de objeto ilícito, toda vez que estaríamos en presencia de un acto que tiene por objeto la realización de un delito, y que en definitiva estaría revestido de un vicio de nulidad absoluta²⁷ ante el ordenamiento jurídico²⁸. Hay que destacar eso si, como es sabido, que la nulidad no produce sus efectos *ipso iure*, lo cual implica que en la práctica el acto o contrato, mientras no sea declarado nulo por una sentencia firme y ejecutoriada, produce todos sus efectos como si fuese válido —aquí entonces el acto o contrato es anulable, más no aún nulo— por lo que perfectamente podría dar lugar al nacimiento de obligaciones entre quienes concurren a su celebración, lo cual estaría

25 Op. cit. página 164.

26 Op. cit. página 165.

27 Tal como lo señala el artículo 1682 del Código Civil: “La nulidad producida por un objeto o causa ilícita, y la nulidad producida por la omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos en consideración a la naturaleza de ellos, y no a la calidad o estado de las personas que los ejecutan o acuerdan, son nulidades absolutas”.

28 CARIOTA FERRARA, Luigi, El Negocio Jurídico, Madrid, Aguilar, 14ª edición, año 1956, página 156.

condicionado en todo momento a que puedan ser dejadas sin efecto por el efecto propio de la declaración de nulidad, retro trayendo el estado de cosas al momento anterior a la celebración del acto o contrato. Desde este punto, el entender que este acto o contrato anulable, por ejemplo la venta de objetos “pirateados”, puede ser constitutivo de aquellos actos de comercio o de industria como requiere el tipo penal del artículo 97 N° 9 del Código Tributario, pasa absolutamente por alto el carácter anulable del mismo en base a la ilicitud de su objeto. Ilicitud que es consecuencia de tratarse de un acto o contrato contrario al ordenamiento jurídico, por lo que mal podría ser catalogado, quien realiza este tipo de actos, como un contribuyente o un obligado para con la legislación tributaria: jamás el autor de un delito puede ser considerado por los efectos del mismo un contribuyente u obligado, tributariamente hablando, ya que un ilícito nunca podrá ser constitutivo de un acto de comercio —interpretando dicha noción a la luz de la normativa civil vigente en nuestro ordenamiento jurídico— por lo que no podríamos subsumir la conducta desplegada por el sujeto activo dentro de los marcos típicos del delito de comercio clandestino, por carecer el acto por él desplegado del carácter de “comercial” exigido por el tipo penal en comento²⁹.

Entonces surge la interrogante respecto de qué conductas son las sancionables por el delito de comercio clandestino. Descartada la sanción a este título de las conductas delictivas, sancionadas penalmente por otros tipos de carácter no tribu-

29 A nivel jurisprudencial el punto en torno a conjugar la normativa tributaria con la civil que regula los actos jurídicos ha sido obviado. Salvo situaciones excepcionales, como por ejemplo un fallo dictado por el 4° Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago, de fecha 18 de marzo de 2006, en autos R.U.C. 0500233886-8, y un voto disidente del ministro de la Corte de Apelaciones de Punta Arenas, la tendencia ha sido evitar un pronunciamiento de fondo. Por ejemplo, en un pronunciamiento de la Excm. Corte Suprema, la cual conociendo de un recurso de casación en el fondo, en el contexto del delito de comercio clandestino, desestimó hacerse cargo de los fundamentos del recurrente, rechazando finalmente el recurso, por cuanto “en el libelo en análisis no se aprecia el debido desarrollo de las normas civiles denunciadas como quebrantadas, relativas a los artículos 10, 1445, N° 3°, 1464, 1682 y 1810 del Código Civil, las que sólo se transcriben y, en este sentido, el escrito no cumple con el requisito de explicar en qué consiste el o los errores de derecho de que adolece la sentencia recurrida, de modo que al haberse omitido tal construcción, faltan al recurso la precisión y certeza indispensables en un arbitrio de derecho estricto como lo es el de casación, cuestión que lleva a su denegación”, considerando octavo del fallo de fecha 19 de octubre de 2006, Rol 990-05.

tario, nos queda por descarte que el alcance de la descripción típica del artículo 97 N° 9 del Código Tributario sólo estará referida a conductas que no estén ya descritas en otros tipos penales, supuesto que se daría por ejemplo, en aquella persona que compra de manera regular mercaderías en un establecimiento de comercio, cumpliendo todas las normas pertinentes, para luego en su domicilio vender dichos productos de manera efectivamente clandestina, eludiendo de esa manera sus responsabilidades a nivel tributario, toda vez que estaría realizando un acto de comercio (tal como se entiende en el contexto tributario, comercial y civil) al margen del control estatal, en su faceta recaudadora de tributos.

Por lo tanto, el tratamiento punitivo del delito de comercio clandestino acorde a esta conclusión debería distinguir previamente si existe un delito base o no (v. gr. contrabando o infracción a la propiedad intelectual). Si concurre un delito base se deberá sancionar única y exclusivamente por este delito. La conducta ilícita desplegada por este sujeto activo no puede ser subsumida en los márgenes del tipo penal del artículo 97 N° 7 del Código Tributario, por no constituir la misma un acto de comercio, descartándose de plano la existencia de algún tipo de concurso de delitos³⁰. Por el contrario, si no existe un delito base, será sancionable la conducta desplegada por el autor solamente a título de comercio clandestino, en la medida que

30 Jurisprudencialmente, y en el contexto de la postura que se maneja mayoritariamente, la relación entre el delito de comercio clandestino y otro tipo de delitos (relativos a la propiedad intelectual, por ejemplo) se ha venido resolviendo, dando aplicación al artículo 75 del Código Penal, toda vez que se ha entendido que entre ambas figuras existiría un concurso ideal, por tratarse de una sola conducta que afectaría a bienes jurídicos distintos. En este sentido pueden consultarse los siguientes fallos: Corte de Apelaciones de Valparaíso, RUC N° 0400193184-4, de fecha 05.09.05; Corte de Apelaciones de San Miguel, ROL 316-2006, de fecha 01.04.06; Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de La Serena, RUC N° 0300026.624-7, de fecha 17.05.06; Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Antofagasta, RUC N° 0400160762-1, de fecha 16.07.05; Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Iquique, RUC N° 0510001056-0, de fecha 15.11.05; Juzgado de Garantía de Calama, RUC N° 0400228379-K, de fecha 19.04.05; Juzgado de Garantía de Ovalle, RUC N° 0500175822-7, de fecha 21.10.06; 15° Juzgado de Garantía de Santiago, RUC N° 0500294199-8, de fecha 24.10.05, entre otros. Sin embargo, también es posible encontrar fallos que han resuelto esta vinculación en base al concurso real de delitos: Tercer Juzgado de Garantía de Santiago, RUC 0500305907-5, de fecha 03.11.05; Juzgado de Garantía de Punta Arenas RUC 0400124997-0, de fecha 29.09.04; o bien entendiéndolo como un concurso aparente de leyes penales: Juzgado de Garantía de San Felipe, RUC N° 04002096649-3, de fecha 17.06.05; y RUC N° 0400193184-4, de fecha 09.08.05; Juzgado de Garantía de San Bernardo, RUC N° 0500403922-1, de fecha 22.03.06.

concurra cada uno de los elementos típicos exigidos por dicho delito.

Tensión a nivel constitucional

Sabemos que la postura mayoritaria de nuestros tribunales de justicia, así como a nivel doctrinario, es diametralmente opuesta a las conclusiones a las que hemos arribado previamente, toda vez que parten de la premisa de que aquel que realiza actividades ilícitas es un “contribuyente” o bien un “obligado”, dicha postura la podemos sintetizar en los siguientes puntos:³¹

- La ley no exige que el comercio o la industria que se ejerce en forma clandestina diga relación con un objeto únicamente lícito, toda vez que el fin de la norma es que el sujeto se enrole para los efectos de quedar sometido al control y supervigilancia del Servicio de Impuestos Internos, existiendo una presunción de clandestinidad respecto de quien no inicia actividades en el Servicio de Impuestos Internos.
- No se requiere que quien cometa el delito sea contribuyente, ya que estamos frente a un comercio clandestino, oculto y lo que se reprime es el actuar al margen de la ley tributaria, afectando el Orden Público Económico, por las repercusiones que los giros industriales y económicos al margen de todo control, fiscalización y carga impositiva provocan en el país.
- El Decreto Ley N° 824, de 1.974. define “renta” como: “Los ingresos que constituyan utilidades o beneficios que rinda una cosa o actividad y todos los beneficios, utilidades e incrementos de patrimonio que se perciban o devenguen, cualquiera que sea su origen, naturaleza, origen o denominación”, por lo que para la legislación tributaria chilena, no existe distinción entre ingresos

31 Ilustrativo en este sentido es el voto de minoría del Magistrado del Cuarto Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago, don Antonio Ulloa Márquez, en sentencia absolutoria, de fecha 18 de marzo de 2006, R.U.C. 0500233886-8.

producidos por actividades legítimas o no, autorizadas o no, ya que de lo contrario, si el legislador quisiera excluirlos de la obligación de tributar como renta, los habría incluido entre los ingresos que figuran en el listado del artículo 17 de la Ley de la Renta.

- En virtud de lo establecido en los artículos 70 de la Ley de la Renta y 21 del Código Tributario, mientras no se pruebe el origen de los recursos que justifiquen los gastos e inversiones del contribuyente se presume que son rentas tributables conforme a las leyes generales³².

En este escenario, en el contexto de que este contribuyente realice alguna conducta ilícita base, adicional de la potencial sanción como autor de comercio clandestino, ¿Debería efectuar y realizar todos los actos propios de publicidad y de control tributario, tales como, enrolamiento, iniciación de actividades, emisión de boletas, declaración de renta, etcétera, por ejemplo, por vender películas “piratas”? Es aquí donde creemos se origina la tensión entre la aplicación que se pretende, por parte de nuestra jurisprudencia y doctrina mayoritaria, del artículo 97 N° 9 del Código Tributario y el derecho contemplado en el artículo 19 N° 7 letra f) de la Constitución Política, esto es, el derecho a no declarar contra sí mismo³³, garantía que por lo demás es destacada como uno de los ejes fundamentales del proceso penal³⁴.

32 Véase, GORZIGLIA B. Arnaldo, artículo sobre la situación tributaria de los recursos obtenidos ilícitamente, publicado en Revista Temas de Derecho, Universidad Gabriela Mistral, año XI-N°s 1 y 2, enero-diciembre 1996, páginas 195 a 196.

33 Para un análisis de los alcances de este derecho, véase MEDINA SCHULZ, Gonzalo, “La Primera declaración del imputado”, en “La Prueba en el Nuevo Proceso Penal Oral”, Coloma Correa, Rodrigo, Editor, Editorial Lexis Nexis, Santiago, 2003, pp. 35 a 47; HORVITZ LENNON, María Inés y LÓPEZ MASLE, Julián, “Derecho Procesal Penal Chileno, Tomo II, Editorial Jurídica de Chile, 2004, Santiago, pp. 77 a 85; CARRIÓ, Alejandro, “Garantías constitucionales en el proceso penal”, Hammurabi, 4ª edición, 2002, Buenos Aires, pp. 347 y ss; REVILLA GONZÁLEZ, José-Alberto, “El interrogatorio del imputado”, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, en particular pp. 55 y siguientes; ROXIN, Claus, “Derecho Procesal Penal”, Editores del Puerto, Traducción de la 25ª edición alemana, Buenos Aires, 2000, pp. 107 y ss; TAVOLARI, Raúl, “Instituciones del nuevo proceso penal. Cuestiones y casos”. Editorial Jurídica de Chile, primera edición, 2007, pp. 159 a 178; SANCINETTI, Marcelo, “Casos de Derecho penal. Parte general”. Hammurabi, 3ª edición, 2006, Buenos Aires, pp. 108 a 116; BINDER, Alberto, “Introducción al derecho procesal penal”, 2ª edición, Ad-Hoc, 2005, Buenos Aires, pp. 181 a 185. Cfr. DUCE, Mauricio y RIEGO, Cristián, “Proceso Penal”, Editorial jurídica de Chile, Santiago, 2007, pp. 461 a 481, quienes sostienen una —a lo menos— cuestionable visión de esta garantía en su faz relativa al derecho a guardar silencio.

34 “Si hay que mostrar un principio procesal como norte del proceso penal, que domine el resto del sistema —si es que se puede hablar de un “sistema” en el proceso penal—, el autor de este libro

Nuestra Constitución Política consagra este derecho señalando que *"en las causas criminales no se podrá obligar al inculcado a que declare bajo juramento sobre hecho propio; tampoco podrán ser obligados a declarar en contra de éste sus ascendientes, descendientes, cónyuge y demás personas que, según los casos o circunstancias, señale la ley"*. Por su parte hay una serie de instrumentos internacionales que reconocen esta garantía del imputado, y que en la medida que hayan sido ratificadas por Chile y se encuentren vigentes, tienen plena aplicación en nuestro ordenamiento jurídico por la vía establecida en el inciso 2° del artículo 5° de la Constitución Política de la República, a través de la cual habrá que reconocerles a los mismos, valor supralegal. Dentro de estos tratados y convenciones internacionales podemos citar a modo de ejemplo el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos³⁵ y la Convención Americana de Derechos Humanos³⁶, entre otros³⁷.

A nivel legal, este derecho encuentra recepción en el artículo 93 del Código Procesal Penal, el cual establece: *"Derechos y Garantías del imputado. Todo imputado podrá hacer valer, hasta la terminación del proceso, los derechos y garantías que les confieren las leyes. En especial tendrá derecho a: [...] g) Guardar*

cree que le atañe esa función al principio *nemo tenetur se ipsum prodere* (nadie está obligado a traicionarse). Pues se halla erradamente inculcado en nuestras instituciones de justicia y nociones de imputación propias de la socialización primaria (ideas de la infancia, que perduran racionalizadas luego, en "principios morales") el que cada uno debe hacerse cargo ante los demás de sus propias fallas; que no es de persona de bien no reconocer su culpa, ni quedarse callada ante una imputación; que si queda callada, culpable será; que en suma, es legítimo esperar del imputado una explicación de los hechos que pueda desgravarlo y repudiar la actitud de guardar silencio como acto de defensa". SANCINETTI, Marcelo, "Casos de Derecho penal. Parte general". Hammurabi, 3ª edición, 2006, Buenos Aires, página 109.

- 35 En su artículo 14.3, establece: "Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: [...] g) A no ser obligada a declarar contra sí misma ni a confesarse culpable".
- 36 El artículo 8.2 de la Convención dispone: "Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: [...] g) Derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable...".
- 37 Hay que tener presente a su vez lo establecido en el artículo 10 del Código Procesal Penal, en torno a la cautela de garantías. Así su inciso primero señala: "En cualquier etapa del procedimiento en que el juez de garantía estimare que el imputado no está en condiciones de ejercer los derechos que le otorgan las garantías judiciales consagradas en la Constitución Política, en las leyes o en los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes, adoptará, de oficio o a petición de parte, las medidas necesarias para permitir dicho ejercicio".

silencio o, en caso de consentir prestar declaración, a no hacerlo bajo juramento”.

Podemos constatar entonces que, en nuestro ordenamiento jurídico, en términos de recepción expresa, el derecho a no declarar en perjuicio propio tendría una aceptación con distintos matices, ya sea si se trata a nivel constitucional —artículo 19 N° 7 letra f)— o bien a nivel legal —artículo 93 del Código Procesal Penal. La norma constitucional “establece el sistema de evitar la consecuencia del perjuicio del imputado al no poder obligársele a declarar bajo juramento sobre hecho propio”³⁸. Por su parte la norma legal citada conlleva la recepción del derecho a guardar silencio, junto con el derecho a prestar declaración sin juramento, “como manifestaciones simultáneas y alternativas del principio de no autoincriminación”³⁹. Esta última manifestación —en lo que dice relación con el derecho a guardar silencio— también puede entenderse incorporada a nuestro ordenamiento jurídico, en base a lo establecido en tratados y convenciones internacionales⁴⁰, vía constitucional en virtud de lo establecido en el inciso 2° del artículo 5° de la Constitución Política de la República⁴¹.

Ante esto podemos apreciar una doble manifestación de esta garantía en nuestro ordenamiento jurídico, que implica de hecho una aproximación diferenciada a lo que ha sido catalogado como el “cruel trilema”⁴². Este “trilema”, en términos generales, da cuenta de la incómoda situación a la que puede verse enfrentado todo imputado⁴³ de algún delito —en caso de

38 MEDINA SCHULZ, Gonzalo, op. cit. página 42.

39 HORVITZ LENNON, María Inés y LÓPEZ MASLE, Julián, op. cit., página 83. Agregan los autores que “El reconocimiento del derecho a guardar silencio se ve confirmado en el mismo código por la concepción de la declaración del imputado como un medio de defensa (artículo 98 CPP) y con el reconocimiento explícito de su libertad para decidir si estima o no conveniente prestar declaración (arts. 91, 194, 263, 268 y 326 CPP).

40 Vid. supra, notas al pie de página números 34 y 35.

41 El artículo 5° inciso 2° de la Constitución Política establece: “El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”.

42 Denominación utilizada por la Corte Suprema de Estados Unidos de Norteamérica en 1964, en *Murphy v. Waterfront Comisión*, 378 U.S. 52: “Our unwillingness to subject those suspected of crime to the cruel trilemma of self-accusation, perjury or contempt”.

43 La utilización del concepto de imputado no debe efectuarse en términos de que dicha noción excluya a quien en definitiva resulte inocente, ya que debe extenderse la aplicación de esta garantía respecto de todos los ciudadanos ante el ejercicio de la coacción estatal en su faz persecutoria.

desconocerse la vigencia de esta garantía— ante el supuesto de verse obligado a contestar preguntas cuya respuesta veraz sea incriminatoria⁴⁴, o bien en el contexto de que la exigencia de juramento viene a representar una forma inadmisibles de coacción en cuanto pone al imputado en la necesidad de inculparse⁴⁵, y finalmente, en una tercera arista, ante el hecho de que su silencio conlleve la configuración del delito de desacato.

Es esta posición desfavorable la que debe enfrentar el imputado por el delito de comercio clandestino —entendido a la luz de la jurisprudencia y doctrina mayoritaria de nuestro país— cada vez que éste va aparejado de un delito base: autoacusarse, perjurio o desacato, son las alternativas disponibles. Esta tensión se produce en la medida en que se entiendan incluidas las actividades ilícitas dentro del concepto de comercio, visto éste como elemento del tipo penal del artículo 97 N° 9 del Código Tributario, y dotando de la calidad de contribuyente u obligado a aquel que realiza la actividad ilícita base que acompaña consensualmente al delito de comercio clandestino.

La interpretación jurisprudencial y doctrinaria ha resuelto esta situación a favor de la normativa legal-tributaria, pasando por alto absolutamente los alcances del principio del *Nemo tenetur*⁴⁶, que como hemos visto tiene pleno reconocimiento en nuestro ordenamiento jurídico, tanto a nivel constitucional como legal (sin olvidar la referencia a los instrumentos internacionales incorporados por disposición del inciso 2° del artículo 5° de la

44 CHIESA, Ernesto, "Derecho Procesal Penal de Puerto Rico y Estados Unidos", Vol. 1, Ed. Forum, 1991, p. 118, citado por MEDINA SCHULZ, Gonzalo, *op. cit.* p. 38.

45 HORVITZ LENNON, María Inés y LÓPEZ MASLE, Julián, *op. cit.* p. 81.

46 Desde un punto de vista histórico, dando cuenta del origen de la fórmula del *Nemo tenetur*, Tavolari señala que la idea de no autoincriminarse "viene recogida en el antiguo brocardo *nemo tenetur se ipsum accusare* o simplemente "*nemo tenetur...*", que se consagra en las Constituciones Políticas... y en las convenciones y pactos internacionales". TAVOLARI, Raúl, *op. cit.* nota al pie N° 105, p. 163; Por su parte, López Masle al referirse a los orígenes del principio de no autoincriminación señala que "su fuente más directa se encuentra en la máxima latina *Nemo tenetur prodere seipsum* (nasie está obligado a traicionarse a sí mismo) tomada por el derecho común europeo directamente desde el *Corpus iuris canonici*", HORVITZ LENNON, María Inés y LÓPEZ MASLE, Julián, *op. cit.* p. 78; Véase, asimismo, SANCINETTI, Marcelo, *op. cit.* p. 109; Por último vid. MEDINA SCHULZ, nota al pie N° 2, página 36.

CPR). Esta constatación en el marco de la reforma procesal penal adquiere ribetes de unanimidad⁴⁷.

Así las cosas, nuestros tribunales han perdido de vista el ya comentado “cruel trilema”, toda vez que en la concurrencia de un delito base, en el contexto del delito tributario bajo estudio, han procedido a castigar a título de ambas conductas, diferenciándose este proceder sólo en cuanto al entendimiento concursal de ambas figuras. Este actuar, infringe absolutamente el principio del “*Nemo tenetur...*” ya que la lógica que está detrás de dicha argumentación implica en términos prácticos que la única manera que tendría el “contribuyente u obligado” de eludir responsabilidad criminal por el ejercicio clandestino del comercio, sería mediante el cumplimiento de todas aquellas obligaciones tributarias de enrolamiento y publicidad existentes. Esto no es otra cosa que una exigencia estatal para con el imputado en torno a buscar su autoinculpación respecto del delito base. En caso de que el imputado, en este supuesto, entre en esa lógica y actúe cumpliendo las exigencias del sistema tributario obtendría como respuesta de parte del Estado un castigo por la conducta ilícita base por él realizada —respecto de la

47 La única excepción a nivel jurisprudencial que hemos encontrado —sin perjuicio de que exista un margen de error en la aseveración, en cuanto a que pudiese existir algún otro pronunciamiento— es un fallo absolutorio del 4º Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago, de fecha 18 de marzo de 2006, R.U.C. 0500233886-8, dictado a propósito de un procedimiento incoado por comercio clandestino (artículo 97 N° 9 del Código Tributario), en conjunto con la infracción a la ley de propiedad intelectual prevista y sancionada en el artículo 80 letra b) de la ley 17.336 y el delito de falsificación de carátulas (artículo 190 del Código Penal). En el fallo en comento, los magistrados al momento de justificar la absolución por el delito de comercio clandestino argumentaron lo siguiente (considerando décimo tercero): “Así las cosas, puede señalarse que en el evento que el acusado sea considerado contribuyente, cuestión que la mayoría de la sala ya rechazó en los párrafos anteriores, éste habría actuado claramente amparado por una norma jurídica vigente y de carácter constitucional para evitar enrolarse en el rol general de contribuyentes, esto es, que el imputado, haciendo uso de su derecho a no auto incriminarse, estaba autorizado por el ordenamiento jurídico a realizar el ejercicio clandestino de su industria, en la medida que, por la propia mecánica del sistema de tributación nacional, el que como sabemos, exige la realización de actos sucesivos, tales como inscripción en el rol de contribuyentes, iniciación de actividades, implementación de contabilidad completa en su caso, declaración bajo juramento del origen de las rentas y posterior pago de impuestos, el mero hecho de dar cabal cumplimiento a todas las obligaciones ya descritas, en la práctica, implicaría una autodenuncia respecto de su actividad delictual, máxime si toda aquella actividad debe realizarse ante funcionarios públicos quienes por ley están obligados a denunciar, cuando toman conocimiento de un delito en el ejercicio de sus funciones, cuestión evidentemente contraria a los derechos con que el acusado cuenta por norma constitucional, en todo momento y por ende debe concluirse que desde el punto de vista de la juridicidad de la conducta” (el destacado es nuestro).

cual se autoinculpa— además de recibir aparejado el reproche por la infracción tributaria de comercio clandestino, que se configura como consecuencia necesaria del acto de autodenuncia por él efectuado⁴⁸.

Esta exigencia y sus consecuencias son inaceptables desde la perspectiva de la garantía constitucional a no autoincriminarse, por cuanto la llevan a un escenario bajo el cual la tornan inoperante, e implicando, además, en términos prácticos una exacerbación punitiva⁴⁹, que en el caso del comercio clandestino busca justificación en la protección del bien jurídico colectivo que está detrás, a saber, el orden público económico⁵⁰, sin perder de vista las implicancias procesales que derivarían de esta secuencia argumentativa⁵¹. Visto así, tenemos que el ejercicio del *ius puniendi* se convierte en una “fuente de peligro”⁵² para el derecho constitucional en comento, por lo que el ciudadano pasa a ser una víctima de la coacción estatal, toda vez que

48 “La garantía constitucional, internacional y legal, efectiva, la constituye la prohibición absoluta y sin excepción alguna que se impone al sistema estatal de no forzar la voluntad de una persona para obtener su declaración; nadie puede ser moral ni físicamente obligado a declarar ni, todavía menos, en su propia contra”, Tavolari, Raúl, op. cit. p. 172.

49 “Esta tendencia incriminadora, que muchas veces parece decantarse a favor de la comunidad y la inmanente seguridad que exigen las sociedades postindustriales, ha generado la necesidad de asumir construcciones conceptuales tan poco precisas como las que actualmente ofrecen los delitos de peligro abstracto y muchos bienes jurídicos colectivos”, BALMACEDA HOYOS, Gustavo y HENAO CARDONA, Luis Felipe, “Sociedad del Riesgo y Bien Jurídico Penal”, Aremi, 2005, p. 58.

50 Este es un fenómeno que ha sido destacado por Silva Sánchez como una “expansión del derecho penal”. Dentro de las constataciones que efectúa este autor destaca aquella mediante la cual el legislador busca la protección de nuevos bienes jurídicos, mediante “la introducción de delitos que atenten contra el orden socioeconómico o la nueva regulación de los delitos relativos a la ordenación del territorio y de los recursos naturales”. SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, “La Expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales”. B de F, Segunda edición, 2006, p. 6.

51 Sostiene Tavolari que “la infracción a la prohibición constitucional e internacional torna a la prueba en ilícita; la infracción a las normas procesales que la cautelan hace simplemente ilegal la prueba y, por ende, la sujeta a los parámetros de la nulidad procesal con sus modalidades de convalidación, exigencia de perjuicio y semejantes”. TAVOLARI, Raúl, op. cit. p. 178.

52 Bascuñán Rodríguez, a propósito de la tensión existente entre el derecho penal y derechos fundamentales, constata dos modelos alternativos que dan cuenta de dicha tensión. Así el primero de ellos, el cual denomina “clásico”, el *ius puniendi* es considerado una fuente de peligro para los derechos fundamentales, respecto de la cual sería necesario establecer arreglos institucionales que posibiliten su control. BASCUÑÁN RODRÍGUEZ, Antonio, “Derechos fundamentales y derecho penal”, en, varios autores, “Los derechos fundamentales”, SELA, 2001, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2003, pp. 319 y ss., citado por Mañalich Raffo, Juan Pablo en su artículo titulado “La prohibición de infraprotección como principio de fundamentación de normas punitivas: ¿Protección de los derechos fundamentales mediante el Derecho Penal?, publicado en Revista de Derecho y Humanidades, N° 11, 2005, Facultad de Derecho, Universidad de Chile.

se estarían infringiendo los “deberes de omisión” por parte del Estado, en el sentido de abstenerse de intervenir en el ámbito de autonomía configurado por los derechos fundamentales del ciudadano⁵³, deberes estatales que surgen como consecuencia de la proporcionalidad que debe plasmarse en el ejercicio estatal de la fuerza⁵⁴. La garantía de la no autoincriminación “busca sentar un núcleo irreductible que no puede ser vulnerado por el sistema procesal penal: la dignidad de la persona humana puesto que se evita transformar al propio acusado en un engranaje más del proceso penal”⁵⁵.

A modo de síntesis

- Respecto del delito de comercio clandestino, sostuvimos que éste sólo dice relación con aquellos “obligados” o “contribuyentes” que realizan actividades comerciales, de manera efectivamente clandestina.
- Dicho concepto de “comercio” por lo mismo debe ser interpretado a la luz del artículo 3° del Código de Comercio y en todo evento complementado con la normativa civil de orden público, quedando por ende excluidas todas las actividades ilícitas que adolezcan de objeto ilícito, las cuales jamás podrán ser consideradas como comercio, toda vez que por definición son contrarias al ordenamiento jurídico, recibiendo como corolario la sanción de nulidad absoluta. Por su parte, la clandestinidad, dice relación con falta de ostensibilidad en su realización que conlleva un actuar al margen de todo control estatal.

53 MAÑALICH RAFFO, Juan Pablo, *op. cit.* p. 246.

54 Dentro de la dimensión prospectiva del principio de proporcionalidad, Mañalich, señala que “el Estado se encuentra sujeto, primariamente, a una prohibición de exceso...la cual se corresponde con la formulación estándar del principio de subsidiariedad, en virtud del cual “no está permitida la intervención penal si el efecto (perseguido) se puede alcanzar mediante medidas menos drásticas”. MAÑALICH RAFFO, *op. cit.* pp. 246 y 247.

55 DORN GARRIDO, Carlos, “El testimonio de oídas y el privilegio de no autoincriminación”, artículo publicado en Revista de Derecho del Consejo de Defensa del Estado, disponible en su sitio web: www.cde.cl.

- Cualquier interpretación que pretenda incluir las actividades ilícitas dentro del concepto de comercio, chocará en definitiva con el derecho constitucional que tiene toda persona a no autoincriminarse, ya que del juego de las normas tributarias con competencia dentro de dicha argumentación, se llega a la conclusión que la ley no hace distinción en torno al origen de los ingresos, por lo que tratándose de ingresos provenientes de actividades delictivas, la obligación nace respecto de ellos de manera simétrica a como si fuera un ingreso proveniente de un actividad lícita. En términos prácticos, dicha interpretación conmina a este "obligado" a efectuar todos los actos propios de la publicidad y controles tributarios, tales como, enrolamiento, iniciación de actividades, entre otras, con lo cual el Estado, en clave de obligación tributaria, estaría vulnerando la garantía constitucional mencionada, lo que es inaceptable a la luz de los principios que rigen un derecho penal liberal, y finalmente un Estado democrático de Derecho.
- En este contexto el ejercicio del *ius puniendi* se convierte en una fuente de peligro para los derechos fundamentales, por lo que el ciudadano pasa a ser una víctima de la coacción estatal, toda vez que se estarían infringiendo los deberes de omisión por parte del Estado, en el sentido de abstenerse de intervenir en el ámbito de autonomía configurado por tales derechos.
- Creemos que, para completar la comprensión de la situación planteada, no debe perderse de vista el contexto constitucional bajo el cual deben interpretarse y aplicarse las normas penales y procesales penales. De nada sirve reclamar el auxilio de normas de hermenéutica, si estas finalmente no guardan la suficiente armonía con las normas constitucionales que, en definitiva, le dan sentido a todo el ordenamiento jurídico. Jamás una interpretación de una normativa legal especial podrá ser enarbolada como válida, si de su aplicación se

torna inoperante cualquiera de las garantías reconocidas a nivel constitucional, en este caso como hemos visto, la relativa al derecho que tiene toda persona a no autoincriminarse, más aun cuando la misma regulación especial puede ser interpretada en un sentido armónico con los preceptos constitucionales. Por otra parte, acudir a criterios de política criminal como sustento de persecución penal sólo podrán ser válidos si mantienen el respeto a las garantías y derechos procesales y penales que están en la base de todo derecho penal liberal, en el contexto de un Estado Democrático de Derecho.

Bibliografía

BALMACEDA HOYOS, Gustavo y HENAO CARDONA, Luis Felipe, "Sociedad del Riesgo y Bien Jurídico Penal", Aremi, 2005.

BINDER, Alberto, "Introducción al derecho procesal penal", 2ª edición, Ad-Hoc, 2005, Buenos Aires.

CARIOTA FERRARA, Luigi, *El Negocio Jurídico*, Madrid, Aguilar, 14ª edición, año 1956.

CARRIÓN, Alejandro, "Garantías constitucionales en el proceso penal", Hammurabi, 4ª edición, 2002, Buenos Aires.

COLOMA CORREA, Rodrigo, Editor, "La Prueba en el Nuevo Proceso Penal Oral, Editorial Lexis Nexis, Santiago, 2003.

DORN GARRIDO, Carlos, "El testimonio de oídas y el privilegio de no autoincriminación", artículo publicado en Revista de Derecho del Consejo de Defensa del Estado, disponible en su sitio web: www.cde.cl

DUCE, Mauricio y RIEGO, Cristián, "Proceso Penal", Editorial jurídica de Chile, Santiago, 2007.

GORZIGLIA B. Arnaldo, artículo sobre la situación tributaria de los recursos obtenidos ilícitamente, publicado en Revista Temas de

Derecho, Universidad Gabriela Mistral, año XI-Nº s 1 y 2, enero-diciembre 1996.

HORVITZ LENNON, María Inés y LÓPEZ MASLE, Julián, "Derecho Procesal Penal Chileno, Tomo II, Editorial Jurídica de Chile, 2004, Santiago.

MAÑALICH RAFFO, Juan Pablo, "La prohibición de infraprotección como principio de fundamentación de normas punitivas: ¿Protección de los derechos fundamentales mediante el Derecho Penal?, artículo publicado en Revista de Derecho y Humanidades, Nº 11, 2005, Facultad de Derecho, Universidad de Chile.

REVILLA GONZÁLEZ, José-Alberto, "El interrogatorio del imputado", Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.

ROXIN, Claus, "Derecho Procesal Penal", Editores del Puerto, Traducción de la 25ª edición alemana, Buenos Aires, 2000.

SANCINETTI, Marcelo, *Casos de Derecho penal. Parte general*. Hammurabi, 3ª edición, 2006, Buenos Aires.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *La Expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. B de F, Segunda edición, 2006.

TAVOLARI, Raúl, *Instituciones del nuevo proceso penal. Cuestiones y casos*. Editorial Jurídica de Chile, primera edición, 2007.

UGALDE PRIETO, Rodrigo y GARCÍA ESCOBAR, Jaime, "Curso sobre Delitos e Infracciones Tributarias", 3ª Edición, Editorial Lexis Nexis, Santiago, 2007.

VAN WEEZEL, Alex, "Delitos Tributarios", Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2007.

VIAL DEL RÍO, Víctor, "Teoría General del Acto Jurídico", 5ª Edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2007.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl, "Manual de Derecho Penal, Parte General", 2ª Edición, Ediar, Buenos Aires, 2006.

APONTAMENTOS SOBRE O REGIME DE SEMILIBERDADE DO REEDUCANDO INDÍGENA¹

NOTES ABOUT THE INDIGENOUS RE-EDUCATING SIMILIBERITY REGIME

Thomás Henrique Welter Ledesma²

1 Artigo produzido no âmbito do grupo de pesquisa “Direito, Decolonialidade e Estudos Subalternos: estudo dos marcos teóricos e epistêmicos do constitucionalismo moderno/colonial e do novo constitucionalismo latino-americano”, da FMP/RS e submetido ao eixo temático “**Tutelas à Efetivação de Direitos Públicos Incondicionados**”.

2 Bacharel em Direito, pelo Centro Universitário Curitiba (2013). Pós-graduado em Direito Administrativo Aplicado, pelo Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar Filho (2015), e em Direito Eleitoral, pelo Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP (2017). Mestre em Direito, pela Fundação Escola Superior do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul – FMP/RS. e-mail: thomaswledesma@yahoo.com

Resumo

O presente artigo tem por objetivo analisar a aplicação do art. 56 do Estatuto do Índio, principalmente no que se refere ao seu parágrafo único, o qual prevê a possibilidade de concessão de regime especial de semiliberdade, a ser cumprido na sede da FUNAI, nas hipóteses de que o reeducando seja pessoa indígena. Apesar da previsão legal, as possibilidades e os limites para a concessão do benefício na execução penal são controversas na jurisprudência, muito em razão do status concedido ao indígena durante o período da edição do Estatuto do Índio, que se contrapõe ao tratamento por ele recebido na Constituição Federal de 1988. O método utilizado para a realização da presente pesquisa foi o hipotético-dedutivo.

Palavras-chave: Constituição Federal de 1988. Estatuto do Índio. Reeducando indígena. Regime especial de semiliberdade.

Abstract

This article aims to analyze the application of art. 56 of the Indian Statute, especially with regard to its sole paragraph, which provided for the possibility of granting a special semi-freedom regime, to be fulfilled at FUNAI's headquarters, in the cases in which the reeducating person is an indigenous person. Despite the legal provision, the possibilities and limits for granting the benefit in criminal enforcement are controversial in jurisprudence, largely because of the status granted to the indigenous during the edition of the Indian Statute, which is in contrast to the treatment they received in the Federal Constitution. The method used to carry out this research was the hypothetical-deductive one.

Keywords: Federal Constitution. Indian Statute. Indigenous re-educating. Special regime of semi-freedom.

1 Introdução

O presente artigo tem por objeto analisar a aplicação do art. 56, caput do Estatuto do Índio, que prevê a possibilidade de redução da pena do indígena – a depender do seu grau de integração –, e do parágrafo único do mesmo dispositivo, que possibilita que a execução penal seja realizada em regime de semiliberdade, a ser cumprida na sede da Fundação Nacional do Índio (FUNAI).

A partir da previsão contida no artigo 56, parágrafo único, da Lei 6.001/73, surgem diversos questionamentos sobre sua aplicabilidade, hipóteses de cabimento e limitações. Tais questionamentos se dão, primeiramente, em razão da mudança de paradigma do Estado brasileiro em relação ao tratamento destinado aos povos indígenas (o Estatuto do Índio foi influenciado pelo paradigma integracionista, que previa apenas um modelo cultural, que seria dominante. Ocorre que, após a promulgação da Constituição Federal de 1988, adotou-se o modelo interacionista, que prestigia o pluralismo, em sentido lato). Em segundo lugar, pela omissão do legislador, que não regulamentou o regime especial de semiliberdade de maneira adequada.

O método de investigação utilizado no presente trabalho foi o hipotético-dedutivo, com utilização de pesquisa bibliográfica e jurisprudencial sobre o tema.

2 Paradigma do direito indígena: integracionismo vs interacionismo

O reconhecimento de direitos dos povos indígenas situados em território brasileiro ocorreu de forma alheia aos avanços legislativos centrais. Tais avanços tiveram como foco os grupos sociais majoritários, oriundos de um processo de criação e perpetuação que se aplica a todos os integrantes da sociedade ou Estado, independentemente de possuírem participação efetiva no processo de tomada de decisões e de formação das leis.

No ordenamento jurídico brasileiro, a ideia de subordinação dos povos indígenas a outros grupos sociais prevaleceu durante séculos. Distantes do poder central, tinham como “opção” apenas aceitarem as regras que lhes eram impostas. Aqueles que discordassem das decisões dos detentores do poder sofriam severas sanções. Conforme Santos Filho (2005, p. 24), a coroa portuguesa, no período colonial, “determinava bom tratamento aos indígenas que se submetessem à catequese, e a guerra aos que se mostrassem inimigos”.

Apesar da ausência de participação nos processos legislativos, o Estado brasileiro (ou Coroa Portuguesa, a depender da época) editou em momentos específicos, legislações protetivas para os povos indígenas, como a Lei nº 6.001/73, denominada Estatuto do Índio. Esta lei reflete fielmente o processo colonizador, que possui como características “a lógica de dominação, exploração e controle que inclui a dimensão do conhecimento” (SPAREMBERGER, DAMÁZIO, 2015, p. 35), tendo em vista que é composta por normas que, em sua maioria, são fundamentadas pelo paradigma integracionista.

A política integracionista tem como fundamento central a homogeneidade social, estabelecendo que os grupos minoritários devem ser culturalmente, politicamente, socialmente e economicamente direcionados ao modelo dominante da sociedade, afastando a ideia de pluralidade. Foi vigente no Brasil desde o período pré-colonial, quando os europeus impunham seus costumes e suas crenças aos povos indígenas, até a edição da Constituição Federal de 1988.

A nova Constituição rompeu com o modelo integracionista, adotando como paradigma o interacionismo, que possui como ideia central a pluralidade como característica do Estado, estabelecendo que a sociedade é heterogênea. No caso específico dos povos indígenas, permitiu-lhes o “direito de ser índio, [garantindo] sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam” (BRASIL, 1988, adaptado).

A partir do conteúdo do art. 231 do texto constitucional, houve uma retificação no tratamento dado pelo Estado aos

povos indígenas. Se anteriormente as políticas públicas eram voltadas para a padronização social do modelo dominante, não sendo destinadas à proteção da organização social, aos costumes e às crenças dos povos indígenas, após 1988, houve uma ressignificação na forma de conduta. Com isso, o Estado passou a ter o dever de preservar e zelar pelo patrimônio indígena (material e imaterial), não só garantindo proteção como atuando de forma ativa para efetivar os direitos constitucionais.

Apesar do rompimento com o paradigma integracionista após a Constituição Federal de 1998, o referido princípio ainda produz efeitos no ordenamento jurídico pátrio, em razão da manutenção das legislações editadas durante sua vigência, que são aplicadas até os dias atuais. Como exemplo, cita-se a já mencionada Lei nº 6.001/73 (Estatuto do Índio) que, ante a inércia do legislador em editar nova lei com conteúdo em conformidade com a Constituição, permanece produzindo efeitos, tendo apenas alguns artigos classificados como não recepcionados.

Pelo paradigma integracionista, o índio não era considerado sujeito diferente por adotar padrões culturais, sociais, econômicos e religiosos distintos dos padrões da sociedade dominante: a diferenciação do indígena se dava porque ele era tratado como “ser inferior”. Isso pode ser visto, por exemplo, pelo fato de que o art. 56 do Estatuto do Índio permite tratamento diferenciado para condenação e execução da pena dos índios que infringirem normas penais, conforme seu grau de integração, a partir de uma presunção de desenvolvimento mental incompleto, o que, para Barreto (2003, p. 41), “possui forte odor de discriminação”

O tema – inserido no capítulo I (Princípios) do Título IV (Normas Penais) do Estatuto do Índio – merece uma análise mais atenta, a fim de verificar se o dispositivo foi considerado superado pelos tribunais, ou, em caso contrário, vem sendo interpretado e aplicado, haja vista possuir como pressuposto uma presunção de incapacidade dos indígenas.

3 O problema do grau de integração dos índios e a sua relação com os princípios penais do Estatuto do Índio

Conforme já exposto, o Estatuto do Índio foi influenciado, em sua edição, pela política integracionista, que possuía, como fundamento central, a ideia de que os índios deveriam passar por um processo de assimilação da cultura dominante a fim de serem integrados. Diante de tal cenário, Lima (2010, p. 252) sinaliza que o magistrado deveria fazer a aplicabilidade diferenciada da lei penal para aqueles que não se encaixarem dentro dos padrões do homem médio, conforme se depreende da leitura do art. 56 do Estatuto do Índio (BRASIL, 1973):

No caso de condenação de índio por infração penal, a pena deverá ser atenuada e na sua aplicação o Juiz atenderá também ao grau de integração do silvícola.

Parágrafo único. As penas de reclusão e de detenção serão cumpridas, se possível, em regime especial de semiliberdade, no local de funcionamento do órgão federal de assistência aos índios mais próximos da habitação do condenado.

A partir da leitura do dispositivo supracitado, é possível concluir que o magistrado, ao aplicar a lei penal em razão de um ato típico praticado por um indígena, deveria avaliar o seu grau de integração e, conforme a doutrina integracionista, não havendo desenvolvimento mental completo, sua pena deveria ser atenuada. Para aplicação do art. 56, caput da Lei 6.001/73, é necessário utilizar a classificação prevista no art. 4º do mesmo diploma normativo³, que classifica os índios três categorias: isolados, em vias de integração e integrados.

As circunstâncias atenuantes, previstas no art. 65 do Código Penal, referem-se aos índios considerados isolados ou em vias de integração ou incidem sobre eles – conforme art. 56 do Estatuto do Índio – em razão de haver uma presunção de que os índios integrados já assimilaram totalmente o modelo cultural e

3 Para Pontes (2011, p. 208), a classificação prevista no art. 4º da Lei 6.001/73 se dá apenas para fins civis, não interferindo nas regras penais do mesmo diploma normativo.

social dominante, possuindo, portanto, desenvolvimento pleno. Também há possibilidade de incidência do art. 26 do Código Penal, que “isenta de pena o agente que por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento” (BRASIL, 1940).

Apesar de o texto constitucional romper com o paradigma integracionista, afastando a necessidade de manutenção do processo de assimilação dos povos indígenas, a ideia de afastamento dos artigos 26 e 65 do Código Penal não se apresenta adequada, pois, em razão de estarem constitucionalmente protegidas sua organização social, seus costumes, suas crenças e suas tradições, os povos indígenas vivem um processo evolutivo próprio. Conforme Pontes (2011, p. 173), os índios se desenvolvem “dentro dos padrões éticos de determinada etnia, em uma sociedade organizada sobre pilares radicalmente diferentes da nossa, daí uma das razões da proteção constitucional”.

Diante da existência de um processo evolutivo próprio, protegido constitucionalmente, é que se faz necessária a manutenção da possibilidade de incidência de circunstâncias atenuantes do art. 65 do Código Penal, mas não mais em razão da necessidade de um processo de assimilação. A aplicação do caput do art. 56 do Estatuto do Índio, porém, é permeada de dificuldades, pois inexistente critério eficiente para classificar o grau de conhecimento do índio sobre as regras do ordenamento jurídico brasileiro. Conforme Pontes (2011, p. 175),

...é preciso ter muito cuidado para que, diante de uma aparente “completa” integração, o juiz acabe por levar em consideração, para classificação do índio, os dados externos, como a existência de título eleitoral, desprezando totalmente os dados internos, que é a consciência do índio perante a comunidade branca e o ato ilícito praticado.

Além da dificuldade de estabelecer requisitos eficazes para a classificação do grau de discernimento do índio em relação às regras do ordenamento jurídico brasileiro, Rezende (2012, p. 37-38) destaca que “não há clareza na aplicação, re-

lativamente ao índio, do disposto do art. 26 do Código Penal. Não há nada seguro a indicar que o índio integrado seja imputável, bem como que o índio isolado seja inimputável pois se lhe presume o desenvolvimento mental incompleto". Para o autor, o problema é ainda maior quando o julgamento versar sobre o índio classificado como em vias de integração.

Alguns tribunais têm dispensado a realização de exame antropológico nas hipóteses em que não há dúvida sobre as condições do indígena em entender o caráter ilícito da conduta que praticou (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL, 2017). Tal prática, porém, deve ser vista com ressalvas, pois, apesar dessa possibilidade de, em casos específicos, haver condições de identificar o grau de discernimento do índio réu sobre a compreensão das regras do ordenamento jurídico brasileiro, essa não deve ser uma conduta padrão, sob pena do risco de cometimento de injustiças. A realização de um laudo antropológico é a medida que se apresenta adequada para os processos penais que possuírem índios como réus.

Além da previsão de atenuação da pena aplicada ao indígena, a depender do seu grau de integração, o art. 56 da Lei 6.001/73 apresenta outro ponto controverso: a possibilidade de fixação do regime de semiliberdade, que será abordado em tópico próprio.

3.1 Apontamentos sobre o regime de semiliberdade do reeducando indígena

O Estatuto do Índio, influenciado pela política integracionista, permitiu que, ao índio não integrado ou em vias de integração, fosse aplicada uma circunstância atenuante no momento de fixação de sua pena em razão do cometimento de delitos. Além da possibilidade de incidência do art. 65 do Código Penal, que prevê as circunstâncias que atenuam a pena na hipótese de o índio ser classificado como isolado em razão de seu processo de assimilação, há possibilidade de aplicação do art. 26 do mesmo diploma.

Além da possibilidade de atenuação e até mesmo isenção da pena, o Estatuto do Índio, ainda no art. 57, em seu parágrafo único, previu outro benefício ao indígena que se sujeitou ao processo penal: “As penas de reclusão e de detenção serão cumpridas, se possível, em regime especial de semiliberdade, no local de funcionamento do órgão federal de assistência aos índios mais próximos da habitação do condenado” (BRASIL, 1973).

Inicialmente, é necessário definir quem pode ser classificado como índio. Nos termos da Lei 6.001/73, será indígena “todo indivíduo de origem e ascendência pré-colombiana que se identifica e é identificado como pertencente a um grupo étnico cujas características culturais o distinguem da sociedade nacional” (BRASIL, 1973). Com isso, estabelece-se, portanto, que “todo e qualquer indivíduo que se identifique ou seja identificado como pertencente a um grupo étnico que apresente características culturais diferentes das encontradas na sociedade nacional e que tenha origem pré-colombiana, será considerado índio” (MARTINS, 2005, p. 96).

A exigência da presença de características culturais distintas da sociedade nacional para o que sujeito possa ser classificado como índio é retrograda (LEDESMA, 2018, p. 308), pois é remanescente da política integracionista, colidindo frontalmente com a diversidade cultural e social prevista na Constituição Federal de 1988.

Além da possibilidade de ser declarado indígena em razão da identificação com grupo étnico – desde que possua origem pré-colombiana –, o sujeito também poderá se autodeclarar indígena (1º, I da Convenção da OIT nº 169 sobre Povos Indígenas e Tribais). Nessa última possibilidade, em caso de dúvida por parte do magistrado para a concessão dos benefícios do parágrafo único do art. 57, poderá ser realizada averiguação das informações por meio de variadas espécies probatórias.

Demonstradas as possibilidades de definição de um sujeito como indígena, a primeira dúvida acerca do conteúdo do parágrafo único do art. 57 se refere à sua aplicabilidade: para sua incidência, basta que o sujeito réu no processo penal seja

indígena? Ou, para que seja concedido o benefício do regime especial de semiliberdade, deverá ser avaliado o grau de integração do réu indígena?

Em 2005, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Habeas Corpus nº 85.198/MA, entendeu que os benefícios previstos no art. 56 do Estatuto do Índio se aplicam independentemente do grau de integração do índio, bastando apenas a comprovação da sua condição enquanto indígena (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2005). Destaca-se que, na mesma decisão, o STF reconheceu a imputabilidade plena do indígena acusado.

Porém, em decisões mais recentes, as instâncias inferiores vêm entendendo que índios classificados como integrados, a partir da realização de laudo antropológico, não podem usufruir do regime especial de semiliberdade executado na sede da FUNAI. Tal posicionamento vem sendo reiterado nas decisões do Tribunal Regional da 4ª Região, conforme extraído do julgamento do Habeas Corpus nº 5036824-59.2016.404.0000 (2016) e na Execução Penal nº 5000407-12.2019.4.04.7208 (2019). O mesmo entendimento vem sendo compartilhado pelo Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul, conforme julgamento da Apelação Criminal nº 0000109-21.2008.8.12.0035 (2018).

As decisões das instâncias inferiores em que se afasta o regime especial de semiliberdade nas execuções penais de reeducandos indígenas integrados mostram-se adequadas. A extensão dos benefícios do parágrafo único do art. 56 do Estatuto do Índio aos índios integrados não se justifica, pois, a partir da realização de laudo antropológico, restou comprovado que sua cultura originária gera pouca ou nenhuma influência em seu cotidiano, estando afastado dos costumes tradicionais de sua comunidade.

Outro ponto relevante sobre o regime especial de semiliberdade aplicado aos indígenas refere-se à hipótese de seu cabimento: poderá uma pena de reclusão que seria aplicada a um indivíduo não índio ser substituída pelo regime de semiliberdade da Lei nº 6.001/73 para o cidadão indígena? Inicialmente, cumpre destacar que o índio classificado como isolado não po-

derá receber condenação criminal, em razão do disposto no já mencionado art. 26 do Código Penal.

Quanto ao índio “em vias de integração”, o estabelecimento de sua pena será influenciada pela presença de circunstâncias atenuantes. Porém, mesmo com a incidência de circunstâncias atenuantes, caso a pena aplicada ainda seja superior a 8 anos, qual regime vigorará? Nessa hipótese, a partir da técnica da Interpretação Conforme, visando à preservação dos direitos previstos no art. 231 da Constituição Federal, o índio deverá cumprir pena no regime de semiliberdade na sede da FUNAI, nos termos do art. 56 do Estatuto do Índio. Entendimento em sentido contrário poderia prejudicar o indígena na manutenção de seus costumes, suas crenças, suas tradições e suas relações familiares, colidindo frontalmente com os valores contidos no texto constitucional.

Conclusão

A partir do presente trabalho, conclui-se que o regime especial de semiliberdade a ser cumprido na sede do órgão de proteção ao indígena (FUNAI), previsto no art. 56, caput do Estatuto do Índio, não se aplica a qualquer pessoa que ostente a condição de indígena.

Apesar de o Estatuto do Índio ser editado durante a vigência do paradigma integracionista – posteriormente afastado pela Constituição Federal de 1988 –, o seu art. 56 permanece vigente, em razão de se reconhecer, no art. 231 do texto constitucional, que os índios possuem um regime social próprio que os desobriga de conhecerem as regras do ordenamento jurídico brasileiro.

O regime especial de semiliberdade será aplicado com base no art. 4º do Estatuto do Índio, podendo ser concedido aos índios classificados como em vias de integração apenas após realização de laudo antropológico, já que, para os isolados, deverá incidir a regra prevista no art. 26 do Código Penal.

Referências

- BARRETO, Hélder Girão. **Direitos Indígenas: vetores constitucionais**. Curitiba: Juruá, 2003.
- BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 23 set. 2019.
- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 23 set. 2019.
- BRASIL. Lei 6.001 de 19 de dezembro de 1973. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6001.htm. Acesso em: 23 set. 2019.
- LEDESMA, Thomás Henrique Welter Ledesma. A Tutela Indígena na Constituição Federal de 1988. p. 303-318. In: FIUZA, César Augusto de Castro; LANNES, Yuri Nathan da Costa (Orgs). **Direito civil contemporâneo I**. Florianópolis: CONPEDI, 2018
- LIMA, Edilson Vitorelli Diniz. **Estatuto do Índio: Lei nº 6.001/1973**. Salvador: Juspodivm, 2011.
- MARTINS, Tatiana Azambuja Ujacow. **Direito ao Pão Novo: O Princípio da Dignidade Humana e a Efetivação do Direito Indígena**. São Paulo: Pillares, 2005.
- PONTES, Bruno César Luz. O índio e a Justiça Criminal Brasileira. p. 167-223. In:
- VILLARES, Luiz Fernando (Coord). **Direito Penal e Povos Indígenas**. Curitiba: Juruá, 2011.
- REZENDE, Guilherme Madi. **Índio: tratamento Jurídico-penal**. Curitiba: Juruá, 2012.
- SANTOS FILHO, Roberto Lemos. **Apontamentos sobre o Direito Indigenista**. Curitiba: Juruá, 2005.
- SPAREMBERGER, Raquel Fabiana Lopes; DAMÁZIO, Eloize Peter. Discurso Constitucional Colonial: Um olhar para a decolonialidade e para o “novo” constitucionalismo latino-americano. p. 34-51. In:

GOMES, Ana Cecília de Barros; STRECK, Lênio Luiz; TEIXEIRA, João Paulo Allain (Orgs). **Decolonialidade e constitucionalismo na América Latina**. Belo Horizonte: Arraes, 2015.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Habeas Corpus nº 85.198-3. Paciente: Aduino Viana Guajajara da Silva. Impetrante: Helenita Caiado de Accioli. Rel. Ministro Eros Grau. Julgado em: 17 de novembro de 2005.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL. Apelação nº 00001092120088120035 MS 0000109-21.2008.8.12.0035, Relator: Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques, Data de Julgamento: 28/08/2017, 2ª Câmara Criminal.

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO. Execução Penal nº 50004071220194047208 SC 5000407-12.2019.4.04.7208, Relator: JOÃO PEDRO GEBRAN NETO, Data de Julgamento: 15/05/2019, OITAVA TURMA

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO. *Habeas Corpus* nº 50368245920164040000 5036824-59.2016.404.0000, Relator: LEANDRO PAULSEN, Data de Julgamento: 14/09/2016, OITAVA TURMA.

A GERAÇÃO DOS NOVOS RISCOS: O HOMEM COMO CAUSADOR DOS DESASTRES AMBIENTAIS

Luiza Beskow Pelegrini¹

1 Mestranda em Direito pela Fundação Escola Superior do Ministério Público – FMP, em Porto Alegre, Rio Grande do Sul. E-mail: luizamais00@hotmail.com

Resumo

O presente artigo estuda a questão da degradação do meio ambiente a partir da ótica do homem como causador de danos à Terra, principalmente após a Revolução Industrial, acarretando, na sociedade hodierna, novos riscos. Analisa a Constituição Federal, a lei infraconstitucional e a doutrina. Ainda, busca compreender melhor como se deu a relação do homem com o meio ambiente no passado e como essa relação é vista no presente. Ademais, com este artigo, pretende-se desenvolver um raciocínio a partir da construção de uma argumentação jurídica capaz de verificar que o homem precisa se readaptar ao sistema ambiental, pois carece dele para sua própria existência e subsistência. Assim, a pesquisa constata que esses novos riscos, por serem indeterminados, são um perigo para toda a sociedade. A metodologia utilizada privilegia o método de abordagem hipotético-dedutivo e a técnica de pesquisa bibliográfica.

Palavras-chave: Ambiente. Homem. Risco.

Abstract

This article studies the issue of environmental degradation from the perspective of man as a cause of environmental damage, especially after the Industrial Revolution, bringing new risks to today's society. It analyzes the Federal Constitution, the infra-constitutional law, the doctrine. Still, we seek to better understand how the relationship between man and the earth in the past occurred and how this relationship is seen in the present. In addition, it is intended to develop a logical reasoning from the construction of a legal argument capable of analyzing that man needs to readjust with the environmental system, because it needs it for its existence and subsistence. Thus, research finds that these new risks, because they are undetermined, are a danger to society as a whole. The methodology used privileges the hypothetical-deductive approach method and the bibliographic research technique.

Keywords: Environment; Men; Risk.

Introdução

O presente artigo analisa a questão da degradação do meio ambiente a partir da relação abusiva verificada entre o homem e a natureza. À vista disso, pretende-se demonstrar que a relação do homem com a natureza possui uma série de inadequações, bem como que essa relação está intimamente ligada à questão da produção dos chamados novos riscos, que são de difícil constatação e se mostram perigosos para a própria existência humana.

Para tanto, a presente pesquisa está estruturada de modo a realizar um estudo partindo da análise da relação do homem e da natureza. Verifica-se como essa relação era no passado e como ela se mostra no presente, demonstrando um descompasso no equilíbrio da Terra na atualidade. Espera-se, nesta senda, construir uma argumentação jurídica capaz de demonstrar que o homem necessita buscar, novamente, o seu equilíbrio com a Terra, para que as ameaças por ele criadas após o período industrial sejam reduzidas e não proliferadas com o advento da nova sociedade de riscos.

A metodologia privilegia o método de abordagem hipotético-dedutivo e a técnica de pesquisa bibliográfica.

1 A degradação da terra pelo homem

A relação do homem com a terra é milenar. Já nas civilizações primitivas, a busca pela sobrevivência levou o homem a ter uma relação de respeito e harmonia para com a natureza, extraindo dela a sua subsistência. Ocorre que, com o passar dos anos, notou-se que a preocupação e a visão que o homem tinha em relação ao meio mudaram. A visão utilitária e exploratória da natureza se tornou exacerbada, fazendo com que ciclos naturais fossem vistos mais pela óptica do consumo do que da consciência.

Zyla Suzana Garcia Heit (2013) aduz que

...a relação entre sociedade e natureza tem sido caracterizada por uma série de inadequações, traduzida por uma variada forma de impactos ambientais que tem ameaçado a qualidade de vida, [e que os] processos erosivos, inundações, aquecimento da área central, são exemplos dos conflitos existentes entre sociedade e natureza na produção do espaço socialmente construído (HEIT, 2013, p. 31, adaptado).

Carolina Medeiros Bahia (2006) assevera que, desde o aparecimento do homem na Terra, ele altera o meio em que vive, causando impactos ambientais. Todavia, cabe elucidar que, diversamente das civilizações modernas, que mais destroem do que constroem, os povos primitivos compreendiam-se como parte integrante da natureza, adotando, dessa forma, infinitas precauções na exploração do ambiente.

Ávila Coimbra (2002, p. 73) bem diz que

...desde que em contato com o mundo natural, nós, pelo simples fato de vivermos e agirmos, já introduzimos nele as nossas modificações, por mínimas que sejam. Há quem diga que “existir é poluir”, pensamento este que não cabe debater agora. Sem embargo, no atual estágio tecnológico que impusemos ditatorialmente ao nosso Planeta, é difícil encontrarmos natureza ou grandes ecossistemas em “estado puro”, eis que por todas as partes deparamos com os vestígios do animal-homem e as marcas da sua civilização. Cresce a densidade demográfica de ocupação da Terra, invadindo-se espaços nunca dantes ocupados e modificando-se o entorno (COIMBRA, 2002, p. 73).

José Renato Nalini (2001, p. 01) assevera que a “deformação do antropocentrismo tornou a criatura humana pretensiosa e arrogante. De senhor da terra passou a comportar-se como um terricida ou destruidor do planeta”. Segundo Ana Stela Vieira Mendes (2010),

...passados alguns milênios, a postura é absolutamente diversa: confiantes no progresso tecnológico e nos avanços sobre o entendimento de alguns mecanismos de funcionamento do mundo natural, o homem assume inequivocamente a posição de domínio, achando-se capaz de controlar, transformar e direcionar os recursos naturais de acordo

com suas vontades, diversas vezes nomeadas como necessidades. A normatividade das sociedades humanas então, se fragmenta: tem-se leis morais, que não coincidem necessariamente com as leis jurídicas, que se adequam quase sempre à ordem econômica, que, por sua vez, subordina a política, em uma lógica completamente diferenciada daquele período inicial (MENDES, 2010, p. 1628, grifo nosso).

Todavia, é importante mencionar que o homem, apesar de ter um papel fundamental na destruição do meio que o cerca, faz parte dele. Segundo Scariot (2011, p. 105) “a amplitude e complexidade da expressão meio ambiente indicam a necessária inclusão da espécie humana como parte integrante dessa intrincada teia de relações que se estabelecem entre os homens e o meio onde vivem”.

Dessarte, destaca-se que, hodiernamente, o homem possui um direito legalmente constituído de usar – de maneira equilibrada e sustentável – a natureza que o cerca, pois carece dela para a satisfação das suas mais diversas necessidades humanas. Assim, o direito ao ambiente pode ser legitimado como um direito fundamental.

Conforme bem disserta Fernanda Luiza Fontoura de Meireiros (2003, p. 200), “partindo da análise interpretativa do disposto no artigo 225 de nossa Lei Fundamental, permitindo-se afirmar que a proteção do meio ambiente, para além de um direito fundamental do homem, é um dever fundamental”.

A primeira declaração que inseriu o homem no centro da proteção do meio ambiente foi a Declaração de Estocolmo² de 1972, que aduz o seguinte em seu parágrafo primeiro:

O homem é ao mesmo tempo obra e construtor do meio ambiente que o cerca, o qual lhe dá sustento material e lhe oferece oportunidade para desenvolver-se intelectual, moral, social e espiritualmente. Em larga e tortuosa evolução da raça humana neste planeta chegou-se a uma etapa em

2 A Conferência de Estocolmo foi um marco histórico que possibilitou melhores discussões sobre o meio ambiente de maneira geral, gerando, assim, a Declaração de Estocolmo de 1972. Segundo McCormick (1992, p. 150), “antes de Estocolmo muitos ambientalistas haviam questionado – e rejeitado – a ética do crescimento. [...] Uma década depois de Estocolmo as atitudes já eram muito conciliadoras”.

que, graças à rápida aceleração da ciência e da tecnologia, o homem adquiriu o poder de transformar, de inúmeras maneiras e em uma escala sem precedentes, tudo que o cerca. Os dois aspectos do meio ambiente humano, o natural e o artificial, são essenciais para o bem-estar do homem e para o gozo dos direitos humanos fundamentais, inclusive o direito à vida mesma (DECLARAÇÃO DE ESTOCOLMO, 1972, s/p).

Pode-se perceber, a partir da leitura supracitada, que o homem possui o dever fundamental de proteger o meio ambiente para que a sua própria vida seja propícia no planeta Terra. Assim, em virtude da evolução do humano e de suas tecnologias, pode-se dizer que há a possibilidade de o homem transformar e proteger tudo que o cerca.

Nesse mesmo documento, o artigo terceiro expõe:

O homem deve fazer constante avaliação de sua experiência e continuar descobrindo, inventando, criando e progredindo. Hoje em dia, a capacidade do homem de transformar o que o cerca, utilizada com discernimento, pode levar a todos os povos os benefícios do desenvolvimento e oferecer-lhes a oportunidade de enobrecer sua existência. Aplicado errônea e imprudentemente, o mesmo poder pode causar danos incalculáveis ao ser humano e a seu meio ambiente. Em nosso redor vemos multiplicar-se as provas do dano causado pelo homem em muitas regiões da terra, níveis perigosos de poluição da água, do ar, da terra e dos seres vivos; grandes transtornos de equilíbrio ecológico da biosfera; destruição e esgotamento de recursos insubstituíveis e graves deficiências, nocivas para a saúde física, mental e social do homem, no meio ambiente por ele criado, especialmente naquele em que vive e trabalha (DECLARAÇÃO DE ESTOCOLMO, 1972, s/p).

O homem, por essa linha de pensamento, possui uma responsabilidade dúplice, uma vez que, da mesma forma que deve proteger o meio ambiente, tem o dever fundamental de progredir na sua passagem pela Terra. Isso porque, se aplicar e usar os recursos naturais de maneira equivocada, tem o condão de oferecer danos imediatos e incalculáveis ao meio ambiente.

Assim, é bem verdade que todos possuem a responsabilidade ambiental intrínseca à existência humana, fazendo-se

valer o que dita o princípio segundo da Declaração de Estocolmo (1972, paginação irregular): “os recursos naturais da terra incluídos o ar, a água, a terra, a flora e a fauna e especialmente amostras representativas dos ecossistemas naturais devem ser preservados em benefício das gerações presentes e futuras, mediante uma cuidadosa planificação ou ordenamento”.

Como bem assevera Astrid Puentes Riaño,

...el reconocimiento del derecho al ambiente sano es reciente em comparación com otros derechos humanos. A nível global, la Declaración de Estocolmo de 1972 reconoció por primera vez que las personas tienen derecho “a la libertad, la igualdad y el disfrute de condiciones de vida adecuadas en um médio de calidad tal que permita llevar uma vida digna y gozar de bienestar, y tiene la solemne obligación de proteger y mejorar el médio para geraciones presentes y futuras (RIAÑO, 2006, p. 32).³

José Afonso da Silva (2009) alude que a degradação do meio ambiente deve ser uma preocupação de todos, pois é necessário preservar a natureza em sentido amplo. Deve-se abranger, assim, todos os elementos essenciais à vida humana, com o intuito maior de tutelar a qualidade de vida, o que se configura como uma forma de preservar o direito fundamental da pessoa humana.

Portanto, consagra-se que o homem, ao invés de preservar o meio em que vive, protegendo o meio ambiente para as presentes e futuras gerações, ainda não entendeu bem o seu papel na responsabilidade intergeracional, o que se entende também por princípio da sustentabilidade⁴. Tal constatação se

3 O reconhecimento do direito a um ambiente saudável é recente em comparação a outros direitos humanos. Em nível global, a Declaração de Estocolmo de 1972 reconheceu pela primeira vez que as pessoas têm o direito “à liberdade, à igualdade e ao gozo de condições de vida adequadas em um meio de tal qualidade que lhes permita levar uma vida digna e desfrutar do bem-estar”, assim como têm obrigação solene de proteger e melhorar o meio para as engrenagens de presentes e futuras gerações.

4 O princípio da sustentabilidade serve como escopo para preocupação hodiernamente chamada de “intergeracional”. Nela, o meio ambiente se torna o centro da preocupação para sua preservação em relação ao presente, a fim de possa existir no futuro, para as próximas gerações. Assim, Machado (2017, p. 83) assevera que “a equidade no acesso aos recursos ambientais deve ser enfocada não só com relação à localização espacial dos usuários atuais, como em relação aos usuários potenciais das gerações vindouras.”

dá porque o homem não usa a Terra de maneira equilibrada e sustentável, ocasionando, de forma inteligível, um descompasso entre a humanidade e o ecossistema.

2 Os novos riscos

Em virtude do desenvolvimento desenfreado de novas tecnologias e do uso abusivo dos recursos naturais, seja pelo desenvolvimento urbano, seja pelo desenvolvimento tecnológico, científico e industrial, surge o ambiente natural e a sociedade de riscos. À vista disso, fica claro que, no decorrer do desenvolvimento humano, o homem se tornou mais evoluído tecnologicamente, mas menos evoluído em relação à preocupação ambiental. A verdade é que estaremos vivendo em uma sociedade de riscos⁵ iminentes.

A crise ambiental emerge a partir da atuação direta do homem na sociedade, criando riscos não só para o meio ambiente em si, mas também para toda a humanidade e, principalmente, para as futuras gerações. Carolina Medeiros Bahia, quando se refere às infinitas precauções utilizadas pelos povos primitivos, afirma que, naquele período,

...os principais problemas ambientais enfrentados eram as catástrofes naturais que forçavam o homem a desenvolver, primeiro, um temor pelos acontecimentos naturais que não podia dominar ou compreender e, em seguida, a tendência de sacralizar a natureza e de explicar de modo sobrenatural os fenômenos naturais (BAHIA, 2006, p. 69).

Nádia Awad Scariot (2011) endossa que a sociedade de risco é representada a partir do ingresso em uma maneira de vida cujos efeitos e consequências da sociedade dita industrial não podem ser detidos, uma vez que não foram previstos de ma-

5 O risco pode ser definido como a probabilidade de um evento futuro. Já a sociedade de risco é diferente. Pela visão de Scariot (2011, p. 158) "na Sociedade de Risco (que não deixa de tratar-se de uma Sociedade Industrial, porém, potencializada pelo desenvolvimento tecnocientífico) há um incremento na incerteza quanto às consequências das atividades e tecnologias empregadas nos processos econômicos".

neira completa nem foram suficientemente considerados. Pelo prisma de Ulrich Beck (1998, p. 32), esse momento se configura como “uma fase do desenvolvimento da sociedade moderna onde os riscos sociais, políticos, ecológicos e individuais criados por ocasião do momento de inovação tecnológica escapam das instituições de controle”.

A partir desse norte, parte-se do pressuposto de que o modelo de sociedade em que vivemos, cujos os mecanismos de controle e de prevenção não foram suficientemente efetivos, as consequências do uso da natureza e de seus recursos são trágicos, ocasionando o que se entende por “sociedade de risco”. A respeito disso, Délton Winter de Carvalho assevera:

Assim, a sociedade atual se posiciona em uma situação de autodestruição (self-endangered). As ameaças decorrentes da sociedade industrial são de natureza tecnológica, política e, acima de tudo, ecológica. Enquanto na sociedade industrial pode-se dizer que há uma certa previsibilidade das consequências negativas dos processos produtivos capitalistas, na sociedade de risco (que não deixa de tratar-se de uma sociedade industrial, porém potencializada pelo desenvolvimento tecnocientífico) há um incremento no grau de incerteza quanto às consequências das atividades e tecnologias empregadas nos processos econômicos. Dessa forma, essa nova estrutura social apresenta riscos transtemporais (efeitos ilimitados temporalmente), de alcance global e potencialmente catastrófica (CARVALHO, 2008, p. 14)

Segundo Ulrich Beck (2010), as consequências ambientais desastrosas se deram em virtude do processo social de industrialização e modernização. Assim, o autor também disserta que, “através da produção de riscos, as necessidades desprendem-se definitivamente de seu ancoramento residual na natureza e, portanto, de sua finitude e satisfazibilidade”.

Sobre as consequências ambientais após a industrialização, Mery Chalfun (2010) afirma:

Após a revolução industrial, e ação direta do homem sobre o ambiente de forma despreocupada, a degradação ambiental alcança níveis alarmantes, poluição, efeito estufa,

extinção de diversas espécies, desequilíbrio ambiental, alterações climáticas, acabando por despertar uma preocupação ambiental, incluindo a vida de todos os seres, inclusive a do homem. Há o despertar para uma preocupação ambiental, de que os recursos ambientais são limitados (CHALFUN, 2010, p. 07).

Por esse norte, depreende-se que, após a Revolução Industrial, o homem começou a se utilizar do meio ambiente sem grandes preocupações com as consequências que geraria na natureza. Por isso mesmo, Nádia Awad Scariot (2011) refere que a questão ambiental passou a ver vista de uma forma ligada ao processo de desenvolvimento, explicando, assim, as rápidas mudanças ambientais ocorridas em países onde se verificou o desenvolvimento ecológico acelerado.

Para Germana Parente Neiva Belchior e José Rubens Morato Leite (2008),

...notadamente, a sociedade pós-moderna produz riscos que podem ser controlados e outros que escapam ou neutralizam os mecanismos de controle típicos da sociedade industrial. A sociedade de risco revela-se, portanto, como um modelo teórico que marca a falência da modernidade, emergindo de um período pós-moderno, na medida em que as ameaças produzidas ao longo da sociedade industrial começam a tomar forma. Os pilares da concepção moderna de civilização já não conseguem mais explicar os desenvolvimentos da ciência e da sociedade. Trata-se de uma crise de paradigma, uma crise própria da modernidade. Referida crise torna praticamente inviável, pelo menos nos moldes clássicos, qualquer tentativa do homem pós-moderno no sentido de calcular os riscos e os desafios a que se submete o meio ambiente no século XXI (BELCHIOR; LEITE, 2008, p. 76).

Nesta senda, verifica-se que as ameaças formadas a posteriori do período industrial despertam importante atenção da sociedade em geral. Isso porque a ciência e as novas tecnologias não caminham no mesmo passo que a preocupação relacionada ao impacto que essas novas possibilidades têm sobre o meio ambiente em geral nem ao risco por elas causado. Tais possibi-

lidades geram, por essa perspectiva, impactos ambientais não previsíveis.

Segundo Bahia (2012, p. 59),

...por conta da sua concretude, os riscos industriais são passíveis de uma avaliação segura quanto às suas causas e consequências e têm a sua dimensão temporal e territorial bem delimitada. Já os novos riscos, em virtude de sua indeterminação e dificuldade de avaliação científica, são passíveis apenas de uma "avaliação probabilística" e têm a potencialidade de atingir um número indeterminado de pessoas.

Dessa forma, como aduz a autora, se no passado os riscos eram, de forma mais concreta, delimitados, atualmente, em virtude dos chamados "novos riscos", são, de maneira geral, de difícil identificação e de uma indeterminação de grande monta, sendo passíveis apenas de uma mera avaliação probalística. Assim, as pessoas, as empresas, as organizações estatais e os políticos tornam-se responsáveis pelos riscos causados.

Rogério Rammê (2018) alega que a aplicabilidade dos princípios da prevenção e da precaução não tem sido adequada. Com o exemplo da precaução, nota-se que, em determinadas decisões, são desconsideradas pesquisas científicas que identificam riscos ambientais potenciais. Assim, nota-se que os instrumentos voltados à gestão dos riscos ambientais autorizam certo grau de risco. O autor ainda assevera que esse modelo de gestão de riscos ambientais "é o que se mostra mais cômodo e favorável às autoridades públicas, pois é o que permite conciliar os fatores de produção que geram a riqueza econômica e o bem-estar social com as medidas de proteção ambiental" (RAMMÊ, 2018, p. 206).

Dessa forma, esses novos riscos gerados pelo homem, principalmente pelo massivo e desenfreado uso dos recursos naturais, deve ser (re)pensado. Ao vivermos em uma sociedade em que riscos são de difícil identificação e de uma indeterminação sem precedentes, a própria existência humana na Terra pode estar severamente ameaçada.

Considerações finais

O presente artigo teve como escopo o estudo da relação do homem com a Terra e como essa relação possui o condão de degradar o meio ambiente, levando à produção de novos riscos. Assim, foram analisadas a doutrina que trata do assunto, bem como a Declaração de Estocolmo, importante instrumento a favor do meio ambiente.

Ainda, abordou-se a questão de que o ser humano possui o dever fundamental de proteger o meio ambiente para que a vida das presentes e futuras gerações sejam propícias. Portanto, o homem deve evoluir conjuntamente com as tecnologias, transformando, assim, tudo que o cerca.

Ademais, vislumbrou-se que o desenvolvimento desenfreado, as novas tecnologias e o uso abusivo dos recursos naturais acarretaram uma crise ambiental, denominada sociedade de riscos. Assim, analisou-se que a sociedade de riscos surge no mesmo compasso das inovações tecnológicas, assim como abordou-se que, atualmente, vivemos com novos riscos, os quais são de difícil identificação, razão pela qual se transformam em um perigo iminente para toda a sociedade.

Em síntese, o presente artigo teve a intenção de demonstrar, a partir da construção da argumentação jurídica e de uma análise procedimental e lógica, que o homem possui uma relação intrínseca com a Terra, pois depende dela para a sua existência e subsistência. No entanto, ao invés de protegê-la, desenvolve-se tecnologicamente e industrialmente cada vez mais, de forma que a natureza padece com esse descontrole, gerando uma indeterminação de futura existência.

Referências

- BAHIA, Carolina Medeiros. Antropocentrismo Alargado: Uma Nova Proposta de Relação Ética entre o Homem e a Biodiversidade. In. BENJAMIN, Antonio Herman. **Direitos Humanos e Meio Ambiente**. São Paulo: Imprensa Oficial, 2006.
- BECK, Ulrich. **Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade**. São Paulo: Editora 34, 2010.
- COIMBRA, José de Ávila Aguiar. **O outro lado do meio ambiente: uma incursão humanista na questão ambiental**. Campinas: Millennium, 2002.
- HEIT, Zyla Suzana Garcia. **Globalização e degradação ambiental: dialética da relação entre sociedade moderna e natureza**. 1. ed. Porto Alegre: Armazém Digital, 2013.
- MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito ambiental brasileiro**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2017.
- MEDEIROS, Fernanda Luiza Fontoura de. A Proteção Ambiental Diante da Necessária Formação de uma Nova Concepção de um Estado Democraticamente Ambiental. In. BENJAMIN, Antonio Herman. **Direito, Água e Vida**. São Paulo: Imprensa Oficial, 2003.
- MENDES, Ana Stela Vieira. A relação homem-natureza através dos tempos: a necessidade da visão transdisciplinar como fundamento do direito ambiental. In: XIX ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI, 2010, Fortaleza. **Anais [...]**. Fortaleza: CONPEDI, 2010, p. 1628-1642. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4241770/mod_resource/content/2/a_relacao_homemnatureza_atraves_dos_tempos_a_necessidade_da_visao.pdf. Acesso em: 11 jul. 2019.
- NALINI, José Renato. **Ética ambiental**. Campinas: Millennium, 2001.
- RAMMÊ, Rogério Santos. **O dever fundamental ecológico e a proteção dos serviços ecossistêmicos**. 1. ed. Curitiba: Prismas, 2018.

RIAÑO, Astrid Puentes. Particularidades de Casos Ambientales para La Justiciabilidad em El Sistema Interamericano de Derechos Humanos. In. BENJAMIN, Antonio Herman. **Direitos Humanos e Meio Ambiente**. São Paulo: Imprensa Oficial, 2006.

SCARIOT, Nádia Awad. **A evolução do Estado na perspectiva da questão ambiental**. Passo Fundo: Universidade de Passo Fundo, 2011.

SILVA, José Afonso da. **Direito ambiental constitucional**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

SILVA, José Afonso da. **Direito ambiental constitucional**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA NA TUTELA DO PRINCÍPIO DA MORALIDADE

José Eduardo Aidikaitis Previdelli¹

Thêmis Toaldo Almeida²

1 Mestre em Direitos Humanos (UniRitter). Pós-graduado em Direito Processual Civil (UniRitter) e em Formação Pedagógica de Professores (FAQI).
Professor de cursos de pós-graduação. edprevidelli@gmail.com

2 Pós-graduanda em Direito Processual Civil (UniRitter). Advogada. themistoaldo@gmail.com

Resumo

O presente estudo tem por objeto analisar a ação por Improbidade Administrativa na hipótese de violação ao princípio da moralidade. O problema central versa sobre a forma de utilização da aludida Ação Civil Pública como mecanismo de tutela da moralidade administrativa, bem público incondicionado. A abordagem do tema se divide em duas partes. Na primeira, foram traçadas as bases conceituais para a compreensão do conteúdo e do alcance da moralidade administrativa, bem como as bases necessárias para sua caracterização como bem público incondicionado. Na segunda, examinaram-se as modalidades da ação de Improbidade Administrativa para, então, traçar sua aplicação à hipótese de violação ímproba da moralidade. O presente artigo foi elaborado de acordo com o método dedutivo, segundo a revisão bibliográfica sobre o tema.

Palavras-chave: Ação Civil Pública. Improbidade Administrativa. Princípio da Moralidade.

Abstract

The purpose of the present study is to analyze the action for administrative misconduct in the event of violation of the principle of morality. The central problem concerns how the use of the aforementioned Public Civil Action as a mechanism for the protection of administrative morality, an unconditioned public good, is divided into two parts. In the first, the conceptual bases for understanding the content and scope of administrative morality were laid, as well as those necessary for its characterization as an unconditioned public good. In the second, we examined the modalities of the Administrative Misconduct action, and then traced its application to the hypothesis of unjust violation of morality. This article was elaborated according to the deductive method, according to the bibliographical revision about the theme.

Keywords: Public Civil Action; Administrative dishonesty; Morality Principle

Introdução

No campo de estudo das Ações Cíveis Públicas, na tutela de direitos transindividuais, destacam-se, sobremaneira, as demandas que têm por objeto a proteção da probidade administrativa. Tal fertilidade do terreno é muito impactada pelo contexto social e político atual, com grande volume de análise da conduta dos administradores públicos. Nessa perspectiva, é proposto o presente estudo, sob o título “Ação de improbidade administrativa na tutela do princípio da moralidade”.

Considerando a significativa gama de princípios incidentes no direito administrativo, o princípio da moralidade adquire especial relevância, quer pelo seu *status* de direito público incondicionado, quer pela significativa carga de subjetividade na sua avaliação, motivo pelo qual desperta maiores dúvidas e amplia o campo de debates. Justamente nesse contexto, o objetivo do presente trabalho é contribuir, por meio de apresentação de aspectos legais, doutrinários e jurisprudenciais, para uma melhor compreensão do tema.

O ponto de partida do estudo é a definição das bases conceituais para a compreensão do conteúdo e o alcance da moralidade administrativa, bem como as bases necessárias para a sua caracterização como bem público incondicionado. Com tal alicerce, passa-se ao exame das modalidades da ação de Improbidade Administrativa para, então, traçar sua aplicação à hipótese de violação ímproba da moralidade.

Adota-se o método dedutivo na elaboração do estudo, a partir de revisão bibliográfica sobre o tema.

1 A moralidade como bem público incondicionado

Com o surgimento de comunidades humanas, apareceram interesses comuns. Por tal motivo, fez-se necessário desenvolver organizações que, hoje, são chamadas de Estado. Desse

modo, foram sendo atingidos os objetivos – interesses comuns – através da administração pública.

A administração pública nada mais é do que um conjunto que governa objetivando o atendimento dos interesses dessas ditas comunidades humanas – o Estado –, sendo por elas executada a garantia de direitos. Trata-se de uma destinação coletiva (BOSCO, 2004).

Para Hely Lopes Meirelles (1993), a administração pública é aquela que gere bens e interesses públicos da nação, sempre de acordo com a moral e o direito (justiça), a fim de tutelar o bem comum do Estado. Nesse ponto, cumpre referir que esses interesses comuns são divididos entre coletivos – que são os direitos de determinada classe, por exemplo, a dos advogados (sujeitos determinados) – e difusos – também conhecidos como metaindividuais ou supraindividuais, que são os direitos de um indivíduo, ou de todos, como, por exemplo, o direito ao meio ambiente (atinge sujeitos indeterminados), sendo, portanto, direitos indivisíveis, como bem assevera Rodolfo de Camargo Mancuso (1988).

A fim de tutelar tais direitos suprarreferidos, fez-se imperiosa a criação de alguns princípios – constitucionais – para assegurar maior efetividade dessa garantia estatal dos bens públicos, uma vez que os administrados – os indivíduos que compõem o Estado – podem fiscalizar essa administração, de forma a valorar os serviços prestado. Isto é, cria-se a possibilidade de averiguar se todos os atos cometidos por quem tem o poder de gerir estão sendo eficazes nos termos da boa administração e da moralidade.

Nesse aspecto, vale trazer a lume o princípio da moralidade, assegurado pelo *caput* do artigo 37³ da Carta Magna, como sendo um dos mais importantes nesse cenário. Isso porque, em questão administrativa do Estado, a moralidade serve para assegurar que os atos administrativos daqueles que possuem o

3 "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 [...]" (BRASIL, 1988).

poder de governar se encaixem dentro da ética, a qual é reconhecida por garantir que ninguém reste prejudicado.

A moralidade é um conceito indeterminado, uma vez que nem todas as ações de um agente público podem ser consideradas morais ou imorais, visto que cada situação apresenta uma medida diversa sobre o que é moral na hora da análise e do julgamento. Para uma melhor elucidação do que é a moralidade, devemos buscar suas raízes históricas. Do latim, *mos* ou *moris* que significa "costumes", ou melhor, ações reiteradas, fruto da vontade popular, tidas como certas pelos indivíduos componentes do Estado. São ações associadas à questão dos direitos e às obrigações de cada um.

O intuito desse princípio não é apenas simbolizar o que é legal ou ilegal, mas perceber questões de honestidade e lealdade. Trazendo à seara da administração pública, temos, notadamente, o objetivo de fiscalizar se os agentes públicos – que são os garantidores do Estado – estão realizando seus atos de governo de acordo com a ética e a honestidade no que tange à boa administração, ou seja, sem desvio de poder.

Ainda, vale dizer que a moralidade administrativa tem por função a limitação do poder estatal, controlando, assim, todos os atos dos agentes públicos que ultrapassem a valoração ética, conforme bem acentua o Ministro do Supremo Tribunal Federal Celso de Melo quando do julgamento do Recurso Extraordinário nº 579.951/RN:

O princípio constitucional da moralidade administrativa, ao impor limitações ao exercício do poder estatal, legitima o controle de todos os atos do poder público que transgridam os valores éticos que devem pautar o comportamento dos órgãos e dos agentes governamentais, não importando em que instância de poder eles se situem. (BRASIL, 2008).

Diante de todo o exposto, pode-se deduzir que a moralidade é considerada um bem público, pois, uma vez ferida pelos atos do poder estatal, viola-se a dignidade da pessoa humana de forma coletiva, ou seja, atinge todos que compõem o Estado, causando lesividade ao interesse coletivo.

Considera-se imoral, desonesto e desleal quando o agente público, a fim de se beneficiar individualmente, como, por exemplo, por meio de enriquecimento ilícito – desvio de verba pública – realiza atos que prejudiquem o interesse coletivo. Isso porque o Estado fica onerado, reduzindo, muitas vezes, verbas necessárias à população (segurança, saúde, etc.). Essas ações são chamadas de atos de improbidade⁴.

Neste cerne, sendo a moralidade um princípio basilar da administração pública no que tange aos atos realizados por seus agentes estatais, pode-se compreendê-la como um bem público incondicionado, ou seja, absoluto, não estando sujeito a condições ou limitações na efetivação da fiscalização das garantias públicas. Devem apenas manter-se intactas a moral e a ética a fim de não violar quaisquer interesses coletivos.

Segundo Mauro Roberto Gomes de Mattos (2005), não é concebível, atualmente, que um ato administrativo não obedeça nem se submeta aos princípios constitucionais dispostos no artigo 37 da nossa Constituição Federal, sendo um deles a moralidade. Por isso, ela é considerada um bem público absoluto, incondicionado.

Sendo assim, conclui-se que, sendo a moralidade um princípio fundamental à administração pública, ela deve ter maior valoração sobre os atos administrativos, de modo a assegurar maior efetividade na garantia dos interesses comuns.

4 Lei n. 8.429/1992, Art. 1º: “Os atos de improbidade praticados por qualquer agente público, servidor ou não, contra a administração direta, indireta ou fundacional de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios, de Território, de empresa incorporada ao patrimônio público ou de entidade para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, serão punidos na forma desta lei. Parágrafo único. Estão também sujeitos às penalidades desta lei os atos de improbidade praticados contra o patrimônio de entidade que receba subvenção, benefício ou incentivo, fiscal ou creditício, de órgão público bem como daquelas para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com menos de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, limitando-se, nestes casos, a sanção patrimonial à repercussão do ilícito sobre a contribuição dos cofres públicos” (BRASIL, 1992).

2 A ação de improbidade administrativa por violação ao princípio da moralidade

A Lei nº 8.429/92, ao tratar da Improbidade Administrativa, estabeleceu três conjuntos de atos ímprobos que, segundo leciona Hely Lopes Meirelles (2015), classificam-se em: “a) os que importam enriquecimento ilícito (art. 9º); b) os que causam prejuízo ao erário (art. 10); e c) os que atentam contra os princípios da Administração Pública” (p. 608). Essas classes são “lançadas topologicamente em ordem decrescente de gravidade” (REICHELT, 2017, p. 26) da violação perpetrada à probidade administrativa.

No artigo 9º da referida lei, são previstos os atos de improbidade relacionados ao enriquecimento ilícito por aferição de qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida. Por sua vez, o artigo 10º estabelece a improbidade por ato que enseje lesão ao erário por qualquer ação ou omissão – dolosa ou culposa –, perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres.

Finalmente, a modalidade que é objeto central do presente estudo é a decorrente do disposto no artigo 11 da Lei de Improbidade Administrativa, em razão de atentado contra os princípios da administração pública (PREVIDELLI, 2017). Sobre o tema, Maria Di Pietro (2014, p. 909) afirma que “o enquadramento do ato pode dar-se isoladamente, em uma das três hipóteses, ou, cumulativamente, em duas ou nas três”, de acordo com a conduta praticada e o seu resultado. Para Arnaldo Rizzardo (2014, p. 464),

...quanto à categoria de atos de improbidade, discrimina a Lei 8.429 três tipos, como as espécies carregadas de alto conteúdo pena, e revelando mais que simples irregularidades: os que importam em enriquecimento ilícito do agente público ou de outrem, não importando se resultar ou não dano ao erário; os que causam prejuízo ao erário e podem importar enriquecimento indevido de terceiro; e os que atentam contra os princípios da administração pública, mediante a violação dos deveres administrativos.

Debruçando-se sobre a improbidade administrativa por violação aos princípios da administração (artigo 11) – campo para análise da violação ao princípio da moralidade propriamente dito –, observa-se que a conduta da administração pública é orientada por um rol de princípios, explícitos e implícitos, na legislação pátria. A adoção de tais tipos de normas tem por objetivo “orientar a ação do administrador na prática dos atos administrativos e [...] garantir a boa administração, que se consubstancia na correta gestão dos negócios e no manejo dos recursos públicos” (SILVA, 2004, p. 666).

Dentre os princípios explícitos – aqueles cujas violações, incontroversamente, são hábeis a possibilitar a ocorrência de ato ímprobo –, é conferida maior atenção àqueles constantes no artigo 37 da Constituição Federal. No âmbito Estadual, o artigo 19 da Constituição do Estado do Rio Grande do Sul reforça os princípios acima apontados (à exceção do princípio da eficiência), alargando o rol deles (com a inclusão dos princípios da legitimidade, participação, razoabilidade, economicidade e motivação) na seguinte forma:

Art. 19. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes do Estado e dos municípios, visando à promoção do bem público e à prestação de serviços à comunidade e aos indivíduos que a compõem, observará **os princípios da legalidade, da moralidade, da impessoalidade, da publicidade, da legitimidade, da participação, da razoabilidade, da economicidade, da motivação** e o seguinte: [...]. (RIO GRANDE DO SUL, 1989, grifo nosso).

Em decorrência da necessidade de observância dos princípios da administração pública e para que não restem dúvidas quanto à sua exigibilidade, a Lei de Improbidade estabelece, em seu artigo 4º, que “os agentes públicos de qualquer nível ou hierarquia são obrigados a velar pela estrita observância dos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade no trato dos assuntos que lhe são afetos” (BRASIL, 1992).

Nesse panorama, é tormentoso o estabelecimento da eficácia normativa do princípio da moralidade propriamente dito, ao passo que, parcela da doutrina, inclusive, defende seu

alcance pela “invocação da legalidade e da finalidade” (CAMILO JÚNIOR, 2011, p. 179). Todavia, não se pode subsumir a moralidade, que tem maior amplitude e “exige da gestão administrativa um posicionamento inteiramente afinado com padrões de honestidade e de promoção de bem comum” (COSTA NETO, 2001, p. 1341), com a legalidade em sentido estrito.

Reveste-se de menor dificuldade – jamais de facilidade – a solução da celeuma sob o enfoque da aferição do aludido princípio quando de sua violação propriamente dita se considerarmos a lição de Eurico Bitencourt Neto, no sentido de que a moralidade se constitui em dos princípios cujo “resultado em si da atuação administrativa é menos importante que os meios eleitos para implementá-la” (BITENCOURT NETO, 2005, p. 120). Para Maria Sylvia Zanella Di Pietro (1991), a moralidade dos atos administrativos dos agentes públicos se verifica não nos atos propriamente ditos, mas nos resultados jurídicos imediatos que eles podem causar à sociedade. Ou seja, “a moral é identificável no seu objeto ou conteúdo [...] no efeito jurídico imediato que o ato produz e que, na realidade, expressa o meio de atuação pelo qual opta a Administração para atingir uma de suas finalidades”.

Nicolau da Costa Neto lembra que a impossibilidade de o Poder Judiciário examinar o aspecto subjetivo da adoção de determinada conduta pela Administração não impede o exame “dos pressupostos do auto, ou seja, dos motivos que determinaram aquela ação administrativa” (COSTA NETO, 2001, p. 1350). Tal faculdade permite a aferição da moralidade, em sentido próprio, da conduta da Administração quando inexistem abusos ou desvios.

Assim, a configuração de violação ímproba ao princípio da moralidade administrativa exige especial análise do elemento subjetivo na conduta do agente. Deve ser aferido o animus doloso de “atuar de modo desonesto, em contrariedade com o que dele é esperado no cuidado com a coisa pública” (REICHEL, 2017, p. 28).

Conclusão

A Lei de Improbidade Administrativa, estabelecendo diretrizes de proteção à probidade administrativa, prevê, dentre suas categorias, atos ímprobos pela violação dos princípios da Administração Pública. Todavia, considerando a dificuldade de delimitação do conteúdo desses atos, surgem diversos entraves na análise de condutas e de possíveis violações dos princípios explícitos que norteiam a atuação do administrador.

Construiu-se o presente artigo partindo-se de tal premissa, com especial atenção direcionada à violação ímproba do princípio da moralidade administrativa, previsto no artigo 37 da Constituição Federal e no artigo 19 da Constituição do Estado do Rio Grande do Sul, com reforço no artigo 4º da Lei nº 8.429/92. Em um primeiro momento, foram lançados os alicerces conceituais para a compreensão do conteúdo e do alcance da moralidade administrativa e sua inclusão no rol de bens públicos incondicionados.

Tomando por base tais constatações, foram examinadas as modalidades da ação de Improbidade Administrativa para, então, traçar sua aplicação à hipótese de violação ímproba da moralidade. A partir de tais elementos, conclui-se que a violação da moralidade, como princípio da administração pública, somente representa ato de improbidade quando aferido o desvio da atividade da administração – e não em seu eventual resultado –, afastando-se de sua finalidade.

Referências

BITENCOURT NETO, Eurico. **Improbidade administrativa e violação de princípios**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

BOSCO, Maria Goretti Dal. **Responsabilidade do agente público por ato de improbidade**. Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2004.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao-compilado.htm>. Acesso em: 22 dez. 2017.

BRASIL. **Lei nº 8.429**, de 02 de junho de 1992. Brasília, DF, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8429.htm>. Acesso em: 01 out. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 579.951/RN. Relator: Ministro Celso de Melo. Brasília, DF, 20 de agosto de 2008. Dje. Brasília, 23 out. 2008. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadTexto.asp?id=2429149&ext=RTF>. Acesso em: 01 out. 2019.

CAMILO JUNIOR, Ruy Pereira. A improbidade administrativa e os princípios constitucionais. **Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo**, São Paulo, v. 14, n. 27, p. 171-185, jan. /jun. 2011.

COSTA NETO, Nicolao Dino de Castro e. Da moralidade administrativa à improbidade administrativa: A (indesejável) rota migratória da má gestão dos negócios públicos. **Revista de Direitos Difusos**. São Paulo, ADCOAS, 2001. v.10, p.1339-1354.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 27 ed. São Paulo: Atlas, 2014.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discricionariedade administrativa na constituição de 1988**. Atlas, São Paulo, 1991

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Interesses difusos**: Conceito e legitimação para agir. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1988.

MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. **A constitucionalização do direito administrativo e o controle de mérito (oportunidade e conveniência) do ato administrativo discricionário pelo poder judiciário brasileiro**. [S/I]: Verbo Jurídico, 2005.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 41 ed., São Paulo: Malheiros, 2015.

PREVIDELLI, José Eduardo Aidikaitis. Improbidade administrativa por violação ao princípio da legalidade. In: SARLET, Ingo Wolfgang; LUDWIG, Roberto José (Org.). **A proteção judicial da probidade pública e da sustentabilidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017. Cap. 2. p. 31-45.

REICHELT, Marcos. Reflexões sobre a tutela jurídica da moralidade. In: SARLET, Ingo Wolfgang; LUDWIG, Roberto José (Org.). **A proteção judicial da probidade pública e da sustentabilidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017. Cap. 1. p. 11-30.

RIO GRANDE DO SUL. **Constituição do Estado do Rio Grande do Sul**. Porto Alegre: Assembleia Legislativa do Estado do Rio Grande do Sul, 1989. Disponível em: <<http://www2.al.rs.gov.br/dal/LinkClick.aspx?fileticket=liPguzuGBtw%3D&tabid=3683&-mid=5358>>. Acesso em: 01 out. 2019.

RIZZARDO, ARNALDO. **Ação civil pública e ação de improbidade administrativa**. 3 ed. rev., atual. e ampl.. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

SILVA. José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 23 ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

INFILTRAÇÃO POLICIAL EM ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS E DIREITOS FUNDAMENTAIS

Luis Rollsing



Resumo

O presente artigo analisa a nova ferramenta legal investigativa, chamada de infiltração policial. Ela tem como objetivo apresentar provas para a punição de pessoas que cometem crimes em organizações criminosas. Para tanto, esta medida invasiva da intimidade e da vida privada deve ser analisada à luz dos princípios constitucionais, bem como das normas infra-constitucionais que a regulamentam. Em princípio, abordaremos a Lei 12.850/2013, que atualmente regula a infiltração policial. Em seguida, examinaremos as garantias constitucionais que devem ser observadas pelos agentes encarregados de colocar em prática essa novel técnica legislativa. Por fim, faremos menção ao princípio da proporcionalidade como meio eficaz para solucionar a colisão entre direitos fundamentais. O método de abordagem deste estudo é o dedutivo e a técnica de pesquisa é a bibliográfica.

Palavras-chave: Organizações criminosas; Infiltração policial; Lei 12.850/2013; Princípios constitucionais; Garantias constitucionais

Abstract

This article analyzes the new legal investigative tool, called police infiltration, which aims to present evidence for the punishment of people who commit crimes in criminal organizations. To this end, this invasive measure of privacy and private life must be analyzed in the light of its constitutional principles, as well as the infra-constitutional legal norms that regulate. In principle we will address the Law 12.850 / 2013 that currently regulates the police infiltration. After that, we will examine the constitutional guarantees that must be observed by the agents charged with putting this new legislative technique into practice. Finally, we will mention the principle of proportionality as an effective means to solve the collision between fundamental rights. The method of approach is the deductive and a bibliographic research technique.

Keywords: criminal organizations; police infiltration; Law 12.850/2013; constitutional principles; constitutional guarantees.

Introdução

A globalização da economia mundial, que teve como consequência o avanço tecnológico, a criação de áreas de livre comércio, o incremento das transações comerciais e financeiras, o progresso da internet, entre outros fatores pós-modernos, refletiu na melhoria de vida da população de muitos países.

Porém esses fatores de maior liberdade nas relações pessoais também incrementaram e qualificaram as práticas criminosas em nível transnacional, a exemplo da lavagem de dinheiro, do tráfico de drogas, de armas, de pessoas, etc.

Nessa perspectiva, crimes dessa natureza não poderiam mais ser abordados, em uma investigação, como delitos tradicionais (a exemplo de furto e roubo), com o uso das técnicas previstas pelo Código de Processo Penal do século passado. Novas modalidades extraordinárias e modernas exigiam atenção do Poder Público, a fim de viabilizar o desmantelamento de verdadeiras “multinacionais do crime”.

Dessa forma, após várias tentativas de estabelecer uma legislação que atendesse às expectativas quanto à eficácia ao combate ao crime organizado e suas ramificações, chegou-se à Lei 12.850/2013 que, atendendo à legislação internacional – notadamente a Convenção de Palermo –, conceituou crime organizado e estabeleceu técnicas e procedimentos modernos para investigá-lo.

Por seu turno, a Constituição Federal estabelece uma série de direitos fundamentais ao cidadão, os quais devem ser obedecidos pelo Poder Público, como a dignidade da pessoa humana e a privacidade.

Assim, não basta ser criada uma Lei para combater organizações criminosas. A norma legal deve atender aos preceitos constitucionais, a fim de que a investigação não seja declarada inconstitucional ou de que os atos dos agentes públicos não sejam declarados ilegais.

Com base nisso, o presente artigo abordará o rito previsto na Lei 12.850/2013, com notadamente os meios extraordinários de investigação e infiltração policial em organizações criminosas.

Em seguida, serão feitas considerações acerca de direitos e garantias constitucionais que devem ser observados pelos agentes públicos que entram em conflito com a técnica de investigação aqui estudada.

Por fim, abordaremos o princípio da proporcionalidade como forma de solucionar a colisão entre direitos fundamentais.

1 Infiltração Policial nas organizações criminosas: evolução legislativa e análise da Lei 12.850/2013

Não se sabe ao certo a gênese da criminalidade organizada, mas histórias de criminosos marcadas pelo tempo, retratadas em livros e filmes, causam fascínio em muitas pessoas. Na *Idade Média*, contos da *Garduna*, uma sociedade secreta criminosa espanhola, já mexiam com o imaginário popular (SOUTHWELL, 2014, p. 6).

A evolução da sociedade exigiu que normas de conduta fossem editadas para que as pessoas estivessem cientes de suas obrigações para com o grupo social. Assim, segundo Hart, desde épocas primitivas, a sociedade se viu compelida a impor regras primárias de obrigação, com restrições ao livre uso da violência e às práticas de crimes, como o furto e a fraude (HART, 2005, p. 101).

Nesse contexto, não é possível combater a criminalidade organizada com normas incompletas e que não estipulem regras claras e eficientes para obtenção de provas em desfavor de integrantes de organizações criminosas poderosas e bem estruturadas.

É certo que a sociedade exige uma ação estatal mais eficaz para a proteção da segurança pública, um dos pilares dos

direitos humanos. Não é desconhecida a teoria de Habermas a respeito da “deliberação coletiva”, na qual,

...todos [podem] participar como indivíduos livres e iguais, apresentando seus argumentos (pretensões de validade) sem constrangimentos e coações e desde que as normas obtidas nesse processo possam ser aceitas por todos os potencialmente afetados por suas consequências (MELLO, 2004, p. 44, adaptado).

Nessa trilha de mudança de concepção normativa, Hart (2005) explica sua teoria sobre as regras de alteração das normas primárias:

O remédio para a qualidade estática do regime de regras primárias consiste na introdução do que chamaremos de ‘regras de alteração’. A forma mais simples de tal regra é a que confere poder a um indivíduo ou a um corpo de indivíduos para introduzir novas regras primárias para a conduta da vida do grupo, ou de certa classe dentro dele, e para eliminar as regras antigas (p. 105).

O Congresso Nacional, após várias normas legais inócuas, sancionou a Lei 12.850/2013. Essa lei passou a definir organização criminosa, os meios de obtenção de provas e o rito legal a ser seguido pelos encarregados de investigar pessoas integrantes de quadrilhas que cometem os mais variados delitos previstos na legislação penal brasileira.

O artigo 1º da lei assim define organização criminosa:

Art. 1º Esta Lei define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal a ser aplicado.

§ 1º Considera-se organização criminosa a associação de 4 (quatro) ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional.

O texto legal adotou como características essenciais para a perfectibilização da definição de organização criminosa os se-

guintes aspectos: a pluralidade de agentes; a divisão de tarefas; o objetivo de vantagem de qualquer natureza; ser um grupo estruturado; e o cometimento de crimes graves, com penas cominadas superiores a quatro anos ou delitos de caráter transnacional, independentemente da pena prevista.

O artigo 3º da lei em comento prevê uma série de meios de obtenção de provas para incriminar integrantes de organizações criminosas. Entre elas, está a infiltração de agentes, a qual é tratada de forma específica no artigo 10º e será estudada a partir deste momento.

Guilherme de Souza Nucci (2016) refere-se à infiltração policial da seguinte forma:

Representa uma penetração, em algum lugar ou coisa, de maneira lenta, pouco a pouco, correndo pelos seus meandros. Tal como a infiltração da água, que segue seu caminho pelas pequenas rachaduras de uma laje ou parede, sem ser percebida, o objetivo desse meio de captação de prova tem idêntico perfil. O instituto da infiltração policial destina-se justamente a garantir que agentes de polícia, em tarefas de investigação, possam ingressar legalmente no âmbito da organização criminosa, como integrantes, mantendo identidades falsas, acompanhando as suas atividades e conhecendo sua estrutura, divisão das tarefas e hierarquia interna. Nessa atividade, o agente infiltrado pode valer-se da ação controlada para mais adequadamente desenvolver seus objetivos (p. 724).

Assim, verifica-se que a infiltração policial consiste, basicamente, em permitir que agentes policiais ingressem no seio do crime organizado, fazendo-se passar por delinquentes, participando da vida diária das atividades ilícitas e, até mesmo, cometendo delitos, a fim de enviar informações às autoridades que estão no comando da investigação.

Por ser atividade invasiva à intimidade dos investigados, a infiltração policial segue o princípio da subsidiariedade. Assim, deve ser a *ultima ratio*, ou seja, deve ser utilizada somente quando não houver outros meios legais para a obtenção de provas em desfavor de integrantes de organização criminosa.

De acordo com o artigo 10º da Lei 12.850/2013, a infiltração policial será precedida de autorização judicial, a qual deverá ser fundamentada – contendo todos os argumentos fáticos e jurídicos – circunstanciada e sigilosa (NUCCI, 2016, p. 726).

De outra banda, o pedido para infiltração deve ser feito pelo Delegado de Polícia ou pelo Ministério Público, devendo a Autoridade Policial se manifestar tecnicamente caso o pedido seja feito durante o curso do Inquérito Policial. Na hipótese de representação do Delegado de Polícia, o juiz, antes de decidir, ouvirá o Ministério Público. Não há impedimento de requerimento do Parquet para infiltração policial durante o curso do Processo Penal (NUCCI, 2015, p. 724).

A norma legal estabelece o prazo inicial de 6 (seis) meses para a infiltração de agentes em organizações criminosas, podendo haver renovação se necessário.

Parte da doutrina entende que, adotando os parâmetros de simetria e razoabilidade, a prorrogação deve ser limitada ao período já anteriormente autorizado de infiltração policial (SOUZA, 2015, p. 89).

A figura do agente infiltrado não se confunde com a do agente provocador. Como já exposto, o policial que busca aceitação em um grupo criminoso tem por objetivo angariar provas de crimes cometidos por seus integrantes e apresentá-las ao Ministério Público para futura Ação Penal.

Ao contrário, no flagrante provocado, o autor do delito é instigado ou induzido a praticar o delito, não sabendo que está sendo vigiado pela polícia ou terceiros. Quando dá início aos atos de execução, é preso em flagrante delito (AVENA, 2016, p. 994).

Nesse caso, não haverá crime praticado por integrante da organização criminosa em razão da instigação ou induzimento por parte do agente policial. Essa é a inteligência da Súmula 145 do Supremo Tribunal Federal, a qual preceitua que “não há crime, quando a preparação do flagrante pela polícia torna impossível a sua consumação” (Brasil, 1963).

2 Infiltração policial e garantias constitucionais

Não se deve perder de vista que o Brasil se encontra sob a égide de uma Constituição Federal que prevê um Estado Democrático e de Direito, o qual reúne os princípios de Estado Democrático e do Estado de Direito. Essa união não se dá como simples reunião formal dos respectivos elementos, porque, em verdade, revela um novo conceito que os supera, na medida em que incorporam componente revolucionário de transformação de *status quo* (SILVA, 2010, p. 112). Assim, todos os atos praticados por servidores públicos devem obedecer a normas constitucionais e legais.

Nesse sentido, Kelsen já assevera que a carta constitucional de uma nação deve prever normas que estabeleçam limites negativos ao legislador no que tange aos direitos de liberdade (MELLO, 2004, p. 29).

Os princípios constitucionais são os alicerces de nosso ordenamento jurídico e a base para a formação da legislação pátria, a qual deve obedecer seus valores fundamentais.

Dworkin (2010, p. 36) explica que princípio é um padrão que deve ser seguido, não para garantir um propósito econômico ou político, mas por uma questão de justiça.

São distintos os conceitos e a aplicação de princípios e regras. Princípios são normas que exigem que algo seja exercido, na máxima medida possível, dentro das possibilidades fáticas e jurídicas do caso concreto. São mandamentos de otimização qualificados por poderem ser perfectibilizados em graus variados e por não se vincularem somente às possibilidades fáticas, mas também às jurídicas, que são determinadas pela colisão de princípios e regras (ALEXY, 2011, p. 90).

Dworkin (2010, p. 39) esclarece que

...a diferença entre princípios jurídicos e regras jurídicas é de natureza lógica. Os dois conjuntos de padrões apontam para decisões particulares acerca da obrigação jurídica em circunstâncias específicas, mas distinguem-se quanto à na-

tureza da orientação que oferecem. As regras são aplicáveis à maneira do tudo ou nada. Dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e nesse caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão.

A Constituição Federal, em seu artigo 1º, III, prevê a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil. A dignidade da pessoa humana, de difícil conceituação, em razão de sua amplitude, é a pedra angular em que orbitam os demais direitos fundamentais do cidadão.

Nesse rumo, o princípio da legalidade norteia a Administração Pública, a qual só pode fazer o que a lei permite. Não há liberdade nem vontade pessoal. Diferentemente, os particulares podem fazer tudo o que a Lei não proíbe. (MEIRELLES, 2015, p.93).

Dessa forma, a infiltração policial deve seguir estritamente o rito previsto na Lei 12.850/2013, sob pena de todas as provas coligidas serem inúteis ao Processo Penal, porventura, instaurado.

Infere-se que, no artigo 37 da Constituição Federal de 1988, a legalidade é prevista expressamente ao lado da impessoalidade, da moralidade, da publicidade e da eficiência. Tais princípios devem obedecidos pela Administração Pública direta, indireta e fundacional de qualquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos municípios (SILVA, 2010, p. 427).

Outro importante direito fundamental do indivíduo no direito constitucional pátrio é a liberdade, a qual se constitui como um direito de primeira geração, oponível ao Estado (BONAVIDES, 2009, p. 563).

O texto constitucional, no artigo 5º, LXI, prevê que ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente. As regras sobre prisão em flagrante estão dispostas no Código de Processo Penal, a partir do art. 302.

Desse modo, o agente infiltrado, ao não prender em flagrante delito os integrantes da organização criminoso no momento do cometimento de ilícitos penais, deverá apresentar as provas a seus superiores hierárquicos para que sejam anexadas

aos autos da investigação e, em análise judicial posterior, decidir-se ou não pela prisão.

De outra banda, temos o direito à privacidade, a qual integra o rol de direitos e garantias fundamentais da Constituição Federal, estando especificamente prevista no artigo 5º, X do texto constitucional.

O direito à intimidade e o direito à privacidade são geralmente considerados sinônimos; porém, nos termos do texto constitucional, a intimidade é separada de outras manifestações de privacidade, como a vida privada, a honra e a imagem das pessoas (SILVA, 2010, p. 206).

Em linhas gerais, a intimidade é caracterizada pela vida sigilosa do indivíduo, o qual tem o direito legal de evitar as demais pessoas (DOTTI, 1980, p. 69).

A privacidade, apesar do isolamento em que possa existir, caracteriza-se pelo convívio com outras pessoas, a exemplo da família, do trabalho, do lazer, entre outros. (FERRAZ JUNIOR, 1992, p. 54).

A honra, por sua vez, pode ser considerada um agrupamento de virtudes que qualificam a dignidade da pessoa, como respeito aos demais, o bom nome e a reputação (SILVA, 2010, p. 209).

Por fim, o direito à imagem se notabiliza pela projeção da personalidade física ou moral do indivíduo no mundo exterior. A personalidade física é caracterizada pelo corpo, pelos gestos, pelas atitudes, etc, e a moral, pela fama, pela reputação, pela aura, etc. (DURVAL, 1988, p.105).

A infiltração de agentes policiais em organizações criminosas limita o livre gozo de direitos fundamentais dos investigados, pois, secretamente, um agente do Estado ingressa na vida diária de várias pessoas, conhecendo seus hábitos, suas conversas, seus segredos e suas relações pessoais. Frise-se que as informações recebidas pelo agente infiltrado se dão por conta da confiança que ele recebe das mais variadas fontes de informação.

Anote-se que, apesar da vida privada ser decorrência da dignidade da pessoa humana, não pode ser encarada como direito absoluto e escudo para o cometimento de práticas ilícitas que colocam em risco a segurança da sociedade.

Paulo Gustavo Gonet Branco (2009, p. 424) esclarece que

...a vida em comunidade, com as suas inerentes interações entre pessoas, impede que se atribua valor radical à privacidade. É possível descobrir interesses públicos, acolhidos por normas constitucionais, que sobrelevem ao interesse do recolhimento do indivíduo. O interesse público despertado por certo acontecimento ou por determinada pessoa que vive de uma imagem cultivada perante a sociedade pode sobrepujar a pretensão de “ser deixado só”.

Os direitos fundamentais possuem o status de princípios e, assim, qualquer conflito entre eles deve passar pelo teste de sopesamento da proporcionalidade, com suas máximas parciais da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito (ALEXY, 2011, p. 588).

Flávio Cardoso Pereira (2019, p. 210) assevera que

...a regra da proporcionalidade se apresenta desse modo como o parâmetro decisivo para julgar e ditar regras acerca da legitimidade e legalidade constitucional de medidas restritivas de direitos fundamentais, e muito especialmente, quando se trata do uso de infiltração de agentes, de modo que essas poderão ser licitamente ordenadas e autorizadas como forma de enfrentamento à criminalidade organizada, desde que balizadas pelas regras de necessidade, adequação e ponderação.

Nesta senda, haverá colisão entre os direitos constitucionais da vida privada e da segurança pública. Tal colisão deverá ser resolvida, no caso concreto, por um juízo de ponderação, com supedâneo no princípio da proporcionalidade.

Considerações Finais

O crime organizado é uma realidade atual em praticamente todos os países do mundo, acompanhando o capitalismo globalizado nos seus mais diversos aspectos, como o crescimento das relações comerciais entre as nações e o avanço desenfreado da tecnologia.

Nesse contexto, as organizações criminosas, favorecidas por sofisticada tecnologia e pelo lucro angariado pelas variadas espécies de delitos, passaram a atingir os mais diversos segmentos da sociedade, corrompendo autoridades de altos escalões e colocando em risco a segurança pública e a paz social.

Nesta senda, não foi mais possível enfrentar essas verdadeiras multinacionais do crime com uma investigação arcaica, projetada para apurar delitos convencionais de caráter individual, a exemplo de furtos e roubos.

Assim, veio a Lei 12.850/2013, que detalhou o rito dos meios extraordinários de investigação – como a infiltração de agentes policiais em organizações criminosas – e os crimes que seriam abrangidos pela norma legal.

Porém, a Lei, prevendo medidas invasivas na vida privada das pessoas, passa a ferir direitos fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, os quais devem ser obedecidos e garantidos pelo Poder Público.

Nesse momento, ingressa o princípio da proporcionalidade, com suas máximas de adequação, necessidade e proporcionalidade no sentido estrito, para aferir se a ferramenta investigativa em estudo, que é medida excepcional, é a única viável para coligir provas e punir integrantes de organizações criminosas.

Por fim, entendo que o magistrado deve avaliar no caso concreto, de acordo com o teste de proporcionalidade, se a medida invasiva de infiltração de agentes policiais é adequada ao fim almejado. É necessário considerar se não há outro modo de investigação e, principalmente, pelo mandamento da ponderação na colisão de direitos, se a restrição de direitos fundamentais dos investigados é justificada pelas vantagens que serão auferidas na segurança pública da sociedade.

Referências

- ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.
- AVENA, Norberto. **Processo Penal**: esquematizado. Rio de Janeiro: Método, 2016.
- ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.
- BRASIL. **Súmula nº 145 do Supremo Tribunal Federal, de 13 de Dezembro de 1963**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=145.NUME.%20NAO%20S.FLSV.&base=baseSumulas>. Acesso em 23/04/2020.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros editores, 2009.
- BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Direitos Fundamentais em Espécie. In: MENDES, Gilmar Ferreira Mendes. COELHO, Inocêncio Mártires. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional: São Paulo: Saraiva, 2009**.
- DOTTI, René Ariel. **Proteção da Vida Privada e Liberdade de Informação**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1980.
- DURVAL, Hermano. **Direito à imagem**. São Paulo: Editora Saraiva. 1988.
- DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.
- FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado**. Cadernos de direito constitucional e ciência política, ano 1. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1992.
- HART. Herbert L.A. **O Conceito de Direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005.
- MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2015.

MELLO, Cláudio Ari. **Democracia constitucional e direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis Penais e Processuais Penais Comentadas**. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Organização Criminosa**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

PEREIRA, Flávio Cardoso. **Infiltração Policial e Garantismo: Compatibilidade?** In: SEXBERGER, Antonio Henrique Graciano et al. **Segurança Pública: os desafios da pós-modernidade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros editores, 2010.

SOUSA, Marllon. **Crime organizado e infiltração policial: parâmetros para a validação da prova colhida no combate às organizações criminosas**. São Paulo: Atlas, 2015.

SOUTHWELL, David. **A História do Crime Organizado**. São Paulo: Escala, 2014.

CRIME CONTINUADO ENTRE CRIMES TRIBUTÁRIOS E ESTELIONATOS NA JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL

Dani Rudnicki¹
Graziele Costanza²

-
- 1 Doutor em Sociologia pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS); Mestre em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (Unisinos); Professor da graduação e pós-graduação stricto sensu em Direito da Universidade La Salle; Advogado; E-mail: danirud@hotmail.com.
 - 2 Mestra em Direito pelo Centro Universitário Ritter dos Reis (UniRitter); Graduada em Direito pelo Centro Universitário Ritter dos Reis (UniRitter); Advogada; E-mail: grazicostanza@gmail.com

Resumo

Este artigo versa sobre o crime continuado e sua interpretação pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Busca comparar a aplicação do instituto quando entre crimes contra a ordem tributária (artigo 1º, da Lei n. 8.137, de 1990) e quando entre estelionatos (crimes contra o patrimônio), tipificados no artigo 171, do Código Penal. Ainda, o estudo objetiva comparar as penas finais dos casos que envolvem esses crimes. Para tanto, realiza-se pesquisa empírica do direito, tendo sido encontradas 205 decisões, das quais 11 restaram citadas no artigo, tendo em vista que possuem argumentos centrais acerca do tema, de modo a melhor caracterizar e abordar o assunto. Conclui-se, ao final, que a probabilidade de quem pratica crimes contra a ordem tributária ter declaração de extinção da punibilidade em seu respectivo processo é maior do que aquele que pratica crimes de estelionato.

Palavras-chave: Crime continuado. Estelionato. Ordem tributária. Pesquisa empírica.

Abstract

This work deals with the study of the application and enforcement of continued crime, according to the understanding of the Rio Grande do Sul Court of Appeal. The goals are to compare the application of the institute when tax crimes (article 1 of Law n. 8.137/1990) and when between frauds (patrimony crimes), typified in article 171 of the Brazilian Penal Code. Also, compare the final penalties of cases about these crimes. To this end, an empirical research of law is used, 205 decisions were found, of which 11 were cited in this article, because they had central arguments about the theme. In the end, it is concluded that the probability of those who commit crimes against the tax order have the declaration of extinction of punishment in their respective process is higher than the one who commits frauds crimes.

Keywords: Continued crime. Empirical research. Frauds crime. Tax crime.

Introdução

Este artigo versa sobre o crime continuado e sua interpretação pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Busca comparar a aplicação do instituto quando entre crimes contra a ordem tributária (artigo 1º, da Lei n. 8.137/1990) e quando entre estelionatos (crimes contra o patrimônio), tipificados no artigo 171, do Código Penal. Ainda, são comparadas as penas finais dos casos que envolvem esses crimes.

O presente estudo se mostra relevante pelo fato de, embora existirem obras científicas a respeito da continuidade delitiva, não haver trabalhos dedicados a analisar as decisões de tribunais em relação a esse instituto. Além disso, a pesquisa em jurisprudência traz à ciência do direito maior rigor metodológico, destacando-se por permitir lidar com a realidade e criar sensibilidade para a dogmática jurídica (LOPES et al, 2011, p. 2).

A pesquisa é qualitativa – o objetivo não é estatístico, mas de análise do conteúdo das decisões –, empírica – realizada mediante análise de acórdãos e decisões judiciais, tal como preconizado por José Reinaldo de Lima Lopes et al. (2011) –, indutiva incompleta ou científica (MARCONI; LAKATOS, 2003, p. 86), uma vez que se parte da análise dessas decisões (dados específicos) para inferir verdades gerais acerca do crime continuado.

Sendo inviável a pesquisa de todos os julgados, foi realizado um recorte temporal para efetuar o trabalho. Assim, as decisões resultantes da pesquisa (segundo semestre de 2017) foram separadas em tabelas indicando os seguintes aspectos: i) espécie de crime; ii) quantidade de infrações praticadas; iii) modo de execução; iv) tempo e local de cada crime; v) vi) ocorrência ou não de reconhecimento da continuidade delitiva; vii) qual a fração de aumento; e viii) em caso de não aplicação do instituto, o porquê da negativa.

Quanto à pesquisa da jurisprudência, na ferramenta de busca dos sites, foi inserido o termo “crime continuado” (entre os operadores booleanos aspas), limitando a busca a decisões com julgamento entre os dias 03 de julho a 29 de dezembro de

2017³. No TJRS⁴, surgiram 205 decisões. Neste artigo, restaram citadas 11 (onze) decisões, as quais foram escolhidas por possuírem argumentos centrais acerca do tema, de modo a melhor caracterizar e abordar o assunto.

1 Crime continuado

O crime continuado está previsto no artigo 71 do Código Penal, o qual adota a teoria objetiva do instituto e determina ser necessária a presença dos seguintes requisitos para a respectiva aplicação: a) pluralidade de condutas; b) pluralidade de crimes da mesma espécie; c) condições de tempo; d) condições de lugar; e) maneira de execução; e f) outras condições semelhantes.

No que diz respeito à pluralidade de condutas, é preciso que o agente tenha praticado duas ou mais ações ou omissões. Não basta haver pluralidade de ações puramente naturais, pois elas devem ser juridicamente puníveis, típicas (POSADA MAYA, 2011, p. 88).

Sobre o conceito de crimes da mesma espécie, há duas correntes. A primeira entende serem crimes da mesma espécie não só aqueles previstos no mesmo artigo da lei, mas também os que ofendem ao mesmo bem jurídico e que apresentam características fundamentais em comum. Dessa forma, é possível a continuidade delitiva entre furto e roubo, roubo e extorsão, estelionato e qualquer fraude (FRAGOSO, 2006, p. 448; DOTTI, 2014, p. 3). A segunda corrente aduz ser da mesma espécie os crimes previstos no mesmo tipo penal, ou seja, aqueles que têm os mesmos elementos descritivos, sendo admitida a continuidade entre as formas simples, qualificadas e privilegiadas, tentadas ou consumadas (JESUS, 2011, p. 649).

3 Optou-se por começar e terminar o período da pesquisa com dias úteis. Assim, visto que os dias 1º e 02 de julho, assim como 30 e 31 de dezembro de 2017, não eram dias de semana, mas sábados e domingos, o recorte temporal estabelecido, para todos os tribunais, foi de 03 de julho a 29 de dezembro de 2017.

4 <http://www.tjrs.jus.br/site/>

Para o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, é necessário que os crimes estejam previstos no mesmo artigo da lei. Conforme se verifica da Apelação Crime n. 70075720896, da Sétima Câmara Criminal, em que o réu foi condenado por praticar, no dia 11 de maio de 2014, embriaguez ao volante (artigo 306, parágrafo 1º, inciso I, do Código de Trânsito Brasileiro) e dirigir sem carteira de habilitação (artigo 309 do CTB), na cidade de Encantado, o crime continuado não foi reconhecido, pois

... art. 71 do CP exige a pluralidade de crimes da mesma espécie, assim compreendidos os previstos no mesmo tipo penal, ou seja, no mesmo dispositivo legal, ainda que na forma simples, na qualificada, na privilegiada, na consumada ou na tentada, não havendo falar, portanto, em crime continuado entre os delitos de embriaguez ao volante e dirigir sem carteira de habilitação, previstos em tipos penais diversos (artigos 306 e 309, CTB, grifo nosso).

Dessa forma, de acordo com o TJRS, é necessário que os crimes estejam previstos no mesmo artigo legal.

Não há critério definido a respeito do intervalo de tempo em que os delitos são praticados, mas a razoabilidade do lapso que há entre as condutas, juntamente com os outros elementos da continuidade delitiva, serve para informar se o caso é de crime continuado ou de outra espécie concursal delitiva (CARVALHO, 1999, p. 7). Para o TJRS, esse requisito é implementado quando o intervalo entre um delito e outro, dentro da cadeia delitiva, não supera 30 dias, conforme afirmado na decisão do Agravo em Execução n. 70072906597, da Segunda Câmara Criminal: "intervalo de tempo não superior a 30 dias, lapso que tem sido aceito pela jurisprudência como parâmetro de 'condições semelhantes de tempo' para o reconhecimento da continuidade delitiva".

Mais um requisito que consiste em uma locução aberta para configurar a continuidade delitiva é referente ao lugar. A tarefa de definir tal elemento restou, mais uma vez, à jurisprudência. Assim, encontram-se entendimentos no sentido de que condições semelhantes de lugar ocorre quando os delitos são praticados na mesma cidade, em cidades diferentes da mesma

região metropolitana, na mesma região socioeconômica, entre comarcas vizinhas, em locais próximos um do outro, entre outras (CARVALHO, 1999, p. 7). O Tribunal gaúcho interpreta o referido requisito como aqueles crimes cometidos dentro de uma mesma comarca, como se verifica na decisão do Agravo em Execução n. 70074297706, da Oitava Câmara Criminal: “Em que pese haja homogeneidade temporal, local nos delitos – Comarca Cachoeira do Sul –, além de que se tratam de crimes de roubos majorados, inviável acolher o pleito defensivo”.

O critério acerca da maneira de execução refere-se à forma com que os crimes foram praticados, desenvolvidos, devendo haver uma semelhança entre os atos praticados (FAYET JÚNIOR, 2018, p. 297). Entretanto, não significa a necessidade de haver uma identidade absoluta entre os delitos. A homogeneidade do *modus operandi* não pode ser interpretada com rigor a ponto de exigir que cada ação criminosa seja uma cópia idêntica da anterior (FRANCO; STOCO, 2007, p. 397). O Tribunal de Justiça analisa a forma utilizada pelo réu ao praticar cada delito, o que também pode ser confundido com os próprios elementos do tipo, como se verifica no Agravo em Execução n. 70072906597, da Segunda Câmara Criminal, no qual foi afirmado que os crimes tinham “o *modus operandi* semelhante, já que se tratam de delitos de roubo, praticados com emprego de arma”.

O legislador incluiu o requisito de “outras condições semelhantes”, as quais, para Carvalho (1999, p. 8), são as de oportunidade e de situação que ensejam o delito, objetivando melhor flexibilizar a aplicação do instituto, levando em consideração o princípio do livre convencimento motivado. Entretanto, percebe-se, na jurisprudência nacional, a inclusão do elemento subjetivo (unidade de desígnios) nessa locução aberta da lei. No TJRS, a maior parte das decisões afirma a exigência da implementação do requisito subjetivo, sendo “necessário o preenchimento de requisitos objetivos (condições de tempo, lugar e forma de execução) e subjetivo (unidade de desígnios ou vínculo subjetivo entre os eventos)”. (Agravo em Execução n. 70074067950, da Terceira Câmara Criminal). Essa unidade de desígnios refere-se ao “liame subjetivo indicador de que os

vários ilícitos perpetrados resultam de plano previamente elaborado pelo agente” (Apelação Crime n. 70073155269, da Oitava Câmara Criminal).

2 Crime continuado entre fraudes tributárias e entre estelionatos

No Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, das decisões resultantes, três tratavam de crime contra a ordem tributária, mais precisamente, do previsto no artigo 1º, inciso II, da Lei n. 8.137 de 1990:

Art. 1º Constitui crime contra a ordem tributária suprimir ou reduzir tributo, ou contribuição social e qualquer acessório, mediante as seguintes condutas:

[...]

II - fraudar a fiscalização tributária, inserindo elementos inexatos, ou omitindo operação de qualquer natureza, em documento ou livro exigido pela lei fiscal).

[...]

Pena - reclusão de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa.

Na Apelação Criminal n. 70073880122, da Quarta Câmara Criminal, narra-se que o réu, sócio e administrador da empresa, omitiu operações comerciais de compra,

[...] deixou de registrar as mercadorias adquiridas por seu estabelecimento, conforme DASN – Declaração Anual do Simples Nacional, apresentada com movimentação zerada (fls. 81/98) e as notas fiscais informadas pelos fornecedores (fls. 124/176 – tabela), deixando, por conseguinte, de documentar a posterior saída dessas mercadorias (venda).

Dessa forma, suprimiu tributo estadual, ICMS (Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços), ao fraudar a fiscalização tributária (artigo 1º, inciso II, da Lei n. 8.137/90). Todos os fatos ocorreram na mesma cidade (Progresso), durante o período de janeiro de 2009 a dezembro de 2010.

Não houve pedido específico quanto ao reconhecimento do crime continuado, nem quanto ao seu não conhecimento por

parte do Ministério Público. O instituto já havia sido reconhecido em primeiro grau; entretanto, foi dado parcial provimento à apelação para “redimensionar a pena privativa de liberdade para 03 (três) anos e 04 (quatro) meses de reclusão, readequando a pena de prestação de serviços à comunidade a este novo patamar, e reduzir a prestação pecuniária para 02 (dois) salários-mínimos, vigentes à época do fato”.

A Apelação Crime n. 70071216238, da Quarta Câmara Criminal, afirma que o réu, sócio e administrador da empresa, na cidade de Gravataí, suprimiu e reduziu, desde o dia 1º de janeiro de 2005 a 30 de junho de 2007, o ICMS 968 vezes, mediante fraude à fiscalização tributária (artigo 1º, inciso II, da Lei n. 8.137/90), o que foi verificado por meio da conferência nas notas fiscais e nos Livros de Registro de Saídas. Assim, houve a venda de produtos e emissão de notas fiscais sem preenchimento idêntico ao das vias do talão, as quais continham valor inferior ao da operação comercial realizada.

O Tribunal de Justiça Gaúcho manteve o crime continuado, já reconhecido em sentença, assim como a fração máxima de 2/3 e argumentou: “considerando que o réu, por 968 vezes, reduziu tributo estadual, causando grave dano à coletividade, mostra-se inafastável no caso concreto o reconhecimento da continuidade delitiva”.

Na Apelação Crime n. 70074269317, da Quarta Câmara Criminal, em Palmares do Sul, o réu, entre mês de janeiro de 2003 e o mês de maio de 2005, fraudou a fiscalização tributária por meio do expediente de notas fiscais calçadas, lançando valores inferiores aos efetivamente comercializados. Com isso, reduziu o tributo estadual do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS), delito tipificado no artigo 1º, inciso II, da Lei n. 8.137/90.

O crime continuado foi reconhecido em primeiro grau e mantido pelo Tribunal, que, ao decidir, declarou a extinção da punibilidade: “considerando a redução da pena, está prescrita a pretensão punitiva estatal, de acordo com a inteligência da Súmula nº 497, do STF”.

Quanto às penas atribuídas aos fatos contra a ordem tributária, na Apelação n. 70073880122, foi dado parcial provimento ao apelo para “redimensionar a pena privativa de liberdade para 03 (três) anos e 04 (quatro) meses de reclusão, readequando a pena de prestação de serviços à comunidade”.

Na Apelação n. 70071216238, manteve-se

...o fundamento que resultou na absolvição da apelante L., e, mantida a condenação do ao apelante D., reduzir a pena imposta para 03 (três) anos e 04 (quatro) meses de reclusão e 15 dias-multa por fato criminoso, limitada ao patamar de 200 dias multa, a ser cumpre [sic] em regime inicial aberto.

Na Apelação n. 70074269317, a condenação restou em

...03 (três) anos e 04 (quatro) meses de reclusão e substituí-la por duas penas restritivas de direitos, e também reduzir a multa para 40 (quarenta) dias-multa, na fração mínima legal, e, em consequência, desprezando o aumento pela continuidade delitiva, declarar a extinção da punibilidade pela prescrição retroativa, nos termos do art. 107, inc. IV, do CP.

Disso, percebe-se não haver argumentos no sentido de não aplicar o crime continuado, embora os delitos tenham sido praticados com certa frequência – com casos com mais de dois anos de prática reiterada – e contra a ordem tributária, bem da coletividade. Ainda, os praticantes desse tipo de crime, por vezes, acabam não sendo punidos em virtude de a extinção da punibilidade atingi-los, pelo fato de a pena ser menor e, com reconhecimento da continuidade delitiva, o acréscimo, advindo da fração de aumento aplicada, não ser contado para fins de prescrição.

Quanto aos casos envolvendo prática de estelionatos, crime previsto no artigo 171 do Código Penal – “Art. 171 - Obter, para si ou para outrem, vantagem ilícita, em prejuízo alheio, induzindo ou mantendo alguém em erro, mediante artifício, ardil, ou qualquer outro meio fraudulento: Pena - reclusão, de um a cinco anos, e multa, de quinhentos mil réis a dez contos de réis” –, resultaram três decisões.

A primeira, Apelação Crime n. 70053836920, da Oitava Câmara Criminal, trata de prática, em coautoria, de nove este-

lionatos cometidos no dia 15 de maio de 2004, na cidade de São Francisco de Paula. Os estelionatos se davam por meio da compra de diversos gêneros alimentícios, os quais eram pagos com cheques falsos. O crime continuado foi reconhecido em primeira instância, com fração de aumento em 2/3. Os réus recorreram e postularam a diminuição da referida fração. O Tribunal de Justiça manteve a decisão singular: “A exasperação decorrente da continuidade delitiva se baliza pelo número de crimes cometidos e não pelas circunstâncias do art. 59. No caso foram 9 fatos delitivos em continuação, mostrando-se correta a fração de aumento utilizada pelo juízo de origem”. Os acusados possuíam antecedentes.

A terceira decisão é a Apelação Crime n. 70072581911, da Sexta Câmara Criminal, referente à prática de 13 (treze) estelionatos. Conforme relatado na decisão, o apelante, juntamente com outros coautores, por meio de uma empresa de construção, firmava contrato com as vítimas com a promessa de que procederia a construção de casas de alvenaria; entretanto, ele recebia os valores referentes às obras e não efetuava o projeto. Os crimes foram cometidos entre 1º de setembro de 2005 e 14 de junho de 2007, da seguinte forma:

Quadro 1 – Fatos da Apelação Crime n. 70072581911

Fato	Data
Estelionato 1	01/09/2005
Estelionato 2	21/11/2005
Estelionato 3	21/11/2005
Estelionato 4	06/06/2006
Estelionato 5	13/06/2006
Estelionato 6	18/07/2006
Estelionato 7	31/07/2006
Estelionato 8	22/09/2006
Estelionato 9	09/10/2006
Estelionato 10	31/10/2006
Estelionato 11	28/11/2006
Estelionato 12	09/03/2007
Estelionato 13	14/06/2007

Fonte: Arquivo pessoal dos pesquisadores.

Nota: Dados do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul.

Verifica-se que, em alguns casos, que o cometimento entre um crime e outro se dá com mais de 30 dias de diferença. Ainda assim, o Tribunal declarou a existência do crime continuado e afirmou:

É necessária a realização de ressalvas acerca do requisito temporal. De fato, há alguns crimes que foram praticados em um intervalo de tempo que excede ao critério extralegal de 30 dias fixado pela jurisprudência. Contudo, tenho de convir que o não preenchimento isolado desse parâmetro não é suficiente para que se desconsiderem as demais circunstâncias presentes no caso concreto que conduzem à conclusão de um entrelaçamento entre as condutas delituosas.

Dessa forma, o julgador entendeu a não implementação do lapso de 30 dias entre os fatos ser insuficiente para o não reconhecimento da continuidade delitiva quando, diante das demais circunstâncias que envolvem o caso, houver a indicação de que há um “entrelaçamento entre as condutas delituosas”. Assim, reconheceu o crime continuado, com o acréscimo de 2/3 (dois terços) à pena determinada para um dos crimes.

A quarta e última decisão, a Apelação n. 70074063942, da Oitava Câmara Criminal, relata a prática de cinco estelionatos ocorridos entre os dias 11 de março de 2013 e 27 de maio do mesmo ano, na cidade de Montenegro. Também é abordada a prática de duas fraudes no pagamento por meio de cheque, nos dias 10 de março e 27 de maio de 2013, na mesma cidade. Em primeira instância, é reconhecida a continuidade delitiva entre os estelionatos e o concurso material entre as fraudes. Na apelação, postulou-se o reconhecimento do crime continuado entre os estelionatos e as fraudes no pagamento – ambos são infrações patrimoniais –, o que foi negado pelo julgador, que afirmou a necessidade da “presença de conexão temporal entre as infrações praticadas em uma mesma circunscrição territorial e periodicidade que permita observar uniformidade entre as ações sucessivas”. Ainda que embora o Código Penal tenha adotado a teoria objetiva acerca do crime continuado, as decisões da Câmara são no sentido da implementação tanto dos requisitos

objetivos, quanto do subjetivo (teoria mista), caracterizado pela unidade de desígnios. Ao finalizar o decisum, mencionou ser

...inadmissível a concessão do benefício aos casos em que estampada a perseveratio in crimine ou a consuetudo delinquendi, visto que tais circunstâncias não constituem motivo de diminuição da pena, mas causa de sua exasperação, pois evidenciam incapacidade de o agente adaptar-se à ordem legal.

Dessa feita, distingue-se continuidade delitiva de habitualidade, pois a primeira envolve ficção jurídica criada por lei, por razões de política criminal, no intuito de propiciar o abrandamento da penalidade, ao passo que a segunda hipótese enseja o agravamento da punição, evidenciado que o infrator transformou a atividade criminosa no seu meio de vida, denotando maior reprovabilidade.

Dessa forma, aquele praticante de crimes com maior frequência, que esteja respondendo por outras infrações ou que possua outras condenações, é visto como alguém não merecedor de penalidade mais branda, mas de um aumento da pena, tendo em vista não ter capacidade para se adaptar à lei.

Diante desses julgamentos, percebe-se que a continuidade delitiva foi reconhecida em primeiro grau e mantida nos mesmos termos pelo Tribunal. Ainda, em nenhuma das decisões, foi declarado extinto o jus puniendi.

Quanto às decisões a respeito dos crimes de estelionato, na Apelação n. 70053836920, decidiu-se

...por maioria, reduzir as privativas de liberdade para 2 anos e 11 meses de reclusão para o acusado C. e para 4 anos e 7 meses de reclusão para o acusado J.; reduzir as de multa para 15 dias-multa para o acusado C., mantendo 20 dias-multa para o acusado J.; e reduzir a pecuniária substitutiva aplicada ao denunciado C. para 1 salário-mínimo, mantida a prestação de serviços à comunidade, que deverá ser adequada ao novo quantum de pena aqui fixada.

Na Apelação n. 70072581911, a pena restou em

...02 (dois) anos, 09 (nove) meses e 10 (dez) dias de reclusão, em regime inicial semiaberto e 33,3 dias-multa, a razão unitária de ½ salário mínimo vigente à época dos fatos,

substituindo a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos, consistentes em prestação de serviços à comunidade e prestação pecuniária no valor de 15 (quinze) salários mínimos vigentes à época do fato...

Na Apelação n. 70074063942, foram mantidas as disposições da sentença, em que julgada

...procedente a pretensão punitiva, para condenar os acusados I. e A. como incurso nas penas do artigo 171, caput, por cinco vezes, e do artigo 171, § 2º, inciso VI, por duas vezes, ambos do Código Penal, este exclusivamente para o denunciado I., a quem foram impostas às penas, respectivamente, de 4 (quatro) anos de reclusão, em regime inicial aberto, e de 70 (setenta) dias-multa à razão unitária mínima, e de 1 (um) ano e 6 (seis) meses de reclusão, em regime inicial aberto, e de 50 (cinquenta) dias-multa à razão unitária mínima.

Dessa forma, percebe-se não haver declaração de extinção da punibilidade nos casos de estelionato. Nas primeiras duas decisões, a condenação restou em penas restritivas de direito e, na última, em prisão em regime aberto.

Considerações finais

O crime continuado é um instituto complexo, tendo em vista as muitas teorias que versam sobre sua natureza, seus fundamentos e seus requisitos. Estes últimos são tidos na lei como locuções abertas que resultam na necessidade de haver uma interpretação por parte do aplicador e intérprete da lei quando da análise dos casos concretos.

Quando do reconhecimento do crime continuado pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul entre delitos que afetam a ordem tributária, percebe-se o instituto já ter sido reconhecido em primeiro grau e mantido em apelação. Nas decisões analisadas, as condenações penais restaram em prestação de serviços à comunidade, cumprimento da pena em regime aberto e extinção da punibilidade, respectivamente.

Já quando se trata da continuidade delitiva entre crimes de estelionato, o instituto foi reconhecido em todas as decisões citadas, mas em nenhuma delas houve a declaração da extinção da punibilidade. Na primeira e na segunda decisões, a condenação foi de penas restritivas de direito e, na terceira, cumprimento da pena se deu em regime aberto.

Dessa forma, verifica-se maior probabilidade de o agente praticante de crimes contra a ordem tributária não cumprir a pena decretada – mas tê-la extinta devido ao prazo prescricional – se em comparação com o agente praticante de crimes de estelionato.

Referências

BRASIL. Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Código Penal Brasileiro**.. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em: 01 out. 2018.

CARVALHO, Ivan Lira de. Notas sobre o crime continuado. **Revista dos Tribunais Online**, v. 761, p. 487-498, mar., 1999.

DOTTI, René Ariel. Algumas notas sobre o crime continuado. **Direito em Ação-Revista do Curso de Direito da Universidade Católica de Brasília**, v. 13, n. 2, p. 1-8, 2014. Disponível em: <<https://portalrevistas.ucb.br/index.php/RDA/article/download/6450/4040>>. Acesso em 20 fev. 2018.

FAYET JÚNIOR, Ney. **Do crime continuado**. 8. ed. rev., atual e ampl. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2018.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal: parte geral**. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui. **Código penal e sua interpretação: doutrina e jurisprudência**. 8. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

JESUS, Damásio E. **Direito Penal: parte geral**. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

LOPES, José Reinaldo de Lima et al. **A pesquisa em direito e a pesquisa em ciências sociais**. 2011. I Encontro de Pesquisa Empírica em Direito. FDRP/USP, 2011. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/livros/livros/livro_pesquisa_empirica_direito.pdf>. Acesso em: 08 jan. 2019.

MARCONI, Marina de Andrade; LAKATOS, Eva Maria. **Fundamentos de metodologia científica**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

POSADA MAYA, Ricardo. El delito continuado. **Revista Digital de la Maestría en Ciencias Penales**, n. 3, p. 71-126, 2011. Disponível em: <<https://revistas.ucr.ac.cr/index.php/RDMCP/article/viewFile/12402/11651>>. Acesso em 04 abr. 2018.

A ASCENSÃO POLÍTICA DO PODER JUDICIÁRIO, O ATIVISMO JUDICIAL E O DIREITO COMO INTEGRIDADE¹

Elbio Ferraz Junior²

-
- 1 Artigo submetido à avaliação no eixo temático “Tutela à Efetivação de Direitos Públicos Incondicionados”, do IV Seminário Internacional Tutelas à Efetivação de Direitos Indisponíveis, do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito - Mestrado, da Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público – FMP/RS.
 - 2 Mestrando em Direito pela Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público – FMP/RS. Endereço Eletrônico: elbioferrazjunior@gmail.com.

Resumo

A ascensão política do Poder Judiciário, fundamentalmente a partir do segundo pós-guerra, é inegável. Colaboraram para esse fenômeno, em especial, um redesenho institucional, que impulsionou uma reformulação na maneira de entender e aplicar o Direito, e uma crescente judicialização das coisas da vida, pela facilitação do acesso ao judiciário pela população em geral. Além de uma mudança na forma de se interpretar o texto constitucional, como forma de dar maior alcance e efetividade às suas normas, dando ensejo à adoção de posturas ativistas do Poder Judiciário. Nesse contexto, o presente ensaio tem por objetivo realizar um resgate histórico dos aspectos que levaram o Judiciário a ostentar o atual status de protagonismo frente aos demais Poderes da República, perpassando as questões que demonstram como esse percurso contribuiu para os fenômenos da judicialização e do ativismo judicial. Também será revisitada a teoria do Direito como integridade, de Ronald Dworkin, como instrumento hábil a aferir a legitimidade da jurisdição constitucional diante das posturas voluntaristas das cortes constitucionais.

Palavras-chave: Integridade. Jurisdição Constitucional. Legitimidade. Protagonismo Judicial.

Abstract

The political rise of the judiciary, fundamentally from the second postwar period, is undeniable. In particular, an institutional redesign has contributed to this phenomenon, which has led to a reformulation of the way in which law is understood and applied and to a growing judicialization of things of life by facilitating access to the judiciary by the general population. In addition to a change in the way of interpreting the constitutional text, as a way to give greater scope and effectiveness to its rules, giving rise to the adoption of activist positions of the judiciary. In this context, the present essay aims to perform a historical review of the aspects that led the judiciary to bear the current status of protagonism in relation to the other powers of the Republic, bypassing the questions that demonstrate how this course contributed to the phenomenon of judicialization and activism, as well as revisiting Ronald Dworkin's theory of law as integrity as a skillful instrument for gauging the legitimacy of constitutional adjudication against the voluntarist postures of constitutional courts.

Keywords: Integrity. Constitutional Adjudication. Judicial Protagonism. Legitimacy.

Considerações iniciais

O presente ensaio tem o propósito de investigar os caminhos que levaram ao atual estágio da jurisdição constitucional, sob a perspectiva do protagonismo judicial. Destaca-se a necessidade de uma teoria que vise à demarcação de limites às posturas voluntaristas, de tal sorte que as decisões das cortes constitucionais encontrem a justificação da sua legitimidade democrática no respeito ao texto constitucional e no papel que cabe a cada Poder estatal.

Para alcançar tal objetivo, optou-se por fazer uma abordagem a partir de três de temas distintos, mas que guardam estreita relação entre si, porquanto um é consequência do outro, todos capítulos de uma mesma história.

O primeiro capítulo é dedicado a fazer um resgate do processo histórico que promoveu a ascensão política e institucional do Poder Judiciário a partir do segundo pós-guerra, levando-o a uma posição de protagonismo em relação aos demais Poderes. O segundo capítulo aborda uma das consequências desse protagonismo, vale dizer, a tensão surgida entre a democracia e os direitos fundamentais. Essa tensão pode ser traduzida na relação, por vezes conflituosa, entre a atuação contramajoritária da jurisdição constitucional e as decisões dos representantes da soberania popular. O terceiro e último capítulo busca apresentar uma solução ao problema criado por essa tensão entre direito e política ao apresentar a teoria do Direito como integridade, de Ronald Dworkin, como um instrumento hábil a aferir a legitimidade da jurisdição constitucional diante das posturas ativistas dos tribunais.

1 A ascensão política e institucional do Poder Judiciário

As agruras da Segunda Grande Guerra Mundial e as atrocidades cometidas pelo nazismo tiveram repercussão nunca antes vista e deixaram marcas em todas as esferas da atuação huma-

na. O Direito de matriz romano-germânica não ficou imune. O período pós-guerra impulsionou um redesenho institucional que fez com que o Direito, em especial o Constitucional, nunca mais fosse o mesmo, passando por uma profunda e irreversível transformação na maneira de interpretar e aplicar suas normas, com repercussões em praticamente todo o mundo ocidental.

Segundo leciona Barroso (2015, p. 28), verificou-se, com o período pós-guerra, uma profusão de movimentos em todas as áreas, com o intuito de criar dispositivos que evitassem que as barbáries perpetradas pelo nazismo se repetissem – em especial aquelas que foram patrocinadas com base no conceito de “Direito” vigente à época. Com vias a superar esse paradigma, novas Constituições foram promulgadas, tendo, em comum, a preocupação com a positivação de extensos catálogos de direitos fundamentais, os quais passam a ser o “centro de gravidade do constitucionalismo contemporâneo”³.

A Constituição passou a ocupar lugar central no ordenamento jurídico, submetendo todo o ordenamento à sua autoridade (supremacia), regulando o próprio processo de produção das leis e dos demais atos normativos e tendo sua força normativa reconhecida, especialmente no tocante aos seus princípios. Tribunais Constitucionais foram criados, recebendo, dentre outras atribuições, a de declarar nulos, por meio do controle de constitucionalidade, leis e atos que violassem os preceitos constitucionais. Tudo isso ocorreu diante de uma “expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional, envolvendo novas categorias, como os princípios, as colisões de direitos fundamentais, a ponderação e a argumentação” (BARROSO, 2015, p. 28).

Nesse cenário, as democracias constitucionais, ao final da segunda metade do século XX, já tinham se tornado uma realidade. Pode-se dizer que, em grande medida, isso se deu graças à inestimável contribuição do constitucionalismo norte-americano

3 A expressão “centro de gravidade do constitucionalismo contemporâneo” é utilizada por Cláudio Ari Mello, em sua obra *Democracia constitucional e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 125.

à teoria política, que oportunizou a difusão da ideia de controle judicial de constitucionalidade e de aplicação e proteção dos direitos fundamentais pelas cortes constitucionais (DWORKIN, 1986, p.71).

2 A tensão entre a democracia e os direitos fundamentais e o ativismo judicial

Nessa quadra da história, onde o Estado Democrático de Direito se consolida como modelo, ele traz consigo uma controvérsia própria da sua natureza: “a tensão entre jurisdição e legislação”. Isso porque não é incomum que as normas constitucionais sejam interpretadas com o aporte de valorações políticas, as quais, em certa medida, são subjetivas. Por essa razão, torna-se inevitável – e até compreensível – que surjam relações de tensão entre o direito e a política. “O juiz constitucional aplica certamente o direito; mas a aplicação deste direito acarreta consigo necessariamente que aquele que a faz proceda a valorações políticas” (BACHOF, 1996, p. 10).

Nesse contexto, a atuação das supremas cortes no desempenho da jurisdição constitucional envolve uma aparente incongruência no âmbito de um Estado democrático, a que se deu o nome de atuação ou dificuldade contramajoritária⁴. Há muitas décadas, esse é o tema central de pesquisas no âmbito da teoria constitucional ao se discutir a legitimidade democrática da invalidação de atos do Legislativo e do Executivo por órgão jurisdicional.

No entanto, é por meio da jurisdição constitucional que a Constituição materializa o seu papel de proteção das minorias contra a tirania das maiorias⁵, que é uma expressão que pode ser

4 O termo “dificuldade contramajoritária”, the counter-majoritarian difficulty, foi cunhado por Alexander Bickel, em sua obra *The least dangerous branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*, 1986, p. 16-23. Segundo o autor sustenta, uma das dificuldades enfrentadas pelo judicial review é justamente essa: a atuação contramajoritária dos tribunais, ou seja, a intervenção de grupos minoritários, destituídos de representação política tradicional, nas decisões oriundas da vontade da maioria eleita.

5 A expressão tirania das maiorias foi utilizada inicialmente por John Stuart Mill, em sua obra *On Liberty*, 2009, p. 7: “the tyranny of the majority’ is now generally included among the evils against

definida como a possibilidade de uma norma produzida pela maioria, por meio de um processo legislativo democrático, resultar na opressão a um grupo minoritário. Trata-se de um fenômeno no qual a maioria dos eleitores dentro de uma sociedade democrática institui normas que violam direitos fundamentais das minorias, as quais não têm representatividade direta para barrar essas normas.

Esse novo desenho institucional, que deixou marcas profundas nas relações entre os Poderes e órgãos do Estado, em especial no tocante à justiça constitucional, também tem suscitado efusivos debates sobre duas temáticas dentro daquilo que a doutrina vem chamando de judicialização e de ativismo judicial.⁶ Ainda que tenham as mesmas raízes, o processo que leva a um e a outro são distintos, razão pela qual são fenômenos que não se confundem. Por isso, passa-se fazer necessária a distinção entre eles, de tal sorte que se possa, num segundo momento, dar atenção àquele que é o verdadeiro alvo de críticas: o ativismo judicial.

Judicialização, no cotejo de Clarissa Tassinari (2012, p. 21-22), pode ser definida como um fenômeno do mundo prático, do qual o judiciário não teve escolha. Trata-se de um fenômeno contingencial, que tem sua origem no próprio paradigma constitucional apresentado ao mundo no segundo pós-guerra. Isso acarretou uma gama de “transformações sociais, políticas e jurídicas” que implicaram numa “maior consagração de direitos e regulamentações constitucionais, que acabam por possibilitar um maior número de demandas, que, em maior ou menor medida, serão decididas no judiciário”.

O ativismo judicial, por seu turno, é um fenômeno distinto da judicialização. Ele está mais relacionado a uma postura deliberada e consciente dos magistrados que atuam de maneira mais ampla e intensa com vistas à concretização dos valores e fins constitucionais. Essa ação acaba por expandir o papel do Poder Judiciário, de

which society requires to be on its guard.” Em tradução livre: “[...] a tirania da maioria’ geralmente está incluída entre os males contra os quais a sociedade exige estar atenta.” A obra original é de 1859.

6 Segundo Keenan D. Kmiec (2004, p. 1445-1446), a expressão ativismo judicial foi utilizada, pela primeira vez em 1947, pelo historiador Arthur M. Schlesinger, em artigo sobre a Suprema Corte americana, publicado na revista *Fortune*, jan. 1947, p. 208. A mesma referência à origem do termo é feita por Albon P. Man, Jr. (1950, p. 890).

forma a preencher as lacunas deixadas pela omissão do Legislativo ou, ainda, determinando políticas públicas quando há omissão do Executivo (BARROSO, 2017, p. 16). Esse aspecto sugere, em certa medida, uma postura intervencionista⁷ do Judiciário, o qual interfere diretamente no espaço de atuação dos demais Poderes da República.⁸

Dessa forma, é aqui, na postura ativista do Poder Judiciário, que se concentram as críticas mais severas quanto à sua legitimidade, pois eles estaria, supostamente, invadindo o espaço de conformação do legislador e/ou do administrador.

Nesse ponto, duas questões podem ser consideradas pacíficas e, em certa medida, são pressupostos da discussão: (i) a imprescindibilidade da atuação das cortes supremas na efetivação dos direitos e garantias fundamentais; e (ii) a necessidade de se discutir e estabelecer os limites para essa atuação, de tal forma que sejam respeitados os espaços de conformação dos demais Poderes.

3 O direito como integridade: critérios para uma jurisdição constitucional legitimamente democrática

O ponto de discussão subjacente à tensão entre o controle de constitucionalidade e a soberania popular é o de que é imprescindível que juízes não decidam “o modo como os go-

7 Para mais sobre intervenção do Poder Judiciário nos outros Poderes, recomenda-se a obra *Verdade e Consenso*, de Lenio Streck. A título de ilustração, traz-se as seguintes citações: “[...] há que lembrar que não se pode cair em idealizações ou idealismos, como se fosse possível ignorar que o paradigma do Estado Democrático de Direito e o tipo de constitucionalismo instituído em grande parte dos países após o segundo pós-guerra aumentou sobremaneira a demanda pela intervenção do Poder Judiciário (ou da justiça constitucional, na forma de tribunais constitucionais).” (2017, p. 416); e, também, “[...] em uma sociedade democrática e com instituições jurídicas consolidadas, mesmo que o Tribunal máximo queira, não poderá se colocar na contramão da legislação democraticamente produzida – com exceção das intervenções acerca da inconstitucionalidade de leis e das demandas por concretização, caso a caso, de direitos fundamentais.” (2017, p. 653).

8 Para Elival da Silva Ramos (2015, p. 109), falar em ativismo é falar em uma disfunção na prestação da tutela jurisdicional, em que o judiciário subtrai parte do espaço de conformação política, notadamente, do legislador.

vernantes exercem os poderes do Estado” com base em suas opiniões pessoais sobre aquilo que entendem como certo ou errado. Logo, faz-se necessária a utilização de instrumentos hábeis para identificar os limites da atuação jurisdicional no controle de constitucionalidade. Esse instrumento, por certo, seria uma teoria com a capacidade de apresentar aos juízes uma maneira de decidir “sem se deixarem influenciar por seus próprios pontos de vista e predisposições pessoais”, evitando as chamadas posturas ativistas (BEATTY, 2014, p. 8).

É nesse contexto que Dworkin apresenta a sua tese de que o Direito deve ter coerência e integridade, propondo o Direito como uma atividade interpretativa, de tal sorte que isso não signifique uma abertura interpretativa que permita a adoção de posturas relativistas no julgamento dos casos. Ao contrário disso: ao entender o Direito como uma prática social que impinge legitimidade para o uso da força pelo Estado, a melhor interpretação será aquela que pondere, com maior coerência, os elementos em jogo, dirimindo a questão por meio da melhor justificação possível ao caso. Logo, ao perseguir a resposta correta, o juiz se abre ao fenômeno interpretativo (que é preexistente a sua condição de juiz), sendo inerente ao próprio ser humano enquanto indivíduo. Ademais, perceber o Direito como prática interpretativa é, justamente, admitir que a atividade interpretativa também é inerente à condição humana e às práticas sociais, como é o próprio Direito: uma prática social. (DWORKIN, 2005, p. 220).

Segundo Dworkin (1999, p. 261-263), o dever de integridade nas decisões judiciais se trata de um comando que impõe, aos juízes, o compromisso de respeitarem o ordenamento jurídico como “um conjunto coerente de princípios” e, com esse fim, interpretarem esse conjunto normativo “de modo a descobrir normas implícitas entre e sob as normas explícitas.” Trata-se de uma questão bastante simples, umbilicalmente ligada a noções de justiça e igualdade. Ao se dirigirem ao Poder Judiciário, os litigantes têm o direito subjetivo de terem sua demanda julgada de forma que, ao final, por meio de padrões argumentativos que traduzam esses princípios de justiça e igualdade, obtenham

a melhor sentença que poderia ser exarada conforme “as normas jurídicas da comunidade exigiam ou permitiam na época em que se deram os fatos, e a integridade exige que essas normas sejam consideradas coerentes, como se o Estado tivesse uma única voz.”⁹

Dworkin é um dos mais festejados e influentes jusfilósofos da segunda metade do século XX. Dentre suas reflexões, está a ideia de que o Poder Judiciário possui legitimidade para anular atos normativos emitidos pelo poder político majoritário, chegando a afirmar que o controle de constitucionalidade, com base na proteção dos direitos fundamentais, é um dos maiores legados do Direito norte-americano para as democracias contemporâneas (DWORKIN, 1986, p. 71). Em sua vasta obra, o autor desenvolve uma teoria do Direito que propõe uma interpretação que tem como pressuposto a distinção entre argumentos de política e argumentos de princípio, que se utiliza do conceito de Direito como integridade, na busca de uma resposta correta.

De fato, quando o Poder Judiciário exerce sua atividade, decidindo questões postas ao seu crivo, está promovendo um reforço das premissas democráticas que, não necessariamente, estariam vinculadas ao exercício da política majoritária, pois o “direito a ter uma decisão favorável em um processo é um direito político genuíno” (DWORKIN, 2002, p. 140).

No entanto, a partir de um ponto de vista substancialista¹⁰, Dworkin defende que não há espaço para o juiz decidir discricionariamente, uma vez que ele tem o dever de buscar a resposta correta para o caso com base na historicidade, na tradição dos precedentes e na visão do Direito como integridade. Para o autor, ativismo judicial “é uma forma virulenta de pragmatismo jurídico”, pois significa dizer que, ao adotar critérios pessoais

9 Dworkin (1999, p. 261) também se refere a um outro tipo de integridade: a integridade na legislação. Ela teria como papel o de reduzir o espaço de criação discricionária do direito pelos representantes da política representativa. Nas palavras do próprio autor, a integridade na legislação “restringe aquilo, que nossos legisladores e outros partícipes de criação do direito podem fazer corretamente ao expandir ou alterar nossas normas públicas.”

10 Para leitura aprofundada do substancialismo de Ronald Dworkin, recomenda-se a leitura de BEATTY, David M. A Essência do Estado de Direito. Tradução de Ana Aguiar Cotrim. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p; 46 e ss.

para decidir, o juiz estaria ignorando o texto constitucional, seus propósitos e toda a historicidade das decisões anteriores que buscaram interpretá-lo. Assim, estaria impondo “a outros poderes do Estado seu próprio ponto de vista sobre o que a justiça exige.” O autor condena esse tipo de postura antidemocrática, entendendo ser necessário que, ao decidir, o juiz deve “ajustar-se à prática constitucional, e não ignorá-la” (DWORKIN, 1999, p. 451-452).

Logo, ao se distanciar das posturas processualistas¹¹, ele busca se aprofundar nos casos difíceis, de forma a emitir diretrizes “aos juízes quanto à natureza da decisão judicial e, especificamente na área do direitos constitucional, quando ao modo com que devem exercer seus poderes de controle de constitucionalidade.” Para ilustrar o comportamento dos juízes diante de tais situações, Dworkin se vale da metáfora do juiz Hércules¹², que traz em si a figura de um “jurista mítico com poderes de raciocínio sobre-humanos”, representando o modelo ideal de juiz (BEATTY, 2014, p. 48).

É importante referir que Dworkin não defende uma neutralidade do juiz, mas que se faz necessária uma leitura moral da constituição, pois, além de satisfazer os “critérios de ‘adequação’ e ‘valor’ melhor que qualquer outro método de interpretação”, ela evidencia limites palpáveis ao exercício da atividade jurisdicional feita com base em critérios pessoais e políticos (BEATTY, 2014, p. 51). Tudo isso se dá a partir da ideia de que a democracia traz, em seu seio, o compromisso com valores morais, em especial aqueles subjacentes aos ideais de liberdade. Por esse motivo, também traz em seu bojo mecanismos de consecução desses compromissos, como o controle judicial de constitucionalidade.

A teoria do Direito como integridade, portanto, procura se apresentar como um instrumento eficaz de resposta às posturas ativistas dos juízes, demonstrando a necessidade de uma

11 Para um aprofundamento da visão procedimentalista da jurisdição constitucional, recomenda-se a obra ELY, John Hart. *Democracy and distrust. A theory of judicial review*. Cambridge: Harvard University Press, 1980.

12 A metáfora do juiz Hércules pode ser mais bem aprofundada na obra DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 165 e ss.

conciliação entre o caráter criativo (típico da atividade hermenêutica) e o princípio democrático (que clama por uma decisão balizada por critérios que resultem numa prestação jurisdicional, que “honre a materialidade da Constituição e a história judiciária produzida com sucesso”). O resultado dessa fórmula revela uma resposta hermenêutica do Direito à demanda a ser julgada, em substituição a qualquer decisão pautada por convicções pessoais do juiz. (MOTTA, 2012, p. 98-99).

Como forma de ilustrar a teoria do Direito como integridade de uma forma bastante didática e de fácil compreensão – em especial, no que diz respeito à necessidade de legitimação da jurisdição constitucional por meio de uma decisão que respeite a historicidade e a tradição institucional –, Dworkin (1999, p. 275) se utiliza da metáfora de um “romance em cadeia”. Ele faz aproximações entre a interpretação jurídica e a interpretação literária (entre Direito e literatura), numa atividade em que os juízes “são igualmente autores e críticos” de um mesmo romance.

Dessa forma, o romance em cadeia teria os juízes como seus escritores, onde cada um seria o responsável por um capítulo desse grande romance em série, que traz, em suas páginas, uma mesma história. Como se trata de uma mesma história a ser contada a várias mãos, cada romancista (cada juiz), ao escrever o seu capítulo (julgar), tem, necessariamente, que ler e interpretar tudo o que já foi escrito, conhecer o romance como um todo e, escrevendo o seu capítulo de modo coerente e contextualizado com o que já fora escrito, dar continuidade à obra de forma que os próximos romancistas tenham condições de escrever a parte do romance que lhes é cabida. De acordo com Dworkin (1999, p. 276), “cada um deve escrever seu capítulo de modo a criar da melhor maneira possível o romance em elaboração, e a complexidade dessa tarefa reproduz a complexidade de decidir um caso difícil de Direito como integridade”.

Motta (2012, p. 101-102) explica que a alegoria do romance em cadeia busca transmitir a ideia de responsabilidade democrática do Poder Judiciário com princípios de igualdade e justiça, que é o argumento central da teoria. Cada juiz, entendendo o seu papel de “um romancista na corrente”, precisa

conhecer a história da qual é colaborador para não cometer o erro de escrever um capítulo desconexo e sem sentido. É necessário, portanto, conhecer o que os demais juízes já escreveram no passado, como forma de compreender como “cada um deles (também) formou uma opinião sobre o ‘romance coletivo’ escrito até então”.

Dessa forma, pode-se concluir que, tal como uma atividade típica dos romancistas, o exercício da atividade jurisdicional tem dois objetivos a alcançar, sendo um de caráter formal e outro de caráter material ou substantivo. O primeiro diz respeito “às características formais de identidade, coerência e integridade”. O segundo se relaciona ao seu valor em termos políticos (no caso dos romancistas, um valor em termos artísticos), tendo como propósito não tornar nenhum dos autores em protagonista, reservando esse papel de destaque à própria obra (MOTTA, 2012, p. 102).

Considerações finais

A teoria do Direito como integridade se mostra adequada para garantir a legitimidade democrática da atuação contramajoritária das cortes constitucionais, isto é, quando elas decidem contra os interesses da maioria e contra a soberania popular. Atuando com coerência e integridade, a própria democracia estaria sendo reforçada, uma vez que os juízes passariam a decidir de acordo com a historicidade e a tradição institucional, impondo limites palpáveis ao exercício da jurisdição constitucional, de tal sorte que seriam impedidas decisões ativistas, fundamentadas em critérios pessoais.

Sua aplicação e consideração por parte dos tribunais implica na manifestação de critérios de justiça e igualdade. Isso significa dizer que a proposta de vinculação do juiz a critérios de coerência e integridade está justaposta à exigência de as demandas serem julgadas com a mesma parcela de envolvimento pelos juízes. Da mesma forma, elas devem ser alinhadas ao que já vem sendo decidido em situações semelhantes, com base nos

mesmos raciocínios interpretativo-principiológicos (coerência) e nas premissas comuns ao Direito como um sistema uno (integridade), sob uma ótica de adequação substancial.

Referências

BACHOF, Otto. **Estado de direito e poder político**. Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra, v. LVI, Coimbra: Coimbra Ed., 1996.

BARROSO, Luís Roberto. **A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria**. Revista Brasileira de Políticas Públicas, Brasília, v. 5, Número Especial, p. 23-50, 2015.

BARROSO, Luís Roberto. **O constitucionalismo democrático no Brasil: crônica de um sucesso imprevisto**. 2017. Disponível em: http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2017/09/constitucionalismo_democratico_brasil_cronica_um_sucesso_imprevisto.pdf. Acesso em 21 jun. 2019.

BEATTY, David M. **A Essência do Estado de Direito**. Tradução de Ana Aguiar Cotrim. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

BICKEL, Alexander. **The least dangerous branch: The Supreme Court at the Bar of Politics**. 2. ed. New Haven: Yale University Press, 1986.

SCHMITT, Carl. **Teoría de la Constitución**. Traducción de Francisco Ayala. Salamanca: Alianza Editorial, 1986.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

ELY, John Hart. **Democracy and distrust**. A theory of judicial review. Cambridge: Harvard University Press, 1980.

KMIEC, Keenan D. **The origin and current meanings of “judicial activism”**. California Law Review, v. 92, 2004.

MAN, Albon P. **Mr. Justice Murphy and the supreme court**. Virginia Law Review, v. 36, n° 7, p. 889-943, 1950. Disponível em: www.jstor.org/stable/1069717. Acesso em: 16 jun. 2019.

MILL, John Stuart. **On Liberty**. New York: Cosimo Classics, 2009.

MOTTA, Francisco José Borges. **Levando o direito a sério: uma crítica ao protagonismo judicial**. 2 ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

HART. H. L. A. **The concept of law**. 2. ed. New York: Oxford University Press, 1994

HOBBS, Thomas. **Elementos de Derecho Natural y Político**. Traducción de Dalmacio Negro Pavón. Salamanca: Alianza, 2005.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig. **Jurisdição Constitucional Aberta. Reflexões sobre a legitimidade da jurisdição constitucional na ordem democrática**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007.

MELLO, Cláudio Ari. **Democracia constitucional e direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**. 6ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2017.

TASSINARI, Clarissa. **Ativismo judicial: uma análise da atuação do Judiciário nas experiências brasileira e norte-americana**. 2012. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, 2012.

A POSSÍVEL INFLUÊNCIA DOS SISTEMAS ELEITORAIS NO DEBATE SOBRE A ÚLTIMA PALAVRA¹

THE POSSIBLE INFLUENCE OF THE ELECTORAL SYSTEMS ON THE LAST WORD DEBATE

Thomás Henrique Welter Ledesma²

-
- 1 Artigo científico desenvolvido a partir de estudos realizados no grupo de pesquisa “Reflexões acerca do problema do critério normativo e sua determinação vinculante: entre a casuística e o padrão decisório (justiça x igualdade)”, do programa de mestrado da Fundação Escola Superior do Ministério Público – FMP/RS, vinculado ao eixo temático: Tutelas à Efetivação de Direitos Transindividuais.
 - 2 Mestre em Tutelas à Efetivação de Direitos Indisponíveis pela Fundação Escola Superior do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul- FMP/RS. E-mail: thomasledesma@gmail.com

Resumo

Os sistemas eleitorais são mecanismos que possibilitam, a partir da contabilização dos votos, a proclamação dos eleitos. Esses sistemas possuem duas grandes fórmulas: majoritária e proporcional. Ambas acarretam incontáveis variáveis que influenciam diretamente a ideia de representatividade e proteção das minorias nos Estados, argumentos também utilizados no debate sobre a quem compete a última palavra sobre a interpretação constitucional. O presente artigo tem por objetivo analisar a possibilidade de os sistemas eleitorais majoritário e proporcional, a partir de suas características, influenciarem, dentro da estrutura orgânica de um país, a qual órgão será atribuída a última palavra. O método científico utilizado para realização da presente pesquisa foi o hipotético-dedutivo.

Palavras-chave: Interpretação Constitucional. Majoritário. Proporcional. Representatividade. Sistemas Eleitorais.

Abstract

Electoral systems are mechanisms that make it possible, by vote counting, to proclaim the election winners. They work through two major formulas: proportional and majority, which result in countless variables that directly influence the idea of representativeness and protection of minorities in the States, arguments also used in debating who is responsible for the last word on constitutional interpretation. This article aims to analyze the possibility that the majority and proportional electoral systems, with their characteristics, influence, within the internal organic structure of a country, to which body will be assigned the last word. The scientific method used to carry out this research was the hypothetical-deductive.

Keywords: Constitucional interpretation. Electoral Systems. Majoritarian. Proportional. Representativeness.

Introdução

Com a impossibilidade de manutenção da democracia direta e a doação da democracia representativa, os Estados necessitavam buscar instrumentos para serem utilizados nos processos eleitorais para a contabilização dos votos e a proclamação dos eleitos. Tais mecanismos denominam-se sistemas eleitorais.

Apesar de serem regidos por duas grandes fórmulas eleitorais, a majoritária e a proporcional, existem tantos sistemas eleitorais quanto países no mundo. Tais sistemas se dão conforme a possibilidade de cada Estado, a partir de suas características internas, adotar um modelo específico.

Os sistemas eleitorais possuem relação direta com as noções de representatividade e proteção das minorias, fatores centrais também utilizados em outro debate: a quem compete, em última análise, a interpretação constitucional dentro do ordenamento jurídico? Diante de tal cenário, o presente artigo tem por objetivo verificar a possibilidade de influência dos sistemas eleitorais no debate sobre a quem compete a última palavra sobre a interpretação constitucional.

A presente pesquisa divide-se em três tópicos. No primeiro, será realizada uma abordagem sobre os elementos que influenciam a formatação dos sistemas eleitorais. No segundo, será feita uma síntese do debate sobre a interpretação constitucional e a última palavra. Por fim, no terceiro tópico, o objetivo é discutir o tema central do artigo: a possibilidade de influência dos sistemas eleitorais sobre a qual Poder compete a última palavra. O método utilizado foi o hipotético-dedutivo, com utilização de pesquisa bibliográfica e jurisprudencial.

1 Apontamentos sobre os sistemas eleitorais

Com o avanço da democracia representativa e a consequente transferência da titularidade dos responsáveis pela tomada de decisões nos assuntos públicos e nos debates políti-

cos, iniciou-se uma busca, pelos Estados, de um mecanismo que disciplinasse a contabilização de votos e a proclamação dos eleitos. São os denominados sistemas eleitorais, classificados como “construções institucionais política e estrategicamente concebidas, e tecnicamente realizadas, para viabilizar e sancionar a representação política” (TAVARES, 1994, p. 33).

A definição do sistema eleitoral utilizado por um Estado-nação pode acarretar em diversos outros fatores, tais como forma de governo, organização partidária, estrutura parlamentar, índole das instituições democráticas e orientação política do regime (BONAVIDES, 2019, p. 265). Tal definição torna-se complexa, pois sua formatação é influenciada por quatro grandes fatores: a magnitude da circunscrição ou o âmbito territorial, a apresentação das candidaturas, as modalidades do voto e a fórmula eleitoral (SALGADO, 2012, p. 149).

A magnitude da circunscrição refere-se ao número de representantes que cada circunscrição elegerá. Por exemplo: nas eleições para o cargo de prefeito, cada município será considerado uma circunscrição e elegerá um candidato, sendo, portanto, a magnitude igual a 1 ($M=1$). Nas eleições para deputado federal, a magnitude de cada estado-membro variará entre 8 (oito) e 70 (setenta), tendo em vista que, conforme §1º do art. 45 da Constituição Federal, nenhuma das unidades da federação terá menos de 8 (oito) parlamentares ou mais de 70 (setenta) (BRASIL, 1988).

O segundo elemento que influencia a definição do sistema eleitoral é a apresentação de candidaturas, que poderá ser de dois tipos: avulsa ou por meio de partidos políticos.³

O terceiro elemento formatador dos sistemas eleitorais é a modalidade de voto, que poderá ser direto ou indireto. A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 14, garante que o sufrágio será exercido mediante o voto direto e secreto (BRASIL,

3 A apresentação de candidaturas por meio dos partidos políticos se desdobra em duas espécies: lista aberta ou lista fechada. Na primeira, o sufragista pode, livremente, escolher o candidato em que depositará seu voto. Já na lista fechada, a sua opção se restringe às siglas partidárias, sendo a ordem dos candidatos previamente definida em convenção. Sobre o tema, ver: SANTOS, Polianna Pereira dos. **Voto e qualidade da democracia**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017.

1988), podendo o eleitor escolher livremente o candidato em que confiará o seu voto. Destaca-se, porém, que o voto indireto já foi utilizado no Brasil, que teve suas primeiras manifestações eleitorais realizadas nos municípios, governados pelas Câmaras Municipais, incumbidas de deliberar sobre todos os assuntos locais (LEAL, 2012, p. 76). Os eleitores escolhiam os delegados eleitores, os quais designavam aqueles que iriam exercer a função representativa (MUKAI, 1985, p. 3).

O quarto elemento que compõe a formação dos sistemas eleitorais é a fórmula eleitoral, regida por dois grandes princípios: majoritário e proporcional. No primeiro modelo, apesar da possibilidade de diversas variáveis para a declaração dos eleitos, o sistema eleitoral terá como fundamento a vontade da maioria. Isso não significa, porém, facilidade na definição do candidato eleito, pois, mesmo em alguns modelos regidos pelo princípio majoritário, é necessária a realização de várias rodadas de contabilização dos votos para verificar o candidato vitorioso.⁴

Quanto à fórmula eleitoral proporcional, é fundamental dar às casas legislativas dos entes políticos do Estado representação semelhante à formatação social, permitindo uma composição plural que atenda, dentro dos limites estabelecidos em lei, aos interesses de todos os setores da sociedade, majoritários e minoritários.

O princípio proporcional afasta a premissa “uma cabeça, um voto” proposta pela igualdade formal em matéria eleitoral. Permite que, a partir de determinadas situações ocorridas na contabilização eleitoral ou até mesmo decorrentes de previsão legal – a lei poderia, por exemplo, garantir vaga na Câmara Federal a um representante de grupo minoritário específico, independentemente de atendidas as regras dos artigos 105 e seguintes do Código Eleitoral –, o sufrágio de um indivíduo tenha mais peso se comparado ao dos demais para que se obtenha re-

4 As eleições para a Câmara de Deputados da Austrália ocorrem via voto alternativo, que permite que o eleitor elabore uma lista de preferências no momento do sufrágio, sendo eleito o candidato que atingir 50% dos votos. Caso contrário, o candidato menos votado será eliminado por rodada de contabilização, com a consequente transferência de seus votos para outros, até que algum deles atinja o percentual exigido pela lei eleitoral. Sobre o tema, ver: NICOLAU, Jairo. **Sistemas eleitorais**. 6. ed. São Paulo: FGV, 2012.

presentatividade no parlamento. Trata-se de uma possibilidade relacionada à promoção da igualdade, em seu sentido material. Tais fundamentos permitem que um candidato que recebeu boa votação não seja considerado eleito, em detrimento daquele que, apesar de receber menos votos, exercerá mandato eletivo.

Com a exposição dos elementos que influenciam a formação dos sistemas eleitorais, verifica-se que não é possível delimitar o número de modelos existentes. Cada Estado-nação elaborará um sistema de acordo com suas especificidades locais, permitindo classificar como correta a afirmação de Salgado (2012, p. 140), que entende existirem tantos sistemas eleitorais quanto são os países democráticos.

Os sistemas eleitorais possuem uma forte relação com o modelo democrático, pelo fato de serem o mecanismo de proclamação dos eleitos a partir da manifestação da população, por meio do sufrágio. Conforme exposto anteriormente, na opinião de Bonavides (2019, p. 265), além da efetivação da democracia, os sistemas eleitorais podem interferir em diversos outros fatores do Estado-nação, inclusive sobre a qual poder constitucional compete proferir a última palavra sobre direitos fundamentais, temática que será abordada a seguir.

2 Última palavra sobre interpretação constitucional

O fortalecimento da democracia ensejou maior efetividade na proteção dos direitos fundamentais e, conseqüentemente, no aperfeiçoamento do debate sobre a quem compete a última palavra no que tange à guarda da Constituição, anteriormente atribuída aos poderes Executivo e Judiciário⁵. Dessa forma, viabilizou a substituição do Poder Executivo pelo Legislativo,

5 Para Carl Schmitt, a guarda da Constituição se tratava de um poder político, exercido pelo Poder Executivo, a quem, portanto, competiria tal atribuição. Em sentido contrário, Kelsen (2003, p. 239-250) defendia que a proteção do texto constitucional seria de competência da Corte Constitucional, entendendo que não havia distinção entre a aplicação e a elaboração da lei, sendo as duas condutas possuidoras de caráter político.

concentrando a discussão sobre o tema entre a corte constitucional e o parlamento.

No ordenamento jurídico brasileiro, o tema também não é pacífico: o legislador constitucional estabeleceu que compete ao Supremo Tribunal Federal (STF) “a guarda da Constituição”, conforme pode ser verificado no art. 102, caput. Porém, em seu artigo 52, X, atribuiu ao Senado Federal competência para “suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal” (BRASIL, 1988), concedendo, aparentemente, a última palavra sobre a interpretação constitucional ao parlamento. Ocorre que, comumente, parlamentares insatisfeitos com as decisões tomadas no âmbito interno das casas legislativas recorrem ao Judiciário para defenderem temas relacionados aos seus interesses, envolvendo questões sociais, jurídicas, econômicas e políticas (THAMAY; HERANI, 2016, p. 81), gerando, portanto, um extenso ciclo vicioso na questão deliberada.

Os defensores de uma supremacia do Poder Judiciário em relação à última palavra sobre a interpretação constitucional elencam, como fundamentos de defesa de seu posicionamento, os seguintes argumentos: proteção, pela corte, das precondições da democracia; preservação do processo de formação da vontade democrática; proteção dos direitos fundamentais, dos direitos das minorias e do conteúdo de justiça da democracia; imparcialidade no julgamento; possibilidade de revisão da decisão por emenda constitucional; submissão do caso concreto a uma racionalidade incremental; e promoção de uma representação deliberativa e argumentativa.⁶

Já aqueles que defendem ser atribuição do Poder Legislativo a última palavra sobre a interpretação constitucional, sustentam seus argumentos com base na análise de dois valores: a representação eleitoral e a regra da maioria, que promove a igualdade (MENDES, 2011).

⁶ Sobre o tema, ver: Mendes (2011); BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia judicial versus diálogos constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?** 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018; OLIVEIRA, Antônio Francisco Gomes de. **Jurisdição constitucional: diálogos institucionais como terceira via entre o ativismo e a autocontenção judicial.** Curitiba: Juruá, 2016.

Apesar de haver inúmeros argumentos favoráveis e contrários (que se desdobram em tantos outros) ao Legislativo e à Corte Constitucional, dois fundamentos centrais possuem relação com os sistemas eleitorais: a representação eleitoral e a promoção e proteção das minorias.

A representação eleitoral é apontada como um forte argumento para justificar a atribuição do Poder Legislativo sobre a quem compete a última palavra sobre a interpretação constitucional (MENDES, 2011). A defesa da última palavra como atribuição do Legislativo se dá em razão de esse Poder ser composto por representantes do povo, possuindo, portanto, legitimidade popular para tomar as decisões relacionadas aos interesses e assuntos públicos – ao contrário da Corte Constitucional, que é contramajoritária, pois, na formação de sua composição, via de regra⁷, não há participação popular.

Como sua composição é influenciada diretamente pela população a partir do sufrágio, “o parlamento representativo é o mais próximo que se pode chegar do ideal de democracia nos estados modernos” (MENDES, 2011), manifestando, legitimamente – ainda que de forma indireta – a vontade popular:

O povo se faz presente por meio das eleições, e governa, ainda que indiretamente por meio de seus representantes. Mesmo que a ideia de “vontade da maioria” possa ser problemática, o parlamento é representativo, e isso basta para rejeitar uma instituição judicial que, se não é necessariamente contramajoritária, é contrarrepresentativa (MENDES, 2011).

Um segundo argumento exposto por Mendes (2011) é o de que o parlamento representativo seria um aperfeiçoamento da democracia, inclusive sendo classificado por Mill (2018) como forma ideal de governo:

Não há nenhuma dificuldade em mostrar que a melhor forma ideal de governo é aquela em que a soberania, ou o

⁷ Na Bolívia, os juízes são eleitos pelo sufrágio universal. Sobre o tema, ver: BALSAMO, Denis Fernando. Sistemas de escolha dos juízes constitucionais: um estudo comparado e o sistema brasileiro. In: REIS, Maurício Martins. JOBIM, Marco Félix. **Justiça constitucional e direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 59.

poder controlador supremo em última instância, pertence ao conjunto inteiro da comunidade, em que todo cidadão não só tem voz no exercício dessa soberania última, como também é chamado, pelo menos de vez em quando, a participar efetivamente do governo com o desempenho pessoal de alguma função pública, local ou geral (p. 66).

Ademais, em países que possuem sistemas multipartidários, há uma tendência de composição pulverizada nas casas legislativas, o que impede que as decisões tomadas internamente não sejam extremas. Em razão da necessidade de atendimento de quórum específico para aprovação das leis, há uma busca pelo consenso no parlamento, que tende a ser uma posição intermediária.

Portanto, o Legislativo composto por um quadro partidário pulverizado tende a impedir decisões extremas, em virtude da dificuldade de obtenção da quantidade mínima de votos para sua aprovação. Ocorre que, apesar de possuir uma composição democrática e de, tendencialmente, aprovar decisões moderadas, há uma forte crítica direcionada ao Poder Legislativo como detentor da última palavra: a impossibilidade de proteção das minorias.

A proteção e a promoção dos direitos das minorais é argumento recorrente para a defesa da última palavra do Judiciário sobre interpretação constitucional. No cenário brasileiro, pode ser citada, como exemplo, a decisão do STF que garantiu união homoafetiva (ADI nº 4277). No julgamento conjunto das ADIs 1351 e 1354, que verificou a constitucionalidade da cláusula de barreira, a Ministra Carmen Lúcia, em seu voto, enfatizou que “a minoria de hoje tem de ter espaço para ser a maioria de amanhã. Se não for assim, a cidadania se perde” (BRASIL, 2006, p. 303).

A possibilidade de proteção das minorias pelo Poder Judiciário é vista com ressalvas por Victor (2015, p. 203), para quem “o papel contramajoritário da Corte apenas persiste ou se mostra viável em face de maiorias fracas: já mortas, transitórias, ou unidas durante uma semana em razão de políticas de menor importância”. Segundo o autor, as decisões adotadas pela Corte Constitucional somente resistirão caso não colidam com os interesses de grupos majoritários organizados.

Ressalta-se, porém, que, quando se depende do sistema eleitoral utilizado pelo Estado, há a possibilidade de maior proteção dos direitos das minorias dentro do próprio mecanismo de seleção dos eleitos.

3 A possível influência dos sistemas eleitorais no debate sobre a última palavra no Brasil

Conforme já exposto, são quatro os fatores que fundamentam os sistemas eleitorais, entre os quais consta a fórmula eleitoral, que está subdividida em majoritária e proporcional. Inúmeras possibilidades surgem diante das combinações, pois cada um dos quatro elementos eleitorais possui variáveis que possibilitam a adoção de um regramento específico – e até mesmo único – por cada Estado.

Em relação à fórmula eleitoral, apesar de possuir duas espécies – majoritária e proporcional –, a contabilização dos votos e a conseqüente proclamação dos eleitos poderá se dar de várias formas, a depender dos regramentos específicos previstos na legislação interna.

A fórmula eleitoral majoritária é baseada na vontade da maioria, ou seja, proclama como eleito o candidato que recebeu mais votos, tendo em vista que representa a vontade da maioria. Quando os defensores da última palavra pelo Poder Legislativo apresentam como argumento à sua tese que esse poder representa a vontade da maioria, não se referem ao posicionamento de apenas um grupo social, mas à junção de vários segmentos da sociedade que, somados, compõem maior percentual do eleitorado: a pluralidade compõe a maioria (WALDRON apud VICTOR, 2015, p. 171).

Mesmo partindo da premissa de que a vontade da maioria é formatada a partir da junção da pluralidade e não de apenas um segmento da sociedade, há um risco de mitigação dos interesses das minorias, as quais poderão ser submetidas à vontade

majoritária. É possível afirmar, portanto, que o sistema eleitoral regido pela fórmula majoritária não possui mecanismos de proteção das minorias, justamente em razão de possuir a manifestação de vontade da maioria como fundamento central.

No entanto, isso não se pode afirmar em relação aos sistemas eleitorais regidos pela fórmula proporcional. Conforme já exposto, os sistemas e as fórmulas eleitorais possuem variáveis – fator que pode influenciar numa maior ou menor proteção das minorias dentro do Estado a partir da representação pelos partidos políticos.

Os sistemas eleitorais regidos pela fórmula eleitoral proporcional poderão sofrer gradações. Tavares (1994, p. 49) denomina o elemento da proporcionalidade dentro das fórmulas eleitorais como “continuum”⁸. A depender da vontade do legislador, um sistema eleitoral poderá possibilitar maior ou menor pluralidade dos grupos sociais representados por partidos políticos.

Conforme Tavares (1994, p. 50), os sistemas eleitorais podem se aproximar da rigorosa proporcionalidade, que seria o modelo que reproduz com a mais estrita proporcionalidade, ou seja, com um sistema partidário eleitoral totalmente representado nas casas legislativas.

Quanto maior o continuum de um sistema proporcional, maior será, conseqüentemente, a representação dos grupos minoritários. Nesse cenário de ampla representatividade, o parlamento poderá, em tese, representar, promover e proteger o direito das minorias, fortalecendo, a partir da fórmula eleitoral adotada, a corrente doutrinária liderada por Waldron (apud VICTOR, 2015, p. 171). Essa corrente defende como atribuição do Parlamento o proferimento da última palavra sobre a interpretação constitucional, rompendo com a ideia de que apenas a Corte Constitucional poderá atender aos interesses das minorias.

8 Conforme Tavares (1994, p. 51), “a posição de cada sistema eleitoral no *continuum* é determinada (1) pelo grau de proporcionalidade-desproporcionalidade na distribuição da representação legislativa entre os partidos frente ao volume relativo de votos de cada um, e (2) pelo efeito redutor sobre o número de partidos que integram o sistema partidário parlamentar, em relação ao número de partidos que participam da competição eleitoral, que o sistema em regra produz”.

Conclui-se, portanto, que, caso adotado o sistema eleitoral proporcional – e dependendo do seu grau proporcionalidade –, poderá haver influência dos sistemas eleitorais no debate sobre a quem compete a última palavra sobre a interpretação constitucional, justificando a permanência de tal atribuição ao Poder Legislativo.

Conclusão

O presente artigo teve como objetivo verificar a possibilidade de os sistemas eleitorais influenciarem na decisão sobre a quem compete a última palavra a respeito da interpretação constitucional. Conforme exposto, não há limites de modelos de sistemas eleitorais, pois eles possuem variações influenciadas pelas características internas dos países.

Apesar da incapacidade de delimitar o número de possibilidades de formação dos sistemas eleitorais, restou demonstrado que eles sofrem a influência de quatro grandes fatores: magnitude da circunscrição eleitoral, modalidade de voto, apresentação de candidaturas e fórmula eleitoral.

A fórmula eleitoral divide-se em duas espécies: a majoritária, que reproduz a vontade da maioria, e a proporcional, que tem como objetivo fazer a composição do parlamento de maneira plural, representando a maior quantidade possível de segmentos sociais. Restou claro, também, que ambas podem sofrer variações. Enquanto os sistemas eleitorais regidos pela fórmula majoritária buscam representar a vontade da maioria, o modelo proporcional, a depender do seu grau de “proporcionalidade”, poderá promover e proteger os direitos das minorais.

Um argumento com forte densidade, utilizado pelos defensores da supremacia judicial no debate sobre a quem compete a última palavra sobre a interpretação constitucional, é justamente a proteção das minorias. Porém, conforme ficou demonstrado, a depender do grau de proporcionalidade do sistema eleitoral proporcional, o Poder Legislativo poderá promover e proteger

os direitos das minorias diante da possibilidade de representação daquele grupo social.

Conclui-se, portanto, que, caso adotado o sistema eleitoral proporcional e dependendo da sua proporcionalidade, será possível haver influência dos sistemas eleitorais no debate sobre a quem compete a última palavra a respeito da interpretação constitucional.

Referências

BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2019.

BRASIL. [Constituição, 1988]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 17 ago. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direita de Inconstitucionalidade 1.351**. Data do julgamento: 07 dez. 2006 28 set. 1995. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=416152>. Acesso em 19 ago. 2019.

KELSEN, Hans. **Jurisdição Constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

LEAL, Victor Nunes. **Coronelismo, enxada e voto: o município e o regime representativo no Brasil**. 7. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.

MENDES, Conrado Hubner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. São Paulo: Saraiva, 2011. Arquivo digital.

MILL, John Stuart. **Considerações sobre o governo representativo**. Porto Alegre: L&PM, 2018.

MUKAI, Toshio. **Sistemas eleitorais no Brasil**. Brasília: Programa Nacional de Desburocratização, 1985.

SALGADO, Eneida Desiree. O Sistema eleitoral Brasileiro. In: SALGADO, Eneida Desiree (coord). **Sistemas eleitorais: experiências**

iberoamericanas e características do modelo brasileiro. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

TAVARES, José Antônio Giusti. **Sistemas eleitorais nas democracias contemporâneas**: teorias, instituições, estratégia. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 1994.

THAMAY, Rennan Faria Krüger; HERANI, Renato Gugliano. **Jurisdição constitucional concentrada**. Curitiba: Juruá, 2016.

VICTOR, Sérgio Antônio. **Diálogo institucional e controle de constitucionalidade**: debate entre o STF e o Congresso Nacional. São Paulo: Saraiva, 2015.

OS PRECEDENTES ENQUANTO INSTRUMENTOS FUNDAMENTADOS NA COERÊNCIA SISTEMÁTICA IMPERATIVA DA CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS À SEGURANÇA JURÍDICA E À IGUALDADE

Lucas Moreschi Paulo¹

1 Advogado. Bacharel e Mestrando em Direito pela Fundação Escola Superior do Ministério Público (FMP), na linha de pesquisa Tutelas à Efetivação dos Direitos Transindividuais. Bolsista do Grupo de Estudos do Projeto de Pesquisa Colisão de Direitos Fundamentais e o Direito como Argumentação, coordenado pelo Prof. Dr. Anizio Pires Gavião Filho, do Programa de Pós-Graduação em Direito da FMP e vinculado no CNPq ao Grupo de Estudos Tutelas à Efetivação dos Direitos Transindividuais. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/4330914363996350>. E-mail: lucasmoreschipaulo@gmail.com.

Resumo

Por meio da revisão da legislação e doutrina, utilizando o método dedutivo, o presente estudo busca analisar precisamente a relação existente entre a efetivação dos direitos fundamentais à segurança jurídica e igualdade e a preocupação atinente aos precedentes e a fundamental crença no requisito da coerência. Nesse sentido, houve a identificação precípua da necessidade conceitual de existência de instrumentos para a harmonização da jurisprudência, aos moldes do que definiu o artigo 926 do Código de Processo Civil de 2015, mantendo-a estável, íntegra e coerente dentro de um sistema jurídico. Por derradeiro, analisar-se-á de que formas os precedentes, sejam obrigatórios ou persuasivos, concretizam os objetivos traçados pelo legislador e garantem, ao menos conceitualmente, as necessárias e imperativas segurança jurídica, integridade, coerência e igualdade que fundamentam os sistemas judiciais dos Estados Democráticos de Direito.

Palavras-chave: Coerência. Direitos fundamentais. Igualdade. Precedentes. Segurança jurídica.

Abstract

Through the revision of legislation as well as the doctrine, using the deductive method, the present study seeks to analyze precisely the relationship between the realization of fundamental rights to legal certainty and equality and the preoccupation with precedents, and his grounding belief in the requirement of coherence. In this sense, the primary identification of the conceptual need for the existence of instruments for the harmonization of jurisprudence, as defined in Article 926 of the 2015 Code of Civil Procedure, keeping it stable, integrated and coherent within a legal system. At last, it will examine in what ways the precedents, in both their forms, whether mandatory or persuasive, achieve the objectives set by the legislator and guarantee, at least conceptually, the necessary and imperative legal certainty, integrity, coherence and equality, which underlie the judicial systems of the democratic rule of law.

Keywords: Coherence. Fundamental rights. Equality. Precedents. Legal certainty.

Considerações iniciais

Objetiva-se analisar o instrumento dos precedentes enquanto protagonista para a concretização dos direitos fundamentais em um sistema jurídico coerente, seguro e igualitário, conceitualmente necessário à juridicidade. Tal preocupação se fundamenta pela experiência brasileira de insegurança jurídica, imprevisibilidade das decisões judiciais e a falta de respeito, por juízos hierarquicamente vinculados, aos pronunciamentos vinculantes das cortes superiores.

Neste contexto, mostra-se necessária a análise dos fundamentos do direito e da ordem jurídica, de modo a perceber que em ambos está imanente a necessária e conceitual operacionalidade justificada pelo tratamento (democrático) igualitário – perante a lei, o direito e o poder judiciário –, e a segurança jurídica. Esta possibilita que o cidadão anteveja as consequências dos seus atos, adequando e coordenando suas ações humano-sociais também pelos entendimentos oficiais. Dessa maneira, o direito necessariamente exige uma manifestação harmônica e coerente, sobretudo na sua manifestação jurisprudencial.

Torna-se necessário o exame dos conteúdos dos direitos fundamentais na perspectiva de um sistema jurídico prestacional, segundo o qual o jurisdicionado é credor de uma correta, razoável e justa prestação, não apenas no processamento das demandas, mas na entrega de respostas minimamente respaldadas pela jurisprudência interna e hierarquicamente superior existentes. Por fim, caberá a análise do sistema de precedentes, em um esboço sobre a origem e a importação ao Brasil, assim como sobre como vincula dentro do sistema de precedentes brasileiros obrigatórios, cujo objetivo é zelar pela manutenção de uma jurisprudência estável, íntegra e coerente, como preceitua o artigo 926 do Código de Processo Civil (CPC).

1 Da necessidade conceitual de instrumentos de harmonização da jurisprudência coerente

O fenômeno jurídico se traduz em uma manifestação sociocultural regulada conceitualmente a partir de valores comunitários estruturantes. Dentre tais valores essenciais à percepção do sentido axiológico do direito, isto é, o núcleo de formação e os objetivos deste, estão, em todos os ordenamentos jurídicos ocidentais, as preocupações quanto à funcionalidade igualitária, bem como a necessidade, emanada da própria comunidade, de segurança na aplicação do direito. Assim, deverá haver manifestações seguras do judiciário que possibilitem a previsibilidade das decisões judiciais e a confiabilidade legítima dos jurisdicionados. De maneira circular, tal segurança jurídica, somada ao dever de coerência, fundamenta e é fundamentada pela necessária observância à igualdade (ÁVILA, 2011, p. 152).

O dever de coerência, enquanto qualidade incorporada por uma ordem jurídica, deve garantir um tratamento igualitário aos indivíduos que pugnam ao Estado em situações relevantemente semelhantes, de modo que as respostas destes sejam orientadas pelas mesmas razões, quando cabíveis, e por fundamentadas razões quando incabíveis (ALEXY, 2011, p. 274-275). Igualmente, a coerência deve garantir que o sistema jurídico se manifeste de maneira segura, ou seja, que os resultados dados pelo Poder Judiciário às controvérsias sejam conhecidos pela história institucional da corte, sendo previsíveis e calculáveis, garantindo a confiabilidade dos cidadãos e prevenindo a inovação irracional na ordem jurídica.

Daí que o direito conceitualmente, sendo assim, necessita de mecanismos aptos a garantir (e indicar) aos aplicadores do direito quais são as respostas aceitáveis a serem replicadas aos casos relevantemente semelhantes e aos quais tal resposta se mostre razoável e adequada. Assim, surge na discussão a instrumentária dos precedentes vinculantes e obrigatórios enquanto ferramentas apropriadas à promoção da harmonização da juris-

prudência e da concretização adequada da segurança jurídica e da igualdade.

Destarte, o direito-produto da confluência das tradições romano-germânicas e anglo-saxãs enquanto fruto da prática social-comunitária fundada na observância de princípios universais, dentre os quais estão sensivelmente presentes os princípios da igualdade e da segurança jurídica, não é satisfeito apenas pela interpretação e aplicação racional das normas jurídicas, porquanto necessariamente deve ter sua prática coordenada sob uma perspectiva histórico-institucional de salvaguarda das justas expectativas dos jurisdicionados, bem como de serem tratados, sob circunstâncias relevantemente semelhantes, igualmente (e com respostas aceitáveis). Desse modo, para uma melhor interpretação teleológico-sistemática da ordem jurídica como um todo, é imprescindível que se manifeste por uma prática racionalizada, que resolva os problemas prático-reais sem a supressão de garantias e direitos fundamentais; devendo-se, necessariamente, postular por uma jurisprudência harmoniosa – produto lógico de uma prática coerente, segura e igualitária do direito.

2 Do direito fundamental a um sistema jurídico seguro e igualitário

Assim, apropriados dos valores a serem concretizados na sistemática jurídica para vislumbrar um direito mais coerente, seguro, igualitário e coordenado sob uma prática racional, se faz necessária a abordagem conceitual de tais axiomas. Nesse sentido, há também de se pontuar como aqueles são efetivados e respeitados na prática judicante e, posteriormente, quais instrumentos pode buscar incorporar para tanto. Tais requisitos devem garantir que o sistema jurídico se manifeste, primordialmente, de maneira segura, isto é, que os resultados dados pelo poder público às controvérsias jurídicas sejam, se não já conhecidos, porque historicamente aplicados, calculáveis, ou, então,

previsíveis, à maneira de não inovar irracionalmente, incorretamente e injustamente a ordem jurídica.

Nesta linha, emerge uma realidade que apõe o jurisdicionado como credor (na perspectiva dos direitos fundamentais prestacionais) de um sistema jurídico-decisional orientado pelo dever de coerência, isto é, a manutenção de uma segurança jurídica sistemática e o tratamento igualitários àqueles jurisdicionados que pugnam por iguais condições e alegações, fatos e pedidos relevantemente semelhantes. Para tanto, se faz necessária a (rápida) análise dos conteúdos axiológico-normativos destes valores estruturantes.

Em termos de segurança jurídica, tradicionalmente pensada a partir da função legislativa – exigindo-se normas jurídicas estáveis, previsíveis, acessíveis e aplicadas com coerência, consistência e integridade –, tem-se a não restrição da segurança jurídica à dimensão normativo-construtivista. A partir do momento em que se abandonou a ideia exegética do juiz bouche de la loi, não mais se admite análises do aludido princípio estritamente relacionado à normatividade, pois, muito mais concreta, está a noção de segurança jurídica nas (e entre as) decisões proferidas pelos tribunais.

Marca do nosso tempo, a era líquida das informações instantâneas, acarreta grande quantidade, e paradoxalmente, no aumento do risco e das incertezas (ÁVILA, 2011, p. 40). Movimentos que provocam o Poder Judiciário a se manifestar cada vez mais a respeito de problemas jurídicos com respostas adequadas advindas do judiciário e, “como não se admite o non liquet justificado pelas incertezas e confusões normativas, o juiz fica obrigado a encontrar uma regula juris para cada caso a decidir” (ROSITO, 2012, p. 56), resulta, inevitavelmente, no incremento da morosidade institucional do judiciário a ponto de aumentar a complexidade das demandas sem, contudo, extinguir-se a exigência (inviável, neste estado de coisas) por celeridade processual.

Sendo assim, pretendendo obter clareza e certeza, ao eliminar o perigo de conflitos, o excesso de regras resultou no desaparecimento da autonomia do direito, de ser *ars inveniendi*,

e soluções tornam-se problemas, residindo o paradoxo no fato de que o combate à insegurança contribui para o incremento da insegurança (ÁVILA, 2011, p. 44). Considerando que a expressão “segurança jurídica”, consagrada já no preâmbulo da Constituição Federal de 1988, é associada aos ideais de determinação, estabilidade e previsibilidade do direito, foi mediante estes que o constituinte guarneceu a missão de assegurar um direito mais harmônico (ÁVILA, 2011, p. 34). Atentando, de igual maneira, ao fenômeno jurídico (válido dever ser que é²) que uma vez autônomo³ não se confunde com o fenômeno político, compreende-se, então, que a efetiva operacionalidade de uma segurança jurídica deva ocorrer onde o direito deve ser realizado, isto é, na atividade jurisdicional. Contudo, não há segurança jurídica no Brasil, segundo Ávila (2011, p. 108), porque os órgãos aplicadores não confirmam as previsões feitas para a maior parte das suas decisões.

Logo, a segurança jurídica deve servir como referencial teórico básico para a aspiração a um Estado desejável, funcionando como juízo axiológico concernente àquilo que se julga bom existir de acordo com determinado sistema de valores. Entretanto, a segurança jurídica, para Ávila (2011, p. 108), é norma-princípio de um sistema jurídico pós-positivista, pois argumentativo, porque, se “de um lado, defende a segurança jurídica como dever decorrente do direito posto”, de outro, “sustenta que a sua realização depende da reconstrução de sentidos normativos por meio de estruturas argumentativas e hermenêuticas”, não sendo um mero posto. Desta maneira, sendo princípio e direito fundamental, se mostra trunfo apto a realizar uma prática efetiva de seu conteúdo, qual seja, a noção de que o direito exige um mínimo de certeza, eficácia, ausência de arbitrariedades e

2 Expressão utilizada por Castanheira Neves (1985, p. 86) identifica uma dupla faceta do direito. O direito que é, compreendido como a realização do direito mediante sua aplicação concreta de constituição da realização do direito, em sua faceta praxiológica. E o direito que deve ser compreendido enquanto o núcleo normativo-formal do direito, em sua faceta positivista, garantidora da coercibilidade necessária para a implementação da medida.

3 Nesta questão, tem-se que “na linha do funcionalismo (aqui entendido como o normativismo e o seu lógico-sistemismo) o direito deixa de ser um auto-subsistente de sentido e de normatividade para passar a ser um instrumento – um finalístico instrumento e um meio ao serviço de teleologias que de fora o convocam e condicionadamente o submetem” (CASTANHEIRA NEVES, 2002, p. 30).

determinabilidade (*Bestimmtheit*) para que se possa adimplir a racionalidade democraticamente necessária, inclusive para a concretização de outros direitos, em especial, o direito à igualdade (ÁVILA, 2011, p. 108-131).

Nesse sentido, sobre o conteúdo jurídico da igualdade, tem-se que a aplicação da igualdade depende de que fins diversos conduzam a medidas diferentes de controle (ÁVILA, 2016, p. 193-194), fazendo com que a violação de alguma norma jurídica ou de critérios que conservem o “ordenamento jurídico como um todo” signifiquem a violação de princípios fundamentais do próprio sistema jurídico. E, “embora não pareça, a proteção da igualdade é uma forma indireta de se proteger a segurança jurídica” (ÁVILA, 2011, p. 223). Assim, o dever de manter igualdade normativa, em perspectiva geral e abstrata, exige a aplicação uniforme e impessoal, salvo em casos de aplicação diversa fundamentada pelo *discrimen*.

Contudo, a dimensão problemático-prescritiva do direito fundamental à igualdade advém das prestações do Poder Judiciário. Assim, quando esse é acionado para resolver conflitos deverá empreender idêntica solução jurídica proferida em ocasião de resolução de conflito anterior relevantemente semelhante, exceto se demonstrado como incabível, pela não mais correção da tese cuja aplicação se pretende, caso em que haverá ônus argumentativo maior. Dessa exigência de uniformidade aplicativa decorrente da igualdade são deduzidos os elementos de confiabilidade e calculabilidade que compõem a segurança jurídica.⁴

Rosito (2012, p. 130) observa que o princípio da igualdade visa duplo objeto, a um, propicia a garantia individual contra perseguições, e a dois, tolhe favoritismos, constituindo, desta maneira, por excelência, o fundamento natural e dogmático de toda e qualquer ordem que busque o tratamento igualitário e a aproximação do discurso racional à juridicidade, sobretudo na

4 De confiabilidade, porque o dever de aplicação uniforme gera o dever de manutenção da mesma decisão para casos iguais, favorecendo a estabilidade e a vinculatividade do direito; de calculabilidade, visto que o cidadão pode prever a mesma solução para casos iguais, planejando suas atividades ao saber que, praticando o mesmo ato, a ele deverá ser atribuída idêntica consequência (ÁVILA, 2011, p. 224).

prática dos precedentes judiciais com vinculatividade obrigatória⁵. Portanto, mostra-se evidente que a defesa e a garantia da segurança jurídica e da igualdade são deveres do Estado, sob pena de constituir-se um não-direito.

Em outro sentido, não se admitiria, sobretudo na formulação de teorias que busquem a racionalização do discurso jurídico e a concretização dos direitos fundamentais em comento, que tais noções conduzissem a um produto jurídico que o padronizasse em uma imutável ordem de cogência ahistórica, as respostas juridicamente aceitáveis. Nesse sentido, refere-se que os instrumentos jurídicos que servem de referencial interpretativo para solucionar casos análogos e futuros servem para promover de maneira mais fácil a estabilidade e a harmonização da jurisprudência, quando cabível, a ponto de afastar ultrajantes arbitrariedades, promovendo o tratamento igualitário em um cenário de incremento da coerência no sistema jurídico. Coerência, entretanto, não é um simples reaplicar de teses conforme anteriormente decidido, seu núcleo essencial se traduz, na perspectiva jurisdicional, em uma orientação do sentido normativo do direito, assim como de suas fontes. Deste modo, os precedentes admitem, e conceitualmente necessitam, que suas teses estejam sujeitas, quando necessário, a revisitações, reformulações, atualizações, não aplicações e superações (MACCORMICK, 2008, p. 264).

3 Do sistema de precedentes e da(s) sua(s) vinculatividade(s)

O Código de Processo Civil (lei nº. 13.105/2015) propôs a implementação de uma sistemática de precedentes⁶, garantindo assim uma nova preocupação legislativa a respeito do

5 Desse modo, mostra-se necessário que os juízes se importem com a igualdade, não enquanto um mero princípio de paridade de armas dentro do processo, mas busquem concretizá-la mediante corretas e sistematicamente coerentes tutelas jurisdicionais, resolvendo litígios sobre os quais já foi proferida tese satisfatoriamente e racionalmente justificada (ROSITO, 2012, p. 134).

6 Para Bustamante (2012, p. 479-484), os precedentes geram regras jurisprudenciais com obrigações *prima facie*.

papel da segurança jurídica, mantendo-se uma jurisprudência estável, íntegra e coerente (art. 926, do CPC). Nesse sentido, o caminho adotado pelo legislador, ao contemplar hipóteses de julgamentos cuja tese vincula de pronto, explícita a mudança de paradigma de abandono do caráter meramente persuasivo da jurisprudência para assumir o papel normativo dos precedentes atuais (vinculantes).⁷

Contudo, o precedente é originalmente derivado da cultura do common law⁸, em especial do stare decisis (et non quieta movere), segundo o qual as decisões judiciais são fontes primárias do direito (ROSITO, 2012, p. 74). Nesta tradição, o direito foi construído como uma prática deliberativa, cooperativa e continuada cuja intenção imediata não é a aplicação ou criação de normas de condutas aprioristicamente, como tradicionalmente o é nos ordenamentos jurídicos de cultura romano-germânica, mas a de solução judicativa de problemas práticos, preferencialmente pela identificação de resposta contida em certo costume comunitário. Schauer (1991, p. 182), todavia, reconhece a possibilidade de existirem sistemas jurídicos baseados em regras que valorizam fortemente o uso dos precedentes, in verbis:

In dealing both with authoritative interpretations of statutes and with common-law decisions, legal systems characteristically purport to rely on precedent, and frequently justify that reliance by reference to many of the same virtues that are used to justify rule-based decision-making, such as predictability, stability, and decision-maker disability. This suggests that there may be an affinity between rule-based and precedent-based decision-making, an affinity that itself may explain why decision-making systems valuing these traits finds a place both for rules and for a strong system of precedents.

7 A finalidade desta mudança está em assegurar a racionalidade ao direito e ao mesmo tempo reduzir a discricionariedade judicial e o ativismo judicial. Os princípios da igualdade e segurança jurídica, normalmente elencados para justificar a teoria dos precedentes, são consequências colaterais do atendimento da racionalidade e universalidade das decisões (ZANETI JÚNIOR, 2015, p. 1701).

8 Duxbury (2008, p. 32) ressalta que o significado dos precedentes nem sempre foi o mesmo, tendo sofrido alterações em seu sentido desde os tempos do período medieval até a época contemporânea, passando da mera interpretação case to case para o modelo da persuasão, inaugurando a *common law* e, ao final, concretizando o período da vinculação destes pronunciamentos.

Neste modelo, as decisões não são declaradas, ab initio, como precedente⁹ e, no mesmo sentido, se encontra a concepção defendida por MacCormick (2008, p. 203-2011), segundo a qual o precedente tem em si uma *ratio decidendi*¹⁰ formal somada a uma teoria dos precedentes persuasiva. A razão para tanto é que os sucessivos julgamentos sobre uma temática darão coerência ao sistema em um processo de reconstrução racional da *ratio decidendi*.

No Brasil, a inovação do CPC estabeleceu a observância obrigatória a certos julgamentos alçados à posição de precedentes obrigatórios, reconhecendo status jurídico diferenciado, tão logo prolatada a *ratio juris*. Aquele dá maior protagonismo a instrumentos processuais de eficácia vinculante – destacando-se, além do controle concentrado de constitucionalidade, súmulas vinculantes e enunciados de súmulas do Supremo Tribunal de Justiça (STJ) e Supremo Tribunal Federal (STF) –, ao incidente de assunção de competência, ao Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR), ao Recurso Extraordinário (RE) e ao Recursos Extraordinário e Especial Repetitivo, inteligência do rol de precedentes de vinculatividade¹¹ obrigatória

9 Somente historicamente é que uma decisão começará a ganhar o status de precedente. A partir das razões de decidir orientar casos relevantemente semelhantes, que serão utilizadas em um constructo histórico de modo que, posteriormente, as decisões nas quais foram insculpidas sejam reconhecidas como precedentes.

10 Para MacCormick (2008, p. 203), “uma *ratio decidendi* é uma justificação formal explícita ou implicitamente formulada por um juiz, e suficiente para decidir uma questão jurídica suscitada pelos argumentos das partes, questão sobre a qual uma resolução era necessária para a justificação da decisão do caso”. Além disso, a *ratio decidendi* é a regra ou princípio de decisão para a qual um dado precedente é fonte autorizada, quer essa regra ou princípio de decisão seja então tratado como vinculante ou somente como persuasivo em algum grau para os posteriores juízos em questões similares. Contudo, “uma decisão desse tipo precisa ser logicamente universal ou ao menos ser posta em termos razoavelmente universalizáveis, e precisa também ser aberta à justificação posterior em termos de argumentos sobre consequências, consistência e coerência” (MACCORMICK, 2008, p. 202, 211).

11 Para Peczenik (1997, *passim*), existem quatro tipos diferentes de força vinculante dos precedentes: a) *formal bindingness*; b) *not formally binding but having force*; c) *not formally binding and not having force but providing further support*; e d) *mere illustrativeness or other value*.

não taxativo¹² do artigo 927¹³ do CPC. Também, nas hipóteses de cabimento dos dois institutos pensados para compelir a vinculatividade obrigatória de alguns julgamentos, quais sejam, a Reclamação, prevista nos artigos 988 e ss., do CPC, e o regime de julgamento de recursos repetitivos, cuja observância é requisitada por interpretação teleológico-sistemático do artigo 927, III, do diploma processual civil.

A vinculatividade dos precedentes, portanto, tem direção vertical ou horizontal. Comenta Gavião Filho (2016) que esta “diz respeito à direção da relação entre o órgão jurisdicional do caso precedente e o órgão jurisdicional do caso presente, objeto de interpretação e aplicação do direito em uma situação concreta determinada”. Assim, o juiz a quo deve obedecer ao entendimento proferido por órgão hierarquicamente superior na estrutura do sistema de justiça. Aplica-se esse modelo de vinculatividade a juízes e tribunais que devem aplicar entendimentos fixados em casos relevantemente semelhantes pelas instâncias ad quem (hierárquicos).

Já na perspectiva horizontal, o tribunal deve ser coerente com a jurisprudência interna. Aqui, a vinculatividade se dá em razão do princípio da universalidade e na regra formal de justiça de tratar igualmente os iguais. Casos relevantemente semelhantes, em seus aspectos essenciais, devem receber parecidas interpretações e qualificações jurídicas. Ainda, sobre o efeito vinculativo destes precedentes para os juízos inferiores, tem-se que não será total e obrigatória, mas persuasiva. Assim, “não se pode falar em vinculatividade jurídica aos precedentes dos

12 Alguns problemas evidentes surgem da compreensão que quis dar o código a esta sistematicidade, uma vez que haveria a criação de um sistema completamente contraditório, eis que seria possível, a título exemplificativo, admitir-se que “um precedente advindo de um IRDR de um tribunal de justiça seria vinculante, enquanto um precedente advindo do tribunal pleno do STF sobre matéria constitucional seria meramente persuasivo” (PEIXOTO, 2018, p. 176). Assim, o rol de precedentes obrigatórios não deve ser visto como exaustivo, mas como exemplificativo, uma vez que o próprio sistema jurídico exige que as interpretações atendam à estabilidade, segurança jurídica, igualdade, integridade e coerência, devendo ser preservados pelo judiciário.

13 Quais sejam: a) as decisões do STF em controle concentrado de constitucionalidade; b) os enunciados de súmula vinculante; c) os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos; d) os enunciados das súmulas do STF em matéria constitucional e do STJ em matéria infraconstitucional; e e) a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

tribunais, tampouco se pode entender que os juízes de tribunais estão livres para se desviar, sem mais, dos precedentes dos tribunais aos quais pertencem” (GAVIÃO FILHO, 2016, p. 35).

Portanto, no Brasil está presente um sistema de precedentes cuja vinculatividade de sua *ratio decidendi* é imperativo-categórica aos casos relevantemente semelhantes. Ante a isto, nota-se que em nome da coerência, segurança jurídica e da integridade das decisões judiciais, devem ser seguidas as orientações e entendimentos fixados pelos órgãos jurisdicionais de maior hierarquia, no que concerne à capacidade de julgamento com efeito vinculante.

Considerações finais

À guisa de conclusão, demonstrou-se que os valores fundamentantes da operabilidade adequada de qualquer ordem jurídica democrática devem ser os princípios da segurança jurídica e da igualdade. Deste modo, ao respeitar tais axiomas jurídicos, bem como os direitos fundamentais do ordenamento jurídico, se realizará um direito a partir de uma prática mais coerente e razoável, refletindo, assim, a experiência judicante em uma jurisprudência harmônica, como conceitualmente exige o direito.

No âmbito dos direitos fundamentais, nota-se que a preocupação de se ter uma prática jurisdicional mais célere, processualmente econômica, efetiva, justa, confiável e igualitária necessita com que sejam respeitados valores conceitualmente imbricados na atuação jurídica do Estado Democrático de Direito; in casu, dos direitos fundamentais à igualdade e à segurança jurídica. Se concretizados, esses terão o condão de promover a jurisprudência a verdadeiro marco prático-referencial de coordenação das condutas sociais, à medida que os cidadãos poderão antever as consequências aplicáveis aos seus atos.

Neste sentido, viu-se que a teoria dos precedentes pode ser alçada ao patamar de protagonista da concretização de ambos os direitos fundamentais tratados, inclusive com a autêntica

preocupação judiciária de promoção da harmonização, estabilidade e maior coerência da jurisprudência, concretizando os direitos fundamentais à segurança jurídica e à igualdade.

Referências

ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**. Tradução Zilda Hutchinson Schild Silva. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**: Entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário. São Paulo: Malheiros, 2011.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 17. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2016.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Teoria do precedente judicial**: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais. São Paulo: Noeses, 2012.

CASTANHEIRA NEVES, Antônio. **Fontes do Direito**: Contributo para a revisão do seu problema. Coimbra: Coimbra Editora, 1985.

CASTANHEIRA NEVES, Antônio. **O Direito hoje e com Que Sentido?** O problema actual da autonomia do direito. Lisboa: Instituto Piaget, 2002.

DUXBURY, Neil. **The nature and authority of precedent**. Cambridge: Cambridge University Press, 2008.

GAVIÃO FILHO, Anizio. Precedentes e argumentação jurídica. In: XXV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI, 25., 2016, Florianópolis. **Anais [...]**. Florianópolis: CONPEDI, 2016.

MACCORMICK, Neil. **Retórica e estado de direito**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

PECZENIK, Aleksander. The binding force of precedent. In: MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert. (ed.). **Interpreting precedents**: a comparative study. Aldershot: Ashgate, 1997. p. 461-479.

PEIXOTO, Ravi. **Superação do precedente e segurança jurídica**. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2018.

ROSITO, Francisco. **Teoria dos precedentes judiciais**: racionalidade da tutela jurisdicional. Curitiba: Juruá, 2012.

SCHAUER, Frederick. **Playing by the rules**: a philosophical examination of rule-based decision-making in law and in life. Oxford: Oxford University Press, 1991.

ZANETI JUNIOR, Hermes. Comentários aos artigos 926 a 946 do CPC/15. In: CABRAL, Antônio do Passo; CRAMER, Ronaldo (coord.). **Comentários ao novo código de processo civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

O CONTROLE DA REPRESENTATIVIDADE ADEQUADA NO INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS

Fernanda Rosa Coelho¹

1 Bacharelada em Direito pela Fundação Escola Superior do Ministério Público (FMP). Bolsista do Grupo de Estudos do Projeto de Pesquisa Garantias Processuais Cíveis dos Bens Transindividuais do Programa de Pós-Graduação em Direito da FMP, coordenado pelo prof. dr. Handel Martins Dias e vinculado no CNPq ao Grupo de Estudos Tutelas à Efetivação dos Direitos Transindividuais. E-mail: nandarosa.coelho@gmail.com.

Resumo

Por meio da revisão da doutrina, bem como das legislações nacional e estrangeira, utilizando-se do método dedutivo, o presente estudo busca analisar o instituto da representatividade adequada no incidente de resolução de demandas repetitivas frente à natureza vinculante de suas decisões. Diante da vinculatividade das decisões proferidas no incidente, os direitos fundamentais ao contraditório e devido processo legal só serão respeitados se presente a representação adequada do grupo cujos direitos são objeto do julgamento de casos repetitivos, sendo essencial para tanto a implementação de critérios e requisitos para escolha da causa piloto e das partes no processo ou recurso afetado.

Palavras-chave: Contraditório. Direito ao processo justo. IRDR. Julgamento de casos repetitivos. Representação adequada.

Abstract

Through the revision of the doctrine, as well as the national and international legislation, using the deductive method, the present study seeks to analyse the institute of adequacy of representation in incident demands repetitive a resolution, given the binding nature of their decisions. Faced with the binding nature of judgments given in this incident, the right to be heard and the due process of law shall be respect only if the adequacy of representation of the group whose rights are the subject of the judgment of repetitive cases is present, it is essencial, therefore, to implement criteria and requirements to choose the pilot cause and the parties to the process or resource affected.

Keywords: Right to be heard. Due process of law. IRDR. Repetitive appeal. Adequacy of representation.

Introdução

A sociedade moderna, que tem como característica a complexidade das relações jurídicas e um considerável alargamento do acesso à justiça, experimenta cada dia mais um crescimento de litígios massificados, chegando ao Judiciário inúmeras demandas individuais a respeito do mesmo tema. As ações coletivas não foram capazes de contornar esse grande fluxo de demandas repetitivas que aportam no Judiciário diariamente, fazendo com que se instituíssem outros mecanismos capazes de racionalizar os casos repetitivos, garantido também a uniformidade e celeridade processual. Atento a esta nova necessidade, o Código de Processo Civil de 2015 (CPC) traz como grande novidade o incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR), que, junto aos recursos especial e extraordinário, é considerado como julgamento de casos repetitivos, tendo por objeto questões de direito material ou processual (BRASIL, 2015, art. 928, parágrafo único).

O presente trabalho tem como objetivo precípuo analisar o instituto da representatividade adequada no IRDR frente à natureza vinculante das decisões deste, respeitando o princípio do contraditório e o devido processo legal, especialmente àqueles ausentes do litígio coletivo. Para tanto, inicialmente será abordado o tratamento dispensado pelo CPC ao incidente. Ato contínuo, serão analisados os critérios legislativos para a escolha da causa-piloto no IRDR sob a perspectiva da representatividade adequada das partes, passando, então, para um estudo dos critérios exigidos no modelo americano das class actions, por se tratar de referência mundial em tutela coletiva, e no modelo alemão do Musterverfahren, notadamente inspiração para o incidente brasileiro.

Por fim, examinar-se-á os meios de controle efetivo da representatividade adequada da coletividade no direito pátrio e as propostas para uma maior atenção ao tema, conciliando a proteção dos direitos e interesses coletivos com o contraditório e o devido processo legal dos indivíduos pelas partes atuantes no IRDR. A presente pesquisa terá como abordagem o método

dedutivo, utilizando pesquisa bibliográfica, além de revisão da doutrina e legislações pátria e estrangeira.

1 O Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR) no Código de Processo Civil de 2015

Em linhas gerais, o IRDR², previsto entre os artigos 967 e 987 do Código de Processo Civil, será instaurado no tribunal quando houver simultaneamente efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito, risco de ofensa à isonomia e segurança jurídica, não sendo cabível, porém, quando já houver recurso especial ou extraordinário repetitivo afetado sobre o tema.

O pedido de instauração do incidente pode ser formulado por juiz ou relator de ofício, Ministério Público, Defensoria Pública ou qualquer uma das partes de processo em que se discuta a questão repetitiva. Se admitido, o relator suspenderá todos os processos pendentes, individuais ou coletivos, que tramitem no Estado ou região, conforme o caso, sem prejuízo de eventual pedido de tutela de urgência por qualquer das partes dos processos sobrestados. Iniciada a sessão de julgamento, o julgador ouvirá, sucessivamente, autor e réu, pelo prazo de 30 minutos cada e, após, serão deferidos outros 30 minutos para sustentação oral dos demais interessados.

O juízo do incidente competirá ao órgão indicado pelo regimento interno do tribunal, dentre aqueles responsáveis pela uniformização da jurisprudência deste. Além de julgar o incidente, fixando a tese jurídica acerca da questão controvertida,

2 O incidente de resolução de demandas repetitivas é uma inovação trazida pelo CPC (BRASIL, 2015). Conforme a Exposição de Motivos deste Código, o IRDR foi inspirado no *Musterverfahren* do direito alemão, que gera decisão que serve de modelo (= *Muster*) para a resolução de uma quantidade expressiva de processos em que as partes estejam na mesma situação, não se tratando necessariamente do mesmo autor nem do mesmo réu. É também um dos instrumentos para evitar a dispersão excessiva de jurisprudência e, com isso, trazer condições de se atenuar o assoberbamento de trabalho do Poder Judiciário sem comprometer a qualidade da prestação jurisdicional.

o órgão colegiado competente julgará a causa originária. Da decisão do incidente caberá recurso extraordinário ou recurso especial, tendo legitimidade recursal o Ministério Público, eventual *amicus curiae* e as partes do processo originário, contando os aludidos recursos com efeito suspensivo e, tratando-se de recurso extraordinário, presumindo-se a repercussão geral da questão constitucional eventualmente discutida.

Outrossim, tem-se que as normas aplicáveis aos institutos de julgamento de casos repetitivos (IRDR e recursos especial e extraordinário repetitivos) deverão ser interpretadas conjuntamente, complementando-se e criando o chamado microsistema de julgamento de casos repetitivos.³

2 A escolha da causa-piloto no Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR)

A técnica para julgamentos de casos repetitivos pode se dar por meio de dois sistemas, quais sejam, os de causa-piloto e causa-modelo. No primeiro, o órgão jurisdicional seleciona um ou mais casos que serão julgados, fixando a tese que será seguida nos demais. Já no segundo sistema, o incidente apenas fixará a tese a ser seguida, sem a escolha, tampouco julgamento de qualquer causa. O sistema brasileiro optou pela causa-piloto, cabendo excepcionalmente a hipótese de causa-modelo quando houver a desistência da demanda ou do recurso afetado para julgamento.⁴ Assim, os casos que não forem selecionados para julgamento permanecerão sobrestados aguardando a decisão

3 Neste sentido é o Enunciado no. 345 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “o incidente de resolução de demandas repetitivas e o julgamento de recursos extraordinários e especiais repetitivos formam um microsistema de solução de casos repetitivos, cujas normas de regência se complementam reciprocamente e devem ser interpretadas conjuntamente”.

4 Neste sentido é a doutrina de Cabral (2016); Didier Jr. e Cunha (2018); Câmara (2015), dentre outros. Parte da doutrina, em sentido oposto, defende se tratar do sistema de causa-modelo, de modo que a decisão proferida nos julgamentos repetitivos, especialmente no incidente de resolução de demandas repetitivas, versará apenas sobre as questões objeto do incidente, deixando de julgar as peculiaridades do caso. A tese jurídica, assim, não seria aplicada diretamente no caso, mas sim de forma abstrata para todos aqueles casos pendentes ou futuros, tratando-se, em conclusão,

e fixando a tese jurídica que será aplicada aos demais. Aqui, para que o interessado seja beneficiado ou prejudicado pelo julgamento repetitivo, deverá propor ação individual veiculando pretensão no mesmo sentido da tese fixada.

Há grande crítica doutrinária sobre o incidente levando em conta que o legislador que, ao contrário do que fez, ainda que timidamente, com os recursos repetitivos⁵, foi omissivo quanto a qualquer requisito para escolha da causa-piloto especificamente neste instrumento. A necessária observância dos critérios previstos no procedimento dos recursos repetitivos para o IRDR, à luz de um microsistema de julgamento de casos repetitivos, se dá apenas em âmbito doutrinário, inaplicável na prática forense atual.

A preocupação, no ponto, acentua-se diante da vinculatividade obrigatória da tese jurídica nele firmada, independentemente do resultado, porquanto todos aqueles que são ou venham a ser partes de processo que versem sobre a mesma questão de direito decidida pelo incidente serão atingidos. Ou seja, haverá uma vinculação *pro et contra* sem um efetivo controle acerca da adequação da representatividade no processamento desse incidente. Ademais, a lei concede grande protagonismo às partes no IRDR, tendo eles integralmente trinta minutos para sustentação oral (BRASIL, 2015, arts. 983, 984), além da possibilidade de interposição de recurso contra decisão

de causa-modelo. Em defesa desta posição, v.g. TEMER, 2016; CAMBI; FOGAÇA, 2015; dentre outros.

5 No que tange aos recursos especial e extraordinário repetitivos, determina o CPC/15, que deverão ser afetados os casos “representativos da controvérsia” (BRASIL, 2015), os quais obedecerão ao parâmetro quantitativo, selecionando mais de um caso, e ao parâmetro qualitativo, que consiste na escolha do caso que contenha uma argumentação abrangente. Estes parâmetros depreendem-se da leitura do artigo 1.036, §§ 1º e 5º, do CPC, para o critério quantitativo, e § 6º para o critério qualitativo. Sobre este aspecto, vago do ponto de vista legislativo, a doutrina de Cabral (2016, p. 44, grifo do autor) complementa no sentido de que “a expressão argumentação abrangente é ampla e vaga, podendo ser interpretada no sentido de uma maior quantidade de argumentos que viabilize uma boa discussão sobre o tema, com amplitude do contraditório, pluralidade de ideias e representatividade dos sujeitos do processo originário. Assim, deve ser selecionado um caso que contenha a maior quantidade de argumentos, em que haja a maior qualidade na argumentação, com clareza, logicidade e concisão, e que apresente contra-argumentação também de boa qualidade; não é recomendável, também escolher casos em que houve restrições à cognição ou à instrução, legais ou convencionais”.

desfavorável, em concorrência com o Ministério Público e eventual *amicus curiae* (BRASIL, 2015, arts. 138, § 2º, 996).

Particularmente no caso de instauração a pedido da parte, pode-se pensar que quando o interessado for um litigante habitual essa poderá escolher em qual processo suscitará o julgamento da tese, selecionando, por exemplo, aquele mais bem instruído por ele, ou com uma argumentação mais precária da parte adversa. A inexistência de critérios objetivos para a escolha da causa-piloto no IRDR privilegia a atuação estratégica do litigante habitual (como instituições bancárias ou empresas de telefonia, por exemplo, que apresentam um grande número de demandas judiciais) em detrimento do interesse dos litigantes eventuais. Assim, o litigante habitual não precisa bem litigar em todas as demandas repetitivas, podendo “optar sobre em qual dos processos suscitarão o incidente. Desta maneira, poderão provocar o incidente a partir de um litígio melhor instruído, com articulados mais precisos, bem escritos ou completos etc” (CABRAL, 2016, p. 42).

Marinoni (2016, p. 46-47), grande crítico do IRDR, considera a previsão brasileira inconstitucional, pois violaria os direitos fundamentais de ação e do contraditório, que garantem a qualquer cidadão o direito de participação e influência, sendo ele atingido negativamente por uma decisão judicial da qual não pode participar. O autor, ainda, assevera que

Não há como negar a realidade: no incidente de resolução de demandas repetitivas, julga-se questão de muitos em processos de alguns. Como é óbvio, se no Estado Democrático de Direito a participação é indispensável requisito de legitimação do exercício do poder, não há como imaginar que uma decisão – ato de posituação do poder estatal – possa gerar efeitos em face de pessoas que não tiveram oportunidade de participar ou não foram adequadamente representadas. (MARINONI, 2016, p. 46-47).

Além disso, o autor defende que a decisão proferida em sede de incidente de resolução de demandas repetitivas não formaria uma tese, mas sim coisa julgada sobre a questão repetitiva de direito, mantendo certa relação com o instituto

americano do *collateral estoppel*, que só poderá ser aplicado a terceiros quando garantida a *full and fair opportunity to be heard* (MARINONI, 2016).

Nesse cenário, ganha importância a correta aferição da representatividade adequada das partes dos julgamentos de casos repetitivos, no caso em concreto, para assegurar ao grupo, principalmente àqueles que não participam diretamente na formação da tese, a garantia de defesa de seus interesses de modo satisfatório, a exemplo do que já ocorre no direito alemão e norte americano, como se verá a seguir.

3 O controle da representatividade adequada no direito estrangeiro

Tanto o instituto alemão que inspirou a criação do IRDR (Musterverfahren) quanto as *class actions* americanas, maior referência de tutela coletiva mundial, preveem controles da representatividade do grupo nas demandas de interesse coletivo, considerando, por exemplo, o interesse jurídico do legitimado na demanda, a existência de eventual conflito interno do grupo que representa e a capacidade técnica dos advogados.

No mecanismo alemão, a escolha das partes que figurarão como autor (Musterklager) e réu (Musterbeglagte) é realizada dentre aqueles processos que tramitem perante o juízo de origem, em decisão irrecurável, sem prejuízo da participação dos demais interessados na condição de intervenientes (Beigeladenen). Na seleção, o tribunal levará em conta o valor da pretensão, o objeto do procedimento padrão e o entendimento da maioria dos autores em relação a quem deverá ser o autor-líder do procedimento padrão (MENDES, 2014).

No modelo norte americano, a representação adequada (adequacy of representation) é um dos pressupostos de admissibilidade da class action, nos termos da Rule 23 (a) (4)⁶. O

6 Rule 23 (a) (4): "The representative parties will fairly and adequately protect the interests of the class."

representante do grupo deve estar apto a tutelar os interesses de todos de modo eficaz e adequado. Esse é, sem dúvida, um dos aspectos mais sérios da class action, uma vez que na sua órbita, mesmo não participando do processo, os integrantes da categoria, via de regra, serão diretamente atingidos pelos efeitos decorrentes da coisa julgada (TUCCI, 1990).

Na apreciação do requisito, em relação às partes representativas, são considerados o comprometimento com a causa, a motivação, o interesse em jogo, a disponibilidade de tempo, a capacidade financeira, o conhecimento do litígio, a honestidade, a credibilidade e, com especial relevo, a ausência de conflito de interesse. No que diz respeito ao advogado, são levadas em consideração várias questões, dentre elas a qualificação profissional, a especialização na área, a experiência em ações coletivas e, aqui também, a existência de conflitos de interesse (MENDES, 2014). Nota-se, então, uma grande preocupação no direito estrangeiro quanto ao controle efetivo da representatividade adequada nos casos em que a discussão atinge a coletividade, fazendo ascender tal discussão em terras brasileiras.

4 O controle da representatividade adequada no direito nacional

Entendendo como insatisfatória a presunção de representatividade *ope legis* no IRDR, grande parte da doutrina defende que havendo entre as causas repetitivas uma ação coletiva, esta deve ser escolhida preferencialmente como causa piloto, em detrimento dos casos individuais⁷. Isto porque “é defeso haver desigualdade material entre as partes no incidente, especialmente na perspectiva da representação processual” (DIAS; JOÃO, 2017, p. 185), de maneira que quanto maior a pluralidade e representatividade das partes e de eventuais terceiros, mais

7 Neste sentido também é o Enunciado n.º 615 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “Na escolha dos casos paradigmas, devem ser preferidas, como representativas da controvérsia, demandas coletivas às individuais, observados os requisitos do art. 1.036, especialmente do respectivo § 6º”.

qualificado será o processo. Assim, as demandas coletivas se mostram mais qualificadas em comparação com as individuais, porquanto são movidas por entes públicos ou privados com legitimação extraordinária concedida por lei para atuar como substitutos processuais da coletividade (DIAS, 2016).

No mesmo sentido, defende-se que mais adequado seria conceder a legitimidade para propositura do incidente aos legitimados à tutela coletiva, explicitados no artigo 5º da lei nº. 7.347/1985 e artigo 82 da lei nº. 8.078/1990, em vez da legitimidade hoje vigente⁸. Isto posto que “como esses entes já têm a prerrogativa processual de conduzir processos em que, ao final, a decisão pode ter impacto massivo, a sua presença no incidente atribui ao contraditório maior legitimidade política e social” (DIAS; JOÃO, 2017, p. 185).

Para ações coletivas, há a possibilidade de aferição da representatividade pelo julgador nos casos do artigo 5º, § 4º da lei nº. 7.347/1985 e artigo 82, § 1º da lei nº. 8.078/1990, impondo a verificação da chamada pertinência temática das associações quando do ajuizamento das ações coletivas, que poderia ser aplicado analogicamente aos julgamentos de casos repetitivos, partindo-se da premissa de que são espécie do gênero processo coletivo.⁹ Nota-se, também, que o artigo 138 do CPC impõe a observância da representatividade adequada do amicus

8 Sobre o tema, Marimoni (2015, p. 409) comenta que “a melhor alternativa é tornar presentes no incidente de resolução de demandas repetitivas os legitimados à tutela dos direitos individuais homogêneos – conforme Lei da Ação Civil Pública e Código de Defesa do Consumidor. Na verdade, os legitimados à tutela dos direitos dos grupos nunca deveriam ter sido afastados do incidente de resolução de demandas. Isso porque esse incidente não pode ser pensado como artifício indiferente à participação e ao direito de defesa. [...] Quer dizer que os legitimados à tutela dos direitos dos membros do grupo jamais poderiam ter sido afastados do incidente sob pena não só de inconstitucionalidade por falta de participação dos litigantes individuais, mas também de negação da Lei da Ação Civil Pública e Código de Defesa do Consumidor”.

9 Para Didier Jr. e Zaneti Jr. (2018, p. 31), “o processo é coletivo se a relação jurídica *litigiosa* (a que é objeto do processo) é coletiva. Uma relação jurídica é coletiva se em um de seus termos, como sujeito ativo ou passivo, encontra-se um *grupo* (comunidade, categoria, classe, etc.; designa-se qualquer um deles pelo gênero *grupo*) e, se no outro termos, a relação jurídica litigiosa envolver direito (situação jurídica ativa) ou dever ou estado de sujeição (situações jurídicas passivas) de um determinado grupo. Assim, presentes o grupo e a situação jurídica coletiva, está-se diante de um processo coletivo”. A ação coletiva é conhecida técnica para tutela dos direitos transindividuais, sendo, segundo os autores (2018, p. 34), “a demanda que dá origem a um processo coletivo, pela qual se afirme a existência de uma situação jurídica coletiva ativa ou passiva exigida para a tutela de grupo de pessoas”. Quanto ao julgamento de casos repetitivos, “a repetição da questão em diversos processos faz com que surja o grupo daqueles em cujo processo a questão se repete;

curiae a ser averiguada pelo juiz no caso concreto quando houver relevância da matéria, especificidade temática do objeto da demanda ou repercussão social da controvérsia, a fim de efetivar o contraditório e qualificar a decisão judicial. Por tal motivo, admitindo-se tal representatividade do *amicus curiae*, “mais razão ainda tem-se para exigir tal controle das partes representativas que efetivamente participarão na defesa dos interesses discutidos de forma pulverizada nos processos repetitivos” (CAVALCANTI, 2015, p. 45).

Ademais, em um movimento acadêmico mais vanguardista, defende-se a implementação da utilização de critérios como os existentes na legislação estrangeira para certificar a representatividade da parte nos julgamentos de casos repetitivos pelo órgão judicial. Neste sentido, as propostas de Código de Processo Civil Coletivo hoje existentes trazem alguns destes requisitos que deverão ser observados pelo julgador, no caso em concreto, para o controle da representatividade adequada, como, por exemplo, credibilidade, prestígio, experiência, capacidade financeira e conduta do legitimado em processos anteriores, o que se observa no artigo 20 do projeto da USP¹⁰, no artigo 8º do projeto da UERG/Unesa¹¹, no artigo 2º do Código Modelo Iberoamericano¹² e no artigo 3º do Código Modelo de Antonio Gidi¹³, este último ainda incluindo a adequação para o advogado da parte, como ocorre nas *class actions*.

surge, assim, a situação jurídica coletiva consistente no direito à certificação da questão repetitiva” (DIDIER JR.; ZANETI JR., 2018, p. 101).

- 10 Art. 20: “Legitimação. São legitimados concorrentemente à ação coletiva ativa: I- qualquer pessoa física, para a defesa dos interesses ou direitos difusos, desde que o juiz reconheça sua representatividade adequada, demonstrada por dados como: a- a credibilidade, capacidade e experiência do legitimado; b- seu histórico na proteção judicial e extrajudicial dos interesses ou direitos difusos e coletivos; c- sua conduta em eventuais processos coletivos em que tenha atuado”.
- 11 Art. 8º: “Requisitos específico da ação coletiva. São requisitos específicos da ação coletiva, a serem aferidos em decisão especificamente motivada pelo juiz: I- a adequada representatividade do legitimado; § 1º. Na análise da representatividade adequada o juiz deverá examinar dados como: a) credibilidade, capacidade e experiência do legitimado”.
- 12 Art. 2º: “Requisitos da ação coletiva. São requisitos da demanda coletiva: I- adequada representatividade do legitimado; [...] § 2º. Na análise da representatividade adequada o juiz deverá analisar dados como: a- a credibilidade, capacidade, prestígio e experiência do legitimado; b- seu histórico na proteção judicial e extrajudicial dos interesses ou direitos dos membros do grupo, categoria ou classe; c- sua conduta em outros processos coletivos”.
- 13 Art. 3º: “Requisitos da ação coletiva. 3. A ação somente poderá ser conduzida na forma coletiva se: [...] II- o legitimado coletivo e o advogado do grupo puderem representar adequadamente os direi-

Percebe-se que a preocupação com o controle efetivo da representatividade adequada das partes nos julgamentos de casos repetitivos, especialmente no IRDR, tem ganhado cada vez mais atenção da doutrina, buscando, assim, meios de garantir a efetiva defesa dos interesses dos grupos que serão atingidos pelas teses neles fixadas.

Conclusão

Conclui-se que, diante da vinculatividade das decisões proferidas no IRDR, o direito fundamental ao contraditório e ao devido processo legal serão respeitados apenas se presente a representação adequada do grupo cujos direitos são objeto do incidente. Para tanto, a escolha da causa piloto e das partes no processo afetado é fundamental, tendo em vista o lugar de protagonismo que a lei os concedeu, cabendo, atualmente, à doutrina e à jurisprudência a busca e implementação de critérios e requisitos para a certificação da representação adequada nos julgamentos de casos repetitivos, frente ao silêncio do legislador.

Defende-se, assim, de lege ferenda, a instituição de critérios objetivos para certificação da representatividade adequada, a exemplo do que ocorre nos procedimentos alemão e americano, o que também foi sugerido pelos anteprojatos de Código Brasileiro de Processo Civil Coletivo, bem como a concessão de legitimidade para propositura do incidente pelos legitimados à tutela coletiva, explicitados no artigo 5º da lei nº. 7.347/1985 e artigo 82 da lei nº. 8.078/1990, em detrimento da legitimidade hoje vigente. De lege lata, tal possibilidade pode ser admitida frente à mitigação prevista às associações trazida pelo artigo 5º, § 4º da lei nº. 7.347/1985 e artigo 82, § 1º da lei nº. 8.078/1990, bem como a partir da interpretação do artigo 138 do CPC, o

tos do grupo e de seus membros. 3.1. Na análise da adequação da representação, o juiz analisará em relação ao representante e ao advogado entre outros fatores: 3.1.1. a competência, honestidade, capacidade, prestígio e experiência; 3.1.2. o histórico na proteção judicial dos interesses do grupo; 3.1.3. a conduta e participação no processo coletivo e em outros processos anteriores; 3.1.4. a capacidade financeira para prosseguir na ação coletiva; 3.1.5. o tempo de instituição e o grau de representatividade perante o grupo”.

qual impõe a observância da representatividade adequada do *amicus curiae* pelo juiz no caso concreto.

Referências

BRASIL. Lei nº. 7.347, de 24 de julho de 1985. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio -ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (VETADO) e dá outras providências. **Diário Oficial da União**: Brasília, DF, p. 10649, 25 jul. 1985.

BRASIL. Lei nº. 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispões sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. **Diário Oficial da União**: Brasília, DF, p. 1, 12 set. 1990.

BRASIL. Lei nº. 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**: Brasília, DF, p. 1, 17 mar. 2015.

CABRAL, Antonio do Passo. A escolha da causa-piloto nos incidentes de resolução de processos repetitivos. In: DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da (coord.). **Julgamento de casos repetitivos**. Salvador: Juspodivm, 2016.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **O novo processo civil brasileiro**. São Paulo: Atlas, 2015.

CAMBI, Eduardo; FOGAÇA, Mateus Vargas. Incidente de resolução de demandas repetitivas no novo Código de Processo Civil. **Revista de Processo**, São Paulo, ano 40, v. 243, p. 333-360, maio 2015

CAVALCANTI, Marcos de Araújo. A falta de controle judicial da adequação da representatividade no incidente de demandas repetitivas (IRDR). **Revista Pensamento Jurídico**, São Paulo, v. 7, n. 1, p. 30-47, jul./dez. 2015.

DIAS, Handel Martins. La transformación de los recursos extraordinários em el derecho procesal brasileño. **Revista del instituto**

colombiano de derecho procesal, Bogotá, n. 44, p. 223-249, jul./dez. 2016.

DIAS, Handel Martins; JOÃO, Alexandre Lipp. A tutela de situações jurídicas coletivas no direito brasileiro: uma comparação entre as ações coletivas e o incidente de resolução de demandas repetitivas instituído pelo novo Código de Processo Civil. In: CANOSA, Eduardo Andrés Velandia (org.). **Tendencias contemporáneas del derecho procesal**. Bogotá: Universidad Libre, 2017. p. 173-188.

DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Curso de direito processual civil: o processo civil nos tribunais, recursos, ações de competência originária de tribunal e querela nullitatis, incidentes de competência originária de tribunal**. 15. ed. reform. Salvador: Juspodivm, 2018.

DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. **Curso de direito processual civil: processo coletivo**. 12. ed. Salvador: Juspodivm, 2018. 4 v.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Incidente de resolução de demandas repetitivas: decisão de questão idêntica x precedente**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme. O "problema" do incidente de resolução de demandas repetitivas e dos recursos extraordinário e especial repetitivos. **Revista de Processo**, v. 249, p. 399-419, nov. 2015.

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. **Ações coletivas e meios de resolução de conflitos no direito comparado e nacional**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

TEMER, Sofia. **O incidente de resolução de demandas repetitivas**. Salvador: Juspodivm, 2016.

TUCCI, José Rogério Cruz e. **Class action e mandado de segurança coletivo**. São Paulo: Saraiva, 1990.

AS MEDIDAS ESTRUTURANTES COMO FORMA DE TUTELA EFETIVA DOS DIREITOS SOCIAIS¹

Bárbara Guerra Chala²
Bianca Medran Moreira³

-
- 1 Artigo escrito para o IV Seminário Nacional de Tutelas à Efetivação de Direitos Indisponíveis realizado pela Fundação Escola Superior do Ministério Público (FMP), na linha de pesquisa Tutelas à Efetivação de Direitos Transindividuais, no eixo temático Direitos Fundamentais e Jurisdição.
 - 2 Mestranda em direito na Fundação Escola Superior do Ministério Público (FMP). Especialista em direito de família e graduada pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Assessora de desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (TJRS). Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/0873330528468449>. E-mail: barbaragchala@gmail.com.
 - 3 Mestranda em direito na Fundação Escola Superior do Ministério Público - FMP. Especialista em direito constitucional e graduada pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Advogada. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/6278730574759042>. E-mail: bimedran@gmail.com.

Resumo

O presente estudo tem por escopo analisar a aplicabilidade das medidas estruturantes lançadas no contexto norte-americano à realidade brasileira, considerando os desafios da concretização dos direitos fundamentais sociais. A esse efeito, inicia-se o trabalho abordando brevemente o surgimento dos direitos sociais. Logo após, é apresentada a questão da judicialização dos direitos sociais, em decorrência da ineficiência de sua garantia. Por derradeiro, é exibida a doutrina americana das medidas estruturantes e, ato contínuo, busca-se responder ao questionamento central do trabalho, especificando a possibilidade ou não de aplicação de tais medidas pelo Poder Judiciário brasileiro como forma de tutela dos direitos prestacionais. Para tanto, adotou-se o método de abordagem hipotético-dedutivo e a técnica de pesquisa bibliográfica. Desse modo, observa-se a possibilidade de emprego das medidas estruturantes pelo Poder Judiciário brasileiro, respeitadas algumas condições essenciais, ao efeito de dar efetividade aos direitos sociais.

Palavras-chave: Direitos sociais. Jurisdição constitucional. Medidas estruturantes.

Abstract

The purpose of this study is to analyze the applicability of the structuring measures, launched in the North American context, in the Brazilian reality, considering the challenges of realizing fundamental social rights. To this end, the present work begins briefly addressing the emergence of social rights. Subsequently, the question of its judicialization, due to the inefficiency of its guarantee is presented. Finally, the American doctrine of structural measures is presented and, in the end, it seeks to respond to the main point of the work, specifying the possibility or not of the application of such measures by the Brazilian Judiciary as a way of protecting the rights to benefits. For that, the hypothetical-deductive approach methodology and the bibliographic research technique were adopted. In this way, the possibility of employing structural measures by the Brazilian Judiciary, subject to certain essential conditions, is observed to the effect of giving effectiveness to social rights.

Keywords: Social rights. Judicial review. Structural reform.

Considerações iniciais

Os direitos fundamentais de segunda dimensão, caracterizados por seu caráter positivo, com a atuação ativa do Estado, inegavelmente surgem após a Revolução Industrial, em um contexto marcado por graves problemas sociais decorrentes das desigualdades geradas pelo pensamento liberal e individualista burguês que os antecedeu e havia ensejado a primeira dimensão de direitos.

No âmbito do direito brasileiro, o asseguramento dos direitos fundamentais de segunda geração ainda não se vê concretizado adequadamente nos dias de hoje. Desse modo, mostra-se primordial encontrar novas maneiras e ferramentas de tutela dos direitos sociais, os quais são de suma importância para o desenvolvimento dos indivíduos. Com esse intuito, no presente trabalho, a partir da adoção do método de abordagem hipotético-dedutivo e da aplicação da técnica de pesquisa bibliográfica, abordar-se-á brevemente o surgimento dos direitos sociais. Na sequência, será sucintamente abordada a questão da judicialização dos direitos sociais em decorrência da ineficiência da garantia destes. Logo após, será esclarecida a doutrina americana das medidas estruturantes, objetivando, ao final, verificar a possibilidade, ou não, de aplicação das decisões estruturantes pelo Poder Judiciário brasileiro como forma de tutela dos direitos prestacionais.

1 Surgimento dos direitos sociais

Em meados do século XVII, a classe burguesa, irresignada com as arbitrariedades perpetradas pelo poder público, começou a demandar e realizar certa pressão social pelo reconhecimento de alguns direitos que compreendia como preciosos, ao efeito de promover a proteção desses em face do Estado. Tal circunstância redundou – paulatinamente – no efetivo reconhecimento dos direitos civis e políticos, no fim do século XVIII, os quais vieram a ser denominados de direitos de primeira ge-

ração, estruturando-se a partir deles o conceito de Estado de Direito (ATRIA, 2005, p. 9-10).

Entretanto, cumpre mencionar que a funcionalidade das constituições no contexto de Estado Liberal se limitava ao estabelecimento de processos e competências, bem como de algumas tímidas restrições ao exercício do poder estatal (MELLO, 2004, p. 25). Vigorava, à época, uma espécie de minimalismo constitucional, encontrando-se o direito “sob a égide do legiscentrismo” (MELLO, 2004, p. 30), sendo a lei o núcleo dos ordenamentos jurídicos.

Na sequência histórica, diante dos problemas decorrentes da Revolução Industrial no século XIX e como forma de resposta às desigualdades geradas pelo baixo intervencionismo do Estado Liberal, formou-se o que denominamos de Estado de Bem-estar Social (Welfare State), segundo o qual todo o indivíduo teria direito a um conjunto de bens e serviços fornecidos pelo Estado, seja diretamente ou indiretamente. Houve, então, uma mudança de paradigma na concepção de direitos com o advento dos direitos de segunda geração, dentre eles, os direitos sociais. Com efeito, sintetizando ainda mais a referida trajetória, observa-se, na linha do que foi detalhado por Uequet (2018, p. 91-92), que:

[...] o pensamento liberal-burguês do século XVII, de viés individualista e originado da doutrina iluminista dos séculos XVII e XVIII, que ensejou a primeira dimensão de direitos humanos, de cunho negativo e caracterizada pela não intervenção do Estado na autonomia individual (vida, liberdade, propriedade e igualdade), dá margem, com os graves problemas sociais advindos do impacto da industrialização e ante os movimentos reivindicatórios para seu reconhecimento, à segunda dimensão de direitos humanos, de cunho positivo, caracterizada pela atuação positiva do Estado [...]. (UEQUED, 2018, p. 91-92).

Decorrido o Estado Social, ao longo do século XX, houve uma nova alteração significativa de paradigma, com a formação e evolução dos Estados Constitucionais, o surgimento da jurisdição constitucional, a ascensão do ideal democrático, bem como a promulgação de novas constituições em diversos países

ocidentais. Estas passaram a ser vistas como o centro do sistema jurídico e a assegurar fortemente os direitos humanos em seu conteúdo (BARROSO, 2015, p. 27), a partir da adoção de catálogos de direitos fundamentais.

Com a precitada mudança, a lei, pela primeira vez nos tempos modernos, está sujeita a uma relação de adequação e, portanto, subordinação a um estrato de lei mais elevado estabelecido pela Constituição⁴ (ZAGREBELSKY, 1999, p. 34). Desse modo, a constituição assumiu a centralidade dos ordenamentos jurídicos hodiernos, começando a se mostrar imprescindível nas democracias constitucionais a coexistência da democracia, da jurisdição constitucional e dos direitos fundamentais (MELLO, 2004, p. 20).

Assim, embora os direitos sociais tenham sido agasalhados constitucionalmente ao decorrer da evolução histórica, com o reconhecimento dos direitos de segunda dimensão, e a jurisdição constitucional tenha sido formulada para – no âmbito brasileiro –, dentre demais funções, dar vida à constituição e assegurar a observância às garantias fundamentais, afere-se que direitos sociais não são concretizados e universalizados da forma devida.

2 A precária concretização dos direitos sociais

São considerados direitos fundamentais, na concepção de Sarlet (2006, p. 91),

[...] todas aquelas posições jurídicas concernentes às pessoas, que, do ponto de vista do direito constitucional positivo, foram por seu conteúdo e importância, integradas ao texto da Constituição e, portanto, retiradas da esfera de disponibilidade dos poderes constituídos, bem como as que, por seu conteúdo e significado, possam lhes ser equiparados, agregando-se à constituição material, tendo, ou não, assento na Constituição formal.

4 “La ley, por primera vez en la época moderna, viene sometida a una relación de adecuación, y por tanto de subordinación, a un estrato más alto de derecho establecido por la Constitución” (ZAGREBELSKY, 1999, p. 34)

Na seara dos direitos fundamentais estão os direitos sociais, protegidos no Brasil pelos artigos 6º a 11 da Constituição federal de 1988, inseridos os direitos à educação, à saúde, ao trabalho, à moradia, à segurança, à infância, à assistência aos desamparados, dentre outros de similar importância.

Embora seja inegável a proteção constitucional dos direitos sociais e sequer existam controvérsias acerca da essencialidade destes para a promoção do livre e completo desenvolvimento da personalidade do indivíduo, estando completamente relacionados com a garantia da dignidade da pessoa humana que, no caso brasileiro, constitui até mesmo fundamento da República, mostra-se inegável a precária concretização dos direitos sociais pelos poderes competentes para tanto. Tal circunstância é evidenciada pelo significativo aumento da judicialização dos direitos sociais, notadamente de questões atinentes ao direito fundamental à saúde, como, por exemplo, a incessante busca dos indivíduos por medicamentos, leitos em hospitais e tratamentos médicos especializados.

A propósito, em recente pesquisa publicada pelo Conselho Nacional de Justiça e realizada pelo Instituto de Ensino e Pesquisa denominada Judicialização da Saúde no Brasil: Perfil das Demandas, Causas e Propostas de Solução (2019, p. 46), foi verificado um aumento de 130% no número de litígios envolvendo o direito à saúde no âmbito da primeira instância de jurisdição brasileira, de 2008 a 2017, circunstância que denota a evidente ineficiência do Estado na efetivação do direito à saúde.

Por conseguinte, este crescimento indica que as reiteradas condenações sofridas pelo Estado não têm influenciado a formulação das políticas públicas alheias aos provimentos jurisdicionais condenatórios (FACHIN; SCHINEMANN, 2018, p. 213), os quais, muitas vezes, são pouco criteriosos e não levam em conta o impacto geral causado pelas concessões individuais. Neste contexto, surgem propostas diversas para a resolução do problema de efetivação dos direitos sociais, como é o caso da proposta americana das medidas estruturantes (structural reform).

3 Medidas estruturantes e a aplicabilidade destas ao contexto brasileiro

Formulada nos Estados Unidos a partir da década de 1960, especialmente por Owen Fiss e Abram Chayes, a doutrina denominada de *structural reform*, traduzida para o português como medidas estruturantes, consiste – em linhas gerais – em uma nova forma de adjudicação na qual os valores constitucionais são preenchidos por juízes que, imbuídos da consciência sobre a estrutura burocratizada do Estado, apontam soluções para a efetividade da decisão judicial (JOBIM, 2013a, p. 462). Nas palavras de Fachin e Schinemann (2018, p. 214),

São estruturantes as decisões judiciais nas quais, a partir de um litígio que transcende o interesse individual e privado e, portanto, é de interesse público, se busca a reestruturação de determinada organização social ou política pública, com o objetivo de concretizar direitos fundamentais ou interesses socialmente relevantes. (FACHIN; SCHINEMANN, 2018, p. 214).

Os autores (2018, p. 218) asseveram, ainda, que as decisões estruturantes “consubstanciam uma série de parâmetros processuais que devem conformar a atuação jurisdicional na tutela de direitos prestacionais, conformando-as a um processo necessariamente coletivo”. Com efeito, as medidas estruturais nada mais são do que técnicas utilizadas pelos representantes do Poder Judiciário para ultrapassar as barreiras burocráticas e concretizar os direitos fundamentais assegurados na constituição de um determinado país por meio do ingresso em searas que tradicionalmente não possuem competência, consolidando políticas públicas.

Nos Estados Unidos, berço da doutrina, o caso emblemático que caracteriza a implementação da adjudicação estruturante foi aquele que determinou o fim da segregação racial nas escolas americanas: *Brown vs. Board of Education of Topeka* (UNITED STATES OF AMERICA, 1954). Isso porque a efetivação da decisão desafiou a reforma basilar do sistema educacional em uma

comunidade política que, em grande parte, não via com bons olhos a mudança⁵.

Neste caso, o Sr. Oliver Brown, no ano de 1951, tentou efetuar a matrícula de sua filha, Linda Brown, em uma escola próxima à residência deles, na cidade de Topeka, no estado do Kansas. Entretanto, o postulante teve o pedido negado, porquanto Linda era uma criança negra e a instituição de ensino em questão aceitava apenas alunos de cor branca.

Impende consignar que, na época em questão, o segregacionismo era vigente nos Estados Unidos, em maior ou menor grau em cada região e era chancelado legalmente, notadamente a partir do julgamento de *Plessy vs. Ferguson* (UNITED STATES OF AMERICA, 1896). Nesse contexto, o Sr. Oliver Brown, inconformado com a rejeição do seu pleito, ajuizou ação contra a Secretaria de Educação (Board of Education) da cidade, ao efeito de possibilitar o ingresso de sua filha na escola em questão. O litígio chegou à Suprema Corte americana em 1954, conjuntamente a mais outros casos nos quais também se discutia a constitucionalidade de segregação em escolas, para que fosse decidido se a segregação em instituições de ensino públicas, baseada em critérios raciais, violava a cláusula de proteção igualitária da 14ª Emenda da Constituição dos Estados Unidos.

O caso foi julgado improcedente em primeira e segunda instâncias, sob o argumento de que a segregação não constituía violação ao conteúdo da 14ª emenda, bem como de que as crianças negras contavam com escolas à sua disposição, sendo-lhes garantido o direito à educação, embora apenas em instituições educacionais em que alunos negros eram admitidos.

A propósito, posteriormente, a Suprema Corte, sob a presidência de Warren, por unanimidade, entendeu que a divisão escolar por intermédio de critérios étnico-raciais era inconstitucional. Entretanto, a implementação da ordem antissegregacionista emanada pela Corte encontrou resistência social, circunstância que gerou, no ano seguinte, o retorno da questão

5 Embora a primeira decisão neste caso tenha sido proferida em 1954, no ano seguinte o caso voltou à Suprema Corte para que fossem discutidos os mecanismos de implementação da decisão anterior (UNITED STATES OF AMERICA, 1955).

à Suprema Corte com o fito de que fosse encontrada alguma forma de concretização da decisão.

Na decisão de 1955, do que se convencionou chamar de caso *Brown II*, a Corte Constitucional americana comprometeu-se com a promoção da igualdade social e buscou efetivar uma reconstrução da realidade social a partir da superação da resistência social e da reestruturação da sociedade em tal ótica. Após o referido caso, dentre outros em que a Corte Constitucional norte-americana lançou mão de decisões estruturantes, formou-se a doutrina americana das medidas estruturantes e, logo após, tribunais no âmbito da América Latina começaram a adotar a mencionada prática.

A doutrina, entretanto, aponta que a jurisdição constitucional latino-americana, em geral, tem atuado estruturalmente de forma diversa, especialmente no âmbito dos direitos sociais e econômicos, ao efeito de concretizar as promessas constitucionais, tendo como expoentes as Cortes Constitucionais Colombiana e a Sul-africana. Como bem pontuam Fachin e Schinemann (2018, p. 226), “os provimentos de natureza estruturante, a partir de sua recepção pelos constitucionalismos emergentes, são identificados como modo de combate à omissão estatal na proteção e promoção dos direitos assegurados por estas Constituições”.

No contexto brasileiro, o professor Marco Félix Jobim (2013b, p. 107-108) defende a viabilidade de aplicação da mencionada doutrina pelo Supremo Tribunal Federal, argumentando que a Corte é legitimada democraticamente para proferir sentenças normativas e regular uma nova realidade para a sociedade brasileira. Nessa conjuntura, o estudioso formulou doze motivos pelos quais considera o Supremo Tribunal Federal um ambiente democrático em que podem ser propostas medidas estruturantes, são eles:

- (i) O limite da sentença normativa está adstrito ao sentido normativo do texto da Constituição da República Federativa do Brasil;
- (ii) o Poder Judiciário somente poderá proferir sentenças normativas na omissão ou comissão dos demais poderes;

- (iii) somente poderá ser ministro do Supremo Tribunal Federal um cidadão nato;
- (iv) a sabatina pelo Senado é uma via indireta da democracia representativa;
- (v) a nomeação pelo Executivo também é uma via indireta da democracia representativa;
- (vi) existe a possibilidade de impeachment dos ministros do Supremo Tribunal Federal pelos membros do Poder Legislativo;
- (vii) a democracia participativa está assentada no processo com a possibilidade de *amicus curiae*;
- (viii) as audiências públicas são outra forma de democracia participativa no processo;
- (ix) existe legitimação processual nos controles difuso e abstrato que abarcam o Executivo, o Legislativo e o cidadão;
- (x) existe a possibilidade de nova lei pelo Poder Legislativo após o julgamento do Supremo Tribunal Federal;
- (xi) a motivação e a publicidade das decisões são outra forma de controle democrático; e
- (xii) há o controle externo do Poder Judiciário pelo Conselho Nacional de Justiça. (JOBIM, 2013b, p. 112).

Fachin e Schinemann (2018, p. 227), por sua vez, coadunam com a possibilidade de aplicação de medidas estruturantes pelo Poder Judiciário, inclusive de forma mais ampla. Os autores asseveram que a aplicação de decisões estruturais pela jurisdição constitucional brasileira deve ser circundada pelos princípios gerais da proporcionalidade e subsidiariedade que, no ponto, se deve ao fato de tais decisões constituírem uma exceção ao regime de separação dos poderes, podendo ser aplicadas quando houver reiterada falha dos poderes competentes.

Sustentam, outrossim, que “no âmbito dos processos estruturantes, as medidas de implementação da decisão podem ser classificadas em dois grandes grupos: as medidas dialógicas e as medidas coercitivas” (FACHIN; SCHINEMANN, 2018, p. 234). As medidas dialógicas são aquelas em que as entidades públicas condenadas na decisão são convocadas para, ativamente, fazer parte da própria aplicação e devem ser preferenciais em detrimento das medidas coercitivas, as quais consistem na efetivação da tutela satisfativa, assumindo especial relevância, por exemplo, o bloqueio de verbas públicas em prol da coletividade.

Cumprir destacar, ainda, que as críticas existentes quanto ao déficit democrático do Poder Judiciário, notadamente do Supremo Tribunal Federal, são tangenciadas pela institucionalização do instituto do *amicus curiae* e pela possibilidade de realização de audiências públicas, as quais têm o condão de tornar o processo mais democrático. Sendo assim, tais instrumentos fomentam a participação da sociedade no âmbito da jurisdição constitucional.

Ademais, não se desconhece a necessidade de reformulação de alguns institutos básicos do direito processual brasileiro para permitir o efetivo e adequado desenvolvimento dos processos estruturais, como é o caso do pedido que, no âmbito destes processos, poderá ser mais genérico e indeterminado e da estabilidade objetiva da demanda, a qual não deverá se concretizar até o momento da sentença, de forma a possibilitar a efetiva resolução dos complexos problemas solucionados na seara dessas demandas e a evitar a proliferação de diversas ações decorrentes de um mesmo problema central.

Nesse contexto, mostra-se viável a aplicação de medidas estruturantes pela jurisdição constitucional brasileira, não se desconhecendo que o Poder Judiciário sequer seria a seara mais adequada de discussão acerca da efetivação dos direitos sociais. No entanto, em face da ineficiência dos poderes competentes, o Poder Judiciário, que possui centralidade no constitucionalismo contemporâneo, surge como figura de possível resolução da concretização dos direitos sociais.

Considerações finais

As medidas estruturantes consistem em técnicas utilizadas pelos representantes do Poder Judiciário para ultrapassar barreiras burocráticas e concretizar os direitos fundamentais assegurados na Constituição por meio do ingresso em searas que tradicionalmente não possui competência.

No contexto latino-americano, no qual está inserido o âmbito brasileiro, a tutela jurisdicional de direitos prestacionais

inevitavelmente decorre de uma falha do Estado na concretização destes direitos por mecanismos de política competentes para tanto. Destarte, a adoção das medidas estruturantes surge como forma de proteção e promoção dos direitos sociais, a qual deve ocorrer de forma subsidiária e proporcional.

Observa-se, à vista do exposto, a possibilidade de aplicação das medidas estruturantes no Brasil, não se desconhecendo, obviamente, a imprescindibilidade de um amplo debate acerca da temática ao efeito de adequar as medidas estruturais à nossa realidade e evitar a ocorrência de excessos. Entretanto, afigura-se como medida viável para consolidar os direitos fundamentais sociais que, atualmente, são negligenciados pelos Poderes Legislativo e Executivo.

Referências

ATRIA, Fernando. Existem Direitos Sociais? In: MELLO, Cláudio Ari (coord.). **Os desafios dos direitos sociais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 5, n. especial, p. 23-50, 2015.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Judicialização da saúde no Brasil**: perfil das Demandas, Causas e Propostas de Solução. Brasília, DF: Instituto de Ensino e Pesquisa, 2019. Disponível em: <https://static.poder360.com.br/2019/03/relatorio-judicializacao-saude-Insper-CNJ.pdf>. Acesso em: 28 set. 2019.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 5 out. 1988.

FACHIN, Melina Girardi; SCHINEMANN, Caio Cesar Bueno. Decisões estruturantes na jurisdição constitucional brasileira: critérios processuais da tutela jurisdicional de direitos prestacionais. **Revista Estudos Institucionais**, v. 4, n. 1, 2018. Disponível em: <https://>

www.estudosinstitucionais.com/REI/article/view/247. Acesso em: 10 jun. 2019.

JOBIM, Marco Félix. *Brown v. Board of Education – A origem das medidas estruturantes*. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais**, Belo Horizonte, v. 7, n. 26, maio/ago. 2013a.

JOBIM, Marco Félix. **Medidas estruturantes**: da Suprema Corte estadunidense ao Supremo Tribunal Federal. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013b.

MELLO, Cláudio Ari. **Democracia constitucional e direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

UEQUED, Andrea da Silva. **Decisão jurídica e direitos sociais**: possibilidades e limites de intervenção judicial democrática na concretização do direito à educação infantil. 243f. 2018. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Fundação Escola Superior do Ministério Público, Porto Alegre, 2018.

UNITED STATES OF AMERICA. Supreme Court. **Brown vs. Board of Education of Topeka**, 347 U.S. 483. 1954.

UNITED STATES OF AMERICA. Supreme Court. **Brown vs. Board of Education of Topeka**. 349 U.S. 294. 1955.

UNITED STATES OF AMERICA. Supreme Court. **Plessy v. Ferguson**, 163 U.S. 537. 1896.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil**. Madri: Trotta, 1999.

O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO: UMA ANÁLISE ACERCA DA RECEPÇÃO E UTILIZAÇÃO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL ¹

Eduarda Schilling Lanfredi²

-
- 1 Artigo escrito para o IV Seminário Nacional de Tutelas à Efetivação de Direitos Indisponíveis realizado pela Fundação Escola Superior do Ministério Público (FMP), na linha de pesquisa Tutelas à Efetivação de Direitos Transindividuais, no eixo temático Direitos Fundamentais e Jurisdição.
 - 2 Advogada, especialista em direito de família e sucessões pela Fundação Escola Superior do Ministério Público (FMP), mestranda em direito pela FMP. E-mail: eslanfredi@hotmail.com

Resumo

Considerando a importância do princípio da proporcionalidade para o constitucionalismo global, o presente artigo tem como propósito analisar a origem e as atribuições deste instituto, bem como os reflexos ocasionados no ordenamento jurídico brasileiro devido à utilização daquele pelo Supremo Tribunal Federal. Para tanto, inicia-se o trabalho abordando o surgimento deste princípio. Em seguida, são apresentados os requisitos necessários para a aplicação da proporcionalidade como instrumento para dirimir conflitos entre direitos fundamentais, bem como críticas existentes acerca da própria utilização. Por fim, verifica-se a forma como fora empregada pelo sistema jurídico brasileiro, a partir das decisões emanadas pela Suprema Corte. Para tal, adotou-se o método dedutivo e a técnica de análise jurisprudencial e pesquisa bibliográfica. Desta forma, observou-se que a proporcionalidade, embora recepcionada das mais variadas formas, ante as peculiaridades apresentadas por cada ordenamento, convalida os direitos fundamentais e o próprio Estado Democrático de Direito.

Palavras-chave: Princípio da proporcionalidade. Função. Ordenamento jurídico brasileiro. Supremo Tribunal Federal.

Abstract

Considering the importance of the principle of proportionality for global constitutionalism, the purpose of this article is to analyze the origin and attributions of this institute, as well as the reflexes caused in the Brazilian legal system, through its use by the Federal Supreme Court. To this end, the work begins by addressing the emergence of this principle. Next, the necessary requirements for the application of proportionality as an instrument to resolve conflicts between fundamental rights are presented, as well as the existing criticisms about their use. Finally, the way it was used by the Brazilian legal system was verified, based on the decisions issued by the Supreme Court. Therefore, the deductive method and the technique of jurisprudential analysis and bibliographic research were adopted. Thus, it was observed that proportionality, although received in the most varied ways, in view of the peculiarities presented by each order, validates the fundamental rights and the Democratic Rule of Law itself.

Keywords: Principle of proportionality. Function. Brazilian legal order. Federal Court of Justice.

Considerações iniciais

A proporcionalidade é de um dos reflexos mais expressivos ocasionados pela ressignificação do papel estatal e pelo advento do Estado Democrático de Direito. Isso porque, o ente hierárquico, ao deixar de priorizar a soberania de interesses econômico-financeiros e passar a perceber o indivíduo como sujeito de direito, abdicou a atuação desmedida e arbitrária e começou a intervir apenas em casos específicos e necessários.

Dessa forma, como o propósito do Estado transmutou-se para a tutela e preservação dos direitos fundamentais do homem, necessário que, havendo a colisão entre dois ou mais preceitos, o litígio fosse sanado de modo adequado, sem que qualquer garantia fosse violada de modo injustificado e desarrazoado. Assim, surgiu o princípio da proporcionalidade, um instrumento que limita a atuação do Estado ao mesmo tempo que resguarda os preceitos fundamentais do sujeito. Ocorre que, ainda que venha sendo empregado por mais diversos ordenamentos constitucionais vigentes, ante as atribuições estatais, é importante analisar se foi adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro e, em caso positivo, a forma como que vem sendo utilizado desde então.

Desta forma, no presente artigo, com o uso do método dedutivo e da técnica de análise jurisprudencial e pesquisa bibliográfica, realizar-se-á, inicialmente, uma abordagem da origem do princípio da proporcionalidade, relacionando-o à alteração do agir estatal, ao reconhecimento dos direitos fundamentais e à importância deste. Logo em seguida, demonstrar-se-ão os requisitos necessários para a aplicação do instituto como meio adequado e necessário para sanar colisão de preceitos fundamentais, bem como as objeções formuladas a respeito da utilização daquele ante a verificação de determinadas incertezas e inconsistências. Ao final, verificar-se-á, por meio da análise de julgamentos proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, se a proporcionalidade fora empregada pelo sistema jurídico brasileiro, como foi a forma pela qual foi recepcionada e vem sendo adotada e se vem cumprindo com a finalidade para a qual fora instituída.

1 A origem e as atribuições do princípio da proporcionalidade

A proporcionalidade é o instrumento utilizado pelos mais diversos ordenamentos jurídicos vigentes, a fim de dirimir conflitos existentes entre preceitos fundamentais. Originou-se no ordenamento alemão, ao longo do século XIX, em razão das evoluções históricas e sociais que aconteceram a partir de século XVIII, quando o Estado, até então autoritário e soberano, passou a reconhecer a importância do sistema legal e das garantias que ele mesmo propiciava (COHEN-ELIYA; PORAT, 2013, p. 24-25).

Desta maneira, a atuação estatal, que até aquele instante era considerada válida, ainda que não encontrasse respaldo ou fundamento legal, passou a depender da autorização legal. Ou seja, com a introdução e constatação da necessidade da codificação, o Estado passou a tutelar o bem-estar social ao mesmo tempo que a sua intervenção fora restrita a medidas essencialmente necessárias para alcançar tal finalidade (COHEN-ELIYA; PORAT, 2013, p. 25). Assim, a proporcionalidade surgiu como contraponto entre a atividade estatal e as liberdades individuais, buscando fundamentar a legitimidade das intervenções do ente governamental em princípios que possam conciliar a autonomia privada e o bem público (SWEET, MATHEWS, 2008, p. 104-105).

Embora tal preceito tenha despontado no direito alemão, nas cortes administrativas e, posteriormente, judiciais, em face da marcante influência desse e da propagação do constitucionalismo global, difundiu-se para inúmeros ordenamentos, sendo, inclusive, elevado, pela Convenção Europeia dos Direitos do Homem e a Corte Europeia dos Direitos do Homem, à categoria de princípio geral do direito (FIGUEIREDO, 2005, p. 180). Ocorre que, para que cumpra corretamente com o propósito para qual fora instituído, é necessário observar três critérios, no caso, atentar à adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

A adequação se refere à relação existente entre meio e fim; é necessário que o método empregado consiga alcançar o objetivo pretendido. Desse modo, para que a restrição do direito colidido

seja legítima, é imprescindível que se verifique se o instrumento utilizado para minorar aquele preceito é apto, idôneo e útil para atingir o resultado desejado (FREITAS, 2007, p. 208).

Já a necessidade trata-se da impossibilidade de adoção de meios gravosos, ou seja, o meio utilizado deve ser o único existente para aquela finalidade, uma vez que, constatada a existência de recursos menos danosos do que o empregado, a medida será considerada totalmente desproporcional e desarrazoada (FREITAS, 2007, p. 209-210). O direito colidido, portanto, deverá ser contido, de modo eficaz, mas da maneira menos onerosa possível, sob pena da ação conduzida pelo agente hierárquico ser passível de questionamento ou até mesmo revogação.

Por fim, a proporcionalidade, em sentido estrito, refere-se ao sopesamento propriamente dito dos direitos analisados no caso em tela. Trata-se da verificação dos direitos como mandamentos de otimização, sustentados por Alexy, segundo a qual o dano ou a restrição do preceito devem ser evitados e, considerando a importância dos mesmos, quanto maior for a minoração, maior deverá ser a satisfação do direito garantido (STEINMETZ, 2001, p. 152-153).

Desta forma, ao observar os requisitos mencionados, quando da aplicação e verificação da proporcionalidade, esta se perfectibilizará em razão da utilização de todos os instrumentos aptos para que ocorra o afastamento de dano excessivo ao sujeito de direito e a confirmação de que inexistia outra solução para o conflito estudado além da decisão tomada. Ocorre que, embora se trate de instrumento utilizado, defendido e propagado pelo direito constitucional contemporâneo, acaba sendo alvo de determinadas objeções, em face da impossibilidade de ser considerado um teste ou método universal e neutro. Isso se dá porque a mensuração de direitos hierarquicamente semelhantes ou equânimes é praticamente impossível em face das peculiaridades verificadas em cada caso (CUEVAS, 2012, p. 470-471).

Outrossim, para determinados autores, como Schlink (2012, p. 299), ainda que a testagem referida seja utilizada, a análise acerca de qual preceito prevalecerá no caso em tela acaba, por muitas vezes, se dando de modo subjetivo, sem que o julgador utilize um método objetivo ou preciso para tanto. Além

disso, o meio utilizado para restringir o direito é tido como adequado e menos oneroso apenas com base em suposições, sem que testagem empírica ou conhecimento técnico tenham sido empregados para auferirem tal resultado; inexistindo, portanto, certeza se o meio trata-se, efetivamente, daquele que ocasionará menos danos e trará mais benefícios.

De qualquer forma, mesmo que a proporcionalidade não se refira a método unânime e seja alvo de determinadas objeções, acaba sendo adotada de modo preponderante, em virtude da inviabilização da intervenção estatal desmedida e da segurança de que o preceito apenas será reduzido quando estritamente necessário. Acontece que acabou sendo recepcionada das mais variadas formas pelos sistemas jurídicos em vigor, até mesmo em função de aspectos pregressos destes ordenamentos. No caso, como se relaciona ao sistema de valores que se encontra pautado em elementos culturais e sociais que resumem e dão sentido à vida estatal contida na Constituição, essas particularidades acabam sendo examinadas e surtindo efeitos quando da sua internalização (LEIVAS, 2006, p. 45).

Nesse contexto, considerando tais fatos e a verificada importância da proporcionalidade, ante a origem e as atribuições desta, cumpre analisar se aquela restou sendo empregada pelo ordenamento jurídico brasileiro e, em caso positivo, a forma como vem sendo adotada pela Corte Suprema.

2 A recepção e a utilização do princípio da proporcionalidade pelo ordenamento jurídico brasileiro

A proporcionalidade, conforme mencionado, emergiu no sistema constitucional global em razão da resignificação do papel do Estado e da necessidade de limitar a atuação do ente hierárquico ao mesmo tempo que os direitos fundamentais do homem fossem efetivamente resguardados. No Brasil, tal instituto acabou sendo adotado pelo ordenamento jurídico, em face

da constatação de que a análise e valoração dos elementos do caso concreto, quando da colisão entre dois ou mais preceitos, possibilitam a solução mais adequada e perfectibilizam a proteção das garantias fundamentais (BARROSO, 2015, p. 32).

Apesar de já estar sendo empregado, com o advento da Constituição federal de 1988, o princípio começou a ser utilizado pelo Supremo Tribunal Federal de modo mais contínuo, uma vez que a referida Carta Magna passou a tutelar de forma mais direta os princípios e mandamentos assegurados aos indivíduos e regular, por consequência, a atuação do próprio Poder Judiciário (BARROSO, 2015, p. 27-28). Assim, este começou a ter uma nova percepção sobre os direitos fundamentais e uma interpretação que terminou por fazer uso da proporcionalidade para evitar uma violação arbitrária e justificá-la quando necessária (BARROSO, 2015, p. 27-28).

Contudo, diante do histórico sociocultural brasileiro e das necessidades percebidas ao longo do tempo, a proporcionalidade acabou sendo aplicada de uma forma mais simplificada, já que foi incorporada de modo mais recente comparativamente aos países europeus, além de não fazer uso do teste já mencionado. Na verdade, a utilização do instituto acaba se assemelhando à maneira como os Estados Unidos fazem uso da proporcionalidade; como um balanceamento, uma ponderação. Aqui no Brasil, diferentemente da proporcionalidade, não há colisão de direitos fundamentais propriamente ditos, mas a interpretação e valoração destes, de acordo com as peculiaridades e os interesses do caso em tela (MORAIS, 2018, p. 104).

Dessa forma, ao contrário da proporcionalidade, segundo a qual a intervenção estatal deve ser devidamente justificada e proporcional, entende que, em determinados casos, os direitos fundamentais não necessitam da ampla tutela jurisdicional e podem ser minorados em face do interesse público. Assim, como o ordenamento jurídico brasileiro já possuía um respaldo constitucional e reconhecia certos preceitos aos indivíduos, o instituto aqui debatido foi adotado de modo mais semelhante ao descrito anteriormente do que a noção explícita e original da proporcionalidade propriamente dita.

Um dos primeiros casos emblemáticos no qual a proporcionalidade fora utilizada pelo ordenamento jurídico brasileiro foi em 1951, quando o Supremo Tribunal Federal, ao julgar o Recurso Extraordinário (RE) nº. 18.331, autorizou o município de Santos a aumentar o imposto de licença incidente à época sobre as cabines de banho. Muito embora a decisão não tenha feito menção aos critérios e às etapas do teste de proporcionalidade, verificou que o objetivo pretendido era demasiadamente oneroso para a parte e ceifava as garantias que lhe eram inerentes, uma vez que, naquela situação, o direito de liberdade de transação e à propriedade prevaleciam sobre o propósito almejado, constituindo, inclusive, abuso de poder. No entanto, como o cerne da demanda referia-se à relação interpessoal, o que fora acordado deveria preponderar, já que não havia incidência de ação estatal no direito reclamado. Deste modo, constata-se que a proporcionalidade já vem sendo utilizada em nosso sistema constitucional, ante a verificação da sua importância no auxílio da tomada de decisão, permanecendo em vigor desde então.

No caso de Siegfried Ellwanger (BRASIL, 2004a), também elencado por Fausto Santos de Moraes, o instrumento pode ser facilmente identificado. Isso porque, se trata de habeas corpus impetrado contra a decisão que condenou o indivíduo, em razão da publicação e distribuição de obras literárias com cunho racista e discriminatório que tinham como propósito incitar a violência e discriminação contra a população de origem judaica. A parte impetrante alegou que não poderia ser condenada, eis que a conduta praticada se encontrava amparada pelo princípio da liberdade de expressão. Contudo, o Supremo Tribunal Federal entendeu que o princípio da dignidade da pessoa humana deveria prevalecer, uma vez que, além dos direitos não serem absolutos, podendo ser passíveis de relativização, o ato violava substancialmente o direito de existência da parte atacada.

Além do mais, no caso, a liberdade de expressão não pode ser utilizada sem observar ou respeitar quaisquer limites éticos e morais; é necessário que seja exercido de modo compatível com o desenvolvimento e a manutenção do bem-estar social. O indivíduo não pode ser constrangido, violado ou prejudicado

pelas escolhas existenciais realizadas. Assim, a decisão tomada pela Suprema Corte, ainda que de modo intrínseco, fez uso das etapas do teste anteriormente mencionadas. Posto que a condenação se trata do meio adequado para alcançar o fim pretendido (bem-estar e resguardo da sociedade plural e tolerante), a medida adotada se refere ao meio menos danoso, já que a sentença condenatória encontra previsão legal e a proporcionalidade em sentido restrito respalda-se na limitação da liberdade de expressão em favorecimento da dignidade da pessoa humana e dos valores necessários à preservação da coletividade (MORAIS, 2018, p. 129).

Ademais, pode-se trazer como exemplo da utilização da proporcionalidade a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n.º 54/DF³, a qual tratou da inconstitucionalidade da interpretação que imputava as sanções previstas nos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal para a interrupção da gravidez quando constatada a existência de feto anencéfalo. No caso em comento, o Supremo Tribunal Federal entendeu que não haveria como responsabilizar, reprimir ou condenar a mulher pela prática do ato nestes casos, em razão de que os preceitos que lhe foram outorgados são superiores e possuem primazia em relação aos concedidos ao feto.

Dessa forma, constata-se que o princípio da proporcionalidade vem sendo empregado gradualmente no ordenamento jurídico brasileiro, no qual, embora não seja feita menção ou ocorra a utilização direta dos requisitos da testagem, a adequação, a necessidade e a proporcionalidade são analisadas de modo intrínseco. Isto é, quando verificada a efetiva necessidade da limitação de determinado preceito fundamental, as peculiaridades do caso concreto são observadas e, partindo dessa premissa, sendo averiguada qual restrição será menos danosa e trará um grau de satisfação maior.

3 ESTADO – LAICIDADE. O Brasil é uma república laica, surgindo absolutamente neutro quanto às religiões. Considerações. FETO ANENCÉFALO – INTERRUÇÃO DA GRAVIDEZ – MULHER – LIBERDADE SEXUAL E REPRODUTIVA – SAÚDE – DIGNIDADE – AUTODETERMINAÇÃO – DIREITOS FUNDAMENTAIS – CRIME – INEXISTÊNCIA. Mostra-se inconstitucional interpretação de a interrupção da gravidez de feto anencéfalo ser conduta tipificada nos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal (BRASIL, 2012).

Logo, depreende-se que a proporcionalidade, embora recepcionada das mais variadas formas pelos ordenamentos vigentes, ante as especificidades históricas e sociais apresentadas por cada localidade, convalida, tanto no âmbito da ordem global quanto no interna, os direitos fundamentais e o próprio Estado Democrático de Direito, uma vez que limita o agir estatal e possibilita a garantia da liberdade do sujeito.

Considerações finais

A proporcionalidade se trata de um dos marcos da transformação do papel Estatal, desempenhando função importante na constituição do Estado Democrático de Direito. Isso porque, aquela atua de forma a controlar a intervenção estatal e assegurar direitos fundamentais aos indivíduos, fazendo com que estes usufruam e exerçam com liberalidade as garantias que lhe são inerentes.

Ainda que seja alvo de crítica, em face da impossibilidade de ser adotada como um critério universal, uma vez que não se trata do único instrumento apto para dirimir conflitos, tem apresentado expressiva relevância no ordenamento global, já que possibilita, por meio da análise do caso em conformidade com a adequação, a necessidade e a proporcionalidade no sentido estrito, que a restrição do direito ocorra apenas quando ausente outro instrumento efetivo para tanto e o meio empregado seja o menos gravoso possível.

No Brasil, o instituto vem sendo adotado de forma gradual e, muito embora não faça uso do teste da proporcionalidade de forma explícita por se assemelhar mais ao balanceamento propriamente dito, corrobora com a perpetuação dos direitos fundamentais e com a manutenção e desenvolvimento do bem-estar social. Dessa forma, pode ser entendido como o instrumento necessário para a garantia do Estado de Direito, possibilitando que as decisões se assemelhem aos anseios sociais e que os direitos inerentes aos indivíduos permaneçam sendo cumpridos, tutelados e observados pelo sistema como um todo.

Referências bibliográficas

ALLAN, Trevor Robert Seaward. Democracy, legality, and proportionality. In: HUSCROFT, Grant; MILLER, Bradley W.; WEBBER, Grégoire (ed.). **Proportionality and the rule of law: rights, justification, reasoning**. Cambridge: Cambridge University Press, 2014.

BARROSO, Luís Roberto. A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, DF, v. 5, n. Especial, 2015. Disponível em: <https://luisrobertobarroso.com.br/publicacoes/>. Acesso em: 15 jul. 2019.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 5 out. 1988.

BRASIL. Decreto-Lei nº. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. **Diário Oficial da União**: Rio de Janeiro, p. 2391, 31 dez. 1940.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº. 82424/RS. Tribunal Pleno. Relator: Ministro Moreira Alves. Julgamento em: 17 set. 2003. **Diário da Justiça Eletrônico**: Brasília, DF, 19 mar. 2004a.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº. 54/DF. Tribunal Pleno. Relator: Min. Marco Aurélio. Julgamento em: 12 abr. 2012. **Diário da Justiça Eletrônico**: Brasília, DF, 5 out. 2004b.

CUEVAS, Ignacio Covarrubias. La desproporción del teste de proporcionalidad: aspectos problemáticos en su formulación y aplicación. **Revista Chilena de Derecho**, v. 39, n. 2, p. 447-480, ago. 2012. Disponível em: https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-34372012000200009. Acesso em: 9 jul. 2019.

COHEN-ELIYA, Moshe; PORAT, Iddo. **Proportionality and constitutional culture**. New York: Cambridge University Press, 2013.

FIGUEIREDO, Sylvia Marlene de Castro. **A interpretação constitucional e o princípio da proporcionalidade**. São Paulo: RCS Editora, 2005.

FREITAS, Luiz Fernando Calil de. **Direitos fundamentais: limites e restrições**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. **Teoria dos direitos fundamentais sociais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

MORAIS, Fausto Santos de. **Ponderação e arbitrariedade: a inadequada recepção de Alexy pelo STF**. 2. ed. rev. e atual. Salvador: Juspodivm, 2018.

SCHLINK, Bernarhd. Proportionality in constitutional law: Why everywhere but here? **Duke Journal of Comparative Law**, v. 22, n. 2, 2012. Disponível em: <https://scholarship.law.duke.edu/djcil/vol22/iss2/5/>. Acesso em: 15 jul. 2019.

STEINMETZ, Wilson Antônio. **Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SWEET, Alec Stone; MATHEWS, Jud. Proportionality balancing and global constitutionalism. **Columbia Journal of Transnational Law**, v. 47, 2008. Disponível em: https://works.bepress.com/alec_stone_sweet/11/. Acesso em: 9 jul. 2019.

UMA NOVA FORMA DE ANALISAR O DIREITO: JURIMETRIA¹

Arthur Künzel Salomão²

-
- 1 Artigo escrito para o IV Seminário Internacional de Tutelas à Efetivação de Direitos Indisponíveis, realizado pela Fundação Escola Superior do Ministério Público (FMP), na linha de pesquisa Tutelas à Efetivação de Direitos Transindividuais, no eixo temático Direitos Fundamentais e Jurisdição.
 - 2 Arthur Künzel Salomão, aluno da Pós-Graduação Stricto Sensu – Mestrado, pela Fundação Escola Superior do Ministério Público (FMP). Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8353906775401934>. E-mail: aksalomao@hotmail.com

Resumo

O presente trabalho tem como principal objetivo demonstrar a utilidade da adoção de métodos quantitativos no estudo do direito. Conceituando a ordem jurídica como a soma do ordenamento jurídico, das normas gerais e abstratas, reconhecidas nos comandos dispostos nos artigos da lei, e do ordenamento jurídico, percebido por meio da análise das normas individuais e concretas constantes nas decisões judiciais, contratos e acórdãos, buscar-se-á introduzir conceitos básicos de Jurimetria. Analisar-se-á o objeto de estudo e suas técnicas de pesquisa, bem como o futuro promissor na identificação de problemas que assolam a prática jurídica, apresentando soluções concretas para os Poderes Judiciário, Legislativo e Executivo.

Palavras-Chave: Direito. Estatística. Jurimetria. Métodos quantitativos. Ordem jurídica.

Abstract

The main objective of this paper is to demonstrate the usefulness of the adoption of quantitative methods in the study of law. Conceptualizing the legal order as the sum of the legal system, the general and abstract norms, recognized in the commands provided in the articles of the law, and the legal coordination, perceived through the analysis of individual and concrete norms, contained in judicial decisions, contracts and judgments. It seeks to introduce basic concepts of Jurimetria, its object of study and its research techniques, as well as its promising future in identifying problems that devastate legal practice, presenting concrete solutions for the Judiciary, Legislative and Executive Powers.

Keywords: Jurimetrics. Law. Statistic. Quantitative methods. Legal order. Statistic.

Considerações iniciais

O presente artigo tem como objetivo introduzir o estudo da Jurimetria, bem como demonstrar como a utilização de métodos estatísticos pode colaborar para o estudo do Direito e aproximá-lo da realidade. Servindo como ferramenta para a identificação de fragilidades e vícios, colaborando para a prática jurídica como um todo, seja do ponto de vista do advogado, do juiz ou do legislador.

Assim, será abordada a composição da ordem jurídica por meio da distinção entre o ordenamento jurídico e o coordenação jurídica. Posteriormente, analisar-se-á o objeto de estudo e os métodos utilizados pela Jurimetria. Por fim, examinar-se-á o diálogo entre o estudo do Direito usando métodos quantitativos e os ensinamentos de Hans Kelsen, pretendendo demonstrar a complementaridade das ideias e maneiras de estudar o Direito.

1 Ordenamento jurídico e coordenação jurídica

O estudo da Jurimetria tem como propósito a investigação do funcionamento da ordem jurídica, definida como um sistema de normas impostas pelo Estado, as quais compartilham o mesmo fundamento de validade, sendo este a norma fundamental da qual se retira a validade de todas as normas pertencentes a essa ordem (KELSEN, 1998, p. 22). Logo, toda a sentença proferida por um juiz em determinado processo judicial encontra na própria essência fundamentos capazes de conduzir da norma individual (sentença) até a norma fundamental (constituição).

Portanto, a norma fundamental é a responsável por conceder unidade ao ordenamento jurídico (BOBBIO, 1999, p. 31). Considerando que o sistema normativo é composto por diversas normas, as quais ocupam níveis diferentes dentro do ordenamento, de modo que as normas inferiores encontram

fundamento nas superiores, até que se chega ao topo do ordenamento jurídico, em que repousa a sua unidade.

Todavia, a Jurimetria dispensa a análise do caráter abstrato da norma ou a relação dela com as demais normas integrantes do ordenamento jurídico, tendo como seu objeto de estudo o caráter individual e concreto das normas. Dessa maneira, a Jurimetria atenta para o direito capaz de afetar a relação entre sujeitos, ou seja, sentenças, contratos, acórdãos, dentre outras normas produzidas no campo concreto, atribuindo à lei como um dos fatores responsáveis pela concretização do direito, ao lado de valores pessoais, religião, empatia, experiência pessoal de vida e outros tantos capazes de influenciar o processo de concretização das normas do Direito (NUNES, 2016, p. 113).

Nesse sentido, se o reconhecimento de uma conduta como obrigatória se dá em sede dos tribunais, teremos a jurisprudência como fonte do direito (GAGLIANO, 2011, p. 63). Destarte, refuta-se a ideia de que o direito é tão somente um conjunto de normas elaborado pelo legislador, uma vez que é no plano concreto onde o Direito é de fato aplicado em sua jurisprudência. Sendo assim, o direito não pode ser definido somente como um conjunto de normas editadas pelas autoridades competentes de acordo com a organização política e institucional do Estado.

Além da lei propriamente dita, o ordenamento jurídico também é um aparato de alta complexidade para a resolução de conflito, servindo seus dispositivos como ferramenta para a mediação e resolução de disputas (COELHO, 2006, p. 32). Logo, Direito não é apenas lei, nem essencialmente lei, mas um conjunto de normas jurídicas positivadas, um complexo sistema de solução de conflitos de interesses para os quais as normas positivas servem de principal referência.

Desta forma, percebe-se que o texto de lei é abstrato, servindo como uma instrução de como prosseguir ao juiz em determinadas situações, instruções emitidas pelo legislador, sem fazer referência ao caso concreto, tempo e espaço. De origem legislativa, a lei integra um conjunto hierárquico de normas, bem como sistematizador, uma vez que opera em um mecanismo de controle de consistência interna.

Outrossim, as normas individuais, por exemplo, um acórdão, encontram sua origem no Poder Judiciário, não tendo mais o caráter abstrato da norma geral, mas concreto, considerando que fazem referência ao tempo e espaço do caso julgado. Ademais, é assistemático, uma vez que não opera como mecanismo de controle de consciência e autárquico, atentando ao fato de que todas as normas estão no mesmo plano, não havendo hierarquia em na aplicação destas.

Diante disso, para todas as normas gerais é reservada a expressão ordenamento jurídico, enquanto para todas as normas de caráter individual são denominadas de coordenamento jurídico. As primeiras funcionam de maneira que o ordenamento jurídico tenha como função ordenar soluções predeterminadas para conflitos hipotéticos, enquanto o coordenamento abrange todo os fatores de influência na aplicação do Direito (NUNES, 2016, p. 118). Encontrada na soma do ordenamento jurídico com o coordenamento jurídico, a ordem jurídica, a qual serve como ponto de partida para Jurimetria, investigar a relação entre o ordenamento e o coordenamento com o intuito de compreender como a ordem jurídica funciona.

Com efeito, conhecer o direito não se limita unicamente ao estudo das normas de caráter abstrato dispostas nos diversos diplomas legais. Trata-se também de compreender como os sujeitos da prática jurídicas reagem aos comandos do ordenamento jurídico, atribuindo eficácia às disposições legais por meio da interpretação das normas que entendem ser aplicáveis, afastando as inoportunas e suprindo lacunas.

2 Jurimetria

Compreendida a distinção entre ordenamento e coordenamento jurídico, percebe-se o porquê da Jurimetria se distinguir da dogmática jurídica tradicional, tanto pelo seu método, como pelo objeto. Haja vista que, o estudo tradicional do direito se volta para o caráter abstrato do ordenamento jurídico, diferentemente da Jurimetria, a qual busca compreender não somente

a norma jurídica, mas o comportamento dos homens ao criar e reagir às normas (NUNES, 2013, p. 254).

Encontrando na estatística uma possibilidade de analisar o Direito de forma concreta, prospectiva, populacional e estocástica, buscando investigar a relação entre o ordenamento jurídico e o ordenamento jurídico, conhecendo a realidade da prática jurídica e analisar os impactos legislativos e os graus de aderência das leis nas decisões dos órgãos julgadores, “entender como a ordem jurídica funciona na prática” (NUNES, 2016, p. 119). Busca-se uma forma concreta de analisar o direito, situando seu objeto no tempo e no espaço, uma vez que se concentra no estudo das normas individuais. Afasta-se, desse modo, de discussões hermenêuticas a respeito da interpretação das normas pela doutrina, mas volta-se a atenção totalmente pela aplicação realizada pelo órgão julgador.

De forma prospectiva, considerando que ao concentrar seus métodos na jurisprudência de determinado órgão julgador, é possibilitado especular sobre futuras decisões e identificar tendências por meio de relações de probabilidade oferecidas pela estatística. Relaciona-se o estudo empírico da forma, do significado e da pragmática quanto às demandas e autorizações emitidas por organizações estatais com o auxílio de modelos matemáticos e utilizando o individualismo metodológico como base paradigmática para a explicação e previsão do comportamento humano (DE MULDER; VAN NOORTWIJK; COMBRINKKUITERS, 2010, p. 147). Por exemplo, em pesquisa realizada em 2011 foram analisadas 1.112 decisões de juízes israelenses que recebiam pedidos de liberdade condicional, os quais no início do expediente cerca de 65% das decisões tendiam a ser a favor do réu. Entretanto, a chance de uma decisão favorável caía a virtualmente zero ao final da manhã, de modo que somente após o almoço as decisões favoráveis voltavam à taxa de 65% e voltavam a cair novamente até o final da jornada de trabalho.

Entende-se por populacional a necessidade de haver um grupo de decisões para se analisar, logo, que não há como atribuir métodos estatísticos para a análise de uma decisão isolada.

Servindo-se das palavras de Miguel Reale (2002, p. 168): “É a razão pela qual o direito não se forma através de uma ou três sentenças, mas exige uma série de julgados que guardem, entre si, uma linha essencial de continuidade e coerência.”

Doravante, a utilização de métodos estatísticos busca a extração de informação a respeito de quantidades de interesse, sejam elas valores, medidas de tempo, probabilidade ou qualquer grandeza de interesse, mas informações ainda desconhecidas. A aplicação daqueles ao Direito é capaz de oferecer ferramentas que contribuam com o jurista para a relação harmônica entre o ordenamento e o coordenamento jurídico. Pode-se pensar o uso daqueles métodos desde avaliações simples, como estimativas sobre tempos e valores de processos, até a criação de soluções elaboradas, as quais envolvem grandes questões do direito por meio da opinião de especialistas, modelos probabilísticos e outras informações de caráter científico (ZABALA, 2014, p. 91).

Percebe-se que é recente a preocupação com os números de processos enfrentados pelo Poder Judiciário, uma vez que somente em 2004, por meio da Emenda Constitucional n.º. 45, foi instituído o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), o qual tem como incumbência supervisionar a atuação administrativa e financeira dos tribunais, bem como o cumprimento dos deveres funcionais dos magistrados. Portanto, antes da referida Emenda Constitucional eram desconhecidos os números de processos que tramitavam no Poder Judiciário.

Sob o ponto de vista da estatística, são encontradas informações desconhecidas, as quais são capazes de demonstrar problemas relativos à prática jurídica, ao funcionamento e aos efeitos desta. Logo, ferramentas com base na estatística devem estar disponíveis para os Poderes Judiciários, Executivos e Legislativos, sob o prisma de atuação de cada um destes. Considerando que a ordem jurídica produz incertezas, as quais os operadores do Direito tentam diminuir no exercício de suas funções. Como os advogados, os quais analisam um processo primando pelo interesse do seu cliente, buscando prever e controlar seu resultado. Diferentemente, os juízes priorizam a prestação jurisdicional adequada, buscando controlar os efei-

tos de suas decisões, ao par que os legisladores trabalham para prever e controlar o resultado de políticas públicas, almejando construir uma sociedade melhor. Por conseguinte, todos atos e decisões dos operadores do Direito são tomados no presente, porém, são voltadas para o futuro (NUNES, 2016, p. 114).

Considerando a atuação dos legisladores, as atenções estão, em sua grande maioria, voltadas ao debate sobre a aprovação ou não aprovação de projetos de lei, não havendo, por diversas vezes, mensuração posterior a respeito dos impactos ocasionados por determinado diploma legal. Nesse sentido, se formos refletir sobre a edição de leis, como a que versa sobre a prescrição de remédios sociais, se mostra de fundamental importância a apuração dos resultados práticos das leis, conduzindo a atividade legislativa para as reais necessidades da sociedade. Assim, a análise de informações organizadas em bancos de dados públicos é fundamental para a devida compreensão da situação socioeconômica vigente, de modo que a organização e análise de dados proporcionam um ambiente favorável para a produção de leis coerentes, criando um alicerce comum para discussões políticas (ZABALA, 2014, p. 92).

Quanto aos magistrados, o julgamento destes deve ser imparcial, atuando de maneira responsável para os seus efeitos, devendo ser a sentença um instrumento de justiça. Outrossim, devido ao conceito abstrato de justiça, a segurança jurídica se torna essencial para prática jurídica de magistrado, logo, a disponibilização de ferramentas que demonstrem a ele não apenas o posicionamento majoritário da jurisprudência, mas a tendência das decisões atuais, fará com que o juiz seja capaz de verificar se tal maioria está em descendência ou ascendência. Deste modo, o julgador poderá utilizar-se de um instrumento isento como suporte à sua posição.

Sob qualquer perspectiva possível, o conhecimento e a opinião do julgador são pilares para todos os fatores relativos ao processo decisório. Nesse contexto, a Jurimetria poderia executar um apurado processo de modelagem com base nas informações processuais disponíveis e com o intuito de mensurar as incertezas a respeito do caso e fornecer o embasamento técnico para o juiz, o qual poderia utilizá-lo conforme seu crité-

rio, agregando-se à opinião do julgador de forma intuitiva, sem jamais substituí-la (ZABALA, 2014, p. 94).

Por derradeiro, quanto à advocacia, a prática jurídica está vinculada à estratégia que o advogado desenvolveu para obter a resolução do caso de forma favorável para seu cliente. Na maioria das vezes, ao se reunir pela primeira vez com cliente para discutir o caso, o advogado não tem parâmetros suficientes para garantir com exatidão o resultado final do processo, uma vez que há variáveis que influenciam este diretamente, como, por exemplo, em qual vara será distribuída o processo, se a vara é especializada, a existência de precedentes julgados em casos análogos, quem é o juiz e se há produção acadêmica sobre determinado assunto. Dentre estes fatores e diversos outros existentes, o advogado consegue desenvolver estratégias, escolhendo a que tiver maior possibilidade de êxito para conduzir sua atuação no processo.

Conforme Filipe Jaeger Zabala (2014, p. 95), “a respeito do ajuizamento de ações, uma vez que os modelos estatísticos permitem fornecer subsídios mais sólidos aos clientes, sendo uma segurança para o próprio advogado ou escritório”. No mesmo sentido, Sergio Wechsler (2006) elaborou um modelo baseado na opinião do usuário sobre o quão favorável era o cenário para ajuizar uma ação relativa a contratos de leasing para compra de veículos indexados ao dólar em 1999. O modelo utiliza informações específicas do caso, bem como faz a atualização dos valores em função do câmbio e outros fatores financeiros relevantes do ano em que foi celebrado o contrato.

Percebe-se que a realização da coleta de dados é extremamente importante, e tal problema parece estar solucionado pelo desenvolvimento tecnológico, o qual, por meio de redes de informação, aumenta cada vez mais a capacidade de armazenamento de dados. Contudo, o operador do direito está pouco familiarizado com tais ferramentas, tornando-se um trabalho multidisciplinar, o qual é de fundamental importância, de forma que juristas e outros cientistas da análise empírica do direito, sejam eles matemáticos, estatísticos ou economistas, precisam trabalhar em conjunto. Assim, não se tratará apenas do recolhimento e descrição de dados, mas da geração e teste

de hipóteses, da inferência de relações causais dos dados coletados e da interpretação destes, possibilitando a obtenção de resultados de qualidade (WOLKART, 2019, p. 42).

3 Imputação, causalidade determinística e probabilística

Partindo das lições do clássico jusfilósofo positivista Hans Kelsen, será feito um paralelo entre as relações de imputação e causalidade expostas na obra *Teoria Pura do Direito com fundamentos de probabilidade*. O autor austríaco dedicou-se durante a vida acadêmica para a elaboração do texto, buscando afastá-lo de todas as influências da moral e da política (KELSEN, 1998, p. 7). Nesse sentido, estabeleceu o conceito de ciência jurídica e norma jurídica, de maneira em que a ciência jurídica é a variedade de métodos por meio dos quais se busca descrever as proposições oriundas de determinada norma jurídica, portanto, sendo a norma jurídica o seu objeto (KELSEN, 1998, p. 50).

No que diz respeito às ciências naturais, o pesquisador busca estudar o ser, aquilo que é, tendo suas disposições de caráter exclusivamente descritivos; enquanto as leis naturais buscam entender como ocorrem os fenômenos naturais. Tomando de exemplo a dilatação do metal quando submetido a temperaturas elevadas, a ciência utiliza as leis naturais para explicar tal situação, encontrando entre a dilatação do material e o calor uma relação de causa e efeito. Contudo, se tal relação entre o aquecimento do metal e a dilatação deste se modificam, tornam-se ultrapassadas as conclusões do pesquisador, uma vez que são distintas dos fatos, desvirtuando a razão das ciências naturais em estudar aquilo que é. Assim, deve o pesquisador novamente debruçar-se sob tal fenômeno para compreender a relação entre causa e efeito da dilatação do metal.

De forma contrária às ciências naturais, as quais buscam abordar de maneira descritiva as leis naturais, a norma jurídica tem conteúdo prescritivo. Conforme Kelsen (1998, p. 51), "não são

juízos, isto é, enunciados sobre um objeto dado ao conhecimento. Elas são antes, de acordo com o seu sentido, mandamentos e, como tais, comandos, imperativos”.³ Percebe-se que a função da ciência jurídica tem como objetivo descrever as normas jurídicas e, devido ao caráter descritivo, as suas proposições somente podem ser consideradas verdadeiras ou falsas. Caso haja uma alteração factual, do mesmo modo, tais proposições científicas também devem ser modificadas, pois precisam retratar a realidade, ao contrário da norma jurídica, à qual é atribuída natureza contrafactual, ou seja, não se altera conforme variações fáticas, somente podendo ser considerada válida ou inválida.

Ademais, além da necessária distinção das proposições normativas (prescritiva) e da ciência jurídica (descritiva), ambas são regidas por princípios distintos; o da imputação e o da causalidade. A ciência jurídica obedecerá ao princípio da causalidade, ou seja, a partir de certas condições ambientais dá-se determinados efeitos de maneira independente da conduta humana. A norma jurídica estará subordinada ao princípio da imputação dispõe sobre determinados pressupostos fixados pelas normas jurídicas que devem efetivar um ato de coerção, ou seja, consequências jurídicas determinadas pela norma jurídica. Dessa forma, o Direito prescreve, permite e confere poder ou competência, mas não ensina nada. Na distinção entre proposição e norma jurídica, são evidenciadas as funções do conhecimento jurídico e a função, completamente distinta daquela, da autoridade jurídica, sendo está representada pelos órgãos da comunidade jurídica (KELSEN, 1998, p. 51).

Isto posto, percebe-se que a relação causal tem sua essência na natureza, conforme a lei de causa e efeito; ao par que a imputação é vinculada necessariamente à ação do homem, sendo a relação de imputação uma relação jurídica e não causal. Doravante, a Jurimetria encontra no convívio social a principal função do direito, uma vez que busca regular as relações sociais, bem como

3 Assim, a norma jurídica aborda o dever ser, de forma que, se tal comportamento prescrito não for cumprido, haverá uma consequência regida pela relação de imputação: se A é, B deve ser. Trazendo para o plano prático, o artigo 121 do Código Penal “Matar alguém: Pena - reclusão, de seis a vinte anos.”, se A matou B, deverá ser condenado de 6 a 20 anos de reclusão.

solucionar eventuais conflitos. Nesse sentido, busca devolver conceitos de probabilidade ao estudo do direito, primando pela qualidade da convivência social e percebendo que, por exemplo, se as normas penais não operam adequadamente, é provável que os crimes venham a aumentar (NUNES, 2016, p. 130).

Deste modo, uma das maiores utilidades da ciência, além de compreender as relações de causa e efeito das leis naturais, é a capacidade de prever o que ocorrerá no futuro. Da mesma maneira, também acontece com os operadores do direito, os quais, durante a prática jurídica, estão rodeados de incertezas, que, conforme experiência profissional, buscam informações capazes de atribuir probabilidade à obtenção do resultado pretendido. Portanto, o estudo dos processos de decisão deve abandonar pretensões determinísticas e admitir no ambiente acadêmico o que sempre se admitiu no ambiente profissional: que a complexidade da ordem jurídica não permite afirmações absolutas e que o Direito, como tudo que envolve a vontade humana, é variável e incerto. Logo, compreender o Direito é, antes de tudo, descrever suas variabilidades e controlar (não extirpar) suas incertezas (NUNES, 2016, p. 6).

Percebe-se que a Jurimetria atua no plano concreto das condutas humanas, não colidindo com as lições de Kelsen, o qual opera no plano abstrato do dever ser. Em verdade, ambas as metodologias acabam por se complementar, visto que a Jurimetria não reduz o dever ser da norma à relação de causalidade, mas procura atribuir as relações causais à aplicação das normas em casos concretos, fazendo com que a teoria científica se torne mais útil e eficiente, aproximando-se com maior exatidão da realidade que pretende regular e tornando-a mais útil para uma prática jurídica eficiente.

Considerações finais

Conforme o exposto, percebe-se que a adoção de métodos estatísticos para estudo do coordenamento jurídico tem a oferecer ferramentas capazes de aprimorar a eficiência e identificar problemas relativos à prática jurídica. Acrescidos do avanço

tecnológico e as bases de dados contendo ampla quantidade de dados sob um custo baixo.

Por mais que se perceba no direito uma ciência retardatária em relação à aproximação a estatística, uma vez que dentro das faculdades de direito são debatidos todos os sentidos hipotéticos atribuíveis a uma lei, enquanto são deixados de lado durante os cinco anos de graduação a introdução a conceitos básicos em estatística e pesquisa empírica. Em virtude disso, futuros advogados, juízes, promotores, diretores jurídicos de empresas e políticos não possuem qualquer preparo para verificar as possíveis consequências práticas que esses sentidos produzem (NUNES, 2016, p. 26).

Como exemplo, atualmente, o sistema judiciário opera com extrema morosidade, conforme Relatório do Conselho Nacional de Justiça (BRASIL, 2017, p. 43). No ano de 2016, aquele já operava com uma taxa de congestionamento bruta de 72,2%, ou seja, dos 74 milhões de processos tramitando, menos de 30% foram instaurados naquele mesmo ano. Junto com o congestionamento, o estoque de processos só aumenta, totalizando, desde o ano de 2009, um aumento de 19,4%, equivalente a 9,6 milhões de demandas (BRASIL, 2017, p. 222). Tais números justificam as razões da morosidade para o término dos processos, os quais, em decorrência do tempo até a sentença, dificilmente são justos e diversas vezes ineficazes, sendo o direito fundamental à justiça desvirtuado como o direito ao litígio.

Nesse sentido, conforme o exemplo do congestionamento do poder judiciário, a visualização de um futuro próspero é totalmente dependente de avaliações precisas de problemas atuais. Logo, a adoção de métodos quantitativos pode ser uma ótima ferramenta para a identificação de problemas, uma vez que jamais mudaremos aquilo que ignoramos.

Referências bibliográficas

ANÁLISE DE SENTENÇAS. 2011. Último Segundo. Disponível em: <https://ultimosegundo.ig.com.br/ciencia/juizes-sao-mais-clementes-apos-as-refeicoes-diz-estudo/n1300049993127.html>. Acesso em: 07/08/2019

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 10. ed. Brasília, DF: UnB, 1999.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em números 2017: ano-base 2016**. Brasília, DF: CNJ, 2017.

BRASIL. Decreto-Lei nº. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. **Diário Oficial da União**: Rio de Janeiro, p. 2391, 31 dez. 1940.

BRASIL. Emenda Constitucional nº. 45, de 30 de dezembro de 2004. Altera dispositivos dos arts. 5º, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134 e 168 da Constituição Federal, e acrescenta os arts. 103-A, 103B, 111-A e 130-A, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**: Brasília, DF, p. 9, 31 dez. 2004.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito civil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. 1 v.

DE MULDER, Richard; VAN NOORTWIJK, Kees; COMBRINK-KUITERS, Lia. Jurimetrics please! **A history of legal informatics**, iefis series, v. 9, n. 5, p. 147-178, 2010.

GAGLIANO, Pablo Stolze: **Novo curso de direito civil**: Parte geral. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

NUNES, Marcelo Guedes. O que é Jurimetria? **Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais**, v. 62, p. 253-260, out./dez. 2013.

NUNES, Marcelo Guedes. **Jurimetria**: como a estatística pode reinventar o direito. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

ZABALA, Filipe Jaeger; SILVEIRA, Fabiano Feijó. Jurimetria: estatística aplicada ao direito. **Revista Direito e Liberdade**, Natal, v. 16, n. 1, p. 87-103, jan./abr. 2014.

WECHSLER, Sergio et al. **Relatório de análise estatística sobre o projeto "Análise econômica do direito aplicada a decisões judiciais: o caso dos contratos de arrendamento mercantil para compra de veículos com cláusulas de reajuste associadas ao dólar"**. São Paulo: IME-USP, 2006.

WOLKART, Erik Navarro. **A análise econômica do processo civil: como a economia, o direito e a psicologia podem vencer a tragédia da justiça**. São Paulo: Thompson Reuters, 2019.

PRESSUPOSTOS E PRINCIPAIS LIMITES DA RENÚNCIA A DIREITOS FUNDAMENTAIS¹

Vitória Souza Pagnussat²

-
- 1 Artigo desenvolvido para o IV Seminário Nacional de Tutelas à Efetivação de Direitos Indisponíveis realizado pela Fundação Escola Superior do Ministério Público (FMP), na linha de pesquisa Tutelas à Efetivação de Direitos Transindividuais, no eixo temático Direitos Fundamentais e Jurisdição.
 - 2 Mestranda em Direito pela Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul; Graduada em Direito pela Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul. Currículo. E-mail: vitoriapagnussat@hotmail.com.

Resumo

Por meio da revisão da doutrina e da jurisprudência, o presente estudo se propôs a analisar a temática da renúncia a direitos fundamentais, tendo como objetivo examinar seus pressupostos, elementos, limites e principais parâmetros de controle. Os pressupostos da renúncia são de ordem subjetiva, categoria integrada pela capacidade do renunciante e pela declaração de vontade, e de ordem objetiva, integrada pela disponibilidade e pela renunciabilidade dos direitos fundamentais. O conteúdo essencial dos direitos fundamentais configura limite absoluto, assim como a observância das regras constitucionais, constituindo óbices intransponíveis à renúncia. Já a dignidade da pessoa humana e o livre desenvolvimento da personalidade atuam como limites relativos. Concluiu-se que a renúncia a direito fundamental deve ser revogável e parcial, não podendo atingir o direito fundamental na sua integralidade, sob pena de nulidade. Ainda, deve sempre vir acompanhada de benefícios ao indivíduo renunciante, sob pena de invalidade do consentimento, sendo a proporcionalidade e a proibição do excesso parâmetros para o controle da renúncia a direitos fundamentais. Para a investigação, adotou-se o método lógico-dedutivo e a técnica de pesquisa bibliográfica.

Palavras-chave: Limites. Pressupostos. Renúncia a direitos fundamentais.

Abstract

Through a review of the doctrine and jurisprudence, the present study proposed to analyze the waiver of fundamental rights, with the objective of examining its presuppositions, elements, limits and main parameters of control. The presuppositions of the waiver can be classified as subjective or objective. The capacity and the declaration of will of the person who is waiving are subjective presuppositions. The objective presuppositions are the availability and resignability of the fundamental right. The essential content of fundamental rights constitutes an absolute limit, as well as the observance of constitutional rules, constituting barriers that can not be transposed. The dignity of the human person, the free development of personality and legal certainty act as relative limits. It was concluded that the waiver of fundamental right must be revocable and partial, and can not reach the fundamental right as a whole, under penalty of nullity. Moreover, it should always be accompanied by benefits for the renouncing individual, and that proportionality and prohibition of excess constitute parameters for the control when it comes to the waiver of fundamental right. The method used for the investigation was the logical-deductive and the research technique adopted was bibliographic.

Keywords: Limits. Presuppositions. Waiver of fundamental rights.

Introdução

O presente artigo pretende trazer à discussão a temática da renúncia a direito fundamental, analisando seus pressupostos, elementos e limites. Cumpre frisar que tal análise é imprescindível, uma vez que a observância dos pressupostos de uma renúncia válida e seus limites constituem uma forma de garantir a eficácia dos direitos fundamentais. Nessa senda, entende-se que o estudo do instituto da renúncia é fundamental para a proteção dos direitos fundamentais.

A pesquisa foi desenvolvida em três partes. A primeira conceitua a renúncia a direito fundamental e demonstra os pressupostos do instituto. A segunda trata sobre os elementos essenciais para que a renúncia a direito fundamental seja considerada válida. Por fim, a terceira parte busca identificar os limites e os parâmetros de controle da renúncia a direito fundamental.

Na primeira parte, foram analisados os pressupostos subjetivos e objetivos da renúncia a direito fundamental, a saber: a capacidade do agente renunciante; a declaração válida de vontade, a disponibilidade e a renunciabilidade. Na segunda, buscou-se explicitar a revogabilidade, a temporalidade, a parcialidade e o benefício proporcional como elementos da renúncia a direitos fundamentais. A terceira prestou-se a sublinhar a importância da observância dos limites absolutos e relativos da renúncia a direito fundamental, frisando-se o conteúdo essencial dos direitos fundamentais, as regras constitucionais, a dignidade da pessoa humana e o livre desenvolvimento da personalidade. Logicamente, não se pretendeu aprofundar em nenhum dos pontos referidos, pois se trata de uma exposição sucinta, que considera a amplitude e a complexidade das situações que envolvem renúncias a direitos fundamentais. Nas considerações finais do artigo, buscou-se estabelecer os principais parâmetros para o controle da renúncia.

1 Renúncia a direito fundamental: conceito e pressupostos

A renúncia a direito fundamental se trata de uma situação em que o titular expressamente renuncia a determinadas posições ou pretensões jurídicas garantidas por um direito fundamental, por determinado espaço de tempo, e a qualquer momento revogável, tendo em vista um benefício proporcional e legítimo, direto ou indireto, pessoal ou coletivo (ADAMY, 2011, p. 58). Isso significa dizer que, de alguma forma e em alguma medida, os indivíduos podem dispor de garantias constitucionais, considerado o direito fundamental à liberdade (CABRAL, 2018, p. 379). Ainda, a renúncia pode ser considerada uma forma de exercício do direito fundamental, se for considerado que a realização de um direito fundamental inclui a possibilidade de se dispor dele ou, ainda, limitá-lo, de forma a perseguir a realização de interesses próprios (NOVAIS, 1996, p. 287). Ademais, a renúncia pode ser entendida como uma restrição autônoma, forma de exercício do direito fundamental em conjunto com o direito de liberdade (ADAMY, 2011, p. 49).

Na renúncia, o indivíduo renunciante se vincula juridicamente a não invocar um de seus direitos fundamentais perante as entidades públicas, ao comprometer-se a não exercer, temporária ou pontualmente, alguma das pretensões, faculdades ou poderes que integram esse direito (NOVAIS, 1996, p. 273). Há que se reconhecer, portanto, que a autonomia tem fundamento constitucional no direito à liberdade. Contudo, é imperioso verificar em que medida o exercício da autonomia pode avançar sobre outras garantias constitucionais (CABRAL, 2018, p. 380).

Ao analisar situações de renúncia a direito fundamental, a análise da capacidade civil é absolutamente relevante. Para a renúncia ser considerada válida, o indivíduo deve ser renunciante plenamente capaz e habilitado a todos os atos da vida civil, considerando tanto a capacidade de fato como a capacidade de direito (ADAMY, 2011, p. 63).

Uma vez que a capacidade civil é requisito para a renúncia, faz-se mister analisar qual é o meio utilizado para exteriorizar a vontade de renunciar determinado direito fundamental, vontade esta que é entendida como fator nuclear e condição da renúncia. A manifestação de vontade deve ser expressa e inequívoca, de forma a não permanecer qualquer dúvida sobre a intenção do titular no que concerne à sua vontade em renunciar ao direito fundamental (ADAMY, 2011, p. 65). Dessa forma, não há que se falar, pois, em renúncia tácita (ADAMY, 2011, p. 66).

Atenta-se que as palavras contidas na manifestação de vontade precisam ser ditas voluntariamente, na completa ausência de ameaça ou coação, e em situações em que o indivíduo tenha capacidade de negociação (RAWLS, 1999, p. 303). É absolutamente necessário que o indivíduo não esteja sob coação, o que significa dizer que o ato de renunciar deve ser praticado sem uso de força física ou coação moral. Havendo temor de dano iminente e considerável à pessoa do renunciante, à sua família ou aos seus bens, a declaração de vontade será considerada viciada (ADAMY, 2011, p. 67).

Humberto Ávila, em análise da doutrina alemã, dispõe que, nas situações em que indivíduos possam vir a se privar de manifestações concretas dos seus direitos fundamentais, devem fazê-lo com voluntariedade (*freiwilligkeit*); de forma inequívoca (*unzweideutig*); livre de erro (*täuschung*), dolo (*vorsatz*), coação (*zwang*) e ameaça (*drohung*); e com garantia de vantagem (*vorteilsgewähr*), sob pena de comprometer sua manifestação voluntária (ÁVILA, 2008, p. 261-262).

Os pressupostos objetivos da renúncia referem-se às características do direito a ser renunciado e às condições em que a renúncia é operada. Nesse sentido, o direito a ser renunciado deve estar necessariamente na esfera de disposição do seu titular e não ser considerado como direito irrenunciável no contexto da sistemática constitucional (ADAMY, 2011, p. 76).

O primeiro dos pressupostos objetivos é, portanto, a disponibilidade do direito fundamental. Reconhece-se, ao indivíduo, o direito à liberdade e ao livre desenvolvimento da personalidade. Isso não significa dizer, todavia, que as possi-

bilidades de disposição de direitos fundamentais são irrestritas por seus titulares (ADAMY, 2011, p. 77). O poder de disposição e a possibilidade de renúncia é maior quando o direito fundamental tiver relação somente com o indivíduo, ou seja, quando a renúncia afeta somente a esfera individual. De outro giro, será mais restrita quando a proteção de outros valores constitucionais estiverem subjacentes ao direito fundamental e o ato de disposição for dirigido em relação a algum ente estatal (ADAMY, 2011, p. 82). Nos casos em que o direito fundamental em jogo é acentuadamente coletivo, porquanto vinculado a elementos estruturais do Estado de Direito, a disponibilidade integral do indivíduo desaparece, o que impossibilita a renúncia, a qual poderia vir a comprometer a eficácia do sistema de direitos fundamentais (ÁVILA, 2008, p. 260).

Conclui-se que a disponibilidade de um direito fundamental se refere somente às situações de direitos com caráter personalíssimo, que, em regra, não afetem terceiros e que não tenham como fundamento a proteção de um valor constitucionalmente relevante para todos os atingidos pela garantia ao bem jurídico (ADAMY, 2011, p. 83).

2 Elementos da previsão de renúncia a direitos fundamentais: revogabilidade, temporalidade, parcialidade e benefício proporcional

Em caso de renúncia, o indivíduo protegido pelo direito fundamental permanece na titularidade do direito, e, por conseguinte, pode revogar a declaração da renúncia, tácita ou expressamente (ADAMY, 2011, p. 114). A autolimitação voluntária está sujeita à revogação a qualquer tempo (MENDES; COELHO; BRANCO, 2000, p. 125). Se a renúncia produzisse efeitos permanentes, haveria risco de ela se tornar perda do direito fundamental. Com a perda do direito fundamental, o titular não pode mais vir a alegá-lo ou invocá-lo, ocorrendo a privação definitiva do direito fundamen-

tal, com a impossibilidade de sua reaqusição (MORAES, 2002, p. 256). Frise-se, ainda, que a revogação da renúncia não pode ser condicionada à aceitação de terceiro ou mesmo do Poder Público, uma vez que tal condição violaria o direito fundamental à liberdade do indivíduo de se vincular e se desvincular pela vontade (ADAMY, 2011, p. 115). Conclui-se que deve permanecer ao titular de direito fundamental a possibilidade de, a qualquer momento, rever a renúncia e revogá-la, total ou parcialmente, com a assunção de todas as posições jurídicas antes renunciadas, desde o momento da renúncia (ADAMY, 2011, p. 115).

A renúncia deve ter prazo determinado ou determinável, visto que uma renúncia que prevê que as posições jurídicas garantidas pelo direito fundamental sejam indefinidamente não exercidas acaba por extinguir as garantias do próprio direito. Se um direito fundamental é renunciado sem prazo certo, o direito deixa de existir, ou deixa de existir até que se fixe o prazo (ADAMY, 2011, p. 116). Não se busca, com a renúncia, que seja possível a abdicação do direito em si e de toda possibilidade futura de exercitá-lo, mas somente a possibilidade de renunciar, por declaração de vontade, em dada situação, a determinado direito (SILVA, 2008, p. 64).

Uma vez que os direitos fundamentais possuem um conteúdo essencial, nunca um direito fundamental poderá ser integralmente renunciado. O conteúdo mínimo dos direitos fundamentais, independentemente das razões e dos benefícios oferecidos, constitui óbice intransponível à renúncia. Se permitida a renúncia total, restariam aniquiladas as funções (de defesa ou de prestação) do direito fundamental (ADAMY, 2011, p. 119). Os titulares dos direitos fundamentais só podem abdicar de pontuais manifestações normativas dos direitos fundamentais, mas não renunciar a eles em seu conjunto (ÁVILA, 2008, p. 261). De tal forma, é possível renunciar a um determinado direito em dada situação, mas não renunciar ao direito fundamental como um todo, para todas as relações indiscriminadamente (SILVA, 2008, p. 64).

Uma das bases da renúncia é a igualdade. Nesse sentido, sempre que um indivíduo renuncia a um direito fundamental, busca a obtenção de algum benefício ou melhora em sua

condição, e, à vista disso, a ausência de um benefício direto advindo da renúncia importará na violação do direito fundamental (ADAMY, 2011, p. 120). Para que a renúncia seja considerada válida, o benefício deve, ainda, ser considerado proporcional e legítimo (ADAMY, 2011, p. 119).

3 Limites absolutos e relativos da renúncia a direito fundamental e parâmetros de controle

Toda a renúncia a direito fundamental está sujeita a limites. Caso contrário, estaria se colocando em risco a garantia de existência e eficácia dos direitos fundamentais. Os limites supra-mencionados podem ter caráter absoluto, que se configuram como fronteiras que não podem ser afastadas em nenhuma circunstância, ou relativo, vistos como limites *prima facie*, mas que podem ser superados por outras regras ou princípios (ADAMY, 2011, p. 126).

São considerados limites absolutos à renúncia os colocados pela própria Constituição de maneira expressa e implícita, casos em que não há qualquer poder de disposição por parte do titular, independentemente dos benefícios oferecidos ao renunciante (ADAMY, 2011, p. 127). Nesse sentido, são limites absolutos a garantia ao conteúdo essencial dos direitos fundamentais e as regras constitucionais. O mais importante dos limites é a garantia ao conteúdo essencial dos direitos fundamentais (SILVA, 2006, p. 24). Robert Alexy o define como “restrição das restrições” (ALEXY, 2008, pp. 295-301). O conteúdo mínimo deve ser entendido como última barreira, sendo aceita apenas a renúncia até o ponto em que ela não desfigure o direito fundamental, isto é, até onde esse direito não seja aniquilado ou extinto e se torne absolutamente ineficaz para seu titular (ADAMY, 2011, p. 132).

As regras constitucionais também configuram limite absoluto à renúncia a direitos fundamentais. Por possuírem caráter definitivo, as regras constitucionais não podem ser superadas, independentemente do consentimento do titular dos direitos

fundamentais. Uma vez que se é imposta uma vedação expressa pela Constituição, não existe possibilidade de relativização da proibição pela atuação do particular (ADAMY, 2011, p. 134). A título exemplificativo, um trabalhador não pode renunciar ao seu direito ao salário mínimo ou a férias, visto que existem regras positivadas pela Constituição acerca do exposto, previstas no art. 7º, inciso IV e XVII.

São limites relativos aqueles que, em um primeiro momento, não podem ser atingidos pela renúncia. Todavia, havendo razões relevantes, podem ser superados. Entre os limites relativos estão a dignidade da pessoa humana, o livre desenvolvimento da personalidade e a segurança jurídica.

A dignidade da pessoa humana atua como fundamento a permitir a renúncia a direito fundamental por garantir, aos titulares, a liberdade de autodeterminação de acordo com seus interesses. Todavia, também apresenta uma face limitadora, que leva em conta a dignidade daquele que renuncia. Deve-se observar se, após ter sido exercido o ato renunciatório, não foi aniquilada a dignidade em função dessa mesma renúncia (ADAMY, 2011, p. 148). Dada a dificuldade de elencar e definir as situações em que a limitação à dignidade humana seria violada, a simples menção ao termo não pode constituir limite absoluto à renúncia (ADAMY, 2011, p. 150). Deve-se pontuar que apenas a referência a uma possível afetação da dignidade da pessoa humana é demasiadamente ampla, vaga, abstrata e acriteriosa. Isso não significa dizer que se trata de fórmula vazia de sentido ou de nula eficácia, mas que a dignidade surge como elemento positivo-constitucional, a fim de proteger a liberdade individual e a autodeterminação, sendo insuscetível de instrumentalização ou objetivação (CANOTILHO; MACHADO, 2003, p. 48). Em alguns casos, é clara a afirmação de atentado contra a dignidade humana, como ocorre, por exemplo, em situações de escravidão, tráfico de pessoas e tortura. Nada obstante, uma definição mais específica é temerosa (ADAMY, 2011, p. 149).

O Estado não pode fazer juízo das condutas dos particulares, de forma a decidir se as decisões deles são boas ou ruins, adequadas ou inadequadas, conquanto, não será considerada

válida a conduta do particular que tiver como objetivo renunciar a um direito fundamental se do ato renunciatório resultar o aviltamento da dignidade (ADAMY, 2011, p. 153).

Ainda, o livre desenvolvimento da personalidade serve como fundamento da renúncia, atuando, entretanto, como limite relativo quando essa mesma renúncia impede, em momento subsequente, o livre desenvolvimento da personalidade do titular renunciante (ADAMY, 2011, p. 159).

Diante da complexidade das situações de renúncia a direito fundamental, é necessário que se estabeleçam meios para o controle dos atos renunciatórios. São critérios de controle: a proporcionalidade e a proibição do excesso.

A proporcionalidade é utilizada na verificação das restrições que envolvem direitos fundamentais. Sendo a renúncia uma forma de ingerência estatal no direito fundamental aceita pelo titular, é necessário observar o controle de proporcionalidade. É imperioso destacar que a renúncia a direito fundamental não significa a renúncia ao controle de proporcionalidade; dessa forma, a medida deve ser considerada adequada à consecução do fim justificativo à restrição e proporcional em sentido estrito (ADAMY, 2011, p. 178). A adequação se refere à necessidade de relação entre o meio eleito e a realização do fim buscado (ÁVILA, 2010, p. 167). Nesse sentido, a adequação é um elemento da proporcionalidade que permite avaliar se a medida é capaz de fomentar (o que não significa alcançar) a realização de um objetivo, mesmo que ele não seja integralmente atingido (SILVA, 2002, p. 36). As previsões da renúncia devem, necessariamente, ter relação direta com a finalidade a ser alcançada e contribuir para a promoção desse fim (ADAMY, 2011, p. 179). Atingindo-se os objetivos e as finalidades buscadas, a medida mostrar-se-á adequada.

A proporcionalidade em sentido estrito, por sua vez, requer a comparação entre a importância da realização do fim e a intensidade da interferência ou restrição no direito fundamental (ADAMY, 2011, p. 181). O que deve ser ponderado não são os bens, os valores ou os interesses, mas as vantagens e desvantagens recíprocas de alternativas legítimas e disponíveis (NOVAIS, 2003, p. 764).

O meio de controle da observância da garantia de proteção do núcleo essencial do direito fundamental é a proibição do excesso (ADAMY, 2011, p. 183), a qual visa a coibir uma restrição tão excessiva que faça com que o direito fundamental não apresente mais eficácia alguma (ÁVILA, 2008, p. 104).

Conclusões

A vasta ocorrência de atos de renúncia a direitos fundamentais torna crucial a análise dos pressupostos, dos elementos, dos limites e dos critérios envolvidos no controle de validade de tais atos. A correta observância dos parâmetros de controle é necessária para que se garanta a eficácia e a proteção dos direitos fundamentais.

Concluiu-se que a capacidade é pressuposto subjetivo essencial para renúncia, assim como a declaração de vontade, que deve ser expressa, vedada a manifestação tácita, presumida ou ficta. A presença de coação invalida a renúncia, uma vez que são necessárias a liberdade e a possibilidade de escolha pelo titular dos direitos fundamentais. A disponibilidade constitui pressuposto objetivo à renúncia, uma vez que só se pode renunciar àquilo que se dispõe. Ainda, concluiu-se, também, que os atos de renúncia a direitos fundamentais são revogáveis a qualquer tempo, sob pena de nulidade da hipótese de renúncia, assim como é vedada a instituição de hipóteses de renúncias que perdurem ad aeternum. Ademais, a abrangência da renúncia será apenas parcial, não podendo atingir o direito fundamental como um todo, e deve sempre vir acompanhada de benefícios para o titular que renuncia, sob pena de invalidade do consentimento, não podendo apresentar benefícios para apenas uma das partes envolvidas ou restrições que muito superem os benefícios decorrentes da renúncia.

Outrossim, o conteúdo essencial dos direitos fundamentais apresenta-se como limite absoluto de ingerência, definindo a última barreira até onde a renúncia é permitida. O núcleo mínimo dos direitos fundamentais, independentemente das razões oferecidas ou dos benefícios previstos, constitui óbice insuperável.

vel à renúncia. A dignidade humana, apesar de se caracterizar pela vagueza e amplitude, constitui importante limite relativo no que concerne às hipóteses de renúncia a direitos fundamentais, posto que se apresenta como fonte de suporte e proteção a outros direitos e garantias fundamentais. Do mesmo modo, a garantia ao livre desenvolvimento da personalidade atua como barreira a fim de vedar qualquer renúncia que importe limitação demasiada às possibilidades de conformação das potencialidades individuais do renunciante.

A proporcionalidade atua como parâmetro de controle na renúncia através da análise entre as restrições operadas e os objetivos buscados pela previsão de hipótese do ato renunciatório. Analisam-se, nesse âmbito, a adequação e a proporcionalidade em sentido estrito. Por fim, trata-se do meio de controle da renúncia, relacionado ao conteúdo mínimo dos direitos fundamentais, e da proibição do excesso, vedando o ato renunciatório que puder retirar toda e qualquer eficácia do direito fundamental.

Referências

ADAMY, Pedro Augustin. **Renúncia a direito fundamental**. São Paulo: Malheiros, 2011.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

ÁVILA, Humberto. Confissão cria tributo? Apontamentos sobre a disponibilidade do contribuinte sobre direitos fundamentais. In: ROCHA, Valdir de Oliveira (coord). **Grandes Questões Atuais do Direito Tributário**, vol. 12. São Paulo: Dialética, 2008.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da Definição à Aplicação dos Princípios Jurídicos**. 11^a ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

ÁVILA, Humberto. **Sistema Constitucional Tributário**. 3^a ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções processuais**. 2. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2018.

CANOTILHO, J. J. Gomes; MACHADO, Jonatás. **"Reality shows" e Liberdade de Programação**. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional**. 12^a ed. São Paulo: Atlas, 2002.

NOVAIS, Jorge Reis. Renúncia a direitos fundamentais. In: MIRANDA, Jorge. (org.). **Perspectivas constitucionais nos 20 anos da Constituição de 1976**. vol I. Coimbra: Coimbra Editora, 1996

NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos Direitos Fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição**. Coimbra: Coimbra editora, 2003.

RAWLS, John. **A Theory of Justice**. Cambridge: Harvard University Press, 1999.

SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do Direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares**. 1^a ed., 2^a tir. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

SILVA, Virgílio Afonso da. O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais. **Revista de direito do Estado** 4, out./dez., 2006.

SILVA, Virgílio Afonso da. **O proporcional e o razoável**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

O CONTROLE DE REPRESENTAÇÃO ADEQUADA DAS PARTES NO INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETIVAS COMO EXIGÊNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL¹

THE ADEQUATE REPRESENTATION OF THE PARTIES CONTROL IN INCIDENT OF RESOLUTION OF REPETITIVE DEMANDS AS A REQUIREMENT OF DUE PROCESS OF LAW

Amanda Bütttenbender Medeiros²

Thiago Carolo Schnarndorf³

1 Artigo vinculado à Linha de Pesquisa Tutelas à Efetivação de Direitos Transindividuais

2 Mestranda em Direito pela Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul. Pós graduanda em Direito Civil e Processo Civil pela Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul. Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Estado do Rio Grande do Sul. Advogada. Endereço eletrônico: bmedeirosamanda@gmail.com

3 Mestrando em Direito pela Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul. Pós graduando em Direito Civil e Processo Civil pela Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul. Graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Estado do Rio Grande do Sul. Advogado. Endereço eletrônico: thiago_schnarndorf@hotmail.com

Resumo

O presente artigo tem por objetivo analisar se a omissão do legislador no Código de Processo Civil de 2015, que não previu a exigência do controle de representação adequada das partes legítimas a propor o incidente de resolução de demandas repetitivas, é compatível com a cláusula do devido processo legal. Para isso, pretende-se demonstrar que é exigência imposta pela cláusula do devido processo legal o controle de representação adequada das partes no incidente de resolução de demandas repetitivas, para que seja garantida a condução, por representante ou por advogado adequado, a representar os interesses das partes ausentes na instrução processual.

Palavras-chave: Controle de representação adequada das partes; Devido processo legal; Interpretação constitucional; Incidente Resolução Demanda Repetitiva.

Abstract

The purpose of this article is to analyze if the omission of the Legislative in the Code of Civil Procedure of 2015, which did not provide the control of adequate representation of parts in incident of resolution of repetitive demands is compatible with due process of law. It will be pointed out that it is a requirement imposed by the due process clause to control the adequate representation of the parties in the incident of resolution of repetitive demands, so that it is ensured the conduct by a representative or by a lawyer adequate to represent the interests of the parties absent in the procedural instruction.

Keywords: adequate representation of the parties; constitutional interpretation; due process of law; incident of resolution of repetitive demands.

Introdução

O Incidente de Resolução de Demanda Repetitiva (IRDR), objeto de estudo do presente trabalho, foi introduzido pelo Código de Processo Civil Brasileiro vigente e está previsto entre os artigos 976 e 987. O Incidente foi inserido no ordenamento jurídico com o objetivo principal de atender aos princípios constitucionais da isonomia, da segurança jurídica e da economia processual (CAVALCANTI, 2016, p. 155).

O surgimento do Incidente se deu em razão da busca por racionalização e eficiência dos meios processuais, que necessitam se reinventar em razão das novas demandas que surgem na sociedade moderna. A realidade do século XXI leva justamente ao incremento progressivo de conflitos de massa e à procura pela solução de litígios em escala, que envolvam direitos individuais homogêneos de um grande número de pessoas (MENDES, 2017, p. 3).

O IRDR pode ser compreendido como uma espécie de processo coletivo, formado a partir de um incidente autônomo, processado e julgado no tribunal por decisão colegiada, fundando uma decisão-tese a partir de um caso piloto, com a finalidade de resolver unicamente questões de direito a serem replicadas a todos os processos presentes e futuros da mesma jurisdição (AZEVEDO, 2018, p. 13).

Ocorre que o legislador do Código de Processo Civil de 2015, quando legislou sobre a legitimação ativa para instaurar o Incidente, foi omissivo e não elencou o controle de representação adequada das partes como requisito de admissibilidade do Incidente. Nesse sentido, pretende-se demonstrar a incompatibilidade dessa omissão com a cláusula do devido processo legal, princípio estruturante do Estado Democrático de Direito. Ademais, pretende-se verificar, a partir dos ensinamentos de Ronald Dworkin, se a representação adequada no IRDR, mesmo que sua previsão esteja ausente no CPC, deve ser considerada requisito para a admissibilidade do IRDR nos tribunais.

1 Representação adequada no incidente de resolução de demanda repetitiva

O controle de representação adequada teve origem no direito norte-americano, nas Federal Rules of Civil Procedure, as quais estabelecem que, para uma demanda ter seu processamento deferido como ação coletiva, a corte deve realizar o controle judicial de representação para verificar se as partes representativas e seus advogados possuem condições de defender de forma leal e adequada os interesses da classe representada. Ou seja, para que uma ação seja certificada como coletiva e para que haja a formação de coisa julgada em relação aos membros ausentes da classe, o direito americano exige que haja a representação adequada dos interesses de todos os envolvidos. (CAVALCANTI, 2016, p. 372 e 373)

Nos Estados Unidos, é responsabilidade do juiz garantir que o processo coletivo seja conduzido de maneira adequada. Por essa razão, durante todo o trâmite do processo, o juiz verifica a atuação do representante do grupo, desde a propositura da ação até a execução de sentença. Dessa maneira, pode ser auferida a representação adequada mesmo após a coisa julgada (GIDI, 2007, p. 66-67).

Os principais objetivos desse controle de representação são evitar o conluio entre as partes, garantir que o advogado e a parte que representaram os interesses da classe atuem de maneira robusta e adequada e assegurar que os interesses de todos os membros da classe ou do grupo, inclusive os ausentes, sejam levados ao processo (CAVALCANTI, 2016, p. 373).

O Brasil adota uma diferente forma de aferição da representação adequada daquela adotada pelos Estados Unidos. No sistema jurídico brasileiro, a representação adequada é presumida aos elencados e legitimados pelo legislador para representar os interesses da coletividade, ou seja, não há uma previsão expressa que autorize um efetivo controle no caso concreto do legitimado. Basta que o representante esteja elencado pelo le-

gislador para que seja considerado adequado para representar os interesses do grupo (FENSTERSEIFER, 2015, p. 53).

O artigo 977 do CPC estabeleceu quem possui legitimidade para instaurar o incidente. O referido dispositivo restabeleceu que o incidente pode ser suscitado, de ofício, pelo juiz de primeiro grau ou pelo relator, bem como, por meio de petição, pelas partes, pelo Ministério Público e pela Defensoria Pública. (MENDES, 2015, p. 5)

Caso o julgador entenda por não realizar o controle de representação adequada das partes em virtude da ausência de previsão legal no CPC (que é omissivo quanto a essa exigência), o IRDR pode vir a ser instaurado por parte que não possua condições financeiras para arcar com os custos da perícia ou para contratar um bom advogado. Ou então por parte que tenha instaurado o incidente em razão de interesses de natureza econômica, política ou ideológica da própria classe representada. O incidente também pode ser instaurado por parte representada por advogado que não possua interesse no feito ou que zele pela parte que representa. Ou seja, caso não haja o controle de representação adequada das partes, a parte que propôs a instauração do IRDR pode conduzir o processo de maneira equivocada, podendo, inclusive, perder a causa propositadamente em razão de algum interesse particular. (GIDI, 2007, 62). Todas essas possibilidades referidas violam a cláusula do devido processo, constitucionalmente previsto, conforme será exposto a seguir.

2 A cláusula do devido processo legal

Conforme referido anteriormente, o IRDR foi criado para privilegiar os princípios constitucionais da isonomia, da segurança jurídica e da economia processual. Tais princípios decorrem da cláusula do devido processo legal, que está previsto no inciso LIV do artigo 5º da Constituição Federal Brasileira e que serve de base para todos os demais princípios e normas do ordenamento jurídico (CAVALCANTI, 2016, p. 155).

A cláusula do devido processo legal, prevista no artigo 5º, LIV, da Constituição da República Federativa do Brasil, foi inspirada na expressão inglesa *Due Process of law*. Essa expressão da Carta Magna Inglesa foi incorporada pelo Direito Constitucional Norte-Americano (STRECK, MOTTA, 2016, p. 112-113), sendo a primeira constituição escrita a trazer essa garantia de forma expressa, por meio da Emenda n. 5 de 1791, que estabeleceu a vedação de privação da vida, da liberdade ou da propriedade sem o devido processo legal (DANTAS, 2014, P 33).

Essa cláusula é concebida como uma garantia de ordem material, que tem por objetivo impor uma limitação aos poderes do Estado, de modo que o Poder Judiciário só possa julgar alguém se respeitadas as garantias procedimentais e materiais (STRECK, MOTTA, 2016, p. 112-113).

A cláusula do devido processo legal pode ser compreendida como o conjunto de garantias de ordem constitucional que assegura às partes o exercício de suas faculdades e poderes de natureza processual, bem como legitima a função jurisdicional, sendo indispensáveis ao correto exercício da jurisdição (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2006, p. 88).

O direito fundamental ao contraditório e ao devido processo legal coletivo devem ser compreendidos como garantias às partes de participação no desenvolvimento e no resultado do processo. Ou seja, aos membros ausentes do processo coletivo, deve ser assegurada a adequada participação da parte representada na defesa dos interesses da coletividade (CAVALCANTI, 2016, p. 375).

Sobre o tema, Lênio Streck e Francisco Borges (STRECK, BORGES, 2016, p. 120-121) sustentam que a Constituição deve ser interpretada como um conjunto coerente, devendo os dispositivos se sustentarem reciprocamente e a cláusula do devido processo legal ser integrada ao Direito como uma limitação. A cláusula do devido processo legal deve ser compreendida como princípio moral, robusto, que serve de parâmetro para a jurisdição constitucional, assegurando as condições processuais.

Também é necessário ressaltar que o CPC de 2015 englobou a garantia do devido processo legal em seu artigo 9º, que

traduziu a sua essência e garantiu que não será proferida decisão contra uma parte sem que ela seja previamente ouvida. Ou seja, no Estado Democrático de Direito, a participação das partes na instrução processual é requisito indispensável de exercício de poder. Ora, não há falar em decisão judicial capaz de gerar efeitos em face de pessoas que não participaram ou que não foram devidamente representadas na instrução processual, sob o risco de ferir o princípio do devido processo legal, princípio estruturante do Estado Democrático de Direito (MARINONI, 2016, p. 46-47).

Em razão disso, é essencial que os institutos e os incidentes previstos no CPC estejam em conformidade com as características do Estado Democrático de Direito e em conformidade com a cláusula do devido processo legal, expressamente prevista na Constituição Federal.

3 A representação adequada das partes no IRDR como exigência do devido processo legal

A partir dos ensinamentos anteriormente expostos acerca da cláusula do devido processo legal, é necessário salientar que a simples autorização legislativa do rol de legitimados não é suficiente para considerar o representante como adequado para a defesa dos direitos coletivos. Também é necessária a realização do controle de representação para que o contraditório e o devido processo legal sejam respeitados. Portanto, independentemente de previsão legal, serão demonstradas as razões pelas quais deve ser realizada a análise da representação adequada, com fulcro na cláusula constitucional do devido processo legal (CAVALCANTI, 2016, p. 375-381).

ra, haver a possibilidade de um IRDR ser instaurado por uma parte incompetente, relapsa, medíocre e fraudulenta, que com sua conduta no incidente possa vir a vincular uma coletividade que será afetada pela decisão, é algo inadmissível e

completamente contrário ao devido processo legal (GIDI, 2007, p. 65-66).

É inconstitucional admitir a possibilidade de que as decisões de improcedência do IRDR possam ter eficácia erga omnes e efeito vinculante sem ao menos haver qualquer tipo de controle de representação adequada das partes. Isso viola o contraditório e o devido processo legal, uma vez que poderá vincular uma parte sem que haja a confirmação de que estava sendo devidamente representada na instrução processual (ROSSI, 2016, p. 128).

Para evitar a invalidade constitucional do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, uma alternativa para suprir a omissão cometida pelo legislador, que deixou de regular a participação indireta do litigante, é levar em consideração a possibilidade de valer-se da interpretação doutrinária e jurisprudencial. Isso afastaria uma inconstitucionalidade do incidente em razão da sua incompatibilidade com o Estado Democrático de Direito e com o princípio do devido processo legal (MARINONI, 2016, p. 47).

Sobre o tema, Marinoni (MARINONI, 2016, p. 48) ressalta a importância de elaboração de um raciocínio interpretativo sofisticado, apto a salvar as constitucionalidades do instituto em razão da ausência de previsão legal que trate sobre o controle de representação adequada. O autor sustenta que uma alternativa seria utilizar o controle de representação adequada no caso concreto, nos moldes da class action do direito norte-americano, de modo a garantir o respeito ao devido processo legal, princípio estruturante do Estado Democrático de Direito (MARINONI, 2016, p. 50).

Para a elaboração desse raciocínio interpretativo referido por Marinoni, cumpre trazer os ensinamentos de Ronald Dworkin, estudioso de Teoria do Direito, mentor da concepção de direito como integridade, conceito parcialmente adotado pelo CPC.

Dworkin (1999) ressalta que a validação do direito não deve decorrer apenas em razão das regras, mas também em relação aos princípios presentes no ordenamento jurídico, de-

vendo as normas criadas pelo legislador estar em conformidade com os limites estabelecidos pelos princípios. O autor ressalta a importância da utilização de princípios, justamente porque a constatação e a interpretação não são algo tão fácil assim, uma vez que, muitas vezes, uma mera operação silogística não é suficiente para solucionar o caso. Tal como ocorre no presente feito, apenas com a aplicação das normas que tratam do IRDR, sem a realização de uma interpretação conforme a Constituição Federal e com os princípios que a orientam, deixando, dessa maneira, de realizar o controle da representação adequada das partes, pode acarretar uma incompatibilidade do incidente com o ordenamento jurídico brasileiro, pois não estará em conformidade com os limites e as exigências do devido processo legal. Assim, aplicando os ensinamentos de Dworkin, verifica-se a necessidade de realizar a validação do IRDR também com base nos princípios constitucionais.

Ronald Dworkin defende o emprego do raciocínio moral para a interpretação de normas e para a resolução de qualquer tipo de caso. Nesse sentido, defende uma leitura moral dos textos constitucionais e sustenta que não há estratégias que sejam moralmente neutras para interpretar a constituição e as normas, assim como defende que não há respostas neutras para as controvérsias que os tribunais são chamados a decidir. Essa interpretação moral do texto constitucional impõe restrições aos intérpretes, uma vez que exigem que a interpretação seja fundada em princípios ou casos anteriores, não conferindo espaço para o convencimento pessoal do julgador (BEATTY, 2014, p, 46-51).

Nesse sentido, Dworkin (1999, p. 291) salienta uma relação entre direito e moral e, na sua Teoria da Integridade, sustenta que as normas devem ser interpretadas e aplicadas em conformidade com os princípios do devido processo legal, da justiça e da equidade. Sobre o tema, ressalta-se que deve ser realizada a melhor interpretação da norma, a fim de que seja conhecido o seu verdadeiro sentido e o seu objetivo, de modo a privilegiar o seu propósito, que é seu norte interpretativo. Logo, o autor entende que deve ser realizada uma interpretação construtiva, de

modo que se deixe de lado a interpretação semântica da norma e se passe a algo a ser construído pelo intérprete, de maneira a privilegiar o objetivo pretendido pela norma (DWORKIN, 1999, p. 280-290).

A Constituição deve ser tratada como um conjunto coerente, e os dispositivos que abordam as questões processuais devem se sustentar reciprocamente, de modo que a cláusula do devido processo legal seja tratada como princípio moral abrangente, servindo como uma espécie de limite ao poder do Estado e às normas infraconstitucionais (BORGES, 2018, p. 294-295).

A cláusula do devido processo legal deve ser compreendida como princípio moral, robusto, que serve de parâmetro para a jurisdição constitucional, assegurando as condições processuais (STRECK, BORGES, 2016, p. 120 e 121). Francisco Motta Borges também ressalta que essa concepção sobre a cláusula do devido processo legal deve passar pela leitura moral de Dworkin, harmonizando o exercício da jurisdição com a garantia de direitos, o que é uma exigência do Estado Democrático de Direito (BORGES, 2018, p. 296).

Ronald Dworkin, em *Levando os Direitos a Sério*, sustenta a possibilidade de alteração, pelo Poder Judiciário, de uma regra de direito prevista pelo legislador. Mas isso desde que essa mudança seja necessária e fundamental para beneficiar um princípio de grande importância e relevância no ordenamento jurídico (DWORKIN, p. 59 e 60).

É o que ocorre no presente caso, em que o CPC de 2015 foi promulgado por representantes eleitos que deixaram de prever a necessidade de controle de representação adequada das partes no IRDR. Assim, como se trata de uma situação excepcional, o Poder Judiciário deve sanar essa omissão do legislador e considerar obrigatório esse controle, a fim de garantir o respeito à cláusula do devido processo legal.

Logo, apesar de não ter sido previsto expressamente no CPC, o juiz brasileiro tem o dever de avaliar a adequada representação dos interesses do grupo em juízo, pois a lei processual que prevê o IRDR está inserida em um contexto muito maior, que é o da Constituição e o do devido processo legal. Não se trata

de uma questão meramente processual, mas, de uma questão constitucional (GIDI, 2007, p. 68-69).

Francisco Motta Borges, em Ronald Dworkin e a Decisão Jurídica (2018, p. 295), ressalta que a jurisdição constitucional deve assegurar a aplicação da cláusula do devido processo legal como elemento estruturante do modelo constitucional de processo. Nesse viés, deve ser assegurada a garantia das condições processuais, o que implica, também, em assegurar a participação nos processos dos possíveis afetados pelas decisões judiciais, a partir de uma interpretação construtiva que compreenda o próprio processo jurisdicional como garantia das condições para autonomia jurídica dos cidadãos. Deve ser garantida a possibilidade de os participantes do processo intervirem e influenciarem no provimento jurisdicional que os afetará, o que, conforme exposto, é uma compreensão constitucional do devido processo legal e do contraditório (BORGES, 2018, p. 294-295).

Nesse sentido, por mais que não esteja expressamente prevista na legislação processual a necessidade de controle de representação adequada das partes no IRDR, é fundamental que haja esse controle a fim de que o incidente esteja em conformidade com a cláusula do devido processo legal. Essa omissão do legislador deve ser interpretada com base no ordenamento jurídico brasileiro, que exige, nas relações processuais, o respeito ao devido processo legal e aos princípios constitucionais que dele derivam.

Conclusão

Conforme exposto anteriormente, a forma como está previsto o incidente de resolução de demandas repetitivas no Código de Processo Civil, sem que haja qualquer tipo de exigência de controle de representação adequada das partes legítimas a instaurar o incidente, não é compatível com as premissas impostas pela cláusula do devido processo legal. Isso porque possibilita que uma parte que não possua as condições

adequadas para atuar e defender os direitos de todas as partes envolvidas na lide as represente.

A cláusula do devido processo legal deve ser respeitada em todas as relações processuais, pois é o elemento estruturante do modelo constitucional de processo. O respeito e a aplicação dessa cláusula exigem a garantia de participação (ou devida representação) de todos os possíveis afetados pelas decisões judiciais do processo. A ausência de possibilidade de a parte participar no processo, ou então a falta de verificação se ela está sendo adequadamente representada, acarreta uma possível declaração de inconstitucionalidade do incidente. Isso porque não é possível admitir a possibilidade de que decisões muitas vezes de improcedência (que inclusive possam prejudicar as partes envolvidas) as vinculem sem que haja a constatação de que essas partes efetivamente participaram do processo ou estiveram adequadamente representadas.

Para solucionar essa incompatibilidade do rito IRDR com o devido processo legal e com o Estado Democrático de Direito, o ideal é realizar uma reforma legal de introduzir, no texto do Código de Processo Civil, uma cláusula que exija expressamente a realização do controle de representação adequada das partes e que obrigue os juízes a tomarem as providências para a realização desse controle durante toda a instrução processual, tal como ocorre no sistema norte-americano. Isso pode assegurar que tanto os legitimados quanto seus procuradores possuam condições adequadas de representar os interesses das partes envolvidas no incidente de resolução de demandas repetitivas.

Enquanto essa omissão legislativa não é sanada, os julgadores deverão se basear na teoria moral de Ronald Dworkin e deverão interpretar o direito e as normas constitucionais como integridade. Ou seja, os julgadores devem se utilizar de uma interpretação extensiva, em conformidade com a Constituição Federal, para garantirem a constitucionalidade do incidente e garantir que não esteja sendo violado o direito constitucional das partes ao devido processo legal.

Assim, defende-se que os julgadores deverão verificar se as partes que estão propondo o incidente e representando os

direitos da coletividade possuem condições adequadas de litigar. Procedendo dessa forma, farão uma interpretação moral desse instituto para adequá-lo às normas constitucionais.

Frente ao exposto, é possível concluir que, mesmo que o legislador tenha sido omissivo e tenha se calado quanto à necessidade de controle de representação adequada, enquanto não haja uma alteração legislativa para inserir a exigência do controle de representação adequada das partes como requisito de admissibilidade no IRDR para que o incidente esteja em conformidade com o devido processo legal e para que seja auferida sua máxima efetividade, deve ser realizada uma interpretação extensiva do incidente com base nos princípios constitucionais, a fim de garantir sua melhor interpretação: uma interpretação conforme a Constituição.

Referências

AZEVEDO, Marcelo Tadeu de Freitas. A Natureza do Incidente de Resolução de Demandas Repetitiva. São Paulo: **Revista de Processo**, v. 278/2018, p. 337-361, abr., 2018.

BEATY, David. **A Essência do Estado de Direito**. Tradução de Ana Aguiar Cotrim. São Paulo: Martins Fontes. 2014

CAVALCANTI, Marcos de Araújo. **Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR)**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes. 2002.

DWORKIN. **Império do Direito**. Tradução de Jefferson Luiz Carmargo. São Paulo: Martins Fontes. 1999.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini e DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 22ª ed. São Paulo: Malheiros. 2006.

DANTAS, Paulo Roberto de Figueiredo. **Direito Processual Constitucional**. 5ª edição. São Paulo: Atlas. 2014.

FENSTERSEIFER, Shana Serrão. A Representatividade Adequada nas Ações Coletivas Brasileiras. In: GIDI, Antônio; TESHEINER, José Maria; THIBAU, Tereza Cristina Sorice Baracho (Orgs.) **Processos Coletivos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

GIDI, Antônio. A Representação Adequada nas Ações Coletivas Brasileiras: Uma Proposta. In: **University of Houston, Public Law and Legal Theory Series**, A-41. 2007.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2016.

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. **Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas**. Rio de Janeiro: Editora Forense. 2017.

MOTTA, Francisco José Borges. **Ronald Dworkin e a Decisão Jurídica**. 2ª Edição. Salvador: Editora JusPodivm. 2018.

ROSSI, Júlio Cesar. **Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas e o Novo CPC**. Curitiba: Juruá Editora. 2016.

STRECK, Lenio Luiz; MOTTA, Francisco Borges. Para Entender o Novo Código de Processo Civil: da Dignidade da Pessoa Humana ao Devido Processo Legal. In: **Revista Opinião Jurídica**, Fortaleza, ano 14, n. 19, p. 112-128, 2016.

CONSTITUCIONALISMO GLOBAL E PROPORCIONALIDADE

Ana Paula Carvalho Salomone¹

¹ Mestranda em Direito na Fundação Escola do Ministério Público. Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Especialista em Direito Civil pela UniRitter. Especialista em Direito Processual Civil pela Fundação Escola do Ministério Público. Assessora de Juiz de Direito no Poder Judiciário do Rio Grande do Sul. Endereço eletrônico: anacarvalho.s@hotmail.com

Resumo

O texto aborda os conceitos atribuídos ao constitucionalismo global e à proporcionalidade, objetivando demonstrar o elo que conecta esses dois institutos. O constitucionalismo global ainda é ponto controvertido na doutrina, dividindo opiniões acerca da possibilidade de sua instauração, tendo em vista as divergências sociais, culturais e políticas entre as nações. Para aqueles que acreditam na viabilidade de um constitucionalismo global como forma de universalizar a proteção a determinados direitos fundamentais, a adoção da proporcionalidade, método de julgamento originário da doutrina alemã, surge como uma de suas principais características definidoras. Assim, o artigo analisa, em um segundo momento, como a adoção da proporcionalidade pode contribuir para a viabilização do sistema do constitucionalismo global.

Palavras-chave: Constitucionalismo global. Direitos Fundamentais. Jurisdição constitucional. Proporcionalidade.

Abstract

The text addresses the concepts attributed to global constitutionalism and proportionality, aiming to demonstrate the link that connects these two institutes. Global constitutionalism is still a controversial point in the doctrine, dividing opinions about the possibility of establishing this model, considering the social, cultural and political divergences between nations. For those who believe in the viability of a global constitutionalism, as a way of universalizing the protection of certain fundamental rights, the adoption of proportionality, a method of judgment originating in German doctrine, emerges as one of its main defining characteristics. Thus, the text analyzes, in a second moment, how the adoption of proportionality can contribute to the viability of the system of global constitutionalism.

Keywords: Constitutional jurisdiction. Fundamental rights. Global constitutionalism. Proportionality.

Introdução

O direito constitucional passou por diversos períodos de evolução nos últimos séculos. Atualmente, o seu ramo de atuação foi alargado, o que se verifica nas expressões denominadas 'neoconstitucionalismo' e 'constitucionalismo global'. O artigo analisará a expressão do constitucionalismo global, estabelecendo seu conceito, seus benefícios e os problemas que envolvem a sua efetivação. Há divergência doutrinária sobre a possibilidade ou a viabilidade de instaurar o modelo de constitucionalismo global, bem como sobre a maneira pela qual se manifesta. Porém, aqueles que acreditam na sua viabilidade utilizam a proporcionalidade como característica básica de sua instauração, pois ela busca bases argumentativas que sejam internacionalmente aceitas no que se refere à solução de conflitos envolvendo direitos constitucionais fundamentais.

Atualmente, é possível verificar que há estreita relação entre o direito internacional e o direito interno no que se refere a valores protegidos, o que, de certa forma, demonstra uma base para a globalização do direito constitucional, sobretudo no que se refere aos direitos humanos e fundamentais. Nesse aspecto, considerando a relevância dos valores objeto da busca pela proteção universal, está a importância da pesquisa sobre o tema. A proteção de direitos fundamentais de modo global é uma forma de assegurar, de forma máxima, os princípios básicos de direito e o princípio da dignidade da pessoa humana.

Para melhor elucidar o tema, o texto está dividido em dois capítulos. Na primeira parte, serão abordadas as revoluções e as inovações que fazem parte do direito constitucional e será estabelecido o conceito de constitucionalismo global na visão de diferentes autores. Serão analisados os seus benefícios e os desafios encontrados na sua efetivação. No segundo capítulo, a proporcionalidade será analisada como método de julgamento e análise da colisão entre direitos fundamentais, sendo explanadas suas origens, suas formas de utilização e a maneira como foi adotada por diferentes países. Por fim, ainda no segundo capítulo, esta forma de julgamento será relacionada de modo a contribuir para a efetivação do constitucionalismo global.

1 Constitucionalismo global

Uma nova forma de constitucionalismo vem surgindo desde a Segunda Guerra Mundial, denominada constitucionalismo global ou modelo global de constitucionalismo. Esse modelo surgiu na Europa, onde tem mais expressão, mas já atinge a América do Sul, Índia, Canadá e Israel. Os Estados Unidos, por sua vez, ainda mantêm resistência à adoção do modelo global de constitucionalismo, priorizando a interpretação em detrimento da justificação, utilizando o balanceamento apenas em questões determinadas (COHEN-ELIYA, 2017, p. 103). Tais diferenças decorrem principalmente de fatores relacionados ao contexto histórico e social em que surgiram os direitos constitucionais e administrativos na Europa e nos Estados Unidos.

Antes do surgimento das versões atuais de constitucionalismo, os direitos tinham campo de atuação limitada, pois protegiam apenas determinados interesses dos indivíduos, impondo substancialmente obrigações negativas para o Estado e valiam apenas entre os cidadãos e o governo, não se aplicando de forma horizontal entre particulares. Tais direitos podiam ser violados apenas em situações excepcionais. Essa visão foi superada, e as principais causas do abandono das premissas anteriormente adotadas são a visão horizontal dos direitos, a ponderação e a proporcionalidade (MÖLLER, 2017, p. 131-134).

Após o término da Segunda Guerra Mundial, sob a influência do pós-positivismo, as constituições ganharam novos papéis, sendo reconhecida sua força normativa e axiológica. Tal fato se verificou na Europa, na década de 1950, chegando ao Brasil após, aproximadamente, quarenta anos, em razão da situação política que aqui perdurava. A transição do positivismo jurídico para o pós-positivismo estabeleceu o reencontro do direito com as questões éticas, criticando os modelos anteriores, nos quais era estabelecida uma severa distinção entre direito, política e moral. Passou-se, então, a entender que há complementaridade mútua entre esses três fatores, o que contribuiu para a atribuição de maior importância à interpretação jurídica, à legitimidade democrática e à normatividade dos princípios. Nesse período,

também surgiram os direitos sociais, tendo como base o princípio de proteção à dignidade da pessoa humana (NISHIYAMA, 2019, p. 4). Tais direitos atribuem obrigações positivas ao Estado, assim como maiores garantias fundamentais aos indivíduos.

Com o advento do chamado 'novo constitucionalismo', elevaram-se os conflitos entre os direitos constitucionais fundamentais, fato que decorre da proteção ampliada que lhes é dada (SWEET, 2008, p. 85-86). Para Carlos Bernal Pulido, as principais características do chamado neoconstitucionalismo são:

a institucionalização do constitucionalismo democrático nos textos constitucionais, a jusfundamentalização do direito, a judicialização da política nos assuntos que têm relação com os direitos fundamentais e a utilização do princípio de proporcionalidade como metodologia de interpretação e aplicação jurídica (PULIDO, 2017, p. 2).

A expressão constitucionalismo global não pretende descrever uma normatização jurídica universal à qual todos os países estejam submetidos – o que nem seria viável, tendo em vista, sobretudo, as divergências culturais, políticas e jurídicas entre as nações. O que se pretende é o compartilhamento de valores protegidos internacionalmente (BARROSO, 2017, p. 4), a fim de garantir uma proteção universal aos direitos fundamentais e aos direitos humanos.

Na teoria de Eduardo Ribeiro Moreira (2010, p. 8), a criação de um sistema de constitucionalismo global é possível e consideravelmente vantajosa, partindo-se da redefinição da teoria constitucional, do poder constituinte e da soberania. Como aspectos fundamentais ao estabelecimento do esboço do que se pode denominar constitucionalismo global, o autor aponta a subsidiariedade, a competência taxativa e a conexão entre direito e política. Como forma de viabilização, entende necessária a criação de subsistemas e a revisão do papel dos tribunais internacionais mediante a elaboração de um catálogo que regule a competência e a forma de funcionamento dos tribunais e das cortes internacionais. Deverão ser estabelecidos métodos de interpretação constitucional global, pois as constituições nacionais precisarão se adequar às previsões da constituição global.

Como vantagens à adoção de uma constituição global, Eduardo Moreira aponta a regulamentação e o controle da produção de material bélico, a proibição de crimes previstos pelo Tribunal Penal Internacional e a fixação de um catálogo de direitos com objetivo de garantir um 'mínimo existencial global'.

José Gomes Canotilho defende a tese da interconstitucionalidade, a qual pretende tutelar os direitos humanos, os direitos fundamentais e os princípios basilares da democracia e do Estado de Direito. Para ele, as constituições sociais globais devem se assumir como "constituições parciais", ou seja, significam limitações a determinados sistemas sociais, mas não se restringem a previsões formais, contendo mecanismos de produção jurídica. Para embasar sua teoria, utiliza-se da chamada "good governance" como um princípio estruturante, a qual consiste na condução responsável dos assuntos do Estado, acentuando sua interdependência internacional e recuperando mecanismos de articulação público-privada, com foco nas questões de governabilidade, responsabilidade e legitimação (MENDONÇA, 2016, p. 5). Tal teoria tem relação com as bases do constitucionalismo global, na medida em que prevê a existência de constituições globais que contenham determinadas disposições a serem universalmente observadas.

Principalmente no que se refere aos direitos humanos, é possível verificar um ponto de interconexão entre o direito nacional e o internacional. Assim, as normas de direito internacional não são destinadas apenas às relações entre nações, mas também incidem no âmbito do direito nacional. O artigo 4º, II, da Constituição Federal de 1988², assim como o artigo 5º, §3º³, invocam a abertura da ordem jurídica ao direito internacional, o que propicia a captação de mudanças sociais, de forma a acompanhar a evolução dos direitos (MORAES, 2016, p.8). Essa previsão de incidência de normas de direito internacional

2 BRASIL. CONSTITUIÇÃO FEDERAL. Art. 4º A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios: II - prevalência dos direitos humanos;

3 BRASIL. CONSTITUIÇÃO FEDERAL. 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: § 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

no ordenamento jurídico brasileiro demonstra uma inclinação à adoção do chamado constitucionalismo global, para cuja aplicação seria necessário o diálogo entre direito interno e externo.

Para Paulo Ferreira da Cunha (2010, p. 246), a era das constituições estritamente nacionais já está ultrapassada, havendo, atualmente, constituições infraconstitucionais e supranacionais. Acredita que os traços universalistas do direito constitucional são constatados a partir do nascimento do constitucionalismo moderno, através das grandes declarações de direitos do século XVIII, como a que ocorreu na França, em 1791, com alcance para a humanidade. O constitucionalismo global tem como base fundamental os valores e os princípios constitucionais gerais, a ética global e os valores políticos de liberdade, igualdade, justiça e fraternidade. Fundado no fenômeno chamado de neoconstitucionalismo, estabeleceram-se a supremacia e a laicização da constituição, no sentido de refletir a neutralidade e a imparcialidade do Estado.

2 Proporcionalidade e constitucionalismo global

Para aqueles que defendem a existência de um constitucionalismo global, a proporcionalidade é uma de suas principais características definidoras. Difundiu-se como um princípio de direito, geral e não escrito, e atualmente é vista como uma forma de julgamento constitucional, um modo de solucionar conflitos entre direitos constitucionais, auxiliando os juízes na tomada de decisão (SWEET, 2008, p. 87-88). A utilização da proporcionalidade surgiu no direito administrativo alemão, no final do século XVIII, na intenção de justificar o poder de polícia quanto à afirmação de que o Estado deve adotar as medidas necessárias para a manutenção da paz, da segurança e da ordem pública (COHEN-ELIYA, 2013, p. 25). Surgiu a necessidade de analisar quais seriam essas “medidas necessárias”, conforme são atingidos os direitos e as liberdades individuais.

Para que se entenda adequadamente o âmbito de atuação da proporcionalidade, é importante ressaltar a distinção entre regras e princípios, proposta por Robert Alexy. O doutrinador caracteriza os princípios como “requisitos de otimização”, e as regras como normas predeterminadas, as quais podem ser cumpridas ou não. Assim, um conflito entre regras deve ser solucionado através da invalidação de alguma delas, enquanto uma colisão entre princípios deve ser resolvida quando um deles se sobressai ao outro no ponto de conflito. Esses critérios ou condições para que seja possível analisar quando um princípio supera o outro são fixados pelas regras de proporcionalidade (BARAK, 2012, p. 38).

Não há que privar um indivíduo de seu bem-estar unicamente por haver um interesse coletivo em sentido contrário. A premissa que se estabelece é que, quanto maior for o ônus que uma medida impõe aos afetados, mais certa e segura deve ser a sua contribuição para o interesse público. Portanto, quanto mais grave for a violação de um direito individual por parte do Estado, mais garantias o Tribunal Constitucional deve obter, a fim de verificar se a medida é proporcional. A análise conforme a proporcionalidade não tem o objetivo de impedir o exercício da discricionariedade legítima, pois o papel dos tribunais é garantir a legalidade e não a correção dos atos das autoridades públicas (HUSCROFT, 2014, p. 216). É uma forma de garantir que os direitos não sejam prejudicados desnecessariamente, encontrando formas de restringir a ação estatal, baseada na concepção de um status único dos direitos, bem como da necessidade de justificativa especial como forma de autorização para que tais direitos sejam infringidos (COHEN-ELIYA, 2013, p. 43).

Em sua forma mais desenvolvida, a análise de proporcionalidade envolve quatro etapas, cada uma baseada em um teste. Na primeira fase, é realizado o teste de legitimidade, no qual o julgador vai analisar se o Estado está constitucionalmente autorizado a praticar tal ato. A segunda fase constitui a avaliação da adequação, verificando se os meios adotados pelo governo guardam razoabilidade com os objetivos que a medida pretende alcançar. O terceiro teste a ser realizado é o da necessidade, em que se analisa se o direito não está sendo restringido mais

do que o necessário para a obtenção do resultado pretendido. O último estágio do teste é a análise de proporcionalidade em sentido estrito, em que o julgador irá sopesar os benefícios do ato e o custo do direito violado para determinar qual valor constitucional prevalecerá no caso concreto. É nesse último estágio que se encontra a ponderação. A adoção do teste de proporcionalidade não pretende garantir uma decisão justa, mas embasar a argumentação das decisões, explicitando as análises realizadas pelo julgador até chegar à conclusão final (SWEET, 2008, p. 75-80). A utilização da proporcionalidade também não garante que dois julgadores que se utilizem dos mesmos critérios cheguem à mesma conclusão final, pois há uma parcela de subjetividade que não é possível excluir. Ela tem como objetivo apenas uniformizar os critérios de análise de situações envolvendo o conflito de direitos fundamentais e a fundamentação dessas decisões.

Ainda que haja variações sobre os testes aplicados, esse foi o modelo oriundo do direito administrativo alemão, o qual se expandiu para o Canadá, África do Sul, Nova Zelândia, Israel, Europa Oriental, América Central, América do Sul e Reino Unido, sendo também adotado pela Convenção Européia dos Direitos Humanos e pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos. Esse modelo de teste de proporcionalidade tem Robert Alexy como seu principal defensor e fornece recursos processuais e substantivos, a fim de acompanhar a evolução dos direitos (YOUNG, 2017, p. 257-258). A utilização da proporcionalidade também é verificada na Organização Mundial do Comércio, fato que contribuiu para a constitucionalização da organização.

A disseminação da utilização da proporcionalidade é um fenômeno complexo, porque envolve diversas decisões isoladas e discretas em diferentes países. Em muitos casos, ela é adotada sem que se fundamente de modo expresso, o que dificulta a sua identificação. Ainda assim, é possível constatar que a proporcionalidade constitui um método que permite a expansão da autoridade judicial de forma global, garantindo aos julgadores constitucionais meios hábeis para responderem a questões de legitimidade e com tendência a desenvolver um status normativo próprio, com pressuposto de norma fundamental ou princípio

meta-constitucional que estabelece diretrizes para o desenvolvimento da doutrina (SWEET, 2008, p. 160-161).

Há críticas estabelecidas à ponderação, principalmente pelo fato de não haver critérios racionais objetivos para a sua realização, como aponta Habermas. As críticas se situam principalmente na ausência de um ponto de referência jurídico que embase sua aplicação, na falta de clareza dos conceitos, na análise casuística e na incomensurabilidade (GAVIÃO FILHO, 2011, p. 251-252). Ignacio Cuevas (2012, p. 474) também faz apontamentos críticos no sentido de que o teste de proporcionalidade não pode ser utilizado em todas as situações, de forma indistinta, sob pena de ensejar uma maior proteção aos interesses estatais.

Nota-se, assim, que a proporcionalidade tem como objetivo garantir meios para que decisões alcancem uma identidade de raciocínio no que se refere à fundamentação da análise das tensões entre direitos constitucionais. Assim, constitui-se como um dos elementos estruturais imprescindíveis para a viabilização do constitucionalismo global ao buscar características que sejam internacionalmente válidas (KLATT, 2014, p. 24). Ainda que a adoção do teste não garanta que julgadores diversos cheguem a conclusões iguais, o fato de haver uma universalização do modo de análise dos conflitos entre direitos fundamentais e da argumentação das decisões possibilita a efetivação dos objetivos do constitucionalismo global, tendo em vista que a aplicação da proteção universal aos direitos fundamentais ocasionará colisão com a intervenção estatal.

Conclusão

O constitucionalismo global pretende universalizar a proteção de direitos fundamentais a exemplo do que, de certa maneira, já ocorre com os direitos humanos, a fim de garantir proteção máxima e uniforme a esses direitos. Para tanto, não seria adequado – e até mesmo não se mostraria possível – construir uma legislação universal contendo normas técnicas formais. Mas é viável prever a proteção de determinados direitos que

contenham caráter de importância relevada, necessários a garantir “um mínimo existencial global”. A abertura existente na Carta Magna no que se refere aos direitos humanos e à legislação internacional constitui a base para a efetivação de um direito constitucional global, cujos traços universalistas podem ser constatados a partir do nascimento do constitucionalismo moderno.

Ainda que a possibilidade de universalização dos valores e princípios constitucionais gerais, da ética global e dos valores políticos de liberdade, igualdade, justiça e fraternidade não seja uma opinião unânime entre os doutrinadores, para aqueles que acreditam na viabilidade de um modelo global de constitucionalismo, a proporcionalidade surge como uma forma de viabilizar a sua realização. Isso porque é necessário que sejam estabelecidos métodos de interpretação globais a fim de adequar as normas supranacionais às legislações internas.

A proporcionalidade consiste em um método de julgamento que objetiva auxiliar os julgadores a solucionar os conflitos decorrentes da colisão entre direitos constitucionais fundamentais, estabelecendo critérios universalmente válidos para a análise de situações concretas envolvendo a colisão entre direitos fundamentais. Justamente por ser uma técnica capaz de formar métodos argumentativos internacionalmente aceitos, mostra-se essencial à viabilização do constitucionalismo global.

Referências

BARAK, Aharon. **Proporcionalidade**. New York: Cambridge, 2012.

BARROSO, Luís Roberto. Countermajoritarian, Representative, and Enlightened: The roles of constitutional tribunals in contemporary democracies. **Revista Direito e Práxis, Ahead of print**. Rio de Janeiro, v. 9, n. 4, p. 2171-2228, 2017. Disponível em: <<https://luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2018/11/Papeis-das-supremas-cortes.pdf>> Acesso em: 15 jun. 2019.

COHEN-ELIYA, Moshe; PORAT, Iddo. The Administrative Origins of Constitutional Rights and Global Constitutionalism. In: JACKSON, Vicki C. and TUSHNET, Mark. (Orgs) **Proportionality: New Frontiers, New Challenges**. United Kingdom: Cambridge University Press, 2017.

COHEN-ELIYA, Moshe; PORAT, Iddo. **Proporcionalidade and Constitutional Culture**. New York: Cambridge Studies in Constitutional Law, 2013.

CUEVAS, Ignacio Covarrubias. La desproporción del test de proporcionalidad: aspectos problemáticos en su formulación y aplicación. **Revista Chilena de Derecho**, Santiago, v. 39, n. 2, p. 447-480, agosto de 2012.

CUNHA, Paulo Ferreira. Do constitucionalismo global. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**, São Paulo, n. 15, p. 245-255. jan.-jun. 2010.

GAVIÃO FILHO, Anízio Pires. **Colisão de direitos fundamentais, argumentação e ponderação**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

HUSCROFT, Grante; MILLER, Bradley; W. e WEBBER, Grégoire. **Proporcionalidade and the Rule of Law: rights, justification, reasoning**. New York: Cambridge University Press, 2014.

KLATT, Matthias e MEISTER, Moritz. **A máxima da proporcionalidade: um elemento estrutural do constitucionalismo global**. Traduzido por João Costa Neto. 2014. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/315768183_A_Maxima_da_Proporcionalidade_um_elemento_estrutural_do_constitucionalismo_global Acesso em: 30 jun. 2019.

MENDONÇA, Fernanda Graebin; NASCIMENTO, Valéria Ribas. Os desafios para a proteção dos direitos humanos na era da interconstitucionalidade: a margem nacional de apreciação como instrumento de proteção no contexto do sistema interamericano. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. v. 94, p. 221-246, jan.-mar., 2016.

MÖLLER, Kay. US Constitutional Law, Proportionality, and the Global Model. In: JACKSON, Vicki C.; TUSHNET, Mark. (Orgs) **Proportionality: New Frontiers, New Challenges**. United Kingdom: Cambridge University Press, 2017.

MORAES, Ricardo Quartim. O caráter autovinculante das declarações do chefe do poder executivo – do direito internacional ao direito constitucional. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. v. 97, p. 337-369, set.-out., 2016.

MOREIRA, Eduardo Ribeiro. Por um constitucionalismo global. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. vol. 73/2010, p. 102-116, out-dez/2010.

NISHIYAMA, Adolfo Mamoru. As transformações do direito na década de 1950: a ascensão do pós-positivismo e o fortalecimento das constituições na Europa e a expansão dos direitos sociais no Brasil. **Revista dos Tribunais**. v. 1000, p. 599-612, fev. 2019.

PULIDO, Carlos Bernal. Constituições sem Constitucionalismo e a desproporção da proporcionalidade: dois aspectos da encruzilhada dos direitos fundamentais no neoconstitucionalismo. **Revista de Direito Administrativo e Infraestrutura**. vol. 2. p. 25-56. jul-set/2017.

SWEET, Alec Stone; MATHEUS, Jud. **Proportionality Balancing and Global Constitutionalism**. New Haven: Yale University, 2008. Disponível em: https://works.bepress.com/alec_stone_sweet/11/. Acesso em 15 jun. 2019.

YOUNG, Katharine G. Proportionality, Reasonableness, and Economic and Social Rights. In: **Proportionality – New Frontiers, New Challenges. Comparative Constitutional Law and Policy**. Estados Unidos: Cambridge Univesity Press, 2017.

A PROPORCIONALIDADE COMO FERRAMENTA DE GARANTIA DOS DIREITOS SOCIAIS FACE AOS LIMITES DO ESTADO: UMA JUSTICIABILIDADE PONDERADA¹

Vanderlei Salazar Fagundes da Rocha²

-
- 1 Artigo escrito para o IV Seminário Internacional Tutelas à Efetivação de Direitos Indisponíveis, do programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito – Mestrado da Fundação Escola Superior do Ministério Público (FMP), no eixo temático Direitos Fundamentais e Jurisdição.
 - 2 Pós-graduado em Direito do Estado pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Pós-graduado em Direito Público pela Fundação Educacional Machado de Assis (FEMA). MBA em Gestão Estratégica de Pessoas pela Faculdade Estácio de Sá. Pós-graduando stricto sensu em Direito-Mestrado pela Fundação Escola Superior do Ministério Público/RS. Advogado e Consultor Jurídico da Borba, Pause & Perin - Advogados, sociedade profissional especializada em consultoria de direito público aos Municípios do Rio Grande do Sul e outros Estados da Federação. Docente integrante do quadro de instrutores técnicos da DPM Educação Ltda., empresa especializada na capacitação e formação de servidores públicos municipais. Email: vandرسالazar@gmail.com

Resumo

A jurisdição constitucional e sua operacionalização dentro de uma perspectiva democrática constituem elementos centrais da noção de constitucionalismo e da realização e concretização dos valores e dos direitos fundamentais. Nesse passo, as políticas públicas representam a coordenação dos meios colocados à disposição do Estado, de forma a harmonizar as atividades estatais e privadas para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados. As políticas públicas devem ser vistas como processo ou conjunto de processos que culmina na escolha racional e coletiva de prioridades para a definição dos interesses públicos reconhecidos pelo Direito. A compreensão do conceito de direito fundamental como um todo pressupõe que direitos fundamentais devam ser reconhecidos como direitos subjetivos dispostos analiticamente em um sistema de posições fundamentais jurídicas. Quando o Estado deixa de cumprir seu papel na prestação positiva, cabe ao Poder Judiciário exercer seu mister para garantir o direito fundamental social em jogo, restando saber, entretanto, qual o grau de atuação do Judiciário.

Palavras-chave: Direitos. Fundamentais. Humanos. Judicialização. Ponderação.

Abstract

Constitutional jurisdiction and its operationalization within a democratic perspective are central elements of the notion of constitutionalism and the realization and realization of fundamental values and rights. In this step, public policies represent the coordination of the means made available to the state, in order to harmonize state and private activities to achieve socially relevant and politically determined objectives. Public policies should be seen as a process or set of processes that culminates in the rational and collective choice of priorities for the definition of public interests recognized by law. Understanding the concept of fundamental law as a whole presupposes that fundamental rights must be recognized as subjective rights analytically disposed in a system of fundamental legal positions. When the State fails to fulfill its role in the positive performance, it is up to the judiciary to exercise its role to guarantee the fundamental social right at stake, remaining to know, however, the degree of action of the judiciary.

Keywords: Rights Fundamentals. Humans. Judicialization. Weighting.

Considerações iniciais

A jurisdição constitucional e sua operacionalização dentro de uma perspectiva democrática constituem elementos centrais da noção de constitucionalismo e da realização e concretização dos valores e dos direitos fundamentais. Nesse contexto, o direito de uma pessoa a ser tratada com dignidade é o direito a que os outros reconheçam seus verdadeiros interesses críticos.

A compreensão do conceito de direito fundamental como um todo pressupõe que direitos fundamentais devam ser reconhecidos como direitos subjetivos dispostos analiticamente em um sistema de posições fundamentais, jurídicas, definitivas e *prima facie*. Para isso, deve-se exigir do Estado uma atuação positiva no sentido de dar a normalização necessária para a respectiva proteção ou executar ações materiais, a partir da criação de organizações em sentido estrito. O Estado também deve estabelecer procedimentos administrativos e judiciais, nos quais repousa a importância da ponderação como solução de conflitos quando há direitos, por vezes, equivalentes em colisão.

Assim, no presente trabalho, a partir da adoção do método de abordagem hipotético-dedutivo e da aplicação da técnica de pesquisa bibliográfica, faz-se uma análise do princípio da dignidade humana. Na sequência, será sucintamente abordada a questão da judicialização dos direitos sociais em decorrência da ineficiência de sua garantia, como garantia da efetivação das políticas públicas, assegurando direitos sociais e cidadania.

Sendo o Estado obrigado a cumprir o disposto na ordem constitucional, a ação estatal é vinculada ao mandamento legal na ordem de colocar à disposição do indivíduo todas as condições para o exercício de seus direitos e a satisfação de suas necessidades. Em razão disso, quando o Estado deixa de cumprir seu papel na prestação positiva, cabe ao Poder Judiciário exercer seu mister para garantir o direito fundamental social em jogo, restando saber, entretanto, qual o grau de atuação do Judiciário. Nesse contexto, a proporcionalidade atua como ferramenta importante de garantia dos direitos sociais da criança e do adolescente frente aos limites do Estado, por exemplo,

a partir do controle judicial ponderado quando direitos fundamentais entram em colisão.

1 Dignidade humana e direitos sociais

Dignidade humana é o que se poderia chamar de um “conceito-ponte”, ou seja, um conceito de conexão – que conecta um conceito empírico ou descritivo a um conceito normativo ou avaliativo. O conceito normativo é dividido em duas formulações, chamadas de normas operativas da dignidade humana. Ele aponta o dever de levar a sério todos os seres humanos como pessoas e o direito de todos os seres humanos serem levados a sério como pessoas (ALEXY, 2015, p. 27). O direito de uma pessoa a ser tratada com dignidade é o direito a que os outros reconheçam seus verdadeiros interesses críticos: que reconheçam que ela é o tipo de criatura cuja posição moral torna intrínseca e objetivamente importante o modo como sua vida transcorre, e que a dignidade é um aspecto de importância intrínseca da vida humana (DWORKIN, 2003, p. 337).

Depois de ter garantido um mínimo para sua existência e ter preservadas sua identidade e sua integridade, tanto física quanto espiritual, o que o ser humano de fato necessita para gozar uma vida digna e, por consequência, feliz, é ter a plena capacidade de viver o presente e conceber o futuro livremente (ÁVILA, 2019, p. 11). Quando se fala em direitos fundamentais sociais, tais como direitos à saúde, ao trabalho, à moradia e à educação, quer-se, primariamente, fazer menção a direitos à prestação em sentido estrito (ALEXY, 2008, p. 499). Embora se possa dizer que os direitos fundamentais sociais sejam direitos à prestação positiva, não quer dizer que tais direitos sejam assegurados indiscutivelmente. O direito à saúde, por exemplo, conforme a norma do art. 196 da Constituição, é um direito que existe *prima facie* no ordenamento jurídico brasileiro, mas nem por isso sua realização integral é assegurada (GAVIÃO FILHO, 2005, p. 158).

O modelo de direitos fundamentais sociais é uma expressão denominada de “ideia-chave formal” dos direitos fundamentais, pois o critério para aquilo que deve ser decidido em conformidade com o processo democrático e aquilo que é decidido pela Constituição depende do grau de importância de cada posição. No entanto, o modelo “ideia-chave formal” nada explica quanto aos critérios de definição da importância, razão pela qual a ideia formal deve estar conectada com uma ideia ou uma concepção substantiva (ALEXY, 2015, p. 166-167).

A partir de um conceito não-positivista dos direitos fundamentais, a tese de dupla natureza não contesta que sejam direito positivo, vale dizer, direito positivo ao nível da Constituição, o que leva a crer que não há espaço para catalogar direitos fundamentais (sociais) em diploma legal de nível inferior, lei ordinária ou lei complementar. A razão para isso é que os direitos fundamentais são os direitos gravados intencionalmente em uma constituição, com o intuito de transformar os direitos humanos em direitos positivos, configurando, assim, uma intenção objetiva de prestação positiva (ALEXY, 2015, p. 168). O reconhecimento formal dos direitos sociais não se converteu em realidade na Constituição de Weimar, por isso as normas respectivas foram qualificadas como princípios jurídicos objetivos, ordenações, diretivas ou normas programáticas (LEDUR, 2009, p. 90)

Diferentemente, é a Constituição alemã que contém direitos sociais, em especial o direito ao mínimo existencial, precipuamente a partir da decisão do chamado caso “Hartz IV” (ALEXY, 2015, p. 166). Esse caso se refere ao fato de uma família do Estado de Hesse, composta pelo casal e uma filha nascida em 1994, ter ingressado no Tribunal Social local (Sozialgericht³) com pedido de recebimento de um benefício mais elevado, alegando que o benefício-padrão não seria suficiente para garantir seu mínimo existencial. O Sozialgericht rejeitou o pedido alegando, entre outros aspectos, uma decisão do Tribunal Social Federal (Bundessozialgerichts) de 23 de novembro de 2006, que interpretou que o benefício-padrão seria, sim, compatível com

3 Na Alemanha, há uma jurisdição social autônoma, à qual compete apreciar questões de assistência social e de previdência.

a Constituição. O Tribunal Social Estadual (Landessozialgericht), ao se deparar com o caso, submeteu-o ao Tribunal Constitucional Federal para que esse apreciasse a compatibilidade desse benefício com a Lei Fundamental Alemã⁴. O Tribunal Constitucional Alemão alcançou o direito com o fundamento de que a dignidade humana justifica o direito a um mínimo existencial. Senão vejamos:

O benefício deve, por sua vez, ser o necessário para suportar a garantia ao mínimo existencial. A pretensão a esse direito está disposta no art. 1, I GG, mas a sua extensão não encontra definição na Lei Fundamental, uma vez que depende de quantificação de necessidades e recursos que a Carta Constitucional não tem como prever. A abrangência do benefício depende de o que a sociedade compreende como mínimo existencial e das condições básicas de sobrevivência, questões que devem ser observadas pelo legislador quando da edição da norma correspondente⁵.

A principal expressão dessa decisão é que a dignidade humana justifica o direito a um mínimo existencial. No entanto, o fato de a dignidade humana desempenhar o papel de uma “ideia-chave substantiva”, por implicar direitos humanos, pode demandar direitos sociais? A resposta exige um olhar sobre o conceito de dignidade humana a partir de uma estrutura denominada duplo-triádica (ALEXY, 2015, p. 169). Outro ponto de grande interesse é a discussão sobre quais os direitos fundamentais sociais a que o indivíduo faz jus definitivamente. Para isso, mostra-se inarredável a ponderação de princípios. Alexy afirma que o modelo não determina quais direitos fundamentais sociais definitivos o indivíduo tem, pois a resposta a essa questão é tarefa da dogmática de cada um dos direitos fundamentais sociais, destacando, ademais, que mesmo os direitos fundamentais mínimos têm, especialmente quando muitos necessitam deles, enormes efeitos financeiros (ALEXY, 2008, p. 512).

4 HORBACH, Beatriz Bastide. Benefícios Sociais e a Garantia do Mínimo Existencial: O Caso Hartz IV. Observatório da Jurisdição Constitucional ISSN 1982-4564 Ano 4, 2010/2011. Disponível em: <https://portal.idp.emnuvens.com.br/observatorio/article/view/446/287> Acesso em: 17 out 2019.

5 HOBACH, Beatriz Bastide. *Ibidem*.

Os direitos fundamentais são, em grande medida, objeto de debate sobre qual o papel que as possibilidades financeiras do Estado exercem na ponderação de direitos sociais, tendo em vista que o princípio da possibilidade financeira é o argumento mais importante para a limitação dos direitos sociais. No entanto, a dignidade humana tem precedência sobre possibilidades financeiras quando o mínimo existencial não se vê garantido, a partir da ponderação entre os princípios da dignidade humana e da possibilidade financeira do Estado (ALEXY, 2015, p. 176-177).

2 Prestações positivas e controle judicial ponderado

A expressão “direitos a prestações positivas” significa uma atuação positiva do Estado, ou seja, direitos positivos são direitos que exigem uma atuação estatal, que o Estado faça algo (KLATT, 2015, p. 215-216). Literalmente, todos os direitos podem impor obrigações positivas e negativas às autoridades, tendo a dimensão positiva dos direitos como a mais debatida no âmbito dos direitos sociais e socioeconômicos, tais como educação, saúde, moradia e água. No entanto, os direitos sociais e socioeconômicos também têm status negativo, considerando que os direitos civis ou liberais não podem ser considerados diferentes dos direitos socioeconômicos a partir da dicotomia positivo-negativa (KLATT, 2015, p. 217).

Todo direito a algo é um direito a um ato positivo, isto é, todo direito a uma ação do Estado é um direito a prestações, assim entendida como a contrapartida exata do direito de defesa, pois este é um direito a uma prestação negativa do Estado (GAVIÃO FILHO, 2005, p. 51). O âmbito de proteção preciso deve ser definido em face de interesses colidentes, tais como a disponibilidade de recursos financeiros pelo Estado e os direitos de terceiros, porquanto toda medida protetiva implica em custos, que podem ser mensurados tanto em direito quanto em liberdade, ou a partir de ambos (KLATT, 2015, p. 219). Não obstante a medida protetiva implicar custos, a questão da justiciabilidade

não é um problema somente dos direitos a prestações positivas, dado se tratar de um dilema básico da jurisdição em direitos humanos, porquanto conferir poder decisório ilimitado aos representantes eleitos pode levar a interferências nos direitos humanos, razão pela qual é necessário estabelecer limites também aos representantes eleitos, e os direitos humanos são esses limites (KLATT, 2015, p. 222).

O problema da competência é uma objeção de fundamental importância contra o reconhecimento da exigibilidade de direitos a prestações positivas. Há duas variáveis dessa objeção: a) a que aponta para os limites da expertise; e, b) a para a legitimidade do Judiciário, respectivamente. A variável da expertise sustenta que os Tribunais, em geral, não estão capacitados para lidar com questões complexas e de alto impacto político. Ou seja, os Tribunais não estariam amparados por um vasto aparato burocrático apto para elaborar e processar informações em ampla variedade de temas e matérias, diferentemente do Legislativo (KLATT, 2015, p. 224).

A variável da legitimidade não atribui a juízes qualquer função significativa na efetivação de direitos sociais, porquanto eles não são eleitos nem podem ser politicamente responsabilizados por suas decisões. O verdadeiro poder do Estado se desviaria do processo político e dos representantes democraticamente eleitos para ser entregue aos Tribunais, resultando, sobremaneira, na transformação do estado legislativo parlamentar num "estado constitucional judicial" ou numa "juristocracia" (KLATT, 2015, p. 225-226). No Brasil, acirrado debate foi adotado pelo Judiciário logo após a vigência da Constituição de 1988 em relação ao direito da saúde, quando o Supremo Tribunal Federal – STF firmou entendimento de que o direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição Federal (art. 196). Isso porque traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, cabendo ao Poder Público formular e implementar políticas sociais e econômicas idôneas que visem à **garantia**, aos cidadãos, do acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar. Isso se justifica porque o direito à

saúde, além de se qualificar como direito fundamental que assiste a todas as pessoas, representa consequência constitucional indissociável do direito à vida⁶. Denota-se, portanto, que o princípio da dignidade humana é o único princípio que pode ficar do lado dos direitos fundamentais sociais constitucionais em todos os casos (ALEXY, 2015, p. 174).

O papel dos Tribunais no controle dos direitos positivos pode ser entendido como independente, engajado ou supremacista (Tipologia Triádica). Independente significa, no máximo, que o Tribunal iniciará o controle e, então, estabelecerá um diálogo com os demais poderes a fim de solucionar o problema da determinação dos direitos. Ou seja, os mecanismos de ativismo dialógico podem ajudar os tribunais a lidarem com suas deficiências institucionais ao lidarem com questões socioeconômicas complexas, haja vista que não é necessário ser um formalista legal para admitir que os tribunais carecem de conhecimento técnico, pessoal e de recursos (sem falar na legitimidade) para encontrar e implementar soluções para problemas tão complicados quanto o deslocamento forçado ou a falta de acesso a medicamentos essenciais. Isso resulta num diálogo entre os Tribunais, as autoridades públicas e os atores da sociedade civil sobre essas questões diante de falhas políticas massivas e violações dos direitos sociais e econômicos (LANGFORD ; RODRÍGUEZ-GARAVITO ; ROSSI, 2017, p. 101).

Um Tribunal engajado também adota uma postura de diálogo para exercer sua competência de controle. No entanto, ele estará preparado para fazer as partes se envolverem ativamente na construção da solução, guiando-as para uma negociação sobre o sentido e o alcance dos direitos a prestações positivas do caso particular, empregando métodos da nova governança pública. Todavia, realiza uma avaliação séria das ações governamentais, podendo ser destacada a abordagem do “engajamento efetivo” desenvolvida pelo Tribunal Constitucional da África do Sul, no caso *Olivia Road*. Por fim, o Tribunal supremacista está preparado para proferir, autonomamente, decisões substantivas e detalhadas, bem como para examinar ainda com mais rigor as

6 RE 271286 AgR/RS. Segunda Turma. Rel. Min. Celso de Mello. DJe 24.11.2000.

políticas públicas ou a legislação, tendo como exemplo o Tribunal Constitucional Colombiano, por exemplo, obrigando o governo a formular um plano de contingência para lidar com a falência iminente do sistema de saúde, criar protocolos administrativos para a remoção de reclamações de pacientes e implementar mecanismos para supervisionar, de maneira eficiente, os provedores de saúde privados (RODRÍGUEZ-GARAVITO, 2017, p. 99).

Para descrever as diferentes intensidades de controle empregadas pelos Tribunais, adotou-se a tríplice escala, que permite distinguir três diferentes graus de deferência em relação ao Poder Legislativo: de leve intensidade, de moderada intensidade e de séria intensidade. Um controle de leve intensidade equivale a um alto grau de deferência ao Legislativo e se caracteriza pela busca por erros evidentes do decisor primário, tendo como exemplo a Suprema Corte dos Estados Unidos, o Tribunal Constitucional da África do Sul e o Tribunal Constitucional Federal da Alemanha (KLATT, 2015, p. 229-230).

Um controle de moderada intensidade, conduzindo para um grau moderado de deferência, podemos encontrar na segunda decisão sobre o aborto, proferida pelo Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, deferindo ao Poder Legislativo a tarefa de determinar, em detalhes, o sentido e o alcance da vida do nascituro. No entanto, o Tribunal controla se a proteção oferecida é apropriada, eficaz e baseada numa minuciosa e cuidadosa investigação de fatos, bem como em avaliações justificáveis⁷.

Já um controle de séria intensidade representa um pequeno grau de deferência ao Poder Legislativo. Esse controle foi empregado pelo Tribunal Constitucional Federal da Alemanha na primeira decisão sobre o aborto, afirmando seu papel de instituição de garantia da efetividade do direito à vida, ainda que isso contrariasse a maioria democrática, supostas necessidades políticas ou uma visão dominante da sociedade⁸. Na mesma linha de controle sério, destacam-se decisões nos primeiros anos do Tribunal Constitucional Húngaro, assim como o “olhar seve-

7 BVerfGE 88, 203 parag. 166.

8 BVerfGE 39, 1 parag. 207.

ro” empregado pelo Tribunal Constitucional da África do Sul, em *Khosa vs Ministro do Desenvolvimento Social* (KLATT, 2015, p. 233-234).

O problema institucional do controle judicial pode ser reconstruído como um conflito de competências entre a competência do Legislativo para decidir sobre questões de direito positivo, de um lado, e, de outro, a competência do Tribunal Constitucional para controlar tais decisões. Uma competência é uma capacidade juridicamente estabelecida para alterar uma situação normativa a partir de um ato institucional (KLATT, 2015, p. 235).

As competências podem ser ponderadas, pois levar as competências colidentes para a arena da ponderação permite conciliar a obrigação constitucional de transformar direitos positivos em realidade concreta, sem desprezar a autoridade do Legislativo e do Executivo. O objetivo do modelo ponderado de controle judicial é proteger direitos positivos, de um modo que seja possível reduzir o “risco de uma interferência indevida no autogoverno democrático”. A decisão judicial de casos que envolvem direitos a prestações positivas não é uma tarefa que se resume a garantir o correto equilíbrio entre princípios materiais colidentes, tal como proteger o direito e a estabilidade do orçamento público (KLATT, 2015, p. 237).

A ponderação implica dizer que quanto maior for o grau de não satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior terá que ser a importância da satisfação do outro. No entanto, depende muito de como se vai justificar a avaliação dos pesos das competências por via da escala triádica. A justificação externa deve ser elaborada com atenção às circunstâncias do caso concreto, porquanto depende-se de argumentos que são externos à ponderação em si mesma, isto é, que estejam relacionados com o peso concreto de certa interferência numa dada competência. Assim, é importante estruturar a intensidade de controle judicial para casos envolvendo direitos a prestações positivas, a partir de fatores que indiquem diferentes tipos de circunstâncias em que os Tribunais devam aplicar uma leve, moderada ou

séria intensidade de controle das decisões do Legislativo relacionadas com o bem-estar (KLATT, 2015, p. 242).

Um fato que influencia o peso relativo concreto das competências do Legislativo e do Judiciário é a segurança epistêmica das premissas argumentativas para decidir. Quanto maior for a insegurança epistêmica das premissas, mais peso deve ser atribuído à competência da instituição que tem a especial autoridade para solucioná-la ou decidir, a despeito da incerteza. Importa referir que a insegurança epistêmica pode existir tanto em relação às premissas normativas, quanto em relação às premissas empíricas (KLATT, 2015, p. 244).

Klatt, utilizando-se dos ensinamentos de Wesson, prescreve três aspectos importantes: a) a hipossuficiência (na vida em sociedade) do reclamante; b) a urgência das necessidades do reclamante; e c) as intercessões entre o direito a prestações positivas e outros direitos. Esses elementos podem ser indicativos da maior relevância material da decisão e, por conseguinte, de maior importância da competência dos Tribunais para controlá-la, sendo justificável, nesse ponto, um controle judicial mais intenso (KLATT, 2015, p. 252).

Direitos individuais podem ter peso maior que razões político-financeiras. Na decisão sobre o auxílio-moradia para os beneficiários da assistência social, o Tribunal Constitucional Federal Alemão ampliou o círculo daqueles que teriam direito a essa prestação, com o objetivo de eliminar um tratamento desigual⁹.

Considerações finais

Embora se possa dizer que os direitos fundamentais sociais sejam direitos à prestação positiva, não quer dizer que tais direitos sejam assegurados indiscutivelmente. O direito à saúde, por exemplo, conforme a norma do art. 196 da Constituição, é um direito que existe *prima facie* no ordenamento jurídico bra-

⁹ BVerfGE 27, 220 (228 e SS.).

sileiro, mas nem por isso a realização integral do direito à saúde é assegurada.

A dignidade humana justifica o direito a um mínimo existencial. No entanto, o fato de a dignidade humana desempenhar o papel de uma “ideia-chave substantiva”, por implicar direitos humanos, não necessariamente pode demandar direitos sociais. A dignidade humana tem precedência, por exemplo, sobre possibilidades financeiras quando o mínimo existencial não se vê garantido, porquanto o Estado é peremptoriamente obrigado a assegurar o mínimo existencial, o que podemos destacar no abrigo de criança e de adolescente, situação em que o Estado deve assegurar saúde, educação e alimentação.

Quando há judicialização para assegurar o mínimo existencial como meio de atender ao princípio da dignidade humana, a concepção do papel dos Tribunais no controle dos direitos positivos pode ser entendida como independente, engajada, ou supremacista. Entretanto, é tendência inafastável que os Tribunais comecem a atuar num controle independente, estabelecendo um diálogo com os demais Poderes a fim de solucionar o problema da determinação dos direitos, na esteira do praticado pelo Tribunal Constitucional da Colômbia.

Referências bibliográficas

ALEXY, Robert. **Dignidade Humana, Direitos Sociais e Não-Positivismo Inclusivo**. ALEXY, Robert; BAEZ, Narciso Leandro Xavier; SILVA, Rogério Luiz Nery da (Organizadores). 1ª edição. Florianópolis: Qualis, 2015;

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008;

ÁVILA, Humberto. **Constituição, Liberdade e Interpretação**. São Paulo: Malheiros, 2019

DWORKIN, Ronald. **O domínio da vida: Aborto, eutanásia e liberdades individuais**. São Paulo: Martins Fontes, 2003;

GAVIÃO FILHO, Anízio Pires. **Direito Fundamental ao Ambiente**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2005;

HORBACH, Beatriz Bastide. Benefícios Sociais e a Garantia do Mínimo Existencial: O Caso Hartiz IV. **Observatório da Jurisdição Constitucional**, ano 4, 2010/2011. Disponível em: <https://portal.idp.emnuvens.com.br/observatorio/article/view/446/287> Acesso em: 08 jul. 2019;

LIBERATI, Wilson Donizeti. **Políticas Públicas no Estado Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2013;

LEDUR, José Felipe. **Direitos Fundamentais Sociais: Efetivação no âmbito da democracia participativa**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009;

RODRÍGUEZ-GARAVITO, César. Beyond Enforcement: Assessing and Enhancing Judicial Impact. In: RODRÍGUEZ-GARAVITO, César; ROSSI, Julieta (Orgs). **Social Rights Judgments and the Politics of Compliance**. Cambridge: Cambridge University Press, 2017.

A FORÇA DAS SÚMULAS NO DIREITO BRASILEIRO¹

Eduardo Gonçalves Spitaliere²

-
- 1 Pesquisa desenvolvida no âmbito do Projeto de Pesquisa Garantias Processuais Civas dos Bens Transindividuais, coordenado pelo professor doutor Handel Martins Dias e vinculado no CNPq ao Grupo de Pesquisa Tutelas à Efetivação dos Direitos Transindividuais do Programa de Pós-Graduação em Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público.
 - 2 Bacharelado em direito pela Fundação Escola Superior do Ministério Público (FMP). Integrante do Grupo de Estudos do Projeto de Pesquisa Garantias Processuais Civas dos Bens Transindividuais do programa de pós-graduação em direito da FMP. E-mail: eduardospitaliere@live.com

Resumo

Por meio de revisão da legislação, doutrina e jurisprudência pátria, o presente estudo investiga, usando método qualitativo, a força das súmulas no direito brasileiro. Como problema de pesquisa tem-se a investigação das diferentes espécies de vinculação de que são dotadas as súmulas, tanto as editadas em conformidade com a hipótese do artigo 103-A da Constituição Federal como as ditas persuasivas. Esta investigação tem como objetivo verificar a extensão da eficácia das súmulas após a Emenda Constitucional n.º. 45 e a edição do Código de Processo Civil (CPC) de 2015. A súmula surgiu inicialmente como um método de trabalho, destinado a orientar os ministros do Supremo Tribunal Federal sobre a jurisprudência assente, por meio de um enunciado abstrato e sintético. Com a Emenda Constitucional n.º. 45, uma nova espécie de súmula foi introduzida no ordenamento jurídico brasileiro: as chamadas súmulas vinculantes, providas de eficácia vinculante material ou em sentido estrito. Posteriormente, com a edição do CPC de 2015, as súmulas persuasivas, as quais possuíam força limitada ao âmbito interno dos próprios tribunais, galgaram um novo status, passando a ser dotadas de eficácia vinculante formal ou em sentido amplo. Tal eficácia, embora manifestamente diversa da eficácia das súmulas vinculantes, cria o dever de observação dos enunciados, que não podem ser ignorados por juízes e tribunais, constituindo, nesse sentido, mecanismo idôneo à manutenção da integridade, coerência e estabilidade do direito brasileiro.

Palavras-Chave: Súmulas persuasivas. Súmulas vinculantes. Precedentes. Eficácia vinculante formal ou em sentido amplo. Eficácia vinculante material ou em sentido estrito.

Abstract

Throughout the research of the legislation, doctrine and jurisprudence, the present study investigates, through a qualitative method, the strength of the Súmulas in Brazilian law. Having as research problem the investigation of the different types of binding of the Súmulas, both the published in accordance with the hypothesis of article 103-A of the Federal Constitution, as the persuasive ones, the research aims to verify the effectiveness extension of the súmulas after Constitutional Amendment number 45 and the edition of the 2015 Civil Procedure Code. The Súmulas initially emerged as a working method, intended to guide the Judges of the Supreme Court on their settled jurisprudence. With Constitutional Amendment number 45, a new kind of Súmula was introduced into the Brazilian legal system: the so-called Binding Súmulas, provided with effectiveness material binding or strict sense. Furthermore, with the 2015 Civil Procedure Code, the Persuasive Súmulas, which had limited force within the Courts themselves, gained a new status, becoming formally or broadly binding. Such effectiveness, although clearly different from the effectiveness of the Binding Súmulas, creates the duty to observe the statements, which cannot be ignored by judges and Courts, constituting, in this sense, a suitable mechanism for maintaining the integrity, coherence and stability of Brazilian law.

Keywords: Persuasive Súmulas. Binding Súmulas. Precedents. Material binding or strict sense. Formally or broadly binding.

Introdução

O instituto da súmula é um dos mecanismos mais tradicionais e reconhecidos na comunidade jurídica brasileira. Surgidas da necessidade de garantir a uniformidade das decisões do Supremo Tribunal Federal (STF) sobre questões idênticas ou semelhantes do ponto de vista jurídico, bem como de sumarizar o julgamento de casos repetidos, as súmulas passaram por um grande processo de transformação nos últimos 15 anos, ganhando cada vez mais protagonismo em nosso ordenamento jurídico.

Embora menosprezado por parte da doutrina pátria, é inegável o papel central que o instituto desempenha na práxis forense brasileira, máxime após a edição da Emenda Constitucional (EC) nº. 45 e do Código de Processo Civil (CPC) de 2015. Ademais, garantir a correta utilização das súmulas é assegurar a correta utilização do direito, na forma como compreendido pelos tribunais do país.

Por essas razões, se mostra de suma importância o estudo da origem, das espécies e das diferentes forças de que são dotadas as súmulas no direito brasileiro.

1 A origem das súmulas no Direito Brasileiro

Podemos identificar a Súmula de Jurisprudência Predominante do Supremo Tribunal Federal como a primeira expressão do instituto da súmula no ordenamento jurídico brasileiro. Resultado do trabalho de uma comissão composta pelos ministros Gonçalves de Oliveira, Victor Nunes Leal (relator) e Pedro Chaves, a súmula foi instituída pela Suprema Corte por meio de emenda ao regimento interno, em 30 de agosto de 1963, entrando em vigor no ano seguinte.

Podendo-se apontar como parente próxima dos assentos portugueses editados pela Casa de Suplicação e das máximas italianas editadas pela Corte de Cassação, a súmula foi criada

como um método de trabalho que buscava orientar a própria Corte de vértice por meio de um conjunto de verbetes sintéticos e abstratos sobre a jurisprudência assente nos mais diversos temas. Ou seja, "a súmula reflete a interpretação do Tribunal a respeito de determinada norma. É, segundo seu idealizador, o 'método destinado a ordenar melhor e facilitar a tarefa judicante'" (REALE, 1994, p. 300-301).

A súmula visava, portanto, garantir a uniformidade da jurisprudência, evitando a anarquia jurisprudencial, e abreviar o julgamento de casos repetidos, em hipóteses nas quais a Corte já possuía entendimento firme sobre o tema. Cabendo salientar as palavras do ministro Victor Nunes Leal (1964, p. 623), relator da comissão criadora do instituto:

Foi dessa maneira, colocando-se um pé adiante do outro, que nasceu a Súmula da Jurisprudência Predominante do Supremo Tribunal Federal. Ela atende, portanto, a vários objetivos: é um sistema oficial de referência dos precedentes judiciais mediante a simples citação de um número convencional; distingue a jurisprudência firme daquela que se acha em vias de fixação; atribui à jurisprudência firme conseqüências processuais específicas para abreviar o julgamento dos casos que se repetem e exterminar as proteções deliberadas. (LEAL, 1964, p. 623).

Posteriormente, o termo súmula, inicialmente utilizado para designar o conjunto de enunciados abstratos e genéricos no qual era retratada a jurisprudência assente do Supremo Tribunal, passou a se referir a cada enunciado, momento quando as Súmulas de Jurisprudência Predominante se tornaram simplesmente as súmulas do Supremo Tribunal Federal.

Reconhecidas como um método de trabalho eficiente, as súmulas foram adotadas pelos demais tribunais do país, bem como por alguns órgãos da Administração Pública, a fim de garantir a uniformidade da jurisprudência e sumarizar os julgamentos repetitivos. Comentando os resultados alcançados pelas súmulas como método de trabalho, consignou Leal (1981, p. 2) que

Com esta qualificação de método destinado a ordenar melhor e facilitar a tarefa judicante, a Súmula foi, sucessiva-

mente, adotada no Tribunal Federal de Recursos, no Tribunal Superior do Trabalho e nos Tribunais de Alçada de São Paulo, devendo estender-se aos Tribunais de Justiça (pelo menos, como imperativo do Código de Processo Civil). Também foram criados sistemas congêneres, pelo DASP, nas suas Formulações, relativas à legislação dos servidores civis, e pela Receita Federal, nos seus Pareceres normativos, cujo exemplo foi seguido pela Procuradoria-Geral do Estado do Rio de Janeiro.

Não obstante o reconhecimento do instituto pela comunidade jurídica como um mecanismo importante para a uniformização da jurisprudência, as súmulas, inclusive as dos Tribunais Superiores, nunca passaram a ser um parâmetro obrigatório às demais cortes do país, possuindo eficácia restrita à corte que as emanavam. Nessa linha, Mitidiero (2018, p. 97) assevera que

Quando essas eram vistas apenas como um método de trabalho capaz de ordenar e facilitar a tarefa dos juízes – note-se que aí os destinatários das súmulas eram apenas e tão somente os próprios órgãos judiciais que compunham os tribunais que as emanavam.

Ademais, o descumprimento de um enunciado sumular não gerava nenhuma consequência processual. Por essas razões, a doutrina e a jurisprudência convencionaram a classificar essa espécie de súmula como persuasiva. Persuasiva pois, embora representando o entendimento consolidado da mais alta Corte do país, não era de observância obrigatória, na medida em que os órgãos julgadores precisavam se convencer das razões daquela para aplicá-la.

Com isso, a eficácia e o potencial dos enunciados sumulares foram restringidos, de tal sorte que a observação destes, mesmo dos editados pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ) e pelo Supremo Tribunal Federal, era facultativa, dependendo do arbítrio do julgador a aplicação deles, medida que em nada contribuía para a unidade do direito. Tal quadro, entretanto, passa por alteração significativa a partir do surgimento de uma nova espécie de súmula.

2 As súmulas vinculantes

A Emenda Constitucional n.º. 45/2004, conhecida pela sua ampla reforma no Poder Judiciário, dentre outras diversas mudanças, introduziu, mediante o art. 103-A da Constituição federal (CF), as denominadas súmulas vinculantes. O referido artigo, assim dispõe:

Art. 103 - A O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.

§ 1º A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica. [...]

§ 3º Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso. (BRASIL, 1988).

Com efeito, diversamente das súmulas persuasivas, essa nova espécie de súmula possui efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e da administração pública direta e indireta. Ainda, caso tenha seu conteúdo afrontado, ensejará o ajuizamento de reclamação constitucional diretamente ao Supremo Tribunal Federal, a fim de preservar a competência da corte.

Todavia, a Constituição estabeleceu critérios rígidos para que fossem editadas súmulas dessa espécie. Inicialmente, dois terços dos ministros do Supremo deverão aprovar o conteúdo do enunciado. Em segundo lugar, a súmula vinculante deverá

tratar sobre a validade, interpretação e eficácia de normas específicas. Ainda, é fundamental que a norma interpretada na súmula seja objeto de atual controvérsia entre órgãos judiciais ou entre entes da Administração Pública. E, por fim, a divergência deverá provocar grave insegurança jurídica e considerável multiplicação de processos idênticos.

Assim, em razão da forte vinculação de que gozam as súmulas vinculantes, a Carta Magna de 1988 estabeleceu critérios rígidos para a edição dessas, buscando garantir que os enunciados desta espécie se restrinjam a matérias relevantes e sensíveis ao ordenamento jurídico. Diante desse panorama, convencionou-se a classificar a eficácia de que gozam as súmulas vinculantes de eficácia vinculante material ou em sentido estrito.

3 As súmulas persuasivas após a edição do Código de Processo Civil de 2015

Buscando garantir a estabilidade, coerência e integridade da ordem jurídica, o Novo Código de Processo Civil adotou uma série de mecanismos para efetivar a persecução desses fins. Com isso, as súmulas persuasivas galgaram um novo status, deixando de possuir eficácia meramente persuasivas e passando a ser dotadas de eficácia vinculante formal ou em sentido amplo.

Tal eficácia, embora manifestamente diversa da atribuída às súmulas vinculantes, principalmente devido ao seu descumprimento, não enseja o ajuizamento de reclamação constitucional diretamente ao Supremo Tribunal Federal. Todavia, impõe o dever de observação das súmulas persuasivas editadas pelo STF, em matéria constitucional, e pelo STJ, em matéria infraconstitucional, bem como das editadas por tribunais locais e pelos juízes a eles vinculados. Essa conclusão se extrai da interpretação dos incisos IV e V do artigo 927 do CPC, combinados com o artigo 489, § 1º, VI, também do CPC, os quais criam o dever de observação das súmulas e preveem que a decisão será considerada não fundamentada caso descumpra o dever de observação. Sobre o tema, ensina Medina (2018, p. 1164-1165) que

Os pronunciamentos referidos nos incs. IV e V do art. 927 do CPC/2015 não tem carácter vinculantes, no sentido antes referido, sobretudo porque não se prevê o cabimento de reclamação contra a decisão que os desrespeitar. Isso não significa, porém, que as súmulas “não vinculantes” possam ser ignoradas, pelos juízes e Tribunais. [...] Mesmo nesses casos, para deixar de seguir orientação firmada em súmula, jurisprudência ou precedente “não vinculantes”, terá o órgão jurisdicional de argumentar, expondo, na fundamentação da decisão, “a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento (art. 489, §1º, VI, do CPC/2015). Nesses casos, ainda que se diga que não haja força vinculante (ou força vinculantes em sentido estrito), há que se reconhecer que há necessidade de algum tipo de conformação, já que a decisão a ser proferida não pode ser tida como um corpo estranho no sistema formado pelas demais decisões pronunciadas.

Como se observa, o Código estabeleceu duas hipóteses devido às quais o julgador pode se afastar das súmulas. A primeira, quando o entendimento enunciado na súmula for superado. A segunda, quando existir distinção entre o caso em julgamento e os precedentes que ensejaram a criação da súmula.

Quanto à primeira exceção, é relevante registrar, embora evidente, que a superação da súmula só pode ocorrer pelo próprio órgão ou por órgão superior, criador do enunciado. Isso significa que uma Corte de Apelação não pode superar o entendimento do Supremo Tribunal Federal sobre determinada questão constitucional, podendo somente demonstrar a superação nos casos nos quais o STF tenha revogado a súmula ou, ainda, quando tenha, posteriormente à edição da súmula, se manifestado em sentido diverso.

Em outras palavras, um entendimento sumulado pode ser considerado superado caso exista um precedente posterior em sentido oposto, não sendo necessário que este seja sumulado. Entretanto, o contrário não é verdadeiro. Assim, caso exista uma súmula de uma corte local em sentido diverso de um entendimento exarado, em momento posterior, por um Tribunal Superior, mesmo que não sumulado, pode-se considerar o entendimento sumulado superado, afastando a aplicação deste.

Quanto à segunda exceção, é imprescindível destacar que o Código estabeleceu mais que o dever de observação das súmulas, ele buscou reformar o instituto, a fim de garantir maior efetividade no desempenho da sua função: a unidade do direito brasileiro. Com efeito, o Diploma estabeleceu, em seu artigo 926, § 2º, que, ao editar a súmula, os tribunais devem levar em consideração as circunstâncias de fato dos precedentes que ensejaram a edição daquela. Isso se dá “para evitar que os tribunais evitem utilizar assertivas demasiadamente genéricas” (CAMBI; HAAS; SCHIMITZ, 2017, p. 7), mas, também, para possibilitar a distinção entre o caso em julgamento e a súmula, uma vez que não seria possível essa diferenciação sem a consideração das circunstâncias de fato que ensejaram a criação da súmula.

4 Distinções entre as súmulas vinculantes e persuasivas

Bem entendida a necessidade de observação das súmulas estabelecida pela Emenda Constitucional nº. 45 e pelo Código de Processo Civil, é necessário elucidar as distintas espécies de eficácia daquelas. Com efeito, as súmulas vinculantes são dotadas da chamada eficácia vinculante material ou em sentido estrito, enquanto as súmulas persuasivas são dotadas de eficácia formal ou em sentido amplo. As duas eficácias se diferenciam, inicialmente, porque a primeira é estabelecida por uma norma constitucional (BRASIL, 1988, art. 103-A), ao passo que a segunda é estabelecida por uma norma processual (BRASIL, 2015, art. 927, IV e V).

Conforme o artigo 103-A, § 3º, da CF, caso constatada a afronta ao conteúdo de súmula vinculante, o Supremo Tribunal Federal anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada. De outro lado, no caso de a decisão deixar de seguir enunciado de súmula persuasiva, ela será considerada como não fundamentada, nos termos do artigo 489, § 1º, V e VI, do CPC. Desse ponto decorre outra diferença importante entre as espécies de súmula, enquanto as súmulas vinculantes devem

ser observadas pelo poder judiciário e pela Administração Pública, as súmulas persuasivas têm a necessidade de observação restrita aos órgãos judiciais.

Por fim, a diferença mais relevante entre os tipos de eficácia é que a decisão dissonante de enunciado de súmula vinculante possibilita o ajuizamento de reclamação constitucional diretamente à Suprema Corte, à medida que a decisão que afronta enunciado de súmula persuasiva enseja a oposição de embargos declaratórios (BRASIL, 2015, art. 1.022, parágrafo único, II) e, caso não sanada a omissão, a interposição do recurso cabível da decisão.

Conclusão

Desde a origem do instituto da súmula, este sempre foi pensado como um mecanismo idôneo à manutenção da unidade do direito. Instituídas inicialmente no âmbito do Supremo Tribunal Federal, as súmulas ganharam notoriedade e foram adotadas pelos demais tribunais do País e até mesmo por alguns órgãos da Administração Pública. Todavia, elas ficaram restritas, de início, ao âmbito dos próprios tribunais que as haviam editado, deixando de exercer todo seu potencial de uniformização jurisprudencial e passando a ser denominadas pela doutrina como persuasivas, na medida em que os órgãos julgadores precisavam ser convencidos sobre as razões para aplicá-las.

Tal quadro se altera, pelo menos na seara do STF, a partir da Emenda Constitucional nº. 45/2004, que previu a criação das chamadas súmulas vinculantes. De edição exclusiva pela Suprema Corte e observação obrigatória por parte de todos os órgãos judiciais, bem como pela Administração Pública, as súmulas vinculantes são dotadas de uma eficácia classificada como material ou em sentido estrito. Ensejam, ademais, caso não observadas, o ajuizamento de reclamação diretamente ao Supremo Tribunal Federal, a fim de preservar a competência da Corte.

Com a edição do Código de Processo Civil, a fim de prestigiar cada vez mais o instituto, o legislador elevou o status das

demais súmulas (as ditas persuasivas), que passam a ser dotadas de eficácia vinculante formal ou em sentido amplo. Tal tese decorre da interpretação sistemática dos artigos 927, incisos IV e V, e 489, § 1º, VI, do CPC, que preveem a observação das súmulas do STF, em matéria constitucional, e do STJ, em matéria infraconstitucional, bem como das editadas por tribunais locais e pelos juízes a eles vinculados.

Caso não observadas as súmulas, a decisão é tida por não fundamentada, ensejando a oposição de embargos declaratórios e, caso não suprida a omissão, a interposição do recurso cabível contra a decisão. Com efeito, se percebe que as eficácias das súmulas persuasivas e vinculantes, embora do mesmo gênero (vinculantes), não são da mesma espécie (a primeira sendo vinculante formal ou em sentido amplo e a segunda, vinculante material ou em sentido estrito).

Tais diferenças decorrem, precipuamente, de três pontos. O primeiro é porque as súmulas vinculantes têm eficácia estabelecida por uma norma constitucional (BRASIL, 1988, art. 103-A), ao passo que a vinculação das súmulas persuasivas é estabelecida por uma norma processual (BRASIL, 2015, art. 927, IV e V). Em segundo lugar, pois, conforme o artigo 103-A, § 3º, da CF, o descumprimento do conteúdo da súmula vinculante acarreta a nulidade da decisão, enquanto a decisão que deixar de seguir enunciado de súmula persuasiva será considerada não fundamentada, nos termos do artigo 489, § 1º, V e VI, do CPC. Por fim, a decisão dissonante de enunciado de súmula vinculante possibilita o ajuizamento de reclamação constitucional diretamente à Suprema Corte, à medida que a decisão que afronta enunciado de súmula persuasiva possibilita a oposição de embargos declaratórios (BRASIL, 2015, art. 1.022, parágrafo único, II).

Portanto, após a edição do Diploma Processual Civil de 2015, as súmulas persuasivas passaram a ser dotadas de eficácia vinculante formal ou em sentido amplo. Esta, em que pese diversa da eficácia material ou em sentido estrito da súmula vinculante, sobretudo porque não existe a previsão de cabimento de reclamação contra a decisão que a desrespeitar, cria o dever de observação dos enunciados, que não podem ser ignorados

por juízes e tribunais, constituindo, nesse sentido, mecanismo idôneo à manutenção da integridade, coerência e estabilidade do direito brasileiro.

Referências

ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil**: teoria do processo civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. 1 v.

BAHIA, Alexandre Melo Franco; LADEIRA, Aline Hadad. O precedente judicial em paralelo a súmula vinculante: pela (re)introdução da facticidade no mundo jurídico. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 39, n. 234, p. 275-301, 2014.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 5 out. 1988.

BRASIL. Emenda Constitucional nº. 45, de 30 de dezembro de 2004. Altera dispositivos dos arts. 5º, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134 e 168 da Constituição Federal, e acrescenta os arts. 103-A, 103B, 111-A e 130-A, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**: Brasília, DF, p. 9, 31 dez. 2004.

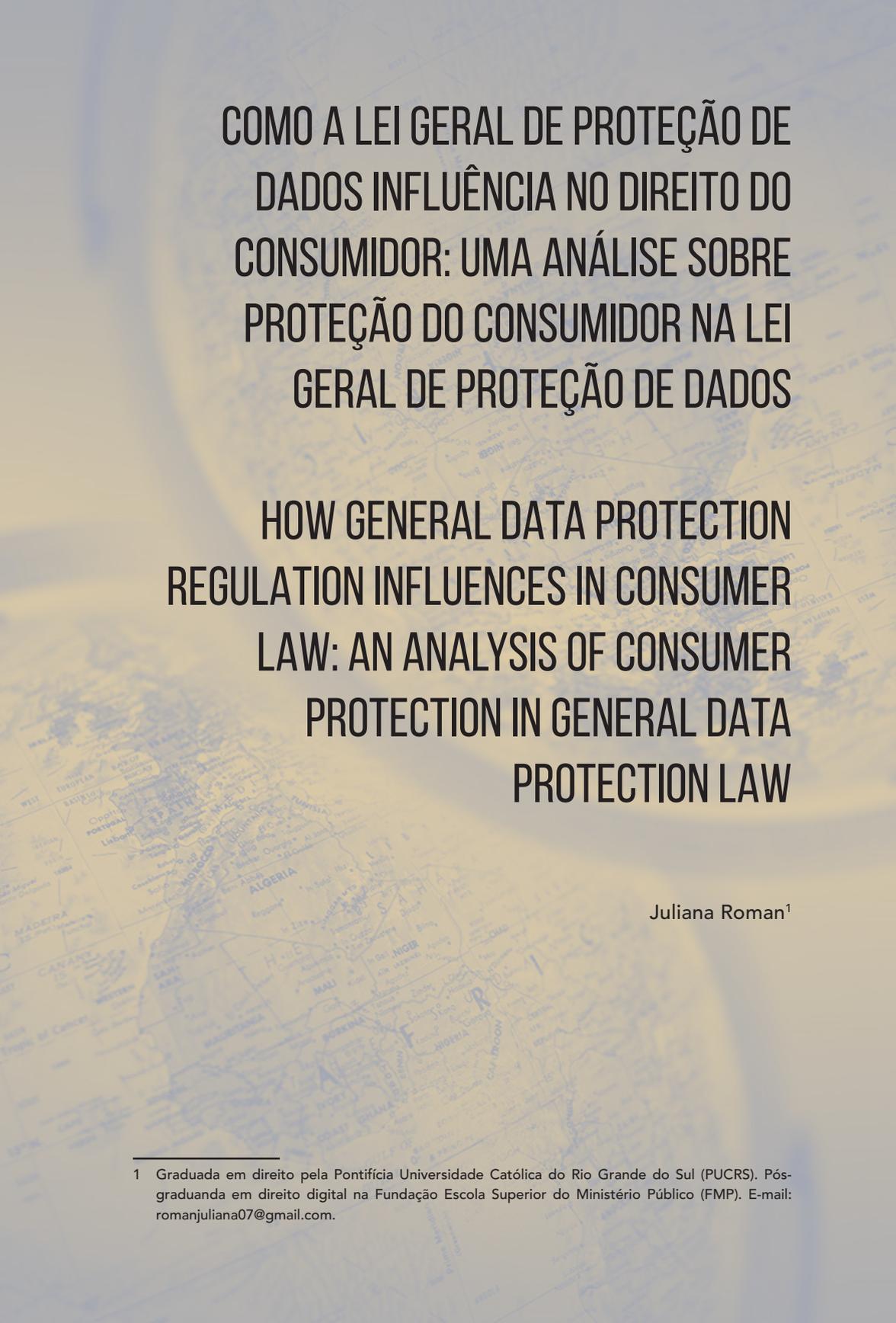
BRASIL. Lei nº. 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**: Brasília, DF, p. 1, 17 mar. 2015.

CÂMARA, Alexandre de Freitas. **Levando os padrões decisórios a sério**: formação e aplicação de precedentes e enunciados de súmula. São Paulo: Atlas, 2017.

CAMBI, Eduardo; HAAS, Adriane; SCHIMITZ, Nicole Naiara. Uniformização da jurisprudência e precedentes judiciais. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 978, p. 227-264, 2017.

FENSTERSEIFER, Wagner Arnold. Distinguishing e overruling na aplicação do art. 489, § 1º, VI, do CPC/2015. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 41, n. 252, p. 371 - 385, 2016.

- LEAL, Victor Nunes. Passado e futuro da súmula no STF. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 145, p. 1-20, 1981.
- LEAL, Victor Nunes. Atualidade do Supremo Tribunal. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 53, n. 349, p. 623-629, 1964.
- STRECK, Lênio Luiz. **Súmulas no direito brasileiro**: eficácia, poder e função. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995.
- STRECK, Lênio; ABOUD, Georges. **O que é isto**: o precedente judicial e as súmulas vinculantes? 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.
- MEDINA, José Miguel Garcia. **Direito processual civil moderno**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.
- MITIDIERO, Daniel. **Precedentes**: da persuasão à vinculação. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.
- MITIDIERO, Daniel. **Cortes superiores e cortes supremas** – do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- PIACESKI, Larissa. A súmula, como entendimento que deve ser compreendido à luz dos casos de que se originou (especialmente a súmula 259 do STJ). **Revista de Processo**, São Paulo, v. 38, n. 220, p. 321-332, 2013.
- REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1977.
- REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.
- REIS, Maurício Martins. As súmulas são precedentes judiciais: de como as súmulas devem ser interpretadas como se fossem precedentes de jurisprudência. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 39, n. 230, p. 417-437, 2014.
- WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; TALAMINI, Eduardo (coord.). **A jurisprudência uniforme e os precedentes no Novo Código de Processo Civil brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

A faint, light-colored map of Europe and Africa is visible in the background, serving as a decorative element. The map shows major cities, countries, and geographical features in a light blue and yellowish tone.

COMO A LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS INFLUÊNCIA NO DIREITO DO CONSUMIDOR: UMA ANÁLISE SOBRE PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR NA LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS

HOW GENERAL DATA PROTECTION REGULATION INFLUENCES IN CONSUMER LAW: AN ANALYSIS OF CONSUMER PROTECTION IN GENERAL DATA PROTECTION LAW

Juliana Roman¹

1 Graduada em direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Pós-graduanda em direito digital na Fundação Escola Superior do Ministério Público (FMP). E-mail: romanjuliana07@gmail.com.

Resumo

Esta pesquisa apresenta uma análise da lei nº. 13.709, de 14 de agosto de 2018, que dispõe sobre a proteção de dados pessoais no Brasil. A Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) traz como um de seus fundamentos a defesa do consumidor que, ao lado da defesa da livre iniciativa e da livre concorrência, configura um dos princípios fundantes dessa legislação. A proteção ao titular dos dados pessoais visa a tutela da privacidade diante da desproporcional relação entre o controlador de dados pessoais e o titular. Ao definir os dados existentes, a LGPD confere proteção ampliada aos dados pessoais de caráter sensível, devido à vulnerabilidade oferecida ao titular mediante a coleta e tratamento de dados que exponham preferências vinculadas ao espectro íntimo do indivíduo. A defesa do consumidor busca a proteção do consumidor diante da desigualdade técnica e informacional existente nas relações entre consumidores e fornecedores, desequilíbrio de poderes que pode afetar a tomada de decisão livre, autônoma e informada. A proteção de dados pessoais abarca situações mais amplas do que as relações de consumo, no entanto, verifica-se importante pontuar que o fornecedor de produtos e serviços deverá atender as normas da LGPD para estar de acordo com os direitos consagrados ao consumidor. Normalmente, o titular dos dados pessoais, ao fornecer suas informações à terceiros, não sabe como acontecem os tratamentos destes dados, quais são as finalidades desse tratamento e quais são os possíveis riscos deste. É de suma importância que tanto o consumidor quanto os responsáveis pelos tratamentos de dados estejam cientes das mudanças trazidas pela LGPD.

Palavras-Chave: Lei Geral de Proteção de Dados. Consumidor. Privacidade.

Abstract

This research presents an analysis of Law 13.709, of August 14, 2018, which provides for the protection of personal data in Brazil. The General Data Protection Law (LGPD) has as one of its foundations consumer protection which alongside the defense of free enterprise and free competition constitute one of the founding principles of this legislation. The protection of the personal data holder aims at protecting privacy in the face of the disproportionate relationship between the personal data controller and the holder. By defining existing data, LGPD gives extended protection to sensitive personal data due to the vulnerability offered to the holder through the collection and processing of data that exposes preferences linked to their intimate spectrum of the individual. Consumer protection seeks consumer protection in the face of technical and informational inequality in consumer-supplier relationships, an imbalance of power that can affect free, autonomous and informed decision-making. The protection of personal data encompasses broader situations than consumer relations, however, it is important to point out that the supplier of products and services must comply with LGPD standards in order to comply with consumer rights. Usually, the owner of the personal data, when providing your information to third parties, does not know how the processing of your data happens, what are the purposes of this processing and what are its possible risks. It is of utmost importance that both consumers and data controllers are aware of the changes brought about by LGPD.

Keywords: General Data Protection Law. Consumer. Privacy.

Considerações iniciais

A Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD), lei nº. 13.709/2018, foi sancionada no dia 14 de agosto de 2018. A norma entra em vigor em 2020, após um período de 24 meses de adaptação diante da nova regra. A LGPD introduz mudanças significativas quanto à proteção de dados pessoais no Brasil, tanto no espaço on-line como no off-line, modificando o contexto jurídico da proteção de dados pessoais. Essa legislação traz mudanças importantes quanto às incumbências dos agentes responsáveis pela coleta de informações de pessoas físicas, abrangendo tanto entes públicos quanto privados. A referida lei tem como objetivo garantir o direito à privacidade, fomentar o desenvolvimento econômico e tecnológico, proteger o titular dos dados pessoais diante da coleta e uso destas informações e aumentar a segurança jurídica no uso e tratamento de dados, especialmente, considerando aos dados pessoais sensíveis.

As tecnologias de informação e comunicação, conjunto de todas as atividades e soluções providas por recursos computacionais que permitem obtenção, armazenamento, acesso, gerenciamento e uso das informações, aumentaram exponencialmente a facilidade de acesso às informações pessoais. Desse modo, o direito à privacidade tornou-se alvo de constante violação por meio de plataformas tecnológicas, principalmente, no que tange às informações pessoais dos indivíduos. Eis que surge a preocupação com a proteção específica desses dados pessoais.

A informação tornou-se elemento fundamental às empresas e aos Estados, sendo utilizada para ampliar a funcionalidade de serviços e produtos oferecidos. Aquela é utilizada, dentre outras situações, na oferta de serviços e produtos a possíveis consumidores; na organização administrativa de empresas, visando maximizar o alcance de serviços; na oferta de novas experiências aos clientes; e no desenvolvimento de políticas públicas por parte de governos que objetivam melhorar a qualidade de vida dos cidadãos. Esses dados tornam-se valiosos e detêm caráter economicamente atrativo em uma sociedade movida por eles.

O direito à privacidade está previsto como direito da pessoa na Declaração Universal de Direitos Humanos (NAÇÕES UNIDAS, 1948). Todavia, é importante salientar que a interpretação de privacidade vem mudando substancialmente, devido às mudanças trazidas pelos avanços tecnológicos e a maior vulnerabilidade à qual o titular dos dados pessoais está exposto. Aquele vem ganhando novos contornos no âmbito internacional e clama por maior autonomia. O direito à proteção de dados pessoais, o qual tem conquistado maior espaço, visa garantir que o titular não tenha sua esfera íntima invadida por terceiros.

No contexto brasileiro, a Constituição federal de 1988 (CF) é omissa quanto à proteção específica de dados pessoais, ainda que regule, no artigo 5º, incisos X e XII, questões relativas à privacidade e à inviolabilidade de sigilo:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...]

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação; [...]

XII - é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal (BRASIL, 1988).

A proteção de dados pessoais não é prevista constitucionalmente; no entanto, está prevista na legislação infraconstitucional brasileira de maneira esparsa. A LGPD vem unificar o regramento sobre dados pessoais no ordenamento jurídico brasileiro, capacitando o Brasil a tornar-se apto para processar dados oriundos de países que exigem um nível de proteção de dados pessoais adequados, como o caso dos Estados-Membros da União Europeia após a vigência do Regulamento Geral de Proteção de Dados na União Europeia (PARLAMENTO EUROPEU, 2016). A aprovação da LGPD reflete uma discussão abrangente que vem sendo realizada nos últimos anos na União Europeia e nos Esta-

dos Unidos. A regulação brasileira se baseou na regulamentação de proteção de dados da União Europeia, sendo possível encontrar muitas semelhanças entre a estrutura legal e terminologia das duas.

1 Proteção jurídica aos dados pessoais no Brasil

A fim de introduzir a questão da privacidade e a proteção desta, Barroso (2010, p. 61) afirma que “todo indivíduo conserva uma intimidade personalíssima, que abrange os seus valores, sentimentos, desejos e frustrações, referindo que este é um espaço inacessível da vida das pessoas e, normalmente, será indiferente ao Direito”. O autor declara que a pessoa humana conserva um domínio reservado, o da privacidade ou vida privada, na qual são estabelecidas relações familiares, afeto e amizade, protegidas do mundo exterior pelo lar, casa, domicílio. Completa explicando que, neste caso, o direito já interfere nessas relações, mas com o intuito de fortalecê-las e preservá-las, e que a intimidade e a vida privada formam o núcleo do espaço privado (BARROSO, 2010). Sobre o acesso e fluxo dos dados pessoais, de acordo com Gediél e Corrêa (2008, p. 147),

No Brasil, o direito de decidir sobre o acesso e fluxo dos dados pessoais deve ser reconhecido tanto com base na proteção da intimidade (art. 5, X da Constituição Federal e art. 21 do Código Civil) como no direito à informação (art. 5, XIV da Constituição Federal). O direito de cada pessoa aceder aos dados que lhe façam referência é pressuposto da garantia do habeas data, previsto no art. 5º, LXXII do texto fundamental. (GEDIÉL; CORREA, 2008, p. 147).

O conceito de privacidade vem sendo alterado nos últimos anos devido aos céleres avanços tecnológicos aos quais a sociedade está exposta. Por isso, a proteção de dados clama por certa unanimidade, não devendo ser tratada meramente como um desdobramento ao direito à privacidade. A preocupação com a proteção dos dados pessoais reflete uma sociedade

marcada pela exposição pública e transmissão de informações em tempo real, na qual a tutela do controle do fluxo e acesso a informações pessoais é fundamental para garantir o livre desenvolvimento da pessoa humana.

O direito à proteção de dados pessoais, em específico, não está positivado na Carta Magna, ainda que seja possível encontrar menções à proteção de informações pessoais no plano infraconstitucional. O ordenamento jurídico brasileiro prevê a tutela de dados pessoais de forma esparsa, espalhada em algumas legislações, como a Lei do Habeas Data, a Lei do Cadastro Positivo e a Lei de Acesso à Informação Pública (DONEDA, 2006).

O Marco Civil da Internet, lei nº. 12.965/2014, foi a primeira legislação brasileira a estabelecer princípios, garantias, direitos e deveres para uso da internet no Brasil. No entanto, aquele se manteve omissivo em relação ao tratamento, uso ou destino de dados pessoais por entidades públicas ou privadas.

Antes da promulgação da LGPD, as legislações que tratavam sobre o tema eram insuficientes diante da efetiva necessidade de proteção de dados dos cidadãos brasileiros. Os instrumentos presentes no direito brasileiro se mostravam incipientes em face dos desafios apresentados pela cultura de massificação e diante do alto fluxo de dados pessoais. Na mesma direção, Gediell e Corrêa (2008, p. 147) apontam sobre a falta de legislação específica no Brasil que trate sobre proteção de dados:

Assim, é de ressaltar que os princípios que norteiam o direito europeu podem, embora de forma implícita, ser identificados no nosso ordenamento jurídico. Entretanto, a opção pela ausência de disciplina legislativa, no Brasil, acaba, na prática, por transferir para o mercado a tarefa de auto-regulamentar a matéria, interpolada por intervenções estatais; em geral, marcadas pelo recurso às razões do Estado.

Dentre as legislações que versavam, de alguma forma, sobre a temática de proteção de dados pessoais estão, além do Código Civil Brasileiro, o Código de Defesa do Consumidor, que disciplina os bancos de dados de consumo (artigos 43º e

44°), sujeitos aos princípios do direito de acesso, retificação e complementação de informações (MARQUES, 2002); a Lei do Cadastro Positivo, que instituiu a criação de bancos de dados que contenham o histórico de adimplemento de operações financeiras realizadas por pessoas físicas ou jurídicas durante um período de tempo específico; a Lei de Acesso à Informação Pública, que regulamenta o direito constitucional de acesso às informações públicas; e a Lei do Habeas Data, que considera de caráter público todo registro ou banco de dados contendo informações que sejam ou possam ser transmitidas a terceiros ou que não sejam de uso privativo do órgão ou entidade produtora ou depositária das informações.

A CF apresenta especial atenção à não ingerência de terceiros em correspondências, comunicações telegráficas, comunicações telefônicas e dados, conforme o artigo 5º, XII: 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: [...]

XII - é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal. (BRASIL, 1988).

A Constituição apresenta, ainda, no artigo 5º, LXXII, o instituto do habeas data, o qual garante aos cidadãos o acesso às informações de caráter pessoal registradas em órgãos do Estado, facultando ao interessado retificar tais informações.

No Brasil, a proteção de dados pessoais veio a ser tratada de maneira específica a partir da edição da lei nº. 13.709/2018, a qual dispõe sobre como informações pessoais podem ser coletadas e tratadas, seja a partir de cadastros, na realização de compras, fornecimento de serviços e outras hipóteses em que dados pessoais possam ser coletados. Nesse sentido, a lei estabeleceu requisitos para que estas informações pessoais possam ser tratadas, repassadas ou publicadas.

2 A proteção de dados pessoais do consumidor - Código de Defesa do Consumidor

A partir da evolução econômica, objetivando regular a relação de consumo, foi instituído o Código de Defesa do Consumidor, por meio da lei nº. 8.078, de 11 de setembro de 1990. Esta regula as informações existentes em cadastros, fichas e registros de dados pessoais e de consumo que estejam arquivados. A respeito dos bancos de dados e cadastros de consumidores, nos termos do artigo 43º e 44º, do Código de Defesa do Consumidor:

Art. 43. O consumidor, sem prejuízo do disposto no art. 86, terá acesso às informações existentes em cadastros, fichas, registros e dados pessoais e de consumo arquivados sobre ele, bem como sobre as suas respectivas fontes.

§ 1º Os cadastros e dados de consumidores devem ser objetivos, claros, verdadeiros e em linguagem de fácil compreensão, não podendo conter informações negativas referentes a período superior a cinco anos.

§ 2º A abertura de cadastro, ficha, registro e dados pessoais e de consumo deverá ser comunicada por escrito ao consumidor, quando não solicitada por ele.

§ 3º O consumidor, sempre que encontrar inexatidão nos seus dados e cadastros, poderá exigir sua imediata correção, devendo o arquivista, no prazo de cinco dias úteis, comunicar a alteração aos eventuais destinatários das informações incorretas.

§ 4º Os bancos de dados e cadastros relativos a consumidores, os serviços de proteção ao crédito e congêneres são considerados entidades de caráter público.

Art. 44. Os órgãos públicos de defesa do consumidor manterão cadastros atualizados de reclamações fundamentadas contra fornecedores de produtos e serviços, devendo divulgá-lo pública e anualmente. A divulgação indicará se a reclamação foi atendida ou não pelo fornecedor.

§ 1º É facultado o acesso às informações lá constantes para orientação e consulta por qualquer interessado. (BRASIL, 1990).

Esta lei apresenta inovadora preocupação quanto à proteção de dados pessoais do consumidor. De acordo com a inteligência dos artigos citados, cadastros e dados de consumidores devem ser objetivos, claros, verdadeiros e em linguagem de fácil compreensão, além de não poder conter informações negativas referentes a período superior a cinco anos. Ainda, a abertura de cadastro, ficha, registro e dados pessoais e de consumo deve ser comunicada, por escrito, ao consumidor, quando não solicitada por ele. Tais regras trazem importante contribuição, em especial o artigo 43º, § 3º, à temática da autodeterminação do titular quanto aos seus dados pessoais e o recolhimento e tratamento destes efetuado por empresas.

3 Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais: novo paradigma de proteção de dados no Brasil

A LGPD traz como um de seus fundamentos a proteção ao consumidor (BRASIL, 2018). Empresas, entidades governamentais ou organizações que tratam dados pessoais deverão adaptar-se às normas da lei. A garantia da eficácia e adequação à lei nº. 13.709/2018 se dá em aspectos práticos, que devem ser implementados corretamente de forma que o cumprimento à legislação beneficie a sociedade como um todo. O dispositivo legal apresenta regramento para uso, proteção e transferência de dados pessoais no País no âmbito público e privado, em ambientes tanto on-line quanto off-line, conforme é assegurado no artigo 1º da legislação:

Art. 1º: Esta Lei dispõe sobre o tratamento de dados pessoais, inclusive nos meios digitais, por pessoa natural ou por pessoa jurídica de direito público ou privado, com o objetivo de proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural. (BRASIL, 2018).

A LGPD define no artigo 2º (BRASIL, 2018), logo em seu início, que são fundamentos da disciplina da proteção de dados pessoais: a livre iniciativa, a livre concorrência e a defesa do consumidor. Ou seja, é evidente que toda a legislação terá um olhar para, sempre que possível, proteger o titular dos dados, aquele que os disponibiliza na rede.

A norma é fundamental para entender, sobretudo, as mudanças trazidas ao direito do consumidor quanto à temática de proteção de dados pessoais. A legislação cita diversos princípios aos quais o tratamento de dados deve respeitar. Dentre os mais significativos em relação ao consumidor, estão os princípios da transparência, segurança e prevenção. O princípio da transparência indica que devem ser fornecidas informações de maneira clara e transparente ao titular das informações; o princípio da segurança indica que devem ser adotadas medidas técnicas e administrativas aptas a proteger os dados de acessos não autorizados; e, por último, o princípio da prevenção demonstra que deverão ser adotadas medidas para prevenir a ocorrência de danos em virtude do tratamento de dados pessoais.

O titular dos dados deve, em todos os casos, concordar com o tratamento de seus dados para a finalidade em questão, de maneira livre, informada e inequívoca. Sem tal consentimento, o tratamento de dados é proibido. É importante ressaltar que o ônus da prova de comprovar o consentimento do titular é do controlador, ou seja, a pessoa ou entidade responsável pelas decisões referentes ao tratamento dos dados pessoais. O titular dos dados pessoais possuirá também o direito de propor uma ação judicial contra o controlador de seus dados perante à Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD) ou aos organismos de defesa do consumidor.

Considerações finais

A LGPD uniformiza as regras quanto à temática de proteção de dados pessoais no Brasil, anteriormente tratada de maneira esparsa na legislação nacional. A lei prioriza a seguran-

ça do titular de dados e provoca mudanças significativas quanto à proteção dos dados de cidadãos brasileiros, o que tornará necessária a modificação de diversas políticas de privacidade e termos de uso em redes sociais e sites. É importante que tanto o consumidor quanto os responsáveis pelos tratamentos de dados estejam cientes das mudanças trazidas pela LGPD.

Conclui-se que a lei nº. 13.709, de 2018, não objetiva ser um entrave para a coleta, o tratamento e o armazenamento de dados pessoais; ao contrário, a referida lei pretende fazer com que parâmetros legais sejam cumpridos diante da ocorrência de tais atividades. A LGPD prioriza que seus fundamentos sejam respeitados, dentre eles, especialmente tratados neste trabalho, o respeito à privacidade dos dados pessoais e o direito ao consumidor, os quais, juntamente aos outros fundamentos trazidos pela lei, tornam-se indispensáveis em uma sociedade globalizada e movida a dados.

A Lei Geral de Proteção de Dados apresenta, em grande parte, caráter preventivo, sendo reconhecido o direito à proteção de dados pessoais e tendo em vista que o tratamento de dados pessoais é uma atividade de risco. A coleta e o tratamento de dados são feitos sob fluxo massivo diante da imensa quantidade de dados presentes nas sociedades atuais. Devido a este enorme número de dados e à complexidade indissociável do tratamento de dados pessoais, apresenta-se o elemento da vulnerabilidade do cidadão e do consumidor, ensejando que a lei nº. 13.709/2018 tenha caráter protetivo.

Referências bibliográficas

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 5 out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/

constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 19 maio 2019.

BRASIL. Lei nº. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União:** Brasília, DF, p. 1, 11 jan. 2002.

BRASIL. Lei nº. 12.414, de 9 de junho de 2011. Disciplina a formação e consulta a bancos de dados com informações de adimplemento, de pessoas naturais ou de pessoas jurídicas, para formação de histórico de crédito. **Diário Oficial da União:** Brasília, DF, p. 2, 10 jun. 2011a.

BRASIL. Lei nº. 12.527, de 18 de novembro de 2011. Regula o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição Federal; altera a Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990; revoga a Lei nº 11.111, de 5 de maio de 2005, e dispositivos da Lei nº 8.159, de 8 de janeiro de 1991; e dá outras providências. **Diário Oficial da União:** Brasília, DF, p. 1, 18 nov. 2011b.

BRASIL. Lei nº. 12.965, de 23 de abril de 2014. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. **Diário Oficial da União:** Brasília, DF, p. 1, 24 abr. 2014. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm. Acesso em: 19 maio 2019.

BRASIL. Lei nº. 13.709, de 14 de agosto de 2018. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). (Redação dada pela Lei nº 13.853, de 2019). **Diário Oficial da União:** Brasília, DF, p. 59, 15 ago. 2018. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato20152018/2018/Lei/L13709.htm. Acesso em: 19 maio 2019.

BRASIL. Lei nº. 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. **Diário Oficial da União:** Brasília, DF, p. 1, 12 set. 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm. Acesso em: 19 maio 2019.

BRASIL. Lei nº. 9.507, de 12 de novembro de 1997. Regula o direito de acesso a informações e disciplina o rito processual do habeas data. **Diário Oficial da União:** Brasília, DF, p. 26025, 13 nov. 1997.

DONEDA, Danilo. **Da privacidade à proteção de dados pessoais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

GEDIEL, Jose Antonio Peres; CORREA, Adriana Espindola. Proteção jurídica de dados pessoais: a intimidade sitiada entre o estado e o mercado. **Revista da Faculdade de Direito**. – UFPR, Curitiba, n. 47, p. 141-153, 2008.

MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no código de defesa do consumidor**: o novo regime das relações contratuais. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos do Homem**. Adotada e proclamada pela Resolução 217A (III) da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 10 de dezembro de 1948. Paris: 10 dez. 1948. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>. Acesso em: 23 mar. 2019.

PARLAMENTO EUROPEU. Conselho da União Europeia. Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de abril de 2016. **Jornal Oficial da União Europeia**: Bruxelas, 4 maio 2016. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:32016R0679&from=ES>. Acesso em: 04 out. 2019.

IGUALDADE E DIFERENÇA: O RECONHECIMENTO DA DIVERSIDADE E DO PLURALISMO HUMANO

Airton Carvalho Leão¹

Raquel Fabiana Lopes Sparemberger²

-
- 1 Graduado e especialista em direito civil e direito processual civil pela Universidade da Região da Campanha; mestrando em Tutelas à Efetivação de Direitos Indisponíveis na Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul.
 - 2 Doutora em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Mestre em direito pela UFPR. Professora adjunta da Universidade Federal do Rio Grande (FURG). Professora do programa de mestrado em direito da FURG. Professora dos cursos de graduação e do programa de mestrado em direito da faculdade de direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público (FMP). Professora pesquisadora do CNPq e FAPERGS.

Resumo

No presente artigo, tem-se por objetivo abordar o princípio da igualdade. Em tal sentido, são tecidas breves considerações sobre a evolução histórica deste importante princípio, assim como são trazidas a lume algumas das medidas levadas a efeito para amenizar o quadro de desigualdade fortemente vivenciado no Brasil, demonstrando que o princípio da igualdade nada mais é do que uma relação de paridade entre pessoas. Por fim, em reforço, discorrer-se-á sobre a igualdade, desigualdade e diferença, apresentando o princípio da igualdade como um juízo de valor que deve reconhecer a diversidade e o pluralismo humano como elementos constitutivos das relações sociais, da democracia e do próprio Estado Democrático de Direito.

Palavras-Chave: Igualdade. Desigualdade. Diferença. Inclusão.

Resumen

Este artículo tiene como objetivo abordar el principio de igualdad. En este sentido, se hacen breves consideraciones sobre la evolución histórica de este importante principio, así como algunas de las medidas tomadas para aliviar la desigualdad fuertemente experimentada en Brasil, lo que demuestra que el principio de igualdad no es más que una relación de paridad entre las personas. Finalmente, como refuerzo, se discute sobre la igualdad, la desigualdad y la diferencia, presentando el principio de igualdad como un juicio de valor que debe reconocer la diversidad y el pluralismo humano como elementos constitutivos de las relaciones sociales, de la democracia y del propio estado de derecho democrático.

Palabras clave: Igualdad. Desigualdad. Diferencia. Inclusión.

Introdução

O princípio da igualdade é um juízo de valor que deve reconhecer a diversidade e o pluralismo humano. Não obstante estar-se chegando ao final da segunda década do século XXI, ressaem presentes as razões que séculos atrás ensejaram o surgimento do princípio da igualdade, vivenciando-se, tal qual antes, a todo tempo, as mais variadas formas de desigualação injusta decorrentes de comportamentos estatais e particulares que impõem àqueles que não se amoldam aos padrões ou estereótipos do pensamento dominante uma existência desalentada e muitas vezes sem perspectivas.

Não são poucos os homens e mulheres marginalizados por motivo de raça, opção de crença, condições econômicas inferiores, deficiências físicas, sensoriais ou psíquicas e idade que continuam sem ter acesso a iguais oportunidades ao trabalho, à participação política e de cidadania, à convivência social e ao compartilhamento dos bens da vida, malgrado a garantia constitucional da dignidade humana e da liberdade igual para todos.

Neste texto, observados os seus limites, discorrer-se-á de forma sucinta sobre o evoluir histórico do princípio da igualdade, a par de aludir-se à exteriorização deste nos dias atuais e revisitar, à luz da doutrina, da legislação e da jurisprudência, conceitos como o de igualdade, desigualdade, diferença e inclusão. Conquanto, no mais das vezes, a desigualdade consiste em fenômeno de exclusão social passível, todavia, de ser enfrentado sempre que houver vontade política para tanto, como poder-se-á depreender das medidas estatais (leis e julgados) aqui referidos em caráter exemplificativo. O método adotado privilegia a abordagem hipotética-dedutiva e a técnica de pesquisa, bibliográfica.

1 Breves apontamentos sobre a evolução da igualdade e da conformação desta nos dias atuais

Embora cediça, a igualdade começa a ser pensada como princípio jurídico a partir dos pensadores contratualistas dos séculos XVI a XVIII, quando a monarquia absolutista imperava. Nesse momento histórico, o Estado era dominado por uma classe – a nobreza –, que detinha em si o direito de intervir em todas as esferas da sociedade. Ou seja, essa concepção de estado sequer busca a efetivação, formal ou material da igualdade e da liberdade (MACHADO; SPAREMBERGER, 2014, p. 5).

O ideal contratualista, porém, o qual afirma que o Estado foi constituído por um contrato tácito firmado entre os seres humanos, ganha força e tem sua efetivação a partir da segunda metade do século XVIII, com o advento do Estado Liberal, pela ruptura da burguesia com a monarquia absolutista, isto é, com a nobreza (MACHADO; SPAREMBERGER, 2014, p. 5).

Nesse contexto político-filosófico de rompimento com o estado totalitário da monarquia absolutista é que sobreveio o estado constitucional. Nessa direção, com a publicação da “Virginia Bill of Rights”, em 12 de junho de 1776, o princípio da igualdade passou a constar como regra dentro do ordenamento jurídico, preocupação também manifesta nas Constituições dos estados da Carolina do Norte e de Massachusetts. Com o acúmulo das constituições estaduais, em 1787, os Estados Unidos, enquanto nação, também absorveram o princípio da igualdade na Carta Magna nacional (MACHADO; SPAREMBERGER, 2014, p. 7).

O Estado contemporâneo nasce com o objetivo de evitar o arbítrio dos governantes, surgindo as categorias igualdade e liberdade como limitadoras da intervenção do Estado nas chamadas liberdades individuais. Nesse sentido, o Estado de Direito se concebe, segundo Bedin (2002, p. 174), como aquele que objetiva “a eliminação do arbítrio no exercício dos poderes públicos, a submissão do poder ao império do direito e o reconhecimento de direitos e garantias fundamentais, que são em

última análise, a materialização de uma idéia de justiça presente na Constituição de um Estado”.

Neste passo, estando a busca da efetiva igualdade fortemente vinculada ao reconhecimento das dessemelhanças inerentes aos indivíduos, surgiram, nos Estados Unidos, as chamadas ações afirmativas, especialmente a partir dos anos 1960. Naquela época, os norte-americanos viviam um momento de reivindicações democráticas internas, expressas principalmente por meio do movimento pelos direitos civis, tendo por propósito a extensão da igualdade de oportunidades a todos e a eliminação das leis segregacionistas vigentes no país, refletindo-se na Europa Ocidental sob a expressão “ação ou discriminação positiva” (MOEHLECKE, 2002).

No Brasil, as constituições anteriores à Carta atual inscreveram o princípio da igualdade, como igualdade perante a lei, enunciado que, na sua literalidade, se confunde com a mera isonomia formal, no sentido de que a lei e a aplicação dela tratam a todos igualmente, sem levar em conta as distinções de grupos. O advento da Lei Maior de 1988, porém, traz consigo alguns marcos consideráveis.

A Constituição Federal de 1988, de ordem formal, é o primeiro estatuto brasileiro a agasalhar a igualdade no caput do artigo que trata dos denominados direitos fundamentais, artigo 5º, que traz: “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” (BRASIL, 1988).

Todavia, é de se registrar que, além dessa previsão de uma igualdade formal, a Carta Constitucional traz a igualdade em uma perspectiva material. Nesse sentido, temos como exemplo o artigo 7º, em especial os incisos XXX e XXXI, os quais explicitam as regras que proíbem distinções fundadas em certos fatores, ao vedar diferença de salários, exercício de funções e critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil, e qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão de trabalhador com deficiência.

Tal dispositivo, somado a outros tantos preceptivos espalhados pela Carta Magna, por si só não garante a efetividade da

igualdade na sociedade brasileira, mas demonstra claramente que a Constituição de 1988 busca a efetivação desse princípio fundamental. Entretanto, garantir juridicamente a igualdade como princípio jurídico não possibilita, muitas vezes, o alcance efetivo nem a materialização deste no campo político, real e material. Para Dworkin (2014, p. 505), “o direito jurídico é um direito proclamado pelo órgão legislativo de um governo legítimo, a ser imposto a pedido dos cidadãos individuais por meio, se necessário, de uma instituição judicial”. Nesse ínterim, “um direito jurídico pode ter a finalidade de dar efeito a um direito político preexistente” (DWORKIN, 2014, p. 505).

Outrossim, em decorrência do desiderato constitucional, o Estado brasileiro tem promovido a adoção de medidas compensatórias destinadas a diminuir as desigualdades em diferentes níveis da vida social, v.g., a determinação contida na Lei Eleitoral, no sentido de que cada partido ou coligação deverá observar o mínimo de 30% e o máximo de 70% de candidaturas de cada sexo, a fim de assegurar maior participação feminina na política (BRASIL, 1997, art. 10); a reserva de vagas em concursos públicos e em empresas privadas à pessoas com deficiência; a política de cotas raciais em universidades, consoante julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n°. 186, na qual, por unanimidade, em 26 de abril de 2012, o Supremo Tribunal Federal (STF) ao apreciar atos da Universidade de Brasília, a qual instituiu o sistema de reserva de 20% de vagas no processo de seleção para ingresso de estudantes com base em critério étnico-racial, decidiu que tal política de ação afirmativa é constitucional, representando meio apto a efetivar a igualdade material e permitir a suplantação de desigualdades ocasionadas por situações históricas particulares; e, na mesma linha de fundamentação, a decisão proferida pela Corte, em 09 de maio de 2012, com repercussão geral, no Recurso Extraordinário n°. 597.285/RS, afirmando a constitucionalidade do programa de ação afirmativa estabelecido pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), que instituiu sistema de cotas – reserva de vagas a candidatos egressos de escolas públicas, negros que também tenham estudado em escolas públicas e indígenas.

Nesta altura, é relevante trazer a lume o fato de ser o Brasil signatário da Convenção Sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, da Organização das Nações Unidas (ONU). Esta Convenção e seu Protocolo Facultativo foram os primeiros tratados internacionais de direitos humanos aos quais se filiou o Brasil, na vigência do rito especial do artigo 5º, § 3º, da Constituição da república, inserido pela Emenda Constitucional nº. 45/2004, com aprovação por três quintos dos membros de cada Casa do Parlamento, em dois turnos de votação, tendo, de tal modo, caráter de emenda constitucional.

Alinhada à Convenção, foi editada a lei nº. 13.146, de 6 de julho de 2015, conhecida como Lei Brasileira de Inclusão (Estatuto da Pessoa com Deficiência), a qual é “destinada a assegurar e a promover, em condições de igualdade, o exercício dos direitos e das liberdades fundamentais por pessoa com deficiência, visando à sua inclusão social e cidadania” (BRASIL, 2015). Neste ínterim, é oportuno referir à importante manifestação do STF em prol da igualdade e da inclusão exarada na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº. 5357, ajuizada pela Confederação Nacional dos Estabelecimentos de Ensino (CONFENEN).

No caso, a Entidade insurgia-se contra dispositivos do Estatuto da Pessoa com Deficiência, artigos 28, § 1º, e 30, caput, os quais estabelecem a obrigatoriedade de as escolas privadas promoverem a inserção de pessoas com deficiência no ensino regular e as medidas de adaptação necessárias sem que ônus financeiro seja repassado às mensalidades, anuidades e matrículas. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, de forma majoritária, em 9 de junho de 2016, declarou constitucionais os dispositivos da lei hostilizados pela CONFENEN. Da ementa da ADI nº. 5.357, reproduz-se a seguinte passagem:

1. A Convenção Internacional sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência concretiza o princípio da igualdade como fundamento de uma sociedade democrática que respeita a dignidade humana.
2. À luz da Convenção e, por conseqüência, da própria Constituição da República, o ensino inclusivo em todos os níveis de educação não é realidade estranha ao ordena-

mento jurídico pátrio, mas sim imperativo que se põe mediante regra explícita.

3. Nessa toada, a Constituição da República prevê em diversos dispositivos a proteção da pessoa com deficiência, conforme se verifica nos artigos 7º, XXXI, 23, II, 24, XIV, 37, VIII, 40, § 4º, I, 201, § 1º, 203, IV e V, 208, III, 227, § 1º, II, e § 2º, e 244.

4. Pluralidade e igualdade são duas faces da mesma moeda. O respeito à pluralidade não prescinde do respeito ao princípio da igualdade. E na atual quadra histórica, uma leitura focada tão somente em seu aspecto formal não satisfaz a completude que exige o princípio. Assim, a igualdade não se esgota com a previsão normativa de acesso igualitário a bens jurídicos, mas engloba também a previsão normativa de medidas que efetivamente possibilitem tal acesso e sua efetivação concreta.

5. O enclausuramento em face do diferente furta o colorido da vivência cotidiana, privando-nos da estupefação diante do que se coloca como novo, como diferente.

6. É somente com o convívio com a diferença e com o seu necessário acolhimento que pode haver a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, em que o bem de todos seja promovido sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (Art. 3º, I e IV, CRFB).

7. A Lei nº 13.146/2015 indica assumir o compromisso ético de acolhimento e pluralidade democrática adotados pela Constituição ao exigir que não apenas as escolas públicas, mas também as particulares deverão pautar sua atuação educacional a partir de todas as facetas e potencialidades que o direito fundamental à educação possui e que são densificadas em seu Capítulo IV.

2 Igualdade na diferença: inclusão, discriminação positiva e isonomia

O conceito de igualdade pode ser pensado ou sintetizado por meio da percepção de que esta se opõe à diferença, ao mesmo tempo em que está em contrariedade com a desigualdade. A oposição existente entre igualdade e desigualdade desenvolve-se a partir da análise da forma de tratamento em relação a

algum aspecto ou direito, que deve ser diferenciado para situações, pessoas e/ou coisas iguais. Segundo Barros (2005, p. 345),

distintamente da oposição por 'contrariedade' que se estabelece entre igualdade e diferença, a oposição entre igualdade e desigualdade é da ordem das 'contradições'. Bem entendido, as contradições são sempre circunstâncias, enquanto os contrários opõem-se ao nível das essências.

No ponto, ilustrativo lembrar da Oração aos Moços, discurso preparado por Rui Barbosa para os formandos de 1920 da Faculdade de Direito de São Paulo, dos quais foi paraninfo, de onde ressei a célebre passagem em que o jurista escreve:

A regra da igualdade não consiste senão em quinhoar desigualmente aos desiguais, na medida em que se desigualem. Nesta desigualdade social, proporcionada à desigualdade natural, é que se acha a verdadeira lei da igualdade. O mais são desvarios da inveja, do orgulho, ou da loucura. Tratar com desigualdade a iguais, ou a desiguais com igualdade, seria desigualdade flagrante, e não igualdade real. (BARBOSA, 1997, p. 26).

Nesta senda, pertinente se faz trazer a lume o pensamento de Santos (2003, p. 56), que, ao tratar sobre igualdade e diferença pontifica que

Temos o direito de ser iguais quando a nossa diferença nos inferioriza; e temos o direito de ser diferentes quando a nossa igualdade nos descaracteriza. Daí a necessidade de uma igualdade que reconheça as diferenças e de uma diferença que não produza, alimente ou reproduza as desigualdades.

Dworkin (2011, p. 3), no livro *A Virtude Soberana: a teoria e a prática da igualdade*, observa que as pessoas podem tornar-se iguais (ou, pelo menos, mais iguais) em um aspecto, com a consequência de tornarem-se desiguais (ou mais desiguais) em outros, de modo que, se a igualdade é importante, deve ser principalmente a igualdade de bem-estar que importa, pois o conceito de bem-estar foi inventado ou, no mínimo, adotado pelos economistas precisamente para definir o que é fundamental na vida e não o que é apenas instrumental, tendo como propósito atribuir o devido valor aos recursos, os quais

são valiosos contanto que produzam bem-estar, caso contrário, a igualdade, segundo os recursos não vinculados ao bem-estar que trazem, poderá gerar confusão entre meios e fins e nos permitir uma fascinação fetichista pelo que deveríamos tratar como apenas instrumental. Dworkin (2011, p. 8) assinala que “se quisermos tratar as pessoas genuinamente como iguais devemos nos empenhar em tornar suas vidas igualmente desejáveis para elas ou lhes oferecer meios para fazê-lo, e não apenas igualar seus saldos bancários”.

A propósito, vale trazer à colação exemplo da vida privada bastante didático apresentado pelo autor (DWORKIN, 2011, p. 8). Este reporta a um hipotético homem razoavelmente abastado com filhos em condições pessoais distintas: um é cego, outro é playboy com preferências dispendiosas, um terceiro tem pretensões políticas, o quarto, um poeta com necessidades humildes, outro é escultor que trabalha com material caro, etc. A partir de então, Dworkin (2011, p. 8) questiona como o homem deverá elaborar seu testamento. E responde: se ele tiver como meta a igualdade de bem-estar, levará em conta as diferenças entre os filhos e não lhes deixará frações iguais. Mas, se, do contrário, tiver como meta a igualdade de recursos, ele pode muito bem decidir que sua meta requer divisão igual da riqueza. Em qualquer caso, observa Dworkin, as questões que ele deverá resolver serão bem diferentes, pois,

Quando surge a questão de como distribuir as riquezas entre os filhos, por exemplo, parece que os portadores de deficiências físicas ou mentais têm, com toda justiça, direito a uma parcela maior que os outros. O ideal da igualdade de bem-estar pode parecer a explicação plausível para isso. Por serem deficientes, os cegos precisam de mais recursos para alcançar a igualdade no bem-estar. (DWORKIN, 2011, p. 8)

O caso do filho aspirante à política, que precisa de muito dinheiro para tal finalidade, ou do escultor que precisa de material mais caro do que o poeta, talvez esteja em uma posição intermediária. Seu motivo para receber uma parcela maior dos recursos do pai parece mais forte do que o do filho que tem preferências dispendiosas; porém, mais fraco do que o do filho cego.

Destarte, nota-se que o princípio da igualdade é um juízo de valor que deve reconhecer a diversidade e o pluralismo humano, assumindo o princípio da igualdade um caráter de dupla aplicação, qual seja: uma teórica, com a finalidade de repulsar privilégios injustificados; e outra prática, a qual ajuda na diminuição dos efeitos decorrentes das desigualdades evidenciadas diante do caso concreto, de modo que a igualdade de todos os seres humanos, proclamada na Constituição federal, deve ser encarada e compreendida, basicamente, sob dois pontos de vista distintos: o da igualdade material e o da igualdade formal.

Conclusão

O princípio da igualdade, quando visto sob o aspecto material, ou seja, como garantidor efetivo dos direitos fundamentais, objetiva a redução das diferenças existentes entre as pessoas, buscando não apenas eliminar a pobreza e as diferenças, mas também modificar a estrutura de desigualdade social, trazendo consigo desenvolvimento social. Assim, é por meio da igualdade que se concretiza a cidadania e a relação entre os direitos fundamentais perfectibiliza que os mais e os menos favorecidos sejam igualados.

No entanto, a redução das desigualdades necessita de opções políticas que emanem de um governo efetivo que produza igualdade material e desenvolvimento para todos. Contudo, a eficácia de princípios constitucionais esbarra nas condições econômicas, morais e sociais com que o Estado se defronta. Visto sob este aspecto, os exercícios efetivos dos direitos fundamentais, da cidadania e do desenvolvimento social estão implicados pela renda auferida pelo Estado.

O resultado da ineficácia da igualdade material é que os vulneráveis não têm acesso aos direitos de cidadania, vivendo à margem do Estado Democrático de Direito, apesar de todos serem iguais perante a lei. Todos nascem cidadãos detentores de direitos que devem ser garantidos e assegurados pelo Estado, o qual deve desempenhar o papel de incluídor, não de integrador,

de todos os projetos de vida. Realizar tais objetivos é a finalidade do Estado Democrático de Direito e a igualdade deve ser capaz de suportar esse pluralismo, permitindo a sobrevivência democrática de uma sociedade pluralista.

Referências

BARROS, José d'Assunção. Igualdade, desigualdade e diferença: em torno de três noções. **Análise Social**, v. XL, n. 175, p. 345-366, 2005.

BEDIN, Gilmar Antonio. **Os direitos do homem e o neoliberalismo**. 3. ed. Ijuí: Unijuí, 2002.

BARBOSA, Rui. **Oração aos moços**. Edição popular anotada por Adriano da Gama Kury. 5. ed. Rio de Janeiro: Fundação Casa de Rui Barbosa, 1997. Disponível em: http://www.casaruibarbosa.gov.br/dados/DOC/artigos/rui_barbosa/FCRB_RuiBarbosa_Oracao_aos_mocos.pdf. Acesso em: 11 out. 2019.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 5 out. 1988.

BRASIL. Emenda Constitucional nº. 45, de 30 de dezembro de 2004. Altera dispositivos dos arts. 5º, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134 e 168 da Constituição Federal, e acrescenta os arts. 103-A, 103B, 111-A e 130-A, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**: Brasília, DF, p. 9, 31 dez. 2004.

BRASIL. Lei nº. 8.112, de 11 de dezembro de 1990. Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais. **Diário Oficial da União**: Brasília, DF, p. 1, 19 abr. 1991a. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8112cons.htm. Acesso em: 10 out. 2019.

BRASIL. Lei nº. 8.213, de 24 de julho de 1991. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. **Diário Oficial da União**: Brasília, DF, p. 14809, 25 jul.

1991b. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8213cons.htm. Acesso em: 10 out. 2019.

BRASIL. Lei nº. 9.504, de 30 de setembro de 1997. Estabelece normas para as eleições. **Diário Oficial da União**: Brasília, DF, p. 21801, 1 out. 1997.

BRASIL. Lei nº. 13.146, de 06 de julho de 2015. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). **Diário Oficial da União**: Brasília, DF, p. 2, 7 jul. 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13146.htm. Acesso em: 12 mai. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 5.357. Embargos de Declaração em Ação Direta de Inconstitucionalidade. Ausência de Omissão, Contradição, Obscuridade ou Erro Material no Acórdão Recorrido. Mero Inconformismo não Caracteriza Omissão. Tentativa de Rediscussão da Matéria e de Fazer Prevaler Tese que restou Vencida no Plenário. Impossibilidade nesta Sede Recursal. Dever de Urbanidade e Rechaço a Excessos presentes na Peça Recursal. Embargos de Declaração Conhecidos e Rejeitados. Relator: Min. Edson Fachin. Julgamento em: 17 fev. 2017. **Diário da Justiça Eletrônico**: Brasília, DF, n. 42, 7 mar. 2017. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp>. Acesso em: 10 set. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição por Descumprimento de Preceito Fundamental nº. 186. Arguição de descumprimento de preceito fundamental. Atos que instituíram sistema de reserva de vagas com base em critério étnico-racial (cotas) no processo de seleção para ingresso em instituição pública de ensino superior. Alegada ofensa aos arts. 1º, caput, III, 3º, IV, 4º, VIII, 5º, I, II XXXIII, XLI, LIV, 37, caput, 205, 206, caput, I, 207, caput, e 208, V, todos da constituição federal. Ação julgada improcedente. Tribunal Pleno. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Julgamento em: 26 abr. 2012. **Diário da Justiça Eletrônico**: Brasília, DF, n. 205, 20 out. 2014a. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=278000>. Acesso em: 10 set. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário no. 597.285/RS. RECURSO extraordinário. Constitucional. Política de ações afirmativas. Ingresso no ensino superior. Uso de critério étnico-racial. Autoidentificação. Reserva de vaga ou estabelecimento de cotas. Constitucionalidade. Recurso improvido. I – Recurso extraordinário a que se nega provimento. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Julgamento em: 9 maio 2012. **Diário da Justiça Eletrônico**: Brasília, DF, n. 53, 18 mar. 2014b. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2662983>. Acesso em: 10 set. 2019.

DWORKIN, Ronald. **A virtude soberana**: a teoria e a prática da igualdade. Tradução Jussara Simões. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

DWORKIN, Ronald. **A raposa e o porco-espinho**: justiça e valor. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

MACHADO, Eduardo Heldt; SPAREMBERGER, Raquel Fabiana Lopes. Princípio da igualdade: evolução na filosofia jurídica e nas constituições brasileiras. **Amicus Curiae**, v. 11, 2014. Disponível em: <http://periodicos.unesc.net/index.php/amicus/article/viewFile/1713/1596>. Acesso em: 25 jul. 2015.

MOEHLECKE, Sabrina. Ação afirmativa: história e debates no Brasil. **Cadernos de Pesquisa**, São Paulo, n. 117, p. 197-217, nov. 2002. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/cp/n117/15559.pdf>. Acesso em: 11 out. 2019.

NAÇÕES UNIDAS. Convenção Sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, de 13 de dezembro de 2006. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm Acesso em: 6 jun. 2019.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos**. 5. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Reconhecer para libertar**: os caminhos do cosmopolitanismo multicultural. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

