

Adaylson Wagner Sousa de Vasconcelos
(Organizador)

Direito e Sociedade3

Adaylson Wagner Sousa de Vasconcelos

(Organizador)

Direito e Sociedade 3

**Atena Editora
2019**

2019 by Atena Editora
Copyright © Atena Editora
Copyright do Texto © 2019 Os Autores
Copyright da Edição © 2019 Atena Editora
Editora Executiva: Prof^a Dr^a Antonella Carvalho de Oliveira
Diagramação: Geraldo Alves
Edição de Arte: Lorena Prestes
Revisão: Os Autores

O conteúdo dos artigos e seus dados em sua forma, correção e confiabilidade são de responsabilidade exclusiva dos autores. Permitido o download da obra e o compartilhamento desde que sejam atribuídos créditos aos autores, mas sem a possibilidade de alterá-la de nenhuma forma ou utilizá-la para fins comerciais.

Conselho Editorial

Ciências Humanas e Sociais Aplicadas

Prof. Dr. Álvaro Augusto de Borba Barreto – Universidade Federal de Pelotas
Prof. Dr. Antonio Carlos Frasson – Universidade Tecnológica Federal do Paraná
Prof. Dr. Antonio Isidro-Filho – Universidade de Brasília
Prof. Dr. Constantino Ribeiro de Oliveira Junior – Universidade Estadual de Ponta Grossa
Prof^a Dr^a Cristina Gaio – Universidade de Lisboa
Prof. Dr. Deyvison de Lima Oliveira – Universidade Federal de Rondônia
Prof. Dr. Gilmei Fleck – Universidade Estadual do Oeste do Paraná
Prof^a Dr^a Ivone Goulart Lopes – Istituto Internazionele delle Figlie de Maria Ausiliatrice
Prof. Dr. Julio Candido de Meirelles Junior – Universidade Federal Fluminense
Prof^a Dr^a Lina Maria Gonçalves – Universidade Federal do Tocantins
Prof^a Dr^a Natiéli Piovesan – Instituto Federal do Rio Grande do Norte
Prof^a Dr^a Paola Andressa Scortegagna – Universidade Estadual de Ponta Grossa
Prof. Dr. Urandi João Rodrigues Junior – Universidade Federal do Oeste do Pará
Prof^a Dr^a Vanessa Bordin Viera – Universidade Federal de Campina Grande
Prof. Dr. Willian Douglas Guilherme – Universidade Federal do Tocantins

Ciências Agrárias e Multidisciplinar

Prof. Dr. Alan Mario Zuffo – Universidade Federal de Mato Grosso do Sul
Prof. Dr. Alexandre Igor Azevedo Pereira – Instituto Federal Goiano
Prof^a Dr^a Daiane Garabeli Trojan – Universidade Norte do Paraná
Prof. Dr. Darllan Collins da Cunha e Silva – Universidade Estadual Paulista
Prof. Dr. Fábio Steiner – Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul
Prof^a Dr^a Girlene Santos de Souza – Universidade Federal do Recôncavo da Bahia
Prof. Dr. Jorge González Aguilera – Universidade Federal de Mato Grosso do Sul
Prof. Dr. Ronilson Freitas de Souza – Universidade do Estado do Pará
Prof. Dr. Valdemar Antonio Paffaro Junior – Universidade Federal de Alfenas

Ciências Biológicas e da Saúde

Prof. Dr. Benedito Rodrigues da Silva Neto – Universidade Federal de Goiás
Prof.^a Dr.^a Elane Schwinden Prudêncio – Universidade Federal de Santa Catarina
Prof. Dr. Gianfábio Pimentel Franco – Universidade Federal de Santa Maria
Prof. Dr. José Max Barbosa de Oliveira Junior – Universidade Federal do Oeste do Pará

Profª Drª Natiéli Piovesan – Instituto Federal do Rio Grande do Norte
Profª Drª Raissa Rachel Salustriano da Silva Matos – Universidade Federal do Maranhão
Profª Drª Vanessa Lima Gonçalves – Universidade Estadual de Ponta Grossa
Profª Drª Vanessa Bordin Viera – Universidade Federal de Campina Grande

Ciências Exatas e da Terra e Engenharias

Prof. Dr. Adélio Alcino Sampaio Castro Machado – Universidade do Porto
Prof. Dr. Eloi Rufato Junior – Universidade Tecnológica Federal do Paraná
Prof. Dr. Fabrício Menezes Ramos – Instituto Federal do Pará
Profª Drª Natiéli Piovesan – Instituto Federal do Rio Grande do Norte
Prof. Dr. Takeshy Tachizawa – Faculdade de Campo Limpo Paulista

Conselho Técnico Científico

Prof. Msc. Abrãao Carvalho Nogueira – Universidade Federal do Espírito Santo
Prof. Dr. Adaylson Wagner Sousa de Vasconcelos – Ordem dos Advogados do Brasil/Seccional Paraíba
Prof. Msc. André Flávio Gonçalves Silva – Universidade Federal do Maranhão
Prof.ª Drª Andreza Lopes – Instituto de Pesquisa e Desenvolvimento Acadêmico
Prof. Msc. Carlos Antônio dos Santos – Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro
Prof. Msc. Daniel da Silva Miranda – Universidade Federal do Pará
Prof. Msc. Eliel Constantino da Silva – Universidade Estadual Paulista
Prof.ª Msc. Jaqueline Oliveira Rezende – Universidade Federal de Uberlândia
Prof. Msc. Leonardo Tullio – Universidade Estadual de Ponta Grossa
Prof.ª Msc. Renata Luciane Polsaque Young Blood – UniSecal
Prof. Dr. Welleson Feitosa Gazel – Universidade Paulista

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP) (eDOC BRASIL, Belo Horizonte/MG)	
D598	Direito e sociedade 3 [recurso eletrônico] / Organizador Adaylson Wagner Sousa de Vasconcelos. – Ponta Grossa (PR): Atena Editora, 2019. – (Direito e Sociedade; v. 3) Formato: PDF Requisitos de sistemas: Adobe Acrobat Reader Modo de acesso: World Wide Web Inclui bibliografia ISBN 978-85-7247-444-3 DOI 10.22533/at.ed.443190507 1. Sociologia jurídica. I. Vasconcelos, Adaylson Wagner Sousa de. II. Série. CDD 340.115
Elaborado por Maurício Amormino Júnior – CRB6/2422	

Atena Editora
Ponta Grossa – Paraná - Brasil
www.atenaeditora.com.br
contato@atenaeditora.com.br

APRESENTAÇÃO

Direito e Sociedade – Vol. 03 – compreende a reunião de vinte e uma contribuições de pesquisadores vinculados a instituições nacionais e internacionais que debatem as problemáticas sociais e jurídicas a partir de assuntos como direitos humanos, ativismo judicial, teorias do direito, jurisprudência, meio ambiente, dentre outros.

As colaborações estão dispostas da seguinte maneira:

- **A JUSTIÇA COMO UMA FÓRMULA PARA A CONTINGÊNCIA ATRAVÉS DA SUA REPRODUÇÃO AUTOPOIÉTICA NO DIREITO INTERNACIONAL**, de Isis de Angellis Pereira Sanches e Gustavo Assed Ferreira, considera o uso vinculante da Teoria dos Sistemas de Niklas Luhmann pelos países signatários do Sistema Regional Interamericano de Proteção de Direitos Humanos.
- **O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE ALEMÃO: A PARTICIPAÇÃO POPULAR NA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E O ATIVISMO JUDICIAL**, de Otávio Augusto Vieira Bomtempo, registra o protagonismo do Tribunal Constitucional Federal Alemão, o *Bundesverfassungsgericht*, que em muitas ocasiões tem se comportado como um legislador.
- Investigando se a Teoria da Imputação Objetiva é compatível com o sistema constitucional adotado em solo nacional, assim como se ela é capaz de fortalecer o nosso estado democrático de direito, Dorcas Marques Almeida e Núbio Pinhon Mendes Parreiras, em **A IMPUTAÇÃO OBJETIVA NO PROJETO DE LEI DO SENADO 236/12**, alcançam o entendimento que a aludida teoria apenas maximiza o poder punitivo do estado.
- **DESVELANDO O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL A PARTIR DE UM ESTUDO SÓCIO-FILOSÓFICO DO DIREITO: UMA LEITURA A PARTIR DA CONFLITOLOGIA E SUA JUSTAPOSIÇÃO CONTEXTUAL E TEXTUAL**, de Paulo Junior Trindade dos Santos, Crithian Magnus de Marco e Gabriela Samrsla Möller, adota uma abordagem transdisciplinar de análise do Código de Processo Civil, com a observância de contextos sociais, como forma de aplicação de um regramento mais próximo da realidade das pessoas e dos questionamentos a ele apresentados.
- Ana Luiza R. F. Moreira e Mateus Carvalho Soeiro, em **ROL TAXATIVO DO ART. 1015 DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E A EFETIVIDADE PROCESSUAL**, demonstram as alterações da nova codificação adjetiva pátria em relação ao agravo de instrumento e qual o impacto dessa modificação para o andamento processual.
- **A (DES)VINCULAÇÃO DAS RECEITAS ARRECADADAS MEDIANTE TAXAS**, de Ingridy Praciano Fernandes Teixeira e Guilherme Augusto Castro de Oliveira, estuda, mesmo com a ausência de expressa disposição consti-

tucional a respeito, a (des)vinculação dos recursos captados por meio das taxas.

- **NOVOS PARADIGMAS DA DECRETAÇÃO DA INDISPONIBILIDADE DE BENS NA AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA**, de Otávio Augusto Vieira Bomtempo, volta atenção para as novas disposições adotadas pelo Superior Tribunal de Justiça para a decretação de indisponibilidade de bens, estas que, segundo o autor, correspondem a relevantes instrumentos em prol da defesa do patrimônio público.
- No âmbito da temática das sociedades, bem como da possibilidade de pleiteio de indenização compensatória com os haveres a apurar em caso de retirada imotivada do sócio, Rafael Pereira de Castro, em **A POSSIBILIDADE DE PEDIDO INDENIZATÓRIO PELA SOCIEDADE EM FACE DO SÓCIO QUE SE RETIRA IMOTIVADAMENTE**, expressa a carência de abordagem legislativa sobre o assunto e as lacunas provenientes dessa escassez.
- **A HERMENÊUTICA JURÍDICA E A BUSCA DA DECISÃO EM MEIO A SITUAÇÃO DE CONFLITO**, de Célia Teresinha Manzan, perpassa pelo distinguir das concepções de hermenêutica e interpretação para assim apontar meios e técnicas adotadas no exercício interpretativo, sempre com o intuito de construir uma decisão pautada na resolução dos conflitos que antes foram apresentados.
- Passando pela etapa de conceituação e distinção dos atos administrativos, Arietha de Alencar Santos, em **REFLEXÕES SOBRE O CONTROLE JUDICIAL NOS ATOS ADMINISTRATIVOS DISCRICIONÁRIOS**, explana sobre a ação do judiciário em relação aos referidos atos da administração.
- Em **O ATIVISMO JUDICIAL NA ATUAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**, Daniele Côrte Mello e Julia Gonçalves Quintana apresentam uma visão positiva para o ativismo judicial, onde, na opinião das autoras, essa ação ativa do Poder Judiciário beneficia a sociedade como um todo, ao passo que evidencia as vastas omissões, as oriundas do executivo e do legislativo
- **A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E O PRAGMATISMO DA JURISPRUDÊNCIA DO STF**, de Mauro Guilherme Messias dos Santos, analisa a permissão posta pelo Supremo Tribunal Federal, após o julgamento do *Habeas Corpus* nº 126.292/SP, para a execução de sentença penal condenatória após a sua confirmação por órgão colegiado.
- Lucas Baldo e Elizabete Geremia, em **A VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA COM O NOVO ENTENDIMENTO OUTORGADO PELO STF**, igualmente debatem a mudança de posicionamento do Supremo Tribunal Federal frente ao tema da presunção de inocência – prin-

cípio constitucional positivado que defende a não culpabilidade até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória –apontando argumentos a favor e contrários a esse novo entendimento do tribunal.

- **FEMINICÍDIO: A MUDANÇA DE POSICIONAMENTO JURISPRUDENCIAL CONFERINDO MAIS RIGOR NA APLICAÇÃO**, de Beatriz Frota Moreira e Rodrigo Soares Lopes, tece comentários a respeito sobre os avanços legislativos obtidos ao longo dos anos como mecanismo capaz de proporcionar uma maior segurança as mulheres, sejam elas vítimas da violência ou não, já que a norma deve também ter uma perspectiva preventiva, evitando danos e crimes para indivíduos e para a sociedade como um todo.
- Através do tema da vulnerabilidade, Rosilandy Carina Cândido Lapa, Ingrid Barbosa Oliveira, Vanessa Vasques Assis dos Reis e Luiz Sales do Nascimento observam a crise hídrica que assola o país persa em **A CRISE HÍDRICA NO IRÃ E VULNERABILIDADES: RESPONSABILIDADE COLETIVA ALÉM DO DIREITO INTERNACIONAL AMBIENTAL**, ao passo que promove uma abordagem transdisciplinar pautada na ótica do direito internacional, do meio ambiente e das relações internacionais.
- **CRIMES AMBIENTAIS: RESPONSABILIDADE PENAL DAS PESSOAS JURÍDICAS**, de Adriano da Silva Ribeiro e Lucas Zauli Ribeiro, pauta o estabelecimento da responsabilidade penal das pessoas jurídicas nos casos de crimes ambientais como uma necessidade social, já que a preservação ao meio ambiente reflete um regramento constitucional.
- **ADOÇÃO DE INSTRUMENTOS DE ESTÍMULO AO USO DE FONTES ALTERNATIVAS DE ENERGIA COMO POLÍTICA PÚBLICA VOLTADA AO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL BRASILEIRO**, de Gigliola Lilian Decarli e Lidia Maria Ribas, frisa a sustentabilidade como instrumento capaz de cuidar do meio ambiente e assim promover a perpetuação da vida, mas isso implica na transição, na permuta de elementos produtores de energia, passando a utilizar os menos poluentes como forma de diversificar a matriz energética e promover um desenvolvimento pautado em políticas verdes.
- Associando políticas públicas em prol do meio ambiente e obras públicas sustentáveis, **AS CONSTRUÇÕES SUSTENTÁVEIS E A APLICABILIDADE DA LEGISLAÇÃO: UM ESTUDO DE CASO EM UMA INSTITUIÇÃO FEDERAL DE ENSINO SUPERIOR**, de Roberta Helena Moraes Tillmann, Raimundo Cláudio Silva da Silva, Davi do Socorro Barros Brasil, averigua como essa relação foi constituída em uma universidade federal sediada no estado do Pará.
- Permanecendo com a abordagem de meio ambiente e as instituições federais de ensino superior, Caroline Santos Marcondes, Núria Budib Moreira, Ana Júlia Sales de Almeida e Adaiane Catarina Marcondes Jacobina, em

ARBORIZAÇÃO DO IFMT *CAMPUS* CUIABÁ – BELA VISTA COM VEGETAÇÃO ARBÓREA NATIVA DO CERRADO, destacam quão positivo é o estabelecimento de arborização do IFMT, *campus* Cuiabá – Bela Vista, com espécies arbóreas provenientes do bioma cerrado como forma de inibir o surgimento de espécies exóticas que inviabilizem a área comum da unidade de ensino.

- A degradação do meio ambiente, marcadamente do bioma Mata Atlântica, é problematizada em **O SECULAR DESMATAMENTO DA MATA ATLÂNTICA E A TELA DE JOHANN MORITZ RUGENDAS**, de Kelly de Souza Barbosa e Lucas de Souza Lehfeld, que, ao estabelecer um diálogo com a tela *O Desmatamento* (1835), de Rugendas, percebe o descaso secular do estado para com a vegetação, além da urgência em executar o mandamento constitucional de proteção ambiental.
- **PROPRIEDADE INTELECTUAL E AGRICULTURA NA ERA DA REVOLUÇÃO TÉCNICO-CIENTÍFICA-INFORMACIONAL**, de Gabriel Cunha Salum e Aluisio Almeida Schumacher, investiga como o estabelecimento de propriedade intelectual pode ser um mecanismo institucionalizado de controlar o saber científico em prol de parcela da sociedade que já detém poder e riqueza e que resulta em desfavorecer coletivos e agricultores de menor poder econômico diante da revolução tecnológica contemporânea.

Renovamos o desejo que os nossos leitores tenham um excelente diálogo com os textos aqui expostos e que o futuro possibilite reais interações por meio de novas produções acadêmicas com os conteúdos que agora apresentamos.

Adaylson Wagner Sousa de Vasconcelos

SUMÁRIO

CAPÍTULO 1	1
A JUSTIÇA COMO UMA FÓRMULA PARA A CONTINGÊNCIA ATRAVÉS DA SUA REPRODUÇÃO AUTOPOIÉTICA NO DIREITO INTERNACIONAL	
Isis de Angellis Pereira Sanches Gustavo Assed Ferreira	
DOI 10.22533/at.ed.4431905071	
CAPÍTULO 2	12
O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE ALEMÃO: A PARTICIPAÇÃO POPULAR NA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E O ATIVISMO JUDICIAL	
Otávio Augusto Vieira Bomtempo	
DOI 10.22533/at.ed.4431905072	
CAPÍTULO 3	27
A IMPUTAÇÃO OBJETIVA NO PROJETO DE LEI DO SENADO 236/12	
Dorcas Marques Almeida Núbio Pinhon Mendes Parreiras	
DOI 10.22533/at.ed.4431905073	
CAPÍTULO 4	43
DESVELANDO O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL A PARTIR DE UM ESTUDO SÓCIO-FILOSÓFICO DO DIREITO: UMA LEITURA A PARTIR DA CONFLITOLOGIA E SUA JUSTAPOSIÇÃO CONTEXTUAL E TEXTUAL	
Paulo Junior Trindade dos Santos Cristhian Magnus de Marco Gabriela Samrsla Möller	
DOI 10.22533/at.ed.4431905074	
CAPÍTULO 5	55
ROL TAXATIVO DO ART. 1015 DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E A EFETIVIDADE PROCESSUAL	
Ana Luiza R. F. Moreira Mateus Carvalho Soeiro	
DOI 10.22533/at.ed.4431905075	
CAPÍTULO 6	67
A (DES)VINCULAÇÃO DAS RECEITAS ARRECADADAS MEDIANTE TAXAS	
Ingridy Praciano Fernandes Teixeira Guilherme Augusto Castro de Oliveira	
DOI 10.22533/at.ed.4431905076	
CAPÍTULO 7	78
NOVOS PARADIGMAS DA DECRETAÇÃO DA INDISPONIBILIDADE DE BENS NA AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA	
Otávio Augusto Vieira Bomtempo	
DOI 10.22533/at.ed.4431905077	

CAPÍTULO 8	92
A POSSIBILIDADE DE PEDIDO INDENIZATÓRIO PELA SOCIEDADE EM FACE DO SÓCIO QUE SE RETIRA IMOTIVADAMENTE	
Rafael Pereira de Castro	
DOI 10.22533/at.ed.4431905078	
CAPÍTULO 9	102
A HERMENÊUTICA JURÍDICA E A BUSCA DA DECISÃO EM MEIO A SITUAÇÕES DE CONFLITO	
Célia Teresinha Manzan	
DOI 10.22533/at.ed.4431905079	
CAPÍTULO 10	112
REFLEXÕES SOBRE O CONTROLE JUDICIAL NOS ATOS ADMINISTRATIVOS DISCRICIONÁRIOS	
Arietha de Alencar Santos	
DOI 10.22533/at.ed.44319050710	
CAPÍTULO 11	124
O ATIVISMO JUDICIAL NA ATUAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL	
Daniele Côrte Mello	
Julia Gonçalves Quintana	
DOI 10.22533/at.ed.44319050711	
CAPÍTULO 12	136
A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E O PRAGMATISMO DA JURISPRUDÊNCIA DO STF	
Mauro Guilherme Messias dos Santos	
DOI 10.22533/at.ed.44319050712	
CAPÍTULO 13	159
A VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA COM O NOVO ENTENDIMENTO OUTORGADO PELO STF	
Lucas Baldo	
Elizabete Geremia	
DOI 10.22533/at.ed.44319050713	
CAPÍTULO 14	169
FEMINICÍDIO: A MUDANÇA DE POSICIONAMENTO JURISPRUDENCIAL CONFERINDO MAIOR RIGOR NA APLICAÇÃO	
Beatriz Frota Moreira	
Rodrigo Soares Lopes	
DOI 10.22533/at.ed.44319050714	
CAPÍTULO 15	179
A CRISE HÍDRICA NO IRÃ E VULNERABILIDADES: RESPONSABILIDADE COLETIVA ALÉM DO DIREITO INTERNACIONAL AMBIENTAL	
Rosilandy Carina Cândido Lapa	

Ingrid Barbosa Oliveira
Vanessa Vasques Assis dos Reis
Luiz Sales do Nascimento

DOI 10.22533/at.ed.44319050715

CAPÍTULO 16 192

CRIMES AMBIENTAIS: RESPONSABILIDADE PENAL DAS PESSOAS JURÍDICAS

Adriano da Silva Ribeiro
Lucas Zauli Ribeiro

DOI 10.22533/at.ed.44319050716

CAPÍTULO 17 206

ADOÇÃO DE INSTRUMENTOS DE ESTÍMULO AO USO DE FONTES ALTERNATIVAS DE ENERGIA COMO POLÍTICA PÚBLICA VOLTADA AO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL BRASILEIRO

Gigliola Lilian Decarli
Lídia Maria Ribas

DOI 10.22533/at.ed.44319050717

CAPÍTULO 18 221

AS CONSTRUÇÕES SUSTENTÁVEIS E A APLICABILIDADE DA LEGISLAÇÃO: UM ESTUDO DE CASO EM UMA INSTITUIÇÃO FEDERAL DE ENSINO SUPERIOR

Roberta Helena Moraes Tillmann
Raimundo Cláudio Silva da Silva
Davi do Socorro Barros Brasil

DOI 10.22533/at.ed.44319050718

CAPÍTULO 19 228

ARBORIZAÇÃO DO IFMT CAMPUS CUIABÁ - BELA VISTA COM VEGETAÇÃO ARBÓREA NATIVA DO CERRADO

Caroline Santos Marcondes
Núria Budib Moreira
Ana Júlia Sales de Almeida
Adaiane Catarina Marcondes Jacobina

DOI 10.22533/at.ed.44319050719

CAPÍTULO 20 233

O SECULAR DESMATAMENTO DA MATA ATLÂNTICA E A TELA DE JOHANN MORITZ RUGENDAS

Kelly de Souza Barbosa
Lucas de Souza Lehfeld

DOI 10.22533/at.ed.44319050720

CAPÍTULO 21 246

PROPRIEDADE INTELECTUAL E AGRICULTURA NA ERA DA REVOLUÇÃO TÉCNICO-CIENTÍFICA-INFORMACIONAL

Gabriel Cunha Salum
Aluisio Almeida Schumacher

DOI 10.22533/at.ed.44319050721

CAPÍTULO 22 256

**OS DIREITOS HUMANOS COMO PRODUTOS CULTURAIS: PERSPECTIVAS PARA
A EFETIVIDADE DA DIGNIDADE HUMANA**

Catarine Acioli

DOI 10.22533/at.ed.44319050722

SOBRE O ORGANIZADOR..... 267

A JUSTIÇA COMO UMA FÓRMULA PARA A CONTINGÊNCIA ATRAVÉS DA SUA REPRODUÇÃO AUTOPOIÉTICA NO DIREITO INTERNACIONAL

Isis de Angellis Pereira Sanches

Faculdade De Direito de Ribeirão Preto, Ribeirão Preto, São Paulo.

Gustavo Assed Ferreira

Faculdade De Direito de Ribeirão Preto, Ribeirão Preto, São Paulo.

RESUMO: Esta pesquisa trata da possibilidade de utilização da Teoria dos Sistemas de Niklas Luhmann para a legitimação de um controle jurisdicional de convencionalidade vinculante ao judiciário interno dos países signatários do Sistema Regional Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos. O controle de convencionalidade das leis é o processo de compatibilização vertical das normas domésticas com os comandos encontrados nas convenções internacionais de direitos humanos. Ele possibilita que a jurisprudência internacional torne-se fonte normativa interna no sistema legal doméstico. No entanto, alguns tribunais locais não se conscientizaram acerca da necessidade de aproximar a sua jurisprudência das decisões oriundas dos julgamentos internacionais. Abordar essa divergência é importante para a superação dos obstáculos de implementação e vinculação das obrigações internacionais do Estado decorrentes da jurisprudência internacional. Sendo assim, a problemática da pesquisa está na divergência de interpretação

convencional entre as cortes nacionais e internacionais, já que, muitas vezes, essa jurisprudência internacional não é vinculante às decisões dos juízes internos. Portanto, esta pesquisa visa encontrar a legitimação de um efeito vinculante da jurisprudência internacional no sistema legal interno.

PALAVRAS-CHAVE: Jurisprudência; hermenêutica convencional; efeito vinculante

JUSTICE AS A FORMULA FOR CONTINGENCY THROUGH ITS AUTOPOIETIC REPRODUCTION IN INTERNATIONAL LAW

ABSTRACT: This research deals with the possibility of using Niklas Luhmann's Theory of Systems to legitimize a jurisdictional control of conventionality binding on the internal judiciary of the signatory countries of the Inter-American Regional System for the Protection of Human Rights. The control of conventionality of laws is the process of vertical compatibility of domestic norms with the commands found in international human rights conventions. It enables international jurisprudence to become an internal normative source in the domestic legal system. However, some local courts have not become aware of the need to approximate their jurisprudence to decisions arising from international trials. Addressing this divergence is important for overcoming the

obstacles to implementing and linking the international obligations of the state arising from international jurisprudence. Thus, the research problem lies in the divergence of conventional interpretation between national and international courts, since, many times, this international jurisprudence is not binding on the decisions of internal judges. Therefore, this research aims to find the legitimation of a binding effect of international jurisprudence on the internal legal system.

KEYWORDS: Jurisprudence; conventional hermeneutics; binding effect.

1 | INTRODUÇÃO

O objetivo principal desta pesquisa seria entender a relação entre a evolução da Teorias dos Sistemas de Niklas Luhmann com a construção jurisprudencial do Direito Internacional dos Direitos Humanos.

Veremos que essa construção poderia ser efetivada através da validade das normas da jurisprudência de direito internacional dos direitos humanos no direito interno dos países signatários da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH).

Em teoria, há a possibilidade da utilização do efeito vinculante da interpretação realizada pelos órgãos jurisdicionais internacionais, principalmente no tocante à “norma convencional internacional”, que possibilita que uma norma convencional, derivada da jurisprudência internacional, torne-se fonte normativa interna no sistema legal doméstico.

O status de força jurídico-normativa, promovido à essa norma, seria suficiente para restringir a eficácia de norma interna divergente, o que obstaría indiretamente a sua aplicabilidade, pois tornaria inaplicável a legislação infraconstitucional com ela conflitante.

Portanto, através da hermenêutica convencional, realizada pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH), haveria uma reprodução das próprias normas internacionais de direitos humanos, utilizando-se da Justiça como fórmula de ponderação de contingência.

Como metodologia, far-se-á uma comparação por semelhança, bibliográfica e dedutiva, da evolução da teoria do Sistemas de Niklas Luhmann com a evolução do Direito Internacional Público dos Direitos Humanos na questão básica da validade das suas normas. Essa validade seria efetivada através do próprio sistema internacional e não pelo Estado.

Para isso, em um primeiro momento, haverá uma análise da Teoria dos Sistemas, através de sua perspectiva evolucionária, aplicando-se o esquema variação/seleção/estabilização.

Em um segundo momento, estudar-se-á a força da evolução do Direito Internacional Público dos Direitos Humanos, na questão básica da validade das suas normas, efetivada através da força normativa dos costumes (do próprio sistema internacional) e

não apenas pelas normas dos Estados, demonstrando-se a necessidade da evolução do *Jus Inter Gentes* à um Novo *Jus Gentium* no Século XXI.

Por fim, compreenderemos o efeito “vinculante” da interpretação realizada pelos órgãos jurisdicionais internacionais, como a Corte IDH.

No caso da CADH, por exemplo, o tratado é interpretado tanto pelas Cortes nacionais quanto pela Corte IDH, e, portanto, haveria dois intérpretes dotados de autoridade para interpretar o mesmo texto jurídico.

Assim, através de uma perspectiva doutrinária e jurisprudencial, perceberemos a necessidade de uma vinculação da jurisprudência internacional convencional da Corte IDH no Brasil, que será o país estudado, principalmente no tocante à problemática da falta de harmonização das interpretações dos Tribunais nacionais em face daquela corte jurisdicional internacional.

2 | A QUESTÃO DA JUSTIÇA NA EVOLUÇÃO DA TEORIA DOS SISTEMAS DE NIKLAS LUHMAN

Niklas Luhman entende que a sociedade seria como um organismo, que evolui a partir de si mesmo. Esse organismo seria como um sistema e dentro desse sistema haveria outros, que também evoluiriam, como os econômicos, políticos, da ética e do direito.

Os impulsos do ambiente, na Teoria dos Sistemas, assim como na Teoria de Darwin, aparecem como casualidades que afetam todos os seus sistemas. Como resultado, surgem esses sistemas tornam-se autônomos, reproduzindo-se e estruturando-se autorreferencialmente através de suas variações eventualmente inovadoras (LUHMAN, 2016).

A autonomia de uma evolução, dentro do sistema do direito, também ocorre. No entanto, ela reside e perpetua-se com o seu fechamento operativo. Deve ocorrer o fechamento das operações do sistema, que só ocorre quando diferentes condições são satisfeitas, tais quais: variação, seleção e estabilização (LUHMAN, 2016).

A primeira condição diz respeito às variações eventualmente inovadoras, criadas pelos impulsos do ambiente (LUHMAN, 2016).

Dispõe Celso Fernandes Campilongo, que a cada variação um novo sentido é produzido e novos horizontes de possibilidades se ativam. Assim, nos próprios limites impostos pelo direito ao direito, ocorre uma autopoiese que influencia toda a sociedade através da interpretação. (2011).

Ele ainda demonstra que os tribunais, como núcleo formal organizacional do sistema jurídico, são encarregados da alocação do valor da licitude ou ilicitude de expectativas normativas, promovendo argumentações dogmáticas potencialmente inovadoras, especialmente nos conflitos trazidos por movimentos sociais (CAMPILONGO, 2012).

A segunda condição, a “seleção pela estrutura” pelas instituições sociais, advém

de diversas instituições sociais que são as organizações que selecionam as variações. No entanto, como ela são dependentes da estratificação, do status social e da relação de parentesco, as seleções de normas efetuadas por elas, infelizmente, acabam repercutindo em regras de procedimento e concepções muito restritas.

Podemos falar aqui no surgimento de uma dogmática jurídica *ad hoc*, que no passado atentava para a subsistência da sistemática conceitual. No entanto, no fim do século XIX, iniciou-se uma diminuição dessa dogmática, realizada principalmente pela *Common Law*, em vista da verificação das necessidades cambiantes do direito.

Por conseguinte, houve a necessidade da existência de normas que se apoiassem na interpretação. Com isso, houve a criação de uma nova dogmática jurídica, *ad hominem*, que tinha a oportunidade de amadurecer-se através do reconhecimento de seus defeitos. Somente através dessa argumentação jurídica desenvolveu-se conceitos e regras de decisão pelos intérpretes, consideradas válidas também para outros casos (LUHMANN, 2016).

Por fim, a última condição para o fechamento operativo do sistema do direito é a estabilização, que trata da estabilidade dinâmica dos procedimentos jurídicos, que incorporam as variações e atribuem um significado ou conceito às futuras sentenças (LUHMANN, 2016).

Verifica-se a necessidade dessa estabilização, porque, como temos cada vez mais uma maior densidade de problemas, podem as normas serem facilmente modificadas. A mudança das leis torna-se normal, o prazo de validade médio das normas diminui e, não raro, estas entram em vigência apenas temporária (LUHMANN, 2016).

A estabilização pode ser efetivada através do fechamento operativo do Direito, que funcionaria como uma codificação e programação. Estas seriam como uma classificação da sua “positividade”, ocorrendo através da lembrança dos resultados de suas operações. O fechamento ocorreria na forma de sequências operativas que reproduziria todo o sistema autopoieticamente. Diversas operações seriam reutilizadas recorrentemente, codificadas e programadas, criando uma unidade de sistema jurídico (LUHMANN, 2016).

A Justiça constitui uma fórmula de contingência das normas. Ela, nesse sentido, consoante a teoria dos sistemas de Niklas Luhman, diferentemente do que tradicionalmente ocorre no âmbito das teorias que a ela se referem, admitiria um novo conceito e deixaria de apresentar qualquer conotação valorativa, passando a ser apenas um símbolo de congruência da generalização de expectativas normativas desenvolvida pelo direito (GONÇALVES; BÔAS 2017).

Isto ocorreria porque ela simbolizaria as congruências da generalização das expectativas normativas, promovendo impacto na “positividade” do direito, não sendo, na perspectiva da teoria dos sistemas, um valor transcendente, mas uma fórmula de contingência que se ligaria estreitamente à própria consecução da função do subsistema jurídico (GONÇALVES; BÔAS FILHO, 2017).

Nela o intérprete encontraria a saída para a maior tolerância à ambiguidade,

com o abrandamento da dogmática tradicional e dos conceitos jurídicos indefinidos, utilizando-se de fórmulas de ponderação de interpretação. Por conseguinte, a ponderação da Justiça, como uma fórmula para a contingência, supervisionaria a consistência e a estabilização das interpretações das decisões judiciais.

3 | A CONTRUÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA DOS DIREITOS HUMANOS NO DIREITO INTERNACIONAL

O Direito Internacional tradicional, vigente no início do século passado, era marcado pelo voluntarismo estatal. Ele refletia na permissividade do recurso à guerra, na celebração de tratados desiguais, na diplomacia secreta, na manutenção de colônias e protetorados e zonas de influência (TRINDADE, 2002).

A doutrina voluntarista da época, adotada no *Jus Gentium* clássico, tornava evidentemente supérfluo o costume como *fonte autônoma do direito* internacional (TRINDADE, 2002).

Preliminarmente, o costume constitui-se de um elemento subjetivo, que dispõe que os Estados devem aceitar a prática do costume (*opinio juris sive necessitatis*) (VARELLA, 2017). E como o elemento subjetivo da *opinio juris* seria de difícil comprovação, a doutrina voluntarista negava o costume como fonte normativa.

Essa doutrina ainda negava que outras personalidades jurídicas do direito das gentes poderiam integrar o processo de produção do direito consuetudinário. Hoje não há qualquer fundamento lógico que autorize pensar desse modo (RESEK, 2008).

Com a evolução do Direito Internacional, surgiram princípios, que eram emergentes e essenciais, como os da proibição do uso, ameaça da força, da guerra de agressão e a necessidade da igualdade jurídica dos Estados. Como resultado, surgiram o Pacto Briand-Kellog (de proscricção da guerra) de 1928, o Pacto Saavedra Lamas de 1933, e a doutrina Stimson (de não reconhecimento de situações geradas pela força) de 1932, que tiveram o efeito cumulativo de cristalizar uma norma costumeira de condenação da ilegalidade do uso da força como instrumento de política nacional (TRINDADE, 2002).

Com o combate às desigualdades (abolição das capitulações, criação do sistema de minorias sob a Liga ou Sociedade das Nações e adoção de sucessivas convenções da Organização Internacional do Trabalho), o Direito Internacional começou a democratizar-se e a conservar-se por interesses comuns superiores (TRINDADE, 2002).

Alguns Estados começaram a verificar suas normas e considerar inclusive que estas deveriam estar em conformidade com o direito costumeiro internacional. A título de ilustração, Itália, Alemanha, Japão e Grécia, entre outros, derogaram algumas normas nacionais em desconformidade com a prática internacional. Na Itália, Japão e Alemanha, a própria Corte Constitucional possui a competência de verificar essa

conformidade (VARELLA, 2017).

Decisões da Corte Internacional de Justiça, por exemplo, contêm um reconhecimento judicial, ou mesmo procedem à aplicação de um costume geral, como nos casos do *Lotus* (1927), do *Wimbledon* (1923), do *Canal de Corfu* (1947), das *Reservas à Convenção contra o Genocídio* (1951), de *Nottebohm* (1955) – ou de um costume especial, a exemplo dos casos do *Asilo* (1950), dos *Nacionais dos EUA em Marrocos* (1952) e do *Direito de Passagem* (1960) Portanto, não há como negar a força de decisões arbitrais e judiciais atualmente (TRINDADE, 2002).

Mesmo que uma norma consuetudinária não seja codificada, o costume é direito positivo, assim como a lei. O problema é que nas jurisdições nacionais, os costumes internacionais quando invocáveis perante o juiz nacional, raramente são reconhecidos (VARELLA, 2017).

Através da perspectiva de Antônio Augusto Cançado Trindade, juiz da Corte Internacional de Justiça, em seu livro *O Direito Internacional em um mundo em transformação*, percebemos a implicação da chamada incidência da dimensão temporal do Direito. Ocorre que essa incidência desenvolve e evolui valores, tanto nacionais como internacionais, que interpretam-se e aplicam-se no tempo (TRINDADE, 2002).

No Direito Internacional dos Direitos Humanos, a par da natureza essencialmente preventiva desses instrumentos internacionais, pode-se inferir uma ilustração contundente dessa dimensão intertemporal, que reside na sua construção jurisprudencial nas últimas décadas, da construção da noção de vítima (tanto direta como indireta) e também da vítima potencial (TRINDADE, 2002).

As dúvidas no tocante à hierarquia das fontes do Direito Internacional constituem-se na aplicação da jurisprudência e da doutrina, em vista que o próprio artigo 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça apresenta-as como meios auxiliares de aplicação de normatividade, porque encontram-se em constante e dinâmica interação (TRINDADE, 2002).

No entanto, no tocante à jurisprudência, há quem sugira que talvez a contribuição mais significativa dos tribunais internacionais nos últimos 180 anos está na elucidação e desenvolvimento das regras do direito internacional costumeiro, principalmente na área de proteção dos direitos estrangeiros (TRINDADE, 2002).

Visando-se esta proteção, estabeleceram-se inclusive *standards* pelos tribunais internacionais e internos em inúmeros países, particularmente em relação aos direitos básicos à vida e à liberdade pessoal. Vê-se, portanto, nessa área uma interação significativa das atividades dos tribunais internacionais e dos tribunais nacionais (TRINDADE, 2002).

O Direito Internacional, ao longo dos anos, tem se transformado, reconhecendo-se como independente da vontade dos Estados, impregnando-se crescentemente a valores éticos. Vêm surgindo indicações que o Direito Internacional vem afigurando-se como um *Jus inter gentes*, isso porque o Direito Internacional clássico não é mais capaz de resolver as questões contemporâneas que afetam somente aos Estados,

mas também a comunidade internacional como um todo (TRINDADE, 2002).

Por isso, no último meio século, houve o surgimento de novas obrigações, emanadas do Direito Internacional, que vinculam os Estados, independentemente de sua vontade individual (TRINDADE, 2002).

Dessarte, com a democratização e o aperfeiçoamento dos mecanismos de operação da comunidade internacional, temos a possibilidade do surgimento de uma nova fase, um *novo Jus Gentium* do futuro, que permitiria assegurar a construção de um Direito Universal da Humanidade no início do Século XXI (TRINDADE, 2002).

Para isso, deve-se vencer desafios, como a erradicação da pobreza crônica, o desenvolvimento humano, e a superação das disparidades alarmantes entre os países e dentro deles, entre outros problemas (TRINDADE, 2002).

4 | O EFEITO VINCULANTE DA INTERPRETAÇÃO CONVENCIONAL REALIZADA PELOS ÓRGÃOS JURISDICIONAIS INTERNACIONAIS

O controle de convencionalidade tem como finalidade compatibilizar as normas internas com os tratados e convenções de direitos humanos, o que garantiria o cumprimento dos deveres dos países perante a sociedade internacional (MAZZUOLI, 2011).

Para evitar uma interpretação nacionalista das convenções internacionais, há uma parcela de especialistas que defendem a autoridade das Cortes Internacionais, como a Corte IDH, no tocante à interpretação do Pacto de San José da Costa Rica. Outrossim, seria este o órgão que teria como tarefa fixar a interpretação das obrigações internacionais de direitos humanos contraídas pelo Estado Parte (CARVALHO RAMOS, 2016).

A Corte Interamericana de Direitos Humanos, desde 2006, determina que os países signatários da Convenção Americana adotem o controle de convencionalidade. No julgamento do caso *Almonacid Arellano e outros vs. Chile*, ocorrido no dia 26 de setembro de 2006, a Corte, pela primeira vez, determinou aos Estados sua obrigação em realizar o exame de compatibilidade das leis domésticas frente à CADH e à interpretação a ela conferida pela Corte IDH (CIDH, 2006). Assim, para a Corte IDH, é obrigatório aos Estados realizarem o controle de convencionalidade nacional, vinculando-se à sua interpretação conferida à Convenção (RAMOS, 2011).

A Corte continuou firmando seu entendimento sobre a obrigatoriedade do controle de convencionalidade pelos Estados que ratificaram a Convenção Americana de Direitos Humanos e que submeteram-se à sua jurisdição, como na decisão do *Caso dos Trabalhadores Demitidos do Congreso vs. Peru* (CIDH, 2006). E, em 2010, no julgamento do *Caso Cabrera Garcia e Montiel Flores vs. México* (2010), ocorrido em 26 de novembro de 2010, a Corte Interamericana, mais uma vez, reforçou sua jurisprudência sobre o controle de convencionalidade.

Ela, nesse sentido, entende que os juízes nacionais são os protagonistas na aplicação do instrumento de convencionalidade entre as normas internas e os Tratados de Direitos Humanos no caso concreto. Em seu último precedente sobre a obrigatoriedade do efeito vinculante do controle de convencionalidade, caso *Cabrera Garcia y Montiel Flores v. México* (2010), ela estabeleceu justamente esse dever internacional do Poder Judiciário dos Estados em controlar a convencionalidade das normas domésticas, destacando que a negativa acarretaria responsabilidade internacional (TENNO, 2016).

Portanto, de acordo com os precedentes internacionais, constitui um dever do Estado a conformação de seu direito interno, não apenas com o texto da Convenção, mas com toda a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Nesse sentido, o controle judicial de convencionalidade, demandado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, afigura-se como um mecanismo jurídico pela qual os juízes nacionais invalidam normas de hierarquia inferior à CADH, que não estejam em conformidade a ela (SCHEPIS, 2009).

Em outras palavras, a Corte IDH deixa claro que o controle também deve pautar-se pela jurisprudência de seu intérprete último (a própria Corte IDH no caso), que, por meio de seus precedentes, realça o sentido e o alcance do Pacto de San José Da Costa Rica (MAZZUOLI, 2011).

André de Carvalho Ramos, um dos defensores de que as interpretações da Corte são dotadas de força vinculante, dispõe que é a própria Convenção quem estabelece essa função de interpretação dos mecanismos coletivos de aferição da responsabilidade internacional do Estado, estabelecendo o correto alcance e sentido da norma protetiva de direitos humanos (RAMOS, 2001).

Percebe-se que o Brasil vai em contramão à visão do sistema interamericano. O que parece ser contraditório e estranho, porque ele ratifica e se vincula formalmente a inúmeros Tratados de Direitos Humanos. Assim, ele não deveria permanecer resistente em acatar a hermenêutica convencional realizada pelos órgãos jurisdicionais internacionais criados para tanto (TENNO, 2016).

A falta de vinculação hermenêutica convencional vai contra o julgamento do RE 466.343, de 2008, relatado pelo ministro Cezar Peluso, que dispôs que, sem prejuízo da supremacia da Constituição sobre os tratados e convenções internacionais, a norma convencional em vigor e aplicável no Brasil e que disponha acerca de direitos humanos, não tendo sido objeto de processo legislativo que a equiparasse a emenda constitucional (art. 5º, § 3º da CF, nos termos da EC 45/04), tem força jurídico-normativa suficiente para restringir a eficácia e indiretamente obstar a aplicabilidade da norma constitucional paradigma, gozando de status supralegal (BRASIL, STF, RE 466.343).

Sendo assim, percebe-se que toda a interpretação do direito brasileiro deve obediência aos dispositivos convencionais, em consonância com a interpretação firmada pelo seu órgão maior de fiscalização, a Corte IDH, impedindo com isso a responsabilização internacional do Brasil (RAMOS, 2016).

A criminalização pelo desacato é um exemplo do conflito sobre um mesmo objeto de interpretação convencional. Embora os órgãos do SIDH tenham interpretado que o desacato é incompatível com a CADH, logo, inconveniente, os juízes nacionais do Brasil, com raras exceções, continuam condenando seus indivíduos por o terem praticado. A justificativa reiterada deles para adotar essa postura é de que eles não se consideram diretamente vinculados à jurisprudência internacional, pois não a consideram uma fonte de direito interno (RAMOS, 2016).

Logo, eles inferem que, como não há nada expresso literalmente no ordenamento bruto e como essas cortes internacionais não lhes são hierarquicamente superiores, podem continuar a condenar os indivíduos por desacato (SCHEPIS, 2009).

Assim, esse posicionamento divergente da interpretação dos tribunais internacionais, poderá responsabilizar o Estado, mas isso pode ser evitado pelo Judiciário, sob o dever de prevenção (TRINDADE, 2003).

Uma das obrigações que o Estado se compromete a prestar é a de prevenir essas violações aos tratados de Direitos Humanos que ratificou. Esse dever constitui um componente básico das obrigações gerais derivadas dos tratados de Direitos Humanos, assegurando a todos o pleno exercício dos direitos consagrados, compatibilizando o direito interno às normas internacionais que estão obrigados (TRINDADE, 2003).

É, nessa medida, que se torna fundamental uma hermenêutica convencional que preveja um método de interpretação com o objetivo de compatibilizar a jurisprudência nacional com a internacional, a partir de uma interpretação harmônica e internacionalmente engajada de ambos os sistemas (TRINDADE, 2003).

5 | CONCLUSÃO

A predominância normativa das diversas interpretações, efetivadas através de fórmulas de ponderação realizadas pelo intérprete, buscam a proteção e a prevalência da Supremacia dos Tratados de Direitos Humanos. Esses direitos, por consistirem em um conjunto mínimo de direitos necessários para assegurar uma vida baseada na liberdade, igualdade e na dignidade, estão, em geral, inseridos nas Constituições (norma suprema) ou nos tratados internacionais.

Percebe-se que o Direito Internacional dos Direitos Humanos, ao longo dos anos, tem se transformado, reconhecendo-se como independente da vontade dos Estados. Com a democratização do Direito Internacional e o aperfeiçoamento dos mecanismos de operação da comunidade internacional, temos a possibilidade de em breve obter o surgimento de um novo *Jus Gentium*, que permitiria assegurar a construção de um Direito Universal da Humanidade.

As diversas variações normativas fundamentadas em interesses de contingência das normas, realizadas pelos Tribunais Internacionais dos Sistemas Regionais de Direitos Humanos, dentre estes, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, compõem

um código comum de ação, ao qual os Estados se conformariam, exatamente porque foram criados parâmetros globais de ação estatal por estes intérpretes.

À vista disso, esses tribunais, através de suas sentenças e jurisprudência, moldariam fontes normativas, com a finalidade principal de assegurar a supremacia dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos.

Em caso de divergência de interpretação entre os Tribunais internos e Tribunais internacionais, consoante a um mesmo objeto, a hermenêutica da interpretação convencional da jurisprudência internacional deveria vincular os tribunais internos. Entretanto, esse efeito vinculante muitas vezes é dificultado pela tradição civilista dos países e pela acentuada concepção positivista do direito por parte dos magistrados.

Enquanto houver dificuldade de vincular os Estados ao Direito Internacional, o posicionamento irresponsável do judiciário dos Estados perante as suas obrigações internacionais os comprometerá, levando-os a serem inclusive responsabilizados internacionalmente.

REFERÊNCIAS

BRASIL. STF. RECURSO EXTRAORDINÁRIO: RE 466.343. Relator: Ministro Cezar Peluso. Disponível em < <http://www.stf.jus.br/imprensa/pdf/re466343.pdf> > Acesso em 02.12.2018.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Interpretação do direito e movimentos sociais. Hermenêutica do Sistema Jurídico e da Sociedade.** Tese apresentada ao Concurso de Professor Titular - Departamento de Filosofia e Teoria Geral do Direito. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2011.

CAMPILONGO, Celso. **Interpretação dos Direitos e Movimentos Sociais.** Elsevier Brasil, 2011.

CORTEIDH. Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Caso Almonacid Arellano e outros vs. Chile.** Disponível em < http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf > Acesso em 03.08.2018.

CORTEIDH. Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Caso Cabrera Garcia e Montiel Flores vs. México,** ocorrido em 26 de novembro de 2010, Disponível em: < http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/resumen_220_esp.pdf > Acesso em: 03.08.2018.

GONÇALVES, Guilherme Leite; BÔAS FILHO, Orlando Villas. **Teoria dos sistemas sociais.** Editora Saraiva, 2017.

LUHMANN, Niklas. **Social systems.** Stanford University Press, 1995.

LUHMANN, Niklas. **O direito da sociedade.** Tradução de Saulo Krieger. São Paulo: Editora Martins fontes. 2016.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Controle jurisdicional da convencionalidade das leis.** 2. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

RAMOS, André de Carvalho. **Direitos humanos em juízo: comentários aos casos contenciosos e consultivos da Corte Interamericana de direito humanos e estudo da implementação dessas decisões no direito brasileiro.** São Paulo: Max Limonad, 2001.

_____. O Supremo Tribunal Federal e os Tratados de Direitos Humanos: O “Diálogo das Cortes” e a Teoria do Duplo Controle. *In*: FIGUEIREDO, Marcelo; CONCI, Luiz Guilherme Arcaro (Coords.); Konstantin Gerber (Org.) **A jurisprudência e diálogo entre tribunais**: a proteção dos direitos humanos em um cenário de constitucionalismo multinível. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

RESEK, Francisco. **Direito internacional público**. 11. ed. Cidade: Saraiva, 2008.

SCHEPIS, Marcelo. **La influencia de los tratados internacionales em el derecho interno. El control de convencionalidad**. XXY Congreso Nacional de Derecho Procesal. Buenos Aires, 11-13 nov. 2009. Disponível em: <http://procesal2009bsas.com.ar/ponencias-constiproceso.html>. Acesso em 10.08.2018.

TENNO, Yulgan. **Controle de Convencionalidade**: a tutela coletiva dos tratados internacionais de direitos humanos. João Pessoa: Ideia, 2016.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **O direito internacional em um mundo em transformação:(ensaios, 1976-2001)**. Renovar, 2002.

_____. **Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos**. v. 3. Porto Alegre: S:A. Fabris, 2003.

VARELLA, Marcelo Dias. **Direito internacional público**. Editora Saraiva, 2017.

O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE ALEMÃO: A PARTICIPAÇÃO POPULAR NA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E O ATIVISMO JUDICIAL

Otávio Augusto Vieira Bomtempo

Centro Universitário de Patos de Minas (UNIPAM)

Patos de Minas/MG

RESUMO: Após a Segunda Guerra Mundial, com a superação dos postulados positivistas, a República Federal da Alemanha promulgou a Lei Fundamental de Bonn, criando o Tribunal Constitucional Federal (*Bundesverfassungsgericht*). Ao referido tribunal couberam a interpretação do texto maior à luz de um sistema de valores e o exercício do controle de constitucionalidade das leis alemãs, por meio do controle abstrato, do controle concreto e do Recurso Constitucional. Com a análise dos aludidos mecanismos, percebe-se a ampla participação popular na jurisdição constitucional, especialmente no que concerne ao Recurso Constitucional. Por outro lado, observa-se o franco Ativismo Judicial nas decisões do Tribunal Constitucional Federal que, por vezes, tem atuado como verdadeiro legislador positivo. Entretanto, tal atuação, no sentir de Dworkin, não ofenderia o regime democrático nem a separação de poderes, sendo necessária para o reforço ao respeito e à guarda da Lei Fundamental.

PALAVRAS-CHAVE: Controle de constitucionalidade. Alemanha. Tribunal Constitucional Federal. Democracia. Ativismo

judicial.

ABSTRACT: After the Second World War, with positivist postulates overcome, the Federal Republic of Germany enacted the Basic Law of Bonn, creating the Germany's Constitutional Court. To the referred court was left the interpretation of the Constitution in the light of a system of values and the exercise of judicial review of German law through the abstract control, concrete control and Constitutional Appeal. With the analysis of the alluded mechanisms, we see the broad popular participation in the constitutional jurisdiction, especially with regard to the Constitutional Appeal. On the other hand, there is a strong Judicial Activism in the decisions of the Germany's Constitutional Court that, sometimes, has acted as a true positive legislator. However, such performance, as felt by Dworking, would not offend the democratic regime or the separation of powers, being necessary to strengthen the respect and the guard of the Basic Law.

KEYWORDS: Judicial review. Germany. Federal Constitutional Court. Democracy. Judicial activism.

1 | INTRODUÇÃO

Após a Segunda Grande Guerra, surge no

cenário mundial o movimento teórico do Pós-Positivismo, que veio conferir um novo modelo de análise jurídica, imbuído de caráter notadamente axiológico, segundo o qual o ser humano seria o fim do Direito.

Neste contexto, em 23 de maio de 1949, a parte ocidental da Alemanha, a então República Democrática da Alemanha, promulgou a Lei Fundamental de Bonn, criando o Tribunal Constitucional Federal (*Bundesverfassungsgericht*), responsável por declarar a inconstitucionalidade de leis federais e por se pronunciar acerca da incompatibilidade de leis estaduais em face de leis federais.

Desta forma, como guardião da Lei Fundamental, o Tribunal Constitucional Federal alemão dispõe de três mecanismos para efetuar o controle de constitucionalidade: o controle abstrato/concentrado, o controle concreto/difuso e o Recurso Constitucional, sendo, este último, o mais democrático e o mais utilizado no país.

Entretanto, com a análise pormenorizada dos institutos alemães de controle de constitucionalidade, percebe-se, por vezes, a supremacia do Tribunal Constitucional Federal em relação aos demais poderes. Neste cenário, indaga-se: o fato de o efeito vinculante das decisões da Corte Constitucional, em sede de controle de constitucionalidade, estender-se também ao Poder Legislativo não acarretaria a fossilização da Lei Fundamental? A jurisprudência de valores não permitiria ao Tribunal Constitucional Federal atuar como verdadeiro legislador concorrente? Tal ativismo judicial não feriria os postulados da democracia e da separação harmônica dos poderes?

Neste prisma, o presente estudo tem como objetivo analisar o controle de constitucionalidade alemão, notadamente quanto ao contraponto entre a participação popular à jurisdição constitucional e o ativismo do Tribunal Constitucional Federal no seu mister de proteger os direitos fundamentais do povo germânico.

2 | O PÓS-POSITIVISMO E A CRIAÇÃO DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL ALEMÃO

Após a Segunda Grande Guerra, com a superação dos pressupostos positivistas, surge no cenário mundial o movimento teórico do Neoconstitucionalismo/Pós-Positivismo que, imbuído de caráter notadamente axiológico, veio conferir um novo modelo de análise jurídica à luz dos ideais neokantistas.

Com tal movimento, foi reconhecida a premissa da primazia do ser humano para o universo jurídico, com base nas ideias de Kant (2004, p. 52) segundo o qual “o homem deve ser considerado como um fim em si mesmo”, fonte teórica para o princípio da dignidade da pessoa humana, núcleo rígido contido em todos os direitos fundamentais.

Assim, o Direito passou a ser norma e valor, sendo que os princípios passaram a ter força normativa, apresentando um caráter cogente, impositivo e de aplicação

imediatamente, tendo Robert Alexy um papel importante na sistematização da jurisprudência de valores.

Verifica-se, pois, a “Constituição como valor em si”, possibilitando um maior exercício quanto à defesa e à efetivação dos direitos fundamentais, notadamente os de terceira dimensão. Nesta ordem de ideias, Norberto Bobbio (1992, p. 11) afirma que “o ser humano é inserido em uma coletividade e passa a ter direitos de solidariedade ou fraternidade”.

Neste sentido, Daniel Sarmento (2003, p. 253-254) explica que os direitos fundamentais, ao lado de sua configuração subjetiva, possuem uma dimensão objetiva que deve refletir os valores fundamentais da ordem jurídica, irradiando seus efeitos sobre toda ela. A respeito da “eficácia irradiante” dos direitos fundamentais, discorre:

A dimensão objetiva dos direitos fundamentais liga-se ao reconhecimento de que tais direitos, além de imporem certas prestações aos poderes estatais, consagram também os valores mais importantes em uma comunidade política, constituindo, como afirmou Konrad Hesse, “as bases da ordem jurídica da coletividade”. Nessa linha, quando se afirma a existência desta dimensão objetiva pretende-se, como registrou Vieira de Andrade, “fazer ver que os direitos fundamentais não podem ser pensados apenas do ponto de vista dos indivíduos, enquanto faculdades ou poderes de que estes são titulares, antes valem juridicamente também do ponto de vista da comunidade, como valores ou fins que esta se propõe a prosseguir.

Deste modo, a “eficácia irradiante” dos direitos fundamentais permite ao Poder Legislativo elaborar a lei, à Administração Pública governar e ao Poder Judiciário resolver os conflitos, buscando consagrar os ditames da dignidade da pessoa humana, da igualdade substantiva e da justiça social.

Com efeito, com o advento do Pós-Positivismo, o Poder Judiciário assumiu a figura central nos ordenamentos jurídicos, que passaram a adquirir densidade normativa ante as atuais tendências do Direito Constitucional contemporâneo.

Nesse diapasão, em 1949, a parte ocidental alemã, conhecida por República Federal da Alemanha (RFA), promulgou a Lei Fundamental de Bonn. Nesta oportunidade, o Poder Constituinte Originário Tedesco, no Título IX, previu a criação do Tribunal Constitucional Federal (*Bundesverfassungsgericht*), primeiro tribunal constitucional nesse período.

O Tribunal, sediado em Karlsruhe, além das competências de solução de conflitos federativos, passou a deter o monopólio da declaração de inconstitucionalidade das leis alemãs. Desta forma, foi o precursor da análise da Constituição como ordem objetiva ou vinculante de valores, instrumental à garantia dos direitos fundamentais (CRUZ, 2006, p. 5-6), tendo desenvolvido uma aprofundada teoria de direitos fundamentais.

O Tribunal Constitucional Federal detém autonomia administrativa e financeira e apenas entrou em exercício em 1951. Ele compõe-se de dezesseis ministros eleitos metade pelo Conselho Federal (*Bundesrat*) e metade pelo Parlamento Federal (*Bundestag*), com dois terços dos votos. Para serem eleitos, os candidatos devem ter idade compreendida entre 40 e 68 anos, não podendo ser integrantes dos

órgãos legislativos federais e estaduais ou dos Governos Federal e estaduais. Ao se empossarem no cargo, exercem seu mister pelo prazo de 12 anos, sendo vedada a reeleição.

Os ministros são divididos em dois Senados e suas decisões são tomadas por maioria simples dos membros de cada um dos órgãos. Como possuem dezesseis membros, no caso de empate, não se declara a inconstitucionalidade da norma impugnada.

Deste modo, a partir da existência de um sistema jurídico mais complexo e hierarquizado, com a rigidez e a supremacia da Lei Fundamental de Bonn, o controle de constitucionalidade pôde se desenvolver na Alemanha, cabendo ao Tribunal Constitucional Federal esta importante tarefa na construção do Estado Democrático de Direito.

3 I AS ESPÉCIES DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE TEDESCO

O controle de constitucionalidade tem como objetivo adequar as normas jurídicas às suas normas fundamentais, do ponto de vista material e formal, atuando como verdadeira arma contra ataques aos direitos fundamentais, consagrados nos textos magnos.

Desta forma, o controle de constitucionalidade visa a oferecer harmonia e unidade a todo arcabouço legal de um ordenamento jurídico. Assim, impede a existência de atos normativos contrários à Constituição e ao próprio Estado de Direito.

No caso alemão, o controle de constitucionalidade é exercido pelo Tribunal Constitucional Federal apenas de forma repressiva, não havendo, portanto, o controle preventivo (MENDES, 1999). Desta forma, o Tribunal Constitucional Federal dispõe de três mecanismos principais para efetuar sua função: o controle abstrato/concentrado, previsto no artigo 93.1. n° 2 e 2a da Lei Fundamental, o controle concreto/difuso, previsto no artigo 100, e o Recurso Constitucional, no artigo 93.1.4a.

Ressalta-se que, no modelo alemão, há a possibilidade de se decretar a inconstitucionalidade de leis anteriores à Lei Fundamental de Bonn, segundo a Teoria da Inconstitucionalidade Superveniente.

3.1 O Controle Abstrato

O modelo de jurisdição concentrada concebido por Kelsen e consagrado pela Constituição austríaca de 1920-1929 foi adotado, inicialmente, na Itália e na Alemanha. No modelo alemão de controle abstrato, há apenas uma arguição de inconstitucionalidade, que pode ser promovida, de forma escrita, perante o Tribunal Constitucional Federal.

De acordo com o artigo 93.1.3 da Lei Fundamental, são partes legítimas para

propor este controle: o Governo Federal, os Governos Estaduais e um terço do Parlamento Federal, sendo dispensável a figura do advogado, exceto em audiências. Destaca-se que o mencionado procurador pode ser substituído por um professor de Direito.

Do texto maior, extrai-se que podem ser objeto do controle concentrado as hipóteses de: incompatibilidade de lei federal com a Lei Fundamental; a ofensa de lei estadual à Lei Fundamental e o desrespeito de lei estadual à lei federal. Ressalta-se que o termo “lei” deve ser entendido de modo amplo, abrangendo, inclusive, emendas constitucionais e costumes válidos e reconhecidos.

Ademais, para a propositura da arguição, que não está sujeita a prazo, faz-se necessária a existência de dúvida ou de controvérsia acerca da constitucionalidade. Compreendem-se por dúvida os fortes indícios e argumentos que demonstrem ser o ato normativo impugnado inconstitucional, que gerem insegurança jurídica, e, por controvérsia, a divergência entre pessoas distintas. No caso de desistência do pedido, o controle não será interrompido, por ser questão de interesse público.

Por fim, durante a instrução, há a possibilidade de o Tribunal Constitucional Federal adotar diversas providências, como a realização de perícias, a manifestação de outros órgãos e a oitiva de *experts*.

3.2 O Controle Concreto

O artigo 100 da Lei Fundamental de Bonn prevê a possibilidade de se aplicar o controle difuso de constitucionalidade em três hipóteses. A primeira ocorre quando, no curso de um processo, suspeitar-se da inconstitucionalidade de uma lei de cuja validade dependa a solução do feito. Nestes casos, o juiz, entendendo padecer a lei questionada de vício, deverá suspender o feito e remeter a questão para o Tribunal Constitucional Federal, que se pronunciará a seu respeito.

A segunda hipótese de controle concreto de constitucionalidade alemão é quando houver dúvida acerca da vigência, no sistema alemão, de regra de Direito Internacional Público e se ela cria direitos e obrigações. Neste caso, tal regra se mostra importante visto que as normas gerais de Direito Internacional Público fazem parte do direito federal. Deste modo, de acordo com o artigo 25 da Lei Fundamental, elas se sobrepõem às leis e constituem fonte direta de direitos e de obrigações.

Por derradeiro, a terceira hipótese de controle difuso amolda-se às situações quando, na interpretação de uma lei, o Tribunal de algum Estado se afastar da posição do Tribunal Constitucional Federal ou de outro da federação. Verifica-se, destarte, que a finalidade desta última hipótese é minimizar a existência de decisões conflitantes, ao mesmo tempo em que evita o engessamento da jurisprudência.

3.3 O Recurso Constitucional (*Verfassungsbeschwerde*)

Previsto no artigo 93.1.4a da Lei Fundamental de Bonn, o Recurso Constitucional

é um remédio extraordinário útil quando houver ofensa a direitos fundamentais ou assemelhados (*Grundrecht*).

Tal mecanismo permite uma ampla participação popular na jurisdição constitucional, uma vez que franqueia acesso direto dos cidadãos, das pessoas jurídicas e dos estrangeiros ao Tribunal Constitucional Federal, independentemente do pagamento de custas ou de assistência de advogado. Além disso, a Lei Fundamental assegura o direito dos municípios e das associações comunais de opor o aludido remédio contra lei ofensiva ao direito de autoadministração.

O Recurso Constitucional é utilizado apenas depois de esgotadas todas as vias judiciais e se a ofensa permanecer. No entanto, os princípios da subsidiariedade e do exaurimento da via judicial podem ser afastados nas hipóteses de questões de interesse geral ou se o trâmite nas instâncias ordinárias puder acarretar prejuízo de difícil ou de incerta reparação.

O impetrante deve observar os prazos de interposição: para os casos de impugnação de decisão judicial é de 1 mês a contar da data de sua prolação e, para os atos não passíveis de controle judicial, 1 ano a partir da publicação do ato. Verifica-se que, quando do juízo de admissibilidade pelo Tribunal Constitucional Federal, a decisão proferida não é passível de recurso e nem tem que ser, necessariamente, fundamentada. A decisão que julga o Recurso Constitucional tem natureza anulatória.

Vislumbra-se que é o instrumento mais utilizado no controle de constitucionalidade alemão:

Heck (1995) nos fornece uma estatística impressionante do Tribunal Constitucional alemão no período compreendido entre 1951 e 1993. Nela, o controle incidental, concreto e concentrado apresentou um total de 2.846 (dois mil, oitocentos e quarenta e seis) processos e o número de recursos constitucionais somou 91.813 (noventa e um mil, oitocentos e treze). De outro lado, o controle abstrato de normas chegou a apenas 122 processos!!! (CRUZ, 2004, p. 364).

Neste norte, tem-se que o Recurso Constitucional perfaz 95% do trabalho da Corte Constitucional (JAEGGER, 2003, p. 149).

Insta salientar que, no modelo de controle de constitucionalidade brasileiro, relativamente às origens do instituto da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF), havia a proposta de se permitir o amplo acesso de qualquer cidadão ao Supremo Tribunal Federal, por meio do inciso II do artigo 2º da Lei n.º 9.882/99, o qual foi vetado pelo então presidente Fernando Henrique Cardoso, para não inviabilizar os trabalhos do Pretório Excelso.

Nesta linha de raciocínio, Frederico Barbosa Gomes (2010, p. 161) evidencia que:

[...] fica-nos claro que a preocupação dos legisladores/governantes têm sido apenas com a governabilidade e não a de fazer com que a Constituição seja um instrumento de garantia, defesa e promoção dos direitos fundamentais. Adotando-se essa postura, não resta a menor dúvida de que a instituição de um mecanismo

de controle nos moldes do recurso constitucional alemão não seria do interesse dos que governam; iria atrapalhar muito!

Em contrapartida, necessário destacar que a posição adotada pelo ex-presidente ao vetar tal inciso não seria, de todo, desarrazoada, segundo elucidação de Ives Gandra Martins e de Gilmar Mendes (2009, p. 25):

O número de processos julgados ou recebidos pela Corte Constitucional alemã, entre 1951 e 2007 (169.900 processos), é equivalente ao número de pleitos que o STF recebe em um ano. Assinale-se que, em períodos de maior crise, a Corte Constitucional alemã jamais recebeu um número superior a 5.911 processos em um mesmo ano.

Independentemente de qualquer divergência, pode-se afirmar que o Recurso Constitucional é o instrumento mais importante do controle de constitucionalidade alemão, tendo influenciado a criação do Recurso de Amparo na Espanha.

4 | OS TIPOS DE DECISÕES TOMADAS PELO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL EM SEDE DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE E OS SEUS EFEITOS

As decisões do Tribunal Constitucional Federal adotam, como regra, o princípio da nulidade da norma inconstitucional, que confere caráter retroativo às decisões. Conforme indica Daniel Sarmiento (2001), “a doutrina dominante o deduz como corolário do postulado da supremacia da Constituição”.

De acordo com Gilmar Mendes (1999) e com a teoria das nulidades, ao ato normativo com vício pode haver a declaração de nulidade: como unidade técnica; total; como extensão e parcial.

A declaração de nulidade como unidade técnica pressupõe a incompatibilidade de todos os dispositivos de uma norma com a Lei Fundamental. Diferentemente, a declaração de nulidade total, embora apenas uma parte da lei padeça viciada, declara-se toda a lei inconstitucional para evitar percalços.

Já a declaração de nulidade por extensão, apenas uma parte da lei teve sua constitucionalidade questionada. Entretanto, o Tribunal Constitucional Federal verifica que a parte omitida também padece do mesmo vício, declarando-se inconstitucional toda a lei. Por fim, quanto à declaração de nulidade parcial, apenas parte da norma padece de vícios, podendo a outra ser normalmente aplicada, com ou sem redução de texto.

Neste sentido, uma vez declarada inconstitucional, a lei se torna nula e a declaração produz efeitos *ex tunc*, retroagindo à data de sua edição.

Por outro lado, devido à jurisprudência de valores, o princípio da nulidade da norma inconstitucional tem sido flexibilizado, o que permitiu a construção de diversas outras

formas de decisões: a declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade, a interpretação conforme a Constituição e o apelo ao legislador (*Appellentscheidung*).

Na declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade (*Unvereinbarkeitserklärung*), o Tribunal Constitucional Federal reconhece o vício da norma, mas se abstém de pronunciar a sua nulidade, em virtude da segurança jurídica e do respeito à discricionariedade legislativa. Tal decisão pode ocorrer nos casos de ofensa ao princípio da isonomia e de omissão legislativa parcial. Nos casos de tal declaração, não haverá efeitos retrospectivos, de modo que lhes caberá o efeito *ex nunc*.

A interpretação conforme a Constituição é uma técnica baseada na presunção de constitucionalidade das leis que, uma vez aliada a uma concepção sistêmica do ordenamento jurídico, procura encontrar uma hipótese interpretativa compatível com o texto magno. Deste modo, permite-se que a norma impugnada possa ser considerada constitucional.

O apelo ao legislador ou situação ainda constitucional (*Appellentscheidung*) ocorre nos casos em que se entende a lei ainda constitucional, mas que está em processo de inconstitucionalização, seja em razão de situações fáticas ou jurídicas. Nesta senda, o Tribunal Constitucional Federal adverte o legislador para que promova as alterações legislativas necessárias. Cruz (2004, p. 182) enfatiza que o apelo da Corte Constitucional praticamente tem força de encaminhamento de um projeto de lei.

Nessa ordem de ideias, verifica-se que as decisões do Tribunal Constitucional Federal ainda apresentam os efeitos *erga omnes* e vinculante.

Quanto ao efeito *erga omnes*, a decisão transcende os efeitos da coisa julgada para além dos limites subjetivos da lide.

No que tange ao efeito vinculante, a decisão obriga a todos os órgãos da Administração Pública, ao Poder Judiciário e até mesmo ao Poder Legislativo. Notadamente, apenas a própria Corte Constitucional não é atingida por este efeito, podendo mudar sua posição. Ademais, destaca-se que tal efeito abrange tanto a parte dispositiva, quanto os motivos determinantes da decisão (*ratio decidendi*).

Por fim, no controle de constitucionalidade alemão não existe a possibilidade da manipulação temporal dos efeitos da coisa julgada. Logo, para retardá-los, a alternativa existente é atrasar a publicação do acórdão.

5 | A PARTICIPAÇÃO POPULAR NA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E O ATIVISMO JUDICIAL NA ALEMANHA

Conforme explicitado anteriormente, o Recurso Constitucional alemão franqueia acesso direto dos cidadãos, das pessoas jurídicas e dos estrangeiros ao Tribunal Constitucional Federal nos casos de lesão aos direitos fundamentais, independentemente do pagamento de custas ou de assistência de advogado.

Entretanto, Peter Häberle (2003, p. 121) pondera que, segundo estatísticas oficiais, 97% dos recursos são recusados por câmaras da Corte Constitucional, formadas por três juízes. Ademais, verifica-se que somente 2,7% de tais recursos obtêm êxito.

Independentemente de tais termos percentuais, o Recurso Constitucional alemão é um dos mais relevantes instrumentos de interpretação e de construção do direito constitucional. Desta forma, ressalta Gomes (2010, p. 177):

[...] Ora, o povo lá é visto não como mero espectador que deve esperar que o Leviatã, onisciente e onipresente, diga-lhe o que é a Constituição. Não, lá os alemães têm a possibilidade de participar da construção da sociedade que eles querem para si, através do exercício do papel de guardião da Constituição que efetivamente detêm (GOMES, 2010, p. 177).

Sem dúvidas o mecanismo do Recurso Constitucional alemão garante uma aproximação entre as esferas que tomam as decisões e o povo, possibilitando a construção de uma “sociedade aberta de intérpretes da constituição”.

Com efeito, não apenas o Recurso Constitucional, mas também os mecanismos de controle abstrato e concreto de constitucionalidade representam a consagração do modelo neoconstitucionalista na Alemanha, uma vez restaurada a ordem no pós-guerra. Assim, conforme a história demonstrou ao povo germânico, por meio da catástrofe do período nazista, em que diversas pessoas foram mortas sem que o Poder Judiciário alemão se antepusesse a tal realidade, tornou-se necessário eleger um parâmetro superior à própria legalidade para a defesa e a garantia de direitos fundamentais.

Neste panorama, com o advento do movimento pós-positivista, concretizador de um catálogo de direitos fundamentais, com inovações hermenêuticas e onipresença dos princípios e das regras, o Poder Judiciário começou a assumir a figura central em diversos ordenamentos jurídicos, notadamente na Alemanha. Entretanto, a jurisprudência de valores permitiu ao Tribunal Constitucional Federal assumir, muitas vezes, uma verdadeira função de legislador concorrente ou mesmo de Poder Constituinte Originário, de acordo com a ótica do Ativismo Judicial.

O ativismo pressupõe que o Poder Judiciário estabeleça um conjunto de ações ou de métodos de trabalho que elasteça o seu círculo de atribuições. Nestes termos, é possível se falar, hodiernamente, no grande impulso mundial em direção a um ativismo sem precedentes. Para Luís Roberto Barroso (2010, p. 6) é um fenômeno mundial e que “nem sempre é nítida a linha que divide a criação e a interpretação do direito”.

No atual mundo interligado, os sistemas jurídicos sofrem mútuas influências e, desta forma, Mauro Cappelletti (1999, p. 110-130) conclui que a inevitável criatividade dos juízes aplica-se tanto à família da *common law* quanto à família da *civil law*.

No sistema *common law*, a decisão judicial ocupa dupla função: faz coisa julgada e tem valor de precedente. Deste modo, a jurisprudência ocupa o posto de fonte formal do direito, pois molda os quadros nos quais as decisões judiciais devem se mover (RE,

1994, p. 282).

Já na família romano-germânica, as decisões judiciais são fontes secundárias do direito, devendo se mover dentro de quadros estabelecidos pelo legislador. Para Elival Ramos (2010, p. 105), “sobressai o aspecto da observância de atos normativos previamente editados em dada situação específica e não a capacidade expansiva de regular comportamentos [futuros]”.

No caso alemão, ao Tribunal Constitucional Federal cabe a identificação dos valores constitucionais insculpidos na Lei Fundamental de Bonn, exercendo precipuamente o controle de constitucionalidade. Todavia, para a doutrina, algumas atuações da Corte Constitucional revelam um caráter superior às atuações dos demais Poderes, como, *v. g.*, o instituto do apelo ao legislador, o controle de admissibilidade do Recurso Constitucional, de cuja rejeição, que dispensa fundamentação, não cabe recurso e o efeito vinculante das decisões do Tribunal, em sede de controle de constitucionalidade, extensivos ao Poder Legislativo, pontos que podem ser entendidos como típicos do ativismo judicial.

Tendo em vista o instituto do apelo ao legislador (*Appellentscheidung*), Gilmar Mendes (1999) salienta que diversos doutrinadores alemães questionam a ausência de base legal para a adoção de tal decisão. Nesse âmbito, para muitos estudiosos, não seria função do Tribunal Constitucional Federal compensar o déficit do processo de decisão parlamentar.

São provimentos de cunho admonitório, em que o legislador é advertido das deficiências (omissões ou incompreensões dos reais limites constitucionais) de sua própria atuação para corrigi-las diretamente pelo exercício da função legislativa; ou aqueles em que a Corte sustenta a ainda constitucionalidade da norma, mas adverte ao legislador de que esse mesmo texto normativo virá a ser revogado, salvo atuação legislativa retificadora. Ambas são, sem dúvida, estratégias destinadas à construção de um diálogo institucional que permite evoluir a teoria constitucional, sem ignorar o sempre tormentoso problema da harmonia entre poderes (KOMMERS *apud* VALLE, 2009, p. 28).

A respeito do controle de admissibilidade do Recurso Constitucional, verifica-se que a decisão proferida pelo Tribunal Constitucional Federal não é passível de recurso e nem tem que ser, necessariamente, fundamentada, o que pode acarretar eventuais arbitrariedades. Nesta linha de pensamento, o retrocitado instituto que, em tese, permitiria ampla participação popular na jurisdição constitucional, seja pela desnecessidade de pagamento de custas ou de assistência de advogado, desvincular-se-ia de seu propósito maior.

Nada obstante, os dados estatísticos revelam, conforme já explicitado, que 97% dos recursos são recusados por câmaras da Corte, e que somente 2,7% dos requerimentos admitidos logram êxito. Trata-se de verdadeira jurisprudência defensiva por parte do Tribunal, que, notadamente, diz o direito segundo seus próprios critérios de conveniência e de oportunidade.

Por fim, observa-se que as decisões do Tribunal Constitucional Federal, quando

da realização do controle de constitucionalidade, vinculam todos os órgãos da Administração Pública, o Poder Judiciário e até mesmo o Poder Legislativo, com a ressalva apenas da própria Corte Constitucional, que pode mudar sua posição. Os opositores ao efeito vinculante ao legislador afirmam que tal direcionamento à atuação legislativa diminuiria a legitimidade do espaço democrático-representativo, o que poderia acarretar bloqueio, fossilização e petrificação da interpretação constitucional, além da rígida fixação do futuro, um perigoso risco de eventual erro vinculante (SIMON, 1996, p. 842).

Na sequência, em que pesem as severas críticas desferidas à atuação do Tribunal Constitucional Federal, em verdade, a mencionada Corte tem sido responsável por profundas mudanças legislativas necessárias para a realidade alemã. Entretanto, até que ponto sua atuação se coaduna com a harmônica separação dos poderes e com os demais postulados do Estado Democrático e Constitucional de Direito?

6 | O ATIVISMO JUDICIAL ALEMÃO À LUZ DA SUPERAÇÃO DO DOGMA CONSTITUCIONAL DA SEPARAÇÃO DE PODERES E DO CONCEITO DE DEMOCRACIA PARA DWORKIN

As primeiras bases teóricas para a “tripartição de Poderes” foram lançadas por Aristóteles, em sua obra *Política*, em que o pensador identificou o exercício de três funções estatais distintas, concentradas nas mãos de uma única pessoa: o soberano.

Posteriormente, com o advento dos ideais do liberalismo, a burguesia inicia sua luta pelo poder político, buscando uma forma de limitação ao poder absolutista estatal. Neste cenário, John Locke, em sua obra *Segundo tratado do governo civil*, e Montesquieu, por meio de *O espírito das leis*, desenvolvem os sustentáculos da moderna teoria da separação dos poderes, que veio estabelecer mecanismos de fiscalização e de responsabilização recíproca dos poderes estatais, o conhecido sistema de “freios e contrapesos” (LENZA, 2018).

Desta forma, as funções de administrar, de legislar e de julgar, independentes e harmônicas entre si, foram se aperfeiçoando dentro das três esferas distintas do poder: o Executivo, o Legislativo e o Judiciário. Entretanto, com o passar do tempo, as falhas e as omissões das estruturas do poder foram sentidas, ensejando a constante relativização do dogma constitucional da separação de poderes.

Em se tratando do Poder Executivo, com a consolidação do sistema capitalista e com o conseqüente crescimento das desigualdades sociais, o Estado teve que abandonar sua postura negativa a passou a exercer uma função positiva, assegurando as garantias mínimas para possibilitar a existência digna de todos: os chamados direitos de segunda dimensão. Porém, conforme é cediço, os recursos costumam ser escassos e as carências da sociedade são inúmeras.

Quanto ao Poder Legislativo, especialmente após a segunda metade do século

XX, com o advento dos ideais pós-positivistas, os parlamentos vêm enfrentando uma crise de representatividade. Neste ambiente, os partidos políticos não têm se mostrado capazes de ecoar os anseios populares e as suas discussões e debates demonstram-se vagarosos.

Desta forma, progressivamente, tem-se instalado um vácuo no exercício do poder público, seja nas administrações, seja nas atribuições legislativas, o que tem ensejado uma atuação mais incisiva do Poder Judiciário, por meio do chamado Ativismo Judicial.

Contudo, atualmente, no caso do ativismo alemão, realizado pelo Tribunal Constitucional Federal, deve-se ter como premissa que o dogma constitucional da separação de poderes não configura mais aquela rigidez de outrora. Nesse sentir, superando o tradicional conceito acerca do aludido princípio, aponta José Afonso da Silva (2010, p. 109) que já se fala em “colaboração de poderes”.

Nessa toada, o Ministro do STJ, Evandro Gueiros Leite (2008, p. 3-5), ao analisar as conclusões do IX Congresso Mundial de Direito Judiciário, realizado em 1991, em Portugal, ressalta que o:

[...] ativismo judicial é perfeitamente conciliável com o ativismo das partes e dos advogados conscientes e cooperadores [...] se o juiz tornou-se autêntico diretor do processo, pode acontecer (1) que a duração da causa seja diminuída e tenha deslinde eficaz; (2) que o juiz possa vir a ser o executivo de que a justiça necessita.

No caso alemão, relembram Ricardo Fernandes e Alexandre W. Borges (2011, p.75) que “o Judiciário não se omite na realização de direitos fundamentais nem tampouco profere sentenças aditivas sem que, antes, tenha sido permitido aos órgãos políticos a solução da problemática”.

Além disso, Dworkin (2000) defende que os juízes não devem se limitar a aplicar apenas o estabelecido expressamente na lei, pois os cidadãos possuem certos “direitos morais”, que permanecem válidos, apesar de ausentes do “livro de regras”. Para ele, as leis apenas representam tentativas de o legislador captar os direitos morais dos cidadãos, os quais nelas não se esgotam. Cabe, portanto, ao juiz estruturar algum princípio que capte, no grau de abstração adequado, o direito moral da parte.

A legitimação do Poder Judiciário para controlar as decisões do Legislativo está no fato de que, para Dworkin, as decisões judiciais são exclusivamente pautadas nos argumentos de princípio (fórum do princípio), enquanto o Legislativo possui monopólio na utilização de argumentos de política. Deste modo, as decisões políticas majoritárias podem não ser justas por ferirem direitos morais dos cidadãos e o Judiciário estaria habilitado a rever tal injustiça. Tal atuação não ofenderia a democracia aos olhos do referido pensador.

Segundo Dworkin (1996, p. 16-19), um governo democrático não se resume a respeitar a regra da maioria (democracia majoritária). Precisa também se preocupar com o conteúdo de tais decisões, tratando os membros da sociedade com igual consideração e respeito (democracia constitucional), na qual todas as decisões sejam

pautadas pelo que seja melhor para o grupo (liberdade positiva). Assim, a premissa majoritária deve ser afastada em prol de decisões mais justas, como, por exemplo, para defender os direitos das minorias.

Ademais, para que funcione a democracia constitucional, é necessário haver filiação moral de todos, ou seja, que tenham passado pela mesma evolução histórica e política de sua sociedade (condição estrutural) e que participem do processo de tomada de decisões, por meio do sufrágio universal, de eleições, da liberdade de expressão (condição relacional).

Desta forma, para muitas questões (decisões políticas sensíveis), os órgãos legislativos, pautados na premissa majoritária, realmente serão o melhor fórum de decisões, já que estão sujeitos a pressões políticas e financeiras. Já para as que dependem de um juízo moral (decisões políticas insensíveis), como o controle de constitucionalidade, os juízes estão mais aptos a decidi-las (DWORKIN, 2000).

Logo, as decisões do Tribunal Constitucional Federal, em que pesem assumir, certas vezes, um caráter proativo, tornam-se de extrema importância para a manutenção da “colaboração dos poderes”, sendo exemplo de “democracia constitucional”, na qual os direitos fundamentais são assegurados.

Sob este enfoque, insta destacar que a própria composição do Tribunal Constitucional Federal é, por si só, notadamente democrática, já que metade de seus membros são eleitos para um mandato único de 12 anos pelo Parlamento Federal (*Bundestag*), legítimo órgão representativo do povo alemão.

7 | CONSIDERAÇÕES FINAIS

A pesquisa tornou-se ímpar para o conhecimento da árdua função do Tribunal Constitucional Federal em manter hígida a sistemática normativa alemã, seja pelo controle abstrato, pelo controle concreto ou pelo Recurso Constitucional. Deste modo, por meio da utilização do direito comparado, foi possível compreender as espécies, as técnicas e os efeitos do controle de constitucionalidade tedesco, que muito se assemelha ao sistema pátrio.

Ademais, pode-se concluir que a Alemanha oferece amplo acesso à população ao Tribunal Constitucional Federal, por meio do Recurso Constitucional, mecanismo mais utilizado no controle germânico, que serviu de modelo para diversos ordenamentos, inclusive para a ADPF brasileira.

Entretanto, em que pesem as críticas acerca da atuação incisiva da Corte Constitucional alemã, vislumbra-se a sutil conciliação entre o ativismo e a concretização dos direitos fundamentais, já que as estratégias criativas do Tribunal Constitucional Federal demonstram um “diálogo institucional” que permite a evolução constitucional.

Desta feita, a melhor atuação consubstancia-se na realização dos direitos consagrados na Lei de Bonn, mesmo que seja necessária uma postura proativa

que, de início não seria recomendável, mas, em face de eventual inércia ou quebra funcional de outros órgãos, torna-se incontestavelmente indispensável para a devida colaboração dos poderes.

Diante disso, evidencia-se a superação do dogma constitucional da separação dos poderes oitocentista, a qual precisa ser entendida em sua essência, qual seja: impedir qualquer forma de autoritarismo por parte do Estado frente à sociedade civil. Logo, justo afirmar que na Alemanha há uma equilibrada divisão das funções governamentais, de modo independente, harmônico e, sobretudo, colaborativo e em consonância com a democracia constitucional de Dworkin.

Portanto, o controle de constitucionalidade alemão mostra-se bastante eficaz, sendo um valioso instrumento para garantir a rigidez e a supremacia da Lei Fundamental perante o arcabouço normativo infraconstitucional, no desenvolvimento da forte democracia alemã.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **Constituição, democracia e supremacia judicial**: direito e política no Brasil contemporâneo, Brasília; Rio de Janeiro: Luís Roberto Barroso & Associados, 2010.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Tradução de Carlos Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: S.A. Fabris, 1999.

CENTRO UNIVERSITÁRIO DE PATOS DE MINAS. Pró-Reitoria de Ensino, Pesquisa e Extensão. **Manual para normalização de trabalhos acadêmicos**. 4. ed. rev. ampl. Patos de Minas: UNIPAM, 2011.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Jurisdição constitucional democrática**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

CRUZ, Luis M. **Estudios sobre el neoconstitucionalismo**. México: Porrúa, 2006.

DWORKIN, Ronald. **Freedom`s Law: the moral Reading of the American`s Constitution**. Cambridge (MA): Harvard University Press, 1996.

_____. **Sovereign Virtue: the Theory and Practice of Equality**. Cambridge (MA): Harvard University Press, 2000.

_____. **Uma questão de princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho; BORGES, Alexandre Walmott. Experiências de ativismo judicial na Europa continental. In: **Revista de Informação Legislativa**. Brasília a. 48, 2011.

GOMES, Frederico Barbosa. **O Modelo Alemão de Controle de Constitucionalidade**. Pouso Alegre: Rev. Fac. Dir. Sul de Minas, 2010.

HÄBERLE, Peter. O recurso de amparo no sistema germânico de justiça constitucional. In **Direito**

Público, n. 2. Brasília: IDP/Síntese, 2003.

JAEGER, Renate. *Erfahrungen mit Entlastungsmassnahmen zur Sicherung der Arbeitsfähigkeit des Bundesverfassungsgerichts*. In **Europäische Grundrechte** – EuGRZ, Kehl am Rhein: N. P. Engel, 2003.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos**. Tradução de Leopoldo Holzbach, São Paulo: Martin Claret, 2004.

LEITE, Evandro Gueiros. Ativismo Judicial. **BDJur**, Brasília, 2008.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle concentrado de constitucionalidade**: comentários à Lei n. 9.868, de 10-11-1999. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição constitucional**: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

O efeito vinculante e o Poder Legislativo. Disponível em: <<https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/observatorio/article/view/766/531>>. Acesso em 21 jul. 2016.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial**: parâmetros dogmáticos. São Paulo: Saraiva, 2010.

RE, Edward D. Stare Decisis. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, 1994.

SARMENTO, Daniel. A dimensão objetiva dos direitos fundamentais: fragmentos de uma teoria. In: SAMPAIO, José Adércio Leite. (Coord.) **Jurisdição constitucional e direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

_____. A eficácia temporal das decisões no controle de constitucionalidade. In: CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza; SAMPAIO, José Adércio Leite. **Hermenêutica e jurisdição constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

SIMON, Helmut. *La jurisdicción constitucional*. In **Manual de Derecho Constitucional**. Madrid: Marcial Pons, 1996.

A IMPUTAÇÃO OBJETIVA NO PROJETO DE LEI DO SENADO 236/12

Dorcas Marques Almeida

Mestranda em Direito Penal pela PUC Minas, com bolsa da CAPES.

Belo Horizonte, Minas Gerais.

Núbio Pinhon Mendes Parreiras

Mestrando em Direito Penal pela PUC Minas.

Belo Horizonte, Minas Gerais.

RESUMO: O PLS 236/12 acrescenta a análise do risco para fins de identificação da conduta penalmente relevante e, desse modo, adota a Teoria da Imputação Objetiva. Assim, este artigo pretende investigar se a referida teoria é compatível com os princípios estabelecidos pela Constituição Federal, bem como se contribui para com o aperfeiçoamento do Estado Democrático de Direito brasileiro. Para responder a esse questionamento, esta pesquisa fará uma pesquisa bibliográfica que percorrerá o seguinte caminho: inicialmente, demonstrar-se-á como o abandono da teoria causal e a recepção da teoria finalista da ação provocou alterações em toda a estruturação da Teoria do Crime; em seguida, far-se-á um breve estudo da Imputação Objetiva; por fim, denunciar-se-á como a Imputação Objetiva atribui demasiada discricionariedade ao judiciário e, portanto, aumenta excessivamente o poder de punir do Estado.

PALAVRAS-CHAVE: Teorias da Ação.

Imputação Objetiva. Discricionariedade.

THE OBJECTIVE IMPUTATION IN THE SENATE LAW PROJECT 236/12

ABSTRACT: PLS 236/12 adds risk analysis for identification purposes of the relevant criminal conduct and thereby adopts the theory of Objective Imputation. Therefore, this article intends to investigate whether this theory is consistent with the principles established by the Federal Constitution, as well as contributing to the improvement of the Brazilian Democratic State of Law. To answer this question, this research will make a bibliographical research that will follow the following path: initially, will demonstrate how the causal theory and reception of the theory of action caused changes finalist in the whole structure of the theory of the Crime; then it will be a brief study of Objective Imputation; finally, will denounce the Objective Imputation assigns too much discretion to the judiciary and, therefore, increases the power to penalize the State.

KEYWORDS: Theories of Action. Objective Imputation. Discretion.

1 | INTRODUÇÃO

O ordenamento jurídico brasileiro já interpretou a conduta punível sob a perspectiva

das teorias causal e finalista da ação. Porém, a dinamicidade das relações sociais faz com que os institutos jurídicos sejam constantemente reanalisados e verifica-se que, nas últimas décadas, a Teoria da Imputação Objetiva vem ganhando espaço no ordenamento jurídico nacional.

Nesse segmento, o Projeto de Lei do Senado nº 236 de 2012, que busca instituir o novo Código Penal, acrescenta a análise da criação ou aumento do risco para fins de identificação da conduta penalmente relevante e, desse modo, recepciona a Teoria da Imputação Objetiva. No entanto, será que esta opção é compatível com a Constituição Federal e com os preceitos instituídos em seu corpo normativo?

Os juristas apresentam opiniões divergentes acerca da referida problemática e dirimir essa controvérsia será o objetivo das próximas páginas. A Teoria do Crime foi inteiramente reestruturada quando o ordenamento jurídico optou por recepcionar a teoria finalista da ação, logo a proposta de um novo Código Penal e a consequente recepção da Teoria da Imputação Objetiva deve ser analisada com sensatez e responsabilidade.

2 | A TEORIA DA IMPUTAÇÃO OBJETIVA

2.1 Dos fundamentos funcionais

É indiscutível que as teorias positivistas foram imprescindíveis para viabilizar a atual sistematização e estruturação do Direito Penal. Porém, autores funcionalistas afirmam que a sociedade está cada vez mais complexa e que tanto o positivismo de Immanuel Kant, quanto o positivismo de Augusto Comte são igualmente incapazes de atender os atuais anseios da sociedade (BRITO, 2015).

Desse modo, os funcionalistas afirmam que o Direito Penal precisa se desvencilhar das ataduras do positivismo para ter correspondência com a sociedade que busca regulamentar. Nesta esteira:

Mas, se por um lado o positivismo jurídico proporcionou a fortificação da ciência jurídica, por outro, conduziu o jurista a pensamentos aporéticos e isolados. O positivista, fixado no estudo do fenômeno jurídico aparente, acabou por esvaecer o direito de um núcleo material e consequentemente de uma justificação filosófica ou sociológica, e distanciando-se das demais ciências, isolou o Direito da cumplicidade dos demais saberes. (BRITO, 2015, p. 05).

Este fenômeno também é mencionado por Fernando Galvão (2002, p. 24-25), o qual preceitua que:

Definitivamente, o tipo penal não mais poderá ser concebido sob a perspectiva naturalista. O enfoque positivista é por demais dogmático e formalista, incapaz de desvendar o caráter ideológico que é subjacente ao sistema repressivo. Em um caminho sem volta, os estudiosos e operadores do direito passaram a conceber o fenômeno delitivo em seu aspecto social-valorativo, o que exige abandonar as simplificações conceituais abstratas, na busca por realizar uma ciência de

A par disso, diversos estudiosos do direito começaram a problematizar a concepção que se tinha do Direito Penal e, em suma, tais questionamentos ensejaram a idealização de um Direito Penal funcional, ou seja, de um direito que “busca garantir a funcionalidade e a eficácia do sistema social e dos seus subsistemas” (MANSOLDO, 2011).

Registra-se que, como a própria definição de funcionalismo demonstra, esta nova concepção de direito está guiada por uma constante interação do subsistema penal com os demais subsistemas sociais. Sendo assim, diversos autores que possuem este viés funcionalista, costumam buscar fundamentação na teoria dos sistemas de Luhmann (BRITO, 2015).

Nesta esteira, Alexis Couto de Brito (2015, p. 15), com base no referido sociólogo, descreve a interação do Direito Penal com os demais ramos da sociedade da seguinte maneira:

O subsistema de Direito Penal define o que é crime e quais serão suas consequências. Neste caso, os outros subsistemas e as pessoas são o entorno que deve ser observado pelo subsistema penal. A complexidade do sistema não é suficiente para resolver os problemas do entorno, que é sempre mais complexo. Daí caso a caso [deve ocorrer] a abertura do sistema para resolver a complexidade criada pelo entorno.

Diversas teorias foram criadas com o intuito de atender o escopo funcional do Direito Penal e dentre o rol destas teorias está situada a Teoria da Imputação Objetiva.

2.2 As bases teóricas da imputação objetiva

As principais teorizações da Imputação Objetiva são atribuídas aos juristas Claus Roxin e Günther Jakobs, sendo que Roxin elabora uma vertente funcionalista considerada moderada, ao passo que Jakobs elabora uma vertente mais radical.

Na década de 70, Claus Roxin solidificou os primeiros contornos da Teoria da Imputação Objetiva ao estabelecer que a causalidade dirigida só poderia vir a ser imputada caso houvesse uma efetiva lesão ao bem jurídico penalmente tutelado (MANSOLDO, 2011). Assim, como pontua Fernando Galvão, “com a contribuição de Claus Roxin, percebeu-se que o Direito Penal é orientado, político-criminalmente, pela consideração de suas consequências” (ROCHA, 2002, p. 24).

Posteriormente, Günther Jakobs construiu uma teoria da imputação inteiramente voltada para promover e viabilizar o convívio harmônico em sociedade, pois, para ele, o reconhecimento de um fato como crime está diretamente ligado e condicionado à impressão que a sociedade vai ter daquele fato supostamente tido como delituoso. Nesses termos:

[...] **a realização do tipo constitui uma etapa da imputação.** O injusto não pode ser compreendido isoladamente, como pensavam os causalistas, mas do confronto

entre tipicidade e antijuricidade. **Assim, o tipo do injusto seria representado pelo conjunto de caracteres que assinalam legalmente a intolerabilidade social de determinada atividade [...].** (TAVARES, 2000, p. 145, grifo nosso).

Dessa forma, Jakobs sustenta que o processo de imputação está intrinsecamente ligado à perspectiva da sociedade acerca do fato delituoso.

2.3 O incremento do risco

Ao se fazer uma pesquisa de jurisprudência, nota-se que, pouco a pouco, a Teoria da Imputação Objetiva vai ganhando espaço no ordenamento jurídico nacional. A Imputação Objetiva é construída com base em institutos como do risco, do princípio da confiança, da proibição de regresso e da análise da responsabilidade da vítima. Entretanto, constata-se que o instituto do risco, em específico, costuma ser recorrentemente citado nos julgados que mencionam a Imputação Objetiva.

Neste viés, no seguinte Recurso Especial, verifica-se que o STJ analisa a ocorrência de um risco não permitido em um homicídio culposo de trânsito para aferir se, efetivamente, é caso de abrangência da norma penal:

CRIMINAL. RESP. DELITO DE TRÂNSITO. RESPONSABILIDADE PENAL. DELITO CULPOSO. RISCO PERMITIDO. NÃO OCORRÊNCIA. IMPUTABILIDADE OBJETIVA. MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. SÚMULA 07/STJ. INCIDÊNCIA. PENA PECUNIÁRIA SUBSTITUTIVA. AUSÊNCIA DE CORRESPONDÊNCIA COM A PENA SUBSTITUÍDA. RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E DESPROVIDO.

I. De acordo com a Teoria Geral da Imputação Objetiva o resultado não pode ser imputado ao agente quando decorrer da prática de um risco permitido ou de uma ação que visa a diminuir um risco não permitido; o risco permitido não realize o resultado concreto; e o resultado se encontre fora da esfera de proteção da norma.

II. O risco permitido deve ser verificado dentro das regras do ordenamento social, para o qual existe uma carga de tolerância genérica. É o risco inerente ao convívio social e, portanto, tolerável.

III. Hipótese em que o agente agiu em desconformidade com as regras de trânsito (criou um risco não permitido), causando resultado jurídico abrangido pelo fim de proteção da norma de cuidado - morte da vítima, atraindo a incidência da imputabilidade objetiva.

IV. As circunstâncias que envolvem o fato em si não podem ser utilizadas para atrair a incidência da teoria do risco permitido e afastar a imputabilidade objetiva, se as condições de sua aplicação encontram-se presentes, isto é, se o agente agiu em desconformidade com as regras de trânsito, causando resultado jurídico que a norma visava coibir com sua original previsão.

V. O fato de transitar às 3 horas da madrugada e em via deserta não pode servir de justificativa à atuação do agente em desconformidade com a legislação de trânsito. Isto não é risco permitido, mas atuação proibida.

VI. Impossível se considerar a hipótese de aplicação da teoria do risco permitido com atribuição do resultado danoso ao acaso, seja pelo fato do agente transitar embriagado e em velocidade acima da permitida na via, seja pelo que restou entendido pela Corte a quo no sentido de sua direção descuidada.

VII. A averiguação do nexa causal entre a conduta do réu, assim como da vítima, que não teria feito uso do cinto de segurança, com o resultado final, escapa à via especial, diante do óbice da Súmula 07 desta Corte se, nas instâncias ordinárias, ficou demonstrado que, por sua conduta, o agente, em violação ao Código de

Trânsito, causou resultado abrangido pelo fim de proteção da norma de cuidado.
VIII. Não há simetria entre a pena pecuniária substitutiva e a quantidade da pena privativa de liberdade substituída.
IX. Recurso parcialmente conhecido e desprovido.
(REsp 822.517/DF, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 12/06/2007, DJ 29/06/2007, p. 697; grifo nosso)

Porém, como demonstra o julgado supracitado, a Teoria da Imputação Objetiva abarca duas modalidades de risco, a saber, o permitido e o não permitido. O risco permitido exclui a responsabilidade do suposto agente delituoso. Por outro lado, o risco não permitido viabiliza a imputação objetiva. Então, busca-se, agora, elucidar a amplitude de ambas as modalidades de risco.

Jakobs (2007) pontua que a vida em sociedade é repleta de contatos e interações sociais que, independentemente da boa-fé de seus agentes, implicam na criação de um risco. Conforme exemplifica o autor, ações do cotidiano, como um simples apertar de mãos, são potencialmente lesivas por poder vir a transmitir uma infecção.

No entanto, tais contatos são inerentes do viver em sociedade e Jakobs (2007) aduz que, caso não se queira viver como um eremita, devem ser tidos como riscos permitidos. Sobre tal problemática:

A sociedade não é um mecanismo cujo único fim seja oferecer a máxima proteção dos bens jurídicos, mas que está destinada a possibilitar as interações, e a proibição de qualquer colocação em perigo, de qualquer índole que seja, tornaria impossível a realização de qualquer comportamento social. (JAKOBS, 2007, p. 27).

Deste modo, constata-se que o risco permitido deve ser entendido como aquele necessário à configuração da sociedade, tratando-se, deste modo, da concretização da adequação social.

Por conseguinte, vale mencionar que os proveitos dos riscos permitidos não se exaurem no desenrolar das relações sociais rotineiras. De igual modo, a permissão de riscos é responsável por impulsionar o desenvolvimento e o progresso econômico, industrial e científico. A título de exemplo, não obstante os inúmeros riscos advindos da desintegração de um átomo, verifica-se que a radioatividade, se devidamente manipulada, em muito contribui no combate ao câncer. Assim, constata-se que o desenvolvimento da sociedade está intimamente ligado com a quantidade de risco que se está disposto a correr (BRITO, 2015).

Porém, riscos potencialmente tão perigosos, como a manipulação de um átomo, precisam ser regulamentados. Neste sentido, Brito (2015, p. 155) anuncia que:

Se por um lado a sociedade e seus participantes devem assumir certos riscos, por outro também devem não assumir outros tantos. Aqui se incluem os comportamentos perigosos permitidos, dentro da regularidade administrativa, ou seja, não proibir a atividade, regulamentá-la.

Posto isto, verifica-se que também estarão no âmbito do permitido aquelas

condutas que, embora arriscadas, observaram uma regulamentação especialmente para elas criadas. Nessa vereda:

Quando as leis determinam como deve ser projetado e fabricado um automóvel ou um avião para que sejam seguros no tráfego, ou quando cabe reconhecer o que é um bom padrão de comportamento médico, isto significa ao mesmo tempo que o risco residual que subsiste está permitido, ao menos nas hipóteses normais. (JAKOBS, 2007, p. 26/27).

Vale ressaltar que tal regulamentação não está adstrita a um sistema específico da sociedade e que poderá se materializar, por exemplo, por intermédio dos diversos ramos do direito, bem como pelos diversos conselhos de classe profissionais.

Pois bem, diante do exposto, conclui-se que os comportamentos amparados pela adequação social, assim como os comportamentos realizados sob a observância de alguma regulamentação específica, “não realizam tipo algum” (JAKOBS, 2007, p. 40), de modo que, resultado típico algum poderá ser imputado a estes comportamentos.

Em contrapartida, a punição de condutas que criam um risco não permitido é medida que se impõe, sendo que, tais condutas podem ser entendidas como:

[...] aquele comportamento que o próprio Direito define como não permitido, proibindo-lhe por seu perigo concreto ou abstrato, inclusive sob ameaça de pena ou de multa administrativa. Por meio do estabelecimento da proibição da colocação em perigo – que quando menos é de caráter abstrato –, o comportamento fica excluído do âmbito do socialmente adequado, e se define como perturbação da vida social; isto acontece pela simples realização de um comportamento assim configurado, sem ter em conta o resultado que se produz. (JAKOBS, 2007, p. 42).

Assim, será considerado como risco não permitido aquilo que o Direito assim definir. Frisa-se, mais uma vez, que qualquer empresa ou instituição, sejam elas públicas ou privadas, também estabelecerão o âmbito do risco permitido ou não permitido quando estabelecerem um determinado padrão de comportamento para os seus servidores ou empregados.

Por todo o exposto, verifica-se que risco não permitido é tudo o que a lei ou alguma regulamentação assim define, sendo que, para evitar o sufocamento das condutas individuais, bem como para viabilizar o constante progresso da sociedade, só condutas extremamente lesivas à organização da sociedade é que devem vir a receber o *status* de não permitidas.

3 | A TEORIA DA IMPUTAÇÃO OBJETIVA NO PROJETO DO CÓDIGO PENAL

3.1 Apresentação do PLS236/2012

A sociedade está em constante modificação e os institutos jurídicos são continuamente rediscutidos e reanalisados com o intuito de se tornarem mais eficazes perante a sociedade que buscam regulamentar. Sobre o assunto, veja:

As constantes reformas legislativas em matéria penal, bem demonstram que ele não é alheio aos fenômenos e transformações sociais. Essas reformas são ditadas por motivos de conveniência e ordem prática. Obedecem a necessidades de ordem social, para resolver problemas contingentes derivados de novas formas de aparecimento da criminalidade, de adotar novas medidas penais para a melhoria do sistema (ou extinguir existentes), da necessidade de aumentar ou diminuir as sanções previstas. (SALES; PIRES, 2003, p. 295).

Nesse caminho, em 2011 o Senado Federal constituiu uma Comissão de 15 Juristas com o objetivo de elaborar um Projeto de Código Penal compatível com os ditames constitucionais “e às novas exigências de uma sociedade complexa e de risco” (BRASIL, 2011).

A Comissão foi composta de forma eclética, pois contou com a presença de membros do Poder Judiciário - o Ministro Gilson Dipp, a Ministra Maria Tereza Moura e o Desembargador José Muiños Piñeiro Filho -, com membros do Ministério Público Federal e Estadual - o Procurador Federal Luiz Carlos Gonçalves, a Procuradora Estadual Luiza Nagib Eluf e o Promotor Marcelo André de Azevedo -, com advogados conceituados - Dr. Antonio Nabor Areias Bulhões, Dr. Emanuel Messias Oliveira Cacho, Dr. Gamil Föppel El Hireche, Dr. Marcelo Leal Lima Oliveira, Dr. Marcelo Leonardo, Dr. Tércio Lins e Silva -, com professores renomados - Luiz Flávio Gomes e René Ariel Dotti - e com um membro representante da Defensoria Pública - Juliana Garcia Belloque (SARNEY, 2012).

Do resultado dos trabalhos surgiu o Projeto de Lei do Senado nº 236/12, de autoria do Senador José Sarney, o qual propõe alterações significativas que se aprovadas reformarão significativamente o atual Código Penal (SARNEY, 2012).

De um modo geral, pode-se dizer que o Projeto do Novo Código endureceu o Sistema Penal, pois o Projeto elevou a pena de diversos crimes, ampliou o rol dos crimes hediondos, aumentou o tempo de cumprimento da pena para progressão do regime, criminalizou novas condutas tal como o *stalking* (SARNEY, 2012).

Constata-se, também, que o Projeto do Novo Código ambiciona unificar toda a legislação penal, pois, atualmente, existem diversas leis extravagantes regulando matérias penais. Assim, o Projeto regula questões afetas, por exemplo, à lei de crimes hediondos (Lei Nº 8.072/90), à lei de crimes contra a ordem tributária (Lei Nº 8.137/90), à lei de drogas (Lei Nº 11.343/06) e à lei de crimes cibernéticos (LEI Nº 12.737/12) com o intuito de concentrar a legislação esparsa no teor do Novo Código Penal (SARNEY, 2012).

Observa-se, ainda, que a parte geral também passou por diversas alterações e que essas alterações podem gerar conflitos interpretativos porque o Código não estabeleceu um marco teórico para nortear a interpretação de seus institutos. Inclusive, o Conselho Nacional do Ministério Público (2017, p. 1), ao comentar especificamente as alterações da parte geral, afirmou “que a ausência de uma definição prévia acerca da estrutura teórica a ser adotada no Anteprojeto poderá trazer [...] inconvenientes

e [...] inconsistências” e, ao final, se posicionou “no sentido da manutenção da parte geral do Código Penal em vigor – que foi, como se sabe, inteiramente reformada, em 1984, e alterada por diversas leis subsequentes”.

Cabe ressaltar, por fim, que no Projeto do Novo Código Penal, o injusto deixa de ser analisado a partir do conceito finalista da ação e passa a ser orientado pela imputação, visto que, nos termos do art. 14, parágrafo único do Substitutivo ao PLS 236/12 (I), “o resultado exigido somente é imputável a quem lhe der causa e se decorrer da criação ou aumento de risco juridicamente relevante” (INSTITUTO BAIANO DE DIREITO PROCESSUAL PENAL, 2017). Deste modo, constata-se que o Projeto vincula a imputação ao risco e, conseqüentemente, recepciona expressamente a Teoria da Imputação Objetiva.

Diversos juristas têm refutado a concepção final da ação e, como resultado, a Teoria da Imputação Objetiva vem paulatinamente ganhando espaço no ordenamento jurídico nacional e já vem sendo aplicada em sede jurisprudencial.

Assim, o presente artigo dispõe-se a analisar, agora, se a Teoria da Imputação Objetiva, nos moldes como foi recepcionada pelo Projeto de Lei do Senado 236/12, é compatível com a Constituição Federal, bem como se contribuiu para com a construção de um modelo de Estado mais democrático.

3.2 A incompatibilidade do posicionamento doutrinário

Segundo Roxin (2002, p. 30), a Teoria da Imputação Objetiva fundamenta-se “nos princípios político-criminais de uma proteção de bens jurídicos dentro dos limites do Estado de Direito, que é aquilo para que serve o nosso Direito Penal”.

Günther Jakobs (2007, p. 25), em uma vertente mais radical engendrou uma teoria da imputação inteiramente voltada para promover e viabilizar o convívio harmônico em sociedade e indicou que não se deve “construir o delito tão somente com base em dados naturalistas – causalidade e dolo” e que o essencial “é que ocorra a violação de um papel”.

Marchionatti (2001, p. 96-97) sustenta que “o tipo da teoria da imputação objetiva possui mais requisitos, possui mais elementos, possui sempre como elemento normativo o juízo da imputação objetiva, com função normativo-axiológica” e que, conseqüentemente, “a juridicização penal dos fatos da vida é menor à luz da teoria da imputação objetiva do que à luz da teoria finalista”.

Por sua vez, Luiz Régis Prado e Érika de Carvalho (2005, p. 5) afirmam que “a teoria finalista pode resolver todos os problemas sugeridos pelas teorias da imputação objetiva do resultado, e isso sem precisar elencar inúmeros casos concretos - verídicos ou supostos - e tratar de elaborar um critério para cada um deles ou para cada grupo de hipóteses sugeridas”.

Em parecer emitido com a finalidade de analisar a parte geral do PLS 236/12, o Conselho Nacional do Ministério Público (2017, p. 6) indicou que a Imputação Objetiva

é uma teoria que ainda está “em estágio evolutivo, tanto na doutrina estrangeira como na brasileira”. Afirmou, ainda, que os Tribunais brasileiros se referem a Imputação Objetiva de “maneira esparsa” e que ela só “ganhou destaque no direito brasileiro apenas recentemente, isto é, há aproximadamente uma década e meia”. Ao final, o relatório concluiu que “a teoria da imputação objetiva ainda não atingiu um grau de maturação que pudesse fazer com que ela integrasse, convenientemente, um diploma da envergadura de um Código Penal”.

Já o Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (2017, p. 6), afirma que “o Projeto torna o que hoje seria preparação impunível em início de execução, e, portanto, punível, quando o agente pratica atos imediatamente anteriores à realização do tipo mas que exponham a perigo o bem jurídico protegido”. Além disso, apontou que risco é um conceito de ordem dogmática e que o Projeto “não adota uma linha a seguir”. Aconselha, por fim, que conceitos que viabilizam essa abertura interpretativa “devem ser evitados no texto legal”.

3.3 A amplitude hermenêutica engendrada pela Imputação Objetiva

As Teorias da Imputação Objetiva viabilizam uma abertura hermenêutica e são classificadas como funcionalistas por serem construídas com o intuito de atender políticas criminais (BITENCOURT, 2011). Porém, qual política criminal deve orientar um legítimo e autêntico Estado Democrático de Direito? Roxin aduz que o Direito Penal deve ser guiado pela prevenção geral positiva. Por sua vez, Günther Jakobs persegue a estabilização das normas. Convém ressaltar, ainda, que existem outras diversas Teorias da Imputação Objetiva e que todas elas trazem uma solução diferente para esse questionamento. Todo juízo de imputação é um juízo de atribuição de significado e os funcionalistas trazem inúmeros paradigmas para fundamentar a construção da imputação. Ademais, assinala-se que o Projeto de Lei do Senado nº 236/12 não estabeleceu um marco teórico para nortear a sua interpretação.

Em função disso, deve-se atentar para o fato de que a eventual adoção da Teoria da Imputação Objetiva exigirá uma interpretação axiológica durante a análise da ocorrência do risco que o judiciário brasileiro não está pronto para fazer por dois motivos: primeiro, porque os Estados Contemporâneos vivenciam o fenômeno da “Sociedade do Risco”; segundo, porque tal análise atribui demasiada discricionariedade ao julgador.

Alexis Couto de Brito indica que a globalização, por criar uma sociedade sem fronteiras, faz com que os Estados convivam uns com os riscos dos outros e que isso, conseqüentemente, cria uma sensação de insegurança nos Estados, bem como nos indivíduos que compõem estes Estados. O autor indica, ainda, que este fenômeno da “Sociedade do Risco” tem difundido a sensação de insegurança e cada vez mais e mais atividades humanas estão sendo interpretadas como arriscadas. Justamente nesse sentido, Vera Regina demonstra que a neutralização do risco é um dos principais objetivos da dogmática contemporânea e denuncia que “o conceito de risco é a base

do conceito de inimigo, é a base da imputação objetiva de responsabilidade, é a base da nova dogmática germânica (Jakobs) que se globaliza” (ANDRADE, 2012, p. 328).

Desse modo, conclui-se que a análise da ocorrência do risco contribuirá com a criminalização de mais condutas e com a expansão desarrazoada do Direito Penal, posto que a obstinada busca pela segurança sufoca as condutas individuais na medida em que o Direito Penal do risco tem a missão de reprimir toda e qualquer situação potencialmente perigosa.

Por conseguinte, a Professora Sheila Jorge Selim de Sales (2005), em minucioso estudo acerca dos Códigos Penais em Estados Sociais, demonstrou como elementos valorativos podem atribuir uma excessiva discricionariedade ao juiz penal. Assim, ao comentar o Código Penal da República Socialista Federativa Soviética Russa, a autora apontou que a análise da ocorrência do crime partia da análise de ação socialmente perigosa e que isso conferia

[...] ao juiz penal enorme âmbito de discricionariedade, com violação do princípio da igualdade, pois um mesmo fato praticado por cidadãos diversos, poderá ser objeto de decisões até mesmo contrárias, diante das convicções ideológicas do juiz penal e do denunciado. Isto porque só o juiz poderá dizer, diante do caso concreto, se o fato típico praticado pelo agente é ou não **socialmente perigoso**, mesmo configurando-se todos os elementos da descrição legal. (SALES, 2005, p. 75, grifo do autor).

A dogmática penal deve ser construída de modo a dar previsibilidade as decisões judiciais e limitar a violência advinda da pena (ANDRADE, 2012). Porém, como assinalado por Sales, semelhantes casos poderão ensejar soluções completamente distintas a depender das convicções pessoais dos juízes que analisam elementos valorativos do caso concreto. Dessa forma, assim como o processo de definição de ação socialmente perigosa abriu margem a interpretações completamente arbitrárias, é certo que o processo de compreensão de ação arriscada também conduzirá ao mesmo resultado.

Por mais que os juristas tentem definir e precisar o que seria o risco, esse conceito acaba se demonstrando como um conceito aberto, que pode ser subversivamente manejado para atender a qualquer política-criminal. Ocorre que tamanha abertura axiológica se demonstra incompatível com a perspectiva de legalidade adotada por Estados Democráticos de Direito.

Bitencourt (2011) indica que, a depender da forma de organização política de Estado, o Direito Penal poderá ter uma concepção mais ou menos autoritária. *In casu*, a Constituição da República Federativa do Brasil deixa expressamente consagrado o intuito de estabelecer um autêntico e genuíno Estado Democrático de Direito. Com isso, infere-se que o Direito Penal deverá respeitar os direitos e princípios reconhecidos na Carta Magna e que, desse modo, o poder de punir do Estado deve ser limitado.

O princípio da legalidade é um dos princípios reconhecidos expressamente pela Constituição Federal (art. 5º, inciso XXXIX, CRFB) e dele se extrai diversos outros

princípios. Como bem enfatiza o Professor Cláudio Brandão (2014), o princípio da legalidade deve ser considerado como o princípio dos princípios, pois viabilizou a transição do período de terror para o período liberal, o qual pode ser definido como aquele período em que existe a preocupação em limitar o poder de punir do Estado. Assim, o viés democrático de um Estado pode ser aferido a partir da observância desse princípio.

Como destaca Luiz Luisi (2003), a noção de reserva legal é um dos postulados que se pode extrair do princípio da legalidade. Assinala-se que, com a reserva legal, deduz-se que “somente a lei, e anterior ao fato, pode estabelecer que este constitui delito, e a pena a ele aplicável” (LUIZI, 2003, p. 19). Por tal princípio, infere-se que o magistrado não possui a autonomia de julgar além do que está consignado à lei, independentemente das implicações sociais existentes no caso concreto.

Registra-se que cabe ao poder legislativo, quando da elaboração da lei, captar os anseios e impressões sociais e analisar a eventual repercussão social de uma determinada conduta. Tal função é a função típica do poder legislativo e não deve ser atribuída ao judiciário. Justamente neste sentido:

A lei penal é, assim, um sistema fechado: ainda que se apresente omissa ou lacunosa, não pode ser suprida pelo arbítrio judicial, ou pela analogia, ou pelos ‘princípios gerais do direito’, ou pelo costume. **Do ponto de vista de sua aplicação pelo juiz, pode mesmo dizer-se que a lei penal não tem lacunas.** Se estas existem sob o prisma da política-criminal (ciência pré-jurídica), só uma lei penal (sem efeito retroativo) pode preenchê-las. **Pouco importa que alguém haja cometido um fato anti-social, excitante da reprobção pública, francamente lesivo do minimum da moral prática que o direito tem por função assegurar, com suas reforçadas sanções, no interesse da ordem, da paz, da disciplina social:** se este fato escapou à previsão do legislador [...], o agente não deve contas à justiça repressiva. (HUNGRIA e FRAGOSO, 1977, p. 21-22, grifo nosso).

Os tipos penais devem ser construídos de modo a ter um conteúdo certo e exato, pois, do contrário, se afrontará o princípio da legalidade, que é uma das maiores garantias do cidadão. Nessa esteira, durante o processo legislativo deve-se primar pela utilização de elementos objetivos e evitar a utilização de elementos normativos, tais como o incremento do risco, que podem viabilizar interpretações prejudiciais ao agente.

Ato contínuo, saindo do estrito campo da análise da ocorrência do risco e entrando na seara da dogmática como um todo, deve-se indagar se a Teoria da Imputação Objetiva oferta um método sistemático melhor do que o atualmente utilizado, pois “os enunciados dogmáticos não podem ser simplesmente negados pelos aplicadores do direito [...], de forma que quando se quer discrepar de uma determinada solução dogmática, têm-se a obrigação de contribuir com melhores argumentos” (PLANAS, 2016, p. 33).

Acontece que, na Imputação Objetiva, os elementos subjetivos do tipo, que atualmente são responsáveis por aferir a consciência e vontade do agente, não

definem a ocorrência do delito. Diante disso, os professores Luiz Régis Prado e Érika de Carvalho (2005, p. 7) afirmam que “os defensores das modernas teorias da imputação objetiva conferem excessiva relevância ao tipo objetivo, em detrimento do tipo subjetivo, defendendo a necessidade de se constatar primeiramente o tipo objetivo e somente após essa aferição investigar o tipo subjetivo”.

Em linhas gerais, Roxin (2002, p. 13) indica que um resultado preenche o tipo objetivo “quando o comportamento do autor cria um risco não permitido [...], quando o risco se realiza no resultado concreto [...], e este resultado se encontra dentro do alcance do tipo”. Assim, conclui-se que, em um primeiro momento, o dolo e a culpa não influenciam na análise do processo de imputação. Sobre a questão:

Enquanto os finalistas consideram ação de matar unicamente o direcionamento consciente do curso causal no sentido de morte, de acordo com a concepção aqui defendida, toda causação objetivamente imputável de uma morte será uma ação de matar, e isto **também quando ela não for dolosa. O dolo não é algo que cria a ação de matar, mas algo que pode nela existir ou estar ausente.** Enquanto os finalistas não consideram o homicídio culposo uma ação de matar - apesar de uma causação punível de uma morte -, para a teoria da imputação objetiva são justamente o homicídio, a lesão etc. culposos que constituem o protótipo da ação de homicídio ou de lesão. (ROXIN, 2002, p. 21, grifo nosso).

Nesse mesmo segmento, Günther Jakobs (2007, p. 23-24) aduz que:

[...] a relevância prática da teoria da imputação objetiva do comportamento se manifesta melhor (ainda que nem sempre) no delito culposo. **Não obstante, essa divisão quantitativa carece de qualquer relevância teórica. Tanto no caso de concorrer dolo como culpa é o significado geral e, portanto, objetivo,** o que interessa do ponto de vista social, precisamente porque o decisivo é que se tratem de fatos que produzem uma perturbação social e não de meras peculiaridades individuais.

Ocorre que são os elementos subjetivos que permitem a compreensão da “ação ou omissão típica não só como um processo causal cego, mas como um processo causal dirigido pela vontade humana para o alcance de um fim” (BITENCOURT, 2011, p. 749). Para entender a importância do elemento finalidade:

Tomemos, por exemplo, uma tentativa de homicídio, com ferimentos no corpo da vítima. Exteriormente, nada, absolutamente nada, distingue esta tentativa de homicídio de um crime de lesões corporais. O que faz este ferimento deixar de ser uma simples lesão para transformar-se em um fato muito mais grave (a tentativa de homicídio) é tão somente a intenção de matar que dirigiu a ação criminosa do agente. Se retirarmos da ação essa intencionalidade, o objetivo de matar, cairemos em um beco sem saída, pois não restará mais qualquer distinção possível entre lesão corporal e a tentativa de homicídio. (TOLEDO, 1994, p. 227).

No entanto, os elementos subjetivos são desprezados na Imputação Objetiva, visto que os funcionalistas não excluem o tipo com base na ausência de dolo ou culpa, mas sim por meio dos institutos do risco permitido, do princípio da confiança, da proibição de regresso e da análise da responsabilidade da vítima (JAKOBS, 2007).

Todavia, conforme demonstrado por Francisco de Assis Toledo no exemplo supracitado, isso poderá viabilizar a imputação por um tipo mais grave do que o exigido no caso concreto.

Diante desse contexto, o jurista comprometido para com a construção de um Direito Penal Constitucional tem a obrigação de denunciar a “alienação técnica de políticos”, haja vista que esta, juntamente com a “alienação política dos técnicos”, pode vir a gerar “um vazio que permite dar forma técnica a qualquer discurso político” (ZAFFARONI, 2005, p. 77).

Desse modo, a hipótese levantada é que a Teoria da Imputação Objetiva, nos moldes como foi prevista no Projeto de Lei do Senado nº 236/12, é incompatível com os ditames constitucionais por atribuir excessiva discricionariedade ao judiciário e, conseqüentemente, violar o princípio da legalidade. Ademais, não contribui para com o aperfeiçoamento do Estado Democrático de Direito Brasileiro porque aumenta o poder de punir do Estado e diminui a liberdade dos indivíduos na medida em que despreza os elementos subjetivos do tipo.

4 | CONCLUSÃO

Conforme demonstrado, o Projeto de Lei do Senado nº 236 de 2012 pretende trazer o incremento do risco para o processo de imputação. No entanto, é preciso aferir se a Teoria da Imputação Objetiva e seus escopos funcionais são compatíveis com a Constituição Federal e corroboram para com o aperfeiçoamento do Estado Democrático brasileiro.

A Imputação Objetiva é classificada como funcionalista por ser construída com o intuito de atender a políticas criminais. Porém, qual política criminal deve orientar um legítimo e autêntico Estado Democrático de Direito? Roxin sustenta que o Direito Penal deve ser orientado pela prevenção geral. Günther Jakobs, por sua vez, persegue a estabilização normativa. Da mesma forma, todos os juristas que se dedicam ao estudo da Imputação Objetiva trazem soluções diferentes para fundamentar a construção da imputação.

Desse modo, a análise da ocorrência do risco acaba sendo uma análise subjetiva, que poderá vir a fundamentar qualquer decisão porque o Projeto de Lei do Senado nº 236/12 não estabeleceu um marco teórico para nortear a sua interpretação. Além disso, a sociedade está vivenciando o fenômeno do risco, de modo que as condutas tendem, de modo geral, a serem tidas como arriscadas.

A dogmática precisa ser construída para dar previsibilidade as decisões judiciais e limitar a violência advinda da pena. Todavia, a abertura axiológica engendrada pela análise do risco e dos escopos funcionais poderá gerar sentenças completamente imprevisíveis e tamanha discricionariedade é totalmente incompatível com o princípio da legalidade.

Cabe ressaltar, ainda, que a Imputação Objetiva despreza os elementos subjetivos do tipo, os quais são responsáveis por aferir a consciência e vontade do agente na teoria finalista. Existem alguns tipos que possuem resultados naturalísticos similares e, nesses casos, a análise dos elementos subjetivos são imprescindíveis para a apuração da correta responsabilidade do agente.

Assim, diante de todo o exposto, chega-se à conclusão de que a Teoria da Imputação Objetiva é incompatível com a Constituição Federal por infringir o princípio da legalidade e, por aumentar o poder de punir do Estado e diminuir a liberdade dos indivíduos na medida em que despreza os elementos subjetivos do tipo, não contribui para com o aperfeiçoamento do Estado Democrático de Direito Brasileiro.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Pelas mãos da criminologia: O controle penal para além da (des)ilusão**. Rio de Janeiro: Revan, 2012.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: Parte Geral 1**. 16° ed. 2° tiragem. São Paulo: Saraiva, 2011.

BRANDÃO, Cláudio. **Tipicidade Penal: dos elementos da dogmática ao giro conceitual do método entimemático**. 2° ed. Coimbra: Almedina, 2014.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1988. Diário Oficial da União. Brasília, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 24 jul. 2017.

BRASIL. Senado Federal. **Requerimento nº 765, de 2011**. Brasília, 2011. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/100768>>. Acesso em: 24 jul. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 822.517/DF. Relator: Ministro Gilson Dipp - Quinta Turma. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 12 jun. 2007. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=3052807&num_registro=200600380860&data=20070629&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 22 out 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus 68.871/PR. Relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura – Sexta Turma. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 06 ago. 2009. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=risco+permitido+imputa%E7%E3o+objetiva&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=1>>. Acesso em: 22 out 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus 46.525/MT. Relator: Arnaldo Esteves Lima – Quinta Turma. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 21 maio 2006. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=risco+permitido+imputa%E7%E3o+objetiva&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=3>>. Acesso em: 22 out 2017.

BRITO, Alexis Couto de. **Imputação objetiva. Crimes de perigo e direito penal brasileiro**. vol 2. São Paulo: Atlas, 2015.

CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO – COMISSÃO EXAMINADORA DO ANTEPROJETO DE CÓDIGO PENAL. **Relatório Final: Análise da Parte Geral do PLS 236/12**. Disponível em: <http://www.cnmp.mp.br/portal/images/stories/Noticias/2013/Arquivos/Relatorio_final_

Comissao_anteprojeto_c%C3%B3digo_penal.pdf>. Acesso em: 22 jul. 2017.

GIDDENS, Anthony. **Sociologia**. Tradução de Ronaldo Cataldo Costa. Revisão Técnica de Fernando Coutinho Cotanda. 6º ed. Porto Alegre: Penso, 2012.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. vol 1. 16º ed. rev., amp. e atual. Rio de Janeiro: Impetus, 2014.

HUNGRIA, Nelson; FRAGOSO, Heleno Claudio. **Comentários ao Código Penal**. vol 1. tomo 1. 5º ed. Rio de Janeiro: Forense, 1977.

INSTITUTO BAIANO DE DIREITO PROCESSUAL PENAL. **Quadro comparativo do Projeto de Lei do Senado nº 236, de 2012 (projeto do novo Código Penal)**. Disponível em: <<http://www.ibadpp.com.br/wp-content/uploads/2013/03/Quadro-Comparativo-CP.pdf>>. Acesso em: 22 jul. 2017.

INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS – COMISSÃO DE CÓDIGO PENAL. **Comentários ao relatório [do] Senador Pedro Taques em face do PLS Nº 236/12**. Disponível em: <http://www.ibccrim.org.br/docs/codigo_penal.pdf>. Acesso em: 22 jul. 2017.

JAKOBKS, Günther. **A imputação objetiva no direito penal**. Tradução de André Luís Callegari. 2º ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

LUIZI, Luiz. **Os princípios constitucionais penais**. 2º ed. rev. e aum. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003.

MANSOLDO, Mary. **Comentários sobre a teoria do funcionalismo penal**. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/pdf/cj033358.pdf>>. Acesso em: 24 de abril de 2016.

MARCHIONATTI, Wilson Antônio Cini. **A teoria da imputação objetiva na construção de um direito penal democrático e garantidor**. 2001. 109 fl. Dissertação (Pós Graduação) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2001.

MUÑOZ CONDE, Francisco. **Direito penal e controle social**. Tradução de Cíntia Toledo Miranda Chaves. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

PLANAS, Ricardo Robles. **Estudos de dogmática jurídico-penal: Fundamentos, teoria do delito e direito penal econômico**. 2º ed. vol. 6. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2016.

PRADO, Luiz Régis; CARVALHO, Érika Mendes de. A metodologia onto-axiológica e o sentido social típico da conduta: crítica à doutrina positivista normativa. **Revista dos Tribunais Online**. v. 839, set. 2005, p. 1-19. Disponível em: <<http://regisprado.com/Artigos/Luiz%20Regis%20Prado/A%20metodologia%20onto%20axiol%F3gica.pdf>>. Acesso em: 22 jul. 2017.

QUEIROZ, Paulo de Souza. **Do Caráter Subsidiário do Direito Penal: Lineamentos para um direito penal mínimo**. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

ROCHA, Fernando A. N. Galvão da. **Imputação Objetiva**. 2º ed. ver., atual e amp. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

ROXIN, Claus. A teoria da imputação objetiva. **Revista Brasileira de Ciências Criminas**. São Paulo, v.10, n.38, abr./jun. 2002, p.11-31.

SALES, Sheila Jorge Selim de; PIRES, Ariosvaldo de Campos. Alguns movimentos político-criminais da atualidade. In: **Revista do Instituto Brasileiro de Ciências Criminas**. São Paulo: RT, 2003, v. 42, p. 295-306.

SALES, Sheila Jorge Selim de. **Escritos de direito penal**. 2º ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

SARNEY, José. **Projeto de Lei nº 236, de 2012**. Institui novo Código Penal. Disponível em: <<http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/106404>>. Acesso em: 20 jul. 2017.

TAVARES, Juarez. **Teoria do injusto penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. 5º ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Em torno de la custión penal**. Buenos Aires: BdeF, 2005.

ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral**. 10º ed. rev., e atual. 2º tiragem. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

DESVELANDO O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL A PARTIR DE UM ESTUDO SÓCIO-FILOSÓFICO DO DIREITO: UMA LEITURA A PARTIR DA CONFLITOLOGIA E SUA JUSTAPOSIÇÃO CONTEXTUAL E TEXTUAL

Paulo Junior Trindade dos Santos

Pós-Doutorado em andamento pela UNOESC.

Pós-Doutorado em Direito pela UNISINOS, concluído em 2019. Doutorado e Mestrado em Direito pela UNISINOS. Professor colaborador do Programa de Pesquisa, Extensão e Pós-graduação em Direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina - UNOESC.

Cristhian Magnus de Marco

Pós-doutorado em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina, concluído em 2017, com pesquisas sobre o princípio da sustentabilidade. Doutorado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, finalizado em 2012. Professor e pesquisador do Programa de Pesquisa, Extensão e Pós-graduação em Direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina - UNOESC.

Gabriela Samrsla Möller

Mestranda em Direito pela UNOESC. Graduada em Direito pela UNISINOS.

RESUMO: O artigo busca uma nova perspectiva do Processo Civil ao Direito a partir das discussões que o NCPD traz, que fazem repensar a função do Processo Civil ao Direito, principalmente no que toca à construção do Direito por via do Poder Judiciário, partindo-se da necessidade do desvelar de sua textura textual, de um lado, e a contextual, do outro; contexto este dado pelo caso concreto como

fenômeno. O estudo transdisciplinar do direito desvela os contextos sociais e com os sentidos contextuais postos em análise, seguido da busca dos sentidos da construção dos textos e a busca por uma missão atual do Processo Civil. Necessário se mostra uma análise da conflitologia, a qual vem a dinamizar a produção do Direito frente aos contextos e os textos, sendo que pelo contexto, este vem a dinamizar as estruturas e, de outro lado, pelo texto, fornece as funcionalidades do Direito. O texto abre espaços para novas interpretações hermeneutizáveis de tal atmosfera estática, que produz uma compreensão mais adequada para a formulação de um Direito vivo.

PALAVRAS-CHAVE: Processo Civil; Complexidades Sociais; Conflitologia; Contexto; Transdisciplinariedade.

UNVEILING THE NEW CODE OF CIVIL PROCEDURE FROM A SOCIO-PHILOSOPHICAL STUDY OF LAW: A READING FROM CONFLICTOLOGY THROUGH CONTEXTUAL AND TEXTUAL JUXTAPOSITION

ABSTRACT: The search to visualize a new perspective of the Civil Procedure to the law from the discussions that the NCPD brings, that make rethink the function of the Civil Procedure to the law, mainly in what concerns the construction of the law through the Judiciary

Power, starting it is necessary to unveil its textual texture, on the one hand, and the contextual, on the other; context given by the concrete case as a phenomenon. The transdisciplinary study of the law reveals the social contexts and contextual senses that are being analyzed, followed by the search for the meanings of the construction of the texts and the search for a current Civil Procedure mission. It is necessary to show an analysis of conflict, which is to dynamize the production of the law in relation to contexts and texts, and through the context, this comes to streamline the structures and, on the other hand, through the text, provides the functionalities of Law. The text opens spaces for new hermeneutizable interpretations of such static atmosphere, which produces a more adequate understanding for the formulation of a living Law.

KEYWORDS: Civil Procedure; Social Complexities; Context; Conflitology; Transdisciplinarity.

1 | INTRODUÇÃO

La complejidad es motor del cambio social, pero también funciona como un reactivo para la teoría jurídica, que necesita desarrollar esquemas conceptuales y métodos de análisis más complejos para ser capaz de explicar las nuevas situaciones.
(BORDIEU; TEUBNER. 2000, p. 28-29)

A partir do Novo código de Processo Civil reabriu-se relevante discussão associada à importância do Processo Civil ao Direito, pois este, até então, revelava-se como ferramenta mecanicamente inflexível e matematizável para aplicação do Direito, sendo, também, o Processo “deixado de lado”, ignorando-se os debates processuais e o caso concreto para afirmar-se o Direito a partir de um solipsismo antidemocrático (STRECK, 2010). A insistência da adoção de um modelo ultrapassado do Processo Civil, acabou por ocasionar a perda de confiança da sociedade no Direito e no Processo Civil como fonte democrática e eficiente de resolução dos conflitos sociais.

O Direito Processual no Estado Democrático de Direito, tão mais que um mero instrumento jurídico, passa a permear na vida como fenômeno social sobre o qual influem, necessariamente, as condições sociais, econômicas, políticas e culturais do contexto em que se desenvolve (FAVELA, 1981, p.140), convertendo-se em um instrumento metajurídico (BERNAL, 1943, p.17) devido a sua potência de servir como via a uma sociedade complexa. Os núcleos constantes de pura incerteza se dimensionam horizontalmente e verticalmente na perspectiva da contemporaneidade, culturalmente (SALZMAN, 2012), portanto surge um elevado grau de relatividade na Lei (BRUM, 2012), que merece atenção, pois na indeterminação e no insucesso da resposta que o Direito oferta comporta uma atualização e uma (re) adaptação do Direito frente a essa mutação constante, afastando-se de manifestações antidemocráticas reproduzidas pelo Judiciário.

Com a introjeção do Novo Código de Processo Civil no Direito brasileiro, a jurisdição e o processo necessitam estar preparados para receber, acolher e aplicar

as previsões instituídas pela nova lei processual (como o grande desafio trazido pelos Precedentes Judiciais), sendo necessário uma interpretação atualizada Ciência do Direito. Dessa forma, para melhor desvelar o atual modelo de Processo Civil, deve ser encontrado o atual sentido do Processo no Direito, sendo necessária uma *releitura* da Ciência Processual Civil. Necessário, assim, uma nova interpretação do Direito frente aos *litígios-conflitos*, que marcam as relações intersubjetivas (GRANFIELD, 1996, p.109) e subjetivas, responsáveis por constituírem o nascedouro do Processo e fundamentarem a existência do Direito Processual Civil.

Esse é o cenário que consubstancia e faz germinar a ora discussão da atualidade ao Processo frente à Epistemologia Jurídica voltada para a Constitucionalização do Direito Processual Civil pela nova lei processual, através do desvelamento do Novo Código de Processo Civil a partir de elementos transdisciplinares, visto que as antigas teorias – principalmente as teorias da *ação* - não lograram em interpretar e reconhecer a importância do Processo à formação/construção do Direito.

A análise fenomênica dos aspectos Sociológicos e Filosóficos possibilitam a união de dois mundos diametralmente opostos: Texto e Contexto, duas realidades que quando justapostas mostram-se harmônicas e fundamentais à Ciência Jurídica. Surge, então, imperiosa necessidade da Leitura e Desleitura do estabelecido, como teoria e a prática, de maneira a (re)significar o Processo na contemporaneidade. Assim, é relevante desvelar o Novo Código de Processo Civil para equilibrar e dotar de atualidade os impactos emergentes que anseiam as sociedades modernas, por meio do qual é possível visualizar rupturas-rompimentos para uma sólida (des)construção e posterior construção do que entende-se importante no que toca a um Direito Processual que atenda ao contexto.

A transdisciplinariedade (LATOURETTE, 1998, p.249-250) é fundamental para o desenrolar do ora projeto, pois atende ao paradigma da complexidade, pois “*o conocimiento no sólo se desarrolla verticalmente, hacia lo hondo, sino también horizontalmente, en conexión con otras materias-disciplinas*” (VILAR, 1997, p.4). Relevante será atender às complexidades do mundo em seus alcances, em suas dinâmicas e em suas situações, para que assim se consiga formular um novo pensar jurídico que venha a observar as manifestações fenomênicas complexas da sociedade atual.

2 | RELAÇÃO ENTRE CONFLITOLOGIA, PROCESSO CIVIL E DIREITO

Para uma nova interpretação do cenário Conflitológico da sociedade contemporânea, necessário discussão sobre as modificações sociais atuais, pois as manifestações plurais alteram o modo pelo qual as relações intersubjetivas são postas - os conflitos possuem sua razão de ser modificadas por aspectos externos e internos - dado que “as peculiaridades constitucionais com que um ser humano vem

ao mundo têm uma importância muito diferente para as relações do indivíduo nas diferentes sociedades, bem como nas diferentes épocas históricas de uma mesma sociedade” (ELIAS, 1994, p.24), que alteram incessantemente a sociedade e exigem novas respostas do Direito (SCHUTZ e LUCKMANN, 2003, p.25). As necessidades diametralmente dimensionadas - angústias e desejos humanos - em razão de uma constante dinamização-mutação (GUIDDENS, 2005, p.37-39) da sociedade frente à determinação de incertezas, são cada vez mais profundas: “Há uma clara ligação entre os abismos que se abrem entre indivíduo e sociedade, ora aqui, ora ali, em nossas estruturas de pensamento, e as contradições entre exigências sociais e necessidades individuais que são um traço permanente de nossa vida” (ELIAS, 1994, p.16).

Estas transformações podem ser visualizadas pelas transformações vividas na Modernidade: “Ser moderno, decía es [...] formar parte de un universo em que todo lo sólido se desvanece em el aire.” (BERMAN, 1988, p.364-365); Pós-Modernidade: “se tiene por <postmoderna> la incredulidad com respecto a los metarrelatos[...] corresponde especialmente la crisis de la filosofía metafísica, y la de la institución universitária que dependia de ella” (LYOTARD, 2000, p.10); Transmodernidade: “Está faltando uma nova estética de vida que nos facilite o reencontro com o sentido da vida. Chamo de transmodernidade os caminhos para esse reencontro” (WARAT, 2014, p.410); Hipermodernidade: “caracterizada por el movimiento, la fluidez, la flexibilidad [...] época de un Narciso que se tiene por maduro, responsable, organizado y eficaz, adaptable” (LIPOVESTKY, 2006, p.27); Desmodernização: “separación entre una economía globalizada, cada vez menos controlada por los estados, e identidades privadas o comunitarias que se cierran sobre sí mismas” (TOURRAINE, 1996, p.21); o Fim da Modernidade “Nietzsche y Heidegger [...] echaron las bases para construir una imagen de la existencia en estas nuevas condiciones de no historicidad o, mejor aún, de posthistoricidad” (VATTIMO, 1985, p.13), e pela ideia de uma “sequer a Inexistência de uma Modernidade” (LATOURE, 1994, p.17).

Nesse contexto, a conflitolgia tem espaço de estudo no tocante às disciplinas da sociologia e da filosofia, pois ambas constroem um novo arquétipo para a construção de um Direito Complexo, refletido ao plexo formativo do Direito Processual. Influências contextuais permeiam a mecanização literal do texto, devendo assim desvelá-lo para adequar ao ritmo de vida do indivíduo e da sociedade. Na sociedade é o desentendimento que une os cidadãos, pois é o desentendimento que, ao mesmo tempo, cria canais de diálogo e propiciam as transformações. Nesse sentido, o exponencial aumento de litígios de interesse públicos para mudança social tem aumentado frente a complexidade social, pois se busca nos tribunais a solução de conflitos que fogem de fenômenos já juridicizados.

3 | CONFLITOLOGIA COMO CERNE DO DIREITO: POR UM DIREITO VIVO

El conflicto es, evidentemente, inevitable. Ninguna cultura jamás ha alcanzado la utópica armonía necesaria para superarlo. Para sobrevivir, cada cultura requiere de un medio aceptable para resolver conflictos y prevenir la venganza de los vencidos. (CHASE, 2011, p.11)

A vida dinamiza-se ritmada por aspectos *pulsionais e impulsionalis* – revelados como elementos vitais da natureza humana: vê-se assim o movimento entre os sujeitos e a linguagem como formas de expressão intersubjetiva e desta confluência resultam os conflitos quando das relações. Por esta razão o Estado é introjetado socialmente por meio do Direito, tendo em vista a necessidade de resolver os conflitos, funcionando como pressuposto justificador da existência do Direito.

En la filosofía griega se dedicó gran parte del pensamiento al estudio de la naturaleza humana debido, entre otras cosas, a que existía la tendencia a concebir al ser humano como el centro de la creación, capaz de actuar racional y éticamente por naturaleza. [...] Y no sólo hay en él perpetuo cambio; sino también perpetuo conflicto. El carácter permanente que Heráclito otorga al conflicto es el que nos lleva a interpretarlo en su pensamiento como un aspecto inherente de las relaciones sociales y de la naturaleza humana, pues él mismo es quien señala al choque de los opuestos como la verdadera condición de la vida, siendo este contraste, este choque de opuestos y, con ello, decimos, evidentemente, el conflicto la única armonía posible. (PARÍS; JAUME, 2013, p. 112-115)

A violência, nesse sentido, produz-se frente a não supressão de necessidades humanas – que alteradas dependendo da ótica social na qual está o cidadão inserido -, as quais tendem a ser amenizadas pela produção de *bens* (RIBEIRO, 2010, p.21-22) - visando suprir às necessidades humanas, fazendo assim emergir o Direito como meio constritor de violências e produtor de paz no âmbito social. Na medida em que não supridas as vontades humanas, geram-se reações violentas que podem impactar no outro, impactando também a sociedade como um todo (VINYAMATA, 2009, p.39-40). VINYAMATA, na constância, ao discorrer que os conflitos estão presentes em todas as manifestações da vida, apresenta-o como um fenômeno universal: “*un fenómeno que podríamos decir se manifiesta en el primer y último acto de la vida, en el momento del nacimiento y en el de la muerte.*” (2009, p.33-36). COSER ressalta:

Los grupos requieren de la desarmonía lo mismo que de la armonía, de la disocia los conflictos que ocurran en su interior no son, en modo alguno, sólo factores destructivos. [...] ambos factores, los “positivos” y los “negativos” construyen las relaciones de grupo. Tanto el conflicto como la cooperación tienen funciones sociales. Un cierto grado de conflicto está muy lejos de ser necesariamente antifuncional; es un elemento esencial de la formación del grupo y de la persistencia de la vida del grupo. (COSER, 1961, p.34)

Da análise da violência, BYUNG-CHUL (2013, p.91-93) mostra que não houve o seu declínio a partir da introjeção do Estado, mas sim que o homem matizou novas formas da violência se manifestar em face de si mesmo e do outro. Na modernidade, por exemplo, a violência deixa de ser interna e passa a ser externa:

Los griegos denominaban a la tortura «βάγκατ». «vayaños» significa «necesario» o «indispensable». La tortura se entendía y se aceptaba como un destino o una ley natural (βάγκαη). Nos encontramos ante una sociedad que sanciona la violencia física como medio para un fin. [...] En la Modernidad, la violencia toma una forma psíquica, psicológica, interior. Adopta formas de interioridad psíquica. Las energías destructivas no son objeto de una descarga afectiva inmediata, sino que se elaboran psíquicamente. [...] Antes de la Modernidad, la violencia era omnipresente y, sobre todo, cotidiana y visible. Constituye un componente esencial de la práctica y la comunicación social. [...] En la Modernidad, no solo la violencia directa se retira del escenario político, sino que va perdiendo legitimidad en casi todos los ámbitos sociales. A su vez, se queda sin un espacio de exhibición. Las ejecuciones se desarrollan en lugares a los que no tiene acceso la comunidad pública. La pena de muerte deja de ser un espectáculo. El campo de concentración también es una expresión de esta transformación topológica. No es un escenario de la violencia letal, pues no se encuentra en el centro, sino a las afueras de la ciudad. [...] En la Modernidad, la interiorización física es uno de los desplazamientos topológicos fundamentales de la violencia. Esta toma la forma de un conflicto interior. Las tensiones destructivas se disputan internamente en vez de descargarse hacia afuera. El combate ya no se libra fuera del yo, sino en su interior. «La cultura domina la peligrosa inclinación agresiva del individuo, debilitando a este, desarmándolo y haciéndolo vigilar por una instancia alojada en su interior, como una guarnición militar en la ciudad conquistada. (BYUNG-CHUL, 2013, p.14-29)

Sendo o motim criador e reformulador do Direito, o conflito não deve ser levado à perspectiva de “problema social a ser sanado” - o conflito é *resposta natural* que advém do contato intersubjetivo (RAMÍREZ, 2006, p.6). Dessa maneira:

[...] o conflito não é um mal em si mesmo e são considerados como aspectos inevitáveis e recorrentes da vida. Tem suas funções individuais e sociais importantes, proporcionando aos homens o estímulo para promover as mudanças sociais e o desenvolvimento individual. O importante não é aprender a evita-lo ou suprimi-lo, atitude que poderia trazer consequências danosas. Ao contrário, diante do conflito, a atitude correta é encontrar uma forma que favoreça a composição construtiva. (CALMON, 2007, p.25)

Assim delineado, as bases do estudo do conflito devem ser postas a partir da análise do *sentido negativo* e o do *sentido positivo* do conflito. Em um sentido positivo, a relação entre conflito, complexidade e natureza humana se enraíza em uma visão dos conflitos a partir da possibilidade de transformação dos conflitos pelo Direito. (PARÍS; JAUME, 2013. p. 112-115) Em um sentido negativo, observa-se no conflito apenas a deflagração da violência, sendo o conflito visto de maneira redutora e negativa, e não como expressão do que é humano.

Importa ao Direito ser visto como experiência concreta, expressando assim uma nova visão do Processo Civil. Conforme visto, o conflito é inerente ao homem, e suas expressões mudam com o tempo, o que exige que o direito observe o contexto junto

ao seu texto, a fim de matizar as novas formas de complexidades sociais. O Direito encontra como predicado de sua própria existência o de efetuar-se sempre e em todo o momento na vida social por meio do Processo, como instituição-eixo do sistema jurídico constitucional-democrático (LEAL, 2002, p.69).

4 | TEXTO E CONTEXTO: PROCESSO CIVIL E SUA IMPORTÂNCIA MATIZADORA DO DIREITO

Busca-se a superação de um Direito marcado pelo Fenômeno Saturado, pois a atmosfera de um Direito artificial criado junto ao direito subjetivo incide na proeminência do *texto* – esses textos preexistem ao fenômeno factível que se encontra por diversas vezes descontextualizado e assim os conflitos vistos como fenômenos produtores de violência – o qual pode no contexto produzir melhores e mais adequadas respostas aos enfrentamentos jurídicos.

Detém-se para tal a análise dos conflitos pela hermenêutica fenomenológica, voltada ao desvelar factível dos acontecimentos, podendo assim, nossa proposta de nossa ciência transdisciplinar alcançar efeitos positivos aos litígios. Por esta análise, possível se faz contextualizar o indivíduo frente ao estado contemporâneo de desenrolar do atrito do eu face ao outro – assim como as angústias hodiernas causadas pelas necessidades humanas - para que, nesse ponto, sejam analisadas as razões que fazem nascer o conflito e que levam ao aumento exponencial dos litígios jurídicos.

É imprescindível pensar Direito e Sociedade e maneira indissociável, pois um Direito em cujas formas há atenção a uma preocupação com o contexto social. Esse Direito atento à angústia e ao desejo dimensionado pelo contexto conflitológico, fruto da relação do Eu em face do Outro é flexível, evoluindo e redimensionando-se com o fluir do tempo, no sentido de amoldar-se às relações e para amenizar – nunca negando ou buscando anular - o impacto dos atritos causados pelos conflitos, para resolver o conflito segundo a resposta que atenda ao contexto no qual se forma essa relação conflituosa posta em causa, e cuja desatenção do Direito desgasta as relações intersubjetivas e põe em dúvida a gênese do Direito.

E assim, o Direito Processual Civil hodierno pensado no Contemporâneo serve de base para uma discussão dialética da relação intersubjetiva existente frente ao objeto do processo, tendo as partes papel de atores ativos no tocante ao debate processual. Resta claro que o Direito deve ser contextualizando junto aos estudos Sociológicos e Filosóficos, para que se adeque à profusão da conflitologia, voltando-se a um direito flexível (CARBONNIER), que atenda à necessidade de um repensar do processo civil e uma nova visão do processo frente às postulações sociais e jurisdicionais de um Direito que supera o rigorismo procedimental e a inflexibilidade da letra da legislação: nasce o Novo Código de Processo Civil, fruto da busca de um Direito Processual que atenda ao contexto social.

Os fenômenos conflituais na atualidade estão muito distantes dos textos legais.

Esses contextos produzem direito vivo, servem de paradigmas para outros casos-problemas, e apresentam-se como vias ou horizontes projetados em um sem número de possibilidades; certeza produzida com a Ciência constituída por paradigmas científicos rígidos se encontra com problemas e rupturas trazidos pelos contextos, pois estes geram incertezas, esse problema evidente no tocante ao Estado-Legislator e a lei por eles produzida não alcançam a existência, de modo que resta ao Processo um caráter contradogmático e antiformal, para que venha a resolver esses casos-problemas. Os fenômenos se dão via contextual e trazem ao direito e a politização da existência novas questões que tornam a sua a decisão uma decisão voltada a compreensão hermenêutica, abandonando a decisão como aplicação lógico-dedutiva do direito ou como fruto do solipsismo judicial.

5 | TRANSDISCIPLINARIEDADE PARA SE PENSAR O DIREITO E O PROCESSO CIVIL

O mote a investigação plural da Sociologia do Jurídica são as relações do homem, expressão natural do viver em sociedade e, conseqüentemente, alicerce do Direito (CALMON DE PASSOS, 2012, p.86). Nesse sentido, a Filosofia Jurídica é necessária para refletir a efervescência da natureza humana e a forma como ela se manifesta intersubjetiva e subjetivamente, fazendo nascer uma espontânea reflexão científica do que é social, necessária ao Direito para a devida efetivação e proteção dos Direitos:

Los teóricos de conflicto afirman que para entender plenamente la sociedad se deben analizar los procesos de conflicto, desorden, desacuerdos y de hostilidad entre los diversos grupos sociales. Los sociólogos deben examinar las fuentes de tensión entre las personas y grupos; las técnicas utilizadas para el control del conflicto y las maneras por medio de las cuales las personas con poder político, económico y social mantienen o aumentan su influencia sobre los sectores subalternos. (MALDONALDO; VELÁSQUEZ, p.198)

Um estudo transdisciplinar do Direito tem na conflitologia o cerne de conexão entre Direito e Processo, assim como coaduna com as previsões do Novo Código de Processo Civil. Segundo discorre WARAT (1955, p. 73), a democracia é uma prática política de produção de sentido, pois a nível de imaginário social, a democracia não possui o seu sentido definido. Uma determinada forma de sociedade, nesse sentido, é democrática na medida que existe nela um número significativo de espaços onde possam respirar os desejos desclassificados pelos sistemas simbólicos sancionados; onde possam realizar-se um número indefinido de operações tendentes à libertação e transformação da linguagem, que fundamenta a heteronomia simbólica. A natureza conflitiva humana (BYUNG-CHUL, 2014. p. 77-78) exaspera esse núcleo sempre em constante movimento do social. Por isso se afirmar que o processo é o local de redimensionalização do direito.

É na busca deste resgate existencial que deve o direito atuar. As relações de

poder desenvolvidas na sociedade expressadas pela partilha do sensível, pela divisão de são ignoradas, não encontrando uma forma de canalização política. Isso também no que toca à complexidade e a velocidade pelo qual são criados novos problemas e realidades. O judiciário é assim chamado para atuar, judicializando os conflitos e dando voz aos sem parcela. As expressões não abarcadas pelo sistema jurídico, através da juridicização acabam por se expressar pela *judicialização do direito*, onde o direito acaba por catalisar as expressões do social que, em uma pós-democracia (ou democracia consensual) o Estado ignora. O consenso social surge como um regime determinado do sensível, da existência, porém, ignora que a existência é dinâmica. O consenso vê somente um modo particular de visibilidade do direito como *arkhé* da comunidade. Antes de resolver os problemas dos parceiros sociais tornados sensatos é preciso considerar que a estrutura específica da comunidade não é posta de maneira estática.

Os fenômenos conflituais trazidos a discussão no Judiciário precisam ser vistos por uma ótica transdisciplinar, em suas bases sociológicas, antropológicas e filosóficas, servindo tais estudos como elemento fulcral para a compreensão hermenêutico-fenomenológica do fenômeno como direito e o Processo passa a absorver a complexidade social de forma que possibilita a adaptação existencial.

6 | PROCESSO CIVIL E DEBATE: ELEMENTOS BASE PARA O EXERCÍCIO DEMOCRÁTICO

As garantias processuais rearticulam os institutos processuais, com especial atenção ao objeto do processo, que passa a ser dividido em objeto do processo e objeto do debate processual, pois reconhece-se à *discussão/debate processual* um elemento fundamental para a Democracia. Nesse sentido, com o norte Constitucional, a ação processual, exercício da pretensão à tutela jurídica, é reconhecida como um direito fundamental (RIBEIRO, 2005. p.148). O Processo permite ajustar o conflito ao contexto, permeada pelas garantias constitucionais: este se trata do elemento fundamental para a abertura da tessitura do texto ao contexto (BENABENTOS, 2005. p. 139-140) pela participação dos cidadãos na formação das decisões, mais sensíveis ao reflexo do contexto social (MOREIRA, 1987. p.57).

A pretensão processual, sob égide da Constituição, torna-se profícuo espaço para debate, redimensionalização e criação do Direito, pois trazem à discussão processual o conflito, uma vez que a Democracia pressupõe o conflito como motor de progresso social “[...] a democracia caracteriza-se por ser um regime político que, não apenas pressupõe o conflito, como o tem como uma de suas virtudes naturais.” (SILVA, 2004. p. 303-305). Processo Civil Constitucionalizado busca a compreensão dos fundamentos estatais e paradigmáticos de problemas envolvendo a própria concepção do Processo e da jurisdição, mas, também, das litigiosidades e da leitura dos direitos fundamentais.

Isto desvela que a decisão judicial não pode ser considerada somente um *autêntico relato de um conflito individualizado*, ou seja, por uma visão meramente *reativa* do processo, mas sim deve ser vista por seu caráter estrutural, uma maneira de observar a decisão para além dos caprichosos interesses particulares enfrentados, por onde sobrepõe-se a ameaça de interesses comuns e públicos, superior ao conflito entre as partes. (PUGA, 2013. p.103-105)

O Processo Civil atual, devido à carga política e estrutural, realiza tanto a resolução de conflitos como a implementação de políticas (DAMASKA, 1986. p.28), tendo de ser visto como a oportunidade política e jurídica, ademais – para com a convergência e conciliação daqueles que são interessados frente à lide que se comporá e a sociedade, que recebe os efeitos das decisões na construção de um sistema jurídico justo.

7 | CONCLUSÃO

A presente proposta busca reunir transdisciplinariamente o direito com ciências que possibilitam uma melhor compreensão sobre o processo civil na atualidade, a fim de que desta união seja possível ao direito melhor absorver e compreender as relações intersubjetivas vividas nessa panaceia contemporânea. A nova lei processual, nesta análise, surge como dogmática que traz reflexão sobre as perspectivas do Processo Civil, uma vez que a constitucionalização dos dispositivos processuais faz com que se repense o papel do processo civil ao direito.

As novas conjecturas sociais demonstram que a sociedade tornou-se complexa e plural (Estado Contemporâneo), superando o que era visto como mecânico e racional (relação sujeito/objeto) nos moldes do apresentado pela Ciência Jurídica de outrora (Estado Moderno). O Processo deve ser um ouvir e o escutar, reflexo do exercício necessário para que exista a dialética construtora consistente no jogo de perguntas e respostas, pois esta é capaz de desvelar os conflitos e legitimar a atuação da jurisdição, em especial pela necessária filosofia prática (em substituição à filosofia da consciência) exercitada pela democracia participativa horizontalizada no debate fruto desse novo jogo processual, realizado conjuntamente com a leitura constitucional, procedimento que (quicá) possibilitará o resgate existencial e humano do ser (relação sujeito/sujeito), o qual foi construído metafisicamente como ente em um Estado de Direito forjado sob as concepções da modernidade.

É na abstrata conduta do outro que são gerados os conflitos, assim, negar o caráter de *conflitualidade* é também negar a subjetividade inerente ao ser e, conseqüentemente, dar-lhe caráter de massa (povo ícone/legitimador) no espaço político, inviabilizando a democracia participativa e a discussão incessante sobre as novas complexidades geradas pela sociedade. A proposta interpretativa contextual e textual preocupa-se com as complexidades de mundo hoje existentes e enxerga no direito possibilidades de uma produção jurídica acompanhadora e redutora de inseguranças causadas

neste cenário complexo, evidenciando sempre os elementos Constitucionais para uma interpretação do direito humana e ética. Esta proposta é calcada em elementos contextuais que denotam os conflitos de uma sociedade complexa. O Poder Judiciário, através do Processo Civil, acaba sendo o órgão estatal mais relevante para com a absorção dos fenômenos conflituais, pois interpreta os contextos e os juridiciza, assim como possibilita outras formas de resolução dos fenômenos conflituais.

REFERÊNCIAS

BALLESTEROS, Alberto Montoro. Conflicto, Derecho y Proceso. **Cuaderno de Teoría Fundamental del Derecho**, n.º 20, Universidad de Murcia, 1993.

BARBOSA MOREIRA, José C. **O futuro da justiça: alguns mitos**. In: Temas de Direito Processual Civil. São Paulo: Saraiva, 2004.

BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade e Ambivalência**. 1ª ed. Rio de Janeiro: J. Zahar Ed., 1999.

_____. **Modernidade Líquida**. 1ª ed. Rio de Janeiro: J. Zahar Ed., 2001.

_____. **O Mal-Estar da Pós-Modernidade**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Jorge ZaharEd., 1998.

_____. **Vida Líquida**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2006

BOBBIO, Norberto. **El Tiempo de los Derechos**. Madrid: Editorial Sistema, 1991.

_____. **O conceito de sociedade civil**. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1982.

BOURDIEU, Pierre; TEUBNER, Gunther. **La fuerza del derecho**. Bogotá: Siglo del Hombre Editores. Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes, Ediciones Uniandes, Instituto Pensar, 2000.

CASTILLO, Niceto Alcalá Zamora. **Proceso, autocomposición y autodefensa**. México: Universidad Autónoma de México, 2000.

CHASE, Oscar G. **Derecho, cultura y ritual**. Trad. Fernando Martín Diz. Madrid: Marcial Pons, 2011.

COBB, S. **Fostering coexistence in identity-based conflicts: Towards a narrative approach**. In: A. Chayes and M. Minow (eds.). *Imagine Coexistence*. San Francisco: Jossey Bass, 2004.

COTTERRELL, Roger. **Introducción a la sociología del derecho**. Barcelona: Ariel, 1981.

COUTURE, Eduardo J. **Fundamentos del derecho procesal civil**. Tercera edición. Buenos Aires: Roque Depalma Editor, 1958.

DAMASKA, Mirjan R. **Las Caras de la Justicia y el Poder del Estado**. Análisis comparado del Proceso Legal. Santiago: Editorial Jurídica del Chile, 1986.

DENTI, Vittorio. **Crisi della giustizia e crisi della società**. In: *Sistemi e Riforme: Studi sulla Giustizia Civile*. Bologna: Edit. Mulino, 1999.

DEVANEY, R. L. **An Introduction to Chaotic Dynamical Systems**. New York: 1989.

DIAS, Reinaldo. **Sociologia do Direito: a abordagem do fenômeno jurídico como fato social**. São

Paulo: Atlas, 2009.

ENTELMAN, Remo F. **Teoría de Conflictos**: Hacia un nuevo paradigma. Barcelona: Gedisa Editorial, 2002.

FISS, Owen. **Um novo processo civil: estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2004.

GIDDENS, Anthony. **Sociologia**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004.

GROSSI, Paolo. **Mitología Jurídica de la Modernidad**. Madrid: Editorial Trotta, 2003.

_____. **O direito entre o poder e ordenamento**. Trad. Arno Dal Ri Júnior. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

IBÁÑEZ, Perfecto Andrés. **Justicia-Conflito**. Madrid: Editora Tecnos, 1988.

KAUFMANN, Arthur. **La filosofía del derecho en la posmodernidad**. Colombia: Temis, 1998.

LATOUR, Bruno. Jamais fomos modernos. São Paulo: Editora 34, 2009.

LIPOVETSKY, Gilles. **A Era do Vazio**. Barueri: Manole, 2005.

_____. **Os tempos Hipermodernos**. São Paulo: Barcarolla, 2004.

LYOTARD, Jean François, **A Condição Pós-Moderna**, Lisboa, Gradiva, 1989.

MENDEZ, Francisco Ramos. **El Mito de Sisifo y la Ciencia Procesal**. Barcelona: Atelier Libros, S.A., 2004.

_____. **Derecho y proceso**. Barcelona: Bosch, 1978.

MIAILL, H.; RAMSBOTHAM, O.; WOODHOUSE, T. **Contemporary Conflict Resolution**. Cambridge: Polity Press, 2000.

NIETZSCHE, Friedrich. **Para Além de Bem e Mal**. São Paulo: Editora Nova Cultural, 1999.

PUGA, Mariela. **Litigio Estructural**. Buenos Aires: Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, 2013. 329 p. Tesis Doctoral.

RANCIÈRE, Jacques. **O Desentendimento Político e a Filosofia**. São Paulo: Editora 34, 1996.

RIBEIRO, Darci Guimarães. **Da Tutela Jurisdicional às Formas de Tutela**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

_____. **La Pretensión Procesal y la Tutela Judicial Efectiva**. Barcelona: J.M. Bosch Editor, 2004.

SILVA, Ovídio Baptista da. **Processo e Ideologia**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

STRECK, Lênio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

WARAT, Luis Alberto. **Introdução Geral ao Direito III: O Direito Não Estudado Pela Teoria Jurídica Moderna**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1955.

ROL TAXATIVO DO ART. 1015 DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E A EFETIVIDADE PROCESSUAL

Ana Luiza R. F. Moreira

Graduada pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, 1º/2016. Aluna da Disciplina Isolada 1º/2017 “Direito Processual Civil Comparado”, do Programa de Pós-Graduação “*Stricto-Sensu*” da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, com aulas ministradas pelo Professor Doutor Dierle Nunes. Belo Horizonte/MG.

Mateus Carvalho Soeiro

Graduado pela Faculdade de Direito Milton Campos, 2º/2013. Pós-graduando em Direito Tributário pelo Instituto Brasileiro de Estudos tributários – IBET. Aluno da Disciplina Isolada 1º/2017 “Direito Processual Civil Comparado”, do Programa de Pós-Graduação “*Stricto-Sensu*” da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, com aulas ministradas pelo Professor Doutor Dierle Nunes. Belo Horizonte/MG.

Área do Direito: Processual.

RESUMO: O Novo Código de Processo Civil (NCPC), em vigor desde março de 2016, trouxe consigo diversas alterações para o ordenamento processual civil. Perante as novas determinações propostas pelo NCPC, análise que se mostra pertinente é o estudo do rol taxativo do art. 1.015. Neste breve estudo, será demonstrado em que sentido e em que medida as alterações do recurso de Agravo de Instrumento constantes no novo

diploma legal, podem influenciar na marcha processual. Cuidando ainda de trazer para o presente estudo, críticas e soluções propostas por operadores do direito, e ainda, decisões dos Tribunais de 2ª instância, em relação a redação do art. 1.015, especificamente no que concerne ao rol *numerus clausus*. Por fim, será apresentado exemplos de situações práticas, onde a supressão do recurso de Agravo de Instrumento se mostra como ataque frontal à garantia de duração razoável do processo, afetando inclusive seu resultado útil.

PALAVRAS-CHAVE: Processo Civil – Recursos – Agravo – Efetividade

TAXATIVE ROLE OF ART. 1015 OF THE NEW CIVIL PROCESS CODE AND THE PROCESSING EFFECTIVENESS

ABSTRACT: The new Code of Civil Process (NCPC), in force since March 2016, brought with it several amendments to the civil procedural law. Given the new determinations proposed by the NCPC, an analysis that is relevant is the study of the taxative role of art. 1.015. In this brief study, it will be demonstrated in what sense and to what extent the changes in the appeal of the Instrument of Appeal contained in the new legal decree, can influence the procedural step. Still taking care to bring to the present study, criticisms and solutions proposed by legal

operators, and also, decisions of the Courts of 2nd instance, regarding the writing of art. 1,015, specifically regarding the role *numerus clausus*. Finally, examples of practical situations will be presented, where the suppression of the appeal of the Instrument of Appeal is shown as a frontal assault on the guarantee of a reasonable length of the process, affecting even its useful result.

KEYWORDS: Process Civil – Resources - Effectiveness

1 | INTRODUÇÃO

Em março de 2015, passou a vigorar no Brasil o Novo Código de Processo Civil (NCPC), revogando a Lei nº 5.869 de 11 de janeiro de 1973.

O novo Código é a primeira grande regulamentação brasileira sobre Processo Civil aprovada na constância de um período democrático, e as mudanças por ele geradas serão objeto de estudo nos próximos anos.

A nova legislação tem por objetivo dar maior celeridade e simplificar o processo judicial, sem, contudo, torna-lo fonte de decisões arbitrárias, ininteligíveis e padronizadas. O que se pretende é maior efetividade na tutela de direitos, e não apenas maior efetividade numérica, a fim de dar vazão à excessiva litigiosidade atual, o que se verificou ser a realidade das reformas feitas no CPC de 1973.

Diversas foram às alterações trazidas pelo NCPC, que antes mesmo de entrar em vigor, sofreu novas alterações pela Lei nº 13.256 de 04 de fevereiro de 2016.

Durante o processo legislativo que culminou na promulgação da nova legislação processual, muitos foram os estudos e debates promovidos pela comunidade jurídica, haja vista a relevância do Código de Processo Civil para o Direito brasileiro e para a sociedade.

O Projeto de Lei do Senado nº 166/2010, que deu origem ao NCPC, viria a modificar sensivelmente a sistemática recursal, inserindo a possibilidade de arbitramento de honorários de sucumbência na esfera recursal, a consolidação dos poderes do relator, a unificação dos prazos recursais – à exceção dos Embargos de Declaração –, a extinção dos Embargos Infringentes e do Agravo Retido, entre outras alterações.

Novidade relevante foi a alteração da sistemática do Agravo de Instrumento, que passou a contar com hipóteses para sua admissibilidade (art. 1.015), que resulta em uma volta ao sistema do Código de 1939, considerado por parte da doutrina um grave equívoco (JUNIOR, 2016, p.405/421).

Apesar do intuito do legislador de promover alterações positivas na legislação processual, que fossem de encontro com o modelo constitucional de processo, preconizando as garantias fundamentais, percebe-se que a sua redação não abarca solução para todos os impasses processuais decorrentes de decisões interlocutórias, mormente as que tratem de questões urgentes.

Ocorre que a taxatividade das hipóteses de cabimento do Agravo de Instrumento, prevista no art. 1.015 do NCPC vem sendo objeto de debates e críticas de grande

parte da comunidade jurídica, apoiada em pesquisas, reflexões doutrinárias, reflexões práticas, que vem se posicionando, em considerável escala, pela retomada da cláusula geral permissiva do agravo.

Assim, revela-se necessária, para a adequada compreensão do tema proposto, uma análise da nova redação dada ao recurso de Agravo de Instrumento, previsto no art. 1.015 do NCPC.

Neste sentido, o presente trabalho tem por objetivo demonstrar em que sentido e em que medida as alterações do art. 1.015 podem influenciar na marcha processual.

Para tanto, analisar-se-á a nova redação processual e seus resultados práticos, desde o início de vigência, com base em reflexões doutrinárias, aliado ainda com decisões proferidas pelos Tribunais a respeito da interposição de agravo em situações que não constam na sua redação.

2 | ROL TAXATIVO E O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

De início, no que concernem às mudanças abarcadas pelo Novo Código de Processo Civil de 2015, cumpre salientar que antes mesmo da sua entrada em vigor já se debatia sobre as suas alterações e em que medida estas afetariam o judiciário e a advocacia como um todo.

No que diz respeito às alterações trazidas pelo NCPC, é necessário salientar que a nova redação de Processo Civil não pode ser tratada como solução para todos os óbices processuais.

Neste sentido ensina o professor Humberto Theodoro Júnior (2016), ao afirmar que *“não se crê que a nova legislação trará a resolução para todos os problemas de um sistema jurídico como o brasileiro”*.

Dentre as múltiplas alterações feitas pela redação do NCPC, recurso que sofreu grande modificação pela nova redação foi o de Agravo de Instrumento.

O referido recurso na legislação revogada era utilizado conforme previsão do art. 522 do Código de Processo Civil de 1973, que previa que: *“Ressalvado o disposto nos arts. 504 e 513, de todas as decisões proferidas no processo caberá agravo de instrumento”* (JÚNIOR, 2016, p. 19).

Assim, anteriormente, era possível a parte recorrer de todas as decisões através do manejo de agravo retido – regra - ou de instrumento – exceção – previsão que era excetuada conforme arts. 504 e 513 (BRASIL, 2016), apenas aos despachos, dos quais não era possível interposição de recurso e em relação às sentenças, onde o recurso cabível era a Apelação.

Assim, conforme explicita Eduardo Talamini (2016):

O CPC/15 alterou a diretriz antes estabelecida, de recorribilidade ampla e imediata das interlocutórias na fase de conhecimento. Em princípio, se a parte pretende impugnar uma decisão interlocutória nessa fase, deverá aguardar a prolação

da sentença, para então formular sua insurgência. Nesse sentido, em regra, as decisões interlocutórias são irrecorríveis de modo autônomo e imediato.

O novo diploma legal não contempla em sua redação a modalidade do Agravo Retido, como anteriormente exposto, e, por conseguinte, alterou o regime das preclusões, diferindo-o para momento posterior, já que agora as decisões que antes eram sujeitas a esta modalidade recursal – prevista no CPC/1973 – devem ser impugnadas em sede de preliminar no recurso de apelação ou em contrarrazões, nos termos do art. 1.009, §1º do NCPC (BRASIL, 2016).

Em relação ao Recurso de Agravo, a nova redação, artigo 1.015 do NCPC (BRASIL, 2016), prevê que:

Art. 1.015. Cabe agravo de instrumento contra as decisões interlocutórias que versarem sobre:
I - tutelas provisórias;
II - mérito do processo;
III - rejeição da alegação de convenção de arbitragem;
IV - incidente de desconsideração da personalidade jurídica;
V - rejeição do pedido de gratuidade da justiça ou acolhimento do pedido de sua revogação;
VI - exibição ou posse de documento ou coisa;
VII - exclusão de litisconsorte;
VIII - rejeição do pedido de limitação do litisconsórcio;
IX - admissão ou inadmissão de intervenção de terceiros;
X - concessão, modificação ou revogação do efeito suspensivo aos embargos à execução;
XI - redistribuição do ônus da prova nos termos do art. 373, § 1º;
XII - (VETADO);
XIII - outros casos expressamente referidos em lei.
Parágrafo único. Também caberá agravo de instrumento contra decisões interlocutórias proferidas na fase de liquidação de sentença ou de cumprimento de sentença, no processo de execução e no processo de inventário.

A opção do legislador foi utilizar-se do texto para elencar todas as hipóteses possíveis para manejo do Agravo de Instrumento, redigindo um rol taxativo para admissibilidade do recurso nos Tribunais.

Quanto à limitação imposta pelo NCPC, Humberto Theodoro Júnior (2016, p. 37 e 38) apresentou pertinente crítica, pela qual sustenta o seguinte entendimento:

Cria-se um modelo nada coerente ao se restringir a recorribilidade das interlocutórias às hipóteses expressamente previstas, no procedimento comum, e permite uma recorribilidade ilimitada das interlocutórias via agravo em determinados procedimentos/fases.

(...) O anteprojeto e o Projeto de Lei do Senado 166/2010 viriam modificar sensivelmente a disciplina do recurso de agravo de instrumento, ao estabelecer hipóteses *numerus clausus* (taxativas). E a crítica a tal proposta, naquela época inicial de tramitação, vinha embasada nos dados colacionados em pesquisa empreendida pela UFMG e UFBA, subsidiada pelo Ministério da Justiça, intitulada: “Avaliação do impacto das modificações no regime do recurso de agravo e proposta de simplificação do sistema recursal do CPC” A partir da pesquisa era possível depreender que a técnica legislativa casuística ou regulamentar, posta no anteprojeto e mantida no Senado não se adaptaria

adequadamente à hipótese, sendo mais conveniente a manutenção da cláusula geral permissiva do agravo, eis que o modelo de rol casuístico de hipóteses de cabimento não abarcaria todas as situações que evitariam a futura anulação da sentença, criando retrabalhos procedimentais que contrariam a própria premissa de máximo aproveitamento processual do projeto.

Perceba-se que a crítica exposta vai além de uma mera suposição doutrinária, isso porque o entendimento do doutrinador está baseado em pesquisa de dados, que termina por endossar sua conclusão de que seria mais conveniente manter a cláusula geral permissiva do agravo.

Ainda no que diz respeito à taxatividade do art. 1.015, leciona Daniel Amorim Neves (2016, p. 1687), que:

Num primeiro momento duvido seriamente do acerto dessa limitação e das supostas vantagens geradas ao sistema processual. A decantada desculpa de que o agravo de instrumento é o recurso responsável pelo caos vivo na maioria dos nossos tribunais de segundo grau não deve ser levada a sério. Há tribunais que funcionam e outros não, e em todos eles se julgam agravo de instrumento. Como se pode seriamente considerar que em determinados Estados da Federação as partes interponham agravos de instrumento em número significativamente maior do que em outros, fica claro que referido recurso não é culpado pela morosidade dos tribunais de segundo grau.

E ainda que assim fosse, não é possível sustentar-se o cerceamento do direito de defesa das partes com a justificativa de diminuir o trabalho dos tribunais e assim melhorar seu rendimento. Essa fórmula é flagrantemente violadora dos princípios do devido processo legal e da ampla defesa. Os tribunais de segundo grau precisam melhorar sua performance, disso não há dúvida, mas não se pode admitir que isso ocorra às custas de direitos fundamentais das partes.

É possível perceber, em que pese as críticas que pairaram quando da redação do artigo, que o legislador não optou por levá-las em consideração, já que manteve seu rol *numerus clausulus*.

Embora redigido com o intuito de reduzir o número de recursos e permitir maior celeridade processual, cumprindo por fim a duração razoável do processo, garantido ainda a efetividade da prestação jurisdicional, o art. 1.015 do NCPC, em uma análise prévia, não atinge o objetivo pretendido.

Quanto ao aspecto prático da disposição legal, é possível perceber que a taxatividade das hipóteses de cabimento do recurso de Agravo de Instrumento pode gerar efeito pernicioso ao andamento processual, em sentido contrário ao imaginado durante a tramitação do Projeto de Lei.

Como uma suposta alternativa para o embaraço causado pelo legislador, parte da doutrina tem sustentado a possibilidade da interpretação extensiva aos incisos do art. 1015 do NCPC, mesmo ante a previsão *numerus clausus*.

Neste sentido, Teresa Arruda Alvim Wambier (2016, p. 549 e 550), leciona:

A opção do legislador de 2015 vai, certamente, abrir novamente espaço para o uso do mandado de segurança contra atos do juiz. A utilização desta ação para impugnar atos do juiz, à luz do CPC de 1973, tornou-se muito rara. Mas, à luz do

novo sistema recursal, haverá hipóteses não sujeitas a agravo de instrumento, que não podem aguardar até a solução da apelação. Um bom exemplo é o da decisão que suspende o andamento do feito em 1º grau por prejudicialidade externa.

No mesmo sentido, ensina Daniel Amorim Neves (2016, p. 1688):

(...) a melhor doutrina vem defendendo uma interpretação ampliada das hipóteses de cabimento do agravo de instrumento, com utilização do raciocínio analógico para tornar recorrível por agravo de instrumento decisões interlocutórias que não estão expressamente no rol legal.

A ampliação do rol de hipóteses do Agravo de Instrumento, em que pese ser defendida por grande parte da doutrina como uma possível solução à taxatividade, pode culminar na insegurança jurídica, já que se assim considerar, o advogado jamais saberá quando deverá interpor o recurso.

Portanto, é nítido que a nova redação adotada pelo Código de Processo Civil não se adapta a todas as hipóteses práticas, criando retrabalhos que vão contra o máximo aproveitamento processual, um dos objetivos precípuos do novo Código (JÚNIOR, 2016, p. 38).

3 | ROL TAXATIVO E EFETIVIDADE DA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL

Analisando o rol taxativo sob a ótica da efetividade da prestação jurisdicional é possível identificar situações que evidenciam que a restrição das hipóteses de cabimento do Agravo de Instrumento tem pouco a contribuir para o deslinde processual de forma mais célere ou eficaz.

Fato é que ao limitar as hipóteses de cabimento do recurso de Agravo de Instrumento, o objetivo do legislador era desafogar os tribunais, que supostamente tinha o referido recurso como uma das principais causas da morosidade da tramitação processual em segunda instância, nos termos como destacado por Daniel Amorim Neves (2016, p.1691):

Essa radical modificação do sistema, apesar de manter o cabimento do agravo de instrumento em situações essenciais, não deve ser aplaudida. O agravo de instrumento vem há muito tempo sendo apontado como o grande vilão da morosidade dos tribunais de segundo grau, que, abarrotados de agravo de instrumento, não conseguem julgá-los em tempo razoável, prejudicando também o julgamento das apelações, que, sem a preferência do julgamento que têm os agravos de instrumento demoram cada vez mais pra ser julgados.

A proposição de um rol taxativo para o recurso de Agravo de Instrumento confronta com as diretrizes (NUNES, 2012, p. 41) do projeto de lei que teve como resultado o NCPC. Segundo a Exposição de Motivos do projeto, sua elaboração se orientou precipuamente por cinco objetivos:

1) estabelecer expressa e implicitamente verdadeira sintonia fina com a Constituição Federal; 2) criar condições para que o juiz possa proferir decisão de forma mais rente à realidade fática subjacente à causa; 3) simplificar, resolvendo problemas e reduzindo a complexidade de subsistemas, como, por exemplo, o recursal; 4) dar todo o rendimento possível a cada processo em si mesmo considerado; e, 5) finalmente, sendo talvez este último objetivo parcialmente alcançado pela realização daqueles mencionados antes, imprimir maior grau de organicidade ao sistema, dando-lhe, assim, mais coesão.

Isso porque a redução das hipóteses de cabimento do Agravo de Instrumento culmina em “odiosas idas e vindas processuais, com ataque frontal à garantia constitucional da duração razoável do processo”, conforme sustenta Dierle Nunes (2014), indo em confronto com o objetivo de rendimento processual constante na exposição de motivos do Projeto de Lei do NCPC, afetando ainda o resultado útil do processo.

Com o modelo constitucional de processo, o que se busca é uma atenção que vai além de meras garantias processuais, já que estas devem ir de encontro com os princípios constitucionais. Nesse sentido leciona Dierle Nunes (2012, p. 41):

Procura-se uma estruturação de um procedimento que atenda, ao mesmo tempo, ao conjunto de princípios processuais constitucionais, às exigências de efetividade normativa do ordenamento e à geração de resultados úteis, dentro de uma perspectiva procedimental de Estado Democrático de Direito.

Conforme já dito anteriormente, por óbvio que o NCPC não iria trazer solução para todos os óbices processuais, mas o que não se esperava era a supressão de direitos do jurisdicionado, já que além de todos os confrontos que a referida norma do art. 1.015 encontra, esta ainda vai contra a premissa participativa/cooperativa do projeto.

Fato indiscutível é que o *numerus clausus* (taxatividade) da norma, prejudica as partes, eis que em muitas situações faz-se necessária a contraposição à determinada decisão considerada prejudicial à parte e, inclusive, ao equilíbrio processual, todavia nada pode ser feito, por ausência de amparo legal.

Exemplos existem e a prática judicial os tem revelado em considerável quantidade, como será pontuado oportunamente.

É certo que o novo sistema recursal, quando não cabível a interposição do recurso de Agravo de Instrumento, difere a preclusão para momento posterior ao da decisão interlocutória, mais precisamente para a oportunidade da apresentação de Apelação ou Contrarrazões.

A referida solução deve ser entendida como parcialmente salutar, pois permitiu a extinção do Agravo Retiro e da seu procedimento próprio, que exigia a ratificação da interposição do recurso em sede de julgamento de Apelação, o que não raro era negligenciado pelas partes, resultando em prática de ato processual desnecessário, que apenas tinha como resultado o tumulto do processo e a ampliação do tempo de

tramitação.

Ademais, como já ressaltado, transferiu-se a preclusão de determinadas matérias, consideradas de menor relevância processual e menor urgência, para o fim do processo, não sendo admissível a devolução de matérias desse jaez para o conhecimento e manifestação dos Tribunais.

Ocorre, no entanto, que a crítica à reforma da sistemática do Agravo de Instrumento reside no fato de serem extremamente limitadas as hipóteses de cabimento, ao passo que afasta-se a efetiva prestação jurisdicional em casos nos quais seria necessária a adoção de medidas urgentes.

4 | EXEMPLOS DA NECESSÁRIA EXTENSÃO DO ROL TAXATIVO

Conforme anteriormente levantado, a prática processual aliada à doutrina tem permitido a promoção de diversos debates acerca da necessidade e possibilidade da interpretação extensiva do rol previsto no art. 1.015 do NCPC, sobretudo em busca da maior efetividade da prestação jurisdicional.

O primeiro debate que culminou no entendimento pela interpretação extensiva do rol do art. 1.015 trata do cabimento do recurso de Agravo de Instrumento em face da decisão de declínio de competência, utilizando-se do permissivo do inciso III do citado dispositivo, haja vista a previsão de cabimento em face da decisão que rejeita a alegação de cláusula de compromisso arbitral.

O entendimento favorável a esta tese funda-se na semelhança das situações, haja vista tratarem ambas as hipóteses de discussão de competência *lato sensu*. Este é o entendimento do Tribunal de Justiça de Minas Gerais no julgamento do Agravo de Instrumento nº 1.0000.16.083074-1/001.

Outras são as hipóteses que possibilitam maior discussão acerca da necessidade de extensão do cabimento do recurso de Agravo de Instrumento. Como destacado por Cruz e Tucci (2017), há matérias que não deveriam ter sua análise relegada para o momento da Apelação, sob pena de violação ao princípio da duração razoável do processo, cuja observância compete a todas as partes do processo.

Segundo o doutrinador, a inserção de mecanismos que prezem pela celeridade processual não pode acarretar prejuízo ao princípio do devido processo legal, razão pela qual advoga a tese de que

(...) é acertada a interposição de agravo de instrumento quando a matéria importar imediato exame, mesmo que não conste da enumeração tida como taxativa. Não se pode, com efeito, interpretar literalmente a aludida regra legal e deixar o procedimento fluir, depois de considerável tempo, para só então ser reexaminada, por exemplo, a arguição de ilegitimidade de parte ou de prescrição, ao ensejo do julgamento da apelação.

Outro ponto que suscita amplo debate é a inexistência de previsão de cabimento

do recurso de Agravo de Instrumento em face da decisão em matéria probatória. Nesse ponto, há que se ressaltar que tanto o deferimento quanto o indeferimento de provas pode gerar grandes controvérsias no processo a ensejar a imediata análise pelo Tribunal.

Inicialmente, pode-se citar a hipótese de indeferimento da produção de determinada prova requerida, considerada por uma das partes como essencial para a comprovação do fato constitutivo do seu direito ou para o exercício da ampla defesa. Veja-se que a fase probatória é sem dúvidas momento crucial para a formação do convencimento do magistrado e, em regra, demanda considerável tempo da marcha processual. Eventual indeferimento de prova poderá acarretar o cerceamento de defesa do jurisdicionado e, conseqüentemente, a anulação da sentença a ser proferida, fazendo o processo regredir os estágios até então calcados para retomar a produção de prova anteriormente negada à parte, o que é inteiramente contrário aos princípios da celeridade e duração razoável do processo.

A segunda hipótese, dentre muitas que poderiam ser levantadas apenas no tema concernente à produção de provas, resulta do indevido deferimento de prova pleiteada por uma das partes. Suponha-se que, intimadas para especificarem a provas que pretendem produzir, uma das partes o faz de forma intempestiva, portanto, após ter se operado a preclusão temporal sobre seu direito. O curso da marcha processual acarretará a nulidade processual, em razão da evidente ilegalidade não observada pelo julgador de primeira instância, o que também resultará na cassação da sentença e atraso na tramitação processual que deveria visar, antes de tudo, a decisão de mérito, e não decisões sobre o próprio processo.

Importante ressaltar que durante a tramitação do Projeto de Lei no Congresso Nacional, a questão probatória, inicialmente não abarcada pela sistemática do Agravo de Instrumento, foi ganhando destaque e espaço no rol taxativo do art. 1.015, como exposto por Fernando Rubin:

Aliás, se examinarmos o histórico do Projeto, desde o Senado Federal, vamos ver que a matéria probatória foi aos poucos sendo inserida nesse dispositivo que regula as hipóteses específicas em que cabe o recurso de Agravo de Instrumento: na primeira versão do Senado Federal, 166/2010, não existia nada a respeito; na versão final, 8046/2010, aparecia a previsão envolvendo “exibição de documento ou coisa”; no Relatório Barradas da Câmara Federal, além dessa primeira previsão, veio a segunda: “inverter o ônus de prova”; e, finalmente no Relatório Paulo Teixeira da Câmara Federal, são confirmadas as duas hipóteses mencionadas, sendo cogitada de uma terceira: “indeferimento de prova”.

No entanto, a redação final deixou de abarcar hipótese de cabimento relevante para a prática processual, qual seja a do indeferimento de prova, o que acarretará uma série de inconvenientes à prática processual e atentados aos princípios orientadores do NCPC, como os da celeridade e da duração razoável do processo.

Há doutrinadores que sustentam, nestes casos, como Fernando Rubin (RUBIN, 2016, p. 611 a 625), a adoção de “medida mais enérgica e célere da defesa dos seus

interesses”, afirmando, ainda, que

Será o caso de se utilizar do Mandado de Segurança, medida excepcional que pode sim se converter em importante instrumento do procurador da parte para que se evite prejuízo a direito líquido e certo do seu constituinte.

No entanto, reconhece que “corre-se o sério risco de ser resgatada a utilização em massa de mandados de segurança contra ordens arbitrárias do juízo de primeiro grau, o que seguramente trará mais demora na tramitação da causa” (RUBIN, 2016, p. 611 a 625), o que certamente implicará em prejuízo à efetividade da prestação jurisdicional.

Embora a adoção de medidas como a interposição de Mandado de Segurança ou, ainda, interpretação extensiva ao rol taxativo de cabimento de Agravo de Instrumento nitidamente amenize eventuais falhas do sistema resultantes da reforma processualista, não é ela a melhor solução para todas as hipóteses em que se afigura necessária a adoção de uma medida urgente.

Isto porque, o cabimento do recurso estaria exclusivamente atrelado ao subjetivismo do julgador, passando a ocupar posição diametralmente oposta àquela pretendida pelo legislador, a qual foi adota, em certa medida, justamente para coibir a carga de subjetivismo existente da sistemática processual do CPC/1973 (RUBIN, 2016, p. 611 a 625), que deixada ao critério do julgador a análise da existência ou não de urgência e perigo de dano.

5 | CONSIDERAÇÕES FINAIS

As alterações promovidas no sistema processual pelo Novo Código de Processo Civil, embora busquem conferir maior celeridade ao processo e sanar problemas históricos dos Tribunais, principalmente quanto ao excesso de demandas e recursos, podem, ao final, inviabilizar a execução das pretensões do legislador.

Precisamente quanto à reforma do sistema recursal, não há dúvidas que esta seja salutar à prática processual, haja vista as alterações que, entre outras, possibilitaram o arbitramento de honorários de sucumbência na esfera recursal, a consolidação dos poderes do relator, a unificação dos prazos recursais – à exceção dos Embargos de Declaração –, a extinção dos Embargos Infringentes e do Agravo Retido, tornando mais eficiente a tramitação dos recursos.

No entanto, conforme exposto no presente trabalho, não são todas as alterações promovidas no sistema processual que merecem louvores por parte da doutrina ou dos atores processuais, haja vista a implicação que estas podem ter na prática processual em confronto com os princípios orientadores da reforma processualista.

Neste contexto se insere a alteração promovida no recurso de Agravo de Instrumento, que tem gerado diversas críticas por parte da academia, que enxerga

na nova sistemática uma excessiva restrição à possibilidade de imediata rediscussão das decisões interlocutórias passíveis de gerar maiores prejuízos às partes, ainda que eminentemente processuais, além da possibilidade de desnecessária dilatação da marcha processual, caso se reconheçam nulidades processuais no momento do julgamento da Apelação.

Assim, é evidente a necessidade de maior aprofundamento do debate acerca do tema da extensão das hipóteses de cabimento do recurso de Agravo de Instrumento, sobretudo considerando-se que alterações no rol taxativo devem ser promovidas a fim de abarcar uma maior quantidade de hipóteses, visando ao alcance da promoção da maior celeridade e efetividade na prestação jurisdicional, sob pena se tornar o processo meio para discussão de questões meramente processuais a despeito da discussão do mérito.

REFERÊNCIAS

BRASIL, **Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm. Acessado em: 15 de jul. de 2017.

BRASIL, **Lei 13.105, de 16 de março de 2015**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acessado em: 15 de jul. de 2017.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. **Agravo de Instrumento nº 1.0000.16.083074-1/001**. Relator: Des. Luiz Carlos Gomes da Mata, 13ª Câmara Cível. Julgamento em: 22 de jun. de 2017, publicação da súmula em 23 de jun. de 17. Inteiro teor disponível em: <http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0000.16.083074-1%2F001&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar>. Acessado em: 25 de jul. de 2017.

DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. **Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito**. 3ª ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2015. P.206 e 207.

et al. JÚNIOR, Humberto Theodoro. **Novo CPC – Fundamentos e sistematização**. 3. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2016. P38, 39, 40 e 41.

JUNIOR, Luiz Manoel Gomes; CHUEIRI, Miriam Fecchio. Anotações sobre o Sistema Recursal no Novo Código de Processo Civil. in **Novo CPC doutrina selecionada, v.6**: Processo nos Tribunais e Meios de Impugnação às Decisões Judiciais, Org: MACEDO, Lucas Buriel de; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre, Salvador: JusPodivm, p. 405/421.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Novo código de processo civil comentado**. Salvador: Ed. Juspodivm, 2016. P.1687 e 1688.

NUNES, Dierle José Coelho. **Processo Jurisdicional Democrático**. 1ª ed. (ano 2008), 4ª reimpr./ Curitiba: Juruá, 2012. P. 41 e 42.

NUNES, Dierle; DELFINO, Lúcio. **Agravo previsto no novo CPC poderá criar idas e vindas processuais**. Revista *Conjur*, 08 de agosto de 2014. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2014-ago-08/agravo-previsto-cpc-criara-idas-vindas-processuais>. Acessado em: 10 de jul. 2017.

RUBIN, Fernando. **Cabimento do Agravo de Instrumento em Matéria Probatória: Crítica ao Texto Final do Novo CPC** (Lei nº13.105/2015, art. 1.015) in *Novo CPC doutrina selecionada, v.6*:

Processo nos Tribunais e Meios de Impugnação às Decisões Judiciais, Org: MACEDO, Lucas Buriel de; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre, Salvador: JusPodivm, p. 611/625.

TUCCI, José Rogério Cruz e. **Ampliação do cabimento do recurso de agravo de instrumento.** Revista Conjur, 18 de julho de 2017. Disponível em < <http://www.conjur.com.br/2017-jul-18/paradoxo-corte-ampliacao-cabimento-recurso-deagravo-instrumento>>. Acesso em: 24 de julho de 2017.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; Teresa Arruda Alvim. **Temas Essenciais do Novo CPC, Análise das principais alterações do sistema processual civil brasileiro, de acordo com a Lei 13.256/2016.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. P. 549 e 550.

A (DES)VINCULAÇÃO DAS RECEITAS ARRECADADAS MEDIANTE TAXAS

Ingridy Praciano Fernandes Teixeira
Guilherme Augusto Castro de Oliveira

RESUMO: Este artigo objetiva analisar a vinculação ou não dos recursos arrecadados mediante taxas pelos entes tributantes, dado a ausência de disposição expressa na Constituição Federal sobre o tema, o que tem gerado na doutrina pátria debates acerca da possibilidade de tal desvinculação, que foi mantida pela EC 93/2016, que postergou o prazo no qual 30% das receitas oriundas de taxas, contribuições sociais e contribuições de intervenção no domínio econômico são desvinculadas de qualquer fim. O artigo se dividiu em cinco partes. A primeira se dedicou ao estudo das taxas enquanto espécies tributárias, analisando princípios e classificações do Direito Tributário atinentes a elas. A segunda analisou a classificação que a doutrina faz com os tributos no que tange a vinculação do mesmo quanto a uma contraprestação estatal ou não e a outra quanto a vinculação ou não do produto da arrecadação a um fim específico. A terceira tratou das visões doutrinárias acerca do assunto, o que serviu de base para chegar à conclusão do presente trabalho. A quarta tratou da natureza jurídica das normas componentes dos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCTs), normas que foram a referência hermenêutica para

uma interpretação com a qual se chegasse a conclusão do presente estudo. A quinta analisou o dispositivo do ADCT em si e expôs algumas ferramentas hermenêuticas que foram utilizadas na interpretação do aludido dispositivo, o que se permitiu concluir que há, de forma lógica, na Constituição, a determinação da vinculação das receitas de taxas. O método de pesquisa escolhido foi o da pesquisa bibliográfica, uma vez que um dos objetivos do artigo é mostrar a falta de unanimidade sobre o tema na doutrina, uma vez que os estudiosos do assunto divergem entre si sobre a destinação das receitas oriundas de taxas. Para isso, houve uma intensa pesquisa desenvolvida a partir de materiais publicados em livros, artigos e outras fontes científicas, a fim de captar os principais pontos de vista, preferências e tendências da doutrina moderna acerca do tema.

PALAVRAS-CHAVE: Tributário. Desvinculação. Receita Tributária. Taxas.

1 | INTRODUÇÃO

Para que o Estado possa alcançar o bem comum, é necessário arrecadar recursos, e isso o Estado consegue de duas maneiras: quando explora o seu próprio patrimônio (as chamadas receitas originárias) ou quando explora o patrimônio de terceiros, os contribuintes

(Chamadas receitas derivadas). E é no âmbito das receitas derivadas que o Direito Tributário se insere. Ele regula a atuação estatal, evitando que o Estado extrapole sua competência e atente contra a dignidade da pessoa humana, a esse conjunto de normas, nominou-se limitações ao poder de tributar. O Direito Tributário também é responsável por definir as espécies tributárias, pois, ao contrário do pensamento popular, a tributação não se resume a imposto, sendo essa uma das espécies de tributos apenas. Uma outra espécie tributária é a taxa, que será objeto do presente estudo no que se refere a destinação a lhe ser dada, vale dizer, se há obrigatoriedade ou não de o ente tributante aplicar os recursos advindos de taxas apenas em determinada área ou se o administrador tem liberdade para decidir como melhor aplicar tais recursos. Não há nenhum dispositivo constitucional ou legal que ordene, pelo menos de forma expressa, a destinação ou não dos recursos arrecadados mediante de taxas, o que causa certa indecisão e até mesmo engessa o ato fiscalizatório dos tribunais de contas, pois o gestor não tem uma ordem legal de como deve despendê-los em área diversa da que deu cabimento à cobrança. Tendo isso em vista, se faz necessário um estudo que traga algum esclarecimento sobre tamanha polêmica jurídica, sendo esse o objetivo do presente artigo. Utilizou-se metodologia exploratória, por intermédio de uma abordagem qualitativa, desenvolvida através de pesquisa bibliográfica, baseada em artigos e livros da área de Direito Tributário e de Direito Constitucional.

Tentando evitar o engessamento das despesas previstas no orçamento, o Congresso Nacional, através da EC 93/2016, prorrogou a permissão para que a União utilize parte de sua arrecadação (DRU – Desvinculação das Receitas da União), ampliando o percentual de 20% para 30%, de maneira retroativa desde 1º de janeiro de 2016, estendendo-se até 31 de dezembro de 2023. Tais valores são afetados pela Constituição, vale dizer, têm destinação certa, uma vez que a maioria dos recursos arrecadados tem gasto vinculado. Tanto a DRU como DREM (Desvinculação das Receitas Estaduais e Municipais) não mudam a regra que estabelece os gastos mínimos para a educação nem a repartição das receitas tributárias previstas na Constituição Federal. Para melhor entender os aspectos relacionados às receitas de taxas, se faz mister compreender sua natureza jurídica e os princípios que as regem.

2 | DAS TAXAS COMO ESPÉCIE TRIBUTÁRIA

O Código Tributário Nacional traz, em seu art. 3º, a definição de tributo:

Art. 3º Tributo é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada. (BRASIL. Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1.966. Art. 3º, caput).

Logo, tributo é o gênero, dos quais são espécies, segundo o CTN, impostos,

taxas e contribuições de melhoria. Vê-se tal definição no artigo 5º do referido diploma legal:

Art. 5º Os tributos são impostos, taxas e contribuições de melhoria. (BRASIL. Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1.966. Art. 5º, caput).

A Constituição Federal acrescentou os empréstimos compulsórios e contribuições sociais, gerando o que a doutrina chamou de teoria quimpartite, onde, em vez de apenas três, haveria cinco espécies tributárias. Vale ressaltar que a instituição de taxas não é de competência privativa da União, antes, é de competência comum, podendo, também, os estados, Distrito Federal e municípios as instituírem.

Há normas às quais as taxas devem obediência, uma dessas normas, o CTN, traz o fato gerador das mesmas:

Art. 77. As taxas cobradas pela União, pelos Estados, pelo Distrito Federal ou pelos Municípios, no âmbito de suas respectivas atribuições, têm como fato gerador o exercício regular do poder de polícia, ou a utilização, efetiva ou potencial, de serviço público específico e divisível, prestado ao contribuinte ou posto à sua disposição. (BRASIL. Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1.966. Art. 77, caput).

Ou seja, para a cobrança das taxas, o ente tributante deve ou prestar serviço específico e divisível ou pô-lo a disposição do contribuinte, ou exercer o poder de polícia. Outra norma atinente às taxas é sobre a composição de sua base de cálculo. A CF/88 veda que as taxas tenham base de cálculo própria de impostos. A razão disso é que os impostos tributam a riqueza dos contribuintes e, por conseguinte, a determinação de sua base de cálculo refletirá isso. Como as taxas têm como premissa a prestação de um serviço, a sua cobrança deve se basear somente nos dispêndios necessários para prestá-lo e isso se deve ao fato de que o Estado não presta serviços visando lucro, mas visando a promoção do bem comum. O princípio da equivalência veda, justamente, a cobrança desarrazoada no que se refere aos valores das taxas, que devem ser compatíveis com o dispêndio realizado para que se possa prestá-los. Obviamente que a exatidão matemática é difícilíssima, se não impossível, mas deve-se, com base na razoabilidade, tentar alcançá-la.

3 | TRIBUTOS VINCULADOS X TRIBUTOS DE RECEITA VINCULADA

Outra distinção feita pela doutrina é quanto a vinculação do tributo no que atine à possibilidade de sua cobrança. Os chamados tributos vinculados são assim chamados pois sua cobrança é vinculada à uma atuação estatal, por isso se diz que o fato gerador de tal tributo é um fato do Estado, pois é uma ação estatal (ou mesmo uma consequência dessa) que legitima a cobrança de tal tributo. Como exemplo, pode se citar a contribuição de melhoria e os empréstimos compulsórios. Por outro lado, os tributos não vinculados, cujos fatos são chamados de fato do contribuinte, não

exigem qualquer ação estatal, bastando o contribuinte executar a conduta prevista na lei (princípio da legalidade) para que o ente possa tributá-lo. Ou seja, tal classificação leva em conta a atuação ou não do ente tributante para que o mesmo possa realizar a cobrança do tributo.

ALEXANDRE (2010, p. 99,100), leciona que:

“São vinculados os tributos cujo fato gerador seja um “fato do Estado”, de forma que, para justificar a cobrança, o sujeito ativo precisa realizar uma atividade específica relativa ao sujeito passivo. São vinculadas, portanto, as taxas e contribuições de melhoria.

(...)

São não vinculados os tributos que têm por fato gerador um “fato do contribuinte”, não sendo necessário que o estado desempenhe qualquer atividade específica voltada para o sujeito passivo para legitimar a cobrança.”

Uma outra classificação leva em conta a destinação dos recursos arrecadados. Há tributos cuja sua arrecadação não tem destinação alguma sequer, podendo o gestor despende-los onde achar necessário. Exemplo clássico dessa espécie são os impostos, que, por previsão constitucional, têm suas receitas desafetadas.

Art. 167. São vedados:

(...)

IV - a vinculação de receita de impostos a órgão, fundo ou despesa, ressalvadas a repartição do produto da arrecadação dos impostos a que se referem os arts. 158 e 159, a destinação de recursos para as ações e serviços públicos de saúde, para manutenção e desenvolvimento do ensino e para realização de atividades da administração tributária, como determinado, respectivamente, pelos arts. 198, § 2º, 212 e 37, XXII, e a prestação de garantias às operações de crédito por antecipação de receita, previstas no art. 165, § 8º, bem como o disposto no § 4º deste artigo (BRASIL. Constituição Federal, de 5 de outubro de 1.988. Art. 167, caput; IV).

Nesse caso, se está diante de um tributo de receita não vinculada. No outro extremo, há os tributos cuja receita é destinada a um fim específico, os tributos de receita vinculada. Exemplo desses são os emolumentos e custas judiciais, também previstos pela CF/88:

Art. 98. A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão:

(...)

§ 2º As custas e emolumentos serão destinados exclusivamente ao custeio dos serviços afetos às atividades específicas da Justiça. (BRASIL. Constituição Federal, de 5 de outubro de 1.988. Art. 98, caput; § 2º).

A Constituição define alguns tributos que terão sua receita vinculada a um fim específico. Além dos supracitados, determina que os empréstimos compulsórios, o imposto extraordinário de guerra e também as contribuições sociais devem ter seus recursos aplicados nas causas que lhe deram origem. O CTN determina que as contribuições de melhoria também devem ter seus recursos aplicados em um fim

específico:

Art. 81. A contribuição de melhoria cobrada pela União, pelos Estados, pelo Distrito Federal ou pelos Municípios, no âmbito de suas respectivas atribuições, é instituída para fazer face ao custo de obras públicas de que decorra valorização imobiliária, tendo como limite total a despesa realizada e como limite individual o acréscimo de valor que da obra resultar para cada imóvel beneficiado. (BRASIL. Lei 5.172, de 25 de outubro de 1.966. Art. 81, caput).

ALEXANDRE (2010, p. 100), esclarece:

“O primeiro ponto importante é não confundir esta classificação com a anterior (quanto ao fato gerador). Lá, o divisor de águas é se a situação definida em lei como necessária e suficiente para o surgimento da obrigação de pagar tributo é uma atividade do Estado ou um fato do contribuinte. Aqui, a preocupação é com a liberdade que o Estado possui para definir a aplicação do produto da arrecadação.”

Em suma, quando se fala em tributo vinculado, está-se diante de um tributo cuja cobrança pressupõe uma atuação estatal, que será o pressuposto fático da cobrança do referido tributo, e quando se fala em tributo de receita vinculada, está-se diante de um tributo cujos recursos arrecadados têm uma destinação específica definida pela CF ou pela lei, o que engessa a atuação do gestor público. Embora haja exceções, o natural é que o tributo vinculado seja um tributo de receita vinculada e o tributo não vinculado seja um tributo de receita não vinculada.

No Brasil, grande parte da receita pública é instituída com destinação previamente estabelecida, normalmente fixada em lei, ou na própria Constituição. Isso significa dizer que uma parcela expressiva da receita pública não pode ser livremente programada, já que sua utilização já está determinada. O que acontece é que, diante de certas crises de carência de recursos, semelhante a atual, e em razão da ilimitada demanda social por bens e serviços públicos, o Estado tem procurado, através de dispositivos mais recentes, continuar privilegiando determinados gastos tais como saúde, educação e segurança, mas também dispor desses recursos para custear outros gastos que, por não possuírem receitas vinculadas, se encontram carentes de recursos.

4 | EMBATE DOUTRINÁRIO SOBRE A DESTINAÇÃO DA RECEITA ORIUNDA DAS TAXAS

A experiência brasileira tem mostrado que a vinculação das receitas não significa uma melhoria na gestão dos gastos públicos, muito pelo contrário, o que se vê nos noticiários são casos e mais casos de corrupção. O que se tem notado é que, muitas vezes, os entes públicos gastam os recursos simplesmente porque têm a obrigação legal ou constitucional de destinar a receita para aquela determinada área, causando a má aplicação do dinheiro público. Observa-se, de uma forma geral, que a vinculação das receitas gera diversas dificuldades para a gestão das finanças

públicas. Isso porque essa atitude do parlamento em destinar previamente os recursos demonstra, ainda que mínima, a preocupação e desconfiança do legislador presente em relação aos governantes futuros. A vinculação também amarra os gastos de hoje às prioridades do passado. Isso apresenta um prejuízo para as necessidades que se apresentam em cada época. Ela causa também o automatismo do gasto, como já foi dito anteriormente, em que os gastos são muitas vezes realizados mesmo quando já não se encontram alinhados com as prioridades e estratégias do governo. E além de todo o exposto, a baixa elasticidade da despesa vinculada faz com que, mesmo que não seja arrecadado o suficiente para a despesa vinculada, essas despesas nem sempre são reduzidas, e são pagas de qualquer maneira, nem que para isso os recursos venham de outras fontes, ampliando o gasto não discricionário do governo. Nomes como Ricardo Alexandre e Roberval da Rocha tem-se mostrado a favor da desvinculação das receitas das taxas. Segundo ALEXANDRE (2010; p.101):

“As taxas e contribuições de melhoria são tributos de arrecadação não vinculada, salvo as custas e emolumentos (taxas judiciárias, segundo o STF), uma vez que a EC 45/2004 introduziu um §2º. Ao art. 98 da CF/1988 estipulando que “as custas e emolumentos serão destinados exclusivamente ao custeio dos serviços afetos às atividades específicas da Justiça. ”

DE SOUZA (2017, n.p) afirma que:

“Fica claro, portanto, através do que prescreve o texto constitucional, bem como das conclusões doutrinárias e jurisprudenciais, que não existe vinculação da receita arrecadada com taxas, podendo o Estado empregá-la segundo a sua decisão política baseada nas carências e nas necessidades mais prementes dos cidadãos. ”

Defende o autor que, em virtude de ausência de dispositivo expreso ordenando a vinculação, o Constituinte teve a intenção de não afetar as receitas de taxas. Defende ainda que o fato de fazer a ressalva quanto às taxas judiciárias, que têm receita vinculada, demonstraria a intenção de deixar o restante com suas receitas desvinculadas.

Tem a mesma posição ROCHA (2015, p.75):

“A função econômica precípua das taxas é cobrir razoavelmente os custos pela manutenção dos serviços a ela efeitos. É um instrumento de custeio, em geral parcial, de certas despesas públicas, que o legislador visa repartir entre a universalidade de cidadãos e aqueles que obtêm certas prestações de serviços públicos.

Essa repartição do custo do serviço é o que fundamenta essa espécie tributária. É ideal que os valores arrecadados pelas taxas sejam utilizados na manutenção dos serviços a que ela se refere, entretanto, como se trata, via de regra, de uma espécie tributária de arrecadação não vinculada – ou seja: a utilização do produto de sua arrecadação é discricionária para o Poder Executivo -, nada impede que os recursos sejam utilizados em outras contas orçamentárias. ”

No entanto, outra parte da doutrina defende a ideia da vinculação das receitas arrecadas mediante taxa, é dizer: parte da doutrina defende que as taxas são tributos de receita vinculada.

SABBAG (2013, p.411):

“Diversamente da previsão constante da Constituição Federal de 1967 (§2º, art. 62), que determinava a não afetação a todos os tributos, o texto constitucional hodierno atrelou o postulado, de índole orçamentária, a impostos, e não a “tributos”. Daí se afirmar que a afetação compõe o desenho legislativo das demais figuras tributárias, a saber, da taxa, da contribuição de melhoria, do empréstimo compulsório e das contribuições (das CIDEs, das contribuições corporativas e das sociais).”

O ponto de vista de SCHOUERI (2012) é semelhante, defende a ideia de que a receitas de taxas são afetadas, ou seja, são vinculadas ao serviço público específico ou ao poder de polícia.

CARRAZA (2012, p.626) defende que:

“Além disso, na medida em que o pagamento das taxas está vinculado à prestação de um dado serviço público ou à prática de um determinado ato de polícia, elas devem estar voltadas a seu custeio, e não de outros serviços ou atos de polícia, que não alcançam o contribuinte (ou que a ele não estão disponibilizados, no caso dos serviços públicos).”

Ainda defendendo a vinculação das receitas de taxas, PAULSEN (2013, p.38) escreve:

“As taxas, diferentemente dos impostos, são tributos com finalidade específica a determinar o destino do seu produto. Não se lhes aplica o art. 167, IV, da CF; pelo contrário, a destinação ao custeio da atividade que lhe enseja a cobrança é essencial, podendo estar explicitamente determinada na lei instituidora. Ainda que não haja a vinculação expressa do produto da arrecadação, será ela presumida. O que não se pode admitir, pois revelaria a extrapolação da norma constitucional de competência, é a determinação legal de aplicação em outra atividade ou em benefício de terceiros.”

Vê-se, portanto, que não há unanimidade no meio jurídico quanto à destinação dos recursos advindos de taxas.

5 | NATUREZA JURÍDICA DOS ADCTs

Os Atos das Disposições Constitucionais Transitórias correspondem a determinadas normas de eficácia, em tese, temporária, perdendo sua vigência caso sobrevenha norma que o regule o assunto em questão. Exemplo disso seria a licença paternidade que, até que lei venha regular o art. 7º, XIX, os ADCTs, em seu art. 10, § 1º, determina que terá duração de cinco dias. Já é consenso que os ADCTs possuem status constitucional, até porque, para serem alterados, é necessária uma emenda constitucional, não podendo atos infraconstitucionais confrontá-los, é dizer, tais atos

podem sofrer controle de constitucionalidade caso venham a contradizer algum dispositivo dos ADCTs.

BULOS (2011, p. 1632) leciona:

“As disposições transitórias possuem natureza jurídica de normas constitucionais de eficácia exaurida e aplicabilidade esgotada, porque:

- ao exercer o seu papel, não se sujeita a termo ou condição proveniente de manifestação legislativa (salvo no Brasil, onde temos o exemplo teratológico do art. 90, §1º, acrescentado pela EC n. 42/2013);
- esgotam a duração temporária prevista para realizar seus fins, quer pela concreção dos benefícios ou direitos que nela se continham, quer por meio do decurso dos prazos constitucionais estabelecidos; e
- cumprem a condição de normas receptoras, nada mais tendo para receber.

Em suma, as disposições transitórias incidem sobre ato ou fato sócio-constitucional relevante e, após cumprirem seu desiderato, extinguem-se no tempo e no espaço.

Também leciona sobre o status dos ADCTs, HORTA (1999, p.291-292):

“O Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição da República, em linha contrária à das Constituições fundadoras de regimes e transformadoras do Estado e da Sociedade caracterizam-se pela abundância de sua matéria. Os setenta artigos das Disposições Transitórias correspondem a uma Constituição breve. ”

Sabendo-se da força constitucional dos ADCTs possuem, será analisado o teor da EC 93/2016, que prorrogou o prazo e elevou o percentual da Desvinculação das Receitas da União (DRU). Vale dizer que a DRU está presente na CF desde 1994, tendo sido objeto de várias prorrogações desde então. E, por estar presente nos ADCTs, mostra a intenção do constituinte derivado em deixar implícito que as taxas têm destinação vinculada, tendo em vista que, como visto, os ADCTs têm eficácia temporária e, tão logo tal prazo decorra, torna-se ao estado anterior, é dizer: o percentual desvinculado volta a ser vinculado. Portanto, se por um lado o legislador reconhece a necessidade transitória da desvinculação, por outro, se mostra receoso em fazê-lo integral ou permanente, visto que essas duas possibilidades, ao se aumentar a discricionariedade do uso destes recursos pelos futuros gestores públicos, poderiam abrir margem a ingerências inconvenientes e irresponsáveis que afetariam negativamente a máquina estatal.

6 I A QUESTÃO HERMENÊUTICA ENVOLVENDO A EC N. 93/2016

O mecanismo da DRU (desvinculação das receitas da união) foi criado em 1994, pela EC n. 01, durante a implementação do Plano Real com o nome de Fundo Social de

Emergência (FSE), e, após sua criação, tem sido dilatado seu prazo de duração, tendo a sua última prorrogação ocorrida com a EC n.93/ 2016. Essa última emenda, além de ampliar o prazo da DRU para 31 de dezembro de 2023, também ampliou o percentual de destinação de 20% para 30% e estendeu essa possibilidade para estados, DF e municípios. O dispositivo que trata da desvinculação, cita, além das contribuições sociais e das CIDEs (Contribuições de Intervenção no Domínio Econômico), as taxas. Isso significa que, até 2023, o poder público pode alocar para os mais diversos fins 30% das receitas das taxas, de forma temporária, visto que se trata de disposição transitória. Infere-se, então, que os 70% restantes estariam vinculados.

A Hermenêutica jurídica traz em seu escopo teórico e doutrinário os principais mecanismos de interpretação a que estão sujeitas as normas de direito; objetivando facilitar a aplicação dessas normas aos mais diversos casos concretos, dirimindo possíveis antinomias ou lacunas dentro do sistema. Dentre os diversos tipos de interpretação quanto à natureza (gramatical, lógica, histórica, sistemática etc), temos na interpretação lógica uma ferramenta fundamental para conhecer a *Mens Legislatoris*, ou seja, o real propósito do legislador ao criar aquele determinado dispositivo.

Na lição de FRANÇA (2014, p. 24):

“A interpretação lógica é aquela que se leva a efeito mediante a perquirição do sentido das diversas locuções e orações do texto legal, bem assim através do estabelecimento da conexão entre os mesmos. Supõe quase sempre a posse dos meios fornecidos pela interpretação gramatical. ”

E é realizando a interpretação lógica do dispositivo em questão que se pode chegar à resolução da questão sobre a destinação das receitas de taxas. Diz o dispositivo:

Art. 76-A. São desvinculados de órgão, fundo ou despesa, até 31 de dezembro de 2023, 30% (trinta por cento) das receitas dos Estados e do Distrito Federal relativas a impostos, taxas e multas, já instituídos ou que vierem a ser criados até a referida data, seus adicionais e respectivos acréscimos legais, e outras receitas correntes. (BRASIL. Constituição Federal, de 5 de outubro de 1.988. Art. 76-A, caput; ADCT).

Ao ler o dispositivo, vê-se que a *Mens Legislatoris* do Constituinte Derivado foi desvincular receitas que, originalmente, são vinculadas. Basta perceber que, se houve desvinculação de 30%, os outros 70% permanecerão inertes, ou seja, vinculados. Frise-se também a análise pela questão temporal, vale dizer, o que acontecerá com os 30%, se não houver outra prorrogação, no dia 1º de janeiro de 2024. Claro está que, se o dispositivo em questão perderá sua eficácia, obviamente deixará de ocorrer o que ele preceitua, e como não há meio termo entre ser vinculado ou desvinculado (algo ou é vinculado ou não o é, sendo, portanto, desvinculado) só resta concluir que tais receitas voltarão a vincular-se a um determinado gasto.

7 | CONSIDERAÇÕES FINAIS

Embora não seja assunto recorrente na doutrina e não seja objeto de grandes litígios nos tribunais, a destinação das receitas oriundas de taxas tem sua importância, tendo em vista que influencia diretamente em uma boa ou má gestão dos recursos públicos, o que acaba implicando indiretamente nas prestações de contas perante os Tribunais de Contas, tanto mais em uma época onde a população vem se interessando mais por assuntos pertinentes à Gestão Pública acompanhada de um tempo onde a transparência passa a ser obrigatoriedade dos entes públicos, vide a lei complementar 131, Lei da Transparência. Atualmente, é difícil encontrar alguma opinião até mesmo nas redes sociais que não tenham viés político.

Portanto, analisando a doutrina pertinente ao assunto e realizando interpretação lógica do art. 76-A dos ADCTs, que já se sabe que têm força constitucional, pôde se depreender que as taxas são tributos de arrecadação vinculada, ou seja, o recurso advindo das taxas deve ser gasto com o serviço que lhe serviu de motivo para a cobrança, o que faz com que o gestor não tenha discricionariedade com tais recursos, devendo, portanto, ser responsabilizado por gastos que diverjam do já estabelecido.

REFERÊNCIAS

ALEXANDRE, Ricardo. **Direito Tributário Esquematizado**. 4 Ed. São Paulo. Método. 2010

BRASIL. Constituição Federal, de 5 de outubro de 1988. Diário Oficial da União, Poder Executivo, Brasília, DF. Seção 1. p. 1

BRASIL. Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966. Diário Oficial da União, Poder Executivo, Brasília, DF. Seção 1. p.12.541.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 6 Ed. São Paulo. Saraiva. 2011

CARRAZZA, Roque Antônio. **Curso de Direito Constitucional Tributário**. 28 Ed. São Paulo-SP. Malheiros Editores LTDA. 2014

Desvinculação da receita arrecadada pelas taxas do DETRAN. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,desvinculacao-da-receita-arrecadada-pelas-taxas-do-detran,588661.html>

Acesso em 2 Mai. 2018.

Entendendo a Desvinculação de Receitas de Estados e Municípios (DREM). Disponível em: <http://www.gestaopublica.com.br/blog-gestao-publica/entendendo-a-desvinculacao-de-receitas-de-estados-e-municipios-drem.html>> Acesso em 28 Abr. 2018.

ADCT: função e interpretações práticas. Disponível em: http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9457> Acesso em 2 Mai. 2018.

FRANÇA, R. Limongi. **Hermenêutica Jurídica**. 12 Ed. São Paulo. Revista dos Tribunais LTDA. 2014

HORTA, Raul Machado. **Direito Constitucional**. 2 Ed. Belo Horizonte. Del Rey. 1999

ROCHA, Roberval. **Direito Tributário**. 2 Ed. Salvador. JusPodivm. 2015

PAULSEN, Leandro. **Direito Tributário Constituição e Código Tributário à luz da doutrina e da jurisprudência**. 15 Ed. Porto Alegre. Livraria do Advogado. 2013

SABBAG, Eduardo. **Manual de Direito Tributário**. 5 Ed. São Paulo. Saraiva. 2013

SCHOUERI, Luís Eduardo. **Direito Tributário**. 2 Ed. São Paulo. Saraiva. 2012

NOVOS PARADIGMAS DA DECRETAÇÃO DA INDISPONIBILIDADE DE BENS NA AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Otávio Augusto Vieira Bomtempo

Fundação Escola do Ministério Público do Estado
do Paraná (FEMPAR)
Curitiba/PR

RESUMO: Em 02 de junho de 1992, a Lei Federal nº 8.429/92 foi introduzida no ordenamento jurídico pátrio, preconizando, em seu artigo 7º, que, quando o ato de improbidade administrativa causar lesão ao patrimônio público ou ensejar enriquecimento ilícito, será cabível a indisponibilidade de bens do agente com o fim de assegurar o integral ressarcimento do dano ou de recuperar o acréscimo patrimonial indevido. Entretanto, o Superior Tribunal de Justiça vem modificando o entendimento acerca da aplicação do mencionado artigo 7º. Deste modo, a presente pesquisa, pautada em olhares doutrinários e jurisprudenciais, sobretudo nas recentes decisões do Tribunal Cidadão, objetiva a discutir as novas diretrizes para a decretação da indisponibilidade de bens, no âmbito da Ação de Improbidade Administrativa, que, superando os clássicos paradigmas do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, podem ser considerados revolucionários instrumentos de defesa do patrimônio público.

PALAVRAS-CHAVE: Indisponibilidade de bens. Lei de Improbidade Administrativa. STJ.

Patrimônio Público.

ABSTRACT: On June 2, 1992, Federal Law 8,429/92 was introduced into the national legal order, recommending in its article 7 that, when the act of administrative impropriety causes injury to the public patrimony or causes illicit enrichment, unavailability Patrimonial of the agent in order to ensure full compensation for the damage or to recover the improper equity increase. Meanwhile, the Superior Court of Justice has been modifying the understanding about the application of the aforementioned article 7. Thus, the present research, based on doctrinal and jurisprudential views, especially in the recent decisions of the Citizen Court, aims to discuss the new guidelines for the decree of patrimonial unavailability, within the ambit of the Administrative Improbity Action, which, surpassing the classic paradigms of *fumus boni iuris* and *periculum in mora*, can be considered revolutionary instruments of defense of the public patrimony.

KEYWORDS: Patrimonial unavailability. Law of Administrative Improbity. STJ. Public Patrimony.

1 | INTRODUÇÃO

Com o advento da promulgação da Constituição Cidadã, em outubro de 1988,

consagrando o marco teórico do Neoconstitucionalismo, o texto magno, em seu artigo 37, *caput*, e § 4º, inovou ao instituir o princípio da probidade administrativa, determinando que a Administração Pública obedeceria aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e, posteriormente, eficiência, que, dentre outros mandamentos valorativos, passaram a reger a jovem democracia brasileira.

Desta feita, em 02 de junho de 1992, a Lei Federal nº 8.429/92 foi introduzida no ordenamento jurídico pátrio, preconizando, em seu artigo 7º, que, quando o ato de improbidade administrativa causar lesão ao patrimônio público ou ensejar enriquecimento ilícito, será cabível a indisponibilidade de bens do agente com o fim de assegurar o integral ressarcimento do dano ou de recuperar o acréscimo patrimonial indevido. Entretanto, o Superior Tribunal de Justiça vem modificando o entendimento acerca da aplicação do mencionado artigo 7º.

Neste momento ímpar da história da sociedade brasileira, em que diversas mazelas do Poder Público são evidenciadas pela mídia, torna-se oportuna a análise de algumas questões acerca da Lei de Improbidade Administrativa: 1 - Para se proceder à decretação de indisponibilidade de bens do agente, ainda haveria a necessidade de se demonstrar sua efetiva dilapidação patrimonial? 2 - O titular da ação teria, necessariamente, que individualizar os bens do agente logo na exordial? 3 - A indisponibilidade poderia recair sobre os bens adquiridos antes e depois dos fatos descritos na inicial, bem como sobre os bens de família? 4 - Além disso, também poderia incidir nos casos de mera violação aos princípios da Administração Pública?

Desta forma, constitui objetivo geral desta pesquisa: a verificação dos novos paradigmas acerca da decretação de indisponibilidade de bens no âmbito da ação de Improbidade Administrativa, segundo os recentes entendimentos do Superior Tribunal de Justiça.

Diante do tema proposto, busca-se vislumbrar a consagração do movimento neoconstitucionalista, no ordenamento jurídico pátrio, e identificar os fundamentos da Lei de Improbidade Administrativa (Lei n.º 8.429/92), como instrumento de tutela ao governo honesto, tido como direito fundamental de terceira dimensão.

Nesta seara, faz-se mister a comparação entre os clássicos requisitos ensejadores da medida de indisponibilidade de bens, à luz do *codex* processual civil, e o novo modo de interpretá-los, segundo a visão do Superior Tribunal de Justiça, destacando-se os seguintes aspectos: a necessidade de se demonstrar a efetiva dilapidação patrimonial; a necessidade de se individualizar os bens do agente; em quais bens pode recair a indisponibilidade e a sua aplicabilidade aos casos de mera violação de princípios.

Com o intuito de alcançar os objetivos propostos pela investigação científica, a pesquisa teórica será desenvolvida com a utilização do método dedutivo-bibliográfico, efetuando análises e verificações acerca do direito fundamental à probidade administrativa e ao governo honesto. Ademais, basear-se-á em materiais constantes de livros, periódicos e doutrinas próprias à dogmática jurídica, além da análise de julgados pelos tribunais superiores, notadamente pelo Superior Tribunal de Justiça.

Deste modo, a presente pesquisa, pautada em olhares doutrinários e jurisprudenciais, sobretudo nas recentes decisões do Tribunal Cidadão, objetiva a discutir as novas diretrizes para a decretação da indisponibilidade de bens, no âmbito da Ação de Improbidade Administrativa, que, superando os clássicos paradigmas do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, podem ser considerados revolucionários instrumentos de defesa do patrimônio público.

2 | O DIREITO FUNDAMENTAL AO GOVERNO HONESTO

Em 05 de outubro de 1988, com o advento da redemocratização brasileira, após os conturbados anos de chumbo, a “Constituição Cidadã” foi promulgada, inaugurando uma nova ordem jurídica, pautada na construção de uma sociedade livre, justa e solidária, reafirmando diversos direitos, até então cerceados pela Ditadura Militar.

Vislumbra-se, logo no preâmbulo da Carta Maior, a instituição de um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça.

No entanto, para que o Estado Democrático deixasse de ser apenas um ideal utópico e se convertesse na expressão concreta de uma ordem social justa, seria necessária uma organização flexível, que assegurasse a permanente supremacia da vontade popular, buscando-se a preservação da igualdade de possibilidades, com liberdade (DALLARI, 2016).

Deste modo, o Brasil, como Estado Democrático de Direito, com a positivação da Lei Maior de 1988, deixou seu texto de ter um caráter meramente retórico e passou à valoração dos princípios, marcando a passagem do Positivismo para o Pós-Positivismo ou Neoconstitucionalismo.

Neste momento, o Poder Judiciário assumiu a figura central no ordenamento jurídico pátrio, que passou a adquirir densidade normativa ante as atuais tendências do Direito Constitucional contemporâneo. Neste contexto verifica-se a “Constituição como valor em si”, possibilitando um maior exercício quanto à defesa e à efetivação dos direitos fundamentais.

Ingo Sarlet (2001, p. 82) define os direitos fundamentais como:

[...] todas aquelas posições jurídicas concernentes às pessoas, que, do ponto de vista do direito constitucional positivo, foram, por seu conteúdo e importância (fundamentalidade em sentido material), integradas ao texto da Constituição e, portanto, retiradas da esfera de disponibilidade dos poderes constituídos (fundamentalidade formal), 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 (aqui considerada a abertura material da Constituição).

Frutos do pensamento liberal-burguês do século XVIII, os direitos fundamentais, em sua primeira dimensão, marcaram a passagem de um Estado autoritário para

um Estado de Direito, com a consagração das liberdades individuais, baseadas na abstenção estatal na vida privada.

Entretanto, como consequência da Revolução Industrial e do capitalismo excludente, já no início do século XX, houve um forte aumento das desigualdades sociais e das péssimas condições de trabalho na Europa. Neste cenário, surgiram os chamados direitos fundamentais de segunda dimensão, baseados em ideais de igualdade substancial.

Desta forma, os direitos sociais, culturais e econômicos passaram a exigir, a partir de uma reflexão antiliberal, uma maior atuação do Estado do Bem Comum. De acordo com Paulo Bonavides:

O Estado social é enfim Estado produtor de igualdade fática. Trata-se de um conceito que deve iluminar sempre toda hermenêutica constitucional, em se tratando de estabelecer equivalência de direitos. Obriga o Estado, se for o caso a prestações positivas; a promover meios, se necessários, para concretizar comando normativos de isonomia (BONAVIDES, 2003, p. 343).

Posteriormente, com o advento do Neoconstitucionalismo e dos ideais neokantistas, verifica-se o surgimento dos chamados direitos fundamentais de terceira dimensão, que são os direitos de solidariedade ou de fraternidade.

Para Pedro Lenza (2018, p. 1176) “os direitos da 3.^a dimensão são direitos transindividuais, isto é, direitos que vão além dos interesses do indivíduo; pois são concernentes à proteção do gênero humano, com altíssimo teor de humanismo e universalidade”.

O que caracteriza os interesses transindividuais é o fato de não se enquadrarem nas categorias tradicionais de interesse público e privado, pois pertencem a um grupo, categoria, ou classe de pessoas que mantêm entre si um vínculo jurídico ou fático, podendo ser objeto de tutela coletiva (MAZZILLI, 2010).

Nesses casos, segundo Norberto Bobbio (1992, p. 11), “o ser humano é inserido em uma coletividade e passa a ter direitos de solidariedade ou fraternidade”.

Dentre os direitos fundamentais de terceira dimensão destacam-se: o direito ao desenvolvimento, ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, à propriedade sobre o patrimônio público e histórico, à comunicação, à proteção da relação de consumo, à proteção da probidade administrativa e o direito fundamental ao governo honesto.

O direito fundamental ao governo honesto pode ser extraído do princípio republicano, do princípio da cidadania e do princípio da dignidade da pessoa humana, logo no artigo 1º da Carta Maior (PLATES, 2011).

Tal direito, segundo o disposto no artigo 81 do Código de Defesa do Consumidor, tem natureza difusa por não haver titular identificado e por conter um objeto indivisível, decorrente de uma circunstância de fato, pertencendo, pois, à coletividade como um todo.

Nessa linha de raciocínio, o Ministro Celso de Mello assim o descreveu:

Sabemos todos que o cidadão tem o direito de exigir que o Estado seja dirigido por administradores íntegros, por legisladores probos e por juízes incorruptíveis, que desempenhem as suas funções com total respeito aos postulados ético-jurídicos que condicionam o exercício legítimo da atividade pública. O direito ao governo honesto – nunca é demasiado reconhecê-lo - traduz uma prerrogativa insuprimível da cidadania (BRASIL, 2008).

O direito fundamental ao governo honesto vinha sendo tratado como direito subjetivo, mas deve ser encarado como um interesse juridicamente protegido, passível de ser exigido em juízo, tanto individual quanto coletivamente, por meio das tutelas coletivas.

A respeito, Martins Júnior discorre, *ipsis verbis*:

A natureza difusa do direito à moralidade administrativa e a sua transindividualidade. Por dimensão estrutural, a moralidade administrativa é um valor socialmente difundido e, por isso, pertence a toda a coletividade, indivisível e indeterminadamente, integrando o patrimônio social, como pondera Lúcia Valle Figueiredo, garantindo o direito subjetivo público a uma Administração Pública honesta, pois, na medida em que se estabelece e se desenvolve, impõe limites e apresenta redutores à discricionariedade administrativa, ao desvio de poder, à desonestidade, à deslealdade, implantando uma rede de proteção ética destinada à sublimação das regras de boa administração. [...] A proteção jurídica brasileira dos direitos e interesses metaindividuais abrange a tutela da moralidade e da probidade administrativas. A moralidade administrativa é considerada interesse difuso por excelência, cujo titular é a coletividade. A probidade, dever decorrente da moralidade, segue a mesma natureza (indivisibilidade e indisponibilidade) e tem a mesma titularidade (MARTINS JÚNIOR, 2006, p. 91-94).

Nestes termos, o Neoconstitucionalismo veio traduzir as ideias de positivação e concretização de um catálogo de direitos fundamentais, onipresença dos princípios e das regras, inovações hermenêuticas, densificação da força normativa do Estado e desenvolvimento da justiça distributiva (AGRA, 2008).

Assim, com a inauguração da nova ordem jurídica brasileira, buscou-se superar o caráter meramente retórico da Constituição, por meio do desenvolvimento de instrumentos para a efetiva concretização de seus preceitos, segundo um modelo axiológico em que o Direito passaria a ser norma e valor.

Nessa sorte, os princípios não devem ser encarados como meras recomendações. São, pois, comandos normativos e representam prescrições de ordem fundamental, necessárias à própria existência válida da norma jurídica.

Tendo em vista a importante lição de Celso Antônio Bandeira de Mello (2014, p. 818), “violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos”.

Deste modo, foi reconhecida a premissa da primazia do ser humano para o universo jurídico, com base nas ideias de Kant (2004, p. 52) segundo o qual “o homem deve ser considerado como um fim em si mesmo”, fonte teórica para o princípio da

dignidade da pessoa humana, núcleo rígido contido em todos os direitos fundamentais.

Neste sentir, Daniel Sarmento (2003) afirma que os direitos fundamentais, ao lado de sua configuração subjetiva, possuem uma dimensão objetiva que deve refletir os valores fundamentais da ordem jurídica, irradiando seus efeitos sobre toda ela.

A respeito da “eficácia irradiante” dos direitos fundamentais, discorre:

A dimensão objetiva dos direitos fundamentais liga-se ao reconhecimento de que tais direitos, além de imporem certas prestações aos poderes estatais, consagram também os valores mais importantes em uma comunidade política, constituindo, como afirmou Konrad Hesse, “as bases da ordem jurídica da coletividade”. Nessa linha, quando se afirma a existência desta dimensão objetiva pretende-se, como registrou Vieira de Andrade, “fazer ver que os direitos fundamentais não podem ser pensados apenas do ponto de vista dos indivíduos, enquanto faculdades ou poderes de que estes são titulares, antes valem juridicamente também do ponto de vista da comunidade, como valores ou fins que esta se propõe a prosseguir (SARMENTO, 2003, p. 253-254).

Deste modo, a “eficácia irradiante” dos direitos fundamentais permite ao Poder Legislativo elaborar a lei, à Administração Pública governar e ao Poder Judiciário resolver os conflitos, buscando consagrar os ditames da dignidade da pessoa humana, da igualdade substantiva e da justiça social.

3 | A CLÁSSICA INDISPONIBILIDADE DE BENS

Paralelamente às bases axiológicas de onde se extrai o direito ao governo honesto, a Carta de Outubro, em seu artigo 37, *caput* e § 4º, inovou ao instituir o princípio da probidade administrativa, determinando que a Administração Pública obedeceria aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência que, dentre outros mandamentos valorativos, passaram a reger a jovem democracia brasileira.

E, para dar concretude aos aludidos dispositivos constitucionais, em 02 de junho de 1992, a Lei Federal nº 8.429/92 (Lei de Improbidade Administrativa) foi introduzida no ordenamento jurídico pátrio, considerada um revolucionário instrumento de defesa do patrimônio público.

Nesse sentido, tal diploma veio disciplinar os atos de improbidade administrativa, caracterizando-os como aqueles que importam em enriquecimento ilícito (artigo 9º), os que causam prejuízo ao erário (artigo 10) e os que atentam contra os princípios da Administração Pública (artigo 11), fixando as sanções aos responsáveis, no artigo 12, independentemente da efetiva ocorrência de dano ao patrimônio público, salvo quanto à pena de ressarcimento.¹

Nessa lógica, estabeleceu que a ação principal, que passou a seguir o rito ordinário,

¹ A Lei Complementar n.º 157, de 2016, acrescentou o artigo 10-A à Lei de Improbidade Administrativa, elencando outra modalidade de ato de improbidade administrativa: o decorrente de concessão ou aplicação indevida de benefício financeiro ou tributário.

deveria ser proposta pelo Ministério Público ou pela pessoa jurídica interessada, em até 05 (cinco) anos após o término do exercício do mandato, de cargo em comissão ou de função de confiança ou, ainda, dentro do prazo prescricional previsto em lei específica para faltas disciplinares puníveis com demissão a bem do serviço público, nos casos de exercício de cargo efetivo ou emprego.

Ademais, o artigo 7º da Lei de Improbidade dispõe que, quando o ato de improbidade administrativa causar lesão ao patrimônio público ou ensejar enriquecimento ilícito, será cabível a indisponibilidade de bens do agente com o fim de assegurar o integral ressarcimento do dano ou de recuperar o acréscimo patrimonial indevido.

O autor Wallace Paiva (2010, p. 325) disserta sobre o assunto:

Prevista originalmente no art. 37, §4º, da Constituição Federal como sanção da improbidade administrativa, a indisponibilidade dos bens é, diversamente, uma providência cautelar obrigatória, cujo desiderato é assegurar a eficácia dos provimentos condenatórios patrimoniais, evitando-se práticas ostensivas, fraudulentas ou simuladas de dissipação patrimonial, com o fim de redução do ímprobo a estado de insolvência para frustrar a reversão da sentença que condenar à perda do proveito ilícito ou ao ressarcimento do dano (art. 18).

E, para tal concessão, era necessária a observância dos tradicionais requisitos: *fumus boni juris* e *periculum in mora*, insertos no Código de Processo Civil.

Inicialmente, para a concessão da então tutela cautelar de indisponibilidade de bens, segundo o pressuposto do *fumus boni juris*, era preciso que o requerente aparentasse ser o titular do direito que estivesse sob ameaça e que tal direito também aparentasse merecer proteção. Deste modo, ao proferi-la, o juiz, valendo-se do princípio da proporcionalidade, se contentaria em verificar a plausibilidade, a verossimilhança do direito alegado.

Entretanto, tradicionalmente, o *fumus boni juris* não podia ser examinado isoladamente, dependendo, pois, da situação de perigo e dos valores jurídicos em disputa (GONÇALVES, 2015, p. 796).

Destarte, no que concerne ao *periculum in mora*, a cautelar só poderia ser deferida se houvesse risco de dano irreparável ou de difícil reparação, ou seja, era preciso haver um receio de risco fundado.

Entretanto, atualmente o Superior Tribunal de Justiça vem conferindo outro tratamento para a mencionada medida de indisponibilidade de bens.

4 | ATUAL POSICIONAMENTO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Dispõe o artigo 7º da Lei n.º 8.429/92 - LIA que quando o ato de improbidade administrativa causar lesão ao patrimônio público ou ensejar enriquecimento ilícito será cabível a indisponibilidade de bens do indiciado.

A indisponibilidade de bens, segundo a LIA, recairá sobre bens que assegurem o integral ressarcimento do dano, ou sobre o acréscimo patrimonial resultante do

enriquecimento ilícito.

Embora se trate de verdadeira medida cautelar, a indisponibilidade de bens de que cuida a lei de improbidade insere-se no gênero “tutelas de evidência” e se sujeita a regime jurídico próprio, regulado diretamente pelo artigo 7º da Lei n.º 8.429/92 e não exatamente pelo rito e pelos requisitos insertos no Código de Processo Civil.

De acordo com o STJ, malgrado a indisponibilidade de bens esteja, como toda cautelar, sujeita à análise dos pressupostos do *fumus boni juris* e do *periculum in mora*, este último requisito decorre logicamente do primeiro. Em outras palavras, demonstrados indícios veementes da prática do ato de improbidade administrativa e de que houve lesão ao patrimônio público, desnecessária a demonstração do *periculum in mora* que, em matéria de improbidade administrativa lesiva ao erário, resta presumido por força de lei.

De acordo com o Superior Tribunal de Justiça:

RECURSO ESPECIAL. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. ART. 7º DA LEI Nº 8.429/92. **INDISPONIBILIDADE DE BENS. DESNECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DE DILAPIDAÇÃO IMINENTE OU EFETIVA DO PATRIMÔNIO** DO DEMANDADO E DE INDIVIDUALIZAÇÃO DOS BENS A SEREM ALCANÇADOS PELA CONSTRIÇÃO. 1 - A Primeira Seção do STJ, no julgamento do REsp 1.366.721/BA, sob a sistemática dos recursos repetitivos (art. 543-C do CPC), consolidou o entendimento de que o decreto de indisponibilidade de bens em ação civil pública por ato de improbidade administrativa constitui tutela de evidência e dispensa a comprovação de dilapidação iminente ou efetiva do patrimônio do legitimado passivo, uma vez que o *periculum in mora* está implícito no art. 7º da Lei nº 8.429/1992 (LIA). [...] (BRASIL. STJ. REsp: 1461882 PA 2014/0148319-0, Relator: Min. SÉRGIO KUKINA, Primeira Turma, Data de Julgamento: 05 mar. 2015, Data de Publicação: **DJe** 12 mar. 2015).

PROCESSUAL CIVIL. **ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE. INDISPONIBILIDADE DE BENS.** PEDIDO DE CONTRACAUTELA PARA SUBTRAIR EFEITO SUSPENSIVO DEFERIDO NO TRIBUNAL DE ORIGEM. INEXISTÊNCIA DE RAZÃO EXCEPCIONAL. MEDIDA CAUTELAR IMPROCEDENTE. PEDIDO DE RECONSIDERAÇÃO PREJUDICADO. [...] 5. O *periculum in mora* em casos de indisponibilidade patrimonial por imputação de conduta ímproba é implícito ao comando normativo do art. 7º da Lei 8.429/92, ficando limitado o deferimento desta medida acautelatória à verificação da verossimilhança das alegações formuladas na inicial. [...] (BRASIL. STJ. MC 24205 / RS - Medida Cautelar 2015/0091886-1, Relator: Min. HUMBERTO MARTINS, Segunda Turma, Data do Julgamento: 12 abr. 2016, Data da Publicação: **DJe** 19 abr. 2016).

Ao autor da ação de improbidade administrativa, portanto, para fazer jus à indisponibilidade de bens do requerido, cabe apenas demonstrar a viabilidade da ação, apresentando os indícios e as evidências de que o erário foi lesado, estando, pois, liberado da comprovação de que o réu esteja dilapidando seu patrimônio, ou na iminência de fazê-lo, tendo em vista que o *periculum in mora* encontra-se implícito no comando legal que rege, de forma peculiar, o sistema de cautelaridade na ação de improbidade administrativa.

É que, diversamente das ações nas quais se discutem direitos patrimoniais individuais, a ação de improbidade administrativa tem por escopo resguardar bens

pertencentes a toda uma coletividade. Não seria razoável, portanto, que fosse dado a esta matéria o mesmo tratamento conferido à tutela de bens individuais, impondo-se ao autor (*rectius*, à sociedade) o pesado ônus de comprovar atos concretos de dilapidação patrimonial diante de fortes evidências de que o agente público causou danos a bens e a interesses difusos ou mesmo que se enriqueceu às expensas dos cofres públicos.

O Superior Tribunal de Justiça firmou sua jurisprudência nesse exato sentido. Para o Tribunal Superior, com efeito, não cabe ao Ministério Público, para requerer a indisponibilidade de bens, fazer prova de que a demora no julgamento da ação poderá acarretar a inutilidade da demanda porque, ao seu término, o requerido não terá condições financeiras de arcar com o prejuízo causado. É suficiente, para aquela corte, que o Ministério Público apresente, com a inicial, indícios da prática de improbidade e de que a atitude do gestor público trouxe prejuízos. A indisponibilidade de bens, nesse caso, é consectário lógico: devem ser reservados bens suficientes para a compensação do mal causado pelo suplicado.

Na esteira do entendimento esposado, estão as recentes decisões do STJ:

ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE. INDISPONIBILIDADE DE BENS. PERICULUM IN MORA. SÚMULA 83/STJ. AGRAVOS NÃO PROVIDOS. 1. Cuida-se na origem de Ação de Improbidade Administrativa proposta pelo Ministério Público Federal, tendo em vista o cometimento de atos de improbidade. 2. O pedido liminar de decretação da indisponibilidade de bens foi indeferido, sob a alegação de que estaria ausente o requisito do *periculum in mora*. 3. É firme o entendimento, na Segunda Turma do STJ, de que a decretação de indisponibilidade dos bens não se condiciona à comprovação de dilapidação efetiva ou iminente de patrimônio, porquanto visa, justamente, a evitar dilapidação patrimonial. 4. Dessume-se que o acórdão recorrido está em sintonia com o atual entendimento deste Tribunal Superior, razão pela qual não merece prosperar a irresignação. Incide, *in casu*, o princípio estabelecido na Súmula 83/STJ. 5. Agravos Regimentais não providos (BRASIL. STJ. AgRg no REsp: 1359945 PA 2012/0271213-8, Relator: Min. HERMAN BENJAMIN, Segunda Turma, Data de Julgamento: 16 set. 2014, Data de Publicação: **DJe** 10 out. 2014).

RECURSO FUNDADO NO CPC/73. ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO. INEXISTÊNCIA. REDISCUSSÃO DE QUESTÕES DECIDIDAS. INVIABILIDADE. DISPOSITIVOS CONSTITUCIONAIS. PREQUESTIONAMENTO. IMPOSSIBILIDADE. [...] 3. Decidiu-se que o acórdão recorrido coincide com o entendimento firmado no REsp 1366721/BA, submetido ao rito previsto no art. 543-C do CPC, segundo o qual a decisão que decreta a indisponibilidade dos bens “não está condicionada à comprovação de que o réu esteja dilapidando seu patrimônio, ou na iminência de fazê-lo, tendo em vista que o *periculum in mora* encontra-se implícito no comando legal que rege, de forma peculiar, o sistema de cautelaridade na ação de improbidade administrativa, sendo possível ao juízo que preside a referida ação, fundamentadamente, decretar a indisponibilidade de bens do demandado, quando presentes fortes indícios da prática de atos de improbidade administrativa” (REsp 1366721/BA, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Rel. p/ Acórdão Ministro OG FERNANDES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 26/02/2014, DJe 19/09/2014) [...] (BRASIL. STJ. EDcl no REsp 1167807 / RJ - Embargos de Declaração no Recurso Especial 2009/0230445-0, Relator: Min. SÉRGIO KUKINA, Primeira Turma, Data do Julgamento: 19 abr. 2016, Data da Publicação: **DJe** 27 abr. 2016).

A necessidade de demonstração dos requisitos insertos no artigo 303, do NCPC, quais sejam, o perigo de dano e o risco ao resultado útil do processo, para a concessão da medida cautelar em caráter antecedente, não se aplicam ao caso em tela.

Aqui, basta a demonstração da verossimilhança das alegações iniciais para que reste impositiva a concessão da medida de indisponibilidade cautelar de bens.

Também é da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça o entendimento de que não cabe ao autor da ação apresentar, com a inicial, a relação dos bens que serão alvo da medida cautelar de indisponibilidade. O próprio Poder Judiciário é que se encarregará de determinar aos órgãos públicos – Receita Federal, Registro de Imóveis, Detran, entre outros, que apresentem bens dos suplicados sujeitos às constringões.

PROCESSUAL CIVIL. OFENSA AO ART. 535 DO CPC NÃO CONFIGURADA. ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. MEDIDA CAUTELAR DE INDISPONIBILIDADE DE BENS. ART. 7º DA LEI 8.429/92. VIOLAÇÃO. DESNECESSIDADE DE INDIVIDUALIZAÇÃO DOS BENS. BENS IMPENHORÁVEIS. EXCLUSÃO. [...] 3. A decretação da indisponibilidade, que não se confunde com o sequestro, prescinde de individualização dos bens pelo *Parquet*. A exegese do art. 7º da Lei 8.429/1992, conferida pela jurisprudência do STJ, é de que a indisponibilidade pode alcançar tantos bens quantos necessários a garantir as consequências financeiras da prática de improbidade, mesmo os adquiridos anteriormente à conduta ilícita, excluídos os bens impenhoráveis assim definidos por lei, salvo quando estes tenham sido, comprovadamente, adquiridos também com produto da empreitada ímproba, hipótese em que se resguarda apenas os essenciais à subsistência do indiciado/acusado. [...] (BRASIL. STJ - REsp: 1461892 BA 2014/0148586-8, Relator: Min. HERMAN BENJAMIN, Segunda Turma, Data de Julgamento: 17 mar. 2015, Data de Publicação: **DJe** 06 abr. 2015).

Verifica-se que devem ser reservados bens suficientes para a compensação do mal causado pelo agente, de tal sorte que a indisponibilidade pode recair sobre os bens adquiridos antes ou depois dos fatos descritos na inicial, bem como sobre os bens de família:

[...] Nas “demandas por improbidade administrativa, a decretação de indisponibilidade prevista no art. 7º, parágrafo único, da LIA não depende da individualização dos bens pelo Parquet, podendo recair sobre aqueles adquiridos antes ou depois dos fatos descritos na inicial, bem como sobre bens de família” (REsp 1.287.422/SE, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, DJe 22/8/2013). Nesse mesmo sentido, vejam-se, ainda: REsp 1.343.293/AM, Rel. Ministra Diva Malerbi - Desembargadora Convocada TRF 3ª Região -, Segunda Turma, DJe 13/3/2013; AgRg no REsp 1.282.253/PI, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, DJe 5/3/2013; REsp 967.841/PA, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 8/10/2010; bem como as seguintes decisões monocráticas: REsp 1.410.1689/AM, Relª. Ministra Assusete Magalhães; DJe 30/9/2014; e AREsp 436.929/RS, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, DJe 26/9/2014, e AgRg no AREsp 65.181/MG, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, DJe 12/5/2014. 3 - Recurso especial provido (BRASIL. STJ. REsp: 1461882 PA 2014/0148319-0, Relator: Min. SÉRGIO KUKINA, Primeira Turma, Data de Julgamento: 05 mar. 2015, Data de Publicação: **DJe** 12 mar. 2015).

Além disso, também poderia incidir nos casos de mera violação aos princípios da

Administração Pública:

[...] Em que pese o silêncio do art. 7º da Lei n. 8.429/92, uma interpretação sistemática que leva em consideração o poder geral de cautela do magistrado induz a concluir que a medida cautelar de indisponibilidade dos bens também pode ser aplicada aos atos de improbidade administrativa que impliquem violação dos princípios da administração pública, mormente para assegurar o integral ressarcimento de eventual prejuízo ao erário, se houver, e ainda a multa civil prevista no art. 12, III, da Lei n. 8.429/92. (AgRg no REsp 1.311.013/RO, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 4/12/2012, Dje 13/12/2012.). Medida cautelar improcedente. Pedido de reconsideração prejudicado. (BRASIL. STJ. MC 24205 / RS - Medida Cautelar 2015/0091886-1, Relator: Min. HUMBERTO MARTINS, Segunda Turma, Data do Julgamento: 12 abr. 2016, Data da Publicação: **DJe** 19 abr. 2016).

5 | CONCLUSÃO

A pesquisa tornou-se ímpar para verificar que a indisponibilidade de bens prevista no artigo 7º da Lei de Improbidade Administrativa insere-se no gênero “tutelas de evidência” e se sujeita a regime jurídico próprio, não seguindo exatamente o rito e os requisitos insertos no Código de Processo Civil. Neste caso, uma vez demonstrados os indícios veementes da prática do ato ímprobo, torna-se desnecessária a demonstração do *periculum in mora*, que é presumido por força de lei, pois decorre logicamente do *fumus boni juris*.

Nesse sentido, de acordo com o Superior Tribunal de Justiça, o autor está liberado da comprovação de que o réu esteja dilapidando seu patrimônio, ou na iminência de fazê-lo, para fazer jus à indisponibilidade de bens do agente. A ele cabe apenas a demonstração da verossimilhança das alegações formuladas na inicial (BRASIL, 2016).

[...] O *periculum in mora* em casos de indisponibilidade patrimonial por imputação de conduta ímproba é implícito ao comando normativo do art. 7º da Lei 8.429/92, ficando limitado o deferimento desta medida acautelatória à verificação da verossimilhança das alegações formuladas na inicial. (BRASIL. STJ. MC 24205 / RS - Medida Cautelar 2015/0091886-1, Relator: Min. HUMBERTO MARTINS, Segunda Turma, Data do Julgamento: 12 abr. 2016, Data da Publicação: **DJe** 19 abr. 2016).

Ademais, não cabe ao autor da ação apresentar, com a inicial, a relação dos bens que serão alvo da medida cautelar de indisponibilidade. O próprio Poder Judiciário é que se encarregará de determinar aos órgãos públicos que apresentem bens do agente sujeitos às constringências.

Além disso, verifica-se que devem ser reservados bens suficientes para a compensação do mal causado pelo agente, de tal sorte que a indisponibilidade pode recair sobre os bens adquiridos antes ou depois dos fatos descritos na inicial, bem como sobre os bens de família (BRASIL, 2015).

[...] Nas “demandas por improbidade administrativa, a decretação de indisponibilidade prevista no art. 7º, parágrafo único, da LIA não depende da individualização dos bens pelo Parquet, podendo recair sobre aqueles adquiridos antes ou depois dos fatos descritos na inicial, bem como sobre bens de família” (REsp 1.287.422/SE, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, DJe 22/8/2013). (BRASIL. STJ. REsp: 1461882 PA 2014/0148319-0, Relator: Min. SÉRGIO KUKINA, Primeira Turma, Data de Julgamento: 05 mar. 2015, Data de Publicação: **DJe** 12 mar. 2015).

Por fim, em uma interpretação sistemática, que leve em consideração o poder geral de cautela do magistrado, induz a concluir que a medida cautelar de indisponibilidade dos bens também pode ser aplicada aos atos de improbidade administrativa que impliquem violação dos princípios da administração pública, mormente para assegurar o integral ressarcimento de eventual prejuízo ao erário, se houver, e ainda a multa civil prevista no artigo 12, inciso III, da mencionada lei (BRASIL, 2016).

Com efeito, verifica-se uma mudança de paradigmas no que concerne à decretação da indisponibilidade de bens do agente, no âmbito da Ação de Improbidade Administrativa, considerada, agora, “tutela de evidência”, podendo ser aplicada até mesmo aos atos ímprobos que impliquem em mera violação dos princípios da Administração Pública.

Nota-se, pois, que não seria razoável que a esta matéria fosse dado o mesmo tratamento conferido à tutela de bens individuais, pois a ação de improbidade administrativa visa a resguardar bens pertencentes a toda coletividade.

Neste prisma, restam superados os clássicos requisitos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, uma vez que, para a decretação, basta a demonstração da verossimilhança das alegações formuladas na inicial, dispensando-se a efetiva dilapidação patrimonial do agente. No mesmo sentido, o fato de o próprio Poder Judiciário se encarregar de determinar aos órgãos públicos, como a Receita Federal, o Registro de Imóveis ou o Detran, que apresentem a relação dos bens do agente sujeitos às constringências, adquiridos antes ou depois dos fatos descritos, bem como bens de família, denotam um avanço à defesa do patrimônio público. Tais mudanças podem ser consideradas, portanto, revolucionários instrumentos para a consagração do chamado direito fundamental ao governo honesto.

REFERÊNCIAS

AGRA, Walber de Moura. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no REsp: 1359945 PA 2012/0271213-8, Relator: Min. HERMAN BENJAMIN, Segunda Turma, Data de Julgamento: 16 set. 2014, Data de Publicação: **DJe** 10 out. 2014.

_____. Superior Tribunal de Justiça. EDcl no REsp 1167807 / RJ - Embargos de Declaração no Recurso Especial 2009/0230445-0, Relator: Min. SÉRGIO KUKINA, Primeira Turma, Data do Julgamento: 19 abr. 2016, Data da Publicação: **DJe** 27 abr. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. MC 24205 / RS - Medida Cautelar 2015/0091886-1, Relator: Min. HUMBERTO MARTINS, Segunda Turma, Data do Julgamento: 12 abr. 2016, Data da Publicação: **DJe** 19 abr. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. REsp: 1461882 PA 2014/0148319-0, Relator: Min. SÉRGIO KUKINA, Primeira Turma, Data de Julgamento: 05 mar. 2015, Data de Publicação: **DJe** 12 mar. 2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça. REsp: 1461892 BA 2014/0148586-8, Relator: Min. HERMAN BENJAMIN, Segunda Turma, Data de Julgamento: 17 mar. 2015, Data de Publicação: **DJe** 06 abr. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. MS 27141 MC/DF. Rel. Min. Celso de Mello. Data do julgamento: 22 fev. 2008. In: **DJe**: 27 fev. 2008.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 31. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. **Improbidade Administrativa**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 137.

GONÇALVES, Marcus Vinícius Rios. **Direito Processual Civil Esquemático**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos**. Tradução de Leopoldo Holzbach, São Paulo: Martin Claret, 2004.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquemático**. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. **Proibição administrativa**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

PAIVA, Wallace. **Proibição Administrativa**. São Paulo: Saraiva, 2010.

PLATES, José Rubens. **Direito fundamental ao governo honesto**. Boletim Científico ESMPU, Brasília, a. 10 – n. 36, p. 79-100 – Edição Especial, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 2. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

_____. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

SARMENTO, Daniel. A dimensão objetiva dos direitos fundamentais: fragmentos de uma teoria. In: SAMPAIO, José Adércio Leite. (Coord.) **Jurisdição constitucional e direitos fundamentais**. Belo

Horizonte: Del Rey, 2003.

A POSSIBILIDADE DE PEDIDO INDENIZATÓRIO PELA SOCIEDADE EM FACE DO SÓCIO QUE SE RETIRA IMOTIVADAMENTE

Rafael Pereira de Castro

Instituição de ensino – Uninove
São Paulo - Capital

RESUMO: Sob o ponto de vista legal e jurisprudencial, não restam dúvidas de que o sócio pode, sem justo motivo, retirar-se de uma sociedade empresária Ltda por prazo indeterminado com regência supletiva das normas da sociedade simples. Tal ação encontra guarida no artigo 5º inciso XX da CF, bem como, no artigo 1.029 do C.C.

Ocorre que o novo CPC, positivou no artigo 602, regramento *sui generis*, qual seja a possibilidade da sociedade formular pedido de indenização compensável com o valor dos haveres a apurar. Citada norma, entretanto, se mostra precária, na medida em que o legislador não esmiuçou o tema, fato que fez surgir várias dúvidas quanto a sua aplicabilidade nas hipóteses de resolução da sociedade em relação a um sócio, previstas em nosso ordenamento jurídico.

PALAVRAS-CHAVE: Resolução da Sociedade. Direito Empresarial. Direito Processual Civil. Direito Societário.

THE POSSIBILITY OF AN INDEMNIFICATION APPLICATION BY THE COMPANY AGAINST THE PARTNER WHO LEAVES THE COMPANY WITHOUT MOTIVATION

ABSTRACT: From a legal and jurisprudential point of view, there is no doubt that the partner may at any time, without just cause, withdraw from a limited company for an indeterminate period with a supplementary regency of simple company rules. Such action is contained in article 5, item XX of the Federal Constitution, as well as in article 1.029 of the Brazilian Civil Code.

It happens that the new Code of Civil Procedure, Law 13,105 of 3/16/2015, posited in article 602, *sui generis* rule, that is, the possibility of the company to formulate claim for compensation compensable with the value of the assets to be determined. However, this rule is precarious, inasmuch as the legislature did not elaborate on the subject, which raised several doubts as to its applicability in the cases of resolution of the company in relation to a partner, provided for in our legal system.

KEYWORDS: Resolution of the Company. Business Law. Code of civil rights. Corporate Law.

INTRODUÇÃO

O Código de Processo Civil de 2015 trouxe relevantes novidades para o Direito Empresarial. Neste sentido, inovou e tratou de dispor em seu título III, concernente aos procedimentos especiais a forma de processamento da Ação

de Dissolução Parcial da Sociedade.

O ponto fulcral deste artigo, gira em torno do artigo 602 do CPC que, expressamente, previu a possibilidade da Sociedade formular pedido de indenização compensável com o valor dos haveres a apurar em face do sócio que se retira da sociedade.

Ocorre que a redação do citado artigo ficou demasiadamente genérica, não esmiuçando as hipóteses de aplicabilidade e alcance, deixando-o, portanto, absolutamente livre para as mais diversas formas de interpretação.

Há de se pensar que, ao redigir citado artigo, o legislador perquiriu compensar a sociedade de eventual prejuízo, tanto é assim, que o legislador utilizou a expressão “pedido de indenização compensável” pressupondo, portanto, cometimento de ato ilícito gerador de dano à Sociedade, um dos aspectos intrínsecos do nosso conceito de responsabilidade civil no âmbito do direito privado, conforme artigos 186 e 927 do Código Civil.

Contudo, descuidou-se o legislador de refletir a questão quanto a possibilidade de saída de sócio imotivadamente, nos exatos termos do artigo 1.029 do Código Civil.

O sócio que se retira da sociedade com base no artigo 1.029, em primeira análise, não comete ato ilícito, apenas exerce seu direito de retirada e de não permanecer associado, tutelados respectivamente pelo C.C e C.F, contudo, não se pode negar que o titular deste direito, ao exercê-lo, não pode exceder manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé e pelos bons costumes, tampouco colocar em risco a existência da empresa, sob pena de caracterizar ato ilícito, conforme previsão do artigo 187 do C.C, e sendo assim, a retirada sem motivação justificável, ainda que de uma Ltda por prazo indeterminado e com regência supletiva das sociedades simples, a depender de determinados aspectos, principalmente da situação econômica da sociedade, poderá ou não desencadear um pedido indenizatório compensável com o valor dos haveres a apurar?

Estas e outras questões provenientes do imbróglio acima descrito afiguram-se ainda sem resposta, doutrinária e jurisprudencial, haja vista o pequeno prazo de vigência do atual Código de Processo Civil, bem como, talvez, pela inobservância de citado artigo por parte dos operadores do direito. Eis então, a problemática que embasa e objetiva a elaboração deste artigo científico.

Por se tratar de um trabalho eminentemente teórico, será utilizado o método analítico descritivo e exploratório.

CONSTITUIÇÃO DAS SOCIEDADES

Antes de adentrar propriamente ao tema abordado neste artigo, importante, posicionar o consumidor desta leitura quanto às classificações e aos tipos de sociedade existentes no Brasil, bem como, aquela que será objeto de nosso estudo, qual seja, Sociedade Empresária de Responsabilidade Limitada com prazo indeterminado.

Impende iniciar pelo conceito de sociedade: “Código Civil, Artigo 981. Celebram contrato de sociedade as pessoas que reciprocamente se obrigam a contribuir, com bens ou serviços, para o exercício de atividade econômica e a partilha, entre si, dos resultados.

Trazido o conceito de sociedade, cumpre lembrar que as sociedades podem ser classificadas como simples ou empresária e devem constituir-se segundo um dos tipos regulados em nosso direito positivo, ou seja, pelos artigos 1.039 a 1.092 do Código Civil Brasileiro.

Ademais, as sociedades podem ser classificadas quanto a sua composição, que pode ser de pessoas ou de capital.

No tocante a este aspecto vale uma abordagem mais profunda, uma vez que a forma escolhida pode ter valiosa relevância quanto ao ponto fulcral deste artigo científico na medida em que pode servir como alicerce para fundamentar o pedido e a aplicação do artigo 602 do Código de Processo Civil, qual seja o pedido de indenização compensatório com a liquidação de haveres.

Será sociedade de pessoas (*intuito personae*) quando houver *animus* daqueles sócios se associarem entre si, ante as suas características pessoais. Ou seja, permeia entre eles a vontade de constituírem uma sociedade com tais pessoas, e não diversa. Trata-se da *affectio societatis*.

Para Marlon Tomazzete (2011, p. 55) *affectio societatis* significa confiança mútua e vontade de cooperação conjunta, a fim de obter determinados benefícios. Em outras palavras, é a união dos sócios para que possa ser alcançado o resultado desejado.

Assim, em consideração ao conceito trazido, para a existência de uma sociedade *intuito personae* é insuficiente a pluralidade de sócios, faz-se imprescindível que os objetivos, sejam eles quais forem, sejam trabalhados mutuamente.

De outra banda, será sociedade de capital (*intuito pecuniae*), quando inexistir *affectio societatis*. Noutros termos, estar-se-á diante de uma sociedade de capital na hipótese de a constituição desta independer das características pessoais de cada sócio e da vontade recíproca de se associarem. Aqui, o que interessa é o capital empregado na pessoa jurídica, e não as pessoas que a integram.

Verificamos então que na sociedade *intuito personae* o requisito determinante para sua criação é a afinidade e identificação pessoal entre os sócios, marcadas pela confiança mútua ao passo que na sociedade *intuito pecuniae*, a figura dos sócios não tem qualquer relevância.

PRINCÍPIOS

O direito empresarial não se exime da preponderância dos princípios que norteiam o direito, desta forma, imprescindível destacar dois princípios atinentes ao tema. São eles: *Princípio da Preservação da Empresa e o Princípio da Função Social da Empresa*.

Assertivamente declara Jose Renato Nalini: “Por haver sobrevivido às intempéries, a instituição que pode ser considerada a vencedora do século XXI é a empresa.” (NALINI, pag. 261)

As empresas há muito tempo, deixaram de ser entendidas, tão somente como uma entidade geradora de riquezas aos sócios, para ser concebida como algo que agrega interesses outros, principalmente ao desenvolvimento econômico do país, pois gera empregos, movimenta renda, paga tributos e estabelece uma melhor ordem social em seu meio de atuação, ou seja, possui função social.

A função social da empresa encontra-se atrelada à boa-fé objetiva por parte do empresário. “[...] *tida como o modelo de conduta social em busca da economia voltada ao bem-estar geral e da melhora da atividade empresarial na obtenção de um excelente padrão de eficiência.*” (DINIZ, vol. 8, 2009, p.24)

Neste contexto, a empresa precisa alcançar seu objetivo social abraçando não apenas a questão do lucro, mas também aqueles relativos aos interesses dos consumidores, dos empregados, do fisco entre outros, são os chamados *Stakeholders*.

Consequência direta ao princípio da Função Social encontra-se o Princípio da Preservação da Empresa.

No princípio da preservação da empresa, o valor básico prestigiado é o da conservação da atividade (e não do empresário, do estabelecimento ou de uma sociedade), em virtude da imensa gama de interesses que transcendem os dos donos do negócio e gravitam em torno da continuidade deste; [...] a adoção do princípio da preservação da empresa [...] prestigiou este novo paradigma, haja vista que pelo referido princípio temos que, na solução da crise econômico-financeira da empresa, devem ser considerados primordialmente os interesses da coletividade, que em geral, correspondem à preservação da empresa. (pp. 2-3, Disponível em: <www.franca.unesp.br/mariza.pdf>)

Nesse viés, em sendo a empresa “*uma unidade de distribuição de bens e serviços, um ponto de alocação de trabalho e oferta de empregos, integra, como elo de uma imensa corrente do mercado [...]*”, seu desaparecimento desencadearia uma série de problemas irrecuperáveis. (FERREIRA. Mariza, p.3)

Denota-se claramente, portanto, que todos, direta ou indiretamente são dependentes das sociedades empresárias, dado sua importância socioeconômica explicitadas, assim, buscar sua preservação e perpetuação no tempo é obrigação que se impõe aos sócios.

Aliás, oportuno dizer que a Constituição Federal de 1988 positivou a livre iniciativa como um dos princípios fundamentais, políticos e estruturantes do Brasil. Neste sentido não há receio em afirmar que os particulares ostentam a posição de principais atores da ordem econômica brasileira (Barroso, 2008).

HIPÓTESES PARA A DISSOLUÇÃO PARCIAL

Como visto anteriormente, as empresas já há um bom tempo não possuem apenas o objetivo exclusivo de gerar lucro aos sócios, elas atendem a interesses múltiplos, na maioria das vezes difusos, especialmente no que toca aspectos econômicos da nação, vez que certamente amplia postos de trabalho, aquece a economia, gera receita ao Estado com pagamento de tributos e, não menos importante, induz disputa saudável no meio que atua para melhoramento de produtos e serviços.

Assim, inconteste que a ação de dissolução parcial da sociedade como alternativa para evitar o desfazimento total da sociedade, que alberga relevante função socioeconômica, é extremamente eficaz para resolução de conflitos entre sócios, uma vez que a dissolução total prejudica seriamente interesse de terceiros e muitas vezes dos próprios sócios.

Com este fundamento, então, a legislação acabou erguendo o instituto da dissolução parcial, aplicando-o em três hipóteses: (i) Morte; (ii) Exclusão; e (iii) Retirada, sendo esta hipótese de dissolução parcial em que a iniciativa parte do próprio sócio que deseja desvincular-se da sociedade. Trata-se de declaração unilateral de vontade, que impõe à sociedade destinatária a obrigação de reembolsar ao declarante o investimento por este feito

A retirada pode ser motivada ou imotivada. No primeiro caso, é uma reação do sócio que deseja o desligamento contra mudanças essenciais na sociedade, aprovadas pela maioria societária. A retirada imotivada pode não ser (e, normalmente, não é) uma reação do minoritário contra decisões da maioria societária que lhe desagradam (ULHOA. Fabio, 2010).

IMPACTOS

Insta notar que, independente da forma de resolução da sociedade o reflexo instantâneo é a interrupção do elo societário e o aparecimento de um dever.

Tanto faz a forma ou hipótese que se deu a retirada do sócio, seja pela morte, pela exclusão ou retirada, a sociedade passa a ser devedora do sócio retirante, uma vez que terá obrigatoriamente de ressarcir as quotas na forma estabelecida no contrato social.

A sociedade então certamente sofrerá uma redução patrimonial, pois, em princípio, o reembolso de seus haveres e de suas quotas é realizado com recursos da própria sociedade.

Não se pode olvidar que a descapitalização tem impacto na sociedade e no interesse de possíveis credores, que têm diminuídas suas garantias sem que lhes tivessem sido dado, sequer, o direito de consentir ou pactuar com a negociação.

Pode-se dizer, portanto, que a saída de um sócio provoca na empresa uma fratura exposta, obrigando-a a expor cruelmente seu patrimônio.

Em todas as hipóteses de resolução da sociedade em relação a um sócio, em

regra apurar-se-á haveres.

A apuração de haveres em regra será feita com base na situação patrimonial, privilegiando-se a história da sociedade, ou seja, tudo aquilo ela acumulou, em seu patrimônio, em razão da atividade econômica explorada até o momento da dissolução.

DA SAÍDA IMOTIVADAMENTE

Como visto, a retirada do sócio é uma das 03 (três) hipóteses de dissolução parcial da sociedade, diferencia-se das outras, entre outros aspectos, pelo fato de que a vontade de retirada parte exclusivamente do sócio que não mais deseja manter-se associado.

O requerimento de retirada pode ser motivado ou imotivado. Motivado é quando ocorrer alteração do contrato social, fusão ou incorporação da sociedade, conforme prescrição do artigo 1.077 do Código Civil, em outras palavras, não concordando o sócio com qualquer uma destas ocorrências, poderá retirar-se da sociedade.

De outro modo, será imotivada, quando a vontade nasce pela simples vontade de se desligar do vínculo societário.

Trata-se corriqueiramente da situação do sócio que se desinteressa da empresa ou do convívio com os demais integrantes da sociedade.

Tal vontade impõe à sociedade destinatária a obrigação de reembolsar ao declarante o valor das quotas sociais, via de consequência, o mesmo passa a ser credor da sociedade que, em certo lapso temporal desembolsará certa quantia em dinheiro do seu caixa.

Insta observar, contudo, que esta quantia pode causar significativa redução do capital social, se os demais sócios não englobarem os montantes que se esvaiu, ou mais ainda, no caso de um sócio majoritário postular sua retirada imotivada, poderá inviabilizar a sobrevivência da atividade econômica.

Há de se considerar, portanto, que a retirada sem motivação, calcada exclusivamente na vontade particular e de foro íntimo do sócio que não quer manter-se associado, a depender da situação, afronta o princípio da preservação da empresa que tem como objetivo principal proteger a atividade empresarial. Não se busca a proteção no interesse exclusivo do empresário, mas antes e acima de tudo, no interesse da sociedade.

Sendo assim, há de se ponderar e refletir a questão do excesso do direito. Os requerimentos de retirada imotivada, principalmente nas sociedades *intuitu personae*, que como visto alhures, foram criadas pautadas em confiança mútua, quando pleiteados em momentos inoportunos podem exceder manifestamente os limites da lei, cometendo, portanto, ato ilícito nos termos do artigo 187 do Código Civil ou ainda, abuso de direito, constatado sempre a partir do momento em que se verifica a violação do elemento axiológico da norma. Instala-se, a partir daí a contrariedade entre o comportamento comissivo do indivíduo e o fundamento valorativo-material do preceito.

A RESPONSABILIDADE CIVIL

Para acrescentar ao raciocínio de aplicação ou não do artigo 602 do Código de Processo Civil, nos casos de retirada do sócio imotivadamente, imperioso relembrar alguns aspectos a respeito de responsabilidade civil e o dever de indenização.

Responsabilidade transmite a ideia de "restauração do equilíbrio, de contraprestação, de reparação do dano" (GONÇALVES. Carlos Roberto. 2009).

Para haver a obrigação de indenizar, pressupõe-se: conduta (ação ou omissão), ato ilícito, dano e nexos causalidade.

O primeiro elemento da responsabilidade civil é a conduta humana (positiva ou negativa), orientada pela vontade do agente, que desemboca no dano ou prejuízo (GAGLIANO, Pablo Stolze, 2012).

Para a configuração do ato ilícito é necessário haver culpa. Regra geral, não há que se falar em responsabilidade sem que haja culpa (DINIZ, Maria Helena, 2007).

O outro elemento imprescindível para a caracterização da responsabilidade civil é o dano. Pode-se conceituar dano como sendo "(...) a lesão a um interesse jurídico tutelado - patrimonial ou não -, causado por ação ou omissão do sujeito infrator" (GAGLIANO, Pablo Stolze. 2012).

O último pressuposto da responsabilidade civil é o nexo de causalidade, isto é, o vínculo existente entre o dano e a ação que o provocou (DINIZ, Maria Helena, 2007).

Arrematando tudo que foi verificado, pode-se afirmar que o surgimento da responsabilidade civil depende de dano, que este possa ser imputado a alguém e que possa ser juridicamente considerado, causado por um determinado fato, que seja antijurídico ou ainda que exceda os limites da lei.

O ARTIGO 602 DO CPC E SUA APLICABILIDADE

Indubitável, como já exposto alhures, que a lei 1.105, de 16 de março de 2015, novo Código de Processo Civil, inovou e modernizou o instituto da ação de dissolução parcial de sociedade, adaptando-se as novas realidades das relações societárias.

Dentre as mudanças trazidas, ressalta-se a positivação da sociedade formular pedido indenizatório compensável com a liquidação de haveres em face do sócio que se retira da sociedade, prescrita no artigo 602. "Código de Processo Civil, Artigo 602. A sociedade poderá formular pedido de indenização compensável com o valor dos haveres a apurar."

A leitura do artigo em destaque motiva o interprete da norma pensar em ressarcimento, ou seja, de efetuar uma indenização, uma reparação ou uma compensação por eventuais prejuízos. Trata-se de um contra-ataque da sociedade em face do sócio.

Ocorre que o artigo foi demasiadamente breve e não contemplou em seu texto em quais hipóteses de desfazimento de vínculo societário tal norma é aplicada, morte, exclusão, retirada motivada, retirada imotivada, algumas delas ou todas.

No que tange a hipótese de morte, a aplicação do artigo 602 do Código de Processo Civil afigura-se em primeira instância insustentável, haja vista, ser esta uma condição inevitável da vida humana.

É fato, e não se pode negar, que existirá um prejuízo patrimonial por parte da sociedade, visto que, caso nenhum dos herdeiros queira ingressar na sociedade, com seus próprios recursos, pagará os haveres correspondentes às quotas do sócio falecido, porém, citado prejuízo, absolutamente não decorre de ato ilícito, desencadeador do dever de indenizar nos moldes previstos na legislação civil. Verificou-se que o dever de indenizar decorre de um comportamento voluntário que transgride um dever, portanto, a morte natural, jamais poderá traduzir um comportamento voluntário.

Concernente à exclusão, ao contrário da morte, esta hipótese se ajusta totalmente a ideia de ressarcimento e, conseqüentemente, a aplicação do artigo 602 do Código de Processo Civil torna-se viável, uma vez que os motivos para que se deflagre o processo de exclusão estão diretamente ligados a prática de atos lesivos que possam colocar em apuro a continuidade da empresa ou por descumprir alguma determinação imposta no contrato social. Destaca-se o fato de que a colocação em risco a perpetuação da empresa coloca em xeque o balizar princípio da preservação da empresa.

Resta, portanto, verificar a possibilidade de aplicação do artigo 602 do Código de Processo Civil no tocante a hipótese de retirada motivada ou imotivada.

No que toca a retirada motivada fundada no artigo 1.077 do Código Civil, soa insustentável qualquer pedido de indenização compensatório na medida em que a causa motivadora da retirada se dá por dissidência de alteração do contrato social, fusão ou incorporação da sociedade, sendo assim, imperiosa a aplicação do artigo 5º inciso XX da Constituição Federal. Nesta hipótese, não há que se cogitar também qualquer ato ilícito ou abuso de direito.

No que toca a retirada imotivada imprescindível uma reflexão mais aprofundada, levando em conta todo o exposto até o momento em linhas pretéritas e, abaixo reforçado de forma sucinta.

O direito de retirada ganha viés de debate a partir do artigo 1.053 do Código Civil e, por certo, do artigo 1.029 constante do mesmo diploma legal. Neste caminho proclama o artigo 1.053 que a sociedade limitada será regida pelas normas da sociedade simples quando houver omissão no capítulo destinado às limitadas.

Já o artigo 1.029 do Código Civil, norma que regula a retirada do sócio na sociedade simples, prevê nas sociedades por prazo indeterminado, que o sócio pode retirar-se da sociedade sem a necessidade de invocar qualquer motivo justificado de sua saída.

Insta lembrar que o liame originário da relação contratual que constitui a Sociedade Empresária de Responsabilidade Limitada é a ligação de cunho pessoal, a *affectio societatis*, relação que extrapola o mero interesse de empreender, trasbordando para aspectos outros, como confiança e afinidade. Trata-se de vontade de cooperação conjunta.

Induvidosa é a necessidade de preservação da empresa visto que carrega consigo uma função social absolutamente relevante e, sua dissolução, acarreta graves consequências, tais como, fim de empregos, queda na arrecadação de tributos e problemas no desenvolvimento econômico do país.

Inconteste também é que a retirada do sócio traz consigo grandes mudanças no quadro societário, com reflexos econômicos e políticos, já que a saída do sócio como visto em linhas pretéritas, acarreta o pagamento de montante relativo aos haveres que tem direto, ou ainda a transferência de suas cotas por quem já é sócio ou alguém completamente estranho à estrutura societária, o que fatalmente gerará reflexos na administração do negócio, descaracterizando, portanto, o *affectio societatis*.

Assim, o exercício de retirada sem justificativa, quando desmedido e irresponsável, traz prejuízo patrimonial relevante e pode, até mesmo, culminar na dissolução da sociedade, trazendo danos difusos irreparáveis, nascendo portanto, claramente uma justa possibilidade - necessidade de pedido indenizatório pela Sociedade em face do sócio retirante compensável com a liquidação dos haveres.

Visto tudo isso, ventila-se possível a aplicação do artigo 602 do Código de Processo Civil, para os casos de retirada imotivada, porém, com limitações e desde que haja cláusula contratual prevendo a indenização.

Tais aspectos indenizatórios podem, e seria prudente, ajustá-los no contrato social, sendo escoreta sua previsão, bem como, o estabelecimento de um teto indenizatório, qual seja o valor dos haveres a receber, de tal forma que o sócio retirante não ficasse associado pelo receio de tornar-se um devedor da sociedade.

CONCLUSÕES

Com o presente estudo verificou-se que as sociedades nascem da manifestação da vontade dos sócios, pessoas que reciprocamente se obrigam a contribuir com bens ou serviços para o exercício de uma atividade econômica.

Verificou-se ainda que, constituída a sociedade, a mesma passa a ter um papel altamente relevante para o desenvolvimento socioeconômico do país, pois há muito tempo, deixaram de ser entendidas, tão somente como uma entidade geradora de riquezas aos sócios.

Por tais motivos, o direito de retirada merece uma melhor atenção por parte dos interpretes do direito e até mesmo dos sócios de modo a prestigia-lo em conjunto e em boa harmonia com o principio da preservação da empresa e os interesses sociais que a envolvem, de tal modo que não haja conflito entre normas e princípios do direito.

Em vista das premissas acima, o direito de retirada do sócio, consagrado no Código Civil e na Constituição federal, é digno de um estudo mais aprofundado por parte de todos aqueles que estão envolvidos, direta ou indiretamente, com o Direito Empresarial, de tal modo que se encontre justas reflexões a respeito do caso concreto,

reduzindo deste modo decisões em série, só assim, princípios basilares como o da preservação da empresa e função social poderão ser verificados de fato.

As alternativas hábeis para minimização de tais problemas, risco a manutenção da atividade comercial e sobretudo da existência da empresa, seria certamente a elaboração de um contrato social detalhado e bem feito, com previsão expressa de tudo aquilo que supostamente pode acontecer na relação de sócios e suas formas de resolução. Infelizmente o que se percebe, até com meridiana facilidade, são contratos sociais feitos absolutamente sem critérios, copiados e muitas vezes sem qualquer interação entre os maiores interessados, ou seja, os sócios deixando tudo a cargo de terceiros não, necessariamente, especializados na confecção de tal documento

Não obstante aos aspectos acima exaltados, verificou-se que o sócio pode retirar-se da sociedade empresária limitada a qualquer tempo, fundamentando sua decisão no artigo 1.029 do Código Civil Brasileiro e no artigo 5º inciso XX da Constituição Federal.

Contudo, tal possibilidade, apesar de legal, não deve ser exercida aleatoriamente e sem prova de quebra do *affectio societatis*, bem como, de tal modo que exceda os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé e pelos bons costumes, pois se assim for feito, poderá acarretar em manifesto prejuízo a sociedade, nascendo, portanto, a possibilidade de formulação de pedido compensatório compensável com o valor de haveres a apurar, inteligência do artigo 602 do Código de Processo Civil.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luiz Roberto. **A ordem Econômica Constitucional e os Limites à Atuação Estatal no Controle de Preços**. Redae – Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico. Salvador, n.14, mai/jun./jul.2008. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/artigo/luis-roberto-barroso/a-ordem-economica-constitucional-e-os-limites-a-atuacao-estatal-no-controle-de-precos>. Acesso em: 21/11/2018.

COELHO, Fábio Ulhoa. **A ação de dissolução de sociedade e o projeto de novo CPC**. *Valor Econômico*, São Paulo, p. E-2, dez. 2010 a.

DINIZ, Maria Helena: **Curso de Direito Civil Brasileiro, volume 8: Direito de Empresa** – 2 Ed. reformulada – São Paulo: Saraiva, 2009.

FERREIRA, Mariza Marques: **O Princípio da Preservação da Empresa**. Disponível em: <www.franca.unesp.br/mariza.pdf> Acesso em: 15 de fevereiro 2017.

GAGLIANO, Pablo Stolze. PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: responsabilidade civil**. 10. Ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 82.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: responsabilidade civil**. 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 2009. V. 4. P. 1.

NALINI, José Renato. *Ética Geral e profissional*, Cit., pag. 261

TOMAZETTE, Marlon. **Curso de Direito Empresarial: Teoria Geral e Direito Societário**. 3. Ed. 2011. V. 1.

A HERMENÊUTICA JURÍDICA E A BUSCA DA DECISÃO EM MEIO A SITUAÇÕES DE CONFLITO

Célia Teresinha Manzan

Graduada em Direito pela Universidade de Uberaba – UNIUBE; especialista em Direito Processual Civil, pela Universidade Federal de Uberlândia, em Direito Público e Filosofia do Direito, pela Faculdade Católica de Uberlândia; em Direito Constitucional, pela Università di Pisa/Itália; Mestre em Direito Constitucional pela Instituição Toledo de Ensino, de Bauru/SP; Membro da Asociación Mundial de Justicia Constitucional; Membro da Asociación Colombiana de Derecho Procesal Constitucional; Membro Adjunto Extranjero da Asociación Argentina de Justicia Constitucional; ex-Diretora da Associação Brasileira de Advogados-ABA, em Uberaba/MG; articulista/investigadora do Instituto Latino Americano de Investigación e Capacitación Jurídica Latin-Iuris, do Equador; Membro da REDE DE INVESTIGADORES PARLAMENTARIOS EN LÍNEA – REDIPAL, do México; Doutoranda em Direito Constitucional pela Universidade de Buenos Aires – UBA/Argentina; palestrante e possui artigos publicados a nível nacional e internacional (Argentina, Chile, Colômbia, Equador, Peru, Bolívia, México), Servidora Pública com atuação na Procuradoria Geral do Município de Uberaba e advogada. Correio eletrônico: celiamanzan@gmail.com

RESUMO: O presente artigo tem por finalidade ocupar-se com a hermenêutica jurídica e a interpretação, ressaltando a decidibilidade como o ponto fulcral do Direito.

As terminologias da hermenêutica e da interpretação são comumente empregadas

como de idêntica sinonímia quando, ao revés, possuem finalidades distintas.

Observa-se que no meio doutrinário são encontradas técnicas de interpretação que visam dar suporte e justificativas para as formas de explanação que, ao final, são polêmicas ao se discutir o como interpretar, especialmente, em situações de conflito.

PALAVRAS-CHAVE: Hermenêutica jurídica; interpretação; decidibilidade; situações de conflito.

LEGAL HERMENEUTICS AND THE SEARCH OF THE DECISION IN THE MEANS OF CONFLICT SITUATIONS

ABSTRACT:The purpose of this article is to deal with legal hermeneutics and interpretation, highlighting decidability as the focal point of the Law.

The terminologies of hermeneutics and interpretation are commonly used as identical synonymy when, on the contrary, they have different purposes.

It is observed that in the doctrinaire medium are found interpretation techniques that aim to give support and justifications for the forms of interpretation that, in the end, are controversial when discussing how to interpret, especially, in situations of conflict.

KEYWORDS: Legal hermeneutics; interpretation; decidibility; conflict situations.

1 | INTRODUÇÃO

É sabido que a hermenêutica jurídica tem por finalidade interpretar a lei, ou seja, entender o objetivo para qual foi criada, o que ela realmente nos quer dizer, qual o seu verdadeiro sentido, seu verdadeiro alcance, porém, não se limita exclusivamente a isto, podendo-se, também, interpretar os princípios e todo o ordenamento jurídico.

Intrinsecamente, o ponto fulcral da lei, por inúmeras vezes, está afeto à questão da decidibilidade de situações controvertidas.

Para o doutrinador Tércio Sampaio Ferraz, a determinação do sentido das normas, o correto entendimento do significado dos seus textos e intenções, tendo em vista a decidibilidade de conflitos, constitui a tarefa da dogmática hermenêutica. Ou seja, a intenção do jurista não é apenas conhecer, mas conhecer tendo em vista as condições de decidibilidade de conflitos com base na norma enquanto diretivo para o comportamento. (Ferraz, 2008, p. 221).

O que se dá às normas, por vezes, é um sentido pragmático de interpretação, de maneira a se abstrair/selecionar a inferência e compreensão do que está implícito em seu conteúdo. Porém, é cediço que esta acepção pragmática é um tanto quanto abstrata para corresponder satisfatoriamente às várias regras de interpretação que compõem a hermenêutica.

2 | A CONCEPÇÃO DE HERMENÊUTICA E INTERPRETAÇÃO

A Hermenêutica Jurídica vem do grego *hermeneuein* e é originária de um Deus chamado Hermes, onde ele **tinha a prerrogativa de interpretar tudo aquilo que o ser humano não era capaz de interpretar**¹.

Em suma, a hermenêutica jurídica tem por finalidade interpretar a lei, buscar o real significado da norma. Por sua vez a norma é produto dos meios cultural e social, de forma a compreender/demonstrar o objetivo, a razão para a qual foi criada.

Inobstante categorizações doutrinárias diversas, há entendimentos de que a interpretação pode ser classificada em *autêntica*, que é aquela feita pela própria lei, não deixando qualquer margem a dúvidas; *doutrinária*, é aquela que é feita pelos estudiosos da área do Direito e, a *judicial*, conforme o próprio nome indica, é aquela que é feita pelo juiz nos autos de um determinado processo.

Comumente, empregam-se os termos “hermenêutica” e “interpretação” como sinônimos, conquanto extrai-se diferença importante entre eles.

André Franco Montoro pondera que a interpretação significa “*fixar o verdadeiro sentido e alcance de uma norma jurídica*”, enquanto que, a hermenêutica é “*a teoria científica da interpretação*” (Montoro, 2000, p. 369).

Para França, a hermenêutica refere-se “*à parte da ciência jurídica que tem por*

¹ <https://jus.com.br/artigos/43771/hermeneutica-e-a-interpretacao-caracteristicas-e-fundamentacoes>, consulta realizada em 03 de fevereiro de 2019.

objeto o estudo e a sistematização dos processos, que devem ser utilizados para que a interpretação se realize, de modo que o seu escopo seja alcançado da melhor maneira”; e a interpretação, consiste em “aplicar as regras, que a hermenêutica perquire e ordena, para o bom entendimento dos textos legais” (França, 2009, p.19).

França destaca que a hermenêutica ou a interpretação devem ser voltadas para o “direito que a lei exprime”, de forma a caminhar “num esforço de alcançar aquilo que, por vezes, não logra o legislador manifestar com a necessária clareza e segurança” (França, 2009, p. 19).

Ao intérprete cabe definir o sentido, a finalidade, dentre os diversos entendimentos possíveis, de maneira a encontrar o juridicamente adequado, sem se descurar da abrangência do preceito normativo, que pode, por vezes, possuir extensões díspares.

Deste modo, denota-se que a “hermenêutica” se alinha à ciência da interpretação e, lado outro, a “interpretação” é que vai determinar o sentido e o alcance da norma jurídica.

3 | OS DIVERSOS MEIOS/TÉCNICAS ADOTADAS QUANDO DA INTERPRETAÇÃO

Tercio Sampaio Ferraz Júnior aponta algumas regras de interpretação e nos apresenta uma estrutura que cognomina de métodos de interpretação e, assim, aduz que “estas visam à obtenção de um resultado. Com elas procuram-se orientações para os problemas de decidibilidade dos conflitos. Esses problemas são de ordem sintática, semântica e pragmática” (Ferraz, 2008, p.252).

Os problemas sintáticos são alusivos à conexão das palavras no conteúdo das sentenças; quanto aos lógicos, referem-se à conexão de uma expressão com outras dentro de certo contexto e, sistemáticos referem-se à conexão da sentença dentro de um todo orgânico.

Lato sensu, no âmbito da dogmática jurídica, os métodos de interpretação ou técnicas de interpretação são definidos como instrumentos/mecanismos rigorosos, eficientes e necessários para o alcance do conhecimento científico do direito (Streck, 2014, p.160).

Lênio Streck, acerca da atribuição do intérprete, faz importante consideração/recomendação de que:

O Direito não é aquilo que o intérprete quer que ele seja. Portanto, o direito não é aquilo que o Tribunal, no seu conjunto ou na individualidade de seus componentes, dizem que é [...] Portanto, há que se ter o devido cuidado: a afirmação de que o “intérprete sempre atribui sentido (Sinnggebung) ao texto” nem de longe pode significar a possibilidade de este estar autorizado a “dizer qualquer coisa sobre qualquer coisa”, atribuindo sentidos de forma arbitrária aos textos, como se texto e norma estivessem separados (e, portanto, tivessem “existência” autônoma). Com bem diz Gadamer, quando o juiz pretende adequar a lei às necessidades do presente, tem claramente a intenção de resolver uma tarefa prática. Isto não quer dizer, de modo algum, que sua interpretação da lei seja uma tradução arbitrária. Portanto, todas as formas de decisionismo e discricionariedades devem ser afastadas. (Lênio, 2014, p.

Tem sido alvo de críticas o tratamento doutrinário ofertado ao método interpretativo que, em conformidade com Warat “*sempre ocultou seu compromisso ideológico com as soluções reclamadas pela prática judicial*”. (Warat, 1994, p.88).

Abaixo, destacam-se algumas classificações dos métodos de interpretação.

3.1 Interpretação Gramatical, Lógica e Sistemática

Haverá uma interpretação gramatical quando se enfrenta uma questão lógica. Leva-se em conta, *a priori*, o fato de que a “*ordem das palavras e o modo como elas estão conectadas são importantes para obter-se o correto significado da norma*” (Ferraz, 2008, p.252).

Destaca-se que a interpretação gramatical, também cognominada de literal, conduz o julgador a captar a intenção da lei, ou seja, efetivamente, entender a letra da lei e a estar cauteloso com as ambiguidades e imperfeições comumente apresentadas em face da regra léxica prevalente. É para entender o que o texto normativo quer dizer em sua literalidade apenas.

Para Ferraz:

quando enfrentamos problemas lógicos, a doutrina costuma falar em interpretação lógica. [...] Parte-se do pressuposto de que a conexão de uma expressão normativa com as demais do contexto é importante para a obtenção do significado correto. Não obstante as exigências de compatibilidade lógica ocorrem, no entanto, inconsistências quando, às vezes, num mesmo diploma legal, usa-se o mesmo termo em normas distintas com conseqüências diferentes. Fere-se o princípio lógico da identidade. (Ferraz, 2008, p. 253).

Nesse toar, a interpretação lógica é adotada para emprestar solucionamento para problemas designados de sintáticos, com os quais comumente se defronta o intérprete da norma jurídica, que objetiva encontrar o verdadeiro sentido da lei por meio da adoção de princípios científicos da lógica. Enfrenta, portanto, questões lógicas da interpretação e, em consonância com a hermenêutica clássica, a interpretação lógica pode ocorrer no plano formal e material.

A lógica sob o plano formal se fundamenta em princípios que são considerados universais, como: identidade, contradição, razão, finalidade, etc. Enquanto que sob o aspecto da lógica material, há uma ocupação com o conteúdo da norma, de forma que vai além do texto que se quer interpretar. Há um aprofundamento na *ratio legis*, ou seja, investiga-se a razão que dá suporte para o preceito da norma, sua criação (momento histórico), dentre outros.

Destacam-se, a exemplo, como princípios lógicos formais que dão guarida para uma interpretação os argumentos seguintes: *a fortiori ratiōe; contrario sensu, etc.*

Ainda, segundo Ferraz,

quando se enfrentam as questões de compatibilidade num todo estrutural, falemos de interpretação sistemática [...]. A pressuposição hermenêutica é a da unidade

do sistema jurídico do ordenamento. Há aqui um paralelo entre a teoria das fontes e a teoria da interpretação. Correspondentemente à organização hierárquica das fontes, emergem recomendações sobre a subordinação e a conexão das normas do ordenamento num todo que culmina (e principia) pela primeira norma-origem do sistema, a Constituição. (Ferraz, 2008, p. 256).

A interpretação sistemática, por sua vez, leva em consideração o preceito jurídico de forma interpretá-lo como fragmento do sistema normativo maior que o abarca, ou seja, a interpretação do dispositivo ocorre em confronto com os demais dispositivos legais do sistema jurídico.

Nesse desiderato, a título de exemplo, cita-se o fato de que para entender determinado artigo do Código Processo Civil, do Código Civil ou de outro Estatuto Normativo, temos que considerá-lo integrante de um sistema geral do Código, fundado em uma hierarquia de normas ou, mesmo em face dos Princípios Gerais de Direito como um todo, sem falar, sobretudo, da necessária compatibilidade com a Carta Maior, que é a preceptora de todas as demais normas infraconstitucionais.

Há que se ressaltar que a interpretação sistemática prevalece sobre a interpretação literal, pois um dispositivo legal não existe por si só, de forma isolada, ao revés, é parte integrante de um sistema, que deve ser coerente e harmônico. Desta feita, se um determinado texto legal tem um sentido em sua literalidade, mas outro sentido enquanto parte que integra um sistema, este, ressalta-se, deve preponderar.

3.2 Interpretação Histórica/Sociológica

Para Ferraz, os problemas cognominados de semânticos, restritivamente, se referem aos significados das palavras individuais ou de sentenças prescritivas e, com isso, tais questões conduzem à ambigüidade/duplo sentido e vaguidade/imprecisão. Assim, a teoria dogmática da interpretação busca, por via interpretativa, estabelecer um contorno genérico. (Ferraz, 2008, p. 261).

Ferraz anota que,

podemos distinguir entre a interpretação sociológica e a histórica conforme se leve em consideração a estrutura momentânea da situação ou sua gênese no tempo. Na prática, porém é difícil sustentar a distinção. A busca do sentido efetivo na circunstância atual ou no momento de criação da norma mostra que ambos se interpenetram. Daí, às vezes, a ideia de uma interpretação histórico-evolutiva. É preciso ver as condições específicas do tempo em que a norma incide, mas não podemos desconhecer as condições em que ocorreu sua gênese. (Ferraz, 2008, 262).

Nesse toar, Ferraz sugere que o intérprete recorra aos precedentes normativos e preparatórios para se chegar ao *occasio legis*, ou seja, “o conjunto de circunstâncias que marcaram efetivamente a gênese da norma” (Ferraz, 2008, p. 262).

Assim, é possível aduzir que a interpretação histórica tem a finalidade de expor o real intento do legislador em uma determinada época, cujo momento histórico-social deu origem àquela norma, ou seja, é a *occasio legis* quando a lei foi elaborada. Em

suma, a norma, face à interpretação história, expõe as razões motivadoras de sua efetiva implementação jurídica naquele momento.

3.3 Interpretação Teleológica e Axiológica

A atividade interpretativa, em conformidade com a doutrina hermenêutica, busca a *ratio legis*, ou seja, o sentido e o alcance da norma jurídica para a qual foi elaborada, sem ter que se valer de critérios precisos para a interpretação.

A questão refere-se a problemas pragmáticos de interpretação em um sentido estrito e que está afeta à “*carga emocional dos símbolos*” (Ferraz, 2008, p. 265), cuja solução é através de uma interpretação teleológica ou axiológica.

O ponto nevrálgico é que sempre se atribui uma finalidade para uma determinada norma, porém, por vezes, não tem esse fim tão claro o bastante para se atingir o desiderato visado/proposto.

Para Warat, a interpretação teleológica ou finalística tem por objetivo compreender o direito do seu ponto de vista funcional, melhor dizendo, que a norma jurídica cumpre a finalidade para a qual foi elaborada de forma a justificar a sua existência. (Warat, 1994, p. 82).

Anota-se, neste caso, que a finalidade da norma, socialmente, é um tanto quanto clarividente, fazendo com que a interpretação de uma determinada questão seja de imediato, direcionada para os fins que a orienta.

É cediço que, não obstante seus objetivos finalísticos e, ante a sociedade pluralística que vivemos no relativo aos direitos fundamentais e sociais, anota-se que, por vezes e por questões políticas, é observado interesse próprio e não o social para o qual a norma foi elaborada. A norma que deveria ter um caráter geral (para todos) passa a ter um caráter direcionado (para alguns), de modo a ocorrer uma determinada “personalização”.

4 | A NORMA E O SEU ALCANCE

Questão deveras importante é o alcance/contorno da norma, ou seja, o que efetivamente a norma abrange. Como já mencionado, a interpretação da lei busca o seu verdadeiro alcance, pois seu sentido nem sempre se esgota em sua literalidade.

Tércio Sampaio Ferraz decodifica os tipos de interpretação, mormente o teleológico e o axiológico, em especificadora, restritiva e extensiva, cujas denominações já nos assinalam e conseqüentemente pode-se abstrair o seu próprio significado.

Assim, para a interpretação especificadora “*parte do pressuposto de que o sentido da norma cabe na letra de seu enunciado. [...]A teoria dogmática apenas dirá que na interpretação especificadora, a letra da lei está em harmonia com a mens legis ou o espírito da lei, cabendo ao intérprete apenas constatar a coincidência*”. (Ferraz, 2008, 267-268).

A interpretação especificadora é classificada, para Sobral Pinto e Menna Vasconcellos, em interpretação declarativa, ou seja, é aquela quando o trabalho hermenêutico fizer concluir que a lei disse exatamente o que queria dizer. (Sobral Pinto e Menna Vasconcellos, 2019, 34).

O intérprete busca a vontade do legislador de forma que pode denotar-se uma coincidência com o sentido das expressões.

A interpretação restritiva, como se pode abstrair ocorre,

toda vez que se limita o sentido da norma, não obstante a amplitude de sua expressão literal. [...] a interpretação restritiva pode conter vaguidade denotativa ou ambiguidade conotativa. O primeiro é o caso das normas excepcionais. Não obstante a possibilidade de a *facti species* cobrir outros conteúdos, a doutrina recomenda que a extensão não se faça. O segundo é o caso de direitos fundamentais. Apesar de símbolos como liberdade, vida, saúde, segurança serem ambíguos, cabe ao intérprete tomá-los como conotativamente restritos toda vez que uma norma lhes imponha regras. (Ferraz, 2008, 269-270).

Para Sobral Pinto e Menna Vasconcellos, denota-se a interpretação restritiva “*quando se restringir o seu alcance, pois a literalidade da lei disse mais do que queria*”. (Sobral Pinto e Menna Vasconcellos, 2019, 34).

Esta interpretação leva em conta a *mens legis*, ou seja, o espírito da lei, com significado próprio, devidamente expressado.

Por fim, a interpretação extensiva, que

amplia o sentido da norma para além do contido em sua letra. [...] estará respeitada a ratio legis, pois o legislador (obviamente, o legislador racional) não poderia deixar de prever casos que, aparentemente, por uma interpretação meramente especificadora, não seriam alcançados. (Ferraz, 2008, p. 271).

No que tange à interpretação extensiva, Sobral Pinto e Menna Vasconcellos pondera que “*amplia o seu alcance da literalidade da lei, pois esta diz menos do que sua finalidade sinaliza*”. (Sobral Pinto e Menna Vasconcellos, 2019, 34).

Oportuno ressaltar que para alguns ramos do direito adota-se uma interpretação extensiva para fins de, e por várias vezes, suprir lacunas do direito, a exemplo, do direito trabalhista que pode ser aplicado supletivamente no tocante ao funcionalismo público.

5 | A DECIDIBILIDADE

Nesse toar, a dogmática jurídica busca na interpretação a realização do sentido atribuído pelo criador da norma.

Para Ferraz, as normas jurídicas se utilizam de palavras para disciplinar a conduta humana e, por vezes, o legislador se vale de vocábulos que abstrai da linguagem cotidiana, todavia lhes atribui um sentido técnico que difere do habitual/rotineiramente

adotado, culminando por um conflito quando da aplicação da norma jurídica. Assim sendo, a hermenêutica dogmática teria por função prática a “*determinação do sentido das normas, o correto entendimento do significado dos seus textos e intenções, tendo em vista a decidibilidade de conflitos*” (Ferraz, 2001, p. 251-252).

Conforme Otávio Coelho, uma lide que apresente diversas premissas e, por conseguinte, várias soluções, a tópica argumentativa cria sistemas e agrupamentos semelhantes, a fim de reunir em cada provável solução (ponto de vista, interpretação) os possíveis argumentos de justificá-la, com o objetivo de torná-la a mais forte e consistente possível. A argumentação tópica é que verdadeiramente delinea qual o método avultará em detrimento dos demais métodos. A decisão originária será então a essência de qual dos métodos preponderou durante todo o processo que culminou com a decidibilidade.

Ao decidir, o jurista cria um sistema dinâmico e prospectivo. Vale-se do conhecimento e o domínio de meios para se chegar ao fim almejado, do uso correto do vocabulário jurídico, da formulação de definições, do uso de técnicas interpretativas, adéqua a norma antevista à situação fática. Vale-se de possíveis argumentos com o fim de justificar e conseqüentemente consolidar/decidir.

Considerando que a decidibilidade é o ponto fulcral do Direito, uma demanda em conflito julgada, gozará de amparos legais e, transitada em julgado, culminará por uma verdade irretorquível, integrando o rol de jurisprudências/decisões superiores conferindo ao ordenamento a competente segurança jurídica, segundo anota Otávio Coelho.

Assim, a decidibilidade se traduz no amoldamento da norma à situação fática, após uma ponderação argumentativa consistente, constituindo, por consequência, em ferramenta de exteriorização do Direito.

6 | A INTERPRETAÇÃO DAS NORMAS E A BUSCA DE DECISÃO EM SITUAÇÕES DE CONFLITO

A ciência do direito é deveras complexa, pois estuda o fenômeno jurídico em todas as suas manifestações e momentos.

A finalidade da ciência jurídica é o conhecimento do Direito. E, nesse toar, o jurista amplia o seu estudo voltado para o conhecimento do Direito (Diniz, 2009, p.2).

A dogmática vem adotando postura mais crítica, entretanto, sempre se vale da tradicional, apelando para, por exemplo, a vontade da lei, a intenção do legislador, a ponderação de valores. Construiu-se um universo em que a interpretação passa a ser um jogo de cartas (re) marcadas, conforme aponta Streck (2014, p.106).

Em face do Estado Social de Direito vivenciado em nosso país e assegurado pela Carta Maior, as situações de inércia dos Poderes Executivo e Legislativo são efetivamente supridas pelo Judiciário. Este, emerge como concretizador de direitos

não realizados, ressaltando, inclusive, o seu papel de servir como via de resistência a possível retrocesso de direitos sociais.

Streck aponta que num Estado Democrático de Direito, ocorre certo deslocamento do centro de decisões do Legislativo e do Executivo para o plano da justiça constitucional. [...] no Estado Democrático de Direito, o foco da tensão se volta para o Judiciário. (Streck, 2014, p. 64).

Dessa maneira, a ciência Jurídica, em conformidade com Maria Helena Diniz, vem “*apresentar o direito como um todo coerente, contendo uma unidade sistemática, numa tentativa de conciliar as contradições, sem, contudo, eliminá-las, criando assim condições para a decisão dos conflitos com um mínimo de perturbação social*”.

Um dos propósitos da ciência jurídica é manter a paz social. E, diante de situações de conflito, considerando a necessidade de se valer de métodos para se chegar à decidibilidade dos diversos casos que chegam ao judiciário, críticas são apontadas pelos doutrinadores, nos termos destacados por Nilo Bairros de Brum, que nos diz:

apresentados como caminhos neutros que levam à verdade, nada mais são os métodos e teorias de interpretação jurídica que sendas que apontam aos valores. Constituem procedimentos partilhados por um setor social especializado na resolução de problemas concretos, mais implicam, também, a tomada de posições políticas a ação e reação frente ao poder constituído. [...] Estes métodos e teorias podem ser vistos como instâncias retóricas que têm a função de canalizar, de forma aparentemente neutra e científica, determinados valores que se quer preservar. Conforme o método ou conjunto de métodos que se use, pode-se trocar a linha de decisão, extraindo-se da mesma norma legal diferentes consequências jurídicas. Assim, a fungibilidade de métodos transforme a interpretação jurídica num jogo de cartas marcadas. (Brum, 1980, p. 39-40).

Há uma preocupação em se fixar regras de interpretação e juristas trabalham com métodos de interpretação, ressaltando que, no meio doutrinário, existem um número diverso deles nos termos já expostos.

Eros Grau, citado por Lênio Streck, tece importante crítica de que:

A existência de diversos cânones de interpretação – que é agravada pela inexistência de regras que ordenam, hierarquicamente, o seu uso (Alexy) – faz com que esse uso resulte arbitrário. Esses métodos, diz Grau, funcionam como justificativas para legitimar resultados que o intérprete se propõe a alcançar. Os métodos funcionam, assim, como reserva de recursos de argumentação, dependendo, ademais, também de interpretação (Zagrebelsky). E, aduz, já que a única coisa que fazem é prescrever um determinado procedimento de interpretação, eles não vinculam o intérprete (Hassemer). Ou seja, a fragilidade dos métodos de interpretação deriva da inexistência de uma meta regra ordenadora de sua aplicação, em cada caso, de cada um deles, conclui. (Streck, 2014, p. 162).

Assim, possível variabilidade dos métodos de interpretação de uma mesma norma jurídica pode culminar com distintas consequências jurídicas, especialmente, quando existem situações de conflito.

7 | CONSIDERAÇÕES FINAIS

A ciência do direito é constituída por uma estrutura de modelos e, considerando que a ciência jurídica é formada por uma grande série de teorias que guardam unidade, estas têm uma função pontual, cujas doutrinas transformam essa ciência em uma dogmática jurídica.

Nesse caminhar, o direito busca, para a sociedade, decisões envoltas de paz, harmonia, coerência com o todo jurídico. Para tanto, se vale de métodos que canalizam a esse desiderato, de forma que estes sejam os indicativos, em situações conflitantes, encontrar a melhor solução, ou seja, a melhor decisão em face diante dos conflitos e, conforme pontuado por Diniz, “*com um mínimo de perturbação social*”.

Ocorre que, os métodos são recursos para os elementos argumentativos, porém, estão adstritos à interpretação e, para tanto, inexistente uma regra prefixada/ estabelecida, que conduza a uma única forma central de decisão, podendo estas culminar, com consequências jurídicas não uniformes.

REFERÊNCIAS

Bairros de Brum, Nilo. **Requisitos retóricos da sentença penal**. São Paulo: RT, 1980.

Ferraz Jr., Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito - Técnica, Decisão, Nomenclatura**. Editora Atlas. 6ª Ed. 2008.

_____. **A ciência do direito**. São Paulo: Atlas, 2010.

França, R. Limongi. **Hermenêutica jurídica**. 9 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

Diniz, Maria Helena. **Compêndio de Introdução à ciência do direito**. 17ª edição. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. **A ciência jurídica**. São Paulo: Saraiva, 2009.

<https://otaviocoelho94.jusbrasil.com.br/artigos/112172834/ciencia-do-direito-a-problematiza-da-decidibilidade>

<https://jus.com.br/artigos/43771/hermeneutica-e-a-interpretacao-caracteristicas-e-fundamentacoes>

Montoro, André Franco. **Introdução à ciência do direito**. 25 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

Sobral Pinto, Cristiano Vieira; Menna Vasconcellos, Fábio de. **Prática Processual Civil em Síntese**. Editora JusPodivm. Salvador. Bahia, 2019.

Streck, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) crise uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 11ª Edição. Editora Livraria do Advogado. Porto Alegre, 2014.

Warat, Luiz Alberto. **Introdução Geral ao Direito I**. Porto Alegre, Fabris. 1994.

REFLEXÕES SOBRE O CONTROLE JUDICIAL NOS ATOS ADMINISTRATIVOS DISCRICIONÁRIOS

Arietha de Alencar Santos

Estudante do curso de graduação em Direito do Centro Universitário 7 de Setembro (UNI7).

Participação na XIV Semana de Iniciação Científica. E-mail: ariethadealencar@hotmail.com

RESUMO: O presente artigo tem o fito de explanar o controle, pelo Poder Judiciário, dos atos administrativos, por assim chamados, discricionários, abrangendo o âmbito do mérito. Por muito tempo, afirmou-se que não poderia haver nenhum tipo de controle judicial, uma vez que feria o princípio da separação dos poderes, bem como alguns princípios administrativos, tais da eficiência e da legalidade. Contudo, essa prerrogativa vem se modificando, abrindo possibilidades de intervenção judicial, em exame de mérito, nos atos administrativos discricionários, encontrando limites e controvérsias no que tange ao princípio da juridicidade. O trabalho, portanto, está dividido nas seguintes premissas: O conceito geral do que seria respectivos atos, a fim de um melhor entendimento para a problemática exposta; o estabelecimento da distinção entre o que seria os atos administrativos vinculados e os discricionários, abrangendo seus elementos, os quais incidem o controle judicial; a possibilidade do Poder Judiciário intervir nos atos administrativos discricionários, em relação

ao mérito, concatenando com a problemática que surge em torno da temática, com o fito de demonstrar quais os posicionamentos em relação a essa perspectiva; e as partes final serão designadas para aferir um pouco sobre esse controle na efetivação de políticas públicas, concluindo o artigo com preceitos pessoais.

PALAVRAS-CHAVE: Controle Judicial. Atos Administrativos Discricionários. Exame de Mérito. Limites.

1 | METODOLOGIA

Para a fundamentação deste artigo acadêmico, fez-se necessário a utilização de uma metodologia de pesquisa descritiva e exploratória, por meio de livros acadêmicos, sites, bem como periódicos e explanações de conteúdos em aulas universitárias.

2 | INTRODUÇÃO

A Administração Pública, em um Estado Democrático de Direito, tem como maior prerrogativa a efetivação da atividade estatal voltada para a realização do interesse público, ou seja, os interesses da coletividade devem prevalecer diante das necessidades específicas dos indivíduos.

Para que essa finalidade seja alcançada, a Administração Pública é regida pelo princípio da legalidade em sentido estrito, o qual somente será possível o que a lei autoriza ou determina. Portanto, toda e qualquer atividade administrativa deve ser autorizada por lei, não o sendo, a atividade será ilícita, razão pela qual as competências dos administradores são pré-definidas.

Nesse âmbito, a realização das condutas estatais se faz presente pelos atos administrativos, os quais são aqueles que possuem uma margem de liberdade estabelecida em lei ao servidor para decidir perante o caso concreto. É sob esse viés que incide o controle feito pelo Poder Judiciário, nos exames de mérito, determinando certos vieses em relação aos limites do mesmo.

Com isso, percebe-se que, no atual paradigma do Estado Democrático de Direito, os atos administrativos, de um modo geral, podem e devem passar pela “supervisão” jurisdicional, em respeito aos princípios norteadores do Direito Administrativo, como a moralidade, e a impessoalidade, além do princípio que rege na qual não será excluída da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão ou ameaça a direito¹.

Por fim, a possibilidade desse controle nos atos administrativos discricionários é existente, tanto no exame de legalidade, como também no exame de mérito. Este último, porém, cria questionamentos em consonância a limitação desse controle, gerando certo conflito, pois, até que ponto a possibilidade de intervir será necessária, sem que isso prejudique a esfera de discricionariedade dos administrativos, e sem que isso reflita na completa efetivação de princípios constitucionais, tais como a separação dos poderes?

3 | CONCEITO DOS ATOS ADMINISTRATIVOS

Para se ter de enfatizar o viés do controle judicial sobre os respectivos atos, far-se-á necessário à sua devida significação. Os atos administrativos, contudo, são atos por meio do qual a Administração Pública² atua, no exercício da função administrativa, sob o regime de Direito Público, ensejando manifestação da vontade do Estado, ou seja, são atos em que o Estado atua com força de Estado. É o que preceitua Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2014, p.205):

[...] pode-se definir o ato administrativo como a declaração do Estado ou de quem o represente, que produz efeitos jurídicos imediatos, com observância da lei, sob regime jurídico de direito público e sujeita a controle pelo Poder Judiciário.

Em contrapartida, tal acepção não se confunde com os atos da administração, uma vez que se designa por ser qualquer conduta praticado pelo Estado, gerando

1 Princípio da Inafastabilidade ao Poder Judiciário, ou Sistema de Jurisdição Única, previsto no artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal.

2 Ressalta-se que aqui, inclui não só os entes da Administração Pública centralizada, mas também os descentralizados, tais os particulares e os entes da Administração indireta.

a premissa de que nem todo ato da administração, será um ato administrativo- por exemplo, os atos de Direito Privado praticados pelo Estado.

4 | ATOS VINCULADOS E ATOS DISCRIONÁRIOS

Os atos administrativos, contudo, podem ser divididos em vinculados e discricionários. São conceitos diferentes entre si, uma vez que essa divergência se baseia no critério do grau de liberdade.

Os atos vinculados são aqueles praticados pela Administração sem margem de escolha, de liberdade pelo administrador, pois a lei define, previamente, todos os aspectos da conduta. É o caso da aposentadoria compulsória, com proventos proporcionais ao tempo de contribuição, do servidor que completa 70 anos de idade, ou aos 75 anos de idade, na forma de lei complementar.³

Já os atos discricionários se caracterizam pela lei conferir ao agente público a possibilidade de escolher, diante do caso concreto, a solução que seja a melhor maneira de atingir o interesse público, ou seja, o legislador dá uma margem de liberdade para o administrador escolher, dentre diversas opções possíveis, a que mais aduz com a realização da finalidade pública, da coletividade.

A admissão de uma ou outra maneira é feita segundo critérios de oportunidade, conveniência, justiça, próprios da autoridade, porque, uma vez posto certa discricionariedade, não são definidos pelo legislador. É por essa razão que a ação do agente público não é totalmente livre, pois deve-se respeitar os limites legais, principalmente quanto aos elementos da competência, finalidade e forma (que serão analisados posteriormente).

A título de exemplificação desses atos, hipoteticamente analisado, supondo que uma conduta “x” enseje como sanção uma suspensão que varia de 1 a 90 dias. O administrador, contudo, fará um juízo de mérito, com base na oportunidade e na conveniência, para escolher, dentro das opções escolhidas, qual será aplicada no caso concreto- 3 dias, 10 dias, 90 dias. Além do decreto expropriatório, da permissão e da autorização.

4.1 Elementos do ato administrativo

É importante salientar os requisitos dos atos administrativos, pois é a partir deles que a perspectiva do controle judicial se funda, além de fazerem referência de como esses atos se organizam. Contudo, podem ser delimitados: a) competência; b) finalidade; c) forma; d) motivo; e) objeto.

A competência é um requisito vinculado. Decorre, portanto, do princípio da legalidade estrita, em que o funcionário público só poderá fazer aquilo que a lei definir como competência do cargo, limitando sua atuação àquele campo específico de atribuições, pré-determinado. Ou seja, segundo Hely Lopes Meirelles (2016, p;175)

³ Vide artigo 40, inciso II, da Constituição Federal.

“[...] entende-se por competência administrativa o poder atribuído ao agente da Administração para o desempenho específico de suas funções.”

A finalidade é o escopo do ato, sendo um requisito também vinculado. É tudo aquilo que se busca proteger com a prática do ato administrativo; é um dever-poder. Sempre que o ato for realizado visando o interesse alheio sobre o público, será nulo por desvio de finalidade.

A forma, contudo, é o modo de exteriorização do ato, sempre determinado em lei. Esse atributo sujeita, condiciona o Estado a formalidades (processos) prévias exigidos na expedição do ato, se caracterizando por um requisito vinculado.

O objeto é a providência prática do ato na vida real, ou seja, é a efetivação pretendida ao desenvolvê-lo. Vale frisar que é um requisito discricionário, possuindo uma margem de liberdade, dentro dos limites da lei, para a aferição pelo administrador.

Por fim, o motivo se finda como a situação fática (de fato ou de direito) que precipita a edição do ato administrativo; é a causa legal do objeto. É importante destacar que o motivo não se confunde com a motivação, uma vez que esta última se caracteriza pela fundamentação do ato, a demonstração das razões que levaram à prática do mesmo.

Ademais, se faz presente perceber que esses dois últimos requisitos (objeto e motivo) é onde se encontra o chamado mérito administrativo, visto que ambos são elementos discricionários, e, uma vez proferido uma conduta, se tem um juízo de oportunidade e conveniência, os quais constituem o núcleo da função típica do Poder Executivo, formando uma decisão de mérito. É exatamente sob esse viés que incide a reflexão problemática do controle judicial visto a seguir.

5 | CONTROLE JUDICIAL DOS ATOS ADMINISTRATIVOS

A partir desses elementos, pode-se aferir os dois tipos de controle feito pelo Judiciário nos atos administrativos, tais como: exame de legalidade, e exame de mérito, que são totalmente distintos entre si.

O exame de legalidade se qualifica sempre que há uma conformidade do ato com a lei, a fim de prover sua legalidade. Estará presente, contudo, em todos os atos vinculados, assim como os elementos, e, também, nos elementos discricionários-motivo e objeto- dos atos administrativos discricionários quando houver uma opção legal. Ou seja, sempre será cabível o controle judicial nessa espécie de exame, sendo uma prerrogativa pacífica na doutrina.

Em contrapartida, o exame de mérito é feito apenas em relação aos elementos discricionários dos atos administrativos discricionários quando houver opções legais, quando a oportunidade e conveniência não atingirem o interesse da coletividade, com decisões desarrazoadas.

É possível afirmar que há possibilidade de controle judicial no exame de mérito dos atos administrativos, desde que o âmbito dessa discricionariedade respeite

os limites em que lhe é assegurado pela própria lei. É sob esse ponto que surge a problemática.

Inicia-se, pois, um questionamento: Quais são, portanto, os limites que esse controle terá sem que isso acarrete prejuízos das mais diversas esferas principiológicas? É o que preceitua, todavia, Germana de Oliveira (2004, p.106):

“Hoje em dia não mais se discute a possibilidade- reconhecida, à unanimidade, pela doutrina jus- administrativista, de controle jurisdicional da aplicação pela Administração Pública de normas que contêm conceitos jurídicos indeterminados, assim como daqueles que atribuem discricionariedade. [...] O que se discute, porém, são os limites desse controle pelo Poder Judiciário. Tais limites implicam a exclusão de alguns atos administrativos de apreciação judicial, ou originam apenas uma sindicabilidade judicial limitada para certos atos administrativos?”

Com base na citação transcrita, observa-se que a problemática do controle do Poder Judiciário nos atos administrativos discricionários envolve a tensão entre dois princípios relevantes: Princípio da Inafastabilidade da Tutela Jurisdicional e o Princípio da Separação dos Poderes. Pois bem.

O princípio da inafastabilidade da tutela jurisdicional consiste no direito de ir à juízo, de poder ir à justiça para pedir qualquer coisa, não podendo ser proibido da apreciação jurisdicional, ainda que não tenha o direito do pedido.

No âmbito do Direito Administrativo, esse conceito constitui como um fundamento da possibilidade de controle judicial nos atos administrativos exteriorizados em função da atividade do agente público não vinculada, ou seja, qualquer ato, mesmo esse sendo vinculado ou discricionário, poderá ser examinado pelo Judiciário, a fim de evitar lesão ou ameaça a direito.

Nesse viés, há uma potencialização desse controle através de princípios relacionados, também administrativos, como o da publicidade, em que, uma vez feito esse controle em atos que possuem uma vazão de liberdade, e que possuem um “leque” maior no que tange ao requisito objeto, devem sempre ser fundamentados. Essas premissas acabam dando uma maior viabilização para que esse controle seja feito sem nenhum tipo de rejeição.

Em contrapartida, do outro lado, há o princípio da separação dos poderes, esquematizada por Montesquieu, em que o Estado Moderno possui três poderes: Poder Legislativo, Poder Executivo, e Poder Judiciário. Atualmente, intitulada no próprio ordenamento jurídico brasileiro, conceituando como poderes harmônicos e independentes entre si.

Nesse contexto, a harmonia e a independência desses poderes se faz presente por meio da teoria dos freios e contrapesos, a qual estabelece que os poderes poderão, sem ferir a autonomia de cada poder, exercer um controle recíproco, uma interferência autorizada pela teoria do Estado a fim de dar uma maior segurança para a sociedade.

Visto isso, há um contraponto entre a aferição, ou não, do controle, pelo Poder

Judiciário, dos atos administrativos discricionários, que emergem exatamente na perspectiva dos mencionados princípios constitucionais, expondo, a seguir, os pontos de vista de tais divergências.

5.1 Do princípio da separação dos poderes (perspectiva negativa do controle judicial)

Para alguns doutrinadores, o controle jurisdicional nos atos administrativos discricionários se torna algo negativo na medida em que invade a autonomia do Poder Executivo, ferindo o princípio da separação e independência dos poderes, já que se trata de competência exclusiva da função administrativa.

Por ser algo exclusivo, os agentes públicos decidem, pelas opções postas, qual será a melhor, por meio da conveniência e da oportunidade do ato para aquela específica situação fática. A situação fática, contudo, enseja a produção de determinada ação, que gera uma decisão administrativa em cuja complexidade concorrem diversos fatores externos, bem como internos, ao administrador, visto que o pensamento humano é extremamente diversificado. É sob esse viés que preceitua José dos Santos Carvalho Filho (2013, p.126):

“O judiciário, entretanto, não pode imiscuir-se nessa apreciação, sendo-lhe vedado exercer controle judicial sobre o mérito administrativo. [...] se o juiz cabe a função jurisdicional, na qual afere aspectos de legalidade, não se lhe pode permitir que proceda a um tipo de avaliação, peculiar à função administrativa e que, na verdade, decorre da própria lei.”

Além disso, pode-se estabelecer que o ato administrativo discricionário possui um centro, o qual se funda pela margem de escolha do agente público. Uma vez adentrando nesse núcleo, e determinando decisões diversas das escolhidas pela discricionariedade do administrador, há uma grande possibilidade de que o juiz, ao proferir esse controle, substitua o papel desse servidor nas decisões, que até então, são próprias da sua função. Fundamentando, pois, Márcio Pestana (2010, p.657):

“[...] o núcleo do mérito administrativo, próprio dos atos discricionários, desde que observadas as condições precedentes que lhe são impostas pelo ordenamento, não deve se submeter à revisibilidade do Poder Judiciário, sob pena de o juiz passar a substituir o administrador público, o que não se compagina com a ordem constitucional vigente no País.”

Ademais, há várias decisões jurisprudencial que refletem nesse mesmo sentido, conforme estabelece o relator Correia Lima (TJ-SP, ApCív nº234.352-1, 1995): “a conveniência e oportunidade do ato administrativo constitui critério ditado pelo poder discricionário, o qual, desde que utilizado dentro dos permissivos legais, é intangível pelo Poder Judiciário”.

Além de outros julgados, importantíssimos para serem levados em consideração sobre a questão exposta, tais conferida pelo relator Walter Moraes (TJ-SP, ApCív

nº212.259-1-6, 1994): “É princípio de direito administrativo que o controle judicial dos atos da Administração limita-se à ordem da legalidade: o Judiciário não tem poder de ingerência no mérito administrativo dos atos do Executivo”; e proferido pelo relator Maurício Corrêa (HC nº73.940, 1996): “ao Judiciário compete tão somente a apreciação formal e constatação da existência ou não de vícios de nulidade do ato expulsório, não o mérito da decisão presidencial”.

Visto isso, é evidente a tendência que se tem, tanto aos juristas, como os doutrinadores, de ser contrário o viés do controle do Poder Judiciário sobre os atos administrativos discricionários, uma vez que esse controle é totalmente coerente na perspectiva de legalidade, e não nas questões de mérito.

5.2 Compatibilização entre o Princípio da Inafastabilidade da Tutela Jurisdicional e o Princípio da Separação dos Poderes (perspectiva positiva do controle judicial)

Em contrapartida, alguns autores defendem que não haverá nenhum tipo de perspectiva inconstitucional no controle judicial dos atos administrativos discricionários, devendo ser devidamente efetivados.

Com isso, surge certos posicionamentos. O primeiro incide na perspectiva de que, se firmar somente na possível invasão da autonomia de determinado poder seria um completo erro, pois, atualmente, se faz muito presente a interferência harmônica entre os poderes, já que a própria Teoria do Freios e Contrapesos dá margem a essa premissa.

Outrossim, defende-se que a possibilidade de controle judicial desses atos incide tão somente no interesse público, que é o alicerce das condutas dos administradores. Portanto, a questão principal não seria a variedade, a margem de escolha que decidirá o agente público, e sim se respectiva decisão atende ou não o interesse coletivo.

Dessa forma, o Poder Judiciário, quando faz o devido exame dos atos administrativos discricionários, independentemente se esse exame for de legalidade ou de mérito, irá julgar se a decisão estabelecida atinge ou não a prerrogativa básica da Administração Pública: o interesse da sociedade. Se caso estiver conforme a esse interesse, o ato será válido, caso contrário, haverá a sua nulidade; não se discutindo, assim, o melhor mérito administrativo.

Por outro lado, pode-se fundamentar que, por o interesse público ser designado no Direito Administrativo como um princípio implícito, o controle judicial feito nos atos discricionários consistiria, contudo, no sentido de um exame principiológico- adentrando na ceara de princípios constitucionalmente explícitos (legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência) e àqueles implícitos, tais como da razoabilidade, da proporcionalidade, entre outros- da atuação feita pelo administrador.

Seria, portanto, não um exame de legalidade, muito menos de mérito, mas sim voltado para as perspectivas intrínsecas dos princípios. Assim, não teria somente o interesse público como principal objetivo do controle judicial, mas também um vasto

conjunto de princípios de Direito Administrativo, sendo necessário ao agente público a outorga não de um poder, mas de um poder-dever, a fim de operar no caso concreto com as devidas observâncias que requer os atos discricionários.

Por fim, sob outra vertente, determinados doutrinadores defendem a existência do que se denomina de conceitos legais, ou jurídicos, indeterminados, os quais se caracterizam como um dispositivo vago, devido à sua amplitude de designação, possibilitando diversas interpretações.

É o caso das noções imprecisas que o legislador usa com frequência para designar o motivo e a finalidade do ato- como interesse público, conveniência administrativa, ordem pública, moralidade, entre outros-, pois, afinal, o que seria decidir a escolha de um ato administrativo, dentre opções expostas pela lei, através da oportunidade e conveniência?

Nesse viés, tais conceitos indeterminados geram uma área de atuação administrativa, assim chamada de “área de livre decisão”, onde a esfera de discricionariedade se faz presente. Esse campo de decisão, portanto, é reconhecido pela Constituição Federal Brasileira, ao intitular a separação dos poderes, sendo insuscetível de revisão judicial.

Todavia, no momento em que um ato discricionário, dentro da área de livre decisão, gerar lesão ou ameaça a direito, sempre ser será admissível o controle do Poder Judiciário, ocorrendo, dessa forma, uma compatibilização entre o Princípio da Inafastabilidade da Tutela Jurisdicional e o Princípio da Separação de Poderes. É o que determina Germana de Oliveira (2004, p.110-111):

“Assim, no Direito Brasileiro, os princípios da inafastabilidade da tutela jurisdicional e da separação de poderes são perfeitamente compatíveis entre si, pois, quando da atividade não vinculada da Administração Pública, desdobrável em discricionariedade e valoração administrativa dos conceitos verdadeiramente indeterminados, na denominada área de livre decisão que lhe é reconhecida, resultar lesão ou ameaça a direito, é sempre cabível o controle jurisdicional, seja à luz do princípio da legalidade, seja em decorrência dos demais princípios da Administração Pública [...]”

5.3 Limites da discricionariedade

No entanto, algumas teorias vêm surgindo na perspectiva de afirmar a ampla possibilidade de apreciação pelo Poder Judiciário dos respectivos atos administrativos, fixando, dessa forma, limites ao exercício da sua discricionariedade.

Uma das teorias, importantes de ressaltar, é decorrente do desvio de poder. O desvio de poder, ou também chamado de desvio de finalidade, se caracteriza quando o agente do Estado pratica um ato dentro do âmbito discricionário, até mesmo dentro dos limites da competência que lhe é conferida, mas visando a alcançar outra finalidade diferente da que a lei fixou.

Diante disso, fica o Judiciário totalmente autorizado a decretar a nulidade do ato, já que a Administração Pública desvinculou o propósito dos interesses coletivos em

benefício ora próprio ou alheio, ora distinto da finalidade que não lhe seja própria.

Outro aspecto é a teoria dos motivos determinantes. Essa teoria define que os motivos apresentados como justificadores da prática do ato administrativo vinculam este ato e, caso os motivos sejam viciados, o ato será ilegal. Portanto, para examinar essa perspectiva, é necessário que o Poder Judiciário faça um controle nos pressupostos de fato e nas demonstrações que, até então, levaram ao ato se efetivar. Maria Sylvia Zanella Di Pietro exemplifica da seguinte forma (2014, p. 229-230):

“Para apreciar esse aspecto, o Judiciário terá que examinar os motivos, ou seja, os pressupostos de fato e as provas de sua ocorrência. Por exemplo, quando a lei pune um funcionário público pela prática de uma infração, o Judiciário pode examinar as provas constantes do processo administrativo, para verificar se o motivo (a infração) realmente existiu. Se não existiu ou não for verdadeiro, anulará o ato.”

Portanto, o que se verifica, no Direito Brasileiro, é uma forte tendência no sentido de limitar ainda mais a discricionariedade administrativa, para que o controle judicial seja ampliado.

Contudo, respectiva disposição pode ser verificada em relação às perspectivas imprecisas, já citadas anteriormente, em que o legislador usa com assiduidade para aferir determinados elementos dos atos administrativos discricionários.

É sob esse prisma, por fim, que rege o constante aumento da possibilidade do controle jurisdicional nos atos discricionários, uma vez que abre vazão a uma interpretação mais expandida, já que os conceitos expostos adentram em uma “zona cinzenta”, insuscetível de literalidade.

6 | O CONTROLE JUDICIAL NOS ATOS ADMINISTRATIVOS DISCRIONÁRIOS PARA A EFETIVAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS

O termo “políticas públicas” é um conceito bastante amplo, com várias determinações intrínsecas, possuindo, portanto, uma vastidão de definições nas doutrinas pátrias. A título de mera definição, as políticas públicas são o conjunto de ações ou atividades públicas tendentes a realizar, de maneira efetiva, os direitos fundamentais previstas na Constituição Federal.

As políticas públicas, contudo, tem como um de seus elementos a discricionariedade administrativa, haja vista que é no âmbito de aplicação de políticas públicas que a discricionariedade encontra o seu campo mais fértil.

Tal fato decorre de dois fatores primordiais: 1) as políticas públicas visam à efetivação dos direitos sociais, também chamados de direitos de 2ª geração, uma vez que dependem de uma atuação mais ativa do Estado para a sua concretização; 2) as normas que asseguram os direitos sociais possuem um caráter aberto, indeterminado, garantindo ao administrador sempre um aspecto discricionário na elaboração das

políticas pública.

Sob esse viés, a função de deliberação acerca da destinação e aplicação dos recursos públicos cabe ao Legislativo e Executivo. Contudo, muitas vezes esses poderes, que até então possuem respectiva função, se omitem na realização dessas políticas, tornando o controle jurisdicional totalmente possível, e, em alguns casos, necessário para a concretização desses direitos.

Certos pontos de vista usam a justificativa desse controle no fundamento do mínimo existencial. Essa teoria releva que, os direitos cuja observância constitui objetivo do Estado, dependem de implementações de políticas públicas, a fim de assegurar o mínimo existencial necessário para garantir a dignidade humana.

Nessa perspectiva, portanto, a doutrina que reconhece o direito a um mínimo existencial entende que, independentemente da discussão da possibilidade ou não de controle jurisdicional das políticas públicas, essa teoria está inserida no campo denominado “contra majoritário”, ou seja, devem ser garantidas mesmo que a vontade dos órgãos majoritários, democraticamente eleitos, sejam contrários a realização desses direitos.

Logo, revela-se então, no momento em que os poderes, que possuem a função de concretizar os direitos sociais por meio de políticas públicas, se omitirem, o Poder Judiciário poderá intervir para afirmar o mínimo necessário para a efetivação dos direitos essenciais ao desenvolvimento democrático, social, individual, entre outros.

Por fim, sobre a questão do controle jurisdicional na efetivação de direitos por meio de políticas públicas, há decisão proferida pelo Ministro Marco Aurélio, em sede de Recurso Extraordinário, conforme destaca (STF, RE Nº 440028, 2013): “[...] o Poder Judiciário, em situações excepcionais, pode determinar que a Administração adote medidas assecuratórias de direitos constitucionais consagrados como essenciais, sem que isso configure uma violação à separação dos poderes.”

7 | CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em suma, é evidente que a possibilidade do controle do Poder Judiciário nos atos administrativos discricionários é plenamente possível, sem nenhum tipo de divergência doutrinária, bem como jurisprudencial.

No entanto, as discussões em torno da problemática surge no momento em que se coloca em pauta os limites que esse controle tem (ou deveria ter) na atuação da discricionariedade aferida pela Administração Pública.

Lançadas as controvérsias doutrinárias, existem várias prerrogativas que se deve levar em consideração, uma vez que a temática manifesta vários posicionamentos, sendo importante ressaltar a perspectiva da possível lesão ao princípio da separação dos poderes.

Sabe-se que deve ser respeitado, na sua plenitude, respectivo princípio, pois

cada poder tem sua interdependência, não devendo o Poder Judiciário intervir, já que tais atos são função tão somente do administrador público.

Além disso, a discricionariedade desses atos decorre da própria lei, ou seja, não há como ter uma violação exorbitante dentro do mérito administrativo, pois a legislação dá uma margem de escolha, dentre as quais todas são legalmente possíveis. E, se caso haja qualquer tipo de visível lesão, o ato será nulo, sem nenhuma prerrogativa contrária a isso.

Mas, e a inafastabilidade da tutela jurisdicional? Como mostrado, ambos os princípios expostos são constitucionais. No caso de colisão entre princípios previstos na Constituição Federal, não se pode ter uma supressão de um sobre o outro, pois são direitos fundamentais, possuindo um núcleo essencial.

Haverá, portanto, um sopesamento no caso concreto, e o que pesaria mais? A apreciação do órgão jurisdicional das decisões que possuem um certo âmbito protegido em lei, sob pena do juiz substituir o administrador público, ou a total interdependência dos poderes, deixando livre a atuação da discricionariedade aferida pela Administração Pública?

São questionamentos que surgem e devem ser bastante avaliados, pois tornar o controle judicial possível nesses atos, ele será eficaz no que tange à sua atuação, sempre averiguando se determinado ato deve ou não ser aplicado, está ou não em conformidade com preceitos objetivos, de modo que tal intervenção possa tornar o ato totalmente apreciado pelo Poder Judiciário, tornando o juiz uma “espécie” de administrador público. É, portanto, sob esse pensamento que me vinculo.

Porém, em controvérsia a esse posicionamento, surge a perspectiva de que o controle jurisdicional não fere nenhum princípio constitucional, pelo contrário, o que ocorre é uma concordância entre respectivos princípios citados ao longo do artigo, já que o bem maior, tutelado pela Administração Pública, é o interesse coletivo.

Ademais, há uma tendência cada vez mais presente em limitar a discricionariedade dos relativos atos, pois volta-se a prerrogativa de que o Judiciário deve intervir quando houver grave lesão ou ameaça a direito, já que esses atos incidem uma maior margem de interpretações, devido a chamada área de livre decisão.

Por fim, outra temática bastante teorizada é a intervenção do órgão jurisdicional para efetivar políticas públicas. Nessa seara, o controle judicial sempre se fará presente quando os poderes Executivo e Legislativo se omitirem- de qualquer modo- na realização do mínimo necessário para a concretização dos direitos, os quais são essenciais para todo e qualquer cidadão brasileiro.

REFERÊNCIAS

CARVALHO FILHO, José Dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 26a Ed. São Paulo: Atlas S.A, 2013.

COELHO DA SILVA, Rômulo. **O controle jurisdicional dos atos administrativos discricionários.** *Revista da Defensoria Pública da União*, Brasília, v.1, n.3, p. 88-93, 2010. Disponível em: <http://www.dpu.def.br/images/esdpu/revista/artigo07_-_r%C3%B4mulo_coelho_da_silva.pdf>. Acesso em: 9 de abr. de 2018.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo.** 27a Ed. São Paulo: Atlas, 2014.

FALCÃO, Rafael de Lucena. **Ato administrativo discricionário e o controle jurisdicional.** Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,ato-administrativo-discricionario-e-o-controle-jurisdicional,40217.html>>. Acesso em: 12 de abr. de 2018.

Habeas Corpus nº73.940. Relator: Ministro Maurício Corrêa. Publicado em: 29.11.1996, Diário da Justiça, p.47157.

MAZZA, Alexandre. **Manual de Direito Administrativo.** 7a Ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro.** 42a Ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

MORAES, Germana De Oliveira. **Controle Jurisdicional da Administração Pública.** 2a Ed. São Paulo: Dialética, 2004.

OLIVEIRA MOUTA, Luiz Fernando Picorelli De. **Controle de atos administrativos garante Estado Democrático de Direito.** Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2014-dez-13/luiz-mouta-possivel-controle-judicial-atos-administrativos>>. Acesso em: 21 de abr. de 2018.

PESTANA, Márcio. **Direito Administrativo Brasileiro.** 2a Ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 440028/SP, 1ª turma.** Relator: Ministro Marco Aurélio, julgado em: 29.10.2013.

Tribunal de Justiça de São Paulo. **Apelação Cível nº234.352-1, 2ª Câmara Cível.** Relator: Desembargador Correia Lima, julgado em: 2.5.1995.

Tribunal de Justiça de São Paulo. **Apelação Cível nº212.259-1-6, 2ª Câmara Cível.** Relator: Desembargador Walter Moraes, julgado em: 22.11.1994, apud ADCOAS 147502.

O ATIVISMO JUDICIAL NA ATUAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Daniele Côrte Mello

Mestre em Direitos Sociais e Políticas Públicas da Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC, na linha de pesquisa Constitucionalismo Contemporâneo em Direito pelo Programa de Pós-graduação *stricto sensu*. Pesquisadora do grupo “Trabalho e capital: retrocesso social e avanços possíveis” – UFRGS/USP/CNPW/FEMARGS. Analista Judiciário do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. Pós-graduada em processo civil pela Unisul. E-mail: danimello77@hotmail.com.

Julia Gonçalves Quintana

Mestre do Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC. Graduada em Direito pela Universidade Católica de Pelotas - UCPEL. Advogada. Endereço eletrônico: juliagq@hotmail.com.

RESUMO: Estamos em pleno exercício de um Estado Democrático de Direito e ainda convivemos com a inoperância do Poder Legislativo e a inefetividade do Poder Executivo, que nos direciona para a prática dos denominados, ativismo judicial e judicialização da política -, termos que se diferem entre si. Pincelamos, através de alguns julgados, a atuação do Supremo Tribunal Federal quanto a efetivação de políticas públicas de normas de eficácia limitada e questionamos se o

Poder Judiciário, por vezes, não acaba por extrapolar os limites de sua competência para solucionar determinadas questões que lhe são entregues. Conceituaremos a judicialização da política e o ativismo judicial, correlacionando-os com algumas jurisprudências sobre o tema a fim de demonstrarmos que o ativismo judicial proporciona mais benefícios do que riscos para a realidade brasileira, quando aponta a conduta legislativa e executiva na omissão dos demais Poderes.

PALAVRAS-CHAVE: ativismo judicial; judicialização da política; omissão dos Poderes Executivo e Legislativo; efetividade das normas constitucionais; Supremo Tribunal Federal.

ABSTRACT: We are in full exercise of a democratic state and we still live with the failure of the legislature and the ineffectiveness of the Executive Branch, which directs us to the practice of so called judicial activism and legalization of politics, terms that differ. We point through some judged the performance of the Supreme Court as the effective implementation of public policies of limited effectiveness standards and question whether the judiciary sometimes does not end by extrapolating the limits of its authority to resolve certain issues that are you handed out. We conceptualize the legalization of political and judicial activism, correlating them with some case law on the subject in order to demonstrate

that judicial activism provides more benefits than risks to the Brazilian reality, when you point the legislative and executive conduct the omission of other Powers.

KEYWORDS: Judicial activism; judicialization of politics; omission of the executive and legislative branches; effectiveness of constitutional norms; Federal Court of Justice.

1 | INTRODUÇÃO

O Poder Judiciário vem sofrendo significativas mudanças, que vão muito além de apenas aplicar as leis. Antes da promulgação da Constituição Federal de 1988, os magistrados restringiam-se a controlar o processo legislativo mediante parâmetros constitucionais, mas agora assumem outra tarefa: fazer cumprir a Constituição.

Atualmente, o Poder Judiciário brasileiro adota um papel de concretizar direitos fundamentais, dispostos no texto constitucional, construindo novas decisões para preencher lacunas deixadas pelo Poder Legislativo – quanto as normas de eficácia limitada (programáticas) - as quais dependem de legislação infraconstitucional para surtirem os efeitos e pelo Poder Executivo, na falta de planejamento e execução de políticas públicas que promovam a observância dos direitos fundamentais.

É nesse contexto que o Poder Judiciário surge como resposta para a sociedade face ao vácuo legislativo e executivo, em busca da efetivação das normas constitucionais, dando origem a famigerada judicialização da política e o ativismo judicial. Certo ou errado, o ativismo judicial ocasiona diversas discussões na doutrina e na jurisprudência, notadamente, por se tratar de questão controvertida.

Demonstraremos que a discussão gira em torno da ilegitimidade do Poder Judiciário, em especial do Supremo Tribunal Federal, quando extrapola sua competência de órgão jurisdicional e, por vezes, atua como Poder Legislativo e decide sobre questões que ainda não encontraram amparo na legislação, restando criticados pelo fato de os magistrados não serem escolhidos de forma democrática e participativa, como ocorre com os membros dos demais Poderes.

Em contrapartida, ressaltamos que o Poder Judiciário não pode omitir-se em decidir sobre questões que são levadas até ele, especialmente quando se trata de demandas envolvendo princípios constitucionais. Justamente por isso, a atuação do Supremo Tribunal Federal vem ganhando notoriedade, diante da atual performance em questões relevantes para a sociedade brasileira.

O tema ora abordado é complexo e exige prudência, pois a concentração depositada no Poder Judiciário, especialmente na Suprema Corte brasileira, suscita elogios e críticas quando decide sobre questões emblemáticas.

Em que pese o termo ativismo judicial seja bastante utilizado, pouco se esclarece sobre o assunto, razão pela qual constata-se que, equivocadamente, confunde-se com a judicialização da política, apesar de não serem expressões sinônimas. Frisa-se que o ativismo judicial é a consequência lógica da inércia dos Poderes Legislativo e

Executivo, que deságua na atuação positiva do Poder Judiciário no intuito de sanar a inércia dos poderes supramencionados.

Assim, abordaremos o ativismo judicial como garantidor dos direitos fundamentais no âmbito jurídico brasileiro, buscando diferenciar a judicialização da política do ativismo judicial e, em seguida, analisaremos as características dos institutos supramencionados, mediante pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, sopesando o papel proativo desempenhado pelo Poder Judiciário com uma alternativa para a omissão ou ineficiência dos demais poderes.

2 | ATIVISMO X JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA

Adoutrina diverge quanto à definição do ativismo judicial, comumente associando-o com a judicialização da política, o que pode vir a ocasionar algum conflito quanto ao entendimento desse fenômeno. Certo é que tanto o ativismo quanto a judicialização estão relacionados a um processo de ampliação decisória do Poder Judiciário em relação à esfera de competência exercida pelos demais poderes.

Barroso (2008, <http://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica>) menciona que o ativismo e a judicialização “são primos”, ou seja, embora sejam fenômenos próximos, são distintos entre si, sendo que o primeiro expressa uma postura do interprete, “um modo proativo e expansivo de interpretar a Constituição, potencializando o sentido e alcance de suas normas, para ir além do legislador ordinário”, enquanto o segundo (judicialização) deriva da vontade do constituinte e “decorre do modelo de Constituição analítica e do sistema de controle de constitucionalidade abrangente adotados no Brasil, que permitem que discussões de largo alcance político e moral sejam trazidas sob a forma de ações judiciais.”

O ativismo judicial caracteriza-se pela interferência do Poder Judiciário nos demais Poderes constituídos, no intuito de intensificar os valores e os objetivos constitucionais, revelando-se como uma ampliação da competência jurisdicional.

Barroso (2008, <http://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica>) elucida que o ativismo judicial é a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o sentido e o alcance, que está relacionado a atuação extensiva do Poder Judiciário na efetivação dos valores e fins constitucionais, com maior ingerência no espaço de atuação dos Poderes Legislativos e Executivo.

Esclarece Barroso (2008, <http://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica>) que “normalmente ele se instala em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva”. Acrescenta, também, que o ativismo se manifesta por diferentes condutas, citando alguma delas:

- (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário;
- (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição;
- (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas.

Nascimento (2010, <http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/1semestre2010/trabalhos_12010/juliananascimento.pdf>) argumenta que qualquer pessoa comum do povo pode realizar a interpretação e o controle de políticas públicas. Isso porque qualquer indivíduo que interponha uma ação frente ao judiciário baseando-se numa norma constitucional realiza a interpretação (ocorre o que se chama da teoria da sociedade aberta aos interpretes da Constituição) e, concomitantemente, requer uma atitude pro-ativa do judiciário na solução dos problemas, visto que há a omissão e descaso tanto do Poder Legislativo como do Executivo.

Segundo Silva (2013, <<http://www.oab.org.br/noticia/25758/jose-afonso-da-silva-aborda-o-ativismo-judicial-em-seminario-da-oab>>) o ativismo judicial é “uma forma de interpretação constitucional criativa, que pode chegar até a constitucionalização de direitos, pelo que se pode dizer que se trata de uma forma especial de interpretação também construtiva”. Segundo o autor, este instituto se caracteriza por “um modo pró-ativo de interpretação constitucional pelo Poder Judiciário, de modo que, não raro, os magistrados, na solução de controvérsias, julgam além do caso concreto e criam novas construções constitucionais”.

Silva (2013) observa, ainda, que o Poder Judiciário só pode prosseguir quando o Poder Legislativo não regulou inteiramente a matéria ou regulou de forma deficiente, em síntese, “onde há decisão política, respeita-se; onde não há decisão política, é preciso resolver o problema; mais que isso, onde haja um direito fundamental e de sua maioria, o Judiciário precisa intervir.”

Leal (2012, <<http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=82025038010>>) esclarece que:

El activismo judicial, a pesar de tener también como telón de fondo la relación entre derecho y política, posee fundamentos distintos, estando más relacionado a una perspectiva interna, vinculada a la actuación del Poder Judicial en el desempeño de sus competencias, más allá de los factores históricos mencionados que condujeron al fenómeno de la judicialización, siendo identificado, en la mayoría de las veces, con una postura proactiva del juzgador.

Nota-se que o ativismo judicial não se trata de uma interpretação livre do magistrado ao julgar determinado caso concreto, mas sim de uma postura não ortodoxa de aplicação do direito positivo, baseando-se sobretudo na força normativa dos princípios constitucionais. Por sua vez, a judicialização da política é mais ampla, porquanto é contingencial, decorrente da omissão dos Poderes Executivo e Legislativo

na implementação dos direitos fundamentais sociais.

Barroso (2008, <http://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica>) explica a judicialização em algumas questões de larga repercussão política ou social, as quais estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário e não pelas instâncias políticas tradicionais. Esclarece, também, que a judicialização abrange uma transferência de poderes para juízes e tribunais, com alterações significativas na linguagem, na argumentação e no modo de participação popular.

Conforme menciona Saenger (2010, <http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/1semestre2009/trabalhos12009/glauciasaenger.pdf>) a judicialização é um fenômeno inerente ao Estado democrático de direito, tal como adotado no Brasil (CRFB/88, art. 1º, caput) que significa o acesso à justiça assegurado a todos contra qualquer tipo de lesão ou ameaça a um direito (CRFB/88, art. 5º, XXXV).

Nesse sentido, Gomes (2009, <<http://jus.com.br/revista/texto/12921>>) explica que a judicialização expressa que o acesso ao judiciário é permitido a todos, contra qualquer tipo de lesão ou ameaça a um direito, fenômeno decorrente do nosso modelo de Estado e de Direito.

Portanto, a judicialização refere-se a decisões sobre políticas públicas que são tomadas pelos juízes, os quais não foram eleitos para essa finalidade e, segundo Ávila(2012,<<http://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/index.php/cadernovirtual/article/viewFile/701/479.%20>>) é o esvaziamento da política frente a omissão do Legislativo, bem como pela falta de efetividade do Executivo, que não privilegia tais direitos na escolha de políticas públicas.

Há uma dificuldade hermenêutica do termo ativismo judicial, pois trata-se de atividade cognitiva, portanto para se detectar quando uma decisão judicial pode ou não ser considerada como tanto, dependemos da interpretação jurídica. Leal (2014, p. 135), ao abordar o tema, descreve a difícil tarefa de identificar uma decisão ativista, conforme elucida:

Ainda que se estabeleçam parâmetros a esta atuação (como, por exemplo, que os Tribunais – Constitucionais e Internacionais, respectivamente – não podem invadir as competências próprias dos demais Poderes ou a soberania dos Estados), também os limites e competências de cada um dos Poderes, assim como a noção de soberania, são conceitos abertos, carentes de interpretação. Além disso, a extensão de até onde podem ir os Tribunais depende e varia de acordo com a própria concepção de interpretação adotada.

Apesar da complexidade, resta claro que o ativismo judicial e a judicialização da política não são sinônimos, porquanto não devem ser confundidos, haja vista que o ativismo se mostra como uma decisão política, tendo o juiz como protagonista, enquanto que a judicialização da política pressupõe uma lacuna na atuação do Poder Legislativo, restando ao Judiciário analisar, decidir e julgar conforme critérios adotados pela própria Constituição.

3 | AS DECISÕES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E O ATIVISMO JUDICIAL

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 foi promulgada há vinte e oito anos e, ainda assim, inúmeros direitos encontram-se sem efetividade, devido a omissão do Poder Legislativo em criar as normas regulamentando tais direitos, bem como o fato de o Poder Executivo não privilegiar diretrizes políticas, cujos direitos permanecem abstratos, com mera previsão legal, mas inefetivos (normas de eficácia limitada).

É nesse contexto que ingressa o Poder Judiciário, que muito embora não possa substituir os demais Poderes, por vezes, cria normas ou políticas públicas para efetivar a Constituição, já que figura como destinatário de diversas demandas ajuizadas por cidadãos brasileiros na busca de seus direitos, desaguando na judicialização da política ou no ativismo judicial.

Percebemos que algumas decisões do Supremo Tribunal Federal foram tomadas em razão da necessidade em observar os princípios constitucionais, que orientam as ações governamentais. Assim, o ativismo judicial surge inserido no contexto das demandas que buscam a atuação positiva estatal, ou seja, buscam efetivar direitos fundamentais, pois a falta de regulamentação não pode ser óbice para que o Poder Judiciário não reconheça direitos, determinando, inclusive a conduta dos demais Poderes.

É o que se pode inferir no voto proferido pelo Ministro Celso de Mello (2013, Agravo Regimental nº 639.337), o qual entendeu que cabe ao Estado assegurar creches para as crianças de até 05 anos de idade em escola próxima a sua residência ou ao local de trabalho dos genitores, conforme segue:

É que, se assim não for, restarão comprometidas a integridade e a eficácia da própria Constituição, por efeito de violação negativa do estatuto constitucional motivada por inaceitável inércia governamental no adimplemento de prestações positivas impostas ao Poder Público, consoante já advertiu, em tema de inconstitucionalidade por omissão, por mais de uma vez (RTJ 175/1212-1213, Rel. Min. CELSO DE MELLO), o Supremo Tribunal Federal.

Outrossim, é possível observarmos que diversos casos marcantes de atuação do Supremo Tribunal Federal - os quais foram de suma importância para a sociedade brasileira - tiveram concretização através do dito “ativismo”, uma vez que supriram lacunas deixadas pelo Poder Legislativo e Executivo, criando parâmetros para magistrados de primeiro grau em todo o país, tendo por base a força normativa dos princípios constitucionais.

Dentre os casos paradigmáticos, podemos citar a ADPF 54 (2013), que analisou a viabilidade de aborto em caso de gestação de feto anencéfalo. O relator, Ministro Marco Aurélio Mello, proferiu decisão de que cabe à mulher, e não ao Estado, sopesar valores e sentimentos de ordem estritamente privada, para deliberar pela interrupção, ou não, da gravidez.

O Ministro Cezar Peluso, divergindo do relator, argumentou que a ação de eliminação intencional da vida intrauterina de anencéfalos corresponde ao tipo penal do aborto, não havendo malabarismo hermenêutico ou ginástica dialética capaz de convencê-lo do contrário, aduzindo que embora não tenha ainda personalidade civil, o nascituro é anencéfalo ou não investido pelo ordenamento na garantia expressa, ainda que em termos gerais, de ter resguardados seus direitos, entre os quais se encontra a proteção da vida.

Inferimos que o Supremo Tribunal Federal ensejou, mesmo que de forma implícita, uma nova regra não existente no Código Penal, qual seja, a do aborto eugênico, daí porque a atuação caracteriza-se como ativista.

Outro caso é o da ADC 12, na qual foi proferida decisão pelo Supremo Tribunal Federal sobre o nepotismo com base nos princípios da impessoalidade, da eficiência, da igualdade e da moralidade, tendo julgado procedente a referida ação, dando interpretação conforme a Constituição, validando a Resolução nº 7 do Conselho Nacional de Justiça que proibia o nepotismo no Poder Judiciário. Posteriormente, no julgamento do RE 579.951 (2008), tal decisão foi estendida aos demais Poderes baseada nos princípios elencados no artigo 37 da Constituição Federal, por intermédio da Súmula Vinculante nº 13.

Citamos também a decisão sobre a demarcação de terras indígenas na área conhecida como Raposa/Serra do Sol, que teve origem em uma ação popular proposta pelo Senador da República Augusto Affonso contra a União, impugnando a demarcação das Terras Indígenas conhecida como Raposa Terra do Sol, alegando vício na Portaria 534/2005 do Ministério da Justiça e o do Decreto do Presidente da República que homologou a demarcação. Dentre outros argumentos, destacava-se que a demarcação contínua daquela área, traria consequência desastrosas para o Estado de Roraima, notadamente, nos aspectos econômicos e sociais, assim como, a segurança e soberania nacional.

O Supremo julgou parcialmente procedente, declarando a legalidade e constitucionalidade da Portaria, entretanto, impôs à Administração dezenove condições a serem observadas, residindo aí o explanado ativismo judicial, pois que a Corte criou normas para regular situações não previstas em Lei.

Sobre o tema, menciona-se, também, a ADPF 144 (2010), a qual trata sobre a ilegitimidade e vida pregressa de candidatos a cargo público e foi ajuizada pela Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB) com fundamento na interpretação do art. 14, § 9º da Constituição Federal, que dispõe de lei complementar prevendo casos de inelegibilidade, baseado na vida pregressa dos candidatos.

A Justiça Eleitoral de diversos Estados havia negado registro a candidatos condenados em processos criminais e administrativos, independentemente do trânsito em julgado, posicionamento que não teve apoio no Tribunal Superior Eleitoral. O Supremo Tribunal Federal posicionou-se, julgando improcedente o pedido, sob o argumento de na falta da lei, instituiu outras hipóteses de inelegibilidade, decisão

judicial violaria a divisão funcional dos Poderes e vulneraria os princípios constitucionais da presunção de inocência e do devido processo legal.

Outro caso emblemático, que resultou na edição da Súmula 11, foi a decisão sobre o uso de algemas - HC 91.952/SP (2008). O Tribunal, por unanimidade, anulou decisão condenatória proferida pelo Tribunal do Júri, em razão de o acusado ter sido mantido desnecessariamente algemado durante toda a sessão, pois no caso em concreto, não havia justificativa socialmente aceitável para submetê-lo a tal humilhação. E, mais, vulnerava a dignidade da pessoa humana e do princípio da não culpabilidade, por sugerir aos jurados que se estaria diante de acusado de alta periculosidade. Segue a Súmula 11, com o seguinte teor:

Só é lícito o uso de algemas em caso de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado.

Houve críticas quando da edição da súmula supramencionada, sob o fundamento de que ela se basearia em um único precedente, quando a Constituição exige reiteradas decisões (CF, art. 103-A).

Ressaltamos que são diversos os julgados do Supremo Tribunal Federal que podem ensejar uma interpretação de caráter ativista, pois o Supremo Tribunal Federal acaba por legislar na omissão de um dos Poderes diante da inexistência de regulamentação de matéria específica.

Entretanto, convém salientar que os assuntos debatidos acima, são de extrema importância, sendo inviável que a sociedade fique sem respostas pela omissão legislativa, de modo que, eventual conduta ativista do Supremo Tribunal Federal, justifica-se para sanar as lacunas expostas.

Sobre isso, interessante se faz extrair do discurso proferido pelo Ministro Celso de Mello (2008) na solenidade de posse do Ministro Gilmar Mendes, na presidência da Suprema Corte do Brasil, no qual o Ministro admite a prática de ativismo judicial, conforme segue:

Práticas de ativismo judicial, Senhor Presidente, embora moderadamente desempenhadas por esta Corte em momentos excepcionais, tornam-se uma necessidade institucional, quando os órgãos do Poder Público se omitem ou retardam, excessivamente, o cumprimento de obrigações a que estão sujeitos por expressa determinação do próprio estatuto constitucional, ainda mais se se tiver presente que o Poder Judiciário, tratando-se de comportamentos estatais ofensivos à Constituição, não pode se reduzir a uma posição de pura passividade.

A omissão do Estado - que deixa de cumprir, em maior ou em menor extensão, a imposição ditada pelo texto constitucional - qualifica-se como comportamento revestido da maior gravidade político-jurídica, eis que, mediante inércia, o Poder Público também desrespeita a Constituição, também ofende direitos que nela se fundam e também impede, por ausência (ou insuficiência) de medidas concretizadoras, a própria aplicabilidade dos postulados e princípios da Lei Fundamental.

O fato inquestionável é um só: a inércia estatal em tornar efetivas as imposições constitucionais traduz inaceitável gesto de desprezo pela Constituição e configura comportamento que revela um incompreensível sentimento de desprezo pela autoridade, pelo valor e pelo alto significado de que se reveste a Constituição da República. Nada mais nocivo, perigoso e ilegítimo do que elaborar uma Constituição, sem a vontade de fazê-la cumprir integralmente, ou, então, de apenas executá-la com o propósito subalterno de torná-la aplicável somente nos pontos que se mostrarem convenientes aos desígnios dos governantes, em detrimento dos interesses maiores dos cidadãos.

Certo é que, nos tempos de hoje, os direitos e garantias fundamentais não podem ser tratados como meros enunciados constitucionais, sem qualquer força normativa, “limitados a proclamações de boas intenções e veiculando projetos que poderão, ou não, ser objeto de concretização dependendo única e exclusivamente da boa vontade do poder público, em especial, do legislador” (SARLET, 2002).

Há que ressaltar que as maiores questões políticas e sociais do Brasil estão sendo decididas pelos órgãos judiciais. Isto acentua o papel ativo do Supremo Tribunal Federal na medida em que se transfere a este Poder o papel decisivo na política brasileira. Assim, cada vez mais cresce a importância das decisões do STF juntamente com a cobrança da sociedade por justiça na resolução dos conflitos (NASCIMENTO, 2010).

É desse modo que se implementa o Estado Democrático de Direito, pois é necessário que determinados mecanismos assegurem a concretização e efetividade dos direitos fundamentais, sendo que, caso algum dos poderes se omita, se faz necessário a atuação positiva de outro Poder para estimular e regulamentar as prerrogativas conferidas pela Constituição Federal de 1988.

4 | CONCLUSÃO

Ajudicialização da política e o ativismo judicial, em que pese sejam acontecimentos distintos entre si, conquistaram um grande destaque no cenário jurídico do Brasil nos últimos tempos.

A judicialização política, emana do próprio constituinte, pois decorre do modelo de Constituição analítica, como é o caso da Constituição de 1988 e do sistema de controle de constitucionalidade, que confere ao Poder Judiciário a competência para revisão das normas elaboradas pelo Poder Legislativo, quando eivadas de vícios constitucionais, ou seja, quando em confronto com a Constituição.

O ativismo judicial, expressa uma atitude do intérprete constitucional, o qual adota uma postura não intransigente de aplicação do direito positivo, baseando-se sobretudo na força normativa dos princípios constitucionais, potencializado o sentido e o alcance das normas constitucionais, como alternativa para dirimir a falha legislativa atinente a legislação infraconstitucional, para tanto criam-se normas programáticas e políticas públicas para implementação dos direitos fundamentais.

Trata-se, na verdade, de um mecanismo que aprimora o processo político majoritário representativo, quando esse se mostra inerte ou ineficaz em relação a determinados assuntos. Sabemos, contudo, que os Poderes Legislativo e Executivo advêm de um processo democrático de representatividade popular, razão pela qual surgem críticas direcionadas ao ativismo judicial, ante a falta de legitimidade democrática. Há também críticas acerca da politização da justiça e da falta de capacidade institucional do Judiciário para decidir determinadas matérias.

Por óbvio, via de regra, não compete ao Poder Judiciário ou a Suprema Corte, formular e implementar políticas públicas, entretanto, excepcionalmente, poderá ser atribuída ao Poder Judiciário, quando os poderes competentes descumprirem os encargos que lhes competem, a fim de que sua inércia não comprometa a eficácia e integridade de direitos individuais e/ou coletivos previstos na Constituição Federal.

A partir do descumprimento dos demais Poderes dos encargos que lhes competem, o Poder Judiciário é acionado pela parte prejudicada ante a inércia do Legislativo e Executivo, evitando-se que os indivíduos fiquem à mercê da boa vontade política do legislativo para poderem usufruir de determinados direitos, sob o risco de as normas programáticas constitucionais, as quais são de eficácia limitada, converterem-se em uma promessa constitucional sem qualquer efetividade, estrancilhando as expectativas da população depositadas na Lei Fundamental brasileira, chamada de Constituição Cidadã.

Assim, o ativismo judicial pode ser estimado como um artifício ativo no combate às desigualdades sociais, porquanto, tende a solucionar diversos problemas sociais relacionados à problemática de aplicação dos direitos fundamentais, mediante interpretação da Constituição Federal, em situações omissas pelos demais Poderes, cumprindo, desse modo, a intenção da própria Constituição.

Pode-se inferir que, até o momento, o ativismo judicial mais atuou como uma solução do que um problema propriamente dito, todavia, certamente deve ser empregado de forma excepcionalíssima, sob pena de ferir a repartição dos Poderes, consagrada como cláusula pétrea em nosso ordenamento, bem como para que o ato de legislar seja exercido de forma eficaz e plena por quem de direito: o poder legislativo, o qual sucede a representação popular.

REFERÊNCIAS

ÁVILA, André Cambuy. *O ativismo judicial e a separação dos poderes em Montesquieu: uma releitura necessária no Brasil*. Disponível em: <http://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/index.php/cadernovirtual/article/viewFile/701/479>. Acesso em: 22 nov. 2015.

BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. Disponível em: http://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica. Acesso em: 23 nov. 2015.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado

Federal, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 28 out. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. Agravo regimental no Recurso Extraordinário com Agravo nº 639.337, da 2ª Turma. Agravante: Município de São Paulo. Agravado: Ministério Público do Estado de São Paulo. Brasília, DF, 23 de ago. de 2013. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=627428>. Acesso em: 20 nov. 2015.

_____. *Discurso proferido pelo ministro Celso de Mello, em nome do Supremo Tribunal Federal, na solenidade de posse do ministro Gilmar Mendes, na presidência da Suprema Corte do Brasil, em 23/04/2008.*

Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/discursoCMposseGM.pdf>. Acesso em: 27 nov. 2015.

_____. *Arguição de descumprimento de prefeito fundamental nº 54*, do Tribunal Pleno. Requerente: Confederação Nacional dos Trabalhadores em Saúde – CNTS. Requerido: Presidente da República. Brasília, 29 de abr. de 2013. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334>. Acesso em: 20 nov. 2015.

_____. *Recurso Extraordinário nº 579.951*, do Tribunal Pleno. Recorrente: Ministério Público do estado do Rio Grande do Norte. Recorrido: Município de Água Nova e outro. Brasília, 24 de out. 2008. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=557587>. Acesso em 20 nov. 2015.

_____. *Arguição de descumprimento de prefeito fundamental nº 144*, do Tribunal Pleno. Requerente: Associação dos Magistrados Brasileiros – AMB. Requerido: Tribunal Superior Eleitoral. Brasília, 26 fev. 2010. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608506>. Acesso em 20 nov. 2015.

_____. *Habeas Corpus nº 91.952*, do Tribunal Pleno. Paciente: Antônio Sérgio da Silva. Impetrante: Katia Zacharias Sebastião e outros. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Brasília, 07 ago. 2008. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=570157>. Acesso em 20 nov. 2015.

GOMES, Luiz Flávio. *O STF está assumindo um ativismo judicial sem precedentes? Jus Navigandi*, Teresina, ano 14, n. 2164, 4jun. 2009. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/12921>>. Acesso em: 29 out. 2015.

HENNIG LEAL, Mônia Clarissa. *La jurisdicción constitucional entre judicialización y activismo judicial: ¿Existe realmente “un activismo” o “el” activismo?* Estudios Constitucionales [online] 2012, 10 (Sin mes) : [Date of reference: 6 / diciembre / 2015] Available in: <<http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=82025038010>> Acesso em: 20 nov. 2015.

_____. Corte Interamericana de Derechos Humanos e jurisdição constitucional: judicialização e ativismo judicial em face da proteção dos direitos humanos e fundamentais? Revista de Investigações Constitucionais, Curitiba, vol. 1, n. 3, p. 123-140, set./dez. 2014. DOI: <http://dx.doi.org/10.5380/rinc.v1i3.40518>

MENEZES, Bruno Paiva. *Ativismo judicial: o Supremo Tribunal Federal estaria legislando? Caso dos mandados de injunção que regulamentam o direito de greve dos servidores públicos.* Disponível em: <http://bd.camara.leg.br>. Acesso em 19 out. 2015.

NASCIMENTO, Juliana Azevedo do. *Ativismo judicial e a efetividade das normas constitucionais.* 2010. 24 f. Artigo Científico apresentado à Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2010. Disponível em: http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/1semestre2010/trabalhos_12010/juliananascimento.pdf. Acesso em: 22 nov. 2015.

NEGRELLEY, Leonardo Araújo. *O ativismo judicial e seus limites frente ao estado*

democrático. Disponível em: <file:///E:/c%3%B3pia%20pen%20drive/Ativismo%20Judicial/Ocac070b57dd47615b82dee3ca1d6927.pdf>. Acesso em: 20 out. 2015.

NUNES JUNIOR, Amandino Teixeira. Ativismo judicial no Brasil: o caso da fidelidade partidária. *Revista de informação legislativa*: v. 51, n. 201, jan./mar. 2014. Disponível em: <http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/502954>. Acesso em: 20 out. 2015

OAB. Notícias. *José Afonso da Silva aborda o ativismo judicial em seminário da OAB*. Disponível em: <http://www.oab.org.br/noticia/25758/jose-afonso-da-silva-aborda-o-ativismo-judicial-em-seminario-da-oab>. Acesso em: 20 nov. 2015.

PINTO, Marcos José. *Ativismo judicial no Brasil: visão crítica*. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 18, n. 3674, 23jul.2013. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/24991>. Acesso em: 2 dez. 2015.

RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010. Resenha de: Borelli, Rafael de Souza; Soares, Marcos Antônio Striquer. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 15, n. 2, p. 195-196, dez. 2011. DOI: 10.5433/2178-8189.2011v15n2p195.

ROMANIUC, Jeferson Márcio Silva. *Ativismo judicial e o Supremo Tribunal Federal: Visão crítica sobre os limites da atuação judicial*. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11081. Acesso em: 26 out. 2015.

SAENGER, Glaucia Fernandes Paiva *O Ativismo Judicial na Consecução dos Direitos Fundamentais*. Disponível em: http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/1semestre2009/trabalhos_12009/glauciasaenger.pdf. Acesso em: 19 nov. 2015.

SANTOS, Letícia Pimenta Madeira. *A regulamentação da fidelidade partidária à luz do ativismo judiciário*. Disponível em: egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/16297-16298-1-PB.pdf. acesso em: 19 nov. 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. (2002), “Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na constituição de 1988”. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, Centro de Atualização Jurídica (CAJ), n. 10, jan. <http://www.direitopublico.com.br>.

STRECK, Lenio Luiz. *O ativismo judicial existe ou é imaginação de alguns?* *Revista Consultor Jurídico*, jun. 2013. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2013-jun-13/senso-incomum-ativismo-existe-ou-imaginacao-alguns>. Acesso em: 04 dez. 2015.

TASSINARI, CLARISSA. *Revisitando o problema do ativismo judicial: contributos da experiência norte-americano*. Disponível em: <http://www.anima-opet.com.br/pdf/anima4-Seleto%20Externa/anima4-Clarissa-Tassinari.pdf>. Acesso em: 18 nov. 2015.

VIEIRA, José Ribas. *Verso e reverso: a judicialização da política e o ativismo judicial no Brasil*. *Revista Estação Científica (Ed. Especial Direito) Juiz de Fora*, V.01, n.04, outubro e novembro/2009. Disponível em: <http://portal.estacio.br/media/2654368/artigo%203%20revisado.pdf>. Acesso em 20 nov. 2015.

A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E O PRAGMATISMO DA JURISPRUDÊNCIA DO STF

Mauro Guilherme Messias dos Santos

Mestrando em Direito (UFPA). Especialista em Direito Processual Penal (UNIDERP).

Professor de Direito Penal e Processo Penal (QCONCURSOS e cursos de especialização da UNAMA e da FAMAZ). Associado ao IBCCRIM e à AICLP. Promotor de Justiça (MPPA), titular da 2ª entrância com atuação exclusiva na área criminal. mauromessias@mppa.mp.br

RESUMO: A partir do julgamento do HC nº 126.292/SP, em 2016, o STF, por maioria, reputou válida a execução da sentença penal condenatória confirmada em segundo grau, mesmo passível de recurso para as instâncias superiores, ao argumento de que, nada obstante a literalidade do artigo 5º, LVII, da Constituição da República, a recorribilidade no Brasil é longa como em poucos lugares do mundo, e, sobretudo por isso, responsável por vários casos de impunidade no país. Assim, questiona-se: qual concepção do Direito adotou a maioria dos ministros do STF ao sacrificar o princípio da presunção de inocência, em prol do eficientismo do sistema penal? O objetivo geral do trabalho, portanto, é analisar a jurisprudência do Supremo acerca da execução provisória da pena em segundo grau, e os objetivos específicos são investigar o desenvolvimento histórico do princípio da não culpabilidade e dirigir aos principais argumentos

adotados pelos ministros do STF as críticas do Direito como integridade em Dworkin e do pragmatismo de Posner. A pesquisa adota a metodologia teórico-prática, e a sua hipótese é que, especialmente após 2016, a maioria dos ministros do STF vem adotando uma concepção pragmática do Direito, em decisões que negam à pessoa humana o acesso à justiça.

PALAVRAS-CHAVE: presunção de inocência; execução provisória da pena; integridade; pragmatismo; acesso à justiça.

THE PRESUMPTION OF INNOCENCE AND THE PRAGMATISM OF THE STF CASE LAWS

ABSTRACT: From the judgment of HC nº 126.292/SP, in 2016, the STF, by majority, considered valid the execution of the convicted criminal sentence confirmed in second degree, even if it could be appealed to the superior instances, to the argument that, despite the literality of article 5, LVII, of the Constitution of the Republic, the appealing in Brazil is long as in few places of the world, and, mostly for that reason, responsible for several cases of impunity in the country. Thus, it is questioned: which conception of the law adopted the majority of the judges of the STF by sacrificing the principle of presumption of innocence, in favor of the efficiency of the penal system? The

general objective of the work is therefore to analyze the Supreme Court's case laws on the anticipated execution of a second degree sentence, and the specific objectives are to investigate the historical development of the principle of non-culpability and address the main arguments adopted by the STF judges of Law as integrity in Dworkin and of Posner's pragmatism. The research adopts the theoretical-practical methodology, and its hypothesis is that, especially after 2016, most STF judges have adopted a pragmatic conception of Law, in decisions that deny the human person access to justice.

KEYWORDS: presumption of innocence; anticipated execution of a second degree sentence; integrity; pragmatism; access to justice.

1 | O DESENVOLVIMENTO DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

O princípio da presunção de inocência, da não culpabilidade, ou do estado de inocência, significa que ninguém pode ser tratado ou castigado como culpado, sem um juízo legal e antes de que este finalize (FERRAJOLI, 1995, p. 539). Como origem antiga, Ferrajoli (1995, p. 625) destaca que o princípio do estado de inocência nasceu no direito romano, profundamente conectado ao brocardo *in dubio pro reo* (*favor rei* ou *favor libertatis*).

Lopes Jr. (2016, p. 95) salienta que a lógica do princípio da não culpabilidade foi desvirtuada sobretudo no medievo, quando a atividade persecutória passou a ser regulada por meio de metodologias inquisitivas. Em resposta às profundas marcas inquisitoriais do processo penal que antecederam o Século das Luzes, Beccaria (2006, p. 50), em 1764, sob a influência filosófica de francófonos como d'Alembert e Montesquieu, esprou mundo afora que uma pessoa não pode ser chamada de culpada antes da sentença do juiz, e a sociedade só lhe pode retirar a proteção pública após ter decidido que essa pessoa violou os pactos por meio dos quais tal proteção lhe foi outorgada.

A lição de Beccaria, traduzida para o francês logo em 1766, foi adotada posteriormente na Revolução Francesa (1789-1799) e sinalizou uma conquista histórica acerca do modo de tratamento processual do réu, uma verdadeira reação contra o tratamento desumano que lhe dispensava o Estado naquele contexto. Afinal, na França pré-revolucionária, o encarceramento, mais do que uma política de controle da criminalidade, servia como método de coerção.

Portanto, como origem moderna e positivada, o princípio do estado de inocência possui como nascedouro o artigo 9º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789 (PELUSO, 2016, p. 1), segundo o qual a pessoa humana é considerada inocente, até o momento em que, reconhecida como culpada, julgar-se indispensável a sua prisão, e todo o rigor desnecessário, empregado para a efetuar, deve ser severamente reprimido pela lei.

No Brasil, é clara a opção dos constituintes pela exigência do “trânsito em julgado”

para a formação da culpa penal. Dentre as oito Comissões temáticas formadas no âmbito da Assembleia Nacional Constituinte de 1987, uma delas chamava-se “Soberania e Direitos e Garantias do Homem e da Mulher”, a qual, por sua vez, compreendia a subcomissão denominada “Direitos e Garantias Individuais” (MORAES, 2010, p. 217), que teve o constituinte Darcy Pozza como relator. Nas palavras do constituinte (BRASIL, 1987, p. 2):

A necessidade de garantir a nova realidade política que se quer para o País, levamos à redação de uma Constituição analítica, que tente disciplinar, do modo mais preciso possível, a distribuição do poder e seu uso em relação à autonomia privada e pública.

O legislador constituinte foi claro e suficiente ao expor a necessidade de se privilegiar uma Constituição analítica, capaz de disciplinar, com a máxima precisão possível, as relações de poder. Na lição de Bulos (2014, p. 120-121), essa é a “principal marca característica” da Constituição Federal, significando que ela é “longa, pleonástica, amplíssima, detalhista, minuciosa e dirigente, em nítida oposição aos textos sintéticos, tópicos e sucintos”, com o objetivo de “limitar o espaço deixado à atividade discricionária do legislador infraconstitucional”.

Ainda, segundo Darcy Pozza (BRASIL, 1987, p. 2):

As pessoas carecem da necessidade de saber o que lhes é facultado fazer e o que podem pretender das outras pessoas e dos Poderes Públicos. Por isso, a Carta Constitucional deve ser clara e precisa ao declinar os princípios e as normas de caráter geral, orientadoras de toda a vida jurídica nas relações entre os indivíduos da Nação. Analítica para que, com perfil moderno e democrático, possibilite à sociedade se organizar, observando a ordem pública.

Isso para que todas as pessoas possam buscar “enxergar” a proteção dos seus direitos e interesses legítimos.

Com isso, após o recebimento de 1.121 sugestões de normas constitucionais acerca dos mais diversos direitos e garantias fundamentais, o relator Darcy Pozza apresentou a seguinte redação para o princípio da não culpabilidade: “considera-se inocente todo cidadão, até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

Foi no bojo da subcomissão de Direitos e Garantias Individuais que se deu o nascedouro da exigência do “trânsito em julgado” para a formação da culpa penal, após o relator: 1) ter recebido propostas e sugestões das mais diversas tendências e orientações de pensamento; 2) haver invocado a necessidade de uma Constituição analítica, capaz de mostrar às pessoas, de forma clara e precisa, os princípios constitucionais orientadores de toda a vida jurídica; e 3) ter submetido a sua redação a emendas, até se chegar ao texto atual, “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

Não é simplista, portanto, a afirmação de Streck (2018b, p. 4), quando diz que a Constituição Federal (BRASIL, 1988) é clara ao exigir o trânsito para que se possa fazer presente o elemento de culpa. A Constituição é expressa no tocante à exigência

do trânsito em julgado porque os legisladores constituintes assim buscaram. Por isso, na visão de Pacelli (2017, p. 39-40), a menos que se modifique a Constituição Federal, não há como alterar a essência do conceito de trânsito em julgado.

O princípio do estado de inocência encontra-se difundido pelo mundo inteiro. A título exemplificativo, tem-se: a já referida DUDH, de 1948 (artigo 11) (DUDH, 1948); a Convenção Europeia dos Direitos do Homem, de 1950 (artigo 6º, 2) (CEDH, 1950); o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, de 1966 (artigo 14, 2) (BRASIL, 1992a); a Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH), de 1969 (artigo 8, 2) (BRASIL, 1992b); a Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos, de 1981 (artigo 7º, 1, 2) (CADHP, 1981); a Declaração dos Direitos Humanos no Islã, de 1990 (V, a) (DDHI, 1990); e a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, de 2000 (artigo 48, 1) (CDFUE, 2000). A Convenção de Manágua (Convenção Interamericana sobre o Cumprimento de Sentenças Penais no Exterior) também aborda o princípio da não culpabilidade em seu artigo I, 3 (BRASIL, 2006).

No ordenamento pátrio, até a entrada em vigor da Constituição de 1988, o princípio da não culpabilidade existia apenas de forma implícita, como decorrência da cláusula do devido processo legal (LIMA, 2016, p. 19). Nada obstante, é certo que, tamanha a envergadura do princípio do estado de inocência, mesmo que ele não contasse com quaisquer positivizações, seria, ainda, garantia fundamental: “o princípio da presunção de inocência não precisa estar positivado em lugar nenhum: é pressuposto” (CARVALHO, 2001, p. 51). Inclusive, essa é a interpretação do Tribunal Constitucional Federal relativamente à Lei Fundamental Alemã de 1949 (BARBAGALO, 2015, p. 43).

Todavia, a positivação do princípio de estado de inocência na Constituição Federal trouxe uma vantagem inegável, compartilhada, entre outros, por Lima (2016, p. 19-20), apesar de bastante esquecida no bojo dos recentes debates acerca do princípio em tela. A CADH prevê que os direitos nela estabelecidos não poderão ser interpretados no sentido de restringir ou limitar a aplicação de normas mais amplas que existam no direito interno dos países signatários (artigo 29, b). Como a lei maior é claríssima ao estabelecer, em seu artigo 5º, LVII, que somente o trânsito em julgado de uma sentença penal condenatória poderá afastar o estado de inocência de que todos gozam, seu caráter mais amplo deve prevalecer sobre o teor da CADH, a qual protege a presunção de não culpabilidade somente “até a comprovação legal da culpa”, que, a depender do ordenamento jurídico do Estado-Parte, pode ocorrer antes do esgotamento dos recursos cabíveis.

Em adição a isso, vale lembrar que, no Brasil, grande parte da doutrina defende a aplicação da teoria do duplo estatuto (RAMOS, 2014, p. 434), segundo a qual os tratados internacionais sobre direitos humanos, não ratificados em votação semelhante à das emendas constitucionais (artigo 5º § 3º, da Constituição Federal), não possuem *status* igual ao dos dispositivos previstos na lei maior, embora estejam acima das leis ordinárias. Em outras palavras, com base nessa teoria, a presunção de não culpabilidade prevista na Constituição Federal prevalece sobre as disposições da

CADH, as quais possuem *status* inferior. Há uma corrente de pensamento, todavia, que defende a força de norma constitucional dos tratados internacionais sobre direitos humanos ratificados no Brasil (MAZZUOLI, 2013, p. 1113).

No Brasil, sob o ponto de vista formal, o princípio da não culpabilidade vem insculpido no artigo 5º, LVII, da Constituição Federal (BRASIL, 1988), segundo o qual: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. Doutro lado, sob o ponto de vista substancial, do princípio do estado de inocência derivam três dimensões: 1) a regra probatória ou regra de julgamento; 2) a regra de tratamento; e 3) a regra de garantia. Na lição de Gomes (1999, p. 108-109):

No que concerne à natureza jurídica da presunção de inocência, urge destacar o seguinte: do ponto de vista extrínseco (formal), destarte, no Brasil, o princípio da presunção de inocência configura um direito constitucional fundamental, é dizer, está inserido no rol dos direitos e garantias fundamentais da pessoa humana (art. 5º). Do ponto de vista intrínseco (substancial), é um direito de natureza predominantemente processual, com repercussões claras e inequívocas no campo probatório, das garantias (garantista) e de tratamento do acusado.

Por força da regra probatória ou regra de julgamento, a parte acusadora tem o ônus de demonstrar a culpabilidade do acusado além de qualquer dúvida razoável – e não ele, de provar sua inocência –, de modo a recair exclusivamente sobre a acusação o ônus da prova, incumbindo-lhe demonstrar que o réu praticou o fato delituoso que lhe foi imputado na peça acusatória (LIMA, 2016, p. 20).

Por sua vez, em razão da regra de tratamento oriunda do princípio da não culpabilidade, enquanto não houver sentença condenatória com trânsito em julgado, o Estado se vê impedido de agir e de se comportar em relação ao suspeito, ao indiciado, ao denunciado ou ao acusado, como se eles já tivessem sido condenados definitivamente (LIMA, 2016, p. 20). Bem ainda, nas palavras de Nicolitt (2006, p. 62-63), “embora recaiam, sobre o imputado, suspeitas de prática criminosa, no curso do processo deve ele ser tratado como inocente, não podendo ver-se diminuído social, moral, nem fisicamente diante de outros cidadãos não sujeitos a um processo”.

Por fim, encerrando o conteúdo tridimensional do princípio da não culpabilidade, a regra de garantia preceitua que o processo penal não pode ser entendido apenas como instrumento de persecução do réu, mas também é caracterizado pela garantia do acusado (GRINOVER, 1982, p. 27). Em outras palavras, a atividade acusatória ou probatória deve observar estritamente o ordenamento jurídico, como atividade pública cercada de garantias que é, pois não é qualquer comprovação que se coaduna com o Estado Constitucional de Direito (GOMES, 1996, p. 386). Aqui, o processo penal se mostra como um caminho de garantias do imputado em face da atuação punitiva estatal (SANGUINÉ, 2003, p. 432-433).

2 | AS INTERPRETAÇÕES CONFERIDAS PELO STF ACERCA DO PRINCÍPIO DA

NÃO CULPABILIDADE

O STF vinha reconhecendo, já sob o regime constitucional em vigor, a legitimidade da exigência do recolhimento à prisão para interposição de recurso. A questão foi discutida sobretudo no julgamento do HC nº 68.726/DF, em 1991, sob a relatoria do ministro Néri da Silveira, quando o STF firmou entendimento no sentido de que não conflitaria com a presunção de não culpabilidade a ordem de expedição de mandado de prisão contra o réu, cuja condenação à pena privativa de liberdade se confirme, unanimemente, no julgamento de sua apelação contra a sentença desfavorável, ainda que pendente o julgamento de recurso especial ou extraordinário nas instâncias superiores (BRASIL, 1991). No mesmo sentido, vale citar os HHCC nº 72.366/SP (BRASIL, 1995) e nº 74.983/DF (BRASIL, 1997), ambos julgados no Supremo sob a relatoria dos ministros Néri da Silveira e Carlos Velloso, respectivamente.

Em fevereiro de 2009, contudo, no HC nº 84.078/MG, o STF, por maioria de sete votos a quatro, julgou inconstitucional o cumprimento imediato da pena antes do trânsito em julgado da decisão condenatória, isto é, determinou que, à exceção das medidas cautelares de segregação do indivíduo, não seria possível o cumprimento imediato da pena quando pendente julgamento de recurso (BRASIL, 2009). À época, o principal argumento utilizado pelo tribunal foi a literalidade do artigo 5º, LVII, da Constituição Federal, que consagra no país o princípio do estado de inocência.

Prevaleceu no Supremo a tese de que o artigo 105 da Lei de Execuções Penais (BRASIL, 1984) condiciona a execução da pena privativa de liberdade ao trânsito em julgado da sentença condenatória, comungando, inclusive, da lição de Tourinho Filho (2005, p. 465), para quem, se não há trânsito em julgado, a sentença penal não pode ser executada, inexistindo título a justificar a prisão do réu anteriormente ao julgamento de eventuais recursos especiais ou extraordinários. O relator do HC em tela, o ministro aposentado Eros Grau, pontuou que, se é vedada a execução da pena restritiva de direitos (artigo 147 da Lei de Execuções Penais) e da pena de multa (artigo 164 do mesmo diploma legal) antes do trânsito em julgado da sentença, com maior razão há de ser coibida a execução da pena privativa de liberdade, que é mais grave, sob pena de se privilegiar o patrimônio, em detrimento da liberdade.

Nessa esteira, o ex-presidente do STF, ministro Cezar Peluso, adicionou em seu voto no HC nº 84.078/MG que o tribunal, no julgamento do Recurso Extraordinário (RE) nº 482.006/MG, em 2007, declarara inconstitucional lei estadual que impõe a funcionário público, na pendência de ação penal por crime funcional e por força dessa pendência, desconto nos vencimentos e remuneração (BRASIL, 2007). Para o ministro, o tribunal, de forma contraditória, proíbe a execução provisória de medidas patrimoniais, que são reversíveis, mas, permite a antecipação de penas privativas de liberdade, absolutamente irreversíveis.

Segundo o voto do ministro Celso de Mello no HC nº 84.078/MG (BRASIL,

2009), o fato de alguém ostentar a condição jurídica de pessoa submetida a atos de persecução penal não lhe suprime nem lhe afeta a posição de sujeito de direitos e de titular de garantias indisponíveis, de modo que a prisão antes do trânsito em julgado da condenação somente pode ser decretada a título cautelar (*carcer ad custodiam*, e não *carcer ad poenam*). Tal posição rememora o teor do artigo 283 do Código de Processo Penal (BRASIL, 1941), que, por sua vez, como destacado por Nucci (2016, p. 418), “reproduz” a redação do art. 5º, LXI, da Constituição Federal, e adiciona parte do inciso LVII, do mesmo dispositivo legal (BRASIL, 1988). Daí falar-se que o artigo 283 do CPP possui uma constitucionalidade espelhada (STRECK, 2016, p. 1).

Por ocasião do julgamento em tela, o ministro relator Eros Grau criticou as vozes favoráveis à execução provisória da pena, para as quais, ao prestigiar o princípio da não culpabilidade, os tribunais superiores seriam inundados por recursos especiais e extraordinários e subseqüentes agravos e embargos, e ninguém mais seria preso (BRASIL, 2009). Em resposta a esse argumento, o relator criticou posturas incitadoras da jurisprudência defensiva e frisou que a comodidade ou a melhor operacionalidade de funcionamento do STF não podia ser lograda ao preço, sacrificando o princípio da não culpabilidade.

No julgamento em questão, surgiu com grande força o argumento concernente à ausência de efeito suspensivo dos recursos excepcionais, quais sejam, o recurso especial (REsp), dirigido ao Superior Tribunal de Justiça (STJ), e o recurso extraordinário (RE), destinado ao STF, e a conseqüente preclusão da matéria fático-probatória, o que permitiria a execução antecipada do acórdão condenatório recorrível. Afinal, segundo esse ponto de vista, no REsp e no RE, o que está em discussão é a tese jurídica, e não a matéria de fato, cujo esgotamento se dá nas mãos dos *fact finders*, isto é, dos juízes das instâncias ordinárias, únicos encarregados da análise probatória. Esse, inclusive, é o teor das súmulas nº 279 do STF (BRASIL, 1963) e nº 7 do STJ (BRASIL, 1990b), que não admitem a interposição de recursos excepcionais para simples reexame de provas, ou seja, questões de materialidade (se houve crime) e autoria (quem foi seu autor).

Por essa razão, em dezembro de 2016, o Tribunal Regional Federal da 4ª Região editou a súmula nº 122, com o entendimento de que, encerrada a jurisdição criminal de segundo grau, deve ter início a execução da pena imposta ao réu, independentemente da eventual interposição de recurso especial ou extraordinário (BRASIL, 2016d). Na legislação federal, a expressão maior desse raciocínio encontra respaldo no antiquíssimo artigo 637 do Código de Processo Penal, o qual, todavia, nos dizeres do relator do HC nº 84.078/MG, ministro Eros Grau, não se sobrepõe temporalmente à Lei de Execuções Penais, que lhe é posterior, nem sobrevive hierarquicamente à lei maior. Inclusive, vale lembrar que o artigo 27, § 2º, da Lei nº 8.038/90 (BRASIL, 1990a), que institui normas procedimentais para os processos que especifica perante o STJ e o STF, foi revogado pelo novo Código de Processo Civil (BRASIL, 2015).

Muito embora o ordenamento jurídico preveja a possibilidade de se conferir

efeito suspensivo aos recursos excepcionais, bastando, para tanto, o acolhimento de requerimento cautelar nesse sentido, conforme os artigos 995 e 1.029, § 5º, ambos do novo Código de Processo Civil (BRASIL, 2015a), combinados com o artigo 3º do CPP, não é difícil verificar que a regra geral continua a ser apenas a devolutividade recursal, contrariando, pois, a redação do artigo 283 do CPP. Inclusive, parece salutar que não se transporte indiscriminadamente as categorias do processo civil para o processo penal (LOPES JR., 2016, p. 52), como se ambos possuíssem a mesma fenomenologia.

Em fevereiro de 2016, no HC nº 126.292/SP, o STF apreciou novamente a questão e, por maioria de seis votos a cinco, julgou constitucional a possibilidade de execução antecipada da decisão condenatória confirmada por tribunal de segundo grau de jurisdição (BRASIL, 2016b), sendo esta a posição jurisprudencial prevalente até o momento.

Para Pacelli (2017, p. 39), tal decisão desconsidera a exigência do trânsito em julgado, dando-lhe significado diverso daquele constante da legislação brasileira em vigor, que trata da questão como a decisão da qual não caiba mais recurso.

Na opinião do ministro Edson Fachin, contudo, a partir da leitura que fez dos artigos 102 e 105 da Constituição da República (que preveem as competências do STF e do STJ), a finalidade que a lei maior persegue não é outorgar uma terceira ou quarta chance para a revisão de um pronunciamento jurisdicional com o qual o sucumbente não se conforma e considera injusto, pois o acesso via recurso aos tribunais de superposição se dá em caráter de absoluta excepcionalidade (BRASIL, 2016b).

Em reforço a esse argumento, o relator do HC em tela, ministro Teori Zavascki, colacionou em seu voto o desfecho da ação penal subjacente ao HC nº 84.078/MG, isto é, o fim processual do caso apreciado pelo STF na mudança jurisprudencial de 2009, após as pesquisas de Barbagalo (2015, p. 280):

Movido pela curiosidade, verifiquei no sítio do Superior Tribunal de Justiça a quantas andava a tramitação do recurso especial do Sr. Omar. Em resumo, o recurso especial não foi recebido pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais, sendo impetrado agravo para o STJ, quando o recurso especial foi, então, rejeitado monocraticamente (RESP n. 403.551/MG) pela ministra Maria Thereza de Assis. Como previsto, foi interposto agravo regimental, o qual, negado, foi combatido por embargos de declaração, o qual, conhecido, mas improvido. Então, fora interposto novo recurso de embargos de declaração, este rejeitado *in limine*. Contra essa decisão, agora vieram embargos de divergência que, como os outros recursos anteriores, foi indeferido. Nova decisão e novo recurso. Desta feita, um agravo regimental, o qual teve o mesmo desfecho dos demais recursos: a rejeição. Irresignada, a combativa defesa apresentou mais um recurso de embargos de declaração e contra essa última decisão, que também foi de rejeição, foi interposto outro recurso (embargos de declaração). Contudo, antes que fosse julgado, este que seria o oitavo recurso da defesa, foi apresentada petição à presidente da terceira Seção. Cuidava-se de pedido da defesa para – surpresa – reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva. No dia 24 de fevereiro de 2014, o eminente Ministro Moura Ribeiro proferiu decisão, cujo dispositivo foi o seguinte “Ante o exposto, declaro de ofício a extinção da punibilidade do condenado, em virtude da prescrição da pretensão punitiva

Uníssono ao argumento acima, em recente artigo publicado na Folha de S. Paulo, os ministros Luís Roberto Barroso e Rogerio Schietti (BARROSO; SCHIETTI, 2018, p. 1), do STF e do STJ, respectivamente, afirmaram que, por conta da utilização de sucessivos recursos, o “Judiciário passou a ser o refúgio de quem não tem razão, porque no mínimo se consegue adiar por muitos anos qualquer responsabilização penal”. Apoiados em levantamento feito pela Coordenadoria de Gestão da Informação do Superior Tribunal de Justiça (STJ, 2018, p. 2), os ministros afirmaram que, entre 1/9/2015 e 31/8/2017, o percentual de absolvição e de substituição de pena atingiu somente 0,62% dos recursos levados até o STJ.

Bem ainda, o ministro Teori Zavascki apontou que o tema em questão envolve reflexão sobre o alcance do princípio da presunção da não culpabilidade, aliado à busca de um necessário equilíbrio entre esse postulado e a efetividade da função jurisdicional penal, que deve atender a valores caros não apenas aos acusados, mas também à sociedade (BRASIL, 2016b). Segundo o ministro – que disse ter tomado de empréstimo as lições doutrinárias do ministro Gilmar Mendes –, o princípio da não culpabilidade, assim como qualquer outro princípio constitucional, não é absoluto e, portanto, comporta mitigações, desde que preservado o seu núcleo essencial (doutrina alemã do núcleo essencial).

Todavia, segundo o ministro Gilmar Mendes (2014, p. 223-224), a ordem constitucional brasileira não contemplou qualquer disciplina direta e expressa sobre a proteção do núcleo essencial de direitos fundamentais. Tal destaque é relevante, uma vez que a doutrina do núcleo essencial nasceu da tentativa de limitar-se o esvaziamento de direitos fundamentais por ação legislativa, uma espécie de reação, à época, contra os abusos cometidos pelo nacional-socialismo (MENDES, 2014, p. 221-222), o que não vai ao encontro do princípio da não culpabilidade no Brasil, pois os direitos fundamentais já contam com proteção pétrea (art. 60, § 4º, IV, da Constituição Federal).

Em outubro de 2016, o STF julgou a medida cautelar na Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) nº 43 do Distrito Federal – conjuntamente com a ADC nº 44 do Distrito Federal, que fora apensada àquela –, e, por maioria de seis votos a cinco, assentou que o artigo 283 do Código de Processo Penal não impede o início da execução da pena após condenação em segunda instância (BRASIL, 2016a).

No mês seguinte, em novembro de 2016, o STF julgou a repercussão geral no recurso extraordinário com agravo (ARE RG) nº 964.246/SP, e, por maioria, reafirmou a jurisprudência do tribunal no sentido de que a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau recursal, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio da não culpabilidade (BRASIL, 2016c).

As decisões acima não escaparam a fortes críticas. Por todos, veja-se a leitura

que fez Pacelli (2017, p. 235):

De todo modo, a atual redação do art. 283, CPP, parece mesmo fechar as portas para a execução provisória em matéria penal. O que, como regra, está absolutamente correto, em face de nossas determinações constitucionais, das quais podemos até discordar; jamais descumprir. Assim não pareceu ao Supremo Tribunal Federal, todavia, que nas ADC nos 43 e 44 (julgadas pelo Plenário em 5.10.16) fixou a execução provisória como regra, após condenação em segundo grau. Não vemos como defender a decisão, posto que diametralmente oposta ao texto de lei (CPP) e à norma constitucional, muito embora endossemos as críticas feitas à opção do legislador.

Por fim, em abril de 2018, o STF apreciou o HC nº 152.752/PR, que reafirmou a posição dos três últimos julgamentos acima, admitindo a execução provisória da pena após julgamento em segunda instância (BRASIL, 2018d). Mesmo a ADC nº 43 – e, conseqüentemente, a de nº 44, apensada àquela – estando conclusa para julgamento no Pleno e pendendo de solução meritória, a presidência do Supremo não pautou a ADC em questão para julgamento definitivo, e sim o HC nº 152.752/PR, cujo paciente era um ex-presidente da República patrocinado em juízo por um ex-presidente do Supremo Tribunal Federal. Na sessão de julgamento, o relator das ADCs, ministro Marco Aurélio, questionou o motivo de elas não terem sido pautadas, e sim o *habeas*.

É relevante destacar que, por força do artigo 28, parágrafo único, da Lei nº 9.868/1999 (BRASIL, 1999), o julgamento meritório das ADCs produziria efeito vinculante aos órgãos do Poder Judiciário, resolvendo, inclusive, o *habeas* citado, com a vantagem de examinar com profundidade o tema de fundo (por se tratar de um exame concentrado de constitucionalidade) e conferir ao órgão a roupagem que tanto deseja, isto é, a de um tribunal eminentemente constitucional. O *writ*, por sua vez, representa via estreita de conhecimento do feito e não passa de um instrumento *inter partes*.

Ainda em abril de 2018, o Partido Comunista do Brasil (PCdoB) ajuizou a ADC nº 54 (BRASIL, 2018b), em que pede liminar para impedir a execução provisória de pena privativa de liberdade sem que haja decisão condenatória transitada em julgado. O partido afirma que o art. 283 do CPP está em perfeita harmonia com o texto constitucional (artigo 5º, LVII), que estabelece que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Embora o tema já seja objeto das ADCs nº 43 e 44, nas quais medidas cautelares foram indeferidas e o mérito depende de julgamento, o partido aponta a existência de fato novo, a saber, a automaticidade (efeito imediato) ou compulsoriedade da prisão nas condenações em segundo grau.

No dia 19/12/2018, monocraticamente, o ministro Marco Aurélio deferiu medida liminar na ADC em questão, para sustentar a compatibilidade do artigo 283 do CPP com a Constituição Federal e determinar a suspensão de execução de pena nas condenações que não tenham transitado em julgado (BRASIL, 2018b).

Nada obstante, o atual presidente do STF, ministro Dias Toffoli, no próprio dia

19/12/2018, suspendeu os efeitos da decisão monocrática acima, prolatada horas antes. O presidente do STF acolheu recurso contra a decisão do ministro Marco Aurélio formulado pela Procuradoria-Geral da República (PGR), que solicitava ao presidente do Supremo a suspensão da medida liminar monocrática até o julgamento meritório da ADC nº 54 pelo Plenário. Nas palavras do ministro Dias Toffoli: “[...] zeloso quanto à possibilidade desta nova medida liminar contrariar decisão soberana já tomada pela maioria do Tribunal Pleno, que a Presidência vem a exercer o poder geral de cautela atribuído ao Estado-Juiz” (BRASIL, 2018b). Em 17/12/2018, isto é, dois dias antes da decisão liminar do ministro Marco Aurélio, o presidente do STF havia anunciado que o tribunal julgará em 10/4/2019 a validade da execução antecipada de acordo condenatório recorrível.

3 | A CRÍTICA DA TEORIA DO DIREITO. INTEGRIDADE *VERSUS* PRAGMATISMO

Uma extensa questão da teoria do direito repousa nos debates acima: o pensamento pragmático, cujos pressupostos exercem até hoje uma grande influência. Antes de abordá-los, todavia, a fim de se preparar um terreno epistemológico mais interessante, impende-se tecer breves considerações acerca do utilitarismo inglês de Bentham, nascedouro do pensamento pragmático (GODOY, 2014, p. 1).

De acordo com Bentham, fundador do utilitarismo, a coisa certa a fazer é aquela que maximizará a utilidade, qualquer coisa que produza prazer ou felicidade e que evite dor ou sofrimento no âmbito de uma comunidade. Ele acreditava que tanto o Poder Público, quanto os seus limites, deveriam ser pautados pelo princípio da “maior felicidade”, criticava duramente os direitos naturais, classificando-os como perigosos e anárquicos, e entendia o utilitarismo como um princípio coletivo, exigindo dos governantes que maximizassem o saldo líquido de felicidade de seus governados (HART, 1983, p. 182).

A aceitação do pensamento utilitarista reside sobretudo na sua simplicidade, no cálculo matemático de custos e benefícios que rapidamente se impõe. Em “Mendicância Extirpada”, por exemplo, Bentham (1843, p. 401) percebeu que o fato de haver pessoas em situação de rua reduzia a felicidade dos transeuntes, causando dor para alguns e repugnância para outros. Assim, o pensador propôs a remoção das pessoas em situação de rua, confinando-as em abrigos.

Felizmente, o programa benthaniano para lidar com pessoas em situação de rua nunca foi adotado, mas, alerta Sandel (2017, p. 51), o espírito utilitarista que o gerou está vivo e forte até hoje. Sandel (2017, p. 52 e 54) critica o pensamento utilitarista mediante a apresentação de duas situações hipotéticas:

Situação hipotética 1:

Consideremos uma situação na qual uma bomba-relógio está por explodir. Imagine-se no comando de um escritório local da CIA. Você prende um terrorista suspeito e acredita que ele tenha informações sobre um dispositivo nuclear preparado para

explodir em Manhattan dentro de algumas horas. Na verdade, você tem razões para suspeitar que ele próprio tenha montado a bomba. O tempo vai passando e ele se recusa a admitir que é um terrorista ou a informar onde a bomba foi colocada. Seria certo tortura-lo até que ele diga onde está a bomba e como fazer para desativá-la? O argumento a favor da tortura nesse caso começa com um cálculo utilitarista. A tortura inflige dor ao suspeito, reduzindo muito a sua felicidade ou utilidade. Mas milhares de inocentes morrerão se a bomba explodir. Assim, você pode argumentar, nos termos do utilitarismo, que é moralmente justificável infligir dor intensa a uma pessoa se isso evitar morte e sofrimento em grande escala.

Situação hipotética 2:

Suponhamos que a única forma de induzir o suspeito de terrorismo a falar seja a tortura de sua jovem filha (que não tem noção das atividades nefastas do pai). Seria moralmente aceitável fazer isso? Acredito que até mesmo o mais convicto utilitarista vacilasse ao pensar nessa possibilidade. Mas essa versão da situação de tortura é um teste mais verdadeiro do princípio utilitarista. Ela põe de lado a percepção de que o terrorista merece ser punido de alguma forma (apesar da valiosa informação que esperamos extrair dele) e nos força a avaliar o cálculo utilitarista em si.

As intuições no caso acima não estão relacionadas apenas com custos e benefícios, mas também – e especialmente – com a presunção de “culpabilidade” relativamente à pessoa a ser sacrificada, havendo nítida diferença de intuição entre a tortura de um “terrorista” e o suplício da jovem filha deste.

No caso hipotético, intui-se que “terroristas” são pessoas más que merecem ser punidas, e, apenas por conta dessa pressuposição, o cálculo de custos e benefícios torna-se simples. Ao modificar-se a pessoa a ser sacrificada, contudo, o pensamento utilitarista desmorona. Como a teoria do direito pode corrigir essa distorção do utilitarismo?

Kant (2003, p. 239) diria que, se todos e cada um dos seres humanos são merecedores de dignidade e respeito, não importa quem sejam ou onde vivam, então é errado tratá-los como meros instrumentos da felicidade coletiva. O filósofo prussiano negaria o primado da maximização do saldo líquido de felicidade da maioria, e, ao contrário, sustentaria o respeito às pessoas como fins em si mesmas (SANDEL, 2017, p. 137). Tem-se, aqui, um poderoso ensinamento contra a utilitarismo, que falece sobretudo da compreensão do conceito de razão.

Para Kant (2004, p. 5), “a razão é a faculdade de ampliar as regras e os propósitos do uso de todas as suas forças muito além do instinto natural”. Segundo o pensamento do filósofo, a simples intuição ou instinto, quer dizer, o agir irrefletido, não deveria encerrar a natureza humana. Nas palavras de Kant (2004, p. 6):

A natureza quis que o homem tirasse inteiramente de si tudo o que ultrapassa a ordenação mecânica de sua existência animal e que não participasse de nenhuma felicidade ou perfeição senão daquela que ele proporciona a si mesmo, livre do instinto, por meio da própria razão”.

De fato, não é simples responder às situações hipotéticas apresentadas por Sandel, mas, decerto, o utilitarismo falha ao limitar-se a avaliar somente as consequências das ações e a felicidade majoritarista, olvidando a necessária reflexão

acerca do tipo de pessoa que cada indivíduo deve ser, isto é, da sua integridade, do argumento moral, que se mostra um importante caminho a ser seguido sobretudo na tomada de decisões. Diante da importância da integridade para a obra de Dworkin, mostra-se fundamental delimitar o sentido e o alcance que o termo integridade assumirá neste trabalho. Sem embargo de uma abordagem aprofundada em momento oportuno, adotar-se-á o termo como dever de integridade das deliberações judiciais, a pretensão de alcançar um Estado Democrático de Direito que não seja apenas instrumento de avanço econômico e paz social, mas, a expressão de um sistema único de justiça e equidade na correta proporção. Segundo Dworkin (1999, p. 202), a integridade torna-se um ideal quando insistimos em que o Estado aja segundo um conjunto único e coerente de princípios mesmo quando seus cidadãos estão divididos quanto à natureza exata dos princípios de justiça e equidade corretos.

Para o ex-ministro Cezar Peluso e os ministros Luís Roberto Barroso e Rogerio Schietti, pode ter sido fácil invocar uma estatística, realizar um simples cálculo ou uma análise de custos e benefícios no trato da pessoa humana e dos seus direitos fundamentais. Esse cálculo, inclusive, torna-se muito fácil quando a minoria é “uma pessoa em situação de rua” (como abordou Bentham) ou um “suspeito de ato terrorista” (como hipoteticamente pontuado por Sandel). O que dizer, então, do famigerado “recorrente sem razão”, isto é, aquele para quem, nas palavras do ministro Luís Roberto Barroso, o Poder Judiciário passou a ser o seu refúgio (BARROSO; SCHIETTI, 2018, p. 1)? Certamente, os chamados “recorrentes sem razão” não sobreviverão a uma análise de custos e benefícios. Eis, aí, a intuição ou instinto comum criticada acima por Kant.

E se, por erro dos *fact finders* – que são pessoas falíveis, como ressalvado pelo ministro Teori Zavascki em seu voto vencedor no HC nº 126.292/SP –, alguns “recorrentes sem razão” vierem a ter razão, direito, procedência do pedido? Um erro apenas, uma única pessoa injustiçada, pode justificar, racionalmente em Kant, o *carcer ad poenam* que sofreu? Como desculpar-se, reverter a privação de liberdade, se esta é dotada de absoluta irreversibilidade, como frisado pelo próprio ex-ministro Cezar Peluso em seu voto no HC nº 84.078/MG, de 2009?

Segundo Dworkin (2006, p. 9-10), a dignidade humana, em sua primeira dimensão (próxima ao princípio da igualdade), declara que cada vida humana possui uma importância objetiva, isto é, um valor compartilhado por todos, e não apenas individualizado, subjetivo: “we should all regret a wasted life as something bad in itself, whether the life in question is our own or someone else’s”.

Mutatis mutandi, pode-se afirmar, com apoio na citação de Dworkin, que “todos nós devemos lamentar uma pena injusta como algo ruim por si só, quer a liberdade pertença a um de nós ou a outrem”. Mais: segundo o autor, numa nítida inspiração em Kant, se uma pessoa trata as demais (sejam elas “recorrentes sem razão” ou não) como simples seres cujas vidas não possuem qualquer importância objetiva, intrínseca, então essa pessoa, igualmente, despreza a própria vida (DWORKIN, 2006,

p. 10).

É nítida, pois, a relação entre o princípio do estado de inocência e o princípio fundamental da dignidade humana. No Brasil, o princípio da dignidade humana possui acolhida no artigo 1º, III, da Constituição Federal. Sarlet (2016, p. 254) frisa a superposição da dignidade humana como princípio “fundamental”, bem como o reconhecimento, pela Constituição, de que o Estado existe em função da pessoa humana, e não o contrário:

Ao consagrar a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos do Estado Democrático (e social) de Direito (art. 1º, III), a CF de 1988, além de ter tomado uma decisão fundamental a respeito do sentido, da finalidade e da justificação do próprio Estado e do exercício do poder estatal, reconheceu categoricamente que o Estado existe em função da pessoa humana, e não o contrário. Da mesma forma, não foi por acidente que a dignidade não constou do rol dos direitos e garantias fundamentais, tendo sido consagrada em primeira linha como princípio (e valor) fundamental, que, como tal, deve servir de norte ao intérprete, ao qual incumbe a missão de assegurar-lhe a necessária força normativa.

As conclusões acima partem do pensamento de Kant, que construiu uma noção de dignidade fundada na autonomia da vontade e na ideia de que o homem é um fim em si mesmo, não podendo jamais ser tratado como mero objeto (SARLET, 2016, p. 249). Para o constitucionalista, a dignidade implica não apenas que a pessoa não pode ser reduzida à condição de mero objeto da ação própria e de terceiros, como também o fato de que a dignidade gera direitos fundamentais (negativos) contra atos, sobretudo estatais, que a violem ou a exponham a graves ameaças (SARLET, 2016, p. 254).

Em verdade, os dados estatísticos utilizados pelo ex-ministro Cezar Peluso e pelos ministros Luís Roberto Barroso e Rogério Schietti parecem configurar um verdadeiro apelo ao argumento pragmático, à opinião pública – ou melhor, à opinião publicada, uma dicotomia já denunciada por Maffesoli (2010, p. 20), segundo o qual, ao contrário da opinião pública, que é versátil e dotada de humanidade e fragilidade, a opinião publicada é aquela que “continua a repetir exaustivamente algumas ideias convencionais, lugares-comuns e outras verborragias”. É correto, ao menos sob o ponto de vista da teoria do direito aqui apresentado, recorrer à máxima utilidade ou à opinião pública (publicada), em detrimento de cada uma das pessoas que conseguirá, ao menos ao fim, demonstrar o excesso de pena que recebeu ou até mesmo afastar uma condenação, bem como, conseqüentemente, demonstrar que o Poder Público errou? Para o pragmatismo, segundo o seu pensador mais proeminente, sim, pode ser correto ceder à opinião pública (POSNER, 2010, p. 280).

Embora Posner (2010, p. 280-281) negue que o seu método pragmático funcione como uma mera análise de “custos *versus* benefícios”, o autor admite que o ato do juiz de “tornar o direito mais bem adaptado a seu ambiente social” configura um “benefício”, e as conseqüências eventualmente negativas, seja para os demais poderes (Executivo e Legislativo), seja para a opinião pública, geram “custos”. Segundo Posner (2010, p.

Os juízes também têm que se preocupar que, se se opuserem à opinião pública de forma muito vigorosa, os ramos políticos (mais precisamente, os mais políticos) do governo vão se rebelar e cortar as asas dos juízes. Uma prudência constante deve, portanto, reinar nas asserções mais agressivas dos juízes. Eles são mais agressivos quando fulminam os pareceres discordantes, porque os votos vencidos não têm que conviver com as consequências das posições que defendem.

Sim, Posner não aplica direitos sem pensar nas consequências da aplicação desse mesmo direito. Significa que a pessoa perdeu o direito? Não, ele sequer fora reconhecido. Em outras palavras, o autor conclui que, se a consequência for pesada demais, *exempli gratia*, para a opinião pública, esse direito não deve ser aplicado. Se a consequência for incômoda o suficiente para o Governo, este pode vir a “cortar as asas” dos juízes, como citado acima. Se houver resistência a determinadas decisões judiciais concessivas de liberdades civis, “o Congresso pode, por exemplo, conter a expansão judicial de liberdades civis aumentando a severidade da punição” (POSNER, 2010, p. 162). Juízes devem ser uma espécie de estrategistas, segundo os pragmáticos. Mais: isso seria melhor para o futuro. Afinal, ao priorizar a estratégia, a utilidade, até mesmo em detrimento dos direitos das pessoas, especialmente das minorias, o pragmatismo oferece uma versão encantadora, melhor para o futuro (DWORKIN, 1999, p. 192).

Todavia, por que o fato de um número maior de pessoas favorecer determinado curso de ação seria um sinal de que o curso favorecido é melhor ou mais justo (DWORKIN, 2014, p. 532)? Aqui reside (um)a diferença entre o direito e a política. Por isso, o pragmatismo é uma concepção cética do direito, porque rejeita a existência de pretensões juridicamente tuteladas genuínas, não estratégicas, pouco confortáveis.

Punir injustamente, punir antes do tempo, é correto? Para o pragmático, essa reflexão não é decisiva – embora ele não a desconheça. É o caso do voto do ministro do STF Luís Roberto Barroso, no HC nº 126.292/SP (BRASIL, 2016b), que, expressamente, invocou razões pragmáticas para decidir:

Há, ainda, três fundamentos pragmáticos que reforçam a opção pela linha interpretativa aqui adotada. De fato, a possibilidade de execução da pena após a condenação em segundo grau:

- (i) permite tornar o sistema de justiça criminal mais funcional e equilibrado, na medida em que coíbe a infundável interposição de recursos protelatórios e favorece a valorização da jurisdição criminal ordinária;
- (ii) diminui o grau de seletividade do sistema punitivo brasileiro, tornando-o mais republicano e igualitário, bem como reduz os incentivos à criminalidade de colarinho branco, decorrente do mínimo risco de cumprimento efetivo da pena; e
- (iii) promove a quebra do paradigma da impunidade do sistema criminal, ao evitar que a necessidade de aguardar o trânsito em julgado do recurso extraordinário e do recurso especial impeça a aplicação da pena (pela prescrição) ou cause enorme distanciamento temporal entre a prática do delito e a punição, sendo certo que tais recursos têm ínfimo índice de acolhimento.

Em seu voto no HC nº 152.752/PR, em abril de 2018, o ministro Luís Roberto

Barroso disse entender e respeitar quem tem o entendimento de que bastaria um caso de reforma do acordo condenatório recorrível para justificar a exigência do trânsito em julgado (BRASIL, 2018d). Mas, segundo ele, por essa lógica, todos os aeroportos deveriam ser fechados, porque, apesar de todos os esforços, haveria sempre uma margem mínima de acidentes. Nas palavras do ministro, viver envolve riscos, e tornar a vida infinitamente pior não é capaz de eliminá-los.

Como dito antes, a reflexão sobre punir injustamente, punir antes do tempo, não é decisiva para pragmáticos, embora eles não a desconheçam. Tal é a ressalva que o ministro Luís Roberto Barroso fez antes de introduzir a “analogia dos aeroportos”, ao dizer “entender e respeitar quem tem o entendimento de que bastaria um caso de reforma do acordo condenatório recorrível para justificar a exigência do trânsito em julgado”. Tamanho o pragmatismo na fala acima, disse o ministro que “viver envolve riscos, e tornar a vida infinitamente pior não é capaz de eliminá-los”. A frase é impactante, e promove uma lógica não condizente com o direito, pois, no Brasil, o trânsito em julgado, se não fulminar materialmente qualquer possibilidade de erro, o fará formalmente, eliminando, portanto, quaisquer riscos em sede de estado de inocência. Essa é a exigência constitucional (artigo 5º, LVII): diferentemente da “analogia dos aeroportos”, viver o estado de inocência não admite os riscos do *carcer ad poenam* (diverso, não é demais frisar, do *carcer ad custodiam*).

Não há dúvidas acerca da excessiva delonga processual espalhada pelo país. A morosidade processual no Poder Judiciário é a reclamação de quase metade dos cidadãos que procuram a Ouvidoria do Conselho Nacional de Justiça (BRASIL, 2014). A solução para esse problema, contudo, não reside na mitigação do princípio da não culpabilidade. Afinal, ao menos desde 2014, o CNJ registra que a maior parte das demandas recebidas na sua Ouvidoria relativas à morosidade processual no Poder Judiciário decorre de feitos em tramitação no 1º grau, e não nas instâncias superiores (BRASIL, 2014).

Eliminar o trânsito em julgado contido no princípio do estado de inocência, ademais de contrário à Constituição, sequer dará efetividade ao Poder Judiciário como um todo, nem resolverá a morosidade processual, principal problema sentido pela sociedade e exposto pelo CNJ. A promessa de menos impunidade e maior eficiência do Poder Judiciário, em verdade, resultará na melhoria da gestão processual apenas dos tribunais superiores, dos ministros apegados a estatísticas majoritaristas e à jurisprudência defensiva. Ao que parece, o argumento do ministro Luís Roberto Barroso não valoriza a “jurisdição criminal ordinária”, e sim, a extraordinária (STJ e STF).

Ao menos até aqui, segundo os dados oferecidos acima pelo CNJ, parece existir um sinal de que a promessa pragmática de um futuro melhor para a sociedade, de menos impunidade e maior eficiência, não passa de um engodo facilitador da comodidade dos tribunais de superposição. A fala de Dworkin (1999, p. 192) é pertinente e atual: pragmáticos priorizam a melhor estratégia, ainda que, para isso, seja necessário rejeitar um direito. Para eles, o direito possui uma abordagem instrumental e cética,

e deve-se dar importância crucial às melhores consequências (MARRAFON, 2015, p. 2).

Por sua vez, o segundo discurso pragmático (da seletividade “às avessas” em nome do princípio da igualdade) é tentador, de fácil absorção. Sugere que, se o sistema penal é duro com os pobres, com as pessoas que não possuem acesso ao Judiciário em igualdade de condições com os ricos, que melhor e mais vezes exploram os recursos facultados pela lei, a Justiça deve agir seletivamente “às avessas”. A estratégia pragmática é constranger a recorribilidade, em nome do princípio da igualdade.

Para o pragmático, pouca importa se essa limitação atingirá, no caso concreto, o rico ou o pobre, ou se a limitação, em si, é a coisa certa a fazer, isto é, se é constitucional desconsiderar a exigência de trânsito em julgado para a presunção de não culpabilidade. De nada adianta, na visão do intérprete pragmático, refletir se a seletividade gira no sentido horário ou anti-horário: ao invés de paralisá-la (nulificá-la), prefere-se a inversão do seu sentido. Seletividade, para um lado ou para o outro, não respeita direitos, mesmo que a mudança do sentido giratório cause frenesi, soe como um progresso, um futuro melhor. O argumento é político, e não jurídico, e continua a legitimar a seletividade penal.

Causa espécie a utilização do argumento pragmático acima pelo ministro Luís Roberto Barroso. Ele que, em sua obra de direito constitucional, cita inúmeras vezes o pensamento de Sarlet, Kant e Dworkin, sobretudo quando aborda o princípio da dignidade da pessoa humana, mais especificamente no capítulo “Transformações do direito constitucional contemporâneo”, sobretudo o item “III marco filosófico: a construção do pós-positivismo” (BARROSO, 2010). Streck (2018a, p. 3) fala numa dicotomia professor/ministro de Luís Roberto Barroso.

O princípio da dignidade da pessoa humana, especialmente em seu viés objetivo, aquele mais conectado ao princípio da igualdade e de inspiração kantiana, asseve que todos e cada um merecem igual respeito e consideração pela sua vida e pelos seus direitos, quer gostemos ou não da vida ou do direito do outro. O compromisso de desenvolver e interpretar o direito de modo principialista faz com que os membros de uma comunidade de princípios aceitem a integridade como um ideal, mesmo que diverjam entre si (MAUÉS, 2012, p. 607). Sim, Dworkin (2010, p. 105-106) já advertia que toda democracia contemporânea é uma nação dividida. São divisões nos aspectos de natureza cultural, étnica, política e moral. Nada obstante, adverte o autor, revela-se crucial manter uma integridade, especialmente no tocante aos princípios – onde podemos incluir o da não culpabilidade.

No dia-a-dia forense, contudo, vários juízes buscam escolher quais consequências reputam melhores para a sociedade (preferências políticas ou extrajurídicas), ainda que a coerência com princípios jurídicos permaneça em segundo plano, num pragmatismo que não permite respeitar, de forma independente, os direitos das pessoas (DWORKIN, 1999, p. 195).

Por fim, chega-se ao terceiro discurso pragmático, o da necessária “quebra do

paradigma da impunidade”. O uso de argumentos políticos, por parte de juízes, vem sendo combatido por Streck de há muito. Recentemente, o autor voltou ao tema, ao comentar a interpretação prevalente no STF acerca do princípio da não culpabilidade, criticando a utilização, por ministros do Supremo, dos discursos políticos da “impunidade” e da “efetividade judicial” (STRECK, 2018b, p. 3).

O pragmático, mesmo sabedor da diferença entre o problema do sistema recursal e o problema do direito da pessoa humana, prefere rejeitar o direito. O intérprete adepto do pragmatismo até vê o direito aplicável (por exemplo, a possibilidade de excesso de pena privativa de liberdade, a tornar fechado o regime inicial de cumprimento), mas, com maior predileção, busca a melhor estratégia, a maior conveniência, o resultado prático mais confortável, e aplica-o em detrimento da pretensão jurídica devida, mesmo que, para isso, frisa Dworkin (1999, p. 185), tenha o intérprete que derrogar qualquer anterior decisão legislativa (a exemplo daquela tomada por constituintes, como Darcy Pozza, acerca da exigência do trânsito em julgado para o princípio do estado de inocência).

Em sede de princípios, dados estatísticos dizem muito pouco, sobretudo porque direitos fundamentais são contramajoritários – e os órgãos responsáveis pela defesa deles, também. Então, “Que se reforme o sistema processual, que se confira mais racionalidade ao modelo recursal, mas sem golpear um dos direitos fundamentais a que fazem jus os cidadãos de uma república”, como salientado pelo ministro Celso de Mello em seu voto no julgamento da medida cautelar nas ADCs 43 e 44 (BRASIL, 2016a).

4 | CONSIDERAÇÕES FINAIS

No Brasil, o Supremo Tribunal Federal (STF), intérprete máximo da Constituição, vem encontrando no princípio da não culpabilidade uma controvérsia interpretativa enorme: rejeitar ou autorizar a execução antecipada do acórdão condenatório recorrível. Argumentos existem, e vários, para os dois lados, num debate que, de há muito, fugiu dos lindes jurídicos e, *sponte propria*, atingiu em cheio a política, sobretudo a opinião pública (publicada).

Como principal conclusão do trabalho, tem-se que a maioria dos ministros do STF, sobretudo a partir do HC nº 126.292/SP, de 2016, vem adotando uma concepção pragmática do direito, em decisões que negam à pessoa humana a garantia constitucional do trânsito em julgado para o afastamento da presunção de não culpabilidade, com nítidas consequências para o acesso à justiça, sobretudo às pessoas mais vulneráveis.

O contexto de crise política vivida no país tem cobrado do STF um verdadeiro protagonismo judicial, uma atitude pragmática por parte do tribunal, que, ao ceder a tais apelos, tem limitado o acesso à justiça, seguindo rumo diverso até mesmo da

história constitucional brasileira no tocante ao princípio da presunção de inocência.

REFERÊNCIAS

BARBAGALO, Fernando Brandini. **Presunção de inocência e recursos criminais excepcionais**: em busca da racionalidade no sistema processual penal brasileiro. Brasília: TJDF, 2015.

BARROSO, Luís Roberto. **Direito constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BARROSO, Luís Roberto; SCHIETTI, Rogério. **Execução penal, opinião e fatos**. Folha UOL: São Paulo, 2018. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/opiniaio/2018/02/luis-roberto-barroso-e-rogerio-schietti-execucao-penal-opiniaio-e-fatos.shtml>>. Acesso em abr. 2018.

BECCARIA, Cesare Bonesana. **Dos delitos e das penas**. Tradução J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. 3. ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

BENTHAM, Jeremy. **Tracts on Poor Laws and Pauper Management**. In: BOWRING, John. The Works of Jeremy Bentham, vol. 8. Londres: W. Tait, 1843.

BRASIL. **Anteprojeto do relator da comissão da soberania e dos direitos e garantias do homem e da mulher, subcomissão dos direitos e garantias individuais**. Brasília, 1987. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/internet/constituicao20anos/DocumentosAvulsos/vol-78.pdf>>. Acesso em: abr. 2018.

BRASIL. **Conselho Nacional de Justiça**: 18º relatório trimestral da Ouvidoria – abril, maio e junho de 2014. Brasília, 2014. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/ouvidoria-page/documentos/894-relatorios-2014/78991-18-relatorio-trimestral-da-ouvidoria-abril-maio-e-junho-de-2014>>. Acesso em: ago. 2018.

BRASIL. **Constituição Federal**. Brasília, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: ago. 2018.

BRASIL. **Decreto nº 592/1992**: promulga o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Brasília, 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0592.htm>. Acesso em: ago. 2018.

BRASIL. **Decreto nº 678/1992**: promulga a Convenção Americana de Direitos Humanos. Brasília, 1969. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm>. Acesso em: ago. 2018.

BRASIL. **Decreto nº 5.919/2006**: promulga a Convenção de Manágua. Brasília, 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Decreto/D5919.htm>. Acesso em: ago. 2018.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689/1941**: Código de Processo Penal. Brasília, 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: ago. 2018.

BRASIL. **Lei nº 7.210/1984**: Lei de Execução Penal. Brasília, 1984. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210.htm>. Acesso em: ago. 2018.

BRASIL. **Lei nº 8.038/1990**. Brasília, 1990a. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8038.htm>. Acesso em: ago. 2018.

BRASIL. **Lei nº 9.868/1999**. Brasília, 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9868.htm>. Acesso em: ago. 2018.

BRASIL. **Lei nº 13.105/2015**: novo Código de Processo Civil. Brasília, 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: ago. 2018.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**: súmula nº 7. Brasília, 1990b. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: ago. 2018.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**: acervo processual. Brasília, 2018a. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/textos/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=acervoatual>>. Acesso em: ago. 2018.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**: ação declaratória de inconstitucionalidade nº 43/DF. Brasília, 2016a. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: ago. 2018.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**: ação declaratória de inconstitucionalidade nº 54/DF. Brasília, 2018b. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: ago. 2018.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**: estatísticas de *habeas corpus* no tribunal. Brasília, 2018c. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/textos/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=hc>>. Acesso em: ago. 2018.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**: *habeas corpus* nº 68.726/DF. Brasília, 1991. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: ago. 2018.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**: *habeas corpus* nº 72.366/SP. Brasília, 1995. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: ago. 2018.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**: *habeas corpus* nº 74.983/DF. Brasília, 1997. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: ago. 2018.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**: *habeas corpus* nº 84.078/MG. Brasília, 2009. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: ago. 2018.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**: *habeas corpus* nº 126.292/SP. Brasília, 2016b. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: ago. 2018.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**: *habeas corpus* nº 152.752/PR. Brasília, 2018d. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: ago. 2018.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**: recurso extraordinário nº 482.006/MG. Brasília, 2007. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: ago. 2018.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**: repercussão geral no recurso extraordinário com agravo nº 964.246/SP. Brasília, 2016c. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: ago. 2018.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**: súmula nº 279. Brasília, 1963. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: ago. 2018.

BRASIL. **Tribunal Regional Federal da 4ª Região**: súmula nº 122. Brasília, 2016d. Disponível em: <www.trf4.jus.br>. Acesso em: ago. 2018.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

CADHP (Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos). **Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos**. Banjul, 1981. Disponível em: <<http://www.achpr.org/pt/instruments/achpr/>>. Acesso em: ago. 2018.

CARVALHO, Amilton Bueno de. **Lei, para que(m)?** In: Escritos de direito e processo penal em homenagem ao professor Paulo Cláudio Tovo. Coord. Alexandre Wunderlich. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

CDFUE (Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia). **Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia**. Nice, 2000. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=uriserv:OJ.C_.2012.326.01.0391.01.POR>. Acesso em: ago. 2018.

CEDH (Convenção Europeia dos Direitos do Homem). **Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais**. Roma, 1950. Disponível em: <http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf>. Acesso em: ago. 2018.

DDHI (Declaração dos Direitos Humanos no Islã). **Declaração dos Direitos Humanos no Islã**. Cairo, 1990. Disponível em: <<http://hrlibrary.umn.edu/instree/cairodeclaration.html>>. Acesso em: ago. 2018.

DUDH (Declaração Universal dos Direitos do Homem). **Resolução 217 A (III) da Assembleia Geral das Nações Unidas**. Paris, 1948. Disponível em: <[http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/217\(III\)&Lang=E](http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/217(III)&Lang=E)>. Acesso em: ago. 2018.

DWORKIN, Ronald. **A justiça de toga**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

DWORKIN, Ronald. **A raposa e o porco-espinho: justiça e valor**. Tradução Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2014.

DWORKIN, Ronald. **Is democracy possible?** Principles for a new political debate. Princeton: Princeton University Press, 2006.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. Revisão técnica Gildo Sá Leitão Rios. 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 1999.

FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón**. Traducción de Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan Terradillos Basoco, Rocío Cantarero Bandrés. Madrid: Trotta, 1995.

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. **Richard Posner e a tradição da análise econômica do Direito**. Revista Consultor Jurídico: São Paulo, 2014. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2014-set-28/emargos-culturais-richard-posner-tradicao-analise-economica-direito>>. Acesso em abr. 2018.

GOMES, Luiz Flávio. **Estudos de direito penal e processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

GOMES, Luiz Flávio. **Sobre o conteúdo tridimensional do princípio da presunção de inocência**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **Presunção de Inocência e Prisão Cautelar**. São Paulo: Saraiva, 1991.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Liberdades públicas e processo penal** – As interceptações telefônicas. 2. ed. Saraiva: 1982.

HART, H. L. A. **Utilitarianism and natural rights**. In: Essays in jurisprudence and philosophy. Oxford: Clarendon Press, 1983, p. 181-197.

KANT, Immanuel. **A metafísica dos costumes**. Tradução, textos adicionais e notas Edson Bini. Bauru: EDIPRO, 2003.

- KANT, Immanuel. **Ideia de uma história universal de um ponto de vista cosmopolita**. Organização Ricardo R. Terra. Tradução Rodrigo Naves, Ricardo R. Terra. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004.
- LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**: volume único. 4. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016.
- LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.
- MAFFESOLI, Michel. **Saturação**. Tradução Ana Goldberger. São Paulo: Iluminuras, 2010.
- MARRAFON, Marco Aurélio. **Dworkin contra o pragmatismo de Posner na decisão judicial**. Revista Consultor Jurídico: São Paulo, 2015. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-fev-23/constituicao-poder-dworkin-pragmatismo-posner-decisao-judicial>>. Acesso em abr. 2018.
- MAUÉS, Antonio Moreira. **Jogando com os precedentes**: regras, analogias, princípios. Revista Direito GV. São Paulo, 2012, p. 587-624.
- MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Comentário ao artigo 5º, § 3º**. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.
- MENDES, Gilmar Ferreira. **O princípio da proteção do núcleo essencial**. In: MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.
- MORAES, Maurício Zanoide. **Presunção de inocência no processo penal brasileiro**: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial. Rio de Janeiro: Editora Lumen Iuris, 2010.
- NICOLITT, André. **As subversões da presunção de inocência**: violência, cidade e processo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de processo penal comentado**. 15. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016.
- PACELLI, Eugênio. **Curso de processo penal**. 21. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017.
- PELUSO, Cezar. *É preciso entender a grandeza do princípio da presunção de inocência*. Revista Consultor Jurídico: São Paulo, 2016. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-set-26/peluso-preciso-entender-grandeza-presuncao-inocencia>>. Acesso em mar. 2018.
- PELUSO, Cezar. **Em defesa de uma justiça eficiente**. Notícias STF: Brasília, 2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=181248>>. Acesso em mar. 2018.
- POSNER, Richard A. **Direito, pragmatismo e democracia**. Tradução Teresa Dias Carneiro. Revisão Francisco Bilac M. Pinto Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2010.
- RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 2014.
- SANDEL, Michael. **Justiça**: o que é fazer a coisa certa. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2017.
- SANGUINÉ, Odone. **Prisión provisional y derechos fundamentales**. Tirant lo Blanch: Valencia, 2003.

SARLET, Ingo W. **Comentário ao artigo 1º, III.** In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W; STRECK, Lenio L. (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

STRECK, Lenio Luiz. **E o que seria a discricionariedade transparente do ministro Roberto Barroso?** *Revista Consultor Jurídico*: São Paulo, 2018a. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-fev-26/streck-seria-discricionariedade-transparente-barroso>>. Acesso em abr. 2018.

STRECK, Lenio Luiz. **O STF, sete erros... e um destino! E meu prognóstico, do qual discordo!** *Revista Consultor Jurídico*: São Paulo, 2018b. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-abr-09/streck-stf-erros-destino-meu-prognostico-qual-discordo>>. Acesso em abr. 2018.

STRECK, Lenio Luiz. **Presunção de inocência: Fachin interpreta a Constituição conforme o CPC?** *Revista Consultor Jurídico*: São Paulo, 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-jun-30/senso-incomum-presuncao-inocencia-fachin-interpreta-constituicao-conforme-cpc>. Acesso em abr. 2018.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Código de processo penal comentado**. 9. ed., rev., ampl., atual. Saraiva: São Paulo, 2005.

A VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA COM O NOVO ENTENDIMENTO OUTORGADO PELO STF

Lucas Baldo

Graduando do Curso de Direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina – UNOESC

Elizabete Geremia

Advogada; Professora e pesquisadora da Universidade do Oeste de Santa Catarina; Especialização em Direito Material e Processual do Trabalho; Mestre em Direito fundamentais sociais pela Universidade do Oeste de Santa Catarina; elizabete.geremias@unoesc.edu.br.

RESUMO: O presente artigo tem o escopo de incrementar a discussão sobre o novo posicionamento do Supremo Tribunal Federal que, a partir do julgamento do HC n. 126.292, no dia 17 de fevereiro de 2016 pelo plenário do referido Órgão, autorizou o cumprimento da pena privativa de liberdade, logo após a condenação da Segunda Instância. Tal entendimento que vem sendo adotado por grande maioria dos Tribunais é no mínimo problemático, ao passo que para muitos juristas, e até mesmo magistrados, a execução da pena antes do trânsito em julgado da ação penal, conseqüentemente sem a certeza inequívoca da culpabilidade, fere o Princípio Constitucional da Presunção de Inocência (que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória), disposto no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal.

Neste estudo analisa-se os argumentos mencionados e defendidos por aqueles que defendem e também criticam o cumprimento provisório da pena.

PALAVRAS-CHAVE: Cumprimento provisório da pena. Princípio da Presunção de Inocência. Relativização. Supremo Tribunal Federal.

ABSTRACT: This article has, as the main goal, to increase the discussion about the new understanding of the Federal Court of Justice (Supremo Tribunal Federal – STF), that since the judgment of the HC n. 126.292, in February, 17th, 2016 by the plenary of the Federal Court of Justice, which authorized the provisional duty of the penalty, as soon as the conviction by second instance. This understanding, that has been adopted by the great majority of the Courts, it's at least questionable, as the step, that for many lawyers and even judges, the start of the penalty duty, before of the final verdict, without the certainty of guilt by the convicted, that hurts the Constitutional Principle of Innocence Presumption, (no one can be considered guilty before the final verdict), disposal in the article 5, LVII of the Federal Constitution. In this study we can analyze the position of some of the prime teachers and lawyers of this subject in the country, as well, as the arguments mentioned and defended by those that also stand by this position, criticizing the provisional duty of the

penalty.

KEYWORDS: Provisional duty of the penalty. The Innocence Presumption Principle. Relativization. Federal Court of Justice.

1 | INTRODUÇÃO

No dia 17 de fevereiro de 2016, a mais alta corte do judiciário brasileiro decidiu por maioria dos votos -7 a favor e 4 contra- ao julgar o HC 126.292/SP, autorizar o imediato cumprimento da pena, após esgotadas as possibilidades de recurso na segunda instância, independentemente da ação penal ter transitado em julgado.

Tal posicionamento gerou grandes impactos no âmbito do direito, uma vez que a decisão para muitos abala e desrespeita um importante princípio constitucional disposto no artigo 5º, inciso LVII, da Carta Magna, o Princípio da Presunção de Inocência, em “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória”.

De outro norte, os apoiadores entendem ser perfeitamente cabível tal medida, ao passo que os recursos interpostos junto aos Tribunais Superiores para a reanálise do mérito, tinham exclusivamente o intuito de procrastinar o a execução da pena privativa de liberdade.

Sendo assim, o presente estudo visa analisar uma possível violação a um preceito consolidado e frequentemente usado nas decisões judiciais, que por ora, foi olvidado.

2 | DESENVOLVIMENTO

2.1 A violação ao Princípio da Presunção da inocência

O princípio da presunção da inocência está disposto no art. 5º, inciso LVII, da Constituição Federal de 1988. Tal preceito é aplicado no âmbito do direito penal para proteger o sentimento de culpabilidade de um acusado, até que por meio de um devido processo legal, se confirme a sua conduta.

Na lição de Guilherme Souza Nucci (NUCCI, 2015, p. 4)

[...] também conhecido como princípio do estado de inocência ou da não culpabilidade, significa que todo acusado é presumido inocente, até que seja declarado culpado por sentença condenatória, com trânsito em julgado. Encontra-se previsto no art. 5º, LVII, da Constituição. O princípio tem por objetivo garantir que o ônus da prova cabe à acusação e não à defesa. As pessoas nascem inocentes, sendo esse o seu estado natural, razão pela qual, para quebrar tal regra, torna-se indispensável que o Estado-acusação evidencie, com provas suficientes, ao Estado-juiz a culpa do réu. [...] (Código de processo penal comentado. 14. ed. ver., ampl. e atual. Rio de Janeiro: FORENSE, 2015, P. 4).

A presunção de inocência está embasada no art. 9º, da Declaração dos Direitos do Homem (1789), com o simples objetivo de que ninguém pode impor pena, multa,

sanção por tão somente a parte estar sendo acusada de cometer um possível delito. Rapidamente, este princípio se expandiu pelo mundo, ao passo que foi adotado pela Declaração Universal dos Direitos dos Homens, da ONU (Organização das Nações Unidas) e Convenção do Conselho da Europa.

Todavia, alguns historiadores ressaltam que existe uma possibilidade de resquícios de normas ainda na Grécia Antiga e no Direito Romano. Mas é quase unanimidade para os Doutrinadores que a presunção nasceu na Revolução Francesa, ligada a Declaração dos Direitos do Homem (1789), posto que ampliou-se as ideias do iluminismo.

No âmbito nacional, a presunção, até a entrada em vigor da Carta Magna de 1988, (Brasil, 1988) estava disposta apenas de forma implícita contemplando o devido processo legal, ao passo que com a vigência da atual Constituição Cidadã, conforme já mencionado foi explicitado no art. 5º, inciso LVII. Neste sentido, o Ilustre Ministro Celso de Mello explica que “A presunção de inocência representa uma notável conquista histórica dos cidadãos em sua permanente luta contra a opressão do Estado e o abuso de poder.” (BRASIL, 2016).

O Egrégio Tribunal de Santa Catarina, adota esse Preceito em relação à culpabilidade do acusado:

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA A SAÚDE PÚBLICA. TRÁFICO DE DROGAS. SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO DO RÉU CLAUBER. **PLEITO DE ABSOLVIÇÃO POR AUSÊNCIA DE PROVAS**. VIABILIDADE, NA ESPÉCIE. CONJUNTO PROBATÓRIO INSUFICIENTE PARA EMBASAR UM DECRETO CONDENATÓRIO EM RELAÇÃO AO RÉU CLAUBER. AUSÊNCIA DE PROVAS SEGURAS DE QUE A DROGA APREENDIDA COM O CORRÉU DOUGLAS TAMBÉM PERTENCIA AO RECORRENTE. HIPÓTESE EM QUE NÃO HOUVE A OITIVA DE EVENTUAIS USUÁRIOS DE DROGAS, OU TESTEMUNHAS QUE PUDESSEM CONFIRMAR A MERCANCIA ILÍCITA PELO RÉU CLAUBER. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA DE UMA ÚNICA LIGAÇÃO DO APELANTE PARA O CORRÉU, NUM PERÍODO DE POUCO MAIS DE 30 DIAS ANTES DA APREENSÃO DOS ENTORPECENTES NA RESIDÊNCIA DO CODENUNCIADO DOUGLAS. INEXISTÊNCIA, OUTROSSIM, DE APREENSÃO DE ARTEFATOS UTILIZADOS NA MERCANCIA ILÍCITA DE ENTORPECENTES COM O APELANTE CLAUBER. INCIDÊNCIA DO PRINCÍPIO DO IN DUBIO PRO REO (ART. 386, VII, DO CPP). ABSOLVIÇÃO QUE SE IMPÕE. RECURSO PROVIDO. “A condenação criminal somente pode surgir diante de uma certeza quanto à existência do fato punível, da autoria e da culpabilidade do acusado. Uma prova deficiente, incompleta ou contraditória gera a dúvida e com ela a obrigatoriedade da absolvição, **pois milita em favor do acionado criminalmente uma presunção relativa de inocência**” (Apelação n. 0000545-44.2015.8.24.0085, rel. Des. Moacyr de Moraes Lima Filho, j. 7.6.2016). (TJSC, Apelação n. 0916314-93.2014.8.24.0023, da Capital, rel. Des. Rui Fortes, j. 21-06-2016).(**Grifei**).

Destarte, entende-se que o preceito da Presunção de Inocência acompanha o réu desde o início da ação penal até o *decisum* definitivo. Não há que se falar, portanto, que o acusado pode ser considerado culpado antes de a sentença condenatória ter transito em julgado, exceto nos casos de flagrante delito e provas extremamente convincentes.

De mais a mais, o constituinte originário quando da formulação da CF/88, deixou claro a expressão “transitado em julgado.” Deste modo, perfeitamente frisado pela ilustre Ministra Rosa Weber, não há margem para interpretação diversa do texto constitucional:

Se a Constituição, no seu texto, com clareza, vincula o princípio da presunção de inocência ou não culpabilidade a uma condenação transitada em julgado, não vejo como possa chegar a uma interpretação diversa, ainda que comungue com a imensa das premissas que embasaram os votos da divergência. (BRASIL, 2016).

Assim, a menos que se revogue o inciso LVII, do art. 5º, da Constituição Federal, os Ministros optaram por uma decisão que vai de encontro com a situação jurídica de inocência. Era esperado que os julgadores que se posicionaram a favor da antecipação da pena, pelo menos apresentassem alguma justificativa consistente e plausível para ignorar o artigo supramencionado, o que não foi constatado durante a apresentação de seus votos.

Paulo Iasz de Moraes, conselheiro estadual da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) do estado de São Paulo, comenta que o Princípio da Inocência é um direito relativo e não absoluto, destacando com grande receio que “ao se admitir a prisão antes do trânsito em julgado da sentença podemos incorrer no cerceamento de liberdade de pessoas que depois poderão ter sua inocência reconhecida ou pelo STJ ou pelo STF”.

Neste sentido, como a opinião da mais alta Corte do Judiciário é respeitadíssima, **vários dos Tribunais estão adotando** o posicionamento firmado no último ano pelo STF, como é o caso da corte catarinense:

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA A INCOLUMIDADE PÚBLICA. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO (ART. 14 DA LEI N. 10.826/2003). SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO DO RÉU. PRETENDIDA ABSOLVIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. AUTORIA E MATERIALIDADE DEVIDAMENTE COMPROVADAS, POR MEIO DO DEPOIMENTO DOS POLÍCIAS MILITARES QUE ATENDERAM À OCORRÊNCIA. CRIME DE MERA CONDUTA QUE INDEPENDE DA EXISTÊNCIA DE EFETIVO DANO PARA A SOCIEDADE. DELITO DE PERIGO ABSTRATO. CONDENAÇÃO MANTIDA. DOSIMETRIA. SUPLICA DE CONCESSÃO DO BENEFÍCIO DE SUSPENSÃO CONDICIONAL DA PENA. INVIABILIDADE. SUBSTITUIÇÃO, PELO MAGISTRADO, DA PENA CORPORAL POR RESTRITIVA DE DIREITOS. SURSIS QUE SOMENTE PODE SER APLICADO EM CASOS DE NÃO CABIMENTO DAS PENAS ALTERNATIVAS PREVISTAS NO ART. 44 DO CÓDIGO PENAL. PEDIDO DE APLICAÇÃO DE PRISÃO DOMICILIAR. NÃO CONHECIMENTO. MATÉRIA AFETA AO JUÍZO DA EXECUÇÃO. **POSSIBILIDADE DA EXECUÇÃO DA PENA, DE ACORDO COM A NOVA ORIENTAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. SENTENÇA CONDENATÓRIA CONFIRMA EM SEGUNDA INSTÂNCIA QUE PERMITE O IMEDIATO CUMPRIMENTO DA REPRIMENDA. DETERMINAÇÃO DE OFÍCIO.** (TJSC, Apelação Criminal n. 0002398-23.2012.8.24.0076, de Turvo, rel. Des. Volnei Celso Tomazini, j. 04-04-2017).

No mesmo sentido:

ESTADO DE SANTA CATARINA TRIBUNAL DE JUSTIÇA Habeas Corpus n. 4000539-

93.2016.8.24.0000, de Joinville Relator designado: Desembargador Getúlio Corrêa HÁBEAS CORPUS - CRIMES DE CORRUPÇÃO PASSIVA CIRCUNSTANCIADA EM CONTINUIDADE DELITIVA (CP, ART. 317, § 1º C/C ART. 71) E QUADRILHA (CP, ART. 288) EM CONCURSO MATERIAL (CP, ART. 69) - ACÓRDÃO CONFIRMATÓRIO DA CONDENAÇÃO QUANTO AO CRIME DE CORRUPÇÃO - **DETERMINAÇÃO DO IMEDIATO CUMPRIMENTO DA PENA - NOVO ENTENDIMENTO DO STF - PENDÊNCIA DE RECURSO ESPECIAL - AUSÊNCIA DE EFEITO SUSPENSIVO** - ALEGADO CONSTRANGIMENTO ILEGAL POR PARTE DO JUÍZO A QUO - NÃO OCORRÊNCIA. **Em significativa mudança jurisprudencial, o STF (HC n. 126.292, Min. Teori Zavascki, j. 17.02.2016) passou a entender pela possibilidade da execução imediata da condenação confirmada em segunda instância, ainda que pendentes recursos sem efeito suspensivo, na forma do art. 637 do CPP. Tal posicionar não viola o princípio constitucional da presunção de não culpabilidade, porque não compromete seu núcleo essencial. Afinal, durante todo o feito o réu é tratado como inocente, alterando essa situação tão somente após o pleno exercício do duplo grau de jurisdição e a manutenção do decreto condenatório pelo colegiado, quando então se concretiza o juízo fático acerca da sua responsabilidade criminal.** CUMPRIMENTO DA PENA EM PRISÃO DOMICILIAR - PACIENTE COM PROBLEMAS DE SAÚDE - ERGÁSTULO SEM CONDIÇÕES DE TRATAMENTO - DEFERIMENTO ATÉ REALIZAÇÃO DE PERÍCIA - POSSIBILIDADE DE REVERSÃO DA MEDIDA. V (TJSC, Habeas Corpus n. 4000539-93.2016.8.24.0000, de Joinville, rel. Des. Salete Silva Sommariva, j. 29-03-2016). Grifamos.

É de bom alvitre destacar parte do interior teor da decisão acima transcrita:

[..] Ressalto que, na verdade, se trata de uma retomada de antigo posicionamento (STF, HC n. 85.886, Min. Ellen Gracie, j. 06.09.2005; HC n. 85.616, Min. Ricardo Lewandowski, j. 24.10.2006; HC n. 91.675, Min. Cármen Lúcia, j. 04.09.2007), já adotado sob a égide da Constituição Federal de 1988.

A conclusão é reforçada pela existência de situações semelhantes no direito comparado: França, Alemanha, Canadá, Portugal, Espanha, Argentina, Estados Unidos da América, Inglaterra. Como o Brasil, esses países também são signatários da Declaração Universal dos Direitos Humanos, que em seu art. XI, item 1, prevê: “todo ser humano acusado de um ato delituoso tem o direito de ser presumido inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei”. E, de acordo com o referido julgado, a culpabilidade é suficientemente provada após o exercício pleno do duplo grau de jurisdição. [...]

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul também adota o novo entendimento, vejamos:

APELAÇÃO. CRIME CONTRA O PATRIMÔNIO. FURTO QUALIFICADO. CONCURSO DE AGENTES. MANUTENÇÃO DO DECRETO CONDENATÓRIO. PROVA SUFICIENTE. - MANUTENÇÃO DO DECRETO CONDENATÓRIO. PALAVRA DOS POLICIAIS. VALOR PROBANTE. As provas existentes no caderno processual são suficientes para o julgamento de procedência do pedido condenatório deduzido na denúncia. Materialidade e autoria suficientemente demonstradas pela prova produzida. Prisão dos réus em flagrante delito, na posse da res furtivae. Confissão dos acusados corroborada pela palavra dos policiais militares atuantes na prisão em flagrante. Conforme tranqüilo entendimento jurisprudencial, o testemunho policial é prova de reconhecida idoneidade, especialmente quando acompanhada de outros elementos probatórios. - CUSTAS PROCESSUAIS. Considerando que os acusados foram assistidos pela Defensoria Pública ao longo do feito, imperiosa a suspensão da exigibilidade das custas processuais. Art. 98, §3º, CPC (Lei nº 13.105/2015), c/c art. 3º CPP. - EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. Adesão ao

entendimento assentado pelo plenário do STF no julgamento do HC 126.292/SP. Possibilidade de se executar provisoriamente a pena confirmada por esta segunda instância, sem ofensa ao princípio constitucional da presunção da inocência. Determinada a execução provisória da pena. Apelo desprovido. (Apelação Crime Nº 70071815609, Oitava Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Dálvio Leite Dias Teixeira, Julgado em 26/04/2017).

Assim, é clarividente a lesão ao preceito constitucional no atual entendimento adotado pela Suprema Corte e recebido pelos demais Tribunais ao decidir não somente que o denunciado é o culpado pelo delito, mas sim que o ordene a imediata execução da pena, sem ter a certeza cristalina de sua culpabilidade e com possibilidade de ser declarado inocente na instância superior.

Os Ministros da Corte Brasileira causaram certo alvoroço, principalmente para os que defendem ferrenhamente o conteúdo disposto na Carta Magna. Ora, como podem os Nobres Julgadores ignorarem um dispositivo tão importante, que não deixa dúvidas quanto a sua aplicação, e retrata inteiramente de direitos e garantias fundamentais dos cidadãos.

Nesse sentido, tal posicionamento pode sim ultrapassar os limites da estranheza e alcançar uma enorme insegurança jurídica no sistema penal brasileiro. Isso porque, após o acusado dar início ao cumprimento da pena, existem outras instâncias superiores que poderão reanalisar a sua culpabilidade, e até mesmo o revelar inocente.

2.2 Reserva de lei qualificada ou constitucional

A reserva de lei qualificada ou constitucional trata-se de medida que objetiva o descumprimento de norma constitucional, mediante ordenamento emanado por legislação específica.

Neste diapasão, destacam-se os dizeres de Juliana Silva Barris de Melo Sant'ana:

Entende-se por reserva de lei qualificada/constitucional em relação às normas constitucionais, o fato de a Constituição permitir, em alguns casos, implícita ou explicitamente, a restrição de alguns direitos, por meio de lei, sendo por isso, chamada de reserva. É reservado à lei o direito de restringir a aplicação imediata e vinculante de determinadas normas e direitos fundamentais, sendo que a lei restritiva deverá ser editada para o fim precípuo indicado na norma originária.

Importante destacar que o Princípio da reserva de lei qualificada, foi instituído para que tenha uma ressalva quanto à aplicação da lei em sentido estrito, sendo autorizada por tanto algumas exceções, as quais violam algum direito, desde que o próprio artigo menciona as causas de violabilidade.

O exemplo mais consagrado pela doutrina é o da quebra de sigilo nas escutas telefônicas, ao passo que no art. 5, XII, da Constituição Federal, é explícito a possibilidade de violação do sigilo, se autorizado por ordem judicial. Vejamos:

Art. 5, XII CF - 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;

A Corte Catarinense, também reconhece tal possibilidade:

APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE DROGAS. LEI N. 11.343/06, ART. 33, CAPUT, E ART. 35, CAPUT. CONDENAÇÃO. RECURSO DEFENSIVO. PRELIMINAR. NULIDADE. CERCEAMENTO DE DEFESA. AUSÊNCIA DE DECISÃO QUE AUTORIZOU A **QUEBRA DO SIGILO TELEFÔNICO DO RÉU. INOCORRÊNCIA**. PROVA EMPRESTADA. DEFESA QUE TEVE ACESSO AO PROCESSO DE QUEBRA DE SIGILO TELEFÔNICO E LHE FOI OPORTUNIZADA EM JUÍZO A JUNTADA DE PEÇAS RELATIVAS ÀQUELE PROCEDIMENTO. PREFACIAL REJEITADA. **“É lícita a utilização de prova produzida em feito criminal diverso, obtida por meio de interceptação telefônica - de forma a ensejar, inclusive, a correta instrução do feito -, desde que relacionada com os fatos do processo-crime, e, após sua juntada aos autos, seja oportunizado à Defesa proceder ao contraditório e à ampla defesa.** Precedentes. (STJ, Habeas Corpus n. 15.424, rela. Mina. Laurita Vaz, Quinta Turma, j. em 7.2.2012). MÉRITO. TRÁFICO DE DROGAS. MATERIALIDADE E AUTORIA DEMONSTRADAS. PRISÃO EM FLAGRANTE. PALAVRAS DOS POLICIAIS FIRMES E COERENTES EM AMBAS AS FASES PROCESSUAIS, ALIADAS ÀS INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS REALIZADAS. CONDENAÇÃO MANTIDA. As palavras dos policiais que efetuaram a prisão em flagrante são elementos suficientes para demonstrar a autoria da empreitada criminoso, mormente quando aliadas às interceptações telefônicas contidas nos autos que comprovam a prática da narcotraficância RECURSO DE UM DOS RÉUS PARCIALMENTE CONHECIDO E, NA PARTE CONHECIDA, NÃO PROVIDO. RECURSO DA ACUSAÇÃO PROVIDO. RECURSO DO OUTRO ACUSADO PREJUDICADO. (TJSC, Apelação Criminal (Réu Preso) n. 2014.030987-7, de Jaraguá do Sul, rel. Des. Roberto Lucas Pacheco, j. 19-02-2015). (Grifei).

Por consequência, restaram esclarecidas quais são as oportunidades em que possam se lesar um direito previsto na Constituição.

Ocorre que, o Código de Processo Penal, contempla um dispositivo que não permite a prisão, senão em flagrante delito, antes da sentença condenatória ter transitado em julgado.

Ressalta-se que este Código, em que pese esteja desatualizado se compararmos a sociedade atual, vem sendo obedecido normalmente até hoje, motivo pelo qual suas previsões não podem ser ignoradas.

Assim, vejamos o disposto no artigo 283 do referido diploma legal:

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.

Tal dispositivo nos permite compreender que ninguém poderá ser preso, salvo em casos de flagrante delito ou ordem escrita por autoridade competente, em decorrência, apenas, de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva.

Ora, como pode a mais alta Corte, se posicionar a favor da prisão após a segunda

instância, sem ter declarado esse artigo inconstitucional?

O pensamento do jurista Aury Lopes Júnior fortalece ainda mais essa indagação:

Incrivelmente não li no julgado qualquer menção ao artigo 283 e, principalmente, uma declaração fundamentada de sua inconstitucionalidade, pois ele é completamente incompatível com a decisão proferida pelo STF. Grave omissão ou propositada omissão? E como simplesmente 'não aplicar' o artigo 283 sem declarar previamente sua inconstitucionalidade?

Ao descrever que *“É inviolável o sigilo de comunicações telefônicas, exceto por ordem judicial na hipótese de alguma investigação ou instrução processual”*, denota-se que o próprio artigo faz uma menção que tal direito poderá ser violado, em casos excepcionais, o que não ocorre com o art. 283 do CPP.

2.3 O fim da protelação

De outro norte, alguns juristas aplaudem a nova tese sob o argumento de que vários acusados interpõem incansáveis recursos, apenas com o intuito de protelar o trânsito em julgado, e por consequência atrasar o cumprimento da pena imposta pelo tipo legal. O resultado de tal atitude, é a imensa quantia de recursos que, com a devida vênia, não mereciam ser analisados pelos órgãos colegiados, pois claramente buscam a procrastinação.

Ainda que, sabidamente o Poder Judiciário encontra-se abarrotado de processos, e sim, alguns recursos são de caráter exclusivo procrastinatório, a morosidade do judiciário concomitantemente com a demora na prestação jurisdicional, não pode prevalecer em desfavor do réu. Ora, em que contribui exclusivamente o recorrente para a lerdeza do judiciário? Destaca-se, não se questiona aqui a capacidade dos órgãos julgadores, tampouco se critica este poder independente, pois é clarividente que o problema não é do Judiciário, mas sim, o sistema como um todo.

Destarte, a demora jurisdicional não deve prejudicar o acusado, pois o princípio do duplo grau de jurisdição, ainda que não de forma expressa, também está previsto em nossa Carta Magna, sendo um direito fundamental, a possibilidade de ter suas decisões revistas pelo órgão superior. Por tal motivo, não podem os Guardiões da Constituição inovarem, e desrespeitarem a Constituição, que de maneira clara prevê o trânsito em julgado, por mera lentidão na sua prestação jurisdicional.

Porque ao invés de modificar a jurisprudência ferindo um preceito constitucional, não se aumenta o número de vagas no Poder Judiciário, ou então não se fala em modificação do quadro atual dos Tribunais de Justiça, e ainda do majoração do número de 33 Ministros do Superior Tribunal de Justiça?

Ocorre que os membros do Ministério Público e da Magistratura, ressalvada a pressão popular, dão azo para maior polemização. Esses assinaram manifestos pedindo a manutenção da antecipação da pena, sob a batuta de que o princípio da presunção da inocência não é absoluto, e sim relativo, o que na verdade se trata de

um grande absurdo.

3 | CONCLUSÃO

Em virtude dos fatos mencionados, observa-se que o atual posicionamento adotado pelo STF não respeita o princípio explícito na Carta Magna da Presunção de Inocência ao determinar o cumprimento de pena, sem a confirmação da conduta do denunciado e com a possibilidade de reversibilidade da decisão em novo julgamento.

Os argumentos explicitados acima convergem para o pensamento de que somente mediante autorização legal, um dispositivo da Constituição pode ser descumprido – como se verifica na quebra do sigilo das comunicações telefônicas – o que não ocorre no caso do preceito constitucional da Presunção de inocência, uma vez que não existe alguma hipótese de se presumir culpado antes do julgamento ante o devido processo legal, senão em flagrante delito, eis que é um direito absoluto.

A Carta Magna possui uma interpretação clara e objetiva, não podendo dar azo para um entendimento adverso do que havia sido expressamente previsto. Os argumentos dos defensores da prisão antecipada não devem prevalecer sobre a literalidade da nossa Carta Maior, ou seja, que ninguém poderá ser considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença condenatória.

Nesse sentido, é evidente a lesão ao preceito Constitucional da Presunção de Inocência ou Estado de Inocência, previsto disposto no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal (1988), uma vez que a decisão admite a reclusão do acusado, sem ter a certeza cristalina de sua culpabilidade. Ora, tal princípio que fora construído em decorrência da evolução da sociedade foi totalmente relativizado.

REFERÊNCIAS

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 126.292/SP**. Relator: Min. Teori Zavascki. Órgão Julgador: Plenário do STF. Decisão em 17 fev. 2016. Brasília, DF, 2016. Disponível em: <<http://www.stf.pt/jurisprudencia/basedados>>. Acesso em: 21 jul. 2017.

<http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/>. Acesso em: 17 mai. 2017.

<http://www.conjur.com.br/2016-mar-04/limite-penal-fim-presuncao-inocencia-stf-nosso-juridico> . Acesso em: 17 mai. 2017.

<http://www.conjur.com.br/2016-fev-19/streck-teori-contraria-teori-prender-transito-julgado>. Acesso em: 17 mai. 2017.

<http://g1.globo.com/politica/noticia/2016/10/supremo-mantem-prisao-apos-condenacao-em-segunda-instancia.html> . Acesso em: 17 mai. 2017.

<https://jus.com.br/artigos/29909/os-direitos-fundamentais-e-a-tipologia-das-restricoes-a-que-estao-submetidos> . Acesso em: 17 mai. 2017.

<http://www.conjur.com.br/2016-out-06/moro-aplaude-lenio-lamenta-veja-repercussao-decisao-stf> . Acesso em: 17 mai. 2017.

NUCCI, Guilherme Souza. **Código de processo penal comentado**. 14. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: FORENSE, 2015, p.4).

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm. Acesso em: 17 mai. 2017.

<https://www.tjrs.jus.br/site/jurisprudencia/> . Acesso em: 17 mai. 2017.

FEMINICÍDIO: A MUDANÇA DE POSICIONAMENTO JURISPRUDENCIAL CONFERINDO MAIOR RIGOR NA APLICAÇÃO

Beatriz Frota Moreira

Graduandos do curso de Direito pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR), sob orientação da Prof^a. Anarda Pinheiro Araujo. Endereços eletrônicos: beatrizfrotamoreira@gmail.com e rslrodrigo30@gmail.com

Rodrigo Soares Lopes

Graduandos do curso de Direito pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR), sob orientação da Prof^a. Anarda Pinheiro Araujo. Endereços eletrônicos: beatrizfrotamoreira@gmail.com e rslrodrigo30@gmail.com

Temos uma sociedade extremamente preconceituosa em vários temas, racista em vários temas, e no caso da mulher, muito preconceituosa. É o fato de continuar a ter discriminação contra a mulher que nos faz precisar ainda de determinadas ações positivas. Se fosse igual, ninguém estava falando.

(Cármem Lúcia Antunes Rocha)

RESUMO: A mulher no Brasil sempre teve uma condição de inferioridade aos homens, todas se encontravam em uma posição de submissão em qualquer tempo de suas vidas, esse contexto social ainda traz muitas consequências para o presente, como a exorbitante violência contra a mulher nos âmbitos externos e, principalmente, domésticos. Dessa forma, o artigo visa promover uma investigação crítica da temática em pauta, considerando os avanços da

legislação no combate à violência, bem como o agravo na majorante do feminicídio, que visa promover maior segurança às mulheres. Para isso, foram utilizadas diferentes doutrinas e jurisprudências, em uma abordagem qualitativa. Os resultados visam mostrar que apesar da grande melhora ocorrida ao longo dos anos, ainda é necessário proteger inúmeras mulheres que se encontram nos pólos mais enfraquecidos de diversas relações, punindo corretamente quem dessa relação se aproveita, mas não esquecendo também de empoderá-las e torná-las donas de seus próprios destinos.

PALAVRAS-CHAVE: Feminicídio. Qualificadoras objetivas. Qualificadoras subjetivas. Lei Maria da Penha. Violência doméstica e familiar.

ABSTRACT: Women in Brazil always had a condition of inferiority to men, all were in a position of submission at any time in their lives, this social context still has many consequences for the present, such as exorbitant violence against women in the external and , mainly domestic. Thus, the article aims to promote a critical investigation of the issue at hand, considering the advances of legislation in the fight against violence, as well as the aggravation of the femicide increase, which aims to promote greater security for women. For this, different doctrines and jurisprudence were used

in a qualitative approach. The results show that despite the great improvement over the years, it is still necessary to protect countless women who are at the weakest poles of various relationships, correctly punishing those who benefit from this relationship, but not forgetting to empower them as well. the owners of their own destinies. **KEYWORDS:** Femicide. Objective qualifiers. Subjective qualifiers. Maria da Penha Law. Domestic and family violence.

1 | INTRODUÇÃO

No decorrer da história do Brasil a mulher foi sendo demasiadamente desrespeitada e subjugada em sua condição humana, dessa forma sofria com a falta de reconhecimento em todas as esferas sociais e até mesmo dentro de sua própria casa, por isso, desde os primórdios desse país criou-se uma cultura generalizada na qual a mulher não era incluída, por isso o resultado dessa cultura propagada por muitos séculos foi uma sociedade atual, misógina e machista, onde mesmo com tantas melhorias inerentes aos próprios seres participantes da sociedade, como na legislação, muitas mulheres ainda sofrem com essa condição nos espaços internos e externos a sua residência.

Por esse motivo, faz-se necessária a análise crítica dessas condições em que a mulher ainda vive, mesmo depois de tantos séculos e de tanto avanço educacional, tendo em vista os mais amplos âmbitos de conhecimento, tanto jurídicos quanto sociais. Por isso, trouxemos a explanação alguns avanços para a proteção da mulher, especificamente da acertada modificação de entendimento sobre as qualificadoras do feminicídio, já que tal mudança vem para agravar a pena desse crime, que tenta inibir os recorrentes casos ocorridos em todos os países e tentando conferir maior segurança à mulher.

No que tange aos procedimentos metodológicos empregados, foi usada uma abordagem qualitativa de diferentes doutrinas bem como de jurisprudências para compor as ideias apresentadas no presente artigo, tais como os doutrinadores Azevedo (2002), Masson (2016) e Nucci (2014/2017), além dos juristas Fisher, Leite e Mello. A diversidade das referências utilizadas foi fundamental para uma concepção ampla do tema, com diversos pontos de vista, além de mostrar a acertada mutação das opiniões da doutrina majoritária com o tempo.

2 | HISTÓRICO

Antes de falar do feminicídio e a devida mudança na qualificadora, faz-se necessário entender qual a verdadeira necessidade de qualificar um crime de homicídio contra a mulher por razões do sexo feminino ou da violência doméstica e familiar. A própria história por anos contou a trajetória da mulher pelos séculos como uma sombra

atrás dos homens, seja na religião ou na sociedade, o papel do homem e da mulher era muito bem qualificado, o próprio Código Civil brasileiro de 1916 nos artigos 233, 247, 251, regulava como funcionava a família, já que o pai detinha o pátrio poder e a mãe apenas tinha voz de decisão dentro da família quando este estava em falta. Assim, o próprio ordenamento jurídico autorizava a submissão da mulher perante o homem, o que tornava normal o tratamento violento de homens com as mulheres, principalmente âmbito domiciliar, o que é facilmente percebido quando lembra-se que até mesmo o estupro entre marido e mulher não era considerado crime, pois considerava-se que a relação sexual é uma obrigação matrimonial, pensamento existente em alguns países ainda na atualidade. Essa normalidade do tratamento dado às mulheres se perpetua até os dias atuais, como mostra o Dossiê Mulher (2015) cerca de 31,3% dos casos de estupros contra a mulher registrados no Estado do Rio de Janeiro em 2014 configuraram situações de violência doméstica ou familiar.

Nesse sentido, as discussões sobre políticas públicas de proteção contra a mulher começaram a nascer em meados de 1980 devido ao Movimento Feminista que teve início bem antes, ao fim do século XIX, mas a preocupação com o tratamento igual dos sexos deu seu primeiro passo na promulgação da Constituição Federal brasileira de 1988, que trouxe no artigo 5º, o princípio da isonomia, que possui duas vertentes doutrinárias diferentes: a formal e a material. A igualdade formal é definida como tratamento igualitário entre os seres sem nenhuma distinção, já a igualdade material, manifestada pelo Alexandre Moraes, atual ministro do STF, em seu livro de Direito Constitucional (2017), é explicado como o tratamento desigual aos desiguais na medida de suas desigualdades. Assim, quando falamos da mulher durante a história e que culturalmente foram, e ainda são tratadas como dessemelhantes aos homens são necessários um tratamento diferenciado para com elas.

No mesmo seguimento, o princípio da isonomia não foi suficiente para diminuir os índices de crimes sofridos pelas mulheres. A violência sofrida por elas passou a ser um problema de saúde pública que aumentava cada vez mais a necessidade de políticas de prevenção e combate ao delito. Destarte, em 2006 foi a Lei 11.340, conhecida também por Lei Maria da Penha, representou um marco institucional importantíssimo no combate à essa violência, pois, conforme o artigo 1º da referida lei, ela tem a finalidade de coibir e prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher. Com efeito, essa lei possibilitou um tratamento diferenciado para as vítimas com melhorias nas políticas públicas de prevenção a tal violência e mudanças nos procedimentos processuais penais promoveram a implementação de locais de atendimentos especializados para as ofendidas, bem como medidas protetivas às mulheres em situações de violência. Em 2015, passados quase 10 anos da entrada em vigor da Lei Maria da Penha, o Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA, 2015) divulgou resultados positivos em relação a Lei, mostrando que, cada vez mais, as mulheres vem tornando pública as agressões sofridas dentro de casa, assim foi gerado uma diminuição de 10% dos homicídios no âmbito doméstico e familiar.

Nessa perspectiva, em 2013, o Brasil se encontrava como o 5º país que mais assassinava mulheres no mundo, contabilizando cerca de 13 homicídios femininos diários, dos quais cerca de 50,3% eram cometidos por familiares, considerando que 33,2% dos delitos apurados foram praticados por parceiros ou ex parceiros, de acordo com os dados divulgados pelo Mapa da Pesquisa (2015). Era notório que o Código Penal e a Lei Maria da Penha, como exemplos, não estavam sendo suficientes para erradicar os crimes cometidos contra as mulheres. Assim, ainda via-se a necessidade da mulher ter tratamento diferenciado no ordenamento jurídico, para isso foi criada a Lei 13.104/2015, que tornava o crime de Feminicídio um homicídio qualificado. Essa Lei trata do crime de assassinato contra o sexo feminino quando a motivação do crime está ligada ao fato da condição de mulher ou do âmbito da violência doméstica já mencionada, neste caso fala-se da forma biológica da mulher e não do seu gênero, com isso o delito possui forma abominável pela sociedade, ou seja, o crime passou a ser considerado qualificado com pena de reclusão maior do que aquela aplicada ao homicídio simples.

É válido ressaltar que a promulgação das leis 11.340 e 13.104 geraram inúmeros debates quanto à constitucionalidade das mesmas, já que tantas individualidades para as mulheres poderiam causar um choque com o princípio da isonomia previsto no artigo 5º da Constituição Federal. Contudo, como já mencionado acima, a Lei Maria da Penha e o Feminicídio são ações afirmativas que buscam a igualdade material das mulheres que além de normalmente possuírem alguns aspectos físicos inferiores aos dos homens, estiverem culturalmente marginalizadas na sociedade e sofreram por anos com discriminações e submissões por questões ligadas ao sexo biológico. Com efeito, o julgamento unânime da ADC 19 pelos ministros do Supremo Tribunal Federal apenas reforça a constitucionalidade da Lei Maria da Penha e a extrema preocupação dos ministros com políticas de prevenção e combate aos crimes contra a mulher, como afirma o relator ministro Marco Aurélio na ADC previamente citada de 09 de fevereiro de 2012.

Sob o ângulo da igualdade, ressalta como princípio constitucional a proteção do Estado à família, afirmando que o escopo da lei foi justamente coibir a violência doméstica e familiar contra as mulheres. Ter-se-ia tratamento preferencial objetivando corrigir desequilíbrio, não se podendo cogitar de inconstitucionalidade ante a boa procedência do discrimine. (MELLO, 2012, p. 5)

Nesse sentido, é apropriada a mudança do posicionamento jurisprudencial das qualificadoras aplicadas ao Feminicídio, tornando-a mais rigorosa, haja vista que mesmo com a diminuição dos crimes contra as mulheres, os números continuam elevados.

3 | CONSIDERAÇÕES GERAIS: AS QUALIFICADORAS

As qualificadoras são dispositivos legais, que devem estar previstos expressamente, e podem aumentar a pena mínima e máxima de um crime tornando-o mais severo, por exemplo, a pena base do crime de homicídio (artigo 121, Código Penal) é de reclusão de 6 a 20 anos, porém se o homicídio é qualificado nos termos do artigo 121, § 2º, I a VII, CP a pena passa a ser de reclusão de 12 a 30 anos, por isso as qualificadoras são aplicadas na 1ª fase da aplicação das penas privativas de liberdade, que tem como finalidade fixar a pena-base.

É importante ressaltar o caráter principal das qualificadoras e privilegiadoras que tornam as causas de aumento ou diminuição e agravantes ou atenuantes do crime subsidiárias, ou seja, se existir uma qualificadora expressa no tipo penal, como o motivo torpe (e esta for usada), ela não poderá ser usada também como circunstâncias agravantes, sob pena de incidir no *bis in idem*, que consiste em utilizar o mesmo fato para majorar a pena mais de uma vez, como afirma David Teixeira de Azevedo, em sua obra “Dosimetria da pena: causas de aumento e diminuição”.

É defeso ao magistrado elevar a sanção, no trabalho de motivação e aplicação da pena, em razão da virulência do ataque ou da gravidade da lesão ao bem jurídico, tomando circunstâncias já consideradas no tipo incriminador. Se assim o fizer, incidirá no *bis in idem*, repetindo para a gravidade do crime a modalidade ou o grau de intensidade da ofensa, ambos já considerados e avaliados pelo legislador ao fixar a quantidade da pena mínima. (AZEVEDO, 2002, apud NUCCI, 2014, p. 137)

Ademais, as qualificadoras podem ser de cunho subjetivo ou objetivo, as qualificadoras subjetivas dizem respeito ao animus do agente e ao motivo que enseja o cometimento do crime, ou seja, pertence à esfera interna do agente, como o motivo torpe; de forma distinta incide a qualificadora objetiva na qual a relevância incide sobre os fatos praticados no crime, como utilizar do emprego de veneno ou fogo para atingir o sucesso da atitude criminosa.

Quando ocorre de incidirem para o mesmo delito mais de uma qualificadora não é possível elevar a pena abstratamente cominada com somente uma e excluir as demais da apreciação do juiz, por isso a solução encontra-se em reputar o crime com uma das qualificadoras e usar as demais na segunda fase da dosimetria da pena, onde incidirão as agravantes, caso ela esteja expressa nos artigos 61 e 62 do código penal, como é a condição do motivo torpe que qualifica o crime de homicídio, mas que também se encontra no rol de agravantes, porém caso não esteja presente no determinado rol taxativo ela ainda pode ser levada em consideração ao ser acrescentada nas circunstâncias judiciais, autorizada pelo artigo 59 do código penal e assim possibilitando a individualização da pena para cada indivíduo. Como aborda o doutrinador Guilherme de Souza Nucci em sua obra “individualização da pena”.

O reconhecimento da primeira qualificadora permite a mudança da faixa de fixação da pena, que salta de 6 a 20 anos para 12 a 30 [no caso do crime de homicídio].

Não é razoável, após esse procedimento, o desprezo das outras duas relevantes circunstâncias igualmente presentes. A solução, portanto, uma vez que todas são circunstâncias do crime e, nesse caso, previstas em lei, deve levar o magistrado a considerar as duas outras como circunstâncias legais genéricas para o aumento da pena (agravantes). Eventualmente, quando inexistente a circunstância qualificadora no rol das genéricas agravantes do art. 61 (como ocorre com o furto cometido mediante escalada), deve o julgador acrescentá-la como circunstância judicial (art. 59), algo sempre possível, inclusive por serem circunstâncias residuais. (NUCCI, 2014, p. 145)

As qualificadoras também servem para transformar um crime em hediondo, o que está disposto na lei 8.072 de 25 de julho de 1990, entretanto o homicídio qualificado só se tornou crime hediondo 4 anos após a promulgação da lei, em 1994, com a lei 8.930 que incluiu o inciso I, porém a redação atual deste inciso é dada pela lei 13.142 de 2015. Tal lei foi criada a partir de uma iniciativa popular e impõe, em seu artigo 2º, medidas diferentes para os crimes que nela contém como serem insuscetíveis de anistia, graça ou indulto e fiança (incisos I e II).

Dessa transformação acima mencionada, do homicídio qualificado em crime hediondo, é que se dá um novo entendimento ao crime de homicídio qualificado e privilegiado. O homicídio é privilegiado quando ocorre por algum dos 03 (três) motivos previstos no artigo 121, § 1º que são “se o agente comete o crime impelido por motivo de relevante valor social ou moral, ou sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima (...)” nesses casos o juiz pode reduzir a pena. No caso de um mesmo crime é possível ocorrer a incidência de uma qualificadora e uma privilegiadora, porém somente se aquela for de cunho objetivo e esta de cunho subjetivo, como matar alguém com emprego de fogo (qualificadora objetiva) e por relevante valor moral (privilegiadora subjetiva), como afirma Guilherme de Souza Nucci, em sua obra Curso de Direito Penal, vol.2.

Tem sido posição predominante na doutrina e na jurisprudência a admissão da forma privilegiada-qualificada, desde que exista compatibilidade lógica entre as circunstâncias. Como regra, pode-se aceitar a existência concomitante de qualificadoras objetivas com as circunstâncias legais do privilégio, que são de ordem subjetiva. (NUCCI, 2017, p. 76)

Nessa situação híbrida o crime deixará de possuir o caráter hediondo devido à incidência da qualificadora, como também ilustra Guilherme de Souza Nucci, na mesma obra.

Não nos parece admissível a consideração do homicídio privilegiado-qualificado como hediondo. A lei 8.072/90, no art. 1º, I, faz expressa referência apenas ao homicídio simples e ao qualificado. A figura híbrida, admitida pela doutrina e pela jurisprudência, configura situação anômala, que não deve ser interpretada em desfavor do réu. [...] Por isso, inexistindo qualquer referência na Lei 8.072/90 a respeito da causa de diminuição prevista no § 1º do art. 121 do Código Penal, torna-se, a nosso juízo, indevida a sua qualificação como delito hediondo. Acrescente-se, ainda, o fato de que a referida causa de diminuição faz parte, sem dúvida, da tipicidade derivada, tanto assim que permite a fixação da pena abaixo do mínimo

legal. Por isso, integrando o tipo penal, é indispensável que qualquer qualificação, tornando-o mais severo, passe pelo crivo da previsão expressa em lei (...) (NUCCI, 2017, p. 77)

4 | MUDANÇA DE ENTENDIMENTO: QUALIFICADORAS SUBJETIVAS E OBJETIVAS

A qualificadora do feminicídio, como já foi abordada, só entrou no ordenamento jurídico brasileiro no ano de 2015 pela lei nº 13.104/2015 para tentar solucionar uma violência exorbitante e crescente contra a mulher, porém com o advento desse novo dispositivo legal surgiram alguns equívocos no entendimento sobre ele, que incidem exatamente no caso do § 2º-A que explica o que seriam as condições do sexo feminino, que são a violência doméstica e familiar (art. 121, § 2º-A, I,CP) e o menosprezo e discriminação contra à condição de mulher (art. 121, § 2º-A, II,CP). O entendimento majoritário à época que o dispositivo legal da qualificadora do feminicídio entrou em vigor era que esta tinha natureza subjetiva, pois não estaria ligada ao modo de execução do crime e sim ao animus do agente, como relata o doutrinador Cleber Masson: “as qualificadoras previstas nos incisos I, II, V, VI [feminicídio] e VII [do artigo 121, CP], e também a traição (inciso IV), são de índole subjetiva. Dizem respeito ao agente, e não ao fato.” (Direito penal, vol. 2. p. 27).

Porém esse entendimento vem sendo modificado pela jurisprudência ao longo dos anos, como relata o ministro do Superior Tribunal de Justiça (STJ), Felix Fischer no recurso especial nº 1.707.113/MG, publicado no dia 7/12/2017.

Considerando as circunstâncias subjetivas e objetivas, temos a possibilidade de coexistência entre as qualificadoras do motivo torpe e do feminicídio. Isso porque a natureza do motivo torpe é subjetiva, porquanto de caráter pessoal, enquanto o feminicídio possui natureza objetiva, pois incide nos crimes praticados contra a mulher por razão do seu gênero feminino e/ou sempre que o crime estiver atrelado à violência doméstica e familiar propriamente dita, assim o animus do agente não é objeto de análise. (FISHER, 2017)

Ainda na mesma vertente, e bem a frente do pensamento da época, falou o desembargador George Lopes do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios no acórdão nº 904781, publicado no dia 11/11/2015.

Há que convir que ambas as qualificadoras possam coexistir perfeitamente, porque é diversa a natureza de cada uma: a torpeza continua ligada umbilicalmente à motivação ensejadora da ação homicida, enquanto o feminicídio se fará presente toda vez que, objetivamente, se esteja diante de uma situação típica de agressão de homem contra mulher no contexto tradicional de violência doméstica e familiar. (LEITE, 2015, p. 6)

É de suma importância ressaltar os efeitos que a nova classificação da qualificadora do feminicídio como objetiva trará para os agentes do crime, pois sabendo que este é

um crime intimamente ligado ao motivo torpe ou fútil (pois corriqueiramente ocorre por ciúmes ou não aceitação de uma rejeição) o magistrado poderá agravar a pena não somente qualificando o crime, mas também considerando outra agravante de cunho subjetivo (tais como o motivo torpe ou fútil, acima mencionados), o que antes não poderia ocorrer. Ou seja, esse novo entendimento agravou a condição da sanção que poderá ser imposta ao crime de feminicídio, não somente abstratamente cominada, mas também na parte da individualização da pena para cada agente e cada crime em concreto. É isso que relata o desembargador George Lopes (2015) quando ele afirma no acórdão nº 904781, p.6 que o feminicídio não pode ser um mero substituto do motivo torpe ou fútil, pois tratar assim esta qualificadora seria tornar vão o esforço do legislador em conferir maior proteção à mulher brasileira.

5 | CONCLUSÃO

Diante do exposto, a proteção da mulher ainda é uma luta árdua que necessita de bastante atenção das autoridades públicas. A mudança na cultura misógina brasileira é o primeiro passo para garantir, cada vez mais, índices menores de crimes contra as mulheres, principalmente no âmbito doméstico e familiar. A passos lentos, novas leis surgem para igualar materialmente a mulher ao homem, já que os preceitos antigos tornavam possível o tratamento submisso a elas.

O tratamento rigoroso para com as leis atuais em relação ao sexo feminino tem por finalidade agravar as penas dos crimes que incidem sobre essa parcela da sociedade, que no quesito biológico é fisicamente menos provida de recursos para se defender, por isso, fez-se necessário que o ordenamento jurídico trouxesse maiores rigores legislativo para as mulheres, como a lei do Maria da Penha e a qualificadora do feminicídio, o que não incorre em problemas de constitucionalidade no trato diferente dos homens com as mulheres, pois segundo o princípio da isonomia, já mencionado é necessário tratar os iguais de forma igualitária assim como os desiguais de forma desigual, e é esse mesmo princípio que rege leis diferentes para as pessoas deficientes e os idosos, por exemplo.

A mudança da qualificação do feminicídio trouxe maior rigor legislativo a esse crime tão repulsivo e reprovado pela sociedade, além de adequar a proposta do legislador que criou a qualificadora com essa finalidade e não para ser usada como mero substituto de outras qualificadoras já existentes, como o motivo torpe, que está intimamente ligado ao feminicídio, porém segundo o entendimento obsoleto eles não podiam adentrar em conjunto na dosimetria da pena.

Tal mudança ocorre não somente nos âmbitos doutrinários, mas também nos jurisprudenciais, conferindo imediata implementação desta mudança nas decisões proferidas em juízo. Assim, temos maior eficiência do judiciário na aplicação da pena e na proteção da parte hipossuficiente da relação apresentada.

REFERÊNCIAS

- AZEVEDO, David Teixeira de. **Dosimetria da pena**: causas de aumento e diminuição. 1. ed., 2. Tiragem. São Paulo: Malheiros, 2002.
- BANDEIRA, regina. **Conselho Nacional de Justiça**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/81728-depois-de-um-ano-incidencia-de-feminicidio-egrande-no-interior>>. Acesso em: 28 abril 2018.
- BRASIL. **Código Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 03 maio 2018.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/518231/CF88_Livro_EC91_2016.pdf>. Acesso em: 03 maio 2018.
- BRASIL. **Governo do Brasil**. Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br/cidadania-e-justica/2015/06/entre-2005-e-2014-ligue-180-reali-zou-4-milhoes-de-atendimentos>>. Acesso em: 28 abril 2018.
- BRASIL. **Lei 11.340, de 7 de agosto de 2006**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm>. Acesso em: 28 abril 2018.
- BRASIL. **Lei 13.104, de 9 de março de 2015**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/L13104.htm>. Acesso em: 28 abril 2018.
- BRASIL. **Senado Federal**. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/institucional/datasenado/arquivos/violencia-domestica-e-familiar-contra-a-mulher>>. Acesso em: 28 abril 2018.
- CERQUEIRA, Daniel; JUNIOR, Jony Pinto; MARTINS, Ana Paula Antunes; MATOS, Mariana Vieira Martins. **Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada**. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/TDs/td_2048.pdf>. Acesso em: 03 maio 2018.
- FERNANDES, Valéria Diez Scarance; TAKAKI, Daniel Zamproni; PAULA, Fernanda Santos de. **Ministério Público do Estado de São Paulo**. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/Nucleo_de_Genero/Feminicidio/2018%20-%20RAIOX%20do%20FEMINICIDIO%20pdf.pdf>. Acesso em: 28 abril 2018.
- FISCHER, Felix. **Superior Tribunal de Justiça**. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/deciso/es/toc.jsp?livre=REsp+1707113+MG+2017%2F0282895-0&&b=DTXT&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em: 25 abril 2018.
- LEITE, George Lopes. **Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios**. Acesso em: <<https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj>> Disponível em: 25 abril 2018.
- MASSON, Cleber. **Direito Penal Esquematizado**: parte especial. Vol. 2. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2016.
- MELLO, Marco Aurélio. **Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5719497>> Acesso em: 03 maio 2018.
- MONTEIRO, Joana; MORAES, Orlinda Cláudia de; PINTO, Andréia Soares, **Instituto de Segurança Pública - RJ**. Disponível em: <http://arquivos.proderj.rj.gov.br/isp_imagens/Uploads/DossieMulher2015.pdf>. Acesso em: 03 maio 2018.
- MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 13. ed. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2003.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da pena**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Direito penal**: parte especial. Vol2. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

WASELFISZ, Julio Jacobo. **Mapa da Violência**. Disponível em: <https://www.mapadaviolencia.org.br/pdf2015/MapaViolencia_2015_mulheres.pdf>. Acesso em: 03 maio 2018.

A CRISE HÍDRICA NO IRÃ E VULNERABILIDADES: RESPONSABILIDADE COLETIVA ALÉM DO DIREITO INTERNACIONAL AMBIENTAL

Rosilandy Carina Cândido Lapa

Universidade Católica de Santos, Programa de
Pós-Graduação em Direito
Santos- São Paulo

Ingrid Barbosa Oliveira

Universidade Católica de Santos, Programa de
Pós-Graduação em Direito
Santos- São Paulo

Vanessa Vasques Assis dos Reis

Universidade Católica de Santos, Programa de
Pós-Graduação em Direito
Santos- São Paulo

Luiz Sales do Nascimento

Universidade Católica de Santos, Programa de
Pós-Graduação em Direito
Santos- São Paulo

RESUMO: Neste artigo, temos por objetivo analisar o tema vulnerabilidade no contexto da crise hídrica no Irã, bem como fazer uma reflexão acerca do alcance dos instrumentos internacionais sobre proteção da água em crises locais. Para tanto, observamos a conjectura histórica, política e social do Irã, a legislação local acerca da apropriação e distribuição da água, além dos direitos da população sobre a sua utilização. Partindo da concepção dos regimes internacionais como ações de governança, examinamos a evolução dos mecanismos de resposta coletiva às crises

relacionados ao tema água. Para compor este artigo transdisciplinar, utilizamos obras de autores do Direito Internacional, Meio Ambiente e das Relações Internacionais. Por fim, concluímos que a crise hídrica no Irã aumentou o cenário de vulnerabilidade local, reforçada pela falta de respostas coletivas internacionais adequadas.

PALAVRAS-CHAVE: crise hídrica; Irã; vulnerabilidade

THE WATER CRISIS IN IRAN AND VULNERABILITIES: COLLECTIVE RESPONSIBILITY BEYOND INTERNATIONAL ENVIRONMENTAL LAW

ABSTRACT: In the present scientific work, the issue of vulnerability was analyzed in the context of the water crisis in Iran as a reflection into the reach of the international legal instruments regarding the protection of water in local crisis. To do so, we made an overview of the political and social conjecture of Iran, its local legislation on the distribution of water, and also the rights of the population on this particular matter. Starting from the conception of the international regimes like actions of governance, we examined the evolution of the mechanisms of collective response to the crisis related to the subject “water”. In order to compose this transdisciplinary article, we used the works of authors of International Law, Environment and

International Relations. Finally, we concluded that the water crisis did not increase the local vulnerability scenario, which was reinforced by the lack of international collective responses.

KEYWORDS: water crisis; Iran; vulnerability

1 | INTRODUÇÃO

O termo vulnerabilidade tem sido utilizado ao longo dos anos para destacar situações nas quais há uma incapacidade de absorver ou remover danos físicos (estruturais), sociais e econômicos, que impedem as pessoas de gozar com plenitude seus direitos.

A vulnerabilidade pode ser mensurada em camadas, conforme a sua complexidade, pois as mesmas pessoas ou grupos podem ser afetados por mais de um fator, tornando-a multidimensional (BIRKMAN, 2011, p. 39). Contudo, nem todas as pessoas em situação de vulnerabilidade são protegidas igualmente pelo direito internacional.

Os regimes internacionais são veículos para ações de governança: enquanto alguns lidam com os resultados de crises em andamento, outros têm por objetivo a prevenção.

Discussões internacionais sobre acesso à água, sua apropriação e distribuição são recorrentes no século XXI. De acordo com o Relatório Global Sobre as Crises Alimentares (FSIN, 2018, p. 13), a insegurança alimentar em 2017 foi impulsionada por conflitos, insegurança e secas persistentes na África, bem como inundações na Ásia e furacões na América Latina e Caribe.

Com base nesta perspectiva, surge o questionamento: quem são os protagonistas nas respostas às vulnerabilidades causadas por crises locais, oriundas das mudanças climáticas e desastres ambientais?

Neste artigo, observamos de qual forma a crise hídrica no Irã contribuiu para o fortalecimento de vulnerabilidades já existentes no Estado, descendentes do regime político opressivo, bem como no surgimento de novos fatores relacionados à violação dos direitos humanos.

Nosso objetivo principal consiste em demonstrar, a partir da crise hídrica no Irã, a inconsistência entre as necessidades apresentadas e a insuficiência da resposta coletiva internacional nas ações imediatas às crises ambientais em curso.

Para compor este artigo transdisciplinar, utilizamos obras de autores do Direito Internacional, Meio Ambiente e Relações Internacionais. Adotamos como método lógico a associação com interferência entre as variáveis, pois consideramos que a sequência de eventos relacionados à água, às formas de interferência, tal como os mecanismos adotados influenciam no aumento e diminuição das vulnerabilidades.

2 | DESENVOLVIMENTO

2.1 A crise hídrica no Irã: vulnerabilidades, posicionamento internacional e discussões

As discussões acerca da proteção ao meio ambiente e seus impactos surgiram primordialmente como uma compreensão dos seus reflexos perante a comunidade internacional de forma global. Sobre isto, já se manifestou o doutrinador Malcolm Shaw (2008, p. 845, tradução nossa): “Ao longo dos anos, é evidente o crescimento do nível de compreensão dos perigos decorrentes do meio ambiente internacional e, portanto, um extensivo rol de problemas ambientais se tornou objeto de séria preocupação internacional.”

Outrossim, levando em consideração a composição do meio ambiente, marcado em sua essência pelo “meio natural” (ACCIOLY; CASELLA; SILVA, 2016, p. 683), notória a importância e relevância da água, mormente em sua forma potável, como instrumento e meio de manutenção e sobrevivência do desenvolvimento sustentável.

A água não apenas possui magnitude na nutrição dos seres vivos em seu âmago, mas também influi nos meios de produção, como substância imprescindível para o plantio, cultivo e manutenção de outros alimentos. Isso sem mencionar suas demais finalidades, o que escancara que sua falta, em qualquer situação, poderia ser um inestimável revés. Maria Bueno Barbosa (2013, p. 45), em uma análise sobre a água como “direito humano”, já se manifestou:

A questão da escassez de água vem preocupando populações e governos de inúmeros países. O uso exaustivo da água pode levar várias partes do mundo a uma grave crise de abastecimento. Algumas nações já vêm sofrendo com a escassez de água ao longo de sua história, como é o caso de inúmeras nações da África e do Oriente Médio.

Acredita-se que o Irã, dentro de alguns anos, poderá não mais dispor de acesso a fontes de água, o que vem gerando debates alarmantes no país.

Ao que tudo indica, em breve o território iraniano será assolado por “um aumento pela demanda da água e conseqüente escassez, diminuição dos lençóis freáticos, deterioração da qualidade da água e contínua perda de ecossistemas” (MADANI, 2014, p. 315, tradução nossa).

Pesquisadores locais acreditam que o quadro em discussão seja de difícil reversão, já que sua situação tem apresentado incontáveis resultados negativos, especialmente pelo fato de que suas principais causas seriam o “(1) rápido crescimento populacional e má distribuição espacial; (2) ineficiente setor agrícola e (3) má administração” (MADANI, 2014, p. 315, tradução nossa).

O Irã está localizado no Continente Africano, com área de 1.628.750 km², sendo apenas 10% da terra apta ao cultivo devido ao clima com temperaturas extremas. Com população estimada em 81.163 milhões de pessoas, concentradas majoritariamente

(76%) em áreas urbanas, o Estado compartilha suas fronteiras com o Azerbaijão, Iraque, Afeganistão, Turcomenistão, Turquia e Paquistão (UNITED NATIONS, 2017, n.p.).

Considerado não democrático pela comunidade internacional, o Irã é avaliado como altamente opressivo, recebendo nota 6 (escala na qual 7 é o pior cenário) nos quesitos liberdade civil e direitos políticos (FREEDOM HOUSE, 2018, n.p.).

Com relação à distribuição de água em seu território, 92,2% do total é destinado à agricultura, enquanto as municipalidades recebem 6,6% e a indústria 1,2% (FAO, 2018, n.p.).

Os representantes de governo do Irã afirmam que a crise seria oriunda de questões meramente climáticas, somadas a sanções econômicas internacionais sofridas ao longo dos anos, que teriam impossibilitado uma ação do Estado em prol de uma solução efetiva. Por outro lado, textos científicos que dissertam sobre o assunto debatem uma situação perpetrada pelo regime iraniano, que atuou apenas por meio de “soluções band-aid” (WALSH, 2018, p. 1, tradução nossa), ou seja, agindo nos sintomas, sem, contudo, preocupar-se com a raiz do problema.

O que ocorre é que, de fato, o crescimento populacional no Irã foi um importante agente impactante na crise, posto que a “imprópria distribuição geográfica” (ZARGAN; WAEZ-MOUSAVI, 2016, p.1, tradução nossa), causada por um crescimento desordenado e com pouca aplicação de políticas de urbanização, foi marcada pelo desgaste de lençóis freáticos, acabando com grande parte das reservas terrestres.

E não é só. Muitas indústrias e demais empresas iranianas se estabeleceram primordialmente em centros urbanos, grandes cidades, gerando muitos postos de trabalho. Com isso, inúmeros iranianos migraram para estes locais, de modo que o acesso e disponibilização de água, antes mais distribuído e pouco concentrado, fosse focado nos poucos centros de distribuição e fomento.

Não houve, neste período, a implementação de métodos de transferência de água, ou até mesmo de desenvolvimento de meios modernos de abastecimento por meio de rios e demais meios garantidores de água potável no país. Sobre isto, disserta Madani (2014, p. 6, tradução nossa):

Em áreas agrícolas, na vizinhança de áreas urbanas, o alto valor de terras devido ao processo da rápida urbanização é a maior motivação para que os fazendeiros parem suas atividades, vendam suas terras e mudem para empregos mais bem remunerados (...). Por outro lado, um relacionamento não linear entre os níveis de água dos lençóis freáticos e o uso de energia por tais meios aumenta com o tempo, mas em contraposição os níveis de água caem.

Contudo, não se olvida que todos os fatores supracitados são passíveis de amarração pelo governo, especialmente à luz da organização urbana e do desenvolvimento de sistemas eficientes e inteligentes de abastecimento de água, focados em uma boa distribuição, em vista da precariedade das fontes disponíveis no país. Ora, o Irã sempre foi conhecido pela sua forte capacidade de criação de meios

engenhosos para lidar com a questão da água desde os primórdios no Oriente Médio (MADANI, 2014, p. 1, tradução nossa), mas a situação mudou.

Em suma, resta quase inegável que a má administração também é um fator determinante em toda a situação mencionada, já que nenhuma solução ou até mesmo ação foi bastante para agir na cerne da distribuição da água, garantindo que pelo menos a queda exponencial das fontes fosse freada.

Questionamos: como seria possível residir em um país que não possua água? Como pode o ser humano subsistir sem sua principal fonte, sabidamente indispensável para sua manutenção, desde seu surgimento? Visualizando toda a calamidade instaurada, incontroverso que as consequências são de grande relevância: protestos, deslocamentos, migrações, perecimento de ecossistemas, queda da produção agrícola e, indubitavelmente, até mortes.

Conforme salienta Benjamin Walsh, pesquisador do programa “Global Food and Water Crisis”, uma onda de protestos ocorreu ao longo dos meses, enfaticamente nas áreas rurais, visto que os ambientalistas do país verificaram que a situação disseminada em face do dano aos ecossistemas e também surgimento de processos de desertificação, marcados por muitas secas, estava em incessante movimento (WALSH, 2018, p. 2, tradução nossa). Mas, tal situação não foi recebida de forma positiva pelo governo iraniano.

Notadamente conhecido pela caça aos “inimigos políticos”, o regime estatal no Irã perseguiu os ambientalistas responsáveis pelos movimentos de protesto em face da crise hídrica, já que entenderam que as críticas se destinavam ao governo em si, e não às falhas da administração e seus impactos. Ora, segundo Walsh (2018, p. 1, tradução nossa), “um governo que prende os *experts* no assunto não se preocupa com a crise”, pois ao invés de garantir meios de erradicar a escassez de água e os processos de seca, preocupam e ocupam-se com a perseguição política do que entendem se tratar de oposição.

Um cenário político balizado por conflitos internos e também internacionais, em muitos casos, isola a possibilidade de atuação concertada e focada em resultados positivos e, ao que tudo indica, no Irã não é diferente. A presença de hostilidades locais é um grande obstáculo para a salvaguarda do acesso à água, pois se torna difícil até dissertar e debater o assunto sem que se torne um imbróglio.

O abastecimento de água pela extensão de todos os países e continentes do globo é de interesse de atuais e futuras gerações, conforme já preceituado perante diversos documentos internacionais, assinados e ratificados por uma pluralidade de Estados. Um exemplo disso é a Conferência de Estocolmo, ocorrida em 1972, que adveio de uma grande inquietação com “a crescente poluição transfonteira” (ACCIOLY; CASELLA; SILVA, 2016, p. 686), por exemplo, razão pela qual foi convocada pela Assembleia Geral da ONU a necessidade de se discutir a preservação do meio ambiente. Logo em seguida “a comunidade internacional presenciou um aumento significativo no número de tratados internacionais voltados à proteção do meio ambiente” (ACCIOLY;

CASELLA; SILVA, 2016, p. 687), chegando até a conferência internacional que seria conhecida por Rio 92, em que diversos princípios ambientais foram editados.

Na ascensão do “Direito Internacional Ambiental”, o desenvolvimento sustentável norteia a compreensão da unicidade ao protecionismo ambiental, por incluir aspectos procedimentais, como o dever de elaborar estudo de impacto ambiental e incluir a participação pública no processo decisório como forma de promover aumento de qualidade de sustentabilidade (ACCIOLY; CASELLA; SILVA, 2016, p. 694).

Ainda neste raciocínio, relevante assinalar também sobre o ideal de precaução, que estatui que:

Com o fim de proteger o meio ambiente, o princípio da precaução deverá ser amplamente observado pelos Estados, de acordo com suas capacidades. Quando houver ameaça de danos graves ou irreversíveis, a ausência de certeza científica absoluta não será utilizada como razão para o adiamento de medidas economicamente viáveis para prevenir a degradação ambiental (DECLARAÇÃO DO RIO SOBRE MEIO AMBIENTE E DESENVOLVIMENTO, 1992).

Sob este preceito, a conclusão que se pode chegar é que todos os Estados deveriam buscar a prevenção de degradação ambiental, ainda mais em vista de ameaças graves ou irreversíveis. Indiscutível que a questão da água no Irã se encaixa perfeitamente nesta situação, razão pela qual compete também aos membros da comunidade internacional buscar uma solução para toda a celeuma.

Em vista do exposto, à luz da existência de conflitos locais, crises dramáticas e também danos graves, a ineficiência alarmante instaurada no Irã advém de má administração, crescimento populacional e saturação dos ecossistemas, mas não se pode deixar de lado a responsabilidade de atuação de todos os titulares do direito ao meio ambiente, especialmente em face da água, um bem comum de destaque ímpar, que se tenta preservar por meio de instrumentos internacionais globais, já que peça-chave na continuidade da vida no planeta.

2.2 Respostas coletivas: governança global e evolução dos instrumentos internacionais relacionados à água

Para compreender a evolução da legislação internacional relacionada à água, se faz necessário o entendimento sobre o que são ações de governança, e como elas resultam nos instrumentos internacionais específicos.

O conceito de governança global foi delineado a partir de 1980 nas organizações de âmbito econômico, para depois ser estudado e definido pelas Nações Unidas em 1994 como “a totalidade das diversas maneiras pelas quais os indivíduos e as instituições públicas e privadas administram seus problemas comuns” (COMISSÃO SOBRE GOVERNANÇA GLOBAL, 1996, p. 2), ampliando a participação também às ONGs, movimentos civis, empresas multinacionais e mercados de capitais globais. A partir desta compreensão, a governança global torna-se ação contínua que envolve os

diversos atores do cenário internacional, e não mais apenas um processo que envolve a interdependência entre Estados.

É importante salientar que existem três aspectos fundamentais da definição de governança que merecem ser destacados: o caráter instrumental, como meio e processo capaz de produzir resultados eficazes; a participação ampliada nos processos decisórios com envolvimento de atores não estatais e o consenso e persuasão nas relações e ações (GONÇALVES, 2011, p.53). Dentro deste conceito, a governança é essencial para a resolução de problemas comuns por meio de articulação dos diversos atores para enfrentar essas dificuldades.

Alguns temas debatidos no âmbito da cooperação e governança culminaram na adoção de princípios, que por sua vez traduzem conjuntos de normas e práticas para a sua efetividade. Quando isso acontece, ocorre a criação de um regime, e as ações de governança desenvolvidas podem redundar nele. Não há um roteiro definido sobre como um regime deve se constituir, mas sim interpretações de diversos teóricos sobre a sua formação, manutenção e término.

A temática da água é um exemplo que demanda governança. O volume total do planeta apenas 0,5 % são de água doce destinadas ao consumo humano e se dividem em sua maioria entre 9 países: Brasil, Rússia, China, Canadá, Indonésia, Estados Unidos, Índia, Colômbia e República Democrática do Congo. Deste modo, atualmente 40% da população mundial sofre com a escassez da água, cujos reflexos já podem ser sentidos em diversos locais do planeta (UNITED NATIONS, 2018, n.p.). Assim, o caso da crise hídrica no Irã, tratado neste artigo, representa uma situação global. Neste ponto, questionamos e analisamos as relações entre crises regionais e respostas coletivas.

A legislação internacional sobre a água evoluiu ao longo do tempo. A princípio, a preocupação mundial se prendia a questões ambientais gerais, sem foco específico, depois os instrumentos normativos passam a destacar a importância da água para o desenvolvimento econômico e subsistência humana, ganhando maior destaque e instrumentos exclusivos para sua preservação. Os Estados passam a perceber com a prática que a água doce não é um bem renovável como se supunha e fica evidente a má distribuição das fontes de água mineral. Porém, apesar dos Congressos e Fóruns internacionais para tratar sobre o meio ambiente e especificamente sobre a extração, o uso, a distribuição e gestão da água, a sua aplicação prática ainda depende do interesse e empenho individual dos Estado e das ações de governança interdisciplinares. Não existem ainda mecanismos de coerção e os interesses econômicos individuais ainda se sobrepõem às necessidades coletivas mundiais.

O principal tópico hídrico internacional é a administração da demanda e da oferta de água doce e da energia, sob ponto de vista global. Os desafios principais da administração são apresentados com base em preocupação econômica ultraliberal, não formulada de maneira explícita. Trata-se de saber garantir, em longo prazo: a mercantilização dos recursos hídricos, considerados como bens consumíveis, e a

provisão de energia hidroelétrica; a apropriação ou a privatização dos seus usos, ou de seus direitos de uso, junto com a meta de produzir colossais lucros privados; a internacionalização da administração sob a égide de companhias privadas; sem que todos esses produtos a serem alcançados com urgência, causem fortes reações contrárias nos consumidores. Trata-se de questões de geopolítica em escala planetária. (CAUBET, 2009, pág.160)

Atualmente na legislação internacional há um enfoque muito grande na prevenção do problema, quando ele já é real e instalado. Mostra-se urgente a tomada de medidas para a minimização da crise em locais onde a situação já está crítica e a tendência é que se agrave culminando em conflitos como alguns que já ocorreram no passado, onde a água foi utilizada como instrumento de guerra entre Iraque e Irã.

Dentre os princípios que regem o direito das águas, como explica Granziera (2006, p. 252), podemos destacar os seguintes: o do meio ambiente como direito humano, o da prevenção, o da precaução, o da cooperação, o do valor econômico da água, o do poluidor-pagador e usuário-pagador e, por fim, o do equilíbrio entre os diversos usos da água. No caso do Irã, especificamente, é preciso conscientização e mudanças em suas próprias leis internas para que tais princípios possam ser efetivamente incorporados, pois até então, permanecem sem aplicabilidade.

A crise hídrica no Irã é mais grave do que o risco de ameaças nucleares na região, e o mau uso da água está intimamente ligado com hábitos irregulares e falta de tecnologias apropriadas:

A crise da água no Irã está intimamente conectada ao setor agrícola, visto pelo governo como crucial desde a Revolução Islâmica de 1979, mas objeto de políticas conflituosas desde então. A agricultura usa cerca de 90% dos recursos hídricos disponíveis no Irã. Estima-se que cerca de 30% da produção agrícola do país sejam desperdiçados devido a tecnologias de produção, estoque e distribuição inadequados. O uso da água é ineficiente – apenas cerca de 10% das fazendas possuem sistemas modernos de irrigação – e nos últimos anos o país sofreu com uma sucessão de secas, enchentes e outras flutuações climáticas. O uso intenso da água para agricultura e outros fins, aliado à seca, está matando os grandes lagos do Irã. O Lago Úrmia, o terceiro maior do Oriente Médio, encolheu 70% nos últimos anos e corre o risco de desaparecer completamente. A situação do lago tem sido alvo de protestos populares no Irã, normalmente suprimidos pelo governo. Apesar da situação, há relatos de que o uso doméstico de água pelos iranianos é cerca de 70% maior do que a média global. “Em Teerã, lojistas podem ser vistos lavando as calçadas em frente a suas lojas em vez de varrer a sujeira”, diz um artigo recente sobre a crise ambiental no Irã. (PARDINI, 2013, np)

Um grupo de cientistas locais publicou artigo onde relata a incoerência entre a lei e a prática no Irã e no Estado Islâmico. Segundo o estudo, o governo através da Constituição do país proíbe atividades que envolvam poluição do meio ambiente ou que venham a causar danos irreparáveis a ele, visando preservar o meio ambiente para gerações presentes e futuras, enquanto, na prática, o problema deriva em sua maioria de atividades abusivas (TAGHVAEE ;KHODASHANAS; GHOLAMALIZADEH, 2015 p. 112).

Por outro lado, se pensarmos nas relações desarmoniosas entre o Irã, Israel,

Iraque e os países vizinhos, é impossível conceber ações de governança que dependam exclusivamente do interesse e boa vontade da partes.

Uma das sequelas é que, a depender da complexidade e duração, as crises ambientais em determinado território acabam culminando nas migrações forçadas:

No caso da água, isso pode ser entendido, por exemplo, da seguinte forma: o crescimento populacional aumenta a demanda por água em uma determinada região. Se essa demanda for de tal forma aumentada a ponto de os recursos hídricos disponíveis na região não serem suficientes para supri-la, isso acarretará uma migração dessa população para outra região em que o recurso seja mais abundante. No entanto, essa outra região sofre os impactos ambientais desta migração e, ainda, no caso de essa segunda região já ser habitada e dependendo da vulnerabilidade do ecossistema desta outra região, ocorrem efeitos sociais, que podem gerar conflito. (BARBOSA, 2013, p. 20)

Diretamente relacionada com as migrações forçadas por fatores ambientais, as mudanças climáticas são discutidas no âmbito das Nações Unidas através do Regime Internacional para Mudanças Climáticas, que tem por base o princípio da responsabilidade comum:

Como se sabe, o regime climático fundamenta-se no princípio da responsabilidade comum, porém diferenciada, entre os países, que visa a distribuir com equidade a parcela de ônus, de obrigações que cada país deve suportar nas ações de mitigação, tendo em vista suas contribuições históricas de GEE (e por que não as suas contribuições atuais?), sua capacidade interna para realizar os esforços de mitigação e adaptação e ajudar outros países, sem prejuízo de seu direito ao desenvolvimento. Nesse sentido, cabe ressaltar que “a distribuição de compromissos de mitigação de emissões de GEE entre os países tem-se revelado uma das principais questões de embate nas negociações internacionais sobre o regime climático” (REI; GONÇALVES; SOUZA, 2017)

Como resultado da Conferência das Nações Unidas para o Meio Ambiente e o Desenvolvimento (ECO 92), foi criada a Convenção Quadro das Nações Unidas sobre Mudanças Climáticas (UNFCCC, sigla em inglês), voltada ao reconhecimento dos Estados acerca da sua responsabilidade e compromisso em retornar e manter a temperatura global em níveis não prejudiciais (ALMEIDA; MUNIZ, 2017, p. 79).

Ao longo dos 25 anos do regime as responsabilidades individuais e coletivas das mudanças climáticas foram discutidas em novos encontros, protocolos e emendas, que, por fim, foram organizadas no chamado Acordo de Paris (2016).

No documento, há o expreso reconhecimento das ameaças potencialmente irreversíveis oriundas das ações dos Estados, seguido pelo convite de adesão e aplicação de medidas para reduzir as emissões de gases que provocam o efeito estufa, bem como a adoção ações de coercibilidade com previsão de multas, trazendo “uma lufada de esperança ao regime” (REI; GONÇALVES; SOUZA, 2017). Em aditivo, o documento reforça obrigações no âmbito dos direitos humanos, entre eles saúde, comunidades locais, migrantes e pessoas em situação de vulnerabilidade.

No caso do Irã e dos demais países do Oriente Médio, movimentos migratórios

encontram barreiras culturais e agravam o risco de conflitos na região:

De acordo com os analistas geopolíticos, as guerras da água acontecerão em países e entre países afetados pela raridade que deverão lutar para garantir suas provisões e sua sobrevivência. Os candidatos sempre citados são os países ribeirinhos das bacias fluviais do Jordão, do Tigre e do Eufrates, do Nilo e do Indo. A raridade da água é uma característica dessas regiões, onde os conflitos armados não são excepcionais. Os analistas só se esquecem de mencionar as guerras da água, quando elas estão acontecendo, como no Iraque, em agosto de 2005 (CAUBET,2009, pág. 163)

Diante esse cenário, permanecemos em 2018 com dificuldades na efetivação de ações que modifiquem ou diminuam problemas atuais, ou seja, não relacionados às previsões. O relatório mundial sobre o acordo dos Recursos Hídricos, publicado pela UNESCO no início de 2018, estabelece como necessário para alcançar a Meta número 6 dos Objetivos do Desenvolvimento Sustentável a mobilização de recursos financeiros, a criação de um sistema jurídico com regulamentações próprias, a melhoria da base científica e tecnológica para o tratamento da água e melhoria da colaboração intersetorial, mas não apresenta um plano de ação para que se consiga firmar esses apoios.

Resta inquestionável que são necessárias ações de governança, mas ainda falta encontrar mecanismos para sobrepor os interesses coletivos aos interesses individuais de cada país. Como convencer a Turquia a partilhar de forma solidária a água do rio *Manavgat* com seus vizinhos se sua experiência pregressa já lhe mostrou que a água pode ser vendida, ou servir como instrumento de poder?

Ademais, o que se verifica é que a assinatura de tratados não garante a modificação do comportamento da população como se observa no Irã. Além de que os países podem se retirar dos acordos sempre que seus interesses particulares forem afetados pelo acordado.

Não podemos ignorar que dentro de alguns anos, se não for encontrada uma resposta coletiva efetiva que garanta uma distribuição mais uniforme da água potável e uma forma de conscientizar a população mundial sobre o uso consciente dos recursos hídricos, a escassez da água estará bem mais próxima de ser um problema humanitário do que de meio ambiente e a água será o novo objeto de disputa, especialmente no Oriente Médio, como já ocorre atualmente com o petróleo.

3 | CONCLUSÃO

Com relação à crise hídrica no Irã, fruto de reflexão e pesquisa que resultou neste artigo, concluímos que há verdadeira incoerência entre as necessidades apresentadas e a insuficiência de respostas coletivas internacionais, uma vez que as soluções propostas até agora são inaplicáveis no contexto deste Estado, pelos seguintes motivos:

1. A localização do Irã, em área desértica, mostra-se importante mas não representa o único fator que gera vulnerabilidades, pois há influência dos conflitos econômicos, políticos e sociais existentes na região.
2. Observamos inconsistências entre o relatório mundial sobre o acordo dos Recursos Hídricos, publicado pela UNESCO no início de 2018, e o discurso promovido pelo Estado. Enquanto o relatório indica a necessidade de mobilização dos recursos financeiros, melhorias no sistema jurídico, dentre outras medidas, como forma de alcançar a meta n.6 dos ODS, o Irã, por sua vez, alega que a crise hídrica é oriunda de questões meramente climáticas, somadas a sanções econômicas internacionais, sem considerar sequer o próprio crescimento populacional desordenado pela distribuição geográfica.
3. A legislação interna não prevê punição pelo desperdício de água e o próprio Estado autoriza a distribuição de mais de 90% da água potável do país para utilização pelo setor agrícola, sem investir em novas tecnologias que evitem a perda desnecessária do recurso.
4. Restrições às liberdades individuais impedem a realização de pesquisas que alertem sobre a importância da tecnologia para prevenir e mitigar danos, interpretadas como críticas pelo governo.
5. A água também é utilizada pelas indústrias, que se concentram principalmente em centros urbanos e grandes cidades, deslocando a população para estes locais e conseqüentemente prejudicando a distribuição do recurso.
6. As Convenções e Fóruns que resultaram em tratados e Declarações para preservação e recuperação dos recursos hídricos não consideraram os interesses locais, tampouco propuseram ao longo de 41 ANOS planos de ações localizadas.
7. Ações de governança internacional pressupõem a consideração pelas características e problemas imediatos e em diversos níveis, locais, regionais e globais, sem ignorar as reais necessidades de populações vulneráveis.
8. Mostra-se prejudicada a efetividade de leis internacionais sem o alcance devido em atender países que causa ou sofrem com os resultados de crises ambientais: vulnerabilidades que induzem o deslocamento interno e migrações forçadas. Na prática, o que se observa, é que os interesses políticos e econômicos individuais se sobrepõem e influenciam ações coletivas internacionais.

REFERÊNCIAS

ACCIOLY, Hildebrando. CASELLA, Paulo Borba. SILVA, G. E. do Nascimento. **Manual de Direito Internacional Público**. 22. ed. Saraiva: São Paulo, 2016.

ALMEIDA, Max Sarney; PAIVA, Iure; MUNIZ, Antônio Walber Matias. **O Papel do Regime Internacional de Mudanças Climáticas na Promoção de Políticas Domésticas de Mitigação no**

Setor de Energia. Revista de Pesquisa em Políticas Públicas. Brasília, n. 01, p. 78-101, mai. 2017. Disponível em: <<http://periodicos.unb.br/index.php/rp3/article/view/21570>>. Acesso em: 05 fev. 2018.

BARBOSA, Maria Bueno. **A promoção do acesso à água como direito humano: formulação de políticas de respeito, proteção e cumprimento deste direito.** Revista Perspectivas em Políticas Públicas. Belo Horizonte. vol. VI, n. 11, 2013. p. 20-64.

BIRKMANN, Jörn. Et al.. **Coping with Global Environmental Change, Disasters and Security: Threats, Challenges, Vulnerabilities and Risks.** 1. ed. Berlim: Springer, 2011.

CARMIN, Joan. **Lecture Notes: Disaster Vulnerability and Resilience.** University of Massachusetts, 2018. Disponível em: <https://ocw.mit.edu/courses/urban-studies-and-planning/11-941-disaster-vulnerability-and-resilience-spring-2005/lecture-notes/carmin_lect1.pdf> Acesso em: 20 abr. 2018.

CAUBET, Christian Guy. **Domínio da Água ou Direito à Água? Rivalidades nas relações internacionais do século XXI In Proteção internacional do meio ambiente / organizadores: Marcelo D. Varella; e Ana Flavia Barros-Platiau.** Brasília: Unitar, UniCEUB e UnB, 2009. p. 160-175.

COMISSÃO SOBRE GOVERNANÇA GLOBAL. **Nossa Comunidade Global. O Relatório da Comissão sobre Governança Global.** Rio de Janeiro: Editora FGV, 1996.

FOOD AND AGRICULTURE ORGANIZATION OF THE UNITED NATIONS - FAO. **AQUASTAT Republic of Iran.** 2018. Disponível em: <http://www.fao.org/nr/water/aquastat/countries_regions/IRN/>. Acesso em 10 jun. 2018.

FOOD SECURITY INFORMATION NETWORK. **Global Report on Food Crisis 2018.** Disponível em: <goo.gl/xDz4tJ> Acesso em: 12 abr. 2018.

FREEDOM HOUSE. **Freedom in the World,** 2018. Disponível em: <<https://freedomhouse.org/report/freedom-world/2018/iran>> Acesso em: 25 abr. 2018.

GONÇALVES, Alcindo. "Governança Global". In: GONÇALVES, Alcindo e COSTA, José Augusto Fontoura. **Governança Global e Regimes Internacionais.** São Paulo, Almedina, 2011.

_____. **Regimes internacionais como ações da governança global.** Revista Meridiano 47 vol. 12, n. 125, p. 40-45, jun. 2011.

GRANZIERA, Maria Luiza Machado. **Direito de águas: disciplina jurídica das águas doces.** 3. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

KAMANGA, Bull; DIAGNE, L. K; LERISE, Leon Et. Al. "**From Everyday Hazards to Disasters: The Accumulation of Risk in Urban Areas.**" Environment and Urbanization 15, no. 1, 2003. p. 193-203.

LEANING, Jennifer, CARMIN, Joan. 11.941 **Disaster, Vulnerability and Resilience.** Spring 2005. Massachusetts Institute of Technology: MIT OpenCourseWare, <https://ocw.mit.edu>. License: Creative Commons BY-NC-SA.

MADANI, Kaveh. **Water management in Iran: what is causing the looming crisis?.** Journal of environmental studies and sciences. v. 4. p. 315-328. Disponível em: <<https://link.springer.com/article/10.1007/s13412-014-0182-z>>. Acesso em 27 jun. 2018.

NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Do Rio Sobre Meio Ambiente E Desenvolvimento.** 1992. Disponível em: <<http://www.onu.org.br/rio20/img/2012/01/rio92.pdf>>. Acesso em: 11 jul. 2018.

PELLING, Mark. "**Assessing Urban Vulnerability and Social Adaptation to Risk: Evidence from Santo Domingo.**" International Development Planning Review 24, no. 1, 2002. p. 59-76.

REI, Fernando Cardozo Fernandes; GONÇALVES, Alcindo Fernandes; SOUZA, Luciano Pereira. **Acordo de Paris: reflexões e desafios para o regime internacional de mudanças climáticas**. Revista Veredas do Direito, Belo Horizonte, v.14 p.81-99, mai. 2017. Disponível em: <http://www.domhelder.edu.br/revista/index.php/veredas/article/download/996/614>. Acesso em: 04 fev. 2018.

SHAW, Malcolm N. **International Law**. Cambridge University Press: New York, 6. ed. 2008.

TAGHVAAE, Abbas;KHODASHANAS, Masoumeh; GHOLAMALIZADEH, Hamid. **Environmental Problems in Iran's Law**. Biological Forum – An International Journal, 2015. Disponível em: <https://www.researchtrend.net/bfij/bf12/20%20ABBAS%20TAGHVAAE.pdf> Acesso em: 22 abr. 2018.

UNITED NATIONS, **Islamic Republic of Iran** data. 2017. Disponível em:<<http://data.un.org/en/iso/ir.html>> Acesso em: 22 abr. 2018.

UNITED NATIONS HIGH COMMISSIONER FOR REFUGEES. **Global Trends Tables**, 2017. Disponível em: <http://www.unhcr.org/5943e8a34.pdf>. Acesso em 12 abr. 2018.

UNITED NATIONS EDUCATIONAL SCIENTIFIC AND CULTURAL ORGANIZATION. **The United Nations World Water Development Report** 2018. Disponível em: <http://unesdoc.unesco.org/images/0026/002614/261424e.pdf>. Acesso em: 10 abr. 2018.

WALSH, Benjamin. **Iran: a regime that arrests its experts is not serious about solving its water crisis**. Global Food and Water Crises Research Programme. Future Direction International, 2008. Disponível em: <http://www.futuredirections.org.au/publication/iran-regime-arrests-experts-not-serious-solving-water-crisis/>. Acesso em: 27 jun. 2018.

WHITE, G. F. "The Choice of Use in Resource Management." Natural Resource Journal 1, 1961. p. 23-40.

WISNER, Ben. **UNISDR needs a better definition of 'Vulnerability'**.Global Network Of Civil Society Organizations For Disaster Reduction, 2018. Disponível em: <https://www.gndr.org/programmes/advocacy/365-disasters/more-than-365-disasters-blogs/item/1519-unisdr-needs-a-better-definition-of-vulnerability.html>.> Acesso em: 22 abr. 2018.

YOUNG. Oran. **Regime Dynamics: The Rise and Fall of International Regimes**.International Organization, Cambridge, v.36, n. 2, p. 277-297.

ZARGAN, Jamil. WAEZ-MOUSAVI, Seyed Mohammad. **Water crisis in Iran: its intensity, causes and confronting strategies**. Indian Journal of Science and Technology. v. 9. Disponível em: <http://www.indjst.org/index.php/indjst/article/view/100632>>. Acesso em 27: jun. 2018.

CRIMES AMBIENTAIS: RESPONSABILIDADE PENAL DAS PESSOAS JURÍDICAS

Adriano da Silva Ribeiro

Mestrando em Direito no PPGD/FCH da FUMEC
Doutorando em Ciências Jurídicas e Sociais pela
UMSA

Bacharel em Direito pela PUC Minas

Lucas Zauli Ribeiro

Graduando em Direito pela Faculdade de Direito
da UFMG

Formação complementar em Ciências
Econômicas pela UFMG

RESUMO: O objetivo geral é compreender a responsabilidade penal das pessoas jurídicas nos crimes ambientais, bem como a legislação pertinente ao tema: Constituição da República Federativa do Brasil e os dispositivos da Lei 9.605/98, que trata dos crimes ambientais. A relevância do tema é de tal ordem que houve por bem o constituinte definir que *“todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado”*. Para a consecução desta pesquisa utilizou-se da base lógica do método indutivo, através da pesquisa bibliográfica. Justificase o estudo, pois, no vigésimo aniversário da promulgação da Lei de Crimes Ambientais, ainda há patente resistência à aceitação da previsão legal de penalizar a pessoa jurídica. Destarte, frente à oposição doutrinária, importante analisar os supostos obstáculos de ordem teórica que impossibilitam a efetiva

aplicação da responsabilidade penal às pessoas jurídicas. Destacam-se a capacidade de ação, a capacidade de culpabilidade, ao princípio da personalidade da pena e às espécies ou natureza das penas aplicáveis. Outro ponto relevante é que não se questiona a aplicação da pena privativa de liberdade não se aplica às pessoas jurídicas, dada a sua natureza peculiar. Conclui-se, portanto, que o poder concentrado das pessoas jurídicas, quando utilizado de maneira nociva à sociedade, deve ser duramente reprimido, ainda mais quando o bem afetado é o meio ambiente: bem fundamental à sociedade. Assim, a responsabilidade penal da pessoa jurídica é uma necessidade social. Aos verdadeiros juristas, que têm um papel importantíssimo na preservação do Direito, cabe construir o caminho dogmático para a responsabilização dos entes morais.

PALAVRAS-CHAVE: Lei de Crimes Ambientais; Pessoas Jurídicas; Responsabilidade penal.

ABSTRACT: The general objective is to understand the criminal responsibility of legal persons in environmental crimes, as well as the legislation pertinent to the theme: Constitution of the Federative Republic of Brazil and the provisions of Law 9605/98 dealing with environmental crimes. The relevance of the theme is such that it was for the sake of the constituent to define that “everyone has a right

to the ecologically balanced environment”. For the accomplishment of this research the logic base of the inductive method was used, through bibliographical research. The study is justified because, on the twentieth anniversary of the enactment of the Environmental Crimes Law, there is still patent resistance to the acceptance of the legal provision to penalize the legal entity. Thus, in opposition to the doctrinal opposition, it is important to analyze the alleged theoretical obstacles that make it impossible to effectively apply criminal liability to legal entities. They emphasize the capacity of action, the capacity of culpability, the principle of the personality of the pen and the species or nature of the applicable penalties. Another relevant point is that it is not questioned whether the application of custodial sentences does not apply to legal entities, given their peculiar nature. It is concluded, therefore, that the concentrated power of juridical persons, when used in a harmful way to society, must be harshly repressed, especially when the good affected is the environment: very fundamental to society. Thus, criminal liability of the legal person is a social necessity. To the true jurists, who have a very important role in the preservation of the Right, it is necessary to construct the dogmatic way for the responsibility of the moral entities.

KEYWORDS: Law of Environmental Crimes; Legal entities; Criminal responsibility

1 | INTRODUÇÃO

O objetivo deste artigo é compreender a responsabilidade penal das pessoas jurídicas nos crimes ambientais.

Para se discutir o objeto proposto, consultamos a Constituição da República Federativa do Brasil (CR), promulgada em 05 de outubro de 1988, especialmente no Título VIII – Da Ordem Social, Capítulo VI – Do Meio Ambiente, artigo 225 e parágrafos (BRASIL, 1988). Além disso, analisamos a Lei 9.605, de 13 de fevereiro de 1998, que trata dos crimes ambientais (BRASIL, 1998).

A relevância do tema é de tal ordem que houve por bem o constituinte definir que *“todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado”*.

Para a consecução desta pesquisa utilizou-se da base lógica do método indutivo, através da pesquisa bibliográfica. Pretendemos, a partir das leituras, debates e reflexões a propósito do tema, apresentar os resultados dos nossos estudos.

Para tanto, dividiremos o trabalho em duas partes. Na primeira, apresentaremos algumas considerações sobre os artigos que trata da Lei de Crimes Ambientais. Na segunda, destacaremos a responsabilidade penal das pessoas jurídicas nos crimes ambientais sob a ótica das teorias que embasam os entes coletivos e da opção que tomou o legislador, com comentários de FIORILLO (2013), AMADO (2014) e a análise feita em julgamento da 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça.

2 | A IMPORTÂNCIA DA LEI DE CRIMES AMBIENTAIS

No ordenamento jurídico internacional e nacional, o direito ambiental se consolidou enquanto ramo autônomo. Na contemporaneidade, essa seara, a qual se encontra incutida no direito público, detém princípios específicos e legislação própria.

No Brasil, a primeira lei especial referente ao meio ambiente no período republicano foi o Código Florestal, aprovado ainda em 1934, mas somente com a CR de 1988 (BRASIL, 1988) se consolidou a importância da consciência ambiental, definindo, por exemplo, os deveres de proteção do ambiente e combate à poluição como de competência de todos os entes federativos e a possibilidade de qualquer cidadão propor ação popular para denunciar ato lesivo contra a ambiência.

No artigo 225, § 1º, a mencionada Constituição (BRASIL, 1988) define as medidas e providências que incumbem ao Poder Público tomar para assegurar a efetividade do direito reconhecido, como preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais para o ecossistema, delimitar as áreas de proteção ambiental, promover educação sobre o meio ambiente, proteger a fauna e flora, entre outros.

Posteriormente, como forma de melhor administrar os bens naturais e preservar a preocupação com o ecossistema, foi promulgada a Lei 9.605, de 13 de fevereiro de 1998 (Lei dos Crimes Ambientais) - alterada pela Medida Provisória 2.163, de 26/07/2001 (BRASIL, 2001) -, que foi um grande passo na proteção do meio ambiente, pois a nova legislação trouxe inovações necessárias e surpreendentes na repressão ao dano ambiental.

Acredita-se que pressões dos países ricos impulsionaram a aprovação da lei dos crimes ambientais, pois estão preocupados com a Amazônia, com as condições climáticas da Terra e com a biodiversidade, com espécies em constante risco de extinção.

O avanço na Lei de Crimes Ambientais (BRASIL, 1998) surgiu no sentido de tornar certas infrações, que anteriormente eram contravenções, em crimes e tentar resgatar uma lacuna que existia no Código Penal (BRASIL, 1940).

São ao todo oitenta e dois artigos de uma lei que atualiza a legislação esparsa, revoga muitos dispositivos e apresenta novas penalidades. A lei está dividida em oito Capítulos, assim distribuídos: disposições gerais; aplicação da pena; apreensão do produto e do instrumento de infração administrativa ou de crime; ação e processo penal; crimes contra o meio ambiente; infração administrativa; cooperação internacional para a preservação do meio ambiente; e disposições finais.

A Lei dos Crimes Ambientais possibilita a incriminação da pessoa física e institui a co-responsabilidade da pessoa jurídica, representada na figura daquele que tenha concorrido na prática do dano causado, seja o diretor, administrador, membro de conselho, entre outros (art. 2º) (BRASIL, 1998).

Pertinente destacar que a classificação do tipo em questão é de suma relevância. Por um lado, se fosse considerado um crime omissivo, bastaria a ausência de uma

conduta para que ele se configurasse. Por outro, se comissivo por omissão, a ausência de conduta deveria, necessariamente, produzir um resultado para que se realizasse o tipo (BITENCOURT, 2012).

Destarte, a análise do que fora exposto na lei evidencia que os responsáveis que concorrem para o crime tem o dever de, cientes da conduta, impedir a prática quando possível, sendo, portanto, um crime comissivo por omissão, já que a ocorrência do dano é fator fundamental para a consumação do crime.

Apesar da necessidade de ocorrência do dano para que se configure a infração, até mesmo os responsáveis pela contratação de quem comete o ato ilícito devem ser penalizados. Isso demonstra a relevância que assumem os crimes ambientais, vez que, ao ampliar a possibilidade de penalizar os responsáveis indiretos, fica patente que o legislador busca propiciar uma maior proteção do bem jurídico que é atacado, em função da importância que ele apresenta. É, pois, mais uma prova do reconhecimento de que o meio ambiente deixa de ser mero sistema natural para ser um bem social e juridicamente relevante.

Além disso, destaca-se como a principal novidade da lei (BRASIL, 1998), introduzida no nosso ordenamento jurídico, de forma clara e objetiva, a responsabilidade penal da pessoa jurídica (art. 3º). Inédita no Direito Penal, pois prevê para as pessoas jurídicas tipos e sanções bem definidos (BRASIL, 1940).

Para tanto, há, na referida lei (BRASIL, 1998), previsão de penas alternativas à prisão, tais como: prestação de serviços à comunidade ou à entidade ambiental; interdição temporária de direitos; cassação de autorização ou licença concedida pela autoridade competente; suspensão parcial ou total de atividades; prestação pecuniária; recolhimento domiciliar (art. 8º ao 13) (BRASIL, 1998).

3 | RESPONSABILIDADE PENAL DAS PESSOAS JURÍDICAS NOS CRIMES AMBIENTAIS

Quanto à pessoa jurídica, adverte Fernando Galvão: “Não se pode falar em responsabilidade da pessoa jurídica sem saber-se o que seja, a final, a pessoa jurídica”. (GALVÃO, 2003, p.31).

Para Roberto Ruggiero, pessoa jurídica:

qualquer unidade orgânica resultante de uma coletividade organizada de pessoas ou de um complexo de bens a que, para consecução de um fim social duradouro e permanente, é pelo Estado reconhecida uma capacidade de direitos patrimoniais. (RUGGIERO, 1999, p.550-559)

Afirma Fernando Galvão “[...] a realidade da pessoa jurídica é meramente técnica, jurídica, nunca uma realidade ontológica”. E acrescenta “pessoa jurídica não existe no mundo naturalístico, mas no mundo abstrato concebido pela ordem jurídica. [...] só

existe porque a ordem jurídica prevê a sua existência, como instrumento de realização de fenômenos jurídicos” (GALVÃO, 2003, p.36-37).

Nesse contexto, a responsabilidade penal das pessoas jurídicas é marcada por um movimento internacional para responsabilização dos entes coletivos, com a finalidade de reprimir as atividades criminais das empresas, mediante aplicação rigorosa de penalidades destinadas a fazer funcionar a sociedade.

Já existe uma gama de países que possuem legislação para definir a responsabilidade penal da pessoa jurídica, sendo algo comum em países que adotam o sistema jurídico da *common law*, como Inglaterra e Estados Unidos. Já os adotantes do sistema *civil law*, admitem a responsabilidade em casos determinados, como nos delitos contra ordem econômica e financeira e crimes ambientais, cerne do presente artigo (AMADO, 2014).

Dentre os países que já regulamentaram a responsabilidade dos entes morais, estão: Holanda, Dinamarca, Portugal, França, Áustria, Japão, China, México e Cuba. (STJ, REsp 564.960/SC).

A adoção dessa medida no ordenamento brasileiro se deu ainda com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil, por meio do §3º, do art. 225 (BRASIL, 1988), o qual torna defeso a punibilidade por meio de sanções penais às pessoas jurídicas que pratiquem conduta lesiva ao meio ambiente.

Com a entrada da Lei dos Crimes Ambientais (BRASIL, 1998), o presente tema, que até então era mera teoria jurídica, começou a ter aplicabilidade. Até então, somente se aplicava aos entes coletivos a responsabilidade civil e a administrativa.

Entretanto, apesar do art. 3º estabelecer expressamente a responsabilidade criminal da pessoa jurídica, bem como as penas compatíveis com a sua natureza peculiar, a aplicação prática da Lei 9.605/98 (BRASIL, 1998), único diploma legal de referência no direito positivo brasileiro, enfrenta algumas dificuldades de ordem teórica e a resistência por parte de juristas conservadores à mudança de paradigma que se faz necessária.

Para que avancemos, é importante compreender o conceito de pessoa jurídica. Trata-se de uma abstração, uma criação jurídica para alicerçar os interesses de outros sujeitos de direitos que, por um ato de vontade, se unem buscando um objetivo em comum, seja ele econômico ou não (PEREIRA, 2013).

Desse modo, atribui-se personalidade à abstração, concedendo aptidão para adquirir direitos e contrair deveres, por conta de dois principais fatores. Um deles é propiciar a proteção patrimonial e o outro se dá pela autonomia da responsabilidade da pessoa jurídica em relação aos seus integrantes.

As peculiaridades da vida social contemporânea fizeram com que os indivíduos exercessem suas atividades em torno das pessoas jurídicas, com intuito de se atingir, da maneira mais eficaz, as novas necessidades da sociedade. Contudo, a concessão dos benefícios provoca também a responsabilidade de quem os assume.

Nesse sentido, a partir do novo quadro de atuação dos entes morais, se faz

necessário à responsabilização desses na esfera criminal, medida que tem como escopo a desestimulação ao cometimento de ilícitos. Assim, quando as atividades advindas de referidos entes começam a ameaçar os bens jurídicos fundamentais à sociedade – reiterando importância que assumiu a ambiência -, de maneira a produzirem maior dano, o Direito Penal (BRASIL, 1940), que tutela tais espécies de bens, necessita criar novas armas para o combate à criminalidade moderna.

No plano fático, essa modalidade de responsabilidade das pessoas jurídicas enfrenta algumas dificuldades de ordem teórica e, repetimos, o conservadorismo de grande parte dos juristas.

Antes de tudo, deve-se ressaltar que a admissão da responsabilização penal da pessoa jurídica decorre de uma opção política. A norma penal, bem como toda regra jurídica, resulta de uma opção entre vários caminhos possíveis para a resolução do problema da criminalidade.

A *ultima ratio*, princípio do direito penal - o qual defende que esse só deve ser aplicado em última circunstância, dado o impacto de suas sanções -, já é um indício da opção do legislante. No momento em que se decide que a ambiência é passível de proteção criminal, eleva-se o patamar que havia até então. Fica patente a necessidade de cuidar desse bem jurídico fundamental frente às muitas mazelas sociais.

É o que afirma Fiorillo:

“Dessarte, resta evidente que, em face do princípio da individualização da pena (art. 5º, XLVI, da CF), caberá ao legislador infraconstitucional, observado o critério de competência definido no art. 22, I, da CF, fixar as sanções penais mais adequadas em decorrência de diferentes hipóteses de responsabilidade criminal ambiental: sanções penais para pessoas físicas, jurídicas de direito privado, jurídicas de direito público etc. Claro está que a finalidade maior da Constituição Federal é trazer efetividade e utilidade para o direito criminal ambiental, bem como para o direito penal ambiental, estabelecendo sanções penais concretas para aqueles que, na ordem jurídica do capitalismo, lesam ou mesmo ameaçam a vida em todas as suas formas”. (FIORILLO, 2013, p. 757)

Assim, essa opção da política criminal é revivescida pelo texto constitucional em mais de uma oportunidade. Nesse ponto, cabe ressaltar o que dispõe o artigo 173, §5º, da CR de 1988: “*a lei, sem prejuízo da responsabilidade individual dos dirigentes da pessoa jurídica, estabelecerá a responsabilidade desta, sujeitando-a à punições compatíveis com sua natureza, nos atos praticados contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular*” (BRASIL, 1988).

Mesmo carente de regulamentação, o dispositivo constitucional acima trata da responsabilização criminal da pessoa jurídica, pois, conforme ensina Fernando Galvão da Rocha:

“...com certeza, a responsabilidade a que se referiu o constituinte foi a responsabilidade penal, pois é a ela que se refere a pretensão punitiva. A pretensão de ressarcimento, deduzida no âmbito do direito civil, não se satisfaz com punições. Se o dispositivo constitucional determina a adaptação das punições à natureza

peculiar da pessoa jurídica é porque pretende alterar os padrões tradicionais do ramo do direito que trata das penas, ou seja, do direito penal.” (ROCHA, 2002, p.73).

Outrossim, a análise do que expõe o artigo 225, § 3º, CF/88, localizado especificamente no capítulo dedicado ao meio ambiente, torna ainda mais claro a legalidade da punição penal, como vemos:

“Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

§ 3º As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.” (BRASIL, 1988)

Portanto, não restam dúvidas quanto à opção política do legislador constituinte, no sentido de se admitir a responsabilidade penal da pessoa jurídica. Apesar de serem constantemente questionados, seja por sua constitucionalidade, seja quanto à sua real interpretação, os dispositivos constitucionais são claros ao estender a aplicação do Direito Penal também aos entes morais. O entendimento aqui exposto encontra o devido embasamento doutrinário, como vemos:

“Na verdade temos que com o art. 225, § 3º, da Constituição, o legislador constituinte abriu a possibilidade dessa espécie de sanção à pessoa jurídica. Trata-se de política criminal, que, atenta aos acontecimentos sociais, ou melhor, à própria dinâmica que rege atualmente as atividades econômicas, entendeu por bem tornar mais severa a tutela do meio ambiente.” (FIORILLO, 2013).

Também foi o que compreendeu a 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, no REsp 564.960/SC: “a referência às pessoas jurídicas, no entanto, não ocorreu de maneira aleatória, mas como uma escolha política, diante mesmo da pequena eficácia das penalidades de natureza civil e administrativa aplicadas aos entes morais”.

Não obstante ter ficado evidente a opção político-criminal de se utilizar o Direito Penal contra as pessoas jurídicas, alguns intérpretes sustentam que as condutas a que se refere o constituinte, no dispositivo em questão, dizem respeito tão somente às pessoas naturais e que tais condutas se relacionam exclusivamente às sanções penais. Da mesma forma, as atividades só referem às pessoas jurídicas e as sanções administrativas aplicam-se exclusivamente a estas.

Razão possuem referidos intérpretes quando sustentam que as condutas dizem respeito unicamente às pessoas físicas, pois a ação é um comportamento voluntário e consciente dirigido a um fim, que somente cabe ao ser humano. Assim, as pessoas jurídicas não podem praticar condutas, por faltar-lhes os elementos intelectual e volitivo, próprios dos homens, mas tão-somente atividades.

A pessoa jurídica, ao contrário do que defendiam os adeptos da teoria da realidade

objetiva ou organicista, não é um organismo social que possui existência real, ou seja, no plano material, não possuindo nem vida autônoma nem vontade própria em relação aos membros que a integram. Apesar de dar enormes contribuições para a concepção da natureza da pessoa jurídica ao colocar em evidência a necessária distinção entre a personalidade jurídica desta em relação às pessoas físicas que a compõem, tal construção teórica peca na perspectiva ontológica.

Todavia, o fato de não existir no plano empírico não quer dizer que os entes morais não possam ser responsabilizados, assim como era sustentado pelos defensores da teoria da ficção. Para esses, somente as pessoas físicas possuiriam capacidade penal, por serem estas os únicos seres possuidores de capacidade de querer.

Entendem que as pessoas jurídicas não passariam de meros seres fictícios, criados artificialmente pelo Direito para a realização de um fim lícito, sendo dotados, para tanto, de personalidade jurídica. No entanto, por faltar-lhes os requisitos da consciência e vontade próprias, elementos da imputabilidade, tais entes abstratos não poderiam praticar ações, não sendo, assim, capazes de cometer crimes.

Abandonando os extremismos das teorias anteriores, a teoria da realidade jurídica, construção dos doutrinadores franceses, por se utilizar de um raciocínio dialético, é a teoria mais adequada para explicar a natureza da pessoa jurídica. Segundo essa teoria, a pessoa jurídica possui existência real, sendo que esta existência não se assemelha àquela das pessoas naturais.

É inquestionável que as pessoas jurídicas, mesmo sendo entes abstratos, existem no ambiente social e desempenham atividades relevantes. Prova disso é o Estado, que mesmo não possuindo existência material, exerce forte influência no plano material em que vivemos.

Esse entendimento foi consolidado após julgamento da 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça:

“CRIMINAL – CRIME AMBIENTAL PRATICADO POR PESSOA JURÍDICA – RESPONSABILIZAÇÃO PENAL DO ENTE COLETIVO – POSSIBILIDADE – PREVISÃO CONSTITUCIONAL REGULAMENTADA POR LEI FEDERAL – OPÇÃO POLÍTICA DO LEGISLADOR – FORMA DE PREVENÇÃO DE DANOS AO MEIO AMBIENTE – CAPACIDADE DE AÇÃO – EXISTÊNCIA JURÍDICA – ATUAÇÃO DOS ADMINISTRADORES EM NOME E PROVEITO DA PESSOA JURÍDICA – CULPABILIDADE COMO RESPONSABILIDADE SOCIAL – CORRESPONSABILIDADE – PENAS ADAPTADAS À NATUREZA JURÍDICA DO ENTE COLETIVO – RECURSO PROVIDO.

I. Hipótese em que pessoa jurídica de direito privado, juntamente com dois administradores, foi denunciada por crime ambiental, consubstanciado em causar poluição em leito de um rio, através de lançamento de resíduos, tais como, graxas, óleo, lodo, areia e produtos químicos, resultantes da atividade do estabelecimento comercial.

II. A Lei ambiental, regulamentando preceito constitucional, passou a prever, de forma inequívoca, a possibilidade de penalização criminal das pessoas jurídicas por danos ao meio ambiente.

III. A responsabilização penal da pessoa jurídica pela prática de delitos ambientais

- advém de uma escolha política, como forma não apenas de punição das condutas lesivas ao meio ambiente, mas como forma mesmo de prevenção geral e especial.
- IV. A imputação penal às pessoas jurídicas encontra barreiras na suposta incapacidade de praticarem uma ação de relevância penal, de serem culpáveis e de sofrerem penalidades.
- V. Se a pessoa jurídica tem existência própria no ordenamento jurídico e pratica atos no meio social através da atuação de seus administradores, poderá vir a praticar condutas típicas e, portanto, ser passível de responsabilização penal.
- VI. A culpabilidade, no conceito moderno, é a responsabilidade social, e a culpabilidade da pessoa jurídica, neste contexto, limita-se à vontade do seu administrador ao agir em seu nome e proveito.
- VII. A pessoa jurídica só pode ser responsabilizada quando houver intervenção de uma pessoa física, que atua em nome e em benefício do ente moral.
- VIII. 'De qualquer modo, a pessoa jurídica deve ser beneficiária direta ou indiretamente pela conduta praticada por decisão do seu representante legal ou contratual ou de seu órgão colegiado.'
- IX. A atuação do colegiado em nome e proveito da pessoa jurídica é a própria vontade da empresa. A coparticipação prevê que todos os envolvidos no evento delituoso serão responsabilizados na medida de sua culpabilidade.
- X. A Lei Ambiental previu para as pessoas jurídicas penas autônomas de multas, de prestação de serviços à comunidade, restritivas de direitos, liquidação forçada e desconsideração da pessoa jurídica, todas adaptadas à sua natureza jurídica.
- XI. Não há ofensa ao princípio constitucional de que 'nenhuma pena passará da pessoa do condenado...', pois é incontroversa a existência de duas pessoas distintas: uma física – que de qualquer forma contribui para a prática do delito – e uma jurídica, cada qual recebendo a punição de forma individualizada, decorrente de sua atividade lesiva.
- XII. A denúncia oferecida contra a pessoa jurídica de direito privado deve ser acolhida, diante de sua legitimidade para figurar no polo passivo da relação processual-penal.
- XIII. Recurso provido, nos termos do voto do Relator” (STJ – REsp 564.960/SC – Rel. Min. Gilson Dipp – 5ª T. – j. 2-6-2005 – DJ, 13-6-2005, p. 331).

Assim, no que tange à interpretação do Superior Tribunal de Justiça, o exame do § 3º, do art. 225, da CR/88, quanto às penas a serem aplicadas às pessoas jurídicas, e da Lei 9.605/98, ao regulamentar o supramencionado dispositivo constitucional, pôs fim às dúvidas existentes, sedimentando, também, o entendimento de que a disposição constitucional não tratou de consequências respectivas para a lesão ao meio ambiente, mas cumulativas, de modo que a pessoa jurídica pode ser responsabilizada tanto na esfera administrativa quanto na penal.

Além disso, a penalização do ente moral não exclui a responsabilidade individual dos administradores. Como visto, trata-se de pessoas distintas e, portanto, nada mais adequado do que aplicar a sanção prevista a cada um.

Ademais, importante, nesse contexto, analisar os supostos obstáculos de ordem teórica que impossibilitam a efetiva aplicação da responsabilidade penal às pessoas jurídicas.

Destacam-se aqueles que se referem à capacidade de ação, à capacidade de culpabilidade, ao princípio da personalidade da pena e às espécies ou natureza das penas aplicáveis.

Quanto à capacidade de ação e de culpabilidade, fica claro que a teoria do delito, calcada na noção de conduta humana, não se aplica às pessoas jurídicas, por ter sido elaborada para ser aplicada às pessoas físicas. A atual concepção de crime como fato típico, antijurídico e culpável torna impossível a responsabilização penal dos entes morais. Dado que estes não possuem a capacidade de querer, como fora demonstrado, impossível satisfazer as exigências subjetivas da tipificação.

Assim, ao tratar da proteção ao meio ambiente, a Constituição Federal (BRASIL, 1988) fez expressa referência à atividade lesiva ao bem jurídico, deixando clara a possibilidade da construção de uma nova teoria do delito adequada a natureza peculiar das pessoas jurídicas.

Nesse panorama, cabe retornar ao exame do julgado que fora apresentado, ao considerar que, modernamente, a culpabilidade nada mais é do que a responsabilidade social, sendo limitada pela vontade do administrador do ente coletivo.

Quanto ao princípio da personalidade ou da intranscendência da pena, este é um dos principais que norteiam o Direito Penal (BRASIL, 1940), possuindo até mesmo *status* de norma constitucional (inc. XLV do art. 5º da CR/88), dada a sua importância. Todavia, essa valiosa conquista não constitui um verdadeiro obstáculo ao reconhecimento da responsabilidade penal das pessoas jurídicas. É da essência do Direito Penal não trabalhar com presunções absolutas, tendo em vista o respeito à dignidade humana.

Assim, a presunção de que só será sujeito passivo da pena aquele que for sujeito ativo do crime não pode ser tida como absoluta, pois a responsabilidade nem sempre está vinculada à autoria. Isso pode ser facilmente comprovado pelo fato de que a própria dogmática jurídico-penal, ao tratar das pessoas físicas, sempre trabalhou com hipóteses de responsabilidade por fato de terceiro no concurso de agentes e na autoria mediata. Sendo assim, não se justificam tantos obstáculos no âmbito penal para a responsabilização das pessoas jurídicas, ainda mais quando se depara com os caminhos apontados pelo Direito Civil para responsabilizar tais entes abstratos.

Dado que o Direito é uno, deve existir uma relação harmônica entre seus diversos ramos, pois estes fazem parte do mesmo ordenamento jurídico. Nesses termos, o Direito Penal não pode ignorar os caminhos apontados pelos demais ramos, mesmo sabendo que cada qual possui seus princípios peculiares.

Igualmente, não há que se espantar se o Direito Penal (BRASIL, 1940) reconhecer a responsabilidade por fato de terceiro (como já o faz em casos excepcionais) ou até mesmo adotar critérios objetivos para a responsabilização, ou seja, a responsabilidade penal objetiva. O que no presente parece ser juridicamente impossível, no futuro pode representar a solução para os novos problemas que venham a surgir.

Da mesma forma, em se tratando de lesão ao meio ambiente, fica claro que não pode ser aplicada a teoria do delito tradicional para responsabilizar as pessoas jurídicas, mas apenas utilizando os requisitos estabelecidos no art. 3º da Lei dos Crimes Ambientais (BRASIL, 1998). Desse modo, a aplicação da teoria do delito fica restrita

às pessoas físicas, que atuam em nome ou benefício dos entes morais, devendo ser adotados outros critérios, que não subjetivos, para a responsabilização destes últimos.

Por conseguinte, no que concerne às penas a serem aplicadas aos entes morais, fundamenta-se na impossibilidade de responsabilização penal das pessoas jurídicas no fato de que à referidos entes não podem ser impostas penas privativas de liberdade, bem como no fato de que as sanções penais não passam de meras sanções administrativas.

Mencionado entendimento, salvo melhor juízo, é manifestamente equivocado, pois o argumento que se apoia em premissas falsas não é inválido. Equivocam-se aqueles que ainda pensam que o Direito Penal é mero direito repressivo que sempre culminará com a prisão dos infratores.

O Direito Penal (BRASIL, 1940) encontra-se em sua fase humanista, valendo-se não só da pena privativa de liberdade para alcançar suas finalidades, mas, precipuamente, da pena mais adequada ao caso concreto. Além de estabelecer a devida sanção ao infrator, de modo que viabilize tanto a sua reabilitação como o seu retorno ao ambiente social, a pena imputada deve também possibilitar que as punições aos infratores sejam revertidas em benefícios à sociedade.

A compreensão aqui exposta vai de encontro ao que fora decidido pelo Superior Tribunal de Justiça, vejamos:

“A insuscetibilidade de imposição de penas privativas de liberdade às pessoas jurídicas é um argumento por demais simplório contrário à sua responsabilização penal. O ordenamento penal brasileiro prevê outras sanções penais para os entes morais. A Lei Ambiental, com efeito, previu para as pessoas jurídicas penas autônomas de multas, de prestação de serviços à comunidade, restritivas de direitos, liquidação forçada e desconsideração da pessoa jurídica.” (BRASIL, REsp 564.960/SC, 2005)

Ademais, é inquestionável que a pena privativa de liberdade não se aplica às pessoas jurídicas, dada a sua natureza peculiar. No entanto, ao lado das penas de cunho patrimonial de multa, pode haver previsão para apreensão de bens, interdição do estabelecimento, prestação de serviços à sociedade e até de extinção da pessoa jurídica, bem como certas penas que sejam compatíveis com a natureza dos entes morais.

Quanto aos juristas que equiparam as sanções penais às administrativas se esquecem de que os bens jurídicos tutelados pelo Direito Penal são distintos daqueles que tutela o Direito Administrativo, sendo que aqueles sobre os quais recaem a tutela jurídico-penal são bens fundamentais à sociedade, ou seja, os socialmente mais valiosos tais como a vida, a ordem econômica, o meio ambiente e etc.

Em conseguinte, após a verificação dos supostos fatores impeditivos, cabe a verificar os pressupostos para a penalização do ente coletivo. Conforme ditou o relator do processo supracitado, Ministro Gilson Dipp, necessário ressaltar:

“Os critérios para a responsabilização da pessoa jurídica são classificados na doutrina como explícitos: 1) que a violação decorra de deliberação do ente coletivo; 2) que autor material da infração seja vinculado à pessoa jurídica; e 3) que a infração praticada se dê no interesse ou benefício da pessoa jurídica; e implícitos no dispositivo: 1) que seja pessoa jurídica de direito privado; 2) que o autor tenha agido no amparo da pessoa jurídica; e 3) que a atuação ocorra na esfera de atividades da pessoa jurídica” (BRASIL, 2005)

Não se trata, portanto, da ampla criminalização de todo e qualquer ato ilícito da pessoa jurídica. Essencial, pois, que haja a correta delimitação dos fatos que ensejem a aplicação de pena ao ente moral.

Interessante ressaltar o primeiro ponto implícito, que induz ao entendimento de que somente pessoas jurídicas de direito privado podem ser responsabilizada. Não há, contudo, essa delimitação na Lei 9.605 (BRASIL, 1998). Nota-se a utilização, pelo Estado, de seu próprio aparato para agir conforme pretende, sem ter que arcar com as consequências.

Divergindo do voto do Ministro relator (REsp 564.960/SC), acreditamos que não há a referida limitação aos entes coletivos de direito privado, devendo o princípio da preservação ao meio ambiente ser respeitado, estando, inclusive, acima das pretensões estatais.

4 | CONSIDERAÇÕES FINAIS

Novos problemas vieram solicitar a atenção do ordenamento jurídico em face da progressiva degradação e destruição do meio ambiente, com graves consequências para a vida do homem e dos seres da natureza humana.

O Direito Penal não pode deixar de dar sua contribuição com a Lei 9.605/98, uma lei ordinária, que tem como objetivo proteger o meio ambiente, que está inserido entre os direitos fundamentais do homem, visando a proteção ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Apesar das posições doutrinárias, muitos juristas defendem a punição das empresas pelo Direito Penal. É uma realidade para o Brasil a adoção da responsabilidade da pessoa jurídica nas penalidades de caráter civil, tributário, administrativo e a inserção do penal com a Lei 9.605/98 (BRASIL, 1988), mostrando a evolução do Direito Penal.

Fato curioso é o exposto pelo Ministro Ruy Rosado Aguiar (2002): “Apesar da extensão territorial do país e das agressões ao meio ambiente que acontecem na floresta amazônica, não há um número expressivo de ações sobre direito ambiental fora das regiões sul e sudeste”.

Portanto, o poder concentrado das pessoas jurídicas, quando utilizado de maneira nociva à sociedade, deve ser duramente reprimido, ainda mais quando o bem afetado é o meio ambiente. Um bem fundamental à sociedade. Assim, a responsabilidade penal da pessoa jurídica é uma necessidade social. Aos verdadeiros juristas, que têm um papel importantíssimo na preservação do Direito, cabe construir o caminho dogmático

para a responsabilização dos entes morais.

REFERÊNCIAS

AGUIAR, Ruy Rosado. O meio ambiente e a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. In: **Revista de Direito Ambiental**. São Paulo: RT, v. 25, p. 193-206, 2002.

AMADO, Frederico Augusto Di Trindade. **Direito ambiental esquematizado**. 5.^a ed. Rio de Janeiro : Forense ; São Paulo : MÉTODO, 2014.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: parte geral**. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

BRASIL. Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998. **Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9605.htm. Acesso em: 25 jan. 2019.

BRASIL, Medida Provisória no 2.163-41, de 23 de agosto de 2001. **Acrescenta dispositivo à Lei no 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, que dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/MPV/2163-41.htm. Acesso em 25 jan. 2019.

BRASIL. Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981. **Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências**. Diário Oficial, Brasília, 02 set. 1981.

BRASIL. Lei nº 6.905, de 12 de fevereiro de 1998. **Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências**. Diário Oficial, Brasília, 13 fev. 1998.

BRASIL. Lei nº 12.846, de 1º de Agosto de 2013. **Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências**. Diário Oficial, Brasília, 1 ago. 2013.

BRASIL, DECRETO-LEI No 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm. Acesso em 12 dez. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 564.960/SC**. Rel. Ministro Gilson Dipp, QUINTA TURMA, julgado em 02/06/2005, DJ 13/06/2005. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200301073684&dt_publicacao=13/06/2005>. Acesso em: 01 jul. 2018.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus nº 92.921**, da 5ª Turma. Relator Min. Ricardo Lewandowski. Diário da Justiça Eletrônico, Brasília/DF, 25 set 2008. Supremo Tribunal Federal Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2892921%2ENUME%2E+OU+92921%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/zbojaoy>. Acesso em 30 mar. 2018.

CONSTANTINO, Carlos Ernani. **Delitos ecológicos: a lei ambiental comentada por artigo: aspectos penais e processuais penais**. 2.^a ed. São Paulo: Atlas, 2002.

COPOLA, Gina. **A lei dos crimes ambientais comentada artigo por artigo**: jurisprudência sobre a matéria. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de direito ambiental brasileiro**. 14. ed. São Paulo : Saraiva, 2013.

MACIEL, Sílvio. STF admite responsabilização penal da pessoa jurídica independentemente da responsabilização da pessoa física. Disponível em: <<http://atualidadesdireito.com.br/silviomaciel/2011/10/17/stf-admite-responsabilizacao-penal-da-pessoa-juridica-independentemente-da-responsabilizacao-da-pessoa-fisica/>>. Acesso em 09 jan 2013.

MARCHESAN, Ana Maria Moreira. Perícias ambientais no direito brasileiro. In: **Revista de Direito Ambiental**. São Paulo: RT, v. 27, p. 279-290, 2002.

MILARÉ, Edis. **Direito do Ambiente**: a gestão ambiental em foco. 7 ed. rev., atual., e reform. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

MORAES, Luís Carlos Silva. **Curso de direito ambiental**. São Paulo: Atlas, 2002.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 26ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

RIBAS, Lídia Maria Lopes Rodrigues. Responsabilidade penal da pessoa jurídica. In: **Revista de Direito Ambiental**. São Paulo: RT, v. 25, p. 95-107, 2002.

ROCHA, Fernando A. N. Galvão da. Responsabilidade penal da pessoa jurídica. In: **Revista de Direito Ambiental**. São Paulo: RT, v. 27, p. 70-126, 2002.

ROCHA, Fernando A. N. Galvão da. **Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

ROCHA, Fernando A. N. Galvão da. **Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica**. 4. ed.; rev. atual. ampl. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017. Disponível em https://cdnv2.moovin.com.br/livrariadplacido/imagens/files/manuais/317_responsabilidade-penal-da-pessoa-juridica.pdf. Acesso em 12 jan. 2019.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **A expansão do Direito Penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**. 2ª edição. Trad. Luiz Otavio de Oliveira Rocha. São Paulo: RT, 2011.

SMANIO, Gianpaolo Poggio. A tutela penal dos interesses difusos. In: **Revista de Direito Ambiental**. São Paulo: RT, v. 27, p. 304-309, 2002.

ADOÇÃO DE INSTRUMENTOS DE ESTÍMULO AO USO DE FONTES ALTERNATIVAS DE ENERGIA COMO POLÍTICA PÚBLICA VOLTADA AO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL BRASILEIRO

Gigliola Lilian Decarli

Universidade Federal do Estado de Mato Grosso
do Sul
Campo Grande – MS

Lídia Maria Ribas

Universidade Federal do Estado de Mato Grosso
do Sul
Programa de Mestrado em Direitos Humanos da
Faculdade de Direito
Campo Grande – MS

RESUMO: O presente artigo aborda a temática da sustentabilidade, tratando de sua inserção nas discussões internas e internacionais, sendo o meio ambiente um direito de solidariedade, essencial à perpetuação da vida. Dá-se especial enfoque ao uso de energias limpas e eficientes, como fundamento da coexistência entre o desenvolvimento econômico e a preservação ambiental. A necessidade de transição tanto para fontes menos poluentes, como para fontes alternativas ao petróleo, de modo a evitar impactos econômicos e sociais pelo uso concentrado numa fonte única, faz surgir o gás natural como alternativa de diversificação da matriz energética, sendo a extrafiscalidade uma ferramenta eficiente aos formuladores de políticas públicas para o atingimento do objetivo da sustentabilidade. O estudo foi desenvolvido com base no método dedutivo, utilizando-se a

pesquisa bibliográfico-documental.

PALAVRAS-CHAVE: políticas públicas; diversificação da matriz energética; sustentabilidade.

ABSTRACT: This article deals with the concept of sustainability, dealing with its insertion in internal and international discussions. Environment is considered a right of solidarity, essential to the perpetuation of life. Special emphasis is given to the use of clean and efficient energies, as a basis for the coexistence between economic development and environmental preservation. There is a need for a transition both to less polluting sources, as to an alternative source to oil, so that it avoids economic and social impacts related to its concentration in a single source. Natural gas arises as an alternative for the diversification of the energy matrix. Therefore, extrafiscality is an efficient tool for public policies makers to achieve the aim of sustainability. The study was developed based on the deductive method, using a bibliographical-documentary research.

KEYWORDS: public policy; diversification of energy matrix; sustainability.

1 | INTRODUÇÃO

A temática do meio ambiente tem

sido objeto de discussões em diversas esferas, tanto no âmbito nacional, como internacional. Ela passou a ser objeto de discussões na esfera internacional em face da internacionalização do conceito de solidariedade, numa ampliação da abrangência dos direitos humanos, que passam a envolver de modo interdependente os direitos políticos, econômicos, sociais e ecológicos. Especificamente no que se refere ao meio ambiente, ele foi objeto de dois importantes documentos, a Declaração sobre o Meio Ambiente, proclamada na Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano, realizada em Estocolmo em 1972, e a Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, resultado da Conferência realizada no Rio de Janeiro em 1992.

A revolução tecnológica redimensionou as relações entre as pessoas, e entre estas e o meio ambiente. Foi por meio da comunicação em escala planetária que se possibilitou às pessoas a aquisição de uma consciência universal sobre os perigos e ameaças à espécie humana, e com isso sobre a necessidade de se pensar o desenvolvimento numa perspectiva não mais de mero crescimento econômico e geração de riquezas, mas também de desenvolvimento humano, na perspectiva de desenvolvimento apresentada por Amartya Sen (*apud* PANSIERI, 2016). Essa nova perspectiva amolda-se à internacionalização do conceito de solidariedade, por meio do qual se propugna a responsabilidade e reciprocidade compartilhada entre os seres humanos nas suas relações (CAMPELLO e CALIXTO, 2017:10).

Percebeu-se, então, a necessidade de adoção de um conceito de desenvolvimento econômico embasado na sustentabilidade, já que não há alternativa à sobrevivência humana que não a preservação do meio ambiente. É nesse contexto que surge o conceito de socioambientalidade, num novo padrão de desenvolvimento, que concilia métodos de proteção ambiental, justiça social e eficiência econômica (MARINS e TEODOROVICZ, 2011:180).

A preservação do meio ambiente demanda que nas atividades mais necessárias também se busque por alternativas sustentáveis, e não é diferente no âmbito da geração de energia. Por razões não apenas de preservação ambiental, mas também de preservação do interesse nacional e dos interesses do consumidor, é importante também a diversificação da matriz energética nacional e local, e a adoção, sempre que possível, de fontes alternativas e mais limpas de energia. No aspecto econômico-financeiro, se a fonte alternativa propiciar um aumento na obtenção de recursos ao ente público, maior justificativa para adoção desta fonte alternativa, o que indiretamente propicia mais recursos ao ente público para execução de suas atividades primárias.

Num Estado que adote, porém, a livre iniciativa como fundamento da atividade econômica, o que deve ser observado inclusive nas atividades de geração de energia, não é possível a adoção de alternativas sustentáveis de modo impositivo, sendo mister o uso de instrumentos indutores.

O presente artigo objetiva analisar a matriz energética do gás natural e como o fomento ao seu uso se caracteriza como política pública voltada ao desenvolvimento, tendo por recorte as políticas públicas tributárias. O Brasil possui uma matriz energética

concentrada em produtos energéticos da cana, combustíveis fósseis altamente poluentes, hidrelétricas, lenha e carvão vegetal, sendo ainda incipiente o uso de fontes limpas, como a energia solar e eólica.

Busca-se apurar quais os instrumentos que podem ser utilizados como estímulo à sustentabilidade da matriz energética nacional, em especial no tocante à cadeia do gás natural, entre outras fontes, assim como se as normas tributárias indutoras podem ser utilizadas como instrumentos de economia comportamental, de indução de comportamentos, de modo a estimular o uso de fontes alternativas de energia. Por fim, pretende-se verificar se o uso desses instrumentos se amolda à exigência constitucional de defesa do meio ambiente, conforme prescrito pelo princípio da prevenção.

No que tange à metodologia, utilizou-se o método dedutivo, com análise da legislação nacional, de pactos internacionais e de bibliográfica relativa à temática abordada.

Inicialmente se analisará o direito ao desenvolvimento sustentável, na sua perspectiva tanto do direito interno, como internacional, analisando-se a os princípios da política nacional e global do meio ambiente. Em seguida será analisado como o uso de energias mais limpas, dentre elas o gás natural, contribui para o desenvolvimento sustentável. Por fim, analisar-se-á a extrafiscalidade tributária e como ela pode ser utilizada como mecanismo de fomento ao uso de fontes alternativas de energia, em especial o gás natural. Objetiva-se com isso demonstrar que as políticas públicas tributárias de estímulo à diversidade da matriz energética nacional contribuem para o desenvolvimento sustentável brasileiro.

2 | DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL COMO DIREITO DE SOLIDARIEDADE

Para que o desenvolvimento de uma sociedade seja considerado sustentável ele deve estar atrelado à forma como os recursos naturais e o capital humano (tecnologia, capital e conhecimento) se inter-relacionam, se substituem ou se compensam e à existência de uma política pública ambiental que reconheça essa relação entre recursos naturais e capital humano em todos os setores. Inevitavelmente, a tecnologia deve ser apropriada ao lugar, às pessoas, aos recursos disponíveis, aos benefícios sociais e econômicos e ao nível de impacto ambiental tanto decorrente do consumo dos recursos naturais (capital natural), como dos subprodutos e resíduos gerados pela sua implementação no sistema de produção (PHILIPPE JR et al, 2005:793-795).

O desenvolvimento sustentável é um direito, pois o meio ambiente passou a ser considerado como interesse geral da humanidade. Por isso se diz ser ele um direito de terceira dimensão, ligado à solidariedade, em decorrência de uma preocupação que as pessoas passaram a ter com a preservação do planeta, para as gerações tanto presentes, como futuras. Posteriormente à agenda 21, pós Conferência de

1992 que ocorreu no Rio de Janeiro, e pós Protocolo de Kyoto, busca-se atingir o desenvolvimento por meio de ações que conciliem proteção ambiental, justiça social e eficiência econômica.

2.1 Políticas Públicas do Meio Ambiente em âmbito Nacional e Global

As políticas públicas impactam diretamente o desenvolvimento sustentável, especialmente nos países em desenvolvimento. Ao contrário do que ocorre nos países desenvolvidos, cujo investimento em ciência e tecnologia é efetuado pelo setor privado, nos países de terceiro mundo é o setor público que acaba ficando a cargo de promover a inovação. Vislumbra-se, então, uma oportunidade de o setor público direcionar o desenvolvimento por meio das políticas públicas, de modo a que se obtenham benefícios sociais, econômicos e ambientais (PHILIPPE JR, BRUNA e SILVEIRA, 2005:796).

É nesse contexto que se inserem as políticas voltadas a um melhor uso do meio ambiente. Em âmbito internacional há a política global do meio ambiente, a qual foi positivada em âmbito nacional por meio da edição da lei nº 6.938/81, que aprovou a política nacional do meio ambiente.

A Política Global do Meio Ambiente contém os princípios genéricos e diretores aplicáveis à proteção do meio ambiente formulados nas Conferências do Meio Ambiente de 1972 (Estocolmo) e 1992 (Rio de Janeiro). Esses princípios devem ser implementados de modo adaptado à respectiva realidade cultural e social em cada um dos Estados-parte das Declarações formuladas (FIORILLO, 2007:29).

No Brasil, os princípios da Política Global foram implementados por meio da Política Nacional do Meio Ambiente, previstos no art. 3º da já citada lei nº 6.938/81. São eles o princípio do desenvolvimento sustentável, o princípio do poluidor-pagador, o princípio da prevenção, o princípio da participação e o princípio da ubiquidade.

O princípio do desenvolvimento sustentável apregoa que em face de não serem os recursos naturais inesgotáveis, as atividades econômicas devem se desenvolver tendo por base essa premissa, buscando o equilíbrio entre o desenvolvimento social, o crescimento e a utilização dos recursos naturais:

Dessa forma, o princípio do desenvolvimento sustentável tem por conteúdo a manutenção das bases vitais da produção e reprodução do homem e de suas atividades, garantindo igualmente uma relação satisfatória entre os homens e destes com o ambiente, para que as futuras gerações também tenham oportunidade de desfrutar os mesmos recursos que temos hoje à nossa disposição (FIORILLO, 2007:29-30).

O princípio do poluidor-pagador, por sua vez, impõe ao poluidor o dever de arcar com as despesas de prevenção aos danos ao meio ambiente que a sua atividade possa ocasionar, cabendo a ele utilizar instrumentos necessários à prevenção de danos. Em se ocorrendo esses danos em razão da sua atividade, o poluidor é responsável de forma objetiva pela sua reparação, bastando a comprovação do nexo causal e de sua

autoria. A reparação consiste no ressarcimento *in natura*, quando possível o retorno ao *status quo*, ou na indenização em pecúnia. Importante ressaltar que todos os que de alguma forma contribuíram para o dano ambiental são solidariamente responsáveis nos termos do que dispõe tanto o art. 225 da Constituição Federal, como o art. 3º, I da já citada Lei nº 6.938/81.

No tocante ao princípio da prevenção, este foi içado à categoria de megaprincípio, em face da irreversibilidade e irreparabilidade da maioria dos danos ambientais. Faz-se necessário, desta forma, a adoção de políticas de educação ambiental visando ao desenvolvimento de uma consciência ecológica. É com base nesse princípio que o Estado intervém na economia, seja pela adoção de instrumentos que se configurem como estimulantes negativos, como no caso de multas e sanções pesadas aos poluidores, seja pela adoção de instrumentos indutores, como no caso dos incentivos fiscais conferidos às atividades que atuem em parceria com o meio ambiente ou que utilizem tecnologias limpas.

O princípio da participação materializa-se pelo envolvimento dos diversos segmentos da sociedade na proteção ambiental, e não apenas do poder público. Organizações não governamentais em geral devem se comprometer com a educação ambiental, que se efetiva por meio de ações e práticas educativas voltadas à sensibilização da coletividade sobre as questões ambientais, bem como à sua organização e participação na defesa da qualidade do meio ambiente, de modo semelhante ao que SEN denomina de condição de agente do indivíduo (PANSIERI, 2016:474).

Por fim, o princípio da ubiquidade impõe que todas as ações públicas e privadas levem em consideração as questões ambientais, visando sempre à prevenção de danos ao meio ambiente, considerando ser ele interesse geral de toda a humanidade.

Baseado nesses princípios, que se configuram como diretrizes de todas as ações nas esferas público e privadas, devem os governos em todas as esferas desenvolver políticas públicas que estimulem o desenvolvimento de maneira sustentada. Mesmo na ordem econômica, a livre iniciativa prevista expressamente no texto constitucional é limitada ao atingimento de um objetivo maior, qual seja, um meio ambiente ecologicamente equilibrado. A coexistência de um meio ambiente ecologicamente equilibrado com o crescimento econômico é que viabiliza o chamado desenvolvimento sustentável, que se materializa pela observância no desenvolvimento das políticas públicas das diretrizes contidas diretamente na política nacional e indiretamente na política global do meio ambiente.

A correlação entre os problemas econômicos e a questão ambiental, com enfoque no tipo de energia utilizada nos processos produtivos enseja uma reflexão da sua importância na temática do desenvolvimento sustentável.

Em razão da necessidade de coexistência entre desenvolvimento econômico e preservação ambiental, a escolha de uma fonte mais limpa de energia configura-se como mecanismo de desenvolvimento sustentável, sendo o gás natural uma fonte

energética de transição para uma economia de baixo carbono, por se caracterizar como a fonte mais limpa dentre os hidrocarbonetos, espécie de combustível fóssil (FIORILLO, 2007:30).

2.2 Uso de energias limpas como mecanismo de desenvolvimento sustentável

A correlação entre o desenvolvimento econômico e o uso de energias mais limpas como meio de preservação do meio ambiente foi tratado por PHILIPPE JR, BRUNA e PEREIRA ao analisarem as políticas públicas e o desenvolvimento sustentável (2005).

Como tratado alhures, a energia é essencial à manutenção da vida e dos processos industriais, entretanto a energia gera poluentes, de modo que se faz necessário o uso das energias menos poluentes, na busca pela sustentabilidade.

Há diversas fontes de energia. Elas são recursos naturais ou artificiais utilizados para a produção de algum tipo de energia, de modo a propiciar o deslocamento de veículos, gerar calor, produzir eletricidade, etc. Além de suprir as demandas da população e das suas atividades econômicas, também se constituem numa questão ambiental, em face dos impactos que causam na natureza. As fontes de energia são classificadas em renováveis e não renováveis, conforme a capacidade natural de reposição de seus recursos. Renováveis são as que se repõem naturalmente, sendo inesgotáveis, como no caso do vento, fonte da energia eólica, e da luz solar, fonte da energia solar, a água, fonte da energia hidráulica gerada pelas usinas hidrelétricas, as biomassas, incluído o biogás, e os biocombustíveis. As não renováveis são aquelas cujo uso acaba por esgotar sua fonte, como no caso dos combustíveis fósseis (como o petróleo, o carvão mineral, o gás natural, o nafta e o xisto betuminoso). Outro tipo de fonte não renovável é o urânio, que gera a energia nuclear (MARQUES e PEREIRA, 2015:47-114).

A maior parte da energia gerada atualmente advém da queima dos combustíveis fósseis, em sua maior parte advinda do petróleo. Há grande questionamento acerca do seu uso, especialmente pela quantidade de poluentes gerados. Inobstante o desenvolvimento que propicia, enseja custos ambientais e financeiros decorrentes da degradação. É nesse contexto que se faz necessária a diversificação da matriz energética brasileira, em especial pelo aumento no uso do gás natural, em face de sua posição intermediária entre as fontes de energia renováveis e os combustíveis fósseis mais poluentes. Ele é uma fonte de energia já inserida na matriz energética de diversos países e se constitui em uma fonte mais limpa que as utilizadas atualmente, como as advindas do petróleo e do carvão mineral.

O panorama energético brasileiro denota atualmente a produção de energia por meio das grandes barragens hidrelétricas. Itaipu é o exemplo mais conhecido, mas existem mais de quinhentas hidrelétricas instaladas no país segundo dados da Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL. Ao lado da produção hidráulica, existe ainda a produção de energia por meio de termelétricas (a gás, óleo e carvão

mineral) e as termonucleares (GRIPPI, 2009:15). Com o Programa de Incentivo às Fontes Alternativas de Energia Elétrica – PROINFA, passou-se a estimular a produção de energia elétrica advinda de fontes alternativas renováveis, em especial pequenas centrais hidrelétricas, usinas eólicas e empreendimentos termelétricos a biomassa.

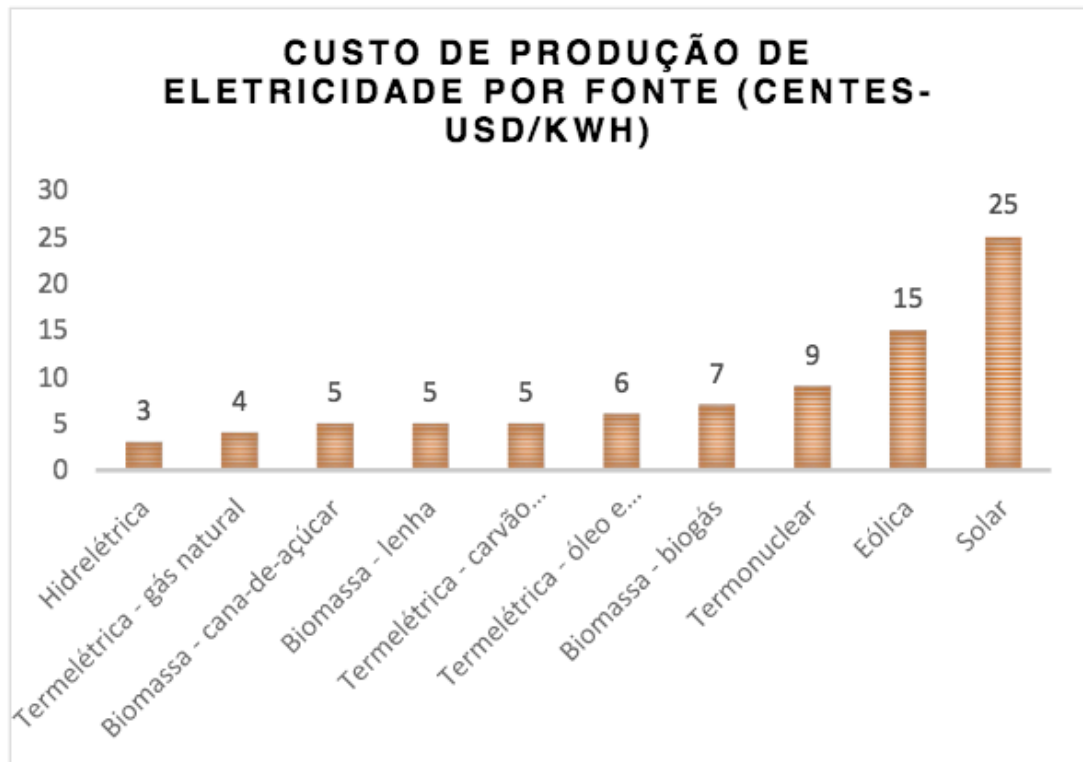
Inobstante a diversidade das fontes de energia, a hidroeletricidade ainda é responsável por 66% da maior parte de energia gerada no Brasil, seguida de 27% de energia gerada pelas Termelétricas, 6% pelas usinas eólicas, 1% pelas usinas nucleares e 0,2% pelas usinas solares, segundo dados da ANEEL.

A matriz energética focada maciçamente em recursos hídricos torna o sistema energético vulnerável, especialmente na ausência de chuvas, como ocorreu no fim da década de 1990, com os apagões (GRIPPI, 2009:2-3). A diversificação está em consonância com uma visão sustentável da matriz nacional.

Ao lado da geração de energia elétrica realizada pelas usinas, existe a energia gerada pela combustão dos combustíveis fósseis, necessária para toda a logística nacional, além de algumas atividades industriais que ainda não utilizam fontes renováveis ou limpas, como a siderurgia. Esse segmento ainda utiliza em grande parte combustíveis poluentes. O petróleo ainda é responsável por cerca de 8% de toda a eletricidade gerada no mundo, segundo dados da Câmara de Comercialização de Energia Elétrica disponibilizado em seu site:

A geração de energia elétrica a partir de derivados de petróleo ocorre por meio da queima desses combustíveis em caldeiras, turbinas e motores de combustão interna. A utilização de caldeiras e turbinas é similar aos demais processos térmicos de geração e se aplica ao atendimento de cargas de ponta e/ou aproveitamento de resíduos do refino de petróleo. Os grupos geradores a diesel são comuns no suprimento de comunidades e de sistemas isolados da rede elétrica convencional.

Outro aspecto relativamente à produção de energia é o seu custo. Comparativamente aos menores impactos ambientais, os custos de produção de cada fonte podem ser a seguir observados:



Fonte: GRIPPI, 2009, p. 13.

O gráfico demonstra que o gás natural e a biomassa ainda possuem as melhores vantagens quando se analisa custo de produção e impacto ambiental. Inobstante desejável a utilização de fontes renováveis e limpas de energia, ainda é difícil vencer os custos de produção da energia eólica e solar, especialmente o custo dos equipamentos (GRIPPI, 2009:14).

2.2.1 Gás Natural

O gás natural “é um combustível fóssil composto por uma mistura de hidrocarbonetos, com predominância do metano e, em menores quantidades, o propano e o butano, entre outros, associado ou não ao petróleo” (MARQUES e PEREIRA, 2015:121).

Como todo combustível fóssil, o gás natural é encontrado em bacias sedimentares acumulado em rochas porosas, isoladas ou no exterior por rochas impermeáveis. Ele resulta de um processo de milhões de anos de decomposição de matéria orgânica vegetal e animal, soterrada a grandes profundidades, em ambiente com pouco oxigênio e sem contato com o ar, em condições de elevada temperatura e pressão (MARQUES e PEREIRA, 2015:121).

O gás natural é extraído pela perfuração de poços (da terra ou dos oceanos), sendo movimentado para uma planta de processamento para, então, ser transportado por um gasoduto ou tanque criogênico até os centros de distribuição. Há, portanto, três grandes segmentos na indústria do gás natural, a exploração, produção e processamento (upstream), o transporte (middlestream) e a distribuição e

comercialização (downstream).

A exploração de combustíveis fósseis parece aparentemente incompatível com uma economia de baixo carbono, já que os combustíveis fósseis são os principais responsáveis pelo efeito estufa. Ocorre que nem todos os combustíveis fósseis são poluentes, havendo aqueles que são menos poluentes, como é o caso do gás natural, cuja queima emite 50% menos CO₂ que o carvão e 40% menos que o petróleo, isso porque a molécula de metano gera menor emissão de carbono por unidade de energia quando oxidada, pois apresenta a maior relação de hidrogênio/carbono dentre todos os hidrocarbonetos. Além disso, o gás natural possui baixa concentração de componentes gerados pelo refino do petróleo como o enxofre, responsável pela chuva ácida, e os óxidos de nitrogênio, responsáveis pelo smog fotoquímico, pela produção de ozônio superficial, pelo processo de eutrofização e pelo aquecimento global (MARQUES e PEREIRA, 2015:120; ALMEIDA e FERRARO, 2013:8).

Vislumbra-se, assim, que o uso do gás natural pode representar um equilíbrio entre o desenvolvimento econômico e a preservação ambiental, especialmente numa transição para fontes menos poluentes.

3 | EXTRAFISCALIDADE SOCIAMBIENTAL

Ao se analisar a obrigação, verifica-se que ela é composta dos seguintes elementos, um sujeito ativo, um sujeito passivo e uma prestação. O mesmo ocorre com a obrigação tributária, cuja prestação consiste no dever de pagar tributos. Quando se fala em extrafiscalidade, o elemento da obrigação tributária envolvido é a sujeição ativa, posto que a Constituição Federal prescreve a competência tributária para a instituição dos tributos e a extrafiscalidade se relaciona com a finalidade do objeto da competência tributária, qual seja, o tributo.

3.1 A Intervenção estatal na economia

Os tributos são utilizados primordialmente para custear as atividades executadas pelo Estado, sendo financiador de sua atuação. Entretanto, podem não estar relacionados diretamente à função arrecadatória, pois devem buscar não apenas o financiamento do Estado, mas também a função social para o qual foram criados, já que não existem para o simples financiamento da atividade estatal, mas também para o atendimento das atividades transferidas ao Estado pela sociedade, sua função social. Segundo COÊLHO, a extrafiscalidade “se caracteriza justamente pelo uso e manejo dos tributos, com a finalidade de atingir alvos diferentes da simples arrecadação de dinheiro” (*Apud* TAMANAHA, 2013:14). No mesmo sentido, ATALIBA afirma que a extrafiscalidade configura-se pelo “emprego deliberado do instrumento tributário para finalidades não financeiras, mas regulatórias de comportamentos sociais, em matéria econômica, social e política” (*Apud* TAMANAHA, 2013:14).

Quando atua por meio da extrafiscalidade o estado está intervindo na economia, o que pode se realizar de três modos: diretamente ou por absorção, atuando como se particular fosse; em caráter regulatório ou por direção, por meio da edição de normas que disciplinem e limitem a atuação econômica dos particulares; ou por indução, meio da atividade de fomento, estimulando condutas, geralmente por meio de benefícios (GRAU *apud* RIBAS (org.), 2013:234).

O Estado é, portanto, não apenas regulador, mas indutor de comportamentos e quando o faz deve observar os ditames constitucionais. O planejamento da atividade estatal deve, portanto, pautar-se também pela sustentabilidade, visando ao desenvolvimento, objetivo fundamental da nossa república, nos termos do art. 3º, inc. II da Constituição Federal, havendo autores que defendem que o desenvolvimento somente se sustenta se conjugado à sustentabilidade (RIBAS (org.), 2007:60). É nesse contexto que se insere modernamente a extrafiscalidade.

Quando as imposições tributárias são utilizadas na defesa e preservação do meio ambiente, se está a falar da extrafiscalidade socioambiental. Esta visa ao uso dos tributos como estímulo ao desenvolvimento sustentável, sendo a defesa do meio ambiente princípio a ser observado no desenvolvimento econômico, por expressa previsão do inciso VI do art. 170 da Constituição Federal.

A utilização de instrumentos reguladores pelo poder público na defesa do meio ambiente também possui expressa autorização constitucional no art. 174 da Lei Maior. A análise do texto constitucional denota a possibilidade de uso de normas indutoras de ações voltadas à preservação do meio ambiente. Nesse sentido é possível inclusive a adoção de alíquotas diferenciadas a produtos ambientalmente mais sustentáveis. É o que autorizam os arts. 153, §3º, inc. I e 155, §2º, inc, III da Constituição Federal, quando trata da seletividade em função da essencialidade do bem.

Faz-se possível, portanto, o uso de instrumentos tributários que induzam os agentes econômicos à defesa do meio ambiente no desenvolvimento de suas atividades. A indução de um determinado comportamento tem por reflexo o desestímulo a comportamentos outros que se pretenda desestimular.

O mecanismo utilizado pelo Estado para induzir um determinado comportamento materializa-se pela promulgação de normas de incentivo. TAMANAHA (2013:23) citando NABAIS (2013:24) esclarece que;

é no domínio dos chamados benefícios fiscais que a extrafiscalidade se revela em termos mais significativos e frequentes, pois que é geralmente reconhecido integrar o seu próprio conceito a natureza ou caráter extrafiscal [...].

A adoção de normas tributárias indutoras encontra amparo nos princípios da prevenção e do poluidor-pagador. Nesse sentido o magistério de FIORILLO (2007:43-44):

Além disso, a efetiva prevenção do dano deve-se também ao papel exercido pelo

Estado na punição correta do poluidor, pois, dessa forma, ela passa a ser um estimulante negativo contra a prática de agressões ao meio ambiente. Não se deve perder de vista ainda que incentivos fiscais conferidos às atividades que atuem em parceria com o meio ambiente, bem como maiores benefícios às que utilizem tecnologias limpas também são instrumentos a serem explorados a efetivação do princípio da prevenção.

Uma política severa que imponha multas e sanções mais pesadas funciona também como instrumento de efetivação da prevenção. Para tanto, é imprescindível que se leve em conta o poder econômico do poluidor, de modo a não desvirtuar o princípio através de um simples cálculo aritmético. Isso significa dizer que as penalidades deverão estar atentas aos benefícios experimentados com a atividade degradante, bem como com o lucro obtido à custa da agressão de modo que essa atividade, uma vez penalizada, não compense economicamente.

Depreende-se que no âmbito tributário é possível e efetivo estimular a preservação ambiental pela adoção de normas indutoras, que trabalham ao lado das sanções já existentes na esfera das penalidades ambientais. Objetiva-se, com isso, o atingimento da função social dos tributos, por meio da socioambientalidade.

3.2 Fomento ao uso do gás natural por meio de normas indutoras como política pública de desenvolvimento sustentável brasileiro

O recorte apresentado no presente artigo tem por finalidade o uso de políticas públicas voltadas ao estímulo ao uso de fontes alternativas de energia, políticas estas que se materializam por meio da edição de normas tributárias indutoras. A escolha pela matriz energética do gás natural está alinhada à busca pelo desenvolvimento sustentável, que preconiza o equilíbrio entre crescimento econômico e preservação ambiental, alinhado ao objetivo da república previsto no inc. II do art. 3º da Lei Maior.

Na busca por uma matriz energética que proporcione o fomento ao desenvolvimento de modo sustentável, insere-se a adoção de mecanismos de incentivo ao uso do gás natural. Trata-se da compatibilização entre os diversos aspectos do desenvolvimento, que segundo SACKS deve ser pautado sob cinco pilares, o social, o ambiental, o territorial, o econômico e o político, na mesma linha do que defendeu SEN (RIBAS (org), 2013:40).

Não é por outra razão que MILARÉ (*apud* RIBAS (org.), 2013:60) ressalta que:

(...) para compatibilizar o meio ambiente e desenvolvimento, há que se inserir os problemas ambientais dentro de um processo contínuo de planejamento, “atendendo-se adequadamente às exigências de ambos e observando-se as suas inter-relações particulares a cada contexto sociocultural, político e econômico e ecológico, dentre (sic) de uma dimensão tempo/espço.

Esse equilíbrio entre os cinco aspectos do desenvolvimento é o que apregoa a sustentabilidade e está em consonância com o conceito de desenvolvimento contido na Declaração do Direito ao Desenvolvimento da Organização das Nações Unidas (RIBAS (org.), 2013:60).

Article 1.

1. The right to development is an inalienable human right by virtue of which every human person and all peoples are entitled to participate in, contribute to, and enjoy economic, social, cultural and political development, in which all human rights and fundamental freedoms can be fully realized.
2. The human right to development also implies the full realization of the right of peoples to self-determination, which includes, subject to the relevant provisions of both International Covenants on Human Rights, the exercise of their inalienable right to full sovereignty over all their natural wealth and resources.

O desenvolvimento que não considera o aspecto social, que indiretamente implica reconhecer a proteção ao meio ambiente, não pode ser considerado desenvolvimento. Cabe ao Estado, assim, o dever de verificar os problemas sociais, econômicos, políticos, ambientais, *etc*, e planejar suas políticas públicas de modo a proporcionar verdadeiramente o desenvolvimento propugnado por SEN, e não um mero crescimento que mantém as desigualdades e problemas advindos desse mesmo crescimento. É por meio de sua atividade normativa e reguladora que ele pode estabelecer os limites, deveres, regras atinentes à atividade econômica, de modo a atingir o valor fundamental do desenvolvimento sustentável (*apud* PANSIERI, 2016 e RIBAS (org.), 2013:61).

O balanço energético nacional de 2018 ao divulgar a evolução da oferta interna de energia, indica que ainda se utiliza mais o petróleo, o carvão mineral e vegetal e a lenha que o gás natural e até a energia hidráulica. Apesar de a lenha e o carvão vegetal serem fontes com custo menor, quando utilizados na indústria além de poluentes promovem uma diminuição na qualidade do produto final. Considerando que a curva de oferta está intimamente relacionada à demanda, é necessário, fomentar o consumo de uma determinada fonte de energia para que sua oferta por consequência também aumente.

Além da questão econômica e ambiental, a diversificação da matriz energética visa a atender também a razões de segurança nacional. Recentemente houve uma greve que impactou a economia e inclusive a formulação de políticas públicas. O segmento de transporte rodoviário, por meio dos motoristas de caminhões, realizou uma greve que afetou inclusive o abastecimento de alimentos e a prestação de serviços públicos essenciais, como segurança e saúde.

O desenvolvimento sustentável possui além do aspecto ambiental, uma perspectiva econômica, política e social. A participação do gás natural na matriz energética nacional ainda é incipiente, tendo ele potencial para substituir fontes mais poluentes de energia, como é o caso do carvão vegetal, da lenha e dos demais combustíveis fósseis, por serem os hidrocarbonetos mais limpos dentre os combustíveis fósseis.

A adoção de políticas públicas de estímulo direto e indireto ao uso do gás natural terá benefícios diretos ao país, possuindo inclusive reflexos fiscais, pelo aumento na arrecadação decorrente do imposto incidente no transporte de referida fonte energética. Também propiciará melhoria na produção das indústrias cerâmicas, do vidro, metalúrgica, pela ausência de resíduos no contato com o produto final. No uso

comercial terá por benefício ser mais econômica que as demais fontes de energia, como a hidráulica, e menos poluente que a lenha e o carvão vegetal, o que contribui para a redução na emissão de gases na atmosfera.

O estímulo direto ao uso do gás natural pode ser realizado por diversos meios, como a possibilidade de aquisição direta pelo consumidor final, sem a necessidade de intermediários, o que reduziria o custo final do gás. Também seria possível a adoção de alíquotas diferenciadas nos usos industrial e comercial, de modo a fomentar a atividade econômica local. No que se refere ao estímulo indireto, tal se daria pela desoneração, parcial ou total, da aquisição dos maquinários necessários ao uso de energia gerada por meio do gás natural, especialmente na substituição de energias mais poluentes pelo gás natural, como é o caso das empresas que utilizam lenha e carvão vegetal. E também é possível que o poder público realize obras de infraestrutura para ampliação dos gasodutos já existentes, na sua atuação por absorção.

Denota-se, portanto, que a adoção de políticas públicas ao uso do gás natural como matriz energética contribuiria para o desenvolvimento sustentável da economia nacional.

4 | CONSIDERAÇÕES FINAIS

A evolução da garantia aos direitos humanos e o aumento da preocupação com os direitos não somente das gerações presentes, como das futuras, inseriu a sustentabilidade nas discussões tanto econômicas, como jurídicas, numa perspectiva de solidariedade. Com isso, a preservação ao meio ambiente tornou-se direito da humanidade, de todos os povos, em face da sua essencialidade à vida no planeta.

Sua inserção nas relações internacionais trouxe a temática para o debate em âmbito nacional, com a sua constitucionalização e posteriormente com a adoção dos cinco princípios da Política Nacional do Meio Ambiente, dentre os quais se incluem os princípios do desenvolvimento sustentável, da prevenção e do poluidor-pagador.

Para que o desenvolvimento de uma sociedade seja considerado sustentável ele deve estar atrelado à forma como os recursos naturais e o capital humano se inter-relacionam em todos os segmentos. Nos países subdesenvolvidos, o investimento em ciência e tecnologia não é realizado pelo setor privado, mas sim pelo setor público, que pode utilizar essa realidade como justificativa de uma política pública voltada ao melhor uso do bem ambiental.

No Brasil a Política Nacional do Meio Ambiente implementou as diretrizes propagadas pela Política Global do Meio Ambiente, estando em consonância com os ditames constitucionais, especialmente pela busca de um meio ambiente ecologicamente equilibrado, sem se perder a livre iniciativa como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil. Essa nova visão que propugna um equilíbrio entre a preservação ambiental e o crescimento econômico, centrado sempre na pessoa

humana, é o que se denomina de desenvolvimento sustentável.

Um dos aspectos que mais impactam a questão ambiental decorre do uso da energia, instrumento essencial à manutenção da vida e do bem-estar. O uso de fontes poluentes, ainda que economicamente mais vantajosas, como é o caso dos combustíveis fósseis derivados do petróleo, não mais se coadunam com a sócioambientalidade.

Nesse contexto, a matriz energética do gás natural surge como alternativa possível, em face de sua posição intermediária entre as fontes de energia renováveis e os combustíveis fósseis mais poluentes. Inobstante se tratar de fonte de energia também originária de combustíveis fósseis, ela é a mais limpa dentre os hidrocarbonetos, sendo uma alternativa viável em razão dos seus diversos usos tanto como combustível, quanto como matéria-prima e como gerador de energia.

A finalidade última da intervenção do estado na economia quando se trata de incentivar o uso do gás natural é propiciar o desenvolvimento sustentável, em face de algumas características regionais, como a proximidade do centro-oeste com a Bolívia, com a existência de gasoduto que permite o transporte de gás natural a um custo reduzido na região adjacente, bem como da descoberta do pré-sal e das reservas na baía de campos. É mister, portanto, a diversificação da matriz energética nacional que ainda utiliza fontes muito poluentes, como o petróleo, a lenha e o carvão vegetal, que poderiam ser amplamente substituídas pelo gás natural, com características ambientalmente mais sustentáveis.

Em se considerando o gás natural como a melhor alternativa para a coexistência do desenvolvimento econômico e da proteção ambiental, é mister o desenvolvimento de políticas públicas de estímulo ao seu uso, mormente em face do seu alto custo de prospecção e produção. É nessa seara que as normas tributárias indutoras exercem seu papel, tanto como estímulo ao uso, quanto reduzindo o seu custo de geração e consequente distribuição.

Os instrumentos a serem adotados são os indutores de comportamento, por meio do incentivo direto ao uso do gás natural, pelo uso de alíquotas seletivas conforme a opção pela energia mais sustentável, pela redução no custo de compra pela possibilidade de aquisição sem intermediação na cadeia em situações preestabelecidas nas políticas públicas adotadas, assim como pelo estímulo indireto, pela desoneração da aquisição de maquinário que possibilite a troca do tipo de energia utilizada pelo gás natural.

Com a adoção de políticas públicas que visem tanto a estimular o consumo do gás natural, como a propiciar os meios para a adoção de fontes alternativas, será possível diversificar a matriz energética nacional, reduzir a emissão de poluentes e melhorar a competitividade das empresas nacionais, instrumentos estes que estimularão o chamado desenvolvimento sustentável brasileiro.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Edmar Fagundes de e FERRARO, Marcelo Colomer. **A Indústria do gás natural: fundamentos teóricos e econômicos**. Rio de Janeiro: Synergia Editora, 2013.

ANEEL. **Programa de Incentivo às Fontes Alternativas de Energia Elétrica**. Disponível em: <<http://www.aneel.gov.br/proinfra>>. Acesso em 19 fev. 2019.

BRASIL. Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6938.htm> Acesso em 06 dez. 2017.

BRASIL. Constituição Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 06 de dez. 2017.

CAMPELLO, Livia Gaigher B.; CALIXTO, Angela J. **Notas acerca dos direitos humanos de solidariedade**. In: CAMPELLO et al (Org.). *Direito & Solidariedade*. Curitiba: Ed. Juruá, 2017, pp. 09-25.

CCEE. **Fontes**. Disponível em: <https://www.ccee.org.br/portal/faces/pages_publico/onde-atuamos/fontes?_afLoop=304096945570931&_adf.ctrl-state=jygtswzv_1#!%40%40%3F_afLoop%3D304096945570931%26_adf.ctrl-state%3Djygtswzv_5>. Acesso em 19 fev. 2019.

EPE. **Balço Energético Nacional 2018**. Disponível em: <<http://www.epe.gov.br/sites-pt/publicacoes-dados-abertos/publicacoes/PublicacoesArquivos/publicacao-303/topico-397/Relat%C3%B3rio%20S%C3%ADntese%202018-ab%202017vff.pdf>> Acesso em 19 fev. 2019.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro**. 8.ed.rev.atual.ampl. São Paulo: Saraiva, 2007.

GOVERNO DO BRASIL. **Saiba as consequências da greve dos caminhoneiros para a população**. Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br/noticias/economia-e-financas/2018/05/saiba-as-consequencias-da-greve-dos-caminhoneiros-para-a-populacao>>. Acesso em 19 fev. 2019.

GRIPPI, Sidney. **O Gás Natural e a Matriz Energética Nacional**. Rio de Janeiro: Interciência, 2009.

MARQUES, Fernando Mario Rodrigues e PEREIRA, Sergio Luiz. **Gás natural e transição para uma economia de baixo carbono**. Rio de Janeiro: Synergia Editora, 2015.

MARINS, James e TEODOROVICZ, Jeferson. **Rumo à Extrafiscalidade Socioambiental**. Anais do IX Simpósio Nacional de Direito Constitucional. 2011.

ONU. Declaração do Direito ao Desenvolvimento da Organização das Nações Unidas. Disponível em: <<http://www.un.org/documents/ga/res/41/a41r128.htm>> Acesso em: 06 dez. 2017.

PANSIERI, Flávio. **Liberdade como Desenvolvimento em Amartya Sen**, in *in* Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional, Curitiba, 2016, vol. 8, n. 15, Jul-Dez, p. 453-479.

PHILIPPI JR, Arlindo, BRUNA, Gilda Collet e SILVEIRA, Vicente Fernando. **Políticas Públicas e Desenvolvimento Sustentável**, in Curso Interdisciplinar de Direito Ambiental. Barueri, SP: Manole, 2005.

RIBAS, Lídia Maria (Org.); LIMA, S. M. M. (Org.); DANTAS, F. A. C. (Org.). **Sustentabilidade Econômica e Social em face à Ética e ao Direito**. Florianópolis/SC: FUNGAB, 2013.

TAMANAH, Rodolfo Tsunetaka. **Risco Ambiental, economia e tributação: o emprego das normas indutoras em prol da sustentabilidade**. Dissertação de mestrado apresentada para obtenção do título de mestre junto à Universidade de Brasília. Brasília: 2013.

AS CONSTRUÇÕES SUSTENTÁVEIS E A APLICABILIDADE DA LEGISLAÇÃO: UM ESTUDO DE CASO EM UMA INSTITUIÇÃO FEDERAL DE ENSINO SUPERIOR

Roberta Helena Moraes Tillmann

Universidade Federal do Pará, mestranda do Programa de Pós-Graduação em Ciência e Meio Ambiente, Belém – PA.

Raimundo Cláudio Silva da Silva

Universidade Federal do Pará, mestrando do Programa de Pós-Graduação em Ciência e Meio Ambiente, Belém – PA.

Davi do Socorro Barros Brasil

Universidade Federal do Pará, Prof. Dr. do Programa de Pós-Graduação em Ciência e Meio Ambiente, Belém – PA.

RESUMO: Segundo dados do Ministério do Meio Ambiente, o Brasil é considerado o país com as leis ambientais mais completas e avançadas do mundo. Até meados da década de 1990, a legislação cuidava separadamente dos bens ambientais de forma não relacionada. A partir do século XX, a Legislação Ambiental tomou uma nova roupagem, com a identificação das ações necessárias para o manejo ambiental adequado, em conformidade com a Política Nacional do Meio Ambiente. É necessário estar atento as construções públicas construídas próximas a rios de grande extensão, bem como buscar um despertar para a percepção de se ter o cuidado de não atingir Áreas de Preservação Permanente, as chamadas APP's. Este trabalho considera as discussões acerca

da Legislação Ambiental Vigente no âmbito das construções públicas sustentáveis. O estudo teve como objetivo constatar a aplicabilidade da Legislação Ambiental para o desenvolvimento das Obras Públicas Sustentáveis, partindo da análise histórica da formulação dos conceitos de Obras Públicas, Desenvolvimento Sustentável e Sustentabilidade que nortearam a Legislação Ambiental e fomentaram as Políticas Públicas Ambientais Brasileiras. A metodologia utilizada deu-se através de um Estudo de Caso de caráter exploratório, com uma análise bibliográfica e documental das legislações vigentes que norteiam as obras públicas sustentáveis realizadas na Universidade Federal localizada no Estado do Pará. Os resultados obtidos relataram que a preocupação para a aplicabilidade da legislação ambiental vigente tornou-se relevante a partir da Instrução Normativa nº 01, de 19 de janeiro de 2010. É importante se ter uma análise do ambiente antes de projetar qualquer construção pública.

PALAVRAS-CHAVE: Obras Públicas; Meio Ambiente; Desenvolvimento Sustentável; Legislação.

SUSTAINABLE CONSTRUCTIONS AND APPLICABILITY OF LEGISLATION: A CASE STUDY IN A FEDERAL INSTITUTION OF HIGHER EDUCATION

ABSTRACT: According to data from the Ministry of the Environment, Brazil is considered the country with the most complete and advanced environmental laws in the world. Until the mid-1990s, legislation handled environmental issues separately. From the twentieth century, the Environmental Legislation has taken a new look, with the identification of the actions necessary for the appropriate environmental management, in accordance with the National Environmental Policy. It is necessary to be aware of the public constructions built near rivers of great extension, as well as to seek an awakening to the perception of being careful not to reach Permanent Preservation Areas, the so-called APP's. This paper considers the discussions about the Current Environmental Legislation in the field of sustainable public buildings. The objective of this study was to verify the applicability of the Environmental Legislation for the development of Sustainable Public Works, starting from the historical analysis of the formulation of the concepts of Public Works, Sustainable Development and Sustainability that guided Environmental Legislation and promoted Brazilian Environmental Public Policies. The methodology used was based on an Exploratory Case Study, with a bibliographical and documentary analysis of the current legislation that guides the sustainable public works carried out at the Federal University located in the State of Pará. The results reported the concern for the applicability of environmental legislation in force, relevant from Normative Instruction No. 01, dated January 19, 2010. It is important to analyze the environment before designing any public construction.

KEYWORDS: Public Works; Environment; Sustainable development; Legislation.

1 | INTRODUÇÃO

A preocupação com o Meio Ambiente iniciou muito antes de ser instituído o Plano Nacional do Meio Ambiente, a partir da década de 80, as disposições legais referentes à proteção ambiental apresentaram maior ênfase e discussões começaram a ser feitas, criou-se a Constituição Federal de 1988, que preocupada com a questão ambiental, dedicou um capítulo específico para tratar do meio ambiente:

Conforme a Constituição Federal de 1988:

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

§ 1º - Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público:

I - preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais e prover o manejo ecológico das espécies e ecossistemas;

II - preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético;

III - definir, em todas as unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, sendo a alteração e a supressão

permitidas somente através de lei, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção;

IV - exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade;

V - controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente;

VI - promover a educação ambiental em todos os níveis de ensino e a conscientização pública para a preservação do meio ambiente;

VII - proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade.

§ 2º - Aquele que explorar recursos minerais fica obrigado a recuperar o meio ambiente degradado, de acordo com solução técnica exigida pelo órgão público competente, na forma da lei.

§ 3º - As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.

§ 4º - A Floresta Amazônica brasileira, a Mata Atlântica, a Serra do Mar, o Pantanal Mato-Grossense e a Zona Costeira são patrimônio nacional, e sua utilização far-se-á, na forma da lei, dentro de condições que assegurem a preservação do meio ambiente, inclusive quanto ao uso dos recursos naturais.

§ 5º - São indisponíveis as terras devolutas ou arrecadadas pelos Estados, por ações discriminatórias, necessárias à proteção dos ecossistemas naturais.

§ 6º - As usinas que operem com reator nuclear deverão ter sua localização definida em lei federal, sem o que não poderão ser instaladas.

A tomada de consciência da crise ecológica da modernidade ensejou uma mudança de percepção da relação do homem com a natureza, inicialmente, na comunidade acadêmica, mas, posteriormente, na sociedade civil e, dentro desse contexto, surgem as chamadas construções sustentáveis, concebidas para fazer o uso racional de recursos naturais e alterar o mínimo possível o ambiente no qual estão inseridas. (MACHADO e RESENDE, 2016).

Neste contexto, o desenvolvimento sustentável busca compreender de forma clara, a necessidade de se ter um crescimento econômico saudável, atrelado ao meio ambiente harmonioso.

Analisando a definição do desenvolvimento sustentável, entende-se que não apresenta uma solução por meio de uma “receita mágica” para salvar o meio ambiente da degradação e escassez, mas sugere uma mudança no comportamento

da humanidade. (FEIL e SCHREIBER, 2017).

Para o Ministério do Meio Ambiente, Construção Sustentável pode ser “compreendido como um conjunto de medidas adotadas durante todas as etapas da obra que visam a sustentabilidade da edificação”

Segundo MACHADO e RESENDE (2016): a construção e o uso de prédios públicos têm importante papel na degradação do meio ambiente, porque utilizam uma grande quantidade de recursos naturais na edificação e o seu uso tem elevado impacto no consumo de energia elétrica e água e na produção de resíduos sólidos.

Para o Conselho Internacional da Construção – CIB, a indústria da construção é o setor de atividades humanas que mais utiliza os recursos naturais, com gastos de energia de forma intensiva, gerando consideráveis impactos ambientais.

Segundo dados do Ministério do Meio Ambiente, o Brasil é considerado o país com as leis ambientais mais completas e avançadas do mundo. Até meados da década de 1990, a legislação cuidava separadamente dos bens ambientais de forma não relacionada.

Com o intuito de fornecer parâmetros que balizam a construção civil, a Legislação Ambiental vem permitir a identificação das ações necessárias para o manejo ambiental adequado, para estar em conformidade com a Lei nº 6.938 de 31/08/1981, que dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente.

Diante dessa nova realidade, o Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, divulgou em 2010, a Instrução Normativa nº 01 de 19 de janeiro, o qual dispõe sobre os critérios de sustentabilidade ambiental na aquisição de bens, contratação de serviços ou obras pela Administração Pública Federal.

Portanto, o objetivo principal deste trabalho foi verificar a aplicabilidade da Legislação Ambiental como requisito para desenvolver Obras Públicas Sustentáveis em uma Universidade Federal localizada no Estado do Pará, município de Belém.

2 | METODOLOGIA

Considerando os objetivos definidos para a pesquisa, a mesma fundamenta-se em um estudo de caso do tipo descritivo analítico, para o autor os “fatos serão observados, registrados, analisados e classificados, sem a interferência do pesquisador” (RODRIGUES, 2007, p. 04). Quanto a natureza da pesquisa, a mesma terá uma abordagem qualitativa.

Trata-se de um estudo de caso de caráter exploratório, dentro de uma abordagem com pesquisa qualitativa realizada em uma Universidade Federal do Estado do Pará, localizada no município de Belém.

Considerando o universo de estudo, buscou-se analisar obras construídas recentes, em particular um prédio denominado Mirante do Rio, tendo em vista, a sua recente construção, com inauguração em maio de 2016.

Para melhor entendimento acerca do caminho metodológico utilizado nesta pesquisa dividir-se-á em três etapas: a primeira ocorreu através de um levantamento bibliográfico e documental; a segunda etapa ocorreu com a coleta de dados, *in loco*, por meio visitas técnicas na Diretoria de Infraestrutura da Prefeitura, setor responsável na IFES pela Infraestrutura; e a terceira procedeu-se com a análise dos dados coletados, no qual foi organizado todo o material a ser utilizado, realizando leituras afins de identificar se o material obtido é pertinente ao objetivo do estudo.

3 | RESULTADOS E DISCUSSÃO

Com a realização deste trabalho, foi possível constatar se as referidas obras estão sendo realizadas conforme a Legislação Ambiental vigente. Aspectos relevantes devem ser levados em consideração na hora da construção civil, que garantam o mínimo de impacto ao meio ambiente.

Uma construção sustentável vem de forma crítica vários fatores, a preocupação com a obra vem desde início do processo na qual o projeto é criado, com a análise do ambiente projetado, o tempo terá de vida útil, não deixando de verificar se a obra poderá servir para outras funcionalidades. Entretanto, não só do projeto se obtém uma construção sustentável, sendo este o principal início de tudo, vale ressaltar a importância da análise dos materiais empregados na obra, levando em conta, fatores como: a necessidade, o desperdício, a energia gasta no processo até ser implantado na construção e, depois, se esses materiais podem ser reaproveitados.

Diante dos dados coletados, constatou-se que a universidade em pesquisa se baseia na Instrução Normativa nº 01 de 2010, do Ministério do Planejamento, Gestão e Orçamento, a qual dispõe dos seguintes critérios:

I – uso de equipamentos de climatização mecânica, ou de novas tecnologias de resfriamento do ar, que utilizem energia elétrica, apenas nos ambientes aonde for indispensável;

II – automação da iluminação do prédio, projeto de iluminação, interruptores, iluminação ambiental, iluminação tarefa, uso de sensores de presença;

III – uso exclusivo de lâmpadas fluorescentes compactas ou tubulares de alto rendimento e de luminárias eficientes;

IV – energia solar, ou outra energia limpa para aquecimento de água;

V – sistema de medição individualizado de consumo de água e energia;

VI – sistema de reuso de água e de tratamento de efluentes gerados;

VII – aproveitamento da água da chuva, agregando ao sistema hidráulico elementos que possibilitem a captação, transporte, armazenamento e seu aproveitamento;

VIII – utilização de materiais que sejam reciclados, reutilizados e biodegradáveis, e que reduzam a necessidade de manutenção; e

IX – comprovação da origem da madeira a ser utilizada na execução da obra ou serviço.

Ao realizar a visita técnica *in loco* no prédio localizado na IFES, observou-se que alguns critérios exigidos pela legislação vigente, a IN nº 01 de 2010, não foram alcançados em sua grande maioria, dentre eles o uso exclusivo de lâmpadas fluorescentes compactas ou tubulares de alto rendimento e de luminárias eficientes, sendo este considerado um dos critérios mais acessíveis para a construção.

Critérios como: a energia solar, ou outra energia limpa para aquecimento de água; e aproveitamento da água da chuva, agregando ao sistema hidráulico elementos que possibilitem a captação, transporte, armazenamento e seu aproveitamento, ainda estão sendo projetados para as obras desta universidade, tendo em vista que a mesma ainda não possuiu sistemas de células fotovoltaicas e nem cisternas para o reaproveitamento da água da chuva.

Os resultados exposto, mostram que a instituição federal analisada utiliza a IN nº 01 de 2010 como parâmetro de legislação ambiental vigente, buscando requisitos para a construção sustentável, contudo, a obra observada, apresenta poucos critérios em sua construção, não permitindo desta forma, que a obra pública em questão analisada seja considerada como uma construção sustentável.

É imprescindível que a humanidade acorde para as práticas sustentáveis, a contribuição humana deve fazer a diferença, permitindo que gerações a gerações possam usufruir de obras públicas com qualidade.

4 | CONCLUSÕES

Os resultados obtidos relataram que a pesquisa realizada em uma Instituição Federal do Ensino Superior do Estado do Pará, localizada no município de Belém, no âmbito de suas obras públicas tem se proposto a realizar construções pautadas nas legislações vigentes, com ênfase na Instrução Normativa nº 01 de 19/01/2010, buscando ações que permitam a redução de impactos ambientais, bem como a interação da comunidade acadêmica com o meio ambiente que o cerca. Entretanto, ainda há necessidade de maior envolvimento dos gestores públicos para o alcance efetivo da aplicabilidade das normas legais.

Desta forma, é de fundamental importância que os gestores públicos compreendam o seu papel dentro de uma instituição pública, como fomentador do conhecimento e colaborando no acompanhamento das construções em suas diversas etapas, a fim de ajudar na elaboração dos projetos e na fiscalização das obras públicas, para que as mesmas possam obter requisitos cada vez mais sustentáveis.

Conclui-se, que a aplicabilidade da legislação ambiental em uma obra pública é de suma relevância para que a construção possa ser considerada de fato uma construção sustentável, permitindo assim, que o equilíbrio entre o homem e o meio ambiente seja usufruído por gerações e gerações futuras.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 02 nov. 2017.

BRASIL. Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981. **Política Nacional do Meio Ambiente**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6938.htm>. Acesso em 27 out. de 2017.

BRASIL. Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. **Instrução Normativa nº 01**, de 19 de janeiro de 2010. Disponível em: <<https://www.governodigital.gov.br/documentos-earquivos/legislacao/INSTRUCAO%20NORMATIVA%20N.%2001%20de%202010%20-%20Compras%20Sustentav.pdf/view>>. Acesso em 24 jan. de 2018.

BRASIL. Ministério do Meio Ambiente. **Construções Sustentáveis**. Disponível em: <http://mma.gov.br/cidades-sustentaveis/areas-verdes-urbanas/item/10317-eixos-tematicos-construcoes-sustentaveis>. Acesso em 07 julho de 2018.

BRASIL. Ministério do Meio Ambiente. **Construção Sustentável**. Disponível em: <http://www.mma.gov.br/cidades-sustentaveis/urbanismo-sustentavel/construcao-sustentavel.html>. Acesso em 07 julho de 2018.

FEIL, A. A.; SCHREIBER, D. Sustentabilidade e desenvolvimento sustentável: desvendando as sobreposições e alcances de seus significados. **Cad. EBAPE.BR**, v. 14, nº 3, Artigo 7, Rio de Janeiro, Jul./Set. 2017. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/cebape/v15n3/1679-3951-cebape-15-03-00667.pdf>. Acesso em 17 março. 2018.

MACHADO, C. A. A.; RESENDE, A. C. L. Edifícios públicos sustentáveis: discricionariedade administrativa ou dever constitucional e legal? **Revista de Direito Administrativo & Constitucional**. Belo Horizonte, ano 16, n. 63, p. 165-185, jan./mar. 2016. Disponível em: <http://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/view/47>. Acesso em 07 nov. 2017.

OLIVEIRA, V. R. **Desmetificando A Pesquisa Científica**. EDUFPA. – Belém-PA, 2008.

RODRIGUES, W. C. **Metologia Científica**. FAETE/IST. Paracambi. 2007. Disponível em: http://unisc.br/portal/upload/com_arquivo/metodologia_cientifica.pdf. Acesso em 21 jan. 2018.

SANTOS, A. R. **Metodologia Científica: A Construção do Conhecimento**. 08 ed. rev. Rio de Janeiro – Lamparina, 2015.

ARBORIZAÇÃO DO IFMT CAMPUS CUIABÁ - BELA VISTA COM VEGETAÇÃO ARBÓREA NATIVA DO CERRADO

Caroline Santos Marcondes

Técnica em Meio Ambiente - IFMT *campus*
Cuiabá – Bela Vista

Discente do curso de Engenharia Sanitária e
Ambiental - UFMT
Cuiabá – Mato Grosso

Núria Budib Moreira

Técnica em Meio Ambiente - IFMT *campus*
Cuiabá – Bela Vista

Discente do curso de Letras Português e Francês
- UFMT
Cuiabá – Mato Grosso

Ana Júlia Sales de Almeida

Técnica em Meio Ambiente - IFMT *campus*
Cuiabá – Bela Vista

Cuiabá – Mato Grosso

Adaiane Catarina Marcondes Jacobina

Prof^ª. Me. IFMT *campus* Cuiabá – Bela Vista

Pesquisadora associada, Universidade Federal de
Mato Grosso - UFMT, Coleção Zoológica, Setor
de Entomologia
Cuiabá – Mato Grosso

RESUMO: Tendo em vista a diversidade, amplitude e riqueza da vegetação do cerrado, é de suma importância a sua manutenção, já que o mesmo vem sendo ameaçado devido a ações antrópicas equivocadas, as quais tendem a inserir espécies exóticas indiscriminadamente nessas áreas. Tais espécies possuem potencial

danoso à vegetação original, podendo se alastrar dominando o ambiente, e, em alguns casos, levando até mesmo a extinção de determinadas espécies nativas. Assim, o presente trabalho tem por objetivo apresentar as vantagens da arborização com espécies arbóreas oriundas do bioma cerrado no IFMT *campus* Cuiabá - Bela Vista, para evitar a inserção de espécies exóticas que possam prejudicar a área comum ao *campus*. Para realização de tal objetivo, o estudo foi feito por meio de levantamento bibliográfico, baseando-se no decreto nº 5.144 de 15 de fevereiro de 2012 do município de Cuiabá. Sendo assim, espera-se que a médio e longo prazo as árvores plantadas cumpram com o objetivo de proporcionar conforto térmico e harmonia paisagística aos frequentadores do local. Logo, o estudo demonstra a valorização das espécies nativas, acordando com a lei municipal vigente, afim de evitar a entrada de espécies que não colaboram para a manutenção do bioma.

PALAVRAS-CHAVE: *Tabebuia* sp.;
Preservação; Espécies nativas; Cerrado.

AFFORESTATION OF CAMPUS IFMT CUIABÁ - BELA VISTA WITH NATIVE VEGETATION ARBOREAL

ABSTRACT: Considering the diversity, amplitude and richness of the vegetation of the Cerrado, its maintenance is of utmost

importance, since it is being threatened due to mistaken anthropic actions, which tend to insert exotic species indiscriminately in these areas. These species have harmful potential to the original vegetation, being able to spread dominating the environment, and, in some cases, even leading to the extinction of certain native species. Thus, the present work aims to present the advantages of tree planting from the Cerrado biome at the IFMT *campus* in Cuiabá - Bela Vista, to avoid the insertion of exotic species that could damage the common area of the *campus*. In order to achieve this objective, the study was done by means of a bibliographical survey, based on the decree nº 5.144 of February 15, 2012 of the municipality of Cuiabá. Therefore, it is expected that in the medium and long term planted trees comply with the objective of providing thermal comfort and landscape harmony to the locals. Therefore, the study demonstrates the valorization of the native species, according to the current municipal law, in order to avoid the entry of species that do not collaborate for the maintenance of the biome.

KEYWORDS: *Tabebuia sp.*; Preservation; Native Species; Cerrado.

INTRODUÇÃO

Segundo Medeiros (2011), a vegetação do Cerrado é uma das mais ricas, abrigando mais de 11.000 espécies vegetais, das quais 4.400 são endêmicas. Essa vegetação do Cerrado caracteriza-se por troncos tortuosos, de baixo portes, ramos retorcidos, cascas espessas e folhas grossas. Destaca-se ainda que, a vegetação do cerrado não possui uma fisionomia única em toda sua extensão, sendo bastante diversificada, apresenta desde associações campestres abertos, até associações florestais densas.

E, embora a vegetação do Cerrado seja ampla e diversificada, as ações antrópicas tendem a inserir espécies exóticas em áreas denominadas por essa vegetação. A inserção de espécies que posteriormente podem se alastrar de forma que possam dominar o ambiente e causar danos às espécies originais. Em muitos casos, invasões biológicas causam a extinção de espécies nativas.

Tendo em vista a importância da manutenção do bioma cerrado, pode-se afirmar que arborização com espécies nativas é de extrema importância. As formações arbóreas prestam serviços ecossistêmicos como manutenção da qualidade, temperatura e umidade do ar, proteção dos solos contra lixiviação e processos erosivos, proteção dos rios de assoreamento, facilitam a alimentação do lençol freático como também proporcionam beleza cênica e muitas vezes estão associadas às questões culturais (BORGES, 2014).

Objetiva-se com o trabalho apresentar as vantagens da arborização com espécies nativas arbóreas do bioma cerrado no IFMT *campus* Cuiabá - Bela Vista visando a harmonização paisagística, a não entrada de plantas exóticas no ambiente comum ao *campus* e somado a isso o aumento do conforto térmico no instituto.

METODOLOGIA

O presente estudo foi realizado por meio de levantamento bibliográfico, baseando-se no decreto nº 5.144 de 15 de fevereiro de 2012, do município de Cuiabá-Mato Grosso. O decreto dispõe sobre a arborização pública na área urbana e sedes de distritos do município de Cuiabá e dá outras providências.

Segundo o inciso I do art. 545 da lei complementar 004/92, cabe ao município no sentido de estimular, baixando normas a respeito da arborização e do ajardinamento com fins ambientais e paisagísticos no território municipal.

O decreto ainda traz um manual de especificações que devem ser levadas em consideração ao fazer-se o plantio das mudas, entre elas estão:

II – Quanto às distâncias mínimas de mobiliários urbanos e infraestruturas:

- a) de esquinas e postes: 5,00m;
- b) de instalações subterrâneas, galerias: 1,00m;
- c) de mobiliário urbano, hidrantes, caixas de inspeção, fachadas de edificações: 3,00m;
- d) de postes com transformadores: 12,00m;
- e) de outras árvores: 5,00m (árvores pequenas) e 12,00m (árvores grandes);
- f) de guias rebaixadas: 2,00m.

III – Quanto às características das mudas a serem plantadas:

- a) altura mínima das mudas: 2,00 a 2,50 m;
- b) altura da primeira bifurcação: 1,80 m;
- c) DAP (Diâmetro à Altura do Peito) das mudas: 0,03 m;
- d) estarem acondicionadas em embalagens com boa condição;
- e) as mudas deverão estar isentas de doenças e pragas;
- f) as mudas deverão estar conduzidas de forma apropriada para o plantio em vias públicas.

IV – Quanto às espécies a serem utilizadas na arborização viária:

b) no lado da via onde não existam redes implantadas e calçadas de largura suficiente utilizar espécies de médio porte (5 a 10m) e grande porte (10 m ou mais) tais como:

ipê- amarelo (*Tabebuia vellosi*), ipê-roxo (*Tabebuia impetiginosa*), saboneteira (*Sapindus saponária*).

V – Quanto às espécies a serem utilizadas na arborização de praças, canteiros centrais largos (com largura superior a 3,00 metros) e áreas verdes:

a) poderão ser utilizadas espécies de maior porte tais como: paineira (*Chorisia speciosa*), ipê-amarelo (*Tabebuia vellosi*), sucupira-branca (*Pterodon emarginatus*).

O plantio será feito exclusivamente com as espécies arbóreas nativas do cerrado, como as supracitadas. Sugere-se então o plantio do gênero *Tabebuia sp.*, pois esta

atende os requisitos necessários para a arborização da área desejada dentro do *campus* Cuiabá - Bela Vista, já que apresentam características paisagísticas e são nativas arbóreas do bioma cerrado, como dito no decreto 5.122/2012 do município de Cuiabá. Além de que, as mesmas têm o plantio incentivado por órgãos governamentais, como a SEMA, e por programas de cunho nacional voltados à população geral, como o Globo Rural.

RESULTADOS E DISCUSSÃO

Cabral (2012) afirma que os benefícios da arborização vão além do âmbito ecológico partindo do princípio que as pessoas preferem ambientes bem arborizados, pois destacam-se melhorias na umidade relativa do ar, principalmente nas épocas mais secas do ano, além de trazer uma sensação de bem-estar aos que transitam pelas ruas e oferecer sombra aos dias ensolarados e quentes. GRAZIANO et al, (1988); Cabral, 2012 afirmam que inúmeras funções citadas tais como a arborização no meio urbano podem afetar a vida do ser humano, do ponto de vista do bem-estar moral e psicológico, apresentando na maneira de preservar ou cultivar as espécies vegetais que ocorrem em seu local de convívio diário.

A preservação da biodiversidade está prevista não somente na lei municipal de Cuiabá, como no Decreto nº 4.339, de 22 de Agosto de 2002— a Lei da Biodiversidade, que nos princípios e diretrizes gerais visa no inciso VII que “A manutenção da biodiversidade é essencial para a evolução e para a manutenção dos sistemas necessários à vida da biosfera e, para tanto, é necessário garantir e promover a capacidade de reprodução sexuada e cruzada dos organismos”.

Vainsencher (2008), apresenta o ipê (*Tabebuia sp.*), pela excelente qualidade de sua madeira, quanto por seus efeitos ornamentais, decorativos, e por isso é plantado em parques e jardins, servindo para a arborização urbana, visto que a árvore é alta (para o porte do bioma cerrado), bem copada e no período da floração, apresenta uma peculiaridade: fica totalmente desprovida de folhas, e estas dão lugar às flores - amarela-ouros, brancas ou roxas – que estampam belas manchas coloridas nas paisagens, dessa maneira atende todos os requisitos, e é uma espécie fornecida pelo horto florestal municipal, possuindo manejo simples, atendendo as expectativas paisagísticas e ecológicas; além da valorização da biodiversidade do cerrado, visto que ela é nativa do bioma no qual o estudo foi proposto.

Sendo assim, é esperado que à médio e longo prazo, as árvores plantadas cumpram com o objetivo de proporcionar o conforto térmico aos frequentadores do IFMT *Campus* - Bela Vista, e que a expectativa paisagística seja alcançada propiciando belos canteiros, e valorizando as espécies nativas arbóreas do bioma, agregando também assim a grade didática da disciplina de cultivo das mudas do curso técnico em Meio ambiente integrado ao ensino médio da instituição.

CONCLUSÕES

Dado o exposto, observa-se que a arborização com plantas nativas é de suma importância, pois contribui para a valorização das espécies nativas do bioma cerrado, evitando a entrada de espécies exóticas invasoras ou ornamentais que não colaboram para a manutenção do bioma local.

AGRADECIMENTOS

Nós, corpo de autoras, queremos agradecer em especial o suporte de Nayara Avelino da Silva, Técnica em Meio Ambiente (IFMT) e discente do curso de psicologia (UFMT) na realização deste trabalho.

REFERÊNCIAS

BORGES, Héli da Bruno Nogueira; Flora Arbórea de Mato Grosso: tipologias vegetais e suas espécies. Cap. 1 p. 13. Cuiabá, MT: Entrelinhas; 2014. Disponível em: <http://www.inputbrasil.org/wp-content/uploads/2017/11/Flora_Arborea_de_Mato_Grosso.pdf>. Acesso em: 12 de Jun. de 2018.

BRASIL. Política Nacional de Biodiversidade – PNB. Decreto N° 4.339, de 22 de agosto. 2002. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4339.htm>. Acesso em: 03 de Ago. de 2018.

CABRAL, Pedro Ivo Decurcio; PERÍCIA, Auditoria; AMBIENTAL, Governança. Arborização urbana: problemas e benefícios. **Especialize on-line, Goiania**, v. 1, n. 6, p. 15, 2013. Disponível em: <<http://bussinesstour.com.br/uploads/arquivos/3474154c808305a9ba984df5faa037c2.pdf>>. Acesso em: 03 de Ago. de 2018.

CUIABÁ (município). Decreto n.º 5144, de 15 de fevereiro de 2012, DISPÕE SOBRE A ARBORIZAÇÃO PÚBLICA NA ÁREA URBANA E SEDES DE DISTRITO DO MUNICÍPIO DE CUIABÁ E DÁ OUTRAS PROVIDÊNCIAS. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF. Disponível em: <http://www.cuiaba.mt.gov.br/upload/arquivo/decreto_5144_15_%20fevereiro_%202012.pdf>. Acesso em: 12 de Jun. de 2018

MEDEIROS, João de Deus. Guia de campo: vegetação do Cerrado 500 espécies – Brasília: MMA/SBF, 2011. 532 p. : il. color. ; 29 cm. (Série Biodiversidade, 43). Disponível em: <http://www.mma.gov.br/estruturas/sbf2008_df/_publicacao/148_publicacao14022012101832>. Acesso em: 12 de Jun. de 2018.

VAINSENER, Semira Adler. *Ipê (árvore)*. Pesquisa Escolar Online, Fundação Joaquim Nabuco, Recife. Disponível em: <<http://basilio.fundaj.gov.br/pesquisaescolar/index.php>>. Acesso em: 26 de Jun. de 2018.

O SECULAR DESMATAMENTO DA MATA ATLÂNTICA E A TELA DE JOHANN MORITZ RUGENDAS*

Kelly de Souza Barbosa

Universidade do Vale do Rio dos Sinos
(UNISINOS), Programa de Pós-graduação em
Direito
São Leopoldo-RS

Lucas de Souza Leheld

Universidade de Ribeirão Preto (UNAERP),
Programa de Pós-graduação em Direito
Ribeirão Preto-SP

* A primeira versão deste trabalho, denominada “A atemporalidade da tela de Johann Moritz Rugendas em relação ao desmatamento na Mata Atlântica” foi apresentada no VI Colóquio Internacional de Direito e Literatura (CIDIL) no ano de 2017.

RESUMO: A percepção exploratória ilimitada, difundida pelos portugueses a partir do período colonial, desmatou grandes áreas no Brasil. Conquanto seja incontestável a importância da natureza-verde, ainda vigora consideravelmente a ideologia colonizadora contra as florestas (em sentido amplo). Tão grande a degradação ambiental empreendida no bioma da Mata Atlântica, que a própria existência digna de vida humana nesta região (frisa-se, muito populosa) e a manutenção do meio ambiente ecológico sadio estão em xeque. Utilizando as abordagens dedutiva e descritiva aliadas às pesquisas bibliográfica e documental, foram analisados estudos sobre o desmatamento na Mata Atlântica, a disposição da tutela ao meio ambiente ecologicamente equilibrado

na Constituição Federal de 1988 e a pintura em tela *O Desmatamento*, de Johann Moritz Rugendas (1835). Haja vista a constância dos altos índices de desmatamento ilegal na Mata Atlântica, se conclui que o retrato do século XIX elaborado por Rugendas permanece atual no século XXI, devendo tal situação ser efetivamente confrontada em atenção ao imperativo constitucional de proteção ambiental.

PALAVRAS-CHAVE: Desmatamento; Mata Atlântica; Johann Moritz Rugendas; proteção constitucional.

THE SECULAR DEFORESTATION OF THE ATLANTIC FOREST AND THE PAINTING OF JOHANN MORITZ RUGENDAS

ABSTRACT: The unlimited exploratory perception, spread by the Portuguese from the colonial period, deforested large areas in Brazil. Although the importance of the green-nature is incontestable, the colonizing ideology against the forests (in a broad sense) still prevails considerably. So great is the environmental degradation of the Atlantic Forest biome, that the very existence worthy of human life in this region (stands out very populous) and the maintenance of the healthy ecological environment are in checkmate. Using the deductive and descriptive approaches associated with bibliographical and documentary research, studies were carried out on deforestation in the Atlantic Forest,

the provision of protection to the ecologically balanced environment in the Federal Constitution of 1988, and the painting on canvas Johann Moritz Rugendas' Deforestation (1835). In view of the constancy of the high rates of illegal deforestation in the Atlantic Forest, it is concluded that the 19th century portrait by Rugendas remains current in the 21st century, and such situation must be effectively confronted in accordance with constitutional imperative of environmental protection.

KEYWORDS: Deforestation; Atlantic Forest; Johann Moritz Rugendas; constitutional protection.

1 | INTRODUÇÃO

No Brasil, a concepção antropogênica predatória e egoísta para com os recursos naturais e serviços ecossistêmicos remonta ao período colonial. E, diante dos riscos e danos ambientais vivenciados e prognosticados, mostra-se urgente a mudança na relação entre o homem e o meio ambiente. Esse alerta justifica-se principalmente nas áreas altamente desmatadas, como a região da Mata Atlântica, que abriga(va) diversas espécies endêmicas da fauna e flora brasileira, bem como a maior concentração populacional do país.

Apesar de todas as mudanças históricas, políticas, sociais, culturais e ambientais ocorridas do Século XIX ao Século XXI e o imperativo constitucional de proteção ao meio ambiente, o desmatamento ilegal ainda é uma constante na região da Mata Atlântica brasileira?

O uso e a exploração da natureza estão intimamente relacionados com a existência de vida digna do ser humano, por isso as discussões acerca da proteção do meio ambiente ecológico sempre são necessárias. Sobretudo, em razão da normatização deste importante bem jurídico no Brasil que, por vezes, não encontra efetivo amparo nas políticas públicas (máxime, de fiscalização) e respeito pelos indivíduos.

Assim é plenamente factível correlacionar os avanços (ou não) com a constitucionalização do meio ambiente ecologicamente equilibrado no Brasil pós-1988, com a tela *O Desmatamento*, do alemão Johann Moritz Rugendas (1835), inspirada no contexto histórico e social da exploração da natureza-verde na região da Mata Atlântica.

Para tanto foram elaborados dois capítulos consoante a pesquisa bibliográfica em doutrinas e artigos científicos, bem como a pesquisa documental em estudos estatísticos, legislação pátria e obras do pintor supramencionado. Pela análise dedutiva e descritiva foi confrontado o retrato do desmatamento evidenciado por Johann Moritz Rugendas na tela *O Desmatamento*, com os recentes índices de desmatamento na Mata Atlântica.

No primeiro capítulo abordou-se os principais aspectos do mandamento constitucional ao meio ambiente ecologicamente equilibrado para geração presente e futura. No segundo capítulo foram apresentadas as características da Mata Atlântica e

confrontou-se a tela de Johann Moritz Rugendas com os dados sobre o desmatamento ilegal na Mata Atlântica.

Ao final verificou-se que a ideologia antropocêntrica e colonialista de devastação do meio ambiente desferido pelo homem contra à natureza no Século XIX se mantém, sendo imperiosa uma mudança paradigmática não apenas formal, mas, sobretudo, material de proteção ao meio ambiente.

2 | O MEIO AMBIENTE NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988

Os debates mundiais (cita-se por exemplo a Conferência de Estocolmo em 1972) colocaram em evidencia a necessidade de os Estados empreenderem medidas efetivas para a tutela do meio ambiente, bem como para o reconhecimento jurídico e constitucional da natureza sadia como direito fundamental a todas as gerações.

Com o processo de reconhecimento jurídico-constitucional do meio ambiente, a natureza deixa de ser um bem jurídico *per accidens* (causal, por uma razão extrínseca) e é “elevado à categoria de bem jurídico *per se*, se vale dizer, dotado de um valor intrínseco e com autonomia em relação a outros bens protegidos pela ordem jurídica, como é o caso da saúde humana e de outros inerentes à pessoa.” (MILARÉ, 2015, p. 162)

Tendo como referencial a conceituação de CANOTILHO de que a “Constituição é uma ordenação sistemática e racional da comunidade política, plasmada num documento escrito, mediante o qual se garantem os direitos fundamentais e se organiza, de acordo com o princípio da divisão dos poderes, o poder político” (1993, p. 13), pós-Conferência de Estocolmo muitos países incorporaram ao texto Constitucional o meio ambiente equilibrado.

Essa alteração paradigmática da argumentação antropocêntrica e utilitarista do meio ambiente na Constituição para a ampliação da visão biocêntrica ou ecocêntrica foi algo impressionante. Conforme BENJAMIN na “história do Direito poucos valores ou bens tiveram uma trajetória tão espetacular, passando, em poucos anos, de uma espécie de nada-jurídico ao ápice da hierarquia normativa, metendo-se com destaque nos pactos políticos nacionais.” (2015, p. 87)

Rompendo com período ditatorial e visando a redemocratização do país, foi promulgado em 5 de outubro de 1988 a Constituição da República Federativa do Brasil. Ela amplia o rol de direitos e garantias fundamentais do cidadão e, em atenção às tendências internacionais, inova ao institucionalizar expressamente o meio ambiente equilibrado, reconhecendo sua função ecológica e social.

Neste íterim, MILARÉ acrescenta que “a inserção do meio ambiente em seu texto, como realidade natural e, ao mesmo tempo, social deixa manifesto do constituinte o escopo de tratar o assunto como *res maximi momenti*, isto é, de suma importância para a nação brasileira.” (2015, p. 162)

É digno de nota esclarecer que embora as Constituições anteriores à 1988

relatassem sobre o meio ambiente, elas apenas o faziam sob a ótica eminentemente antropocêntrica e de forma simplória. Portanto é correta a assertiva de que a Constituinte de 1988 foi a primeira Constituição brasileira a verdadeiramente institucionalizar o meio ambiente ecologicamente equilibrado. FERRAZ *et. al.* *apud* MILARÉ destacam que:

a) Desde a Constituição de 1934, todas cuidaram da proteção do patrimônio histórico, cultural e paisagístico do País; b) houve constante indicação no texto constitucional da função social da propriedade (1946, arts. 147 e 148; 1967, art. 157, III; 1969, art. 160, III), solução que não tinha em mira – ou era insuficiente – para proteger efetivamente o patrimônio ambiental; c) jamais se preocupou o legislador constitucional em proteger o meio ambiente de forma específica e global, mas, sim, dele cuidou de maneira diluída e mesmo causal, referindo-se separadamente a alguns de seus elementos integrantes (água, florestas, minérios, caça, pesca), ou então disciplinando matérias com ele indiretamente relacionadas (mortalidade infantil, saúde, propriedade). ” (2015, p. 70)

Em inúmeros momentos pode ser verificada na Constituição brasileira de 1988 - apelidada por MILARÉ como Constituição “verde” - a menção ao meio ambiente, como se extrai do teor do artigo 5º, inciso LXII; artigo 23, inciso VI; artigo 24, incisos VI e VIII; artigo 29, inciso III; artigo 170, inciso VI; artigo 174, §3º; artigo 186, inciso II; artigo 200, inciso VIII; artigo 220, inciso II.

Mas é no Título VIII – Da ordem social, Capítulo VI – Do meio ambiente, artigo 225, que se encontra o núcleo central da tutela constitucional deste bem jurídico. O *caput* do artigo 225 da Constituição de 1988 dispõe que: “Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.”

Depreende-se do excerto acima que o constituinte originário estabeleceu a corresponsabilidade pela promoção e manutenção do meio ambiente ecologicamente equilibrado, tanto aos indivíduos quanto ao Estado. Mas, particularmente incumbiu ao último o dever geral de defesa e preservação do meio ambiente – ou seja, é defeso qualquer escusa para não criar e/ou cumprir medidas e ações para a proteção deste bem jurídico singular (vide artigo 225, §1º e incisos da CRFB/1988).

Esse diploma normativo reforçou a premissa de que a dignidade da vida humana está diretamente relacionada com o habitat sadio e, por isso, defende-se que o meio ambiente ecologicamente equilibrado é um direito fundamental individual, coletivo e difuso, elevado ao status de cláusula pétrea (vide artigo 60, §4º, inciso IV desta Constituinte).

Também é possível extrair do artigo 225 da Constituição de 1988 que a manutenção ao meio ambiente sadio não se restringe ao usufruto das presentes gerações, uma vez que as medidas preservacionistas devem ser realizadas com o objetivo de proporcionar similar condição de uso as futuras gerações, sendo, portanto, um direito intergeracional.

Urge esclarecer que o meio ambiente equilibrado não impõe a ausência total de qualquer exploração dos recursos naturais pelo homem, mas que esta interferência seja feita em observância aos parâmetros de preservação, perpetuidade dos recursos e espécies, nos limites da razoabilidade e em harmonia com a natureza - ou seja, da sustentabilidade.

O princípio da sustentabilidade está ínsito ao “espírito” da Constituinte de 1988. Não obstante as plurissignificações e dimensões¹ de sua aplicação no plano material e formal, evidencia-se a sustentabilidade ecológica, que consoante a perspectiva analítica de CANOTILHO, ela possui cinco imposições ambientais:

(1) que a taxa de consumo de recursos renováveis não pode ser maior que a sua taxa de regeneração; (2) que os recursos não renováveis devem ser utilizados em termos de poupança ecologicamente racional, de forma que as futuras gerações possam também, futuramente, dispor destes (princípio da eficiência, princípio da substituição tecnológica, etc.); (3) que os volumes de poluição não possam ultrapassar quantitativa e qualitativamente a capacidade de regeneração dos meios físicos e ambientais; (4) que a medida temporal das “agressões” humanas esteja numa relação equilibrada com o processo de renovação temporal; (5) que as ingerências “nucleares” na natureza devem primeiro evitar-se e, a título subsidiário, compensar-se e restituir-se. (2010a, p. 9)

A sustentabilidade ecológica é a ideologia teórico-prática que prescinde de ser incorporada na sociedade contemporânea para a perpetuação de vida (digna) dos seres vivos (humanos, da fauna e da flora) e dos serviços ecossistêmicos no Planeta Terra. Logo, a exploração dos recursos naturais deve estar em consonância com as exigências constitucionais e infraconstitucionais - sobretudo de preservação e uso sustentável -, sob pena de responsabilização civil, penal e administrativa (vide artigo 225, §3º, da CRFB/1988).

Ante o elucidado, compactua-se com as conclusões de TARREGA e SANTOS NETO de que deve vigorar um novo paradigma interpretativo da constituinte de 1988. O qual deve estar baseado no Estado Ambientalmente Sustentável (*The Green Welfare State*), com a remodelação do que se entende como democracia, estabelecendo uma nova relação entre Estado/Sociedade/Natureza.

Impõe que a democracia seja compreendida em sua dimensão intergeracional com a utilização mais ampla do modelo democrático participativo. O Estado ambiental é um Estado transformador, em que as funções de ordenação e promoção social estão vinculadas à transformação da realidade social. Nesse modelo Estado e sociedade deverão atuar em conjunto e exercer um papel ativo no esforço de concretização dos princípios e valores constitucionais ambientais.

Numa interpretação aberta da Constituição Federal de 1988 observa-se que ela incluiu em seu núcleo principiológico a sustentabilidade ecológica tendo em vista

1 CANOTILHO ressalta que o princípio fundamental da sustentabilidade possui 3 (três) dimensões jurídico-político básicas, são elas: “(1) a *sustentabilidade interestatal*, impondo a equidade entre países pobres e países ricos; (2) a *sustentabilidade geracional* que aponta para a equidade entre diferentes grupos etários da mesma geração (exemplo: jovem e velho); (3) a *sustentabilidade intergeracional* impositiva da equidade entre pessoas vivas no presente e pessoas que nascerão no futuro.” (2010a, p. 7-8)

que o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado é manifestação do princípio da dignidade da pessoa humana, uma vez que não se pode conceber uma existência digna sem a manutenção do equilíbrio ecológico. A proteção do meio ambiente integra-se ao próprio espírito e à própria razão de ser da Constituição de 1988. (TARREGA; SANTOS NETO, 2006, p. 17)

O constituinte originário não se limitou a estabelecer normas formais e penderes de lei complementar para a proteção do meio ambiente, tendo em vista que a maioria dos dispositivos são de aplicabilidade imediata e com instruções claras para a formulação de políticas públicas preservacionistas.

É digno de destaque que a Constituição de 1988, no artigo 225, §4º, consagrou como patrimônio nacional a Floresta Amazônica brasileira, a Mata Atlântica, a Serra do Mar, o Pantanal Mato-Grossense e a Zona Costeira. Ademais, estabeleceu que a utilização dessas áreas deve estar nos limites legais e em condições que assegurem a preservação do meio ambiente, inclusive quanto ao uso dos recursos naturais.

A defesa do meio ambiente é um princípio da ordem econômica e financeira nacional, que inclusive poderá ter tratamento diferenciado, conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação, conforme o artigo 170, inciso VI, da CRFB, alterado pela Emenda Constitucional nº 42, de 2003.

Dentre as justificativas para a previsão acima, destaca-se a de que “o meio ambiente, como fator diretamente implicado com o bem-estar da coletividade, deve ser protegido dos excessos quantitativos e qualitativos da produção econômica que afetam a sustentabilidade e dos abusos das liberdades que a Constituição confere aos empreendedores” (MILARÉ, 2015, p. 173). Além do mais, o meio ambiente é um direito humano internacional e nacionalmente reconhecido e que deve ser protegido por todos.

Não obstante o mandamento constitucional, a reformulação do Código Florestal (Lei nº 12.651, de 25 de maio de 2012) e as pesquisas científicas dos mais diversos campos do conhecimento que apontam a importância da preservação e manutenção da natureza verde, o histórico (de viés colonialista) de desmatamento ilegal se mantém em considerável medida no Brasil.

3 | A CONTEMPORANEIDADE DA TELA DE RUGENDAS EM RELAÇÃO AOS DESMATAMENTOS ILEGAIS NA MATA ATLÂNTICA

Com a vinda da Corte portuguesa no Século XIX para o Brasil, muitos artistas e cientistas estrangeiros desembarcaram na *Terra Brasilis* a fim de conhecerem e estudarem os moradores, a flora, a fauna e a geografia do país para, posteriormente, apresentarem suas percepções de forma artística e/ou científica aos demais. DAGLIONE acrescenta que:

O Brasil foi ponto de atração para muitos artistas, pintores, literatos, etc. Não só artistas como naturalistas para cá vieram à procura de novidades, do diferente, do original. Chegavam, faziam seus trabalhos e rapidamente voltavam, deixando muito pouco de sua arte talento que pudesse influir na formação artística e intelectual de um povo em formação. O Brasil apresentava-se à Europa como uma região exótica, pitoresca, de arquitetura rude, povo alegre e diferente. Era um país estranho onde encontrava-se descanso da vida europeia cheia de cultura e requintes, de quadros e cenas já por todos conhecidos e estudados. (1959, p. 165)

Inclusive, nesta época existiam missões artísticas europeias para que os pintores viessem ao Brasil com o objetivo de retratarem de maneira descritiva e a mais fidedigna possível a paisagem e os costumes da população. “O uso da arte como meio facilitador das percepções do mundo visível e da compreensão dos fenômenos da natureza desencadeou uma incessante busca por informações específicas sobre as formas vistas na natureza das novas terras descobertas.” (SILVA e PELLEGRIN, 2015, p. 14)

E foi em uma dessas missões científicas, precisamente a expedição realizada pelo Barão Langesdorff, que o artista alemão Johann Moritz Rugendas (1802-1858) veio ao Brasil. Posteriormente, Rugendas decidiu abandonar a expedição para poder excursionar e retratar livremente as maravilhas do território tropical, ficando principalmente na região litorânea, onde se encontra a Mata Atlântica. (DAGLIONE; SILVA e PELLEGRIN)

O estilo de Rugendas não apresenta características próprias das correntes artísticas que vigoravam na Europa naquela época, nota-se em seus trabalhos alguma tendência para o movimento rococó, na época já superado. Os seus desenhos são típicos de um figurativista que procura retratar a natureza como ele a vê. (DAGLIONE, 1959, p. 167)

Considerando o estilo descritivo próprio das obras de Johann Moritz Rugendas sobre a realidade e paisagens brasileiras, ousa-se afirmar que suas telas podem ser associadas às crônicas, que pela forma de imagens ilustravam situações do cotidiano e da paisagem natural - as quais impressionavam a todos os estrangeiros pela sua exuberância e beleza.

Os portugueses ao ocuparem o território brasileiro utilizaram o modelo de colonização exploratória, motivada pelo sentimento “aventureiro”, sendo a destruição ambiental uma consequência direta. De tal forma que era comum o uso dos métodos de derrubada de árvores, adoção de queimadas, entre outras medidas nefastas e rápidas contra o meio ambiente.

É importante compreender que a destruição ambiental não foi algo de fortuito ou pontual, mas sim um elemento constitutivo da própria lógica da ocupação colonial do Brasil. Sérgio Buarque de Holanda chamou a atenção para o sentido “aventureiro” dessa lógica, denotando um tipo ideal de ação humana caracterizada pela ousadia, pela busca de horizontes largos e riquezas fáceis, pela instabilidade, imprevidência e imediatismo (em oposição ao trabalho constante e planejado). Foi através da “aventura”, especialmente da adaptabilidade e do pragmatismo que

a acompanharam, que um pequeno país europeu tornou-se capaz de encontrar a fórmula histórica viável para implantar seu domínio sobre um vasto território nacional. (PÁDUA, 2004, p. 79)

Não se deve olvidar que “uma colônia de exploração é sempre um empreendimento brutal e imediatista” (PÁDUA, 2004, p. 79). Esse cenário de destruição das florestas e vegetações nativas despertou a atenção de muitos artistas. Partindo da concepção de que a arte e o direito são reflexos do ser humano, a associação entre eles enriquece o conhecimento sobre o homem e a sua relação com os demais e inclusive com o meio onde vive.

Neste intuito busca-se analisar se a atual exploração antropogênica da natureza, sobretudo na região da Mata Atlântica, prima pela proteção (frisa-se constitucional) dos recursos naturais e dos serviços ecossistêmicos, ou ela está mais próxima da situação retratada na tela *O Desmatamento* (1835), de Johann Moritz Rugendas (vide a Figura abaixo).



Figura 1. O Desmatamento, Johann Moritz Rugendas (1835). Fonte: (PINTEREST. Rugendas. Disponível em: <<https://s-media-cache-ak0.pinimg.com/originals/6d/3f/42/6d3f42263cb90bf8e76061d7eec6241c.jpg>>. Acesso em: 03 ago. 2017).

Urge esclarecer que pelos registros e contexto histórico aduzidos alhures sobre Johann Moritz Rugendas, a pintura em tela muito certamente foi inspirada na região da Mata Atlântica, que foi sendo desflorestada para ceder espaço para cafezais e canaviais, entre outras monoculturas. O que justifica ser esta região ainda hoje a grande produtora de produtos agropecuários do país. Em relação a produção cafeeira acrescenta MOULIN:

O sucesso da bebida passou a exigir cada vez mais terras e vieram os grandes desmatamentos, sem respeitar nenhum tipo de controle. Ainda no Século XIX, os cafezais também engoliram boas extensões de matas: primeiro, perto das cidades costeiras, e logo a seguir, nos vales de rios como o Paraíba do Sul, a partir de onde penetraram mais para o interior, sempre devorando trechos enormes de Mata

A Fundação SOS Mata Atlântica informa que a Mata Atlântica possui uma área equivalente a 1.315.460 km² e abriga mais de 20 mil espécies de plantas, sendo 8 mil endêmicas; 298 espécies conhecidas de mamíferos; 992 espécies de aves; 200 espécies de répteis; 370 espécies de anfíbios; 350 espécies de peixes. Sob uma perspectiva mundial, a Mata Atlântica concentra 0,8% da superfície terrestre, mais de 5% das espécies de vertebrados e cerca de 5% da flora do planeta. A importância ecológica e social da Mata Atlântica é imensurável, podendo-se destacar como principais:

- Florestas preservadas contribuem para a purificação do ar, a regulação o clima, a proteção do solo – ajudando a evitar deslizamentos de terra – e protegem rios e nascentes, favorecendo o abastecimento de água nas cidades;
- A Mata Atlântica também permite atividades essenciais para a nossa economia, como a agricultura, a pesca, o extrativismo, o turismo, a geração de energia e o lazer.
- Ela melhora a qualidade de vida por oferecer ótimos espaços coletivos que propiciam o lazer e a prática de esportes e exercícios.
- Abriga milhares de espécies de animais e plantas: são mais de 15 mil espécies de plantas e mais de 2 mil espécies de animais vertebrados, sem contar os insetos e outros animais invertebrados.
- Das 633 espécies de animais ameaçadas de extinção no Brasil, 383 ocorrem na Mata Atlântica.
- É um Hotspot mundial, ou seja, uma das áreas mais ricas em biodiversidade e mais ameaçadas do planeta.
- Foi decretada Reserva da Biosfera pela Unesco e Patrimônio Nacional, na Constituição Federal de 1988. (FUNDAÇÃO SOS MATA ATLÂNTICA, 201?)

A Mata Atlântica é encontrada em 17 estados da federação, sendo a região com a maior concentração populacional brasileira (cerca de 72%), isso porque são mais de 145 milhões de habitantes nos 3.429 municípios (que equivalem a 61% dos municípios no país). Por conseguinte, restaram apenas 8,5% de remanescentes florestais acima de 100 hectares do que existia originalmente e se forem somados todos os fragmentos de florestas nativas acima de 3 hectares atualmente restaram somente 2,5%. (FUNDAÇÃO SOS MATA ATLÂNTICA, 201?) A Fundação SOS Mata Atlântica destaca que as principais pressões e ameaças a esse bioma derivam do:

- Impacto ambiental causado pelos mais de 145 milhões de brasileiros que habitam sua área;
- Desmatamentos sucessivos causados pela extração de pau-brasil, e ciclos

econômicos como o da cana-de-açúcar, café e ouro;

- Agricultura e agropecuária;
- Exploração predatória de madeira e espécies vegetais;
- Industrialização, expansão urbana desordenada;
- Consumo excessivo, lixo, poluição. (FUNDAÇÃO SOS MATA ATLÂNTICA, 201?)

A Lei nº 11.428/2006 e o Decreto nº 6.660/2008 estabeleceram diretrizes para que o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística arquitetasse um mapa que delimitasse as formações florestais e ecossistemas que integram a Mata Atlântica, sendo constatado que atualmente a área total deste bioma corresponde a 130.973.638 hectares.

Com este parâmetro-legal geográfico, o recente Atlas dos remanescentes florestais da Mata Atlântica, elaborado pela Fundação SOS Mata Atlântica e Instituto Nacional de Pesquisas Espaciais (INPE), apresenta que no período de 2015-2016, nos 17 Estados que integram o bioma, foram desflorestados 29.075 hectares. Portanto, um aumento de 57,7% na taxa de desmatamento em comparação ao período de 2014-2015 (18.433 hectares).

Por si só os números são alarmantes, mas o atual torna-se um problema ainda mais grave tendo em vista que a recente taxa se aproxima dos péssimos índices constatados no período de 2005-2008, em que se evidenciou uma média anual de 34.313 hectares de desmatamento (ao todo foram 102.938 hectares).

Ouseja, após mais de 10 anos de oscilante, mas decrescente taxa de desmatamento (vide Tabela 1), as medidas preservacionistas dos remanescentes florestais da Mata Atlântica voltaram a ser diminutas em comparação aos empreendimentos ilegais de exploração. Há um claro retrocesso que pode estar associado as políticas públicas ineficientes, ausência de fiscalização, perdão das sanções administrativas, entre outros.

Desmatamento Observado	Total Desmatado (ha)	Intervalo (anos)	Taxa anual (ha)
Período de 2015 a 2016	29.075	1	29.075
Período de 2014 a 2015	18.433	1	18.433
Período de 2013 a 2014	18.267	1	18.267
Período de 2012 a 2013	23.948	1	23.948
Período de 2011 a 2012	21.977	1	21.977
Período de 2010 a 2011	14.090	1	14.090
Período de 2008 a 2010	30.366	2	15.183
Período de 2005 a 2008	102.938	3	34.313
Período de 2000 a 2005	174.828	5	34.966
Período de 1995 a 2000	445.952	5	89.190
Período de 1990 a 1995	500.317	5	100.063
Período de 1985 a 1990	536.480	5	107.296

Tabela 1. Histórico do monitoramento do desmatamento da Mata Atlântica de 1985-2016 (FUNDAÇÃO SOS MATA ATLÂNTICA; INSTITUTO NACIONAL DE PESQUISAS ESPACIAIS (INPE), 2017, p. 32)

A crônica em tela expressada por Johann Moritz Rugendas no período imperial sobre o desmatamento das florestas brasileiras e, principalmente, da Mata Atlântica - berço de biodiversidade e serviços ecossistêmicos essenciais para a vida humana e, diga-se de passagem, de maior concentração populacional brasileira -, não deve perseverar na atualidade. Destarte, compactua-se com os argumentos e propostas dos críticos ambientais dos Séculos XVIII e XIX.

A condenação do modelo predatório herdado do colonialismo, em sentido amplo, constituiu a temática central dos críticos ambientais dos Séculos XVIII e XIX. Sua proposta básica e recorrente foi a de superar o imediatismo, a rotina e a incoerência – a aventura enfim – através da disseminação de uma ética do trabalho, da racionalidade e do cuidado ambiental. O principal objeto da sua crítica, porém, não foi o período colonial em si, mas sim a continuidade das mesmas práticas e mentalidades no contexto pós-colonial. A lógica da exploração colonial não poderia valer para uma nação autônoma. Essa última requeria uma nova relação com o território, mesmo que isso significasse mais esforço, mais trabalho e mais estudo. O modelo colonial foi condenado tanto pelo que promoveu – uma economia destrutiva e improdutiva – quanto pelo que deixou de promover – um país estável e verdadeiramente civilizado. (PÁDUA, 2004, p. 79)

O tratamento arcaico, predatório e egoísta do homem e do Estado aos recursos naturais - especialmente contra as florestas que são essenciais para o ecossistema - há muito deve ser remodelado, e como visto sendo inclusive um imperativo constitucional para a ordem socioambiental brasileira. A vida digna humana deve perpetuar-se na história e não ser apenas uma memória ou um sonho retratado pela arte, bem como a existência das demais espécies de seres vivos, processos ecológicos e serviços ecossistêmicos.

4 | CONSIDERAÇÕES FINAIS

O desmatamento ilegal das florestas (em sentido amplo) no Brasil, seja pelo corte raso das árvores para comercialização de madeira, seja pelo uso de queimadas provocadas propositalmente para abrir espaços para a produção agropecuária, entre outras medidas, remonta ao período colonial brasileiro. Aliás, tais procedimentos ainda são intensamente verificados na atualidade, como ocorre na região da Mata Atlântica, causando inúmeros prejuízos ambientais.

A mudança de paradigma na relação entre o homem predador da natureza para o homem e natureza em equilíbrio é imprescindível para a existência e perpetuação digna dos seres vivos no Planeta Terra. Concepção esta que necessita ao máximo ser colocada em prática, em atenção a ordem (infra)constitucional brasileira, as agendas política (nacional e internacional), social e econômica e, especialmente, as demandas da natureza em si.

A proteção e a manutenção do meio ambiente ecologicamente equilibrado e a

difusão e incorporação de metodologias sustentáveis de uso e exploração dos recursos naturais devem ser efetivamente integradas pelo(s) Estado, sociedade civil e setores empresariais.

Com a Constituinte de 1988 vigora a corresponsabilidade pela proteção e manutenção do meio ambiente sadio intergeracional, sendo o *Green Welfare State* - balizado na sustentabilidade - a herança ideológica, teórica e prática que a presente geração deve transmitir para as futuras gerações.

Assim, diferentemente do que vivenciou e retratou Johann Moritz Rugendas, com a efetiva proteção da natureza-verde brasileira e combate aos desmatamentos ilegais, os movimentos artísticos contemporâneos poderão eternizar registros e memórias mais positivas do tratamento da natureza pelo homem e a próxima geração vivenciar um futuro digno.

AGRADECIMENTOS

O presente trabalho foi realizado com apoio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Brasil (CAPES) - Código de Financiamento 001. Programa de Excelência Acadêmica (Proex).

REFERÊNCIAS

BENJAMIN, Antônio Herman. **Direito Constitucional Ambiental Brasileiro**. In: *Direito Constitucional Ambiental Brasileiro*. 6. ed. CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (Orgs.). São Paulo: Saraiva, 2015.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 6. ed. Coimbra (Portugal): Livraria Almedina, 1993.

_____. (a). **O princípio da sustentabilidade como Princípio estruturante do Direito Constitucional**. *Tékhne: Revista de Estudos Politécnicos*, Barcelos (Portugal), v. 7, n. 13, p. 7-18, jun. 2010. Disponível em: <http://www.scielo.mec.pt/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1645-99112010000100002>. Acesso em: 31 jul. 2017.

DAGLIONE, Vivaldo Wenceslau Flor. **O Academismo de Rugendas**. *Revista de História*, São Paulo, v. 19, n. 39, p. 165-172, 1959. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/revhistoria/article/view/119719/116988>>. Acesso em: 04 ago. 2017.

MILARÉ, Édis. **Direito do Ambiente**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MOULIN, Nilson. **Por dentro de Mata Atlântica**. (1947). v. 2. Coleção bicho-folha. São Paulo: Studio Nobel, 1997.

PÁDUA, José Augusto. **Um sopro de destruição: pensamento político e crítica ambiental no Brasil escravista (1786-1888)**. ed. 2. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2004.

PINTEREST. **Rugendas**. Disponível em: <<https://s-media-cache-ak0.pinimg.com/originals/6d/3f/42/6d3f42263cb90bf8e76061d7eec6241c.jpg>>. Acesso em: 03 ago. 2017.

FUNDAÇÃO SOS MATA ATLÂNTICA. **Quem somos. Nossa Causa.** São Paulo, 201?. Disponível em: <<https://www.sosma.org.br/>>. Acesso em: 03 ago. 2017.

FUNDAÇÃO SOS MATA ATLÂNTICA; INSTITUTO NACIONAL DE PESQUISAS ESPACIAIS (INPE). **Atlas dos remanescentes florestais da Mata Atlântica período 2015-2016:** Relatório Técnico. São Paulo, 2017. Disponível em: <https://www.sosma.org.br/link/Atlas_Mata_Atlantica_2015-2016_relatorio_tecnico_2017.pdf>. Acesso em: 03 ago. 2017.

SILVA, Alessandra da; PELLEGRIN, Ricardo de. **Confluências entre a arte e a ciência na representação de uma iconografia documental.** In: XIV Seminário de História da Arte; Centro de Artes da Universidade Federal de Pelotas. n. 5. Pelotas, 2015. Disponível em: <<https://periodicos.ufpel.edu.br/ojs2/index.php/Arte/article/view/7803/5248>>. Acesso em: 04 ago. 2017.

TARREGA, Maria Cristina Vidotte Blanco; SANTOS NETO, Arnaldo Bastos. **Novo paradigma interpretativo para a Constituição brasileira: *The Green Welfare State*.** In: Anais do XV Congresso Nacional do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito, Manaus, 2006. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/manaus/direito_acion_democ_maria_c_tarrega_e_arnaldo_santos_netto.pdf>. Acesso em: 03 ago. 2017.

PROPRIEDADE INTELECTUAL E AGRICULTURA NA ERA DA REVOLUÇÃO TÉCNICO-CIENTÍFICA-INFORMACIONAL

Gabriel Cunha Salum

Faculdade de Direito da Alta Paulista - FADAP/
FAP
Marília-SP

Aluisio Almeida Schumacher

Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita
Filho” – UNESP
Marília-SP
Agência Financiadora: CAPES

O uso do paradigma da propriedade intelectual é fundamentado por uma lógica institucionalizada de controle do saber que gera poder e riqueza para certos atores sociais e, simultânea e paradoxalmente, impõe ou agrava a miséria e a subordinação para outros. Contracondicionantes jurídico-econômicos e tecnológicos que limitam capacidades e potencialidades para o desenvolvimento humano, movimentos sociais lutam pelo reconhecimento de direitos ligados à identidade pessoal e formas coletivas de vida. Neste estudo, que considera o que entendemos ser um aspecto central para a compreensão do caso específico da vinculação entre propriedade intelectual, aprimoramento de sementes e direitos dos agricultores, investigamos características e tendências da agricultura na era da Revolução Técnico-Científica-Informacional, discutindo progressos, dilemas e impactos das novas tecnologias nos

modos de vida e exercício da agricultura e da sociedade em geral. Para tanto, realizamos levantamento e revisão bibliográfica em literatura nacional e internacional pertinente. Os resultados demonstram que apropriações estratégicas de avanços científicos, tecnológicos e informacionais numa conjuntura de reestruturação produtiva do sistema capitalista favorecem uma tendência de crescente incorporação de regulamentos de propriedade intelectual na agricultura nas últimas décadas, impactando na identidade (individual e coletiva) de um grande número de agricultores.

PALAVRAS-CHAVE: Agricultura. Revolução Técnico-Científica-Informacional. Regime Internacional de Propriedade Intelectual. Modos coletivos de vida de agricultores.

INTRODUÇÃO

Neste estudo, investigamos características e tendências que distinguem a agricultura contemporânea, observando a dinâmica de construção e fortalecimento de um padrão relativamente novo de realização e controle das atividades agrícolas – institucionalizado e difundido em diferentes localidades ao redor do mundo desde as últimas décadas – cuja emergência na sociedade ocidental capitalista foi fomentada por avanços científicos,

tecnológicos e informacionais. Esses avanços trouxeram consigo, de maneira simultânea e contraditória, imensuráveis progressos em termos de conhecimento aplicado a processos e práticas em diferentes áreas da vida, dilemas éticos e jurídicos em torno da utilização/apropriação, manipulação industrial e controle privado de recursos biogenéticos; além de impactos sociais sobre modos de vida e subsistência de um grande número de agricultores.

A partir desse contexto, fazemos uma breve avaliação da ingerência e da influência do paradigma de propriedade intelectual em vigor na atualidade no âmbito da biotecnologia, particularmente no domínio específico da pesquisa e dos desenvolvimentos tecnológicos e informacionais ligados à biotecnologia agrícola.

Ao menos desde as últimas décadas, vivenciamos um conjunto de mudanças que tem promovido profundas alterações no setor agrícola em diferentes localidades ao redor do mundo, estando tais mudanças estreitamente relacionadas ao advento daquilo que tem sido chamado de “Revolução Técnico-Científica-Informacional”.

Em face da conjuntura de crise dos decênios de 1970 e 1980, o sistema capitalista passou por uma fase de reestruturação produtiva cujo componente indispensável é um diversificado conjunto de avanços científicos, tecnológicos e informacionais, revolucionando diferentes campos/disciplinas do saber e do saber-fazer numa aliança entre ciência, indústria e economia de mercado.

Com isso, tivemos a consolidação de novo padrão de acumulação de capital manifesto na incidência de diversos fatores, tais como: expansão/complexificação dos domínios da atividade econômica com a integração do conhecimento científico e tecnológico no desenvolvimento e/ou aperfeiçoamento de práticas/processos (agrícolas e industriais). Tal processo aumenta e diversifica a produção de bens de consumo para o mercado, desloca espaços e reorienta formas anteriores de organização/gestão da produção, valorizando determinadas especialidades profissionais e flexibilizando e precarizando outros segmentos das relações de trabalho.

De acordo com Druck (1999, p. 39):

[...] nos anos 70 evidenciou-se a crise do fordismo norte-americano. E as mobilizações, que haviam balançado as instituições de poder desde o final da década de 60, rebelando-se contra aquele padrão de trabalho e de vida, não conseguiram impor outra alternativa. Nesta medida, o enfraquecimento das resistências dos trabalhadores foi um elemento importante para abrir caminho a um movimento do capital. Este movimento, na busca por soluções para resolver a crise, iniciou um processo de reestruturação produtiva, sustentado na crescente adoção da base tecnológica microeletrônica, nas novas políticas de gestão/organização do trabalho, fundadas na “cultura da qualidade” e numa estratégia patronal que visa a cooptar e neutralizar todas as formas de organização e resistência dos trabalhadores. São políticas que, por um lado, “incluem” uma elite neste novo padrão que está sendo gestado e, por outro, “excluem” - desemprego e as formas precárias de contratação/subcontratação.

Destarte, nessa conjuntura histórico-social específica, a velha lógica capitalista de exploração do trabalho em favor da busca desmedida de lucro prevalece e se

reforça. A “Revolução Técnico-Científica-Informacional” faz com que parte significativa da estrutura de funcionamento do capitalismo migre na direção de um modelo de produção que privilegia a dimensão do trabalho, única e permanentemente direcionada à inovação e ao contínuo incremento dos meios de produção disponíveis num dado segmento produtivo, ainda que por vezes apenas no plano da virtualidade. Por essa razão, o potencial de lucro da empresa está antes no valor atribuído às informações que demonstram ser estratégicas no sentido de retorno lucrativo caso sejam agregadas em práticas/processos e/ou novos produtos (agrícolas e industriais). Engendra-se assim um ciclo que proporciona investimentos públicos e privados gigantescos destinados exclusivamente a determinadas áreas da ciência que interessam ao mercado como fonte de novas tecnologias, quer dizer, o “universo” das tecnociências. (MAYOR, 1992; ALBAGLI, 1998; CARDOSO; SILVA; ALBURQUERQUE, 1999; DRUCK, 1999; CHAVES et al. 2007; GARCIA; MARTINS, 2009).

Aliás, não por outra razão, a edificação e o financiamento de centros ou unidades especializadas em pesquisa e desenvolvimento (*P&D*) ou investigação e desenvolvimento (*I&D*) se tornaram imperativos indeclináveis no jogo da concorrência empresarial para acumulação de riqueza.

De acordo com Garcia e Martins (2009, p. 85-86):

[...] é sobretudo a partir dos anos 1980 que se intensifica a ligação orgânica entre a ciência, o mundo industrial e as opções econômicas e políticas. O fortalecimento das relações modernas que unem esses âmbitos é marcado pela reconversão do sentido imaginado no século XIX do esquema ciência- tecnologia-indústria. Com os desenvolvimentos das últimas décadas do século XX, o estreito vínculo entre indústria e tecnologia passou a influenciar a produção de conhecimento científico, alimentando um novo esquema indústria-tecnologia-ciência. O reforço do relacionamento, ou mesmo subserviência, com o mercado resulta em uma tendência sistemática para financiar a investigação segundo o critério da antecipação dos resultados econômicos. Desse modo, as instituições e entidades envolvidas na competição econômica ficam sujeitas a reestruturações em sua dimensão, racionalização, objetivos e ligação com o mercado.

Uma das facetas decisivas dessa nova era é o surgimento do chamado paradigma “biotecnocientífico”, que abre caminho para todas as modalidades de “bioindústria”. Em outras palavras, em nossa época as ciências da vida evoluem ao ponto de propiciar biotecnologias capazes de absorver aspectos da natureza e do corpo humano que eram até então desconhecidos, pouco explorados ou não valorizados como recursos produtivos com potencial econômico (MAYOR, 1992; SCHRAMM, 1996; ALBAGLI, 1998; CARDOSO; SILVA; ALBURQUERQUE, 1999; BERLAN, 2005; GARCIA; MARTINS, 2009).

Pela conceituação da *Convenção sobre Diversidade Biológica* (CDB, 2000, p. 9), “Biotecnologia significa qualquer aplicação tecnológica que utilize sistemas biológicos, organismos vivos, ou seus derivados, para fabricar ou modificar produtos ou processos para utilização específica”.

Em princípio, as propostas de realização de investimentos em biotecnologia

tinham como *Leitmotiv* “[...] grandes esperanças de que possam contribuir para prevenir ou combater doenças e disfunções até então causadoras de grandes males à humanidade e para multiplicar a oferta de alimentos de modo geral [...]” (ALBAGLI, 1998, p. 8).

Porém, segundo a avaliação contextual de Garcia e Martins (2009, p. 94):

A biotecnologia surgiu em um contexto ideológico muito favorável à economia de mercado, um momento em que a economia se afastava dos setores produtivos baseados no petróleo, nos automóveis e na motorização e procurava domínios onde sustentar um novo ciclo de aumento da riqueza material. Produto dessa vontade de crescimento econômico, a biotecnologia acabou por se tornar uma das forças modeladoras da economia, na medida em que mostrou potencialidades para fornecer novos produtos, abrir novos mercados e, como tal, foi capaz de concentrar investimentos. Por outro lado, o percurso da biotecnologia, que de ciência acadêmica se transforma em “ciência pós-acadêmica” e força econômica, ilustra como, no processo de alargamento e aprofundamento do mercado, os novos setores tecnoeconômicos contaram com o apoio da ciência e, com ela, da universidade. Tratou-se, sem dúvida, de uma enorme reconversão da ciência em tecnociência, uma mudança na ciência em termos de organização, dimensão e ideal, que a tornou cúmplice dos imperativos do crescimento econômico convencional, não só em termos de incrementos constantes de intensidade de capital e de intensidade de energia, como também de conhecimento, subalternizando os custos sociais e os custos ambientais.

Desse modo, sobretudo a partir do último quartel do século passado, devido a uma conjuntura histórico-social de avanços científicos, tecnológicos e informacionais que se tornam cada vez mais capitaneados pela necessidade de nortear e oferecer sustentação à economia capitalista num período de crise econômica e instabilidade política, observamos a disseminação da mercantilização de novos conhecimentos, práticas/processos e produtos nas esferas da indústria e da agricultura (intensiva). Esse conjunto de inovações aumenta a produtividade e a lucratividade, conduz à formação de oligopólios por parte de grandes empresas multinacionais ao lado de agentes públicos e privados providos de recursos e interesses no financiamento desses segmentos produtivos. O resultado é, portanto, o enriquecimento de investidores e empreendedores que se envolvem nesses negócios com o apoio de subsídios para pesquisa, criação e sofisticação de novas tecnologias que crescem vertiginosamente no período.

Em contrapartida, apesar desse cenário de avanço ter reativado o crescimento econômico, bem como expectativas de modernização e redistribuição, o fato é que as promessas de progresso social realizadas pelas grandes empresas multinacionais e centros de pesquisa protagonistas da *Revolução Técnico-Científica-Informacional* não se realizaram. Na verdade, o aprofundamento das relações entre ciência e indústria contribui para trazer mais desigualdade, gerando um estado de coisas que condiciona os resultados das inovações científicas, tecnológicas e informacionais. Em vez de satisfazer necessidades e anseios humanos, predominam interesses por retornos rápidos ou meramente especulativos que acompanham a lógica do

mercado, restringindo ou inviabilizando o acesso a bens que em muitos casos são reconhecidamente essenciais para a própria vida.

Na seara da agricultura (intensiva), o aumento de investimentos em biotecnologia agrícola sob orientação de uma tendência majoritariamente mercadológica e a crescente possibilidade de obtenção de inovações passíveis de aplicação em diferentes modalidades de práticas e processos agrícolas desencadearam interesses econômicos e exigências jurídicas. Esses requisitos e interesses, ao impactarem nos conhecimentos, práticas e técnicas, não raro multisseculares, de vivência e exercício da agricultura, responsáveis pela formação da identidade pessoal e de formas coletivas de vida de grande número de agricultores em diferentes partes do mundo, originaram um complexo conjunto de implicações sociais.

Para ilustrar, podemos considerar a realização de investimentos, o desenvolvimento e as apropriações de resultados em biotecnologia agrícola consoante exigências jurídico- institucionais em matéria de propriedade intelectual. Queremos nos referir aqui à proteção de interesses econômico-financeiros e comerciais de investidores e realizadores da “bioindústria”, incluindo as atividades da “agroindústria” para o melhoramento genético de sementes. Nesses casos, notamos que o estreito vínculo entre tecnociências, novas tecnologias, riqueza e propriedade intelectual tem sido vivenciado de maneira negativamente impactante por agricultores de diferentes partes do mundo. Não somente no desempenho diário de suas rotinas laborais, das quais depende a reprodução da existência material, mas também no exercício daquela autonomia individual própria da modernidade ocidental que exige dos indivíduos a tarefa de orientar a trajetória de construção da identidade pessoal, comprometendo a reprodução desobstruída de seus modos coletivos de vida, práticas e tradições específicas a cada grupo ou coletividade. (MAYOR, 1992; SCHRAMM, 1996; TAYLOR, 1996; ALBAGLI, 1998; BARBOSA, 1999; CARDOSO; SILVA; ALBURQUERQUE, 1999; DRUCK, 1999; GARMON, 2002; GANDELMAN, 2004; ORTELLADO, 2004; BERLAN, 2005; CHAVES et al. 2007; GARCIA; MARTINS, 2009).

Conforme Miguel (2009, p. 7):

A sociedade contemporânea, ofuscada pelos avanços tecnológicos proporcionados pela modernidade, tende a relegar a agricultura (em seu sentido amplo) e suas mais diversas formas de expressão a um papel coadjuvante e secundário para a humanidade. No entanto, apesar dos avanços notáveis da tecnologia moderna, a agricultura permanece sendo uma atividade indispensável e incontornável para a humanidade. A produção de alimentos e de matérias-primas, a geração de emprego, a manutenção de paisagens e de modos de vida são algumas das contribuições da agricultura para a humanidade. A agricultura, em suas mais diversas formas e configurações que conhecemos na atualidade, é o resultado de um longo e complexo processo iniciado há mais de 10.000 anos. O resultado desse longo processo, fortemente marcado pelas particularidades sociais e condições locais de produção, deu origem a diversas formas de agricultura nas mais diferentes regiões do globo terrestre.

Nos diferentes níveis de discussão e posicionamentos encontrados nas obras

dos autores envolvidos com o tema, observamos que, tal como acontece com as inovações artísticas e literárias em estilos e movimentos próprios a este domínio e com as invenções e modelos de utilidade nos segmentos mais convencionais da indústria, a contínua produção de avanços técnicos, científicos e informacionais tem revolucionado práticas, técnicas, ferramentas e produtos disponíveis na “bioindústria” e, conseqüentemente, na “agroindústria”. Com efeito, as tecnociências trazem melhoramentos que agregam vultoso valor econômico à produção, o que envolve interesses econômicos e reivindicações jurídicas de reconhecimento de direitos por meio de patentes ou mecanismos similares de proteção às criações intelectuais.

Conforme Cardoso, Silva e Albuquerque (1999, p. 223):

A bioindústria alcança hoje inúmeros domínios de produção fundamentais e diretamente ligados à sobrevivência de populações, como a agricultura, a farmácia, a alimentação, o beneficiamento de matérias-primas, a ecologia. Na agroindústria surgem produtos contendo microrganismos geneticamente modificados, que recebem uma série de funções, que incluem a limpeza da poluição. Poluição esta muitas vezes causadas pelas mesmas empresas e órgãos que colocam no mercado os superorganismos.

Ao ocupar-se do problema da exploração de recursos biológicos, Albagli (1998, p. 7) sustenta que:

O controle de informações estratégicas, bem como das “tecno-ciências” que permitem agregar valor a essas informações – ao agregarem valor aos novos produtos e processos a partir daí gerados –, passa então a ocupar um dos centros de disputa e de conflito no jogo de forças políticas e econômicas internacionais. Tal controle pode ser exercido tanto com o domínio do acesso aos recursos da biodiversidade, quanto por intermédio de instrumentos de proteção de direitos à propriedade intelectual, seja sobre as modernas biotecnologias, seja sobre os conhecimentos tradicionais de populações locais.

Fica, por um lado, evidente que a importância econômica e política estratégica dos interesses em jogo eleva o paradigma de propriedade intelectual vigente no mundo contemporâneo à condição de referencial mediador *par excellence* dos relacionamentos sociais acerca de múltiplos saberes. Por outro, termina por lançar esse instrumento padrão de controle e regulação do acesso e fruição de distintos conhecimentos e seus benefícios, simultaneamente, para o centro de controvérsias tão variadas entre si quanto agudas.

Neste último sentido, ao referir-se às diretrizes do atual regime internacional da propriedade intelectual no âmbito da *Organização Mundial do Comércio (OMC)* – constantes no *Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio (TRIPS-1994)* - Shiva (2001) *apud* Zanirato e Ribeiro (2007, p. 46) afirma que:

Os direitos de propriedade intelectual definidos no TRIPS se tornaram um entrave aos direitos coletivos das populações tradicionais. Primeiro porque nele os direitos de propriedade eram reconhecidos apenas como direitos privados, isto é, direito

de propriedade de um indivíduo ou de uma empresa, não de uma comunidade ou de um grupo de indivíduos. Segundo porque só se reconhece tal direito quando o conhecimento e a inovação geram lucros e não quando satisfazem necessidades sociais.

No que toca à apropriação privada de recursos genéticos por meio de patentes, completa Albagli (1998, p. 10):

Não se pode negar a contribuição que o desenvolvimento das modernas biotecnologias representam para a humanidade. No entanto, a apropriação privada (ainda que indireta) de recursos genéticos, promovida pela proteção patentária, pode contribuir para restringir o acesso aos recursos biogenéticos e, conseqüentemente, aos benefícios advindos de seu uso; bem como para diminuir o fluxo e o intercâmbio de material genético, podendo afetar áreas estratégicas, como a de medicamentos e a de segurança alimentar, particularmente quando se trata do patenteamento de plantas.

De fato, a interdependência entre agricultura e propriedade intelectual na era da *Revolução Técnico-Científica-Informacional* pode ser melhor compreendida pelos dados estatísticos apresentados por Herdt (2006, p. 269): em meados da década de 1990 foram gastos anualmente no mundo como um todo cerca de 2,5 bilhões de dólares em pesquisas de biotecnologia agrícola, sendo que quase 90% desse valor foi direcionado à agricultura dos países industrializados do norte e mais da metade do investimento foi realizado por empresas privadas.

O mesmo autor acrescenta que entre 1976 e 2000 centros especializados de pesquisa e desenvolvimento (P&D) de empresas privadas obtiveram cerca de $\frac{3}{4}$ das patentes de biotecnologia vegetal dos Estados Unidos da América do Norte e fração ainda maior na Europa e no Japão (HERDT, 2006, p. 269-270). Ainda de acordo com esse autor, as inovações em biotecnologia agrícola geraram um grande número de variedades transgênicas e houve mais de 10.000 testes de campo com culturas transgênicas nos Estados Unidos até 2003 (HERDT, 2006, p. 270). Em sentido oposto, países em desenvolvimento mostraram índices muito mais baixos de pesquisa e desenvolvimento (P&D) em biotecnologia agrícola, realizando 200 testes de campo de culturas transgênicas registrados no banco de dados da *Organização das Nações Unidas para Alimentação e Agricultura (FAO)* até 2003 (HERDT, 2006, p. 270).

Esses dados estatísticos mostram que os investimentos em pesquisa e desenvolvimento de novas tecnologias, processos e produtos agrícolas são realizados em larga medida pelo setor privado nos países industrializados do norte, com propósitos comerciais de comercialização lucrativa de inovações tecnológicas para os países em desenvolvimento do sul - os detentores de grande parte da biodiversidade mundial utilizada nessas mesmas pesquisas. Em outras palavras e como já nos referimos anteriormente, a finalidade desses investimentos é bem distinta daquelas promessas que conclamavam a reunião de esforços para satisfazer necessidades sociais, humanitárias e ambientais, além da criar formas equitativas de repartição dos

benefícios obtidos nessa área.

De acordo com Pimentel (1991, p. 42, grifos do autor), sobre o posicionamento dos países desenvolvidos no conjunto de negociações comerciais conhecido como *Rodada do Uruguai (1986-1994)*, que culminou na criação da *Organização Mundial do Comércio (OMC)* em 1 de janeiro de 1995 com a incorporação em sua estrutura do antigo *Acordo Geral de Tarifas e Comércio (GATT)* por força do *Acordo de Marrakech*:

O objetivo da negociação dos EUA, CEE e Japão, principais *demandeurs* na área de propriedade intelectual, é procurar tornar efetivas, em outros países, especialmente naqueles em desenvolvimento, leis que reconheçam e protejam adequadamente (*sic*) a propriedade intelectual, incluindo-se aí os direitos de *copyright*, patentes, marcas registradas, projetos de microcircuitos para *chips* e segredos industriais. Para tanto buscavam proporcionar proteção efetiva contra a competição desleal (pirataria) e estender os mecanismos do GATT, em particular os de solução de controvérsias, à área da propriedade intelectual.

A partir da incorporação de tais objetivos no *Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio (TRIPS-1994)*, diferentes condutas, propostas ou iniciativas baseadas em práticas tradicionais de agricultura anteriores a esse padrão encontram-se ameaçadas. O mesmo ocorre com iniciativas de regulamentação do conhecimento ou em prol da implementação de modelos de compartilhamento suficientemente equitativos em matéria de biotecnologia agrícola - contra reivindicações, argumentos e usos fundados na pretensa legitimidade da concepção absolutista de propriedade intelectual - que tendem a ser rechaçadas e entendidas ou denunciadas como ilegais, desestimuladoras do progresso intelectual, científico e tecnológico tanto quanto do crescimento econômico, etc. (BOROWIAK, 2004; BERLAN, 2005; HERDT, 2006; PRAY; NASEEM, 2007).

A esse respeito, Borowiak (2004, p. 513, tradução nossa) afirma que:

Refletindo sobre a história da agricultura, pode-se observar que passados mais de cem anos uma mudança sísmica tem tido lugar na representação dos agricultores em matéria de controle das sementes. Para praticamente toda a história da produção agrícola, até ao século XX, a distribuição e a coleta de sementes residiam nas mãos dos agricultores. Os agricultores colhiam as sementes de seus campos após a colheita e, em seguida, utilizavam-nas para a colheita seguinte, para a alimentação, para troca e obtenção de novas variedades de culturas. Durante o século passado, no entanto, essas práticas centradas no agricultor se tornaram altamente controversas e, em muitos casos, chegaram a ser consideradas crimes de pirataria. Como os críticos têm observado habilmente, a expansão dos direitos de propriedade intelectual em variedades vegetais vai contra as raízes profundas históricas das práticas tradicionais de agricultura.

Tudo isso contribui para explicar avanços, dilemas e impactos da *Revolução Técnico-Científica-Informacional*, assim como a importância atribuída à propriedade intelectual na atual conjuntura das relações internacionais. Nas sociedades ocidentais, regidas pelas diretrizes do capital, o cálculo de antecipação das expectativas de lucro é baseado na redução de custos e riscos ligados ao investimento, além da busca

por apropriação, controle e exploração da maior parte dos benefícios resultantes do investimento, tanto por parte de investidores como de empreendedores, relegando para segundo plano aspectos sociais, humanos e ambientais que deveriam ser contemplados pelos progressos obtidos nas áreas da ciência, tecnologia e informação, seja na indústria, seja na agricultura.

Constatamos, assim, que a *Revolução Técnico-Científica-Informacional* acarreta transformações que vêm modificando as atividades agrícolas ao longo das últimas décadas, além de entrar em conflito com práticas, processos e produtos que caracterizam modos de vida e experiência na agricultura por parte de grupos distintos em diferentes partes do mundo.

O estudo dos avanços científicos, tecnológicos e informacionais obtidos em nossa época, ao longo das últimas décadas, contribuiu sobremaneira para que possamos entender melhor o conteúdo, apropriações e disputas acerca do paradigma da propriedade intelectual na atualidade.

Em sentido inverso, a discussão a respeito da globalização do paradigma da propriedade intelectual vigente na atualidade é fundamental no sentido de esclarecer, com maior precisão, necessidades, anseios e interesses ligados a esse conjunto de mudanças propiciado pela *Revolução Técnico-Científica-Informacional*. Permite explicitar possíveis riscos aos projetos individuais e coletivos de vida de um grande número de agricultores que não se enquadram nos padrões de realização das atividades agrícolas engendrados pelo novo padrão de acumulação.

Portanto, a ingerência do paradigma da propriedade intelectual no âmbito da biotecnologia agrícola traz consigo dilemas jurídicos, debates teóricos e lutas sociais que demonstram grande relevância para a pesquisa acadêmica contemporânea na medida em que continuam em andamento, subsistindo ainda hoje em permanente disputa e reformulação.

REFERÊNCIAS

ALBAGLI, Sarita. Da biodiversidade à biotecnologia: a nova fronteira da informação. *Ci. Inf.*, Brasília, v. 27, n.1, p. 7-10, jan./abr. 1998.

BARBOSA, Antônio Luiz Figueira. **Sobre a propriedade intelectual**: uma perspectiva crítica. Rio de Janeiro: Editora UFRJ, 1999.

BERLAN, Jean-Pierre. Brevet du vivant: progress ou crime? *Tiers-Monde*, v. 46, n. 181, p. 207-221, 2005.

BOROWIAK, Craig. Farmers' rights: intellectual property regimes and the struggle over seeds. *Politics & Society*, v. 32, n.4, p. 511-543, dez. 2004.

BRASIL, MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE (MMA). **Convenção sobre diversidade Biológica – CDB**. Brasília, 2000.

- CARDOSO, Telma Abdalla de O; SILVA, Francelina Helena Alvarenga L.; ALBURQUERQUE, Marli B. M. de. Paradigma biotecnocientífico – limites e possibilidades: os impactos sociais e as fronteiras éticas. **Perspect. cienc. inf.**, Belo Horizonte, v. 4, n. 2, p. 217 - 229, jul./dez.1999.
- CHAVES, Gabriela Costa; OLIVEIRA, Maria Auxiliadora; HASENCLEVER, Lia; MELO, Luiz Martins de. A evolução do sistema internacional de propriedade intelectual: proteção patentária para o setor farmacêutico e acesso a medicamentos. **Cadernos de Saúde Pública**, v.23, n.2, p. 257-267, 2007.
- DRUCK, Maria da Graça. Globalização e reestruturação produtiva: o fordismo e/ou japonismo. **Revista de Economia Política**, v. 19, n. 2 (74), p. 31-48, abril-junho, 1999.
- GANDELMAN, Marisa. **Poder e conhecimento na economia global**: o regime internacional da propriedade intelectual > da sua formação às regras de comércio atuais. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2004.
- GARCIA, José Luís; MARTINS, Hermínio. O ethos da ciência e suas transformações contemporâneas, com especial atenção à biotecnologia. **ScientiaeStudia**, São Paulo, vol.7, n.1, pp. 83-104, 2009.
- GARMON, Cecile W. "Intellectual Property Rights: protecting the creation of new knowledge across cultural boundaries." **American Behavioral Scientist**, v. 45, n. 7, p. 1145-1158, mar. 2002.
- HERDT, Robert W. Biotechnology in agriculture. **Annu. Rev. Environ, Resourc**, v. 31, p. 265-295, jul. 2006.
- MAYOR, Federico. As biotecnologias no início dos anos noventa: êxitos, perspectivas e desafios. **Estudos Avançados**, vol.6, n.16, pp. 07-28, 1992.
- MIGUEL, Lovois de Andrade. Prefácio. In: MIGUEL, Lovois de Andrade (org.). **Dinâmica e diferenciação de sistemas agrários**. Porto Alegre: Editora da UFRGS, 2009.
- ORTELLADO, Pablo. Porque estamos en contra la propiedad intelectual?. **El Rodaballo**, v. 11, p. 1, 2004.
- PIMENTEL, Renata Prata Saint-Clair. Os serviços na Rodada Uruguai: uma questão norte- sul. **Contexto Internacional**, v. 13, n. 1, p. 35-51, jan/jun 1991.
- PRAY, Carl E; NASEEM, Anwar. Supplying crop biotechnology to the poor: opportunities and constraints. **Journal of Development Studies**, v. 43, n. 1, p. 192-217, 2007.
- SCHRAMM, Fermin R. Paradigma biotecnocientífico e paradigma bioético. In: ODA, Leila M. (ed.) **Biosafety of transgenic organisms in human health products**. Rio de Janeiro: FIOCRUZ, 1996.
- TAYLOR, Charles. Identidad e reconocimiento. **Revista Internacional de Filosofía Política (RIFP)**, n. 7, p. 10-19, 1996.
- ZANIRATO, Sílvia Helena; RIBEIRO, Wagner Costa. Conhecimento tradicional e propriedade intelectual nas organizações multilaterais. **Ambiente & Sociedade**, vol.10, n.1, pp. 39-55, 2007.

OS DIREITOS HUMANOS COMO PRODUTOS CULTURAIS: PERSPECTIVAS PARA A EFETIVIDADE DA DIGNIDADE HUMANA

Catarine Acioli

Culturais.

RESUMO: A Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948, bem como a gradual evolução histórica da humanidade e o desenvolvimento de sistemas internacionais de proteção dos direitos humanos, ampliaram os ordenamentos jurídicos estatais, voltando-os à garantia de valores universalmente consagrados e reconhecidos como inerentes à dignidade da pessoa humana sob a forma de direitos positivados. Todavia, por vezes, os costumes praticados por grupos sociais colidem com esses direitos, como no caso do Brasil, por exemplo, no que diz respeito às práticas culturais de algumas tribos indígenas, o que pode colocar em risco a efetividade da dignidade humana. O presente estudo, então, faz uma análise sobre a complexa relação entre os costumes e os direitos humanos positivados, considerando a necessidade de integração e respeito à diversidade cultural existente na sociedade global diante da salvaguarda desses direitos, a fim de apontar soluções para a garantia da proteção e realização da dignidade humana mediante uma nova interpretação da teoria do multiculturalismo entendendo os direitos humanos como produtos culturais.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos Humanos. Dignidade Humana. Multiculturalismo. Produtos

ABSTRACT: The Universal Declaration of Human Rights of 1948, as well as the gradual historical evolution of humanity and the development of international systems for the protection of human rights, have broadened the state legal systems, restoring them to the guarantee of universally consecrated values recognized as inherent to dignity of the human person in the form of positive rights. Sometimes, however, customs practiced by social groups collide with these rights, as in the case of Brazil, for example, with respect to the cultural practices of some indigenous tribes, which may jeopardize the effectiveness of human dignity. This study analyzes the complex relationship between customs and human rights, considering the need for integration and respect for the cultural diversity existing in the global society in order to safeguard these rights, in order to identifying solutions to guarantee protection and realization of human dignity through a new interpretation of the theory of multiculturalism by understanding human rights as cultural products.

KEYWORDS: Human Rights. Human Dignity. Multiculturalism. Cultural Products.

1 | INTRODUÇÃO

Assim como as leis, os costumes compreendem uma das fontes da Ciência do Direito, que, por sua vez, podem ser tidos como as condutas a serem seguidas por indivíduos pertencentes a um mesmo grupo, onde aqueles se tornaram mais do que hábitos, ao consistirem em práticas reiteradas, traduzidas como padrões éticos a serem seguidos enquanto imposição de posturas a serem adotadas por todos naquele agrupamento. Isso significa dizer que são práticas socialmente aceitas pela maioria dos integrantes de uma determinada sociedade e entendidas como o agir correto, o dever-ser naquela comunidade, uma espécie de ética natural.

Todavia, considerando a pluralidade de grupos que formam a sociedade globalizada, bem como analisando o Direito sob o ponto de vista da Sociologia, faz-se, cada vez mais, necessária realizar uma ponderação a respeito da interferência dos costumes no Direito Positivo, em especial porque os aspectos culturais de cada sociedade, em diversos momentos, podem entrar em conflito com as regras estabelecidas pelos Estados de Direito em suas respectivas ordens jurídicas, como também com a ordem jurídica internacional, no que se refere a ocasionar prejuízos de diversas formas no âmbito da realização da dignidade humana.

Assim, o presente estudo buscará analisar se há violação ao Direito Positivo quando do exercício de práticas culturalmente aceitas por determinado grupo social, embora proibidas por aquele, particularmente quando essas versam sobre desrespeito ao campo dos denominados direitos humanos, reconhecidos enquanto valores universais e positivados na ordem jurídica supra estatal, bem como se há soluções viáveis para que essas práticas possam se harmonizar com a proteção e efetividade do valor dignidade humana.

Para tanto, verificar-se-á pontuar as características da complexa relação entre as práticas culturais e os direitos humanos. Em seguida, observar-se-á, de forma crítica, as repercussões advindas da universalização desses valores e do seu contraponto em relação à teoria pautada em um relativismo cultural, ofertando enfoque a uma nova perspectiva baseada nas ideias do multiculturalismo como forma de reconhecer que na sociedade global é preciso que os aspectos culturais dos variados grupos sociais sejam respeitados e interpretados em conformidade com os diversos contextos sociais existentes a fim de evitar situações de dominação e marginalização entre as culturas.

Por fim, ao reconhecer uma nova proposta para os direitos humanos, de modo a serem interpretados como produtos culturais, constatar-se-á a possibilidade de ressignificação e adaptação desses valores diante das mudanças sociais e, por conseguinte, o fato de proporcionar ao homem a criação de novas condições para o desenvolvimento de suas potencialidades em contextos sociais diversificados, porém com respeito às diferenças culturais, sem que ocorram violações ao consagrado valor dignidade humana.

2 | A COMPLEXA RELAÇÃO ENTRE O DIREITO POSITIVO E AS PRÁTICAS CULTURAIS

Para responder aos questionamentos relativos à possibilidade de as práticas culturais violarem o Direito positivado quando se chocam com os valores consagrados por esse, seja no âmbito estatal ou naquele internacional, faz-se necessário partir do ponto de vista de que os grupos sociais, ao seguirem suas práticas culturais, estão, na verdade, exercitando valores inerentes à identificação dos seus indivíduos nas espécies de coletividade que formam, de modo que o seu agir passará pelo crivo de tais valores antes mesmo de se submeter a demais normas de regulação de conduta, a exemplo do ordenamento jurídico estatal.

Nessa linha, a violação a alguma das práticas culturais estabelecidas pelo grupo social, ao qual esse indivíduo pertence, implicará na submissão a sanções específicas definidas por aquele, o que pode corresponder desde a aplicação de restrições em seu agir até a castigos físicos e, inclusive, a de maior gravidade relativa à exclusão do grupo social.

Por tais razões, surge um relevante impasse, que o Direito positivo precisa resolver, para se manter como a principal forma de regulação de condutas: encontrar um amparo jurídico positivo para a observância de práticas culturais por grupos sociais, que tem nos costumes sua primeira fonte de regulação de conduta, sem que isso ocasione afronta à segurança jurídica ofertada pela ordem jurídica estatal, bem como que seja resguardada a observância ao valor dignidade humana consagrado na Declaração Universal de Direitos Humanos, emanada pela Organização das Nações Unidas em 1948.

Sobre dignidade humana, convém destacar que, embora seu reconhecimento tenha se dado em sentido universal por meio da referida Declaração de Direitos no plano internacional, um conceito interessante a ser adotado para o presente estudo compreende enxerga-la enquanto qualidade intrínseca do homem voltada a gerar limitações a intervenções negativas do Estado e dos demais indivíduos na esfera das liberdades e igualdade daquele, assim como a ocasionar obrigações de promoção do mínimo necessário para a sobrevivência e subsistência humana. Nesse sentido, convém ressaltar o conceito de dignidade humana elaborado por Ingo Wolfgang Sarlet:

Temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existentes mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos [...] (SARLET, 2011, p. 73).

Com efeito, um dos grandes desafios dos Estados de Direito na modernidade, em especial quando esses são signatários do sistema internacional instituído pela

Organização das Nações Unidas, compreende resguardar a realização do valor dignidade humana em seus territórios e, por conseguinte, solucionar os conflitos advindos com o choque entre as práticas culturais de seu povo e esse valor universal, que pode ser incorporado nos ordenamentos jurídicos estatais como princípio fundamental à criação do Estado, como um direito fundamental, ou mesmo como um objetivo estatal, correspondendo à realização dos compromissos internacionais firmados por aquele no campo dos direitos humanos.

Isso porque um dos caminhos para solucionar o referido impasse encontra-se no campo dos direitos humanos, no instante em que são reconhecidos como valores positivados e universalmente consagrados, além de aptos a resguardar a dignidade humana, independentemente de qualquer diferença existente entre os homens, incluindo aqui as diferenças de ordem cultural, o que repercutirá na maneira como os Estados cumprem com o referido compromisso e, por conseguinte, conseguem realizar o valor dignidade humana em seus territórios mesmo diante de práticas culturais conflitantes, conforme se observará no item a seguir.

2.1 Os Direitos Humanos Enquanto Valores Positivados

Cabe, nesse ponto, ressaltar que não se pretende utilizar o termo “direitos humanos” enquanto sinônimo de “direitos fundamentais”, pois esses valores se diferenciam por suas origens (e, portanto, pelas formas de positiva-los) corresponderem a ordens jurídicas diversas, sendo uma proveniente do plano supra estatal e a outra do plano estatal. Embora os direitos fundamentais em várias ordens jurídicas estatais correspondam aos direitos humanos, todavia, é necessário diferenciá-los. Nas palavras de Ingo Wolfgang Sarlet

[...] Em que pese sejam ambos os termos (“direitos humanos” e “direitos fundamentais”) comumente utilizados como sinônimos, a explicação corriqueira e, diga-se de passagem, procedente para a distinção é de que o termo “direitos fundamentais” se aplica para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado, ao passo que a expressão “direitos humanos” guardaria relação com os documentos de direitos internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto, aspiram à validade universal, para todos os povos e tempos, de tal sorte que revelam um inequívoco caráter supranacional (internacional) (SARLET, 2006, p.35).

Assim, enquanto os direitos fundamentais têm relação com os valores morais que determinado Estado reconhece como relevante para resguardar a seu povo no âmbito das liberdades e igualdade e, por tal razão, os insere no corpo de suas Constituições, sendo, atualmente, reconhecidos como a parte mais relevante dessas normas supremas a ser aplicada no seu território sob a forma de direitos públicos-subjetivos (DIMOULIS, 2007, p.54). Por sua vez, os direitos humanos relacionam-se ao plano internacional e derivam do consenso dos países que assinaram a referida Declaração

Universal de Direitos Humanos sobre quais valores morais devem ser realizados e resguardados a todo e qualquer indivíduo (BOBBIO, 2004), independentemente das particularidades estatais, pelo simples fato de vincular-se à proteção e realização da natureza humana, o que se passou a reconhecer como dignidade humana.

Além disso, os Estados signatários do referido sistema internacional comprometeram-se a inserir em suas ordens jurídicas os direitos humanos, transformando-os em direitos fundamentais, como forma de efetivá-los em seus territórios, motivo pelo qual, em muitos ordenamentos jurídicos, o rol de direitos fundamentais irá se identificar àquele de direitos humanos constante no plano supra estatal.

Portanto, no que diz com os direitos humanos, sua positivação advém mediante a edição pela Organização das Nações Unidas (ONU) da Declaração Universal dos Direitos Humanos em 1948, que trouxe o reconhecimento de valores morais universais enquanto uma ordem jurídica supra estatal (ou internacional) a ser respeitada por todos os Estados soberanos, que a ela aderiram e passaram a compor o Sistema Internacional de Direitos Humanos. Esses valores são entendidos como o mínimo, em termos de proteção e prestações, exigido de todos os Estados signatários daquele sistema jurídico internacional a fim de assegurar a dignidade da pessoa humana a todos os indivíduos que se encontrem em seus territórios. Nessa linha, Alexandre de Moraes destaca que os direitos humanos são

[...] um conjunto institucionalizado (positivado) de direitos e garantias do ser humano que tem por finalidade o respeito à sua dignidade por meio de sua proteção contra o arbítrio do poder estatal e o estabelecimento de condições mínimas de vida e o desenvolvimento da personalidade humana. (MORAES, 2006).

Ainda, a esse respeito, leciona Flávia Piovesan que “os direitos humanos são inerentes à existência humana e objeto de regulação internacional” (PIOVESAN, 1996), o que reflete a noção de que todos os indivíduos devem ter a sua dignidade, em termos físicos, psicológicos, individual e coletivo, respeitada independentemente de raça, etnia, origem, idade, sexo ou credo religioso.

Sob esse ponto de vista, ainda que os indivíduos se encontrem subordinados a normas culturais diferentes, os valores morais universalmente consagrados como direitos humanos devem ser observados a fim de que a dignidade humana seja efetivada nas mais diversas formas de organização social existentes atualmente, desde aquelas que ainda conservam práticas de organização primitivas, como no caso das tribos indígenas e africanas, até aquelas altamente tecnologicamente desenvolvidas. Isso permite afirmar que foi adotado, desde a Declaração Universal de Direitos Humanos, o denominado universalismo para definir o rol de direitos humanos.

2.2 O Universalismo e o Relativismo Cultural

O referido Sistema Internacional de Direitos Humanos adotou a teoria universalista para definir o rol dos citados valores morais, no sentido de que se determinou um rol único de valores morais a ser preservado para todo e qualquer homem independentemente de suas particularidades. Nesse sentido, encontrou-se no universalismo uma possível solução política e jurídica única devido à interdependência factual e irreversível entre os Estados soberanos existentes, que passam a ter um fim comum relativo ao resguardo e à realização da dignidade humana.

Ocorre que essa tarefa, em alguns momentos, não é de fácil implementação, pois esbarra em práticas culturais que violam valores essenciais à manutenção da dignidade humana, tais como a liberdade de locomoção ou mesmo o direito à vida. Além disso, tais práticas devem ser consideradas como integrantes de um direito humano específico relativo à cultura, que, por sua vez, abrange a expressão e preservação de manifestações linguísticas e artísticas de um povo, mas também suas crenças e costumes locais, que repercutem na definição da identidade daquele como grupo social mediante o reconhecimento de suas particularidades.

Cumprido, também, destacar que as peculiaridades culturais variam de um grupo social para outro, ocasionando, então, a dificuldade em criar um discurso ético universal, além do fato desse universalismo se centrar em uma visão ocidental, desconsiderando, por exemplo, que culturalmente as sociedades orientais possuem particularidades que não foram observadas nos textos da referida Declaração de Direitos da ONU. Pautado nesse discurso crítico surge a teoria do relativismo cultural no campo dos direitos humanos que se apresenta como um dos contrapontos ao mencionado universalismo.

Segundo a linha do relativismo cultural, as práticas culturais integrantes do direito à cultura devem prevalecer em face de demais valores universais, inclusive porque esse universalismo acabou por ocasionar sérias situações de marginalizações ou mesmo de injustiças quando esse sistema internacional buscar punir, por exemplo, um Estado signatário daquele sistema jurídico por permitir em seu território a realização de práticas culturais que integram os costumes do seu povo.

Assim, é possível que em algumas espécies de sociedades ocorram conflitos entre os direitos humanos relativos à vida ou às demais liberdades e o direito à cultura, sendo necessário definir qual deles deve prevalecer por compreender a melhor solução para efetivar o valor dignidade humana naquela sociedade. Um exemplo que se pode citar são os casos de práticas de infanticídio por algumas tribos indígenas brasileiras quando os bebês nascem com alguma forma de deficiência física, ou por serem gêmeos, ou mesmo por serem frutos de um relacionamento não autorizado pelos costumes daquela comunidade (BRAGHIROLI; BARRETO, 2018).

Nessas situações, observa-se uma prática cultural entrando em conflito com o direito à vida, de modo a levantar questionamentos sobre a possibilidade de aplicar aos responsáveis por essa prática de infanticídio as normas jurídicas estatais, a exemplo

de considerar essa conduta como um delito, por fazer prevalecer a proteção ao bem jurídico vida, aplicando, dessa forma, a teoria do universalismo cultural dos direitos humanos; ou se, em conformidade com a linha do relativismo cultural dos direitos humanos, ao contrário, deveria prevalecer o respeito à prática cultural, considerando-a, por exemplo, como uma forma de excludente supralegal de culpabilidade apta a afastar a responsabilização penal dos seus agentes.

A princípio, poder-se-ia pensar que adotar o relativismo cultural equivaleria a melhor saída, tendo em vista que respeitaria as peculiaridades culturais ainda que em detrimento ao valor vida e, por conseguinte, à noção de dignidade humana. Todavia, a prevalência do relativismo cultural pode, também, ofertar graves prejuízos aos avanços alcançados com a tentativa de construção de uma ética única, além de possibilitar a banalização de valores primordiais pela justificativa de preservação da cultura de um grupo local, passando a justificar práticas desumanas e cruéis para o fim de preservar a cultura local e, com isso, ao final, ocasionar uma séria desigualdade entre os homens em decorrência da cultura ao qual eles pertencem.

Diante dos aspectos negativos de ambas as correntes, tem surgido uma terceira via teórica denominada multiculturalismo, que busca encontrar um meio termo entre as referidas correntes teóricas apontando a possibilidade de uma nova interpretação dos direitos humanos para que não sejam desconsideradas totalmente as noções de dignidade humana e de valores universais, bem como que determinadas práticas culturais possam prevalecer ainda que contrariem parte do referido rol de valores universais.

Nessa linha, multiculturalismo ou pluralismo cultural, é a definição dada à existência de diversas culturas numa localidade, cidade ou país, separadas geograficamente, entretanto, sem que haja o predomínio que uma sobre a outra. A ideia de multiculturalismo, guarda relação com a diversidade cultural representada pelas mais diversas tradições agregadas aos costumes. Dessa forma, ao permitir que os direitos humanos sejam interpretados a partir dos contextos sociais em que são aplicados, considerando uma das propostas decorrente desse multiculturalismo, é possível reconhecer um caminho viável para solucionar os conflitos existentes entre cultura e valores universais, o que será aprofundado no item a seguir.

2.3 O Multiculturalismo e a Proposta dos Direitos Humanos Enquanto Produtos Culturais

De início, cabe ressaltar que uma das consequências da globalização consiste na irrelevância entre as distâncias físicas entre as nações, ocasionada pelos avanços tecnológicos e pelas novas formas de comunicação entre os indivíduos, em que se propiciou uma maior fusão intercultural entre os grupos sociais, bem como se ampliou o conhecimento de culturas diversas, gerando possibilidade de sobreposições de uma cultura sobre a outra a refletir novas formas de dominação ou mesmo de preconceitos

com as práticas que se apresentam como diferentes de certos padrões.

Nesse sentido, os direitos humanos tomaram lugar de destaque, como fundamento que visa garantir novas formas de inclusão nesse novo contexto global e marginalizante, consoante leciona Santos:

[...] que enquanto forem concebidos como direitos humanos universais, os direitos humanos tenderão a operar como localismo globalizado e, portanto, como uma forma de globalização hegemônica. Para poderem operar como forma de cosmopolitismo, como globalização contrahegemônica, os direitos humanos têm de ser reconceitualizados como multiculturais. (SANTOS, 2003, p. 438). (Grifos nossos)

Com isso, continuar reconhecendo os direitos humanos como valores homogêneos e apartados das realidades sociais tem ocasionado sérias dificuldades em sua implementação e enfraquecimento de suas garantias fundamentais ofertadas pelas ordens jurídicas locais, no momento em que esses valores são internalizados e adquirem o formato de normas jurídicas estatais.

Assim, para uma eficiente realização prática dos direitos humanos no âmbito das ordens jurídicas estatais, faz-se necessário repensá-los a partir do que se reconhece por uma teoria crítica dos direitos humanos, sem continuar repetindo os velhos erros proveniente do mencionado dualismo universalismo e relativismo, mas sim interpretando tais valores a partir dos diversos contextos sociais existentes na era globalizada, ao considerar que toda sociedade constitui um processo cultural, ou seja, um processo de criação humana, e que o homem possui uma capacidade de “fazer e desfazer” o mundo que o rodeia.

Nesse sentido, Herrera Flores propõe os direitos humanos como conceitos abertos, originados das reações humanas à realidade social enquanto resultados provisórios das lutas sociais pela sua dignidade (HERRERA FLORES, 2009, p. 19-22). O interessante desse ponto de vista corresponde ao fato de destacar que os referidos valores não são algo pré-existente ao humano, mas sim são tidos como um modo de reação humana ante as relações sociais, como verdadeiros caminhos e representação das lutas do homem contra as divisões sociais criadas pelos modos de produção econômicos a fim de poder acessar os bens jurídicos. Por isso, os direitos humanos representam essas lutas e sua criação se configura em produtos culturais.

Ademais, a citada teoria crítica reconhece o homem como sujeito transformador do mundo, motivo pelo qual, atribuindo a natureza de produto cultural aos direitos humanos, esses tenderão “[...] sempre a criar, a constituir, a buscar e a suscitar acontecimentos, encontros, espaços significativos de interação que aumentem a intensidade de nossas atitudes e aptidões para empoderar nos e empoderar os outros. [...]” (HERRERA FLORES, 2009, p. 27).

Contudo, essa vontade precisa advir de motivações internas relativas ao sujeito estar disposto a se transformar e o fazer, também, em relação ao mundo ao seu redor. Para tal fim, é necessária uma teoria de direitos humanos que, ao prestar mais atenção

ao social e ao ser humano, contextualizando suas lutas sociais, melhor reconheça as diferenças do meio em que aquele compõe e, mais facilmente, consiga conscientizá-lo para lutar contra causas de dominação e buscar sua verdadeira autonomia para realização de sua dignidade humana.

Por outro lado, a linha positivista, que entende os direitos humanos como estabelecidos e estanques, ao enaltecer o fenômeno da normatização jurídica de tais valores como caminhos para sua maior proteção e realização, deixou de considerar demais fatores influentes na atribuição de efetividade àqueles, os quais são trazidos à luz a partir da contextualização social.

Fatores esses muito relevantes para diferenciar uma realidade em que esses direitos são efetivados e, portanto, respeitados, e aquela em que esses não passam de simples abstração, razão pela qual Herrera Flores nos alerta para o fato de que a interpretação dos direitos humanos necessita considerar aspectos sociológicos, equivalentes às formas diferentes e plurais dos seres humanos reagirem às relações que experienciam, já que essas se originaram primeiro que os direitos e ofertam as diretrizes para a compreensão dos melhores meios concretos da aplicação daqueles.

Todavia, a crítica à positivação jurídica dos direitos humanos não significa para o autor que foram desconsiderados seus méritos, mas que não há mais espaço para interpretar os direitos humanos sob um fundamento apartado das peculiaridades do social, principalmente porque este influenciará a criação de estratégias políticas-econômicas na busca pela efetividade daqueles direitos, pois, como ressalta, o autor, que não há um caminho, mas sim “múltiplos caminhos para a dignidade”, sem desconsiderar as plurais formas que o homem tem de reagir ao mundo (HERRERA FLORES, 2009, p. 29-54).

Ademais, por ser a cultura uma maneira de reagir às relações sociais, políticas e econômicas, ela não pode se afastar das ações sociais, razão pela qual a proposta do multiculturalismo tradicional não tem conseguido resolver os problemas concretos da humanidade, além de prender-se à falsa noção de que será a ampliação das Declarações de Direitos Humanos e a imposição de ‘sanções’, que muito demoram para serem aplicadas, no plano internacional, o que resolverá o problema de falta de comprometimento com a realização dos direitos humanos (LEMOS, 2014). Ademais, essa observação crítica foi reforçada por Wolkmer ao verificar a necessidade do reconhecimento de uma interculturalidade, em sua dimensão pluralista, com caráter dialógico, hermenêutico e interdisciplinar no campo dos direitos humanos para que esses possam conceber novas concepções de cidadania (WOLKMER, 2006).

O descompromisso estatal existe porque é muito difícil para determinado grupo social aceitar o que lhes é estranho, o que lhes é imposto como o bom para sua existência, sem observar a sua identidade, fechando os olhos para as diferenças, em especial, as culturais.

Assim, o que a referida teoria crítica realça é que o multiculturalismo, na forma de compreender os direitos humanos como produtos culturais, necessita sair

o plano abstrato, examinar os diversos contextos sociais e criar condições para o desenvolvimento das potencialidades humanas, com base em uma “cultura de direitos” voltada à satisfação de uma vida digna, mas com respeito às diferenças e às garantias universais.

3 | CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os debates acerca do multiculturalismo levam à necessidade de rediscutir conceitos, em tese, consolidados, como o de direitos humanos, uma vez que situações rotineiras e tidas como comuns para determinadas culturas revelam-se agressivas e violadoras para outras tantas. Assim, a solução que se desvela, a fim de tornar possível a resolução de conflitos entre costumes e leis, é a aplicação da hermenêutica, consistente na análise do caso concreto e ponderação de valores, garantindo sempre a preservação dos direitos humanos e o respeito aos hábitos e valores locais como forma de encontrar a proteção a um mínimo universal intrinsecamente relacionado ao valor dignidade humana.

Entretanto, longe de impor padrões culturais ou uniformizar e extinguir particularidades culturais e sociais, o multiculturalismo tem por objetivo a guarda e o respeito às especificidades de cada grupo social respeitando-as dentro dos padrões mínimos e necessários para efetivar uma vida digna a cada pessoa.

Nesse contexto, os direitos humanos apresentam-se como mais uma fonte necessária a impedir as práticas indignas e degradantes à pessoa humana, desde que obtenham uma nova forma de interpretação a partir do seu reconhecimento enquanto produtos culturais. Isso porque os direitos humanos positivados em sentido universal não constituem a única saída para efetivar os valores morais inerentes à sobrevivência humana dada a necessidade de serem interpretados a partir dos contextos sociais em que são aplicados.

Dessa forma, enquanto produtos culturais que são, os direitos humanos estão aptos a sofrer adaptações, especialmente para continuar a oferecer ao homem a capacidade de instituir novas relações com o mundo a sua volta, recriando-o, e permitindo, pois, que em determinados momentos aquele rol instituído de forma universal possa ser repensado e ressignificado ante os mais diversos contextos sociais existentes na sociedade global, permitindo que as práticas culturais se adaptem ao sentido de dignidade humana enquanto qualidade intrínseca de todo ser humano.

REFERÊNCIAS

ASSEMBLEIA GERAL DAS NAÇÕES UNIDAS EM PARIS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. 10 dez. 1948. Disponível em: <http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001394/139423por.pdf>. Acesso em: 04 jul. 2018.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BRAGHIROLI, Fernanda; BARRETO, Adelar Monteiro. A (in) constitucionalidade do infanticídio indígena: o paradoxo entre a cultura de um povo e o direito à vida. **Revista Jurídica**, [S.l.], p. 62-88, maio 2017. Disponível em: <<http://revistajuridica.fadep.br/index.php/revistajuridica/article/view/16>>. Acesso em: 04 jul. 2018

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2007.

HERRERA FLORES, Joaquin. **Teoria crítica dos direitos: os direitos humanos como produtos culturais**. Tradução de Luciana Caplan, Carlos Roberto Diogo Garcia, Antonio Henrique Graciano Suxberger e Jefferson Aparecido Dias. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2009.

MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2006.

LEMONS, Eduardo Xavier. Revisitando Herrera Flores: Compreensões acerca da teoria crítica de direitos humanos. **Revista Crítica do Direito**, v. 58, n. 3, mar./abri. 2014. Disponível: <www.criticadodireito.com.br>. Acesso em: 10 out. 2014.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 4ed. São Paulo: Max Limonad, 2000.

SOUZA SANTOS, Boaventura de. **Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira. 2003

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

_____. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 9 ed. Rev. Atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

WOLKMER, Antônio Carlos. **Pluralismo jurídico, direitos humanos e interculturalidade**. Revista Jurídica Sequência, Florianópolis, n. 53, p. 113-128, dez. 2006.

SOBRE O ORGANIZADOR

Adaylson Wagner Sousa de Vasconcelos - Doutor em Letras, área de concentração Literatura, Teoria e Crítica, pela Universidade Federal da Paraíba (UFPB, 2019). Mestre em Letras, área de concentração Literatura e Cultura, pela Universidade Federal da Paraíba (UFPB, 2015). Especialista em Prática Judicante pela Universidade Estadual da Paraíba (UEPB, 2017), em Ciências da Linguagem com Ênfase no Ensino de Língua Portuguesa pela Universidade Federal da Paraíba (UFPB, 2016), em Direito Civil-Constitucional pela Universidade Federal da Paraíba (UFPB, 2016) e em Direitos Humanos pela Universidade Federal de Campina Grande (UFCG, 2015). Aperfeiçoamento no Curso de Preparação à Magistratura pela Escola Superior da Magistratura da Paraíba (ESMAPB, 2016). Licenciado em Letras - Habilitação Português pela Universidade Federal da Paraíba (UFPB, 2013). Bacharel em Direito pelo Centro Universitário de João Pessoa (UNJPÊ, 2012). Foi Professor Substituto na Universidade Federal da Paraíba, Campus IV – Mamanguape (2016-2017). Atuou no ensino a distância na Universidade Federal da Paraíba (2013-2015), na Universidade Federal do Rio Grande do Norte (2017) e na Universidade Virtual do Estado de São Paulo (2018-2019). Advogado inscrito na Ordem dos Advogados do Brasil, Seccional Paraíba (OAB/PB). Desenvolve suas pesquisas acadêmicas nas áreas de Direito (direito canônico, direito constitucional, direito civil, direitos humanos e políticas públicas, direito e cultura), Literatura (religião, cultura, direito e literatura, literatura e direitos humanos, literatura e minorias, meio ambiente, ecocrítica, ecofeminismo, identidade nacional, escritura feminina, leitura feminista, literaturas de língua portuguesa, ensino de literatura), Linguística (gêneros textuais e ensino de língua portuguesa) e Educação (formação de professores). Parecerista *ad hoc* de revistas científicas nas áreas de Direito e Letras. Vinculado a grupos de pesquisa devidamente cadastrados no Diretório de Grupos de Pesquisa do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq). orcid.org/0000-0002-5472-8879. E-mail: <awsvasconcelos@gmail.com>.

Agência Brasileira do ISBN
ISBN 978-85-7247-444-3

