



FIDZS

V. 9, n. 2, jul./dez. 2018

ISSN 2177-1383

LAWFARE:

Guerra Jurídica e
Perseguição política



FIDES, Natal, v. 9, n. 2, jul./dez. 2018.

ISSN 2177-1383

EDITORES GERAIS

Khadja Vanessa Brito de Oliveira

Matheus Luiz da Silva Câmara

DIRETORIA DE EDITORAÇÃO

Alyssa Carlyne de Souza Ramalho

Gabrielle Santos Bezerril

Jarson dos Santos Araújo

Kenycia Kywya Alves Rocha

Luiza Fernandes de Abrantes Barbosa

Mariana Caroline Moura de Medeiros

Milena da Silva Claudino

Sylvia Helena Cortez de Melo

Thayssa Meyrelles José

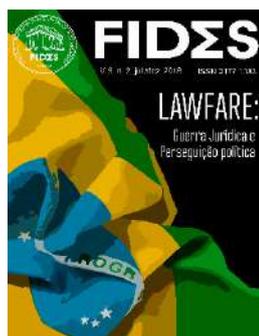
Victoria Louise e Silva Arboés Petronilo

PROFESSORES ORIENTADORES

Anderson Souza da Silva Lanzillo (UFRN)

Fabiana Dantas Soares Alves da Mota (UFRN)

Zéu Palmeira Sobrinho (UFRN)



Edição da Capa

Khadja Oliveira

Diagramação

Matheus Câmara

FIDES

Revista de Filosofia do Direito, do Estado e da Sociedade



É com muita satisfação que a Revista de Filosofia do Direito, do Estado e da Sociedade (FIDES) divulga mais uma edição. No decorrer desses nove anos de existência, a FIDES tem se proposto a incentivar a pesquisa e o debate em âmbito acadêmico, proporcionando discussões importantes acerca dos mais diversos temas e, nesta 18ª edição, o cenário não poderia ser diferente. Os trabalhos expostos procuram manter a simplicidade, informalidade e linguagem acessível, corroborando para a democratização do conhecimento, característica tão importante nos dias atuais.

Ciente das dificuldades inerentes às atividades de pesquisa no Brasil, a Revista FIDES parabeniza todos os pesquisadores pela coragem e dedicação, foi o trabalho de vocês que tornou esta edição possível. É importante frisar o grau de excelência alcançado por todos os autores, a qualidade e a relevância dos temas foram características presentes em todos os artigos publicados. A Revista FIDES agradece a todos que a escolheram como meio de publicação de seus trabalhos, contribuindo, assim, para o fluxo editorial do projeto.

Ademais, cumpre destacar o trabalho desempenhado pelo Conselho Editorial nesta publicação, foi caminhando lado a lado com os autores que o resultado desta edição foi alcançado. Não obstante, todos os elogios também são dados aos professores membros do Conselho Científico, foi graças às correções e apontamentos nos artigos, bem como o envio de trabalhos próprios para a seção de artigos científicos convidados, que a Revista tomou tal forma. Não seria possível mensurar a importância de todos vocês no projeto, mas resta aqui o agradecimento por parte da Revista.

Neste semestre, o evento de lançamento da 18ª edição da Revista FIDES optou por debater o tema “Lawfare: guerra jurídica e perseguição política”, uma questão emblemática, tendo em vista o período eleitoral e os abusos de direito vivenciados pelo Brasil em 2018, fazendo desse também tema da nossa 18ª edição.

A FIDES deseja a todos uma excelente leitura.

Natal, 08 de dezembro de 2018.

Conselho Editorial.

CONSELHO CIENTÍFICO

Ana Beatriz Presgrave	(UFRN)
Ana Raquel Moniz	(Universidade de Coimbra)
Anderson Lanzillo	(UFRN)
Ângelo Silvino	(UFRN)
Anselmo Carvalho	(UERN)
Antonio Jorge Soares	(UFERSA)
Carlos Sérgio Gurgel	(UERN)
Claudomiro Batista	(UERN)
Cleanto Fortunado	(UFRN)
Daniel Neves	(PUC-COGEAE)
Fabiana Mota	(UFRN)
Filipe Azevedo	(UnP)
Kildare de Medeiros	(UERN)
Lídia Maria Ribas	(UFMS)
Lindocastro Nogueira	(UERN)
Luiz Felipe Monteiro	(UFERSA)
Marcelo Maurício da Silva	(UNI-RN)
Maria Victória Rocha	(Universidade Católica Portuguesa)
Marianna Perantoni	(UFERSA)
Marise Costa Duarte	(UFRN)
Neuro Zambam	(IMED)
Pablo Lanna	(UFERSA)
Pedro Fernandez Sanchez	(Universidade de Lisboa)
Rômulo Lima de Góis	(UFRN)
Rodrigo Leite	(UFERSA)
Rute Saraiva	(Universidade de Lisboa)
Sandra Tavares	(Universidade Católica Portuguesa)
Volnei Rosalen	(UFSC)
Wilson José Gonçalves	(UFMS)
Zéu Palmeira	(UFRN)

ARTIGOS CONVIDADOS

09

O FIM DA POLÍTICA: O LAWFARE E O CONTINENTE LATINO-AMERICANO

DANIEL ARAÚJO VALENÇA

GUSTAVO HENRIQUE FREIRE BARBOSA

23

A IMPORTÂNCIA DA FUNÇÃO CONTRAMAJORITÁRIA DO STF FRENTE A ATUAL SOCIEDADE PLURAL

FABIANA DANTAS SOARES ALVES DA MOTA

RAFAELA OLIVEIRA REIS CADÓ

37

CONTROLE DA CONVENCIONALIDADE DOS ARTIGOS 181 E 182 DO CÓDIGO PENAL (ESCUSAS ABSOLUTÓRIAS) NOS CRIMES PATRIMONIAIS DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER

ÉRICA VERÍCIA CANUTO DE OLIVEIRA VERAS

GABRIELA NIVOLIERS SOARES DE SOUSA ARAÚJO

50

CANDIDATO SEM PARTIDO?

ANA BEATRIZ FERREIRA REBELLO PRESGRAVE

56

PROSTITUIÇÃO: “TRABALHO” (MAIS) SEGURO?

SANDRA TAVARES

- 61** **CONTRARREFORMA TRABALHISTA COMO DESDOBRAMENTO DA CRISE CAPITALISTA**
NÍVEA MARIA SANTOS SOUTO MAIOR
- 72** **EFETIVAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS E A AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA**
FÁBIO JOSÉ VARELA FIALHO
- 91** **ATIVISMO JUDICIAL: UMA ANÁLISE EM FACE DO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES**
SABRINA ALLANA FONSECA DE ANDRADE
- 110** **O CRESCIMENTO DA CONSCIÊNCIA MORAL SEGUNDO O PENSAMENTO DE JACQUES MARITAIN**
RENATO RATTI
- 124** **A CONDENAÇÃO DO BRASIL PELA OMC: ANÁLISE DA ILICITUDE DO PROGRAMA INOVAR-AUTO**
LARA CALDAS BATISTA TEIXEIRA
- 141** **COTAS RACIAIS EM CONCURSO PÚBLICO: UMA APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE**
CÍNTIA LARISSA BRAGA ALBINO
FABIANO ANDRÉ DE SOUZA MENDONÇA

- 160** A TUTELA DE EVIDÊNCIA NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL: INOVAÇÕES E EFETIVIDADE NA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL
HERBETE FELIPE SILVEIRA E SOUZA
- 178** A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DA VAQUEJADA: LIVRE MANIFESTAÇÃO CULTURAL *VERSUS* DIREITO DOS ANIMAIS
INGRID DE LIMA BARBOSA
JOYCE DE MATOS DANTAS
- 197** O HOMEM DE ALCATRAZ: UMA APROXIMAÇÃO ENTRE A REALIDADE DO SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO E O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL
EDSON MATHEUS DANTAS VIEIRA
RODRIGO DA SILVA FERNANDES
- 218** O STJ E O MOMENTO DE RECEBIMENTO DA DENÚNCIA NO PROCEDIMENTO COMUM ORDINÁRIO
MARCOS VINÍCIUS FIDELIS BEZERRA
- 231** DIFERENCIAÇÃO DE PREÇOS PARA COMPRAS EM DINHEIRO E EM CARTÃO À LUZ DO DIREITO CONSUMERISTA: ANÁLISE CRÍTICA DA LEI 13.455 DE 2017
LARA CALDAS BATISTA TEIXEIRA
AURINO ALEXANDRINO GRILO VILA



ARTIGOS CONVIDADOS



O FIM DA POLÍTICA: O *LAWFARE* E O CONTINENTE LATINO-AMERICANO

*Daniel Araújo Valença*¹

*Gustavo Henrique Freire Barbosa*²

RESUMO

A persecução penal a Luiz Inácio Lula da Silva apresenta elementos que apontam para certa atipicidade no funcionamento do aparato estatal brasileiro. Em verdade, não apenas neste caso concreto, mas em outros há o que se tem denominado de “*Lawfare*”, uma ação articulada do sistema de justiça e grandes meios de comunicação com fins de intervir nos rumos da disputa política. Este artigo, dessa maneira, volta-se a esclarecer a ocorrência ou não do *Lawfare* e, principalmente, analisar quais as determinações que levam a sua ocorrência. Para tanto, partimos do materialismo histórico-dialético e utilizamos a revisão bibliográfica como instrumentos metodológicos. Concluímos, por fim, que a dominação das classes dirigentes latino-americanas assentou-se historicamente na coercitividade e não, em termos gramscianos, na hegemonia, sendo o *Lawfare* a sua expressão no século XXI.

Palavras-chave: Lawfare. Democracia. América Latina.

¹ Professor de Direito na UFERSA. Doutor em Ciências Jurídicas pela UFPB. Coordenador do Grupo de Estudos em Direito Crítico, Marxismo e América Latina (GEDIC).

² Mestre em Direito Constitucional pela UFRN. Advogado.

1 INTRODUÇÃO

A persecução penal a Luiz Inácio Lula da Silva vem apresentando, especialmente nesses últimos três anos, elementos que apontam para certa atipicidade no funcionamento do aparato estatal brasileiro. Para alguns, eles conformam o que se tem denominado de *Lawfare* – o uso do sistema de justiça, em articulação com grandes meios de comunicação empresariais, para intervir e alterar os rumos da disputa democrática nos marcos da democracia liberal-representativa. Há, também, quem identifique o *Lawfare* em outros países do continente, tais como Argentina, Equador e Peru.

A primeira questão a se debruçar é a existência ou não do *Lawfare*, especialmente no caso do Presidente Lula. Mas, se há indícios de sua existência no Brasil e em outros países sul-americanos, o que explica essa ocorrência regional neste momento histórico? O que leva tal fenômeno a manifestar-se especialmente em terras outrora conquistadas por espanhóis e portugueses?

O presente artigo volta-se, portanto, a problematizar estas questões. Para tanto, partiremos do materialismo histórico dialético, ou seja, recorreremos à história para, visualizando os movimentos decorrentes de suas contradições intrínsecas, extrair determinações aptas a possibilitar a compreensão do objeto. Como instrumento metodológico, faremos uso de revisão bibliográfica. O artigo está dividido em três seções, sendo a primeira delas voltada a debater a formação social latino-americana. Logo após, debateremos o cenário latino-americano neste incipiente século XXI. Por fim, entraremos no tema *Lawfare* e sua materialização no Brasil.

2 DO SAQUEIO À INSERÇÃO DEPENDENTE: DETERMINAÇÕES DO PADRÃO DE SOCIABILIDADE LATINO-AMERICANA

A América Latina revela especificidades em sua formação social, derivadas da empreitada colonial. Não que inexistissem farta história, cultura e padrões de sociabilidade anteriores à Conquista europeia. Em verdade, a diversidade de povos e nações, em estágios distintos de desenvolvimento de suas forças produtivas, deparou-se com os europeus, e, como num estalo, alterar-se-iam bruscamente sua reprodução social e o seu porvir histórico.

Guaranis, incas, astecas e outras incontáveis sociedades indígenas conheceram esse “novo mundo” desde uma posição desfavorável. Os incas, por exemplo, cujo amplo domínio

se estendia para além dos Andes, caíram sem grandes conflitos frente aos espanhóis, pois a disputa entre os irmãos imperadores *Atahualpa* e *Huáscar* (MESA-FIGUEROA; GISBERT; MESA-GISBERT, 2008) causara uma fragilidade sem precedentes ao Império. Todavia, em geral, a derrota indígena se deu em função do inferior desenvolvimento de suas forças produtivas e, conseqüentemente, de seu poderio militar, em relação aos colonizadores.

Ao subjugar os povos originários, Portugal e Espanha os inseriram em um contexto internacional até então por eles desconhecido, como também impuseram relações de produção, formas organizativas, valores, religião, direito. Deste ato de força e de busca desenfreada por locupletar-se, construiu-se um padrão civilizatório de traços intrínsecos, com especificidades frente a outras realidades espaço-temporais. Destacamos, ademais, que, perante a pluralidade de povos, estágios de produção, aspectos climáticos e geográficos, para além das características distintivas entre Portugal e Espanha, apesar de elementos comuns às sociedades coloniais, estas não podem ser reduzíveis a um modelo único. Na região do Alto Peru – atualmente Peru e Bolívia –, a relação social de produção adotada para a melhor acumulação de riquezas por parte da Metrópole foi a *Mita*, voltada à exploração do trabalho indígena, enquanto no Brasil a relação social de produção majoritária foi a escravidão.

De qualquer maneira, as sociedades coloniais fundaram seus pilares na submissão de civilizações indígenas predecessoras e de povos africanos, na superexploração do trabalho, bem como em uma inserção dependente no circuito do capitalismo mercantil. Perfez-se uma estruturação social em que os elementos classe, sexo e raça/etnia se entrelaçavam e perfaziam mundos e realidades distintos.

As guerras civis de libertação e os processos de independência tampouco alteraram os alicerces desta formação social. Enquanto na Europa o continente avançava em sua revolução industrial, com a universalização do assalariamento como principal relação social de produção e sua forma política correspondente, a democracia liberal representativa, o continente latino-americano alcançava a independência frente às colônias, mas manteria os pressupostos da sociedade colonial intactos.

Dessa maneira, o surgimento das repúblicas e do Império no continente não significaram transformações nas forças produtivas e relações sociais de produção. A *pongueaje*, relação social de produção semelhante à servil, continuou existindo nos Andes, até a Revolução Nacional de 1952 na Bolívia. No Brasil, será apenas após a industrialização dos anos 1930 que se desenvolverá o assalariamento, assentado em uma plataforma de direitos assegurada na CLT de 1943. Desta maneira, o continente manteve as bases de sua formação

social: superexploração do trabalho, com recorte étnico-racial, inserção dependente no capitalismo internacional e frágil patamar de exercícios democráticos.

Nesse sentido, Hobsbawm aponta que

As ideias e instituições liberais francesas e britânicas que a América Latina adotou no início do século XIX não faziam sentido na sociedade feudal e colonial; ou melhor, elas simplesmente se tornaram mais um método de enriquecer os que já eram ricos, fortalecer os que já eram fortes - por exemplo, com a espoliação das terras comuns indígenas, com a corrupção de deputados e ministros, pelos atrasos intermináveis de uma justiça teoricamente lúcida e codificada. (HOBSBAWM, 2017, p. 61).

Portanto, o reflexo político das relações modernas de produção capitalista, a República fundada sob as bases da democracia liberal-representativa, não se materializou no continente latino-americano.

Traduzindo em termos gramscianos, a exploração de classes nesses territórios, em regra, não se deu mediante determinada hegemonia – ideias, valores das classes dominantes assimilados pelas classes subalternas e que as levam a consentir a dominação –, mas sim pela coercitividade. É isto o que explica a recorrência de golpes de Estado, rupturas democráticas, e ausência de convívio democrático no continente.

3 A ASCENSÃO DE GOVERNOS PROGRESSISTAS, A CRISE CÍCLICA DO CAPITAL DE 2008 E AS TURBULÊNCIAS NO CONTINENTE

A formação social descrita na seção anterior atravessou os séculos e sobreviveu à contemporaneidade. Elemento comum às diversidades de nações latino-americanas, também no Brasil o fenômeno se reproduziu, por mais que tenha ocorrido uma industrialização tardia e processo de modernização conservador, como afirmava Carlos Nelson Coutinho. Dessa forma, a reprodução do modelo liberal importado do Norte se revelou tacaña e incompleta, tendo o continente convivido mais com a ausência democrática do que com um processo democrático, mesmo que de baixa intensidade.

Hobsbawm, na década de 1960, afirmava que as massas latino-americanas participariam do processo democrático em uma única oportunidade, durante os governos populistas das décadas de 1930 a 1950. Podemos afirmar que essas massas vivenciarão um

segundo grande momento de participação no ambiente democrático, com a eleição de governos progressistas na região, na virada do século XX para o XXI.

Neste período, a América do Sul passou por processos constituintes, conhecidos como “Novo Constitucionalismo Latino-Americano”, políticas públicas de redistribuição de excedentes, com a consequente majoração do custo de reprodução social das forças de trabalho locais (VALENÇA, 2018). Este avanço do trabalho na relação capital x trabalho viu-se atravessado pela crise internacional do capital, que reconfigurou a luta de classes em nível internacional, com as especificidades regionais. Novas flexibilizações no mundo do trabalho, novos processos de acumulação por despossessão (HARVEY, 2011), o continente passou a vivenciar uma alteração na correlação de forças entre capital x trabalho que demandava o recuo das forças populares no seio do Estado. É aqui que o *Lawfare* aparece.

4 LAWFARE E O CASO LULA

Em sua Teoria Geral do Direito e Marxismo, Pachukanis (2017) nos ensina que a democracia liberal e seus institutos (democracia representativa, cidadania, processos eleitorais, etc.) são importantes na medida em que implicam a estabilidade do sistema e a capacidade do Estado de manter sob controle os conflitos, tensões e antagonismos inerentes à sociabilidade capitalista.

No frígir dos ovos, noções como as de devido processo legal e direitos fundamentais correspondem a elementos essenciais ao processo de reprodução capitalista, tendo em vista que se ocupam de reforçar a ideia de unidade e de coesão social do sistema.

Sílvio Luiz de Almeida (2018), observa que, em períodos de crise, caracterizadas pela impossibilidade de manter sob controle ideológico e político as contradições inerentes ao capitalismo, democracia, cidadania e todo o leque de direitos e garantias correlacionadas não só poderão como serão ultrapassadas pela necessidade de conservar as formas sociais próprias da sociabilidade capitalista.

Assim, tão logo o arcabouço constitucional voltado à proteção e a garantia de direitos se torne um obstáculo ao processo de acumulação e concentração privada da riqueza coletivamente produzida, será desconsiderado nos termos que definiu Hesse (2009), segundo o qual as formas políticas se movem independentemente das formas políticas.

Alexandre Morais da Rosa (2018) define *Lawfare* como “o uso do Direito e suas diversas possibilidades como estratégia para aniquilamento do inimigo, em geral com fins políticos”. Mais adiante, explica:

Embora nascida na lógica do Direito Internacional, serve de marco de referência para promoção de ações coordenadas em face das disputadas ideológicas, mediante o uso da mídia, do Judiciário e das ações penais. As táticas de guerra invocadas anteriormente encontram no ambiente jurídico um novo campo de batalha. O processo penal acaba sendo instrumentalizado com finalidades estranhas ao seu objetivo primeiro, já que alinhado com finalidades políticas.

O *Lawfare*, assim, pode ser compreendido como uma “homenagem” que se presta às formas do Estado Democrático de Direito; uma vez inconvenientes aos propósitos circunstanciais das forças políticas hegemônicas, a lei e o processo, instrumentos clássicos de garantia dos cidadãos e cidadãs, são utilizados com finalidade exatamente diversa, buscando a aniquilação política dos adversários da ocasião por meio da legitimidade emprestada pela pretensa observância dos ritos legais.

Em escala internacional, o mais emblemático caso de *Lawfare* é o do ex-presidente Lula, réu em ao menos sete ações judiciais³. Lula foi condenado no caso do tríplex pela 13ª Vara Federal de Curitiba em um processo cujas arbitrariedades ganharam projeção internacional, chamando a atenção de um renomado grupo de juristas que

denunciou, entre outros pontos, o fato de o juiz Sergio Moro ter autorizado divulgar na imprensa elementos como a gravação de uma conversa telefônica entre o ex-presidente e sua sucessora, Dilma Rousseff, e questionou “o caráter precipitado, injusto e parcial do processo”. Os signatários disseram estar igualmente preocupados com as “graves afrontas aos direitos da defesa” de Lula, como submeter seus advogados a escuta telefônica.

Veículos da imprensa apontaram o açodamento do Tribunal Regional Federal da 4ª região em pautar o julgamento do recurso do ex-presidente para janeiro de 2018, mesmo tendo sido condenado apenas cinco meses antes. Levantamento do jornal Folha de S. Paulo,

³ Fonte: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2018/04/veja-outras-aco-es-onde-lula-e-reu.shtml>

por exemplo, apurou em mais de uma ocasião a atipicidade na rapidez⁴ com que foi pautado⁵. O mesmo ocorreu em relação ao despacho que autorizou sua prisão após o julgamento de *Habeas Corpus* impetrado em seu favor junto ao STF⁶.

Lenio Streck (2017) aponta a política como uma das predadoras do direito. Sua perspectiva é a de que, com fundamento em Kelsen, longe de expurgar as dimensões não-normativas do direito e das leis, tais dimensões já foram objeto de debates e deliberações no momento oportuno, qual seja, o da produção legislativa.

Nele, as mais diversas expressões de uma sociedade plural representada no Poder Legislativo tiveram a oportunidade de sintetizar seus antagonismos e contradições e fazer prevalecer, política e institucionalmente, o conteúdo da lei que será promulgada. Expandir a questão moral para além deste momento seria pregar o direito, tendo como consequência um quadro de insegurança jurídica e instabilidade institucional.

Com a condenação de Lula no TRF4, a Lei da Ficha Limpa, que impede a candidatura de condenados por órgão colegiado, passou a incidir sobre o ex-presidente. Apesar da própria lei a prever hipótese de candidatura de condenados nessas circunstâncias⁷ e haver farta jurisprudência sobre o tema, não foi possível que Lula se candidatasse à Presidência da República mesmo estando confortavelmente à frente nas pesquisas.

Para além desses elementos, poderíamos citar a mudança no entendimento da Suprema Corte quanto ao cumprimento da pena antes do trânsito em julgado (a qual, contudo, determina a análise do caso concreto, ao contrário do entendimento sumulado do TRF4, em que o cumprimento ocorre bastando a condenação unânime em segunda instância), a sinistra mudança de voto da ministra Rosa Weber, contradizendo suas posições materializadas em julgados imediatamente anteriores ao de Lula, para além do incrível episódio da “suspensão” do HC deferido pelo desembargador de plantão Rogério Favreto.

4.1 Lula e o mercado: uma contradição insuperável

⁴ Fonte: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2018/01/1948737-caso-lula-passa-a-frente-de-7-aco-es-da-lava-jato-em-tribunal.shtml>

⁵ Fonte: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2017/12/1947097-tribunal-julga-caso-de-lula-com-a-rapidez-de-aco-es-mais-simples.shtml>

⁶ Fonte: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-43663772>

⁷ “Art. 26-C. O órgão colegiado do tribunal ao qual couber a apreciação do recurso contra as decisões colegiadas a que se referem as alíneas *d*, *e*, *h*, *j*, *l* e *n* do inciso I do art. 1º poderá, em caráter cautelar, suspender a inelegibilidade sempre que existir plausibilidade da pretensão recursal e desde que a providência tenha sido expressamente requerida, sob pena de preclusão, por ocasião da interposição do recurso.

Em 11 de outubro de 1989, pouco antes das eleições presidenciais, Mario Amato, então presidente da Federação das Indústrias do Estado de São Paulo (FIESP), declarou que “*se Lula ganhar as eleições, aqui o número de empresários que fugiriam não seria menor do que 800 mil. Além disso, deixaríamos de ter investimentos dos países desenvolvidos*”⁸.

Advertiu, para uma plateia de 120 mil lideranças empresariais, que 80 mil pessoas do ramo deixaram Portugal após a Revolução dos Cravos, comparando a vitória eleitoral de Lula, mesmo sob a regular sistemática das democracias eleitorais, com o fim do regime salazarista.

Com a aproximação das eleições de 2018, o mercado voltou a demonstrar receio quanto a uma eventual vitória de Lula e com o conseqüente risco das reformas levadas à frente pelo governo Temer – em especial a Emenda Constitucional nº 95, a Emenda do Teto de Gastos - serem interrompidas⁹. “*Os mercados ficam mais tranquilos se o Lula estiver fora do jogo*”, chegou a afirmar José Francisco Gonçalves, economista-chefe do Banco Fator¹⁰, por ocasião da condenação do ex-presidente pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região em janeiro.

Analistas do mercado financeiro passaram a não esconder que se dependesse deles não haveria eleições¹¹. Se a aplicação do projeto de desconstrução da Constituição de 1988, da acentuação dos níveis de exploração e do ataque a direitos da classe trabalhadora só está sendo possível em razão da ruptura com as formas democráticas, está claro que a democracia, neste caso, figura como instrumento de resistência dos trabalhadores e, por isto, é inimiga do mercado.

Eduardo Galeano (2017, p. 162) escreve que, em 1944, pouco antes da queda do ditador Jorge Ubico na Guatemala, a revista *Reader's Digest* publicou artigo no qual elogiava o pendor pró-mercado do seu governo, realçando a queda da inflação realizada às custas da brutal diminuição dos salários de segmentos da classe trabalhadora. Foi também nesta época que Ubico deu aos senhores de café e às empresas bananeiras a permissão para matar sem o risco de sentarem no banco dos réus: “*estarão isentos de responsabilidade criminal os proprietários das fazendas...*”, enunciava o Decreto nº 2.795, dando o aval para a repressão sem limites de qualquer greve ou manifestação que tivesse à frente trabalhadores e trabalhadoras.

⁸ Fonte: <http://acervo.oglobo.globo.com/frases/se-lula-ganhar-as-eleicoes-aqui-numero-de-empresarios-que-fugiriam-nao-seria-menor-do-que-800-mil-alem-disso-deixariamos-de-ter-investimentos-dos-paises-desenvolvidos-14378528>

⁹ Fonte: <https://economia.uol.com.br/noticias/redacao/2018/06/24/eleicoes-2002-2018-semelhancas-diferencas.htm>

¹⁰ Fonte: <https://economia.estadao.com.br/blogs/economia-a-vista/mercado-financeiro-comemora-a-condenacao-de-lula/>

¹¹ Fonte: <http://www.valor.com.br/brasil/5011788/eleicao-de-2018-ameaca-reformas-dizem-analista>

Segundo o artigo 219 da Constituição de 1988, “o mercado interno integra o patrimônio nacional e será incentivado de modo a viabilizar o desenvolvimento cultural e sócio-econômico, o bem-estar da população e a autonomia tecnológica do País, nos termos de lei federal”. Isso significa que a Constituição, projetando um país industrializado e soberano, impõe que a condução de nossa política econômica deve se dar de acordo com os imperativos escolhidos pela comunidade política – aqueles encontrados no artigo 3º de nossa lei maior – e não de acordo com os automatismos do mercado, condicionados pelo lucro a curto prazo, pela exploração desmedida e pela ausência de um programa de desenvolvimento nacional.

A ideia por trás do artigo 219 e da conformação da ordem econômica trazida pela Constituição de 1988 é a de acertar as contas com o nosso passado de grande feudo colonial exportador de matéria-prima para o incipiente capitalismo mercantil, quebrando com os laços de dominação pós-colonial e com a lógica da monocultura agroextrativista. Só assim seria possível tirar do Brasil a pecha de mero exportador de *commodities*, tendo em vista que a canalização da produção da riqueza para a melhoria e o bem-estar da população diz respeito a uma narrativa incompatível com os propósitos predatórios do mercado. Não por acaso, o período que é considerado os anos dourados do capitalismo corresponde exatamente aos trinta anos posteriores à Segunda Guerra, onde, nos países centrais, desenvolveu-se uma rede de bem-estar social com altos níveis de participação política nos marcos das democracias liberais.

A execução do programa constitucional, entretanto, tornou-se um obstáculo às formas de acumulação prevalentes na atualidade. Estas formas se desenvolvem na esteira da dilapidação do Estado de Bem-Estar Social e da gestão dos fundos públicos que representam a precondição da acumulação e da reprodução da força de trabalho por meio das despesas sociais. Trata-se, de forma resumida, do salário indireto pago publicamente aos cidadãos e cidadãs sob a forma de direitos sociais, ou seja, do aumento dos custos de reprodução da força de trabalho.

Segundo Chauí (2017, p. 190), nesse processo de garantia da acumulação e reprodução do capital e da força do trabalho, o Estado endividou-se ao ponto de adentrar num processo chamado de *déficit* fiscal. Daí veio a internacionalização oligopolista da produção e da finança, predando estes fundos públicos em razão das principais formas de acumulação terem passado da produtiva para a financeira e especulativa. O neoliberalismo, portanto, diz respeito à decisão de cortar o fundo público no polo de financiamento dos bens e serviços

públicos (salário indireto) ao passo que maximiza o uso da riqueza pública em investimentos exigidos pelo capital.

Nesse contexto, o Estado de Bem-Estar previsto pela Constituição de 1988 acabou por ser tornar um obstáculo a esta nova perspectiva de acumulação. Frente à possibilidade da eleição de Lula representar um retorno do prestígio à socialdemocracia traçada constitucionalmente, ocorreu o que Lenio Streck (2017, p. 35) chama de traição do direito pela moral pela mão de instituições que deveriam protegê-lo: o Ministério Público e o Poder Judiciário.

Não por menos, Rafael Valim (2017, p. 34) conclui que o principal e mais perigoso agente da exceção no Brasil é o Poder Judiciário. O estado de exceção, segundo Valim, é uma exigência do atual modelo neoliberal, onde se neutraliza a prática democrática e se reconfiguram regimes políticos em escala universal. Em síntese: o mercado define os inimigos e o Estado os combate.

4.2 A cortina do *Lawfare*

A condenação e a prisão do ex-presidente Lula, alvo sucessivo de vários processos judiciais, logrou êxito em, ao menos momentaneamente, manter vivo o projeto de desconstrução do grande acordo civilizatório de 1988. Sua eliminação da vida política, portanto, situa-se muito além de sua pessoa, representando uma ofensiva contra o programa representado pela própria ordem democrática.

Pachukanis (2017) demonstra que se o projeto de construir um edifício não pode ser considerado o edifício real, pois se o projeto não sair do papel não podemos afirmar que o edifício foi construído. Se a democracia é definida também como o respeito à constituição e este respeito é impossibilitado pelos propósitos da acumulação, será que realmente estamos numa democracia? Seus ensinamentos, assim, permitem compreender o momento normativo do direito como uma expressão do processo de troca de mercadorias inerente ao modo de produção capitalista (NAVES, 2000, p. 8), razão pela qual a democracia liberal, mesmo dentro de suas próprias premissas, vem se mostrando cada vez mais inviabilizada, conforme apontado por Valim.

Em *O 18 Brumário de Luís Bonaparte*, Marx (2011) sintetiza como o Estado é produto e não produtor do capitalismo. Suas formas, portanto, se submetem aos seus desígnios, não o contrário. É esta a razão pela qual, dentro do modo de produção capitalista, só a emancipação política é possível, não a emancipação humana em sua perspectiva mais

autêntica e radical, conforme se vê em *Sobre a Questão Judaica* (2010). O Estado, tal qual se apresenta na atualidade, não é uma forma política vista em sociedades anteriores, de maneira que sua manifestação é especificamente moderna, ou seja, capitalista (MASCARO, 2013, p. 17).

Nesse contexto, a exacerbada criatividade judicial em perseguir Lula a partir dos marcos formais do sistema processual acusatório é uma das mais pornográficas expressões da completa indiscrição de setores do judiciário em privatizar a justiça e aprisionar a Constituição na gaiola de moralismos antirrepublicanos que, no fim das contas, servem para atender aos reclamos por níveis ainda maiores de exploração e de acumulação.

Passar a enxergar quimeras republicanas – a soberania e o respeito ao devido processo legal são algumas delas – enquanto meios e instrumentos de disputa, ao invés de seus derradeiros fins, é um passo imprescindível para a estratégia de resistência à rapina pela qual o Estado brasileiro vem passando.

No artigo “*A guerra justa de Lula*”, Fernando Tibúrcio Peña (2017, p. 135) afirma que, nos casos em que o ativismo judicial é a mola propulsora de processos, tamanho contrassenso pode levar a um paradoxal estado de coisas onde aquele que julga acaba ficando sob a sombra da bandeira que empunha. Quando isso acontece quem perde não é apenas Lula. É a própria democracia.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A persecução penal atípica do aparato estatal contra o ex-presidente Lula se constitui no que se tem denominado de *Lawfare*. Em verdade, não apenas ele, mas diversos líderes progressistas ex-presidentes – tais como Rafael Correa e Cristina Kirchner – estão sendo vítimas de perseguição política, com a anuência e participação direta de grandes meios de comunicação.

O *Lawfare* deve ser compreendido a partir da formação social da América Latina, que nos informa a indisposição de suas elites locais quanto a possibilidade de constituição de um padrão de sociabilidade fundado no bem-estar dos trabalhadores e em um ambiente democrático. É um equívoco, portanto, minimizar o fenômeno e atribuí-lo a determinado Juiz ou Corte Superior. Ele se constitui, dessa maneira, na forma contemporânea de impedimento do ambiente democrático em sociedades que, historicamente, a dominação sempre se materializou mediante a coercitividade estatal. Se antes as elites acionavam os quartéis, para

assegurar melhor taxa de lucro na exploração da força de trabalho, agora se valem da ação articulada de setores do sistema de justiça e meios empresariais de comunicação.

O *Lawfare*, ao interditar o embate político, interferindo diretamente em seus rumos, não significa o fim da política e o deslocamento da disputa do poder para a esfera jurídica, mas, sim, que o fim do *Lawfare* é em si político: retirar das classes trabalhadoras a possibilidade de desenvolverem representação e projetos políticos autônomos frente a candidaturas e programas dos mercados.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Sílvio Luiz de. Neoconservadorismo e liberalismo. In: **O ódio como política: a reinvenção das direitas no Brasil**. São Paulo: Boitempo Editorial, 2018.

CHAUÍ, Marilena. **Sobre a violência**. São Paulo: Autêntica, 2017.

EXAME. **Juristas internacionais denunciam irregularidades no julgamento de Lula**. Disponível em: <<https://exame.abril.com.br/mundo/juristas-internacionais-denunciam-irregularidades-no-julgamento-de-lula/>>. Acesso em: 24 nov. 2018.

GALEANO, Eduardo. **As Veias Abertas da América Latina**. São Paulo: LP & M, 2015.

GRAMSCI, Antonio. **Cadernos do Cárcere**. Volume I. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2006.

HARVEY, David. **O enigma do capital: e as crises do capitalismo**. São Paulo: Boitempo, 2011.

HESSE, Konrad. **Temas Fundamentais do Direito Constitucional**. 1. ed. São Paulo: Saraiva. 2009.

HOBBSMAWM, Eric. **Viva la Revolución: a era das utopias na América Latina**. São Paulo: Companhia das Letras, 2017.

MARX, Karl. **O 18 de brumário de Luís Bonaparte**. São Paulo: Boitempo Editorial, 2011.

_____. **Sobre a Questão Judaica**. São Paulo: Boitempo Editorial, 2010.

MASCARO, Alysson Leandro. **Estado e forma política**. São Paulo: Boitempo Editorial, 2013.

MESA-FIGUEROA, José de; GISBERT, Teresa; MESA-GISBERT, Carlos D. **Historia de Bolivia**. La Paz: Gisbert, 2008.

NAVES, Márcio Brilharinho. **Marxismo e direito: um estudo sobre Pachukanis**. São Paulo: Boitempo Editorial, 2000.

O GLOBO. **Se Lula ganhar as eleições, aqui o número de empresários que fugiriam não seria menor do que 800 mil. Além disso, deixaríamos de ter investimentos dos países desenvolvidos**. Disponível em: <<https://acervo.oglobo.globo.com/frases/se-lula-ganhar-as-eleicoes-aqui-numero-de-empresarios-que-fugiriam-nao-seria-menor-do-que-800-mil-alem-disso-deixariamos-de-ter-investimentos-dos-paises-desenvolvidos-14378528>>. Acesso em: 24 nov. 2018.

PACHUKANIS, Evguéni B. **Teoria Geral do Direito e Marxismo**. São Paulo: Boitempo Editorial, 2017.

PEÑA, Fernando Tibúrcio. A guerra justa de Lula. In: **O Caso Lula: a luta pela afirmação dos direitos fundamentais no Brasil**. São Paulo: Contracorrente, 2017.

ROSA, Alexandre Moraes da. **Se você não sabe o que é *soft law* e *lawfare*, pior para você**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-mai-18/limite-penal-voce-nao-sabeo-soft-law-lawfare-pior-voce>>. Acesso em: 24 nov. 2018.

STRECK, Lenio Luiz. Luz, câmera, ação: a espetacularização da operação Lava Jato no caso Lula ou de como o direito foi preado pela moral. In: **O Caso Lula: a luta pela afirmação dos direitos fundamentais no Brasil**. São Paulo: Contracorrente, 2017.

VALENÇA, Daniel Araújo. **De Costas para o Império**: o Estado Plurinacional da Bolívia e a luta pelo socialismo comunitário. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2018.

VALIM, Rafael. **Estado de Exceção**: a forma jurídica do neoliberalismo. São Paulo: Contracorrente, 2017.

THE END OF POLITICS: LAWFARE AND THE LATIN AMERICAN CONTINENT

ABSTRACT

The criminal prosecution of Luiz Inácio Lula da Silva presents elements that point to a certain atypicality in the functioning of Brazilian state apparatus. In fact, not only in this particular case but others, there's what has been called "Lawfare", an articulated action of the justice system and large media, to intervene in the direction of political dispute. This article, in this way, aims to clarify the occurrence or not of Lawfare and, mainly, to analyze the determinations that lead to its occurrence. For this, we start from historical-dialectical materialism and use bibliographical revision as methodological instruments. We conclude, at last, that the domination of Latin American ruling classes was historically based on coercivity and not, in Gramscian terms, on hegemony, being the Lawfare its expression in the twenty-first century.

Keywords: Lawfare. Democracy. Latin America.



A IMPORTÂNCIA DA FUNÇÃO CONTRAMAJORITÁRIA DO STF FRENTE A ATUAL SOCIEDADE PLURAL

Fabiana Dantas Soares Alves da Mota¹

Rafaela Oliveira Reis Cadó²

RESUMO

Hodiernamente constitui-se inquestionável a globalização pela qual o mundo passou e continua vivenciando. A pesquisa realizada é qualitativa, exploratória e bibliográfica, baseada no método dedutivo. No contexto dos pós Segunda Guerra em que a sociedade ficou de fato assustada com a atrocidades ali vividas, automaticamente foi se voltando mais a atenção para os indivíduos individualmente. Nesse sentido a sociedade vem a ser compreendida como plural em todos os âmbitos, sendo valorizadas todas as opiniões, independentemente de serem enxergadas como majoritárias. Nesse contexto, a atuação do judiciário veio crescendo cada vez mais, e precipuamente a ação da Suprema Corte Constitucional que tem como função primordial guardar e buscar a efetivação da Carta Maior, principalmente no que diz com os direitos fundamentais, que buscam valorizar a essência do ser humano. Desta feita, os objetivos deste trabalho se constituem em analisar o relevo da função contramajoritária realizada pelo STF e seus consectários, a partir da promoção dos pilares da liberdade,

¹ Mestre em Direito Constitucional pela UFRN. Especialista em Direito Público. MBA em Planejamento e Gestão Estratégica. Professora do Departamento de Direito Privado da UFRN. Advogada.

² Mestre em Direito Constitucional pela UFRN. Especialista em Direito Constitucional pela UFRN (2015). Advogada.

igualdade e justiça; nesse norte deve-se buscar a manutenção dos direitos das maiorias e a inclusão das minorias nessa engrenagem.

Palavras-chave: Direito Constitucional. Função Contramajoritária. Supremo Tribunal Federal. Sociedade plural. Teoria da Constituição.

1 INTRODUÇÃO

A sociedade contemporânea em que vivemos, diante da conjuntura de constante mutação social é por demais complexa e exige um olhar diferenciado sobre cada indivíduo. Desta forma, há que se valorizar cada cidadão em sua individualidade. Nesse sentido, importante frisar o papel do judiciário que tem por função resolver as problemáticas sociais não solucionáveis de forma amigável. Neste momento o Judiciário acaba por traçar diretrizes para a sociedade como um todo.

Sob essa perspectiva é muito fácil perceber a importância da atuação da Suprema Corte que tem por função salvaguardar a Constituição. Tendo em mente que a Carta Maior, principalmente os seus direitos fundamentais, é o esteio do Estado e base para formação da sociedade, é de grande clareza sobre a grandiosidade da Corte Maior. No momento de proteger e efetivar os preceitos constitucionais, a Corte Constitucional deve levar em conta a liberdade, igualdade e justiça. Assim para efetivar esses três pilares, fundamental se faz a sua atuação a favor das minorias.

Nessa conjuntura, percebe-se a importância da atuação contramajoritária do Suprema Corte, não preterindo as maiorias, mas não se deixando envolver pela sua força de forma a ignorar as minorias.

A pesquisa a ser desenvolvida será qualitativa, exploratória e bibliográfica. Utilizando-se do método dedutivo, abordar-se-á o pluralismo e sua relevância para os ideais das minorias, em seguida, far-se-á uma análise à democracia representativa atual, para ao final tratar da posição contramajoritária do STF.

2 O PLURALISMO E A IMPORTÂNCIA DOS IDEAIS DAS MINORIAS

Hodiernamente constitui-se inquestionável a globalização em que o mundo passou e continua passando. A revolução digital já nos alcançou a muito tempo e não temos como

retroceder nesse sentido. Somos reféns das redes sociais e da disseminação das informações, e é nesse contexto que nossa sociedade é formatada. Nessa conjuntura atual percebe-se claramente que a sociedade se constitui de forma extremamente complexa e plural em que a uniformidade social não existe. Podemos inclusive dizer que vivemos numa sociedade de minorias, já que a divergência e diversificação é percebida cada vez de forma mais incisiva.

E nessa sociedade não se pode compreender o Poder e o Direito, que estejam a Democracia, como oriundos exclusivamente das liberdades individuais, como no Estado Liberal (Democracia direta). Também não se pode conceber que se fundamente, única e exclusivamente, pela valoração coletiva e dos propósitos institucionais de um Estado representativo da vontade geral, como no Estado Republicano (Democracia indireta).

Para melhor compreensão vale frisar que a sociedade pós-moderna – ou pós convencional para Habermas (1997) – surgiu na década de 1950, rompe com o sonho da modernidade de estabelecer padrões unos, racionais e imutáveis. A sua ideologia é o pluralismo em todos os âmbitos, não só politicamente, mas também socialmente, economicamente, linguisticamente e etnicamente.

Tal pensamento de ruptura é impulsionado pelas atrocidades cometidas na 2ª Guerra Mundial, com fulcro na ideologia modernista. Tais atitudes ficaram marcadas no imaginário da sociedade obrigando os estudiosos a se debruçarem sobre a realidade, perquirindo caminhos para que as barbaridades ocorridas jamais voltassem a atingir a sociedade. Assim, cada indivíduo passou a ser compreendido como ser único e insubstituível.

A partir de então se fará uma oposição ao projeto liberal-racionalista, voltado para a busca do idêntico. Tal formato demonstrou-se incompatível com a realidade social, uma vez que somos o que somos muito mais pelas diferenças do que pelo que temos em comum. A sociedade pós-moderna é complexa e construída exatamente pelas diferenças, logo apresenta desconfiança com os dados absolutos, sentindo a necessidade de possibilitar a cada um mostrar o seu pedaço de “verdade”. Para Jürgen Habermas (1997) tal sociedade é compreendida como pós-convencional e para ele essa sociedade não pode se basear em um ou outro modelo pré-definido, exatamente pela sua complexidade.

No modelo procedimental e discursivo da democracia, por não traçar uma linha divisória entre o que pode e o que não pode ser alvo de discussão pública, sempre se permitirá a renovação das discussões que serviram de base à produção do consenso. Deste modo, o dissenso argumentativo suscitado pelas minorias vem a ser sempre motivação para novos debates. As decisões são tomadas levando-se em conta o caráter majoritário, contudo tais decisões não têm caráter definitivo.

Quando se assente a teoria de Jürgen Habermas (1997) sobre a democracia deliberativa, também se aceita suas duas outras teorias: a teoria do agir comunicativo e a teoria do discurso. Ambas as teorias andam conjuntamente, o agir comunicativo é a atuação do indivíduo por meio da linguagem que é instrumento para a discussão de um indivíduo com o outro e também com a mundo da vida.

Muito importante para compreender essa problemática é a “teoria do agir comunicativo”, do mesmo autor, esta teoria moral coloca a linguagem como meio de interação entre as pessoas. Desta forma tomando-se por base essa afirmativa, quando duas ou mais pessoas se comunicam pode haver concordância e aceitação de um fato ou não. A importância não gira em torno da aceitação de uma ideia, mas em torno do direito que cada um tem de expor seus próprios argumentos, de forma não coercitiva. O mais importante deve ser o respeito à opinião de todos os envolvidos em um debate democrático de ideias e opiniões.

Quando alguém rompe com as pretensões da validade de uma proposição surge um impasse. E embora a teoria do agir comunicativo vise o consenso, a superação do impasse pode não ser um momento isento de “conflito”, como em uma “guerra”, só que neste caso uma disputa inteiramente ideológica, no sentido mais amplo do termo.

Fala Popper, citado por Pinto Junior (2011, p. 38), que o pluralismo é um método fecundo e racional de coexistência. A sociedade humana, em face das suas evoluções, social, política, econômica, científica e cultural, tornou-se complexa diante dos desafios da vida moderna, transformando-se numa sociedade politicamente pluralista, ou seja, não há apenas uma única ideia, mas uma gama diversificada de ideias, sejam estas, boas ou más.

O pluralismo deve ser compreendido como protetor dos direitos das minorias, pois dá voz a toda e qualquer parcela da sociedade. Também não se pode olvidar que o direito à diferença, como direito fundamental inerente a dignidade humana, deve ser compreendido como fonte de respeito e exaltação à tolerância, devendo ser vedado qualquer ato discriminatório por ser diferente da maioria, exaltando-se à peculiaridade de cada indivíduo.

Assim, tomando-se por base as palavras de Luís Roberto Barroso (2015, p. 37) ao asseverar que:

Mais do que o direito de participação igualitária, democracia significa que os vencidos no processo político, assim como os segmentos minoritários em geral, não estão desamparados e entregues à própria sorte. Justamente ao contrário, conservam a sua condição de membros igualmente dignos da comunidade política.

Nesse espeque, pode-se dizer que a verdadeira sociedade democrática não é aquela que valoriza a opinião da maioria tendo em conta o voto, mas aquela que garante a participação de toda e qualquer minoria independentemente de concordância com o seu posicionamento.

3 CRÍTICA À DEMOCRACIA REPRESENTATIVA

A ideia de pluralismo encontra-se enraizada aos conceitos de Estado Democrático de Direito e Democracia. Nota-se, inicialmente, a presença do termo pluralismo logo no preâmbulo da Constituição Federal, nos moldes do chamado Estado Democrático que passa a assegurar, dentre outros, os direitos sociais e individuais, primando pela liberdade, segurança, bem-estar social, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, expurgando, pois, qualquer discriminação, seja, étnica, sexual, econômica, filosófica, política ou religiosa.

De acordo com Habermas (1997) e a teoria do discurso, da sociedade deliberativa, o cidadão deve agir no gozo de suas liberdades públicas, podendo retratar a sua opinião e para Habermas (1997), para se chegar a um consenso é necessário haver inicialmente o dissenso, pois é o segundo que possibilita o primeiro. Assim, Habermas (1997) apesar de seguir a regra majoritária, não dava a ela caráter definitivo, sendo a decisão sempre provisória, garantindo a todo tempo novos debates. Destarte, de acordo com essa teoria, o discurso nunca finda.

Nesse ínterim, não há como se esquecer do pensamento do alemão Peter Häberle (2002) que defende a abertura do processo de interpretação constitucional às forças pluralistas ativas da sociedade, permitindo que através da ampliação do diálogo fortaleça-se a legitimidade das decisões constitucionais. Nesse diapasão, Gilmar Mendes (2000) afirma que a pluralidade e complexidade da interpretação constitucional traduz não só a concretização do princípio democrático, mas também uma consequência metodológica da abertura material da constituição, ou seja, o ato de interpretar não é mais um evento exclusivamente estatal.

Para Häberle (2002), a teoria constitucional precisa realizar a leitura constitucional sempre na tensão dialética entre a Constituição (dever-ser) e a realidade mundana (ser), problema este já tratado por Lassalle (2001) e Hesse (2001) em textos clássicos. Assim, a interpretação constitucional deve se dar pela e para uma sociedade aberta que se preocupe com o momento histórico vivido.

Nessa sociedade pluralista de Häberle (2002) “Povo” não é apenas um referencial

quantitativo que se manifesta no dia da eleição e que, enquanto tal, confere legitimidade democrática ao processo de decisão. Povo é também um elemento pluralista para a interpretação que se faz presente de forma legitimadora no processo constitucional: como partido político, como opinião científica, como grupo de interesse, como cidadão.

Destarte, há uma relativização do conceito de povo como meros legitimadores numéricos; troca-se este pelo conceito de cidadão, enquanto participantes efetivos da construção da realidade constitucional. Assim a sociedade, por meio dos seus cidadãos tem o poder-dever de participar da interpretação constitucional.

Dessarte, na República Federativa do Brasil, o regime político adotado é a Democracia, conforme reza o artigo 1º, parágrafo único. Por regime político entende-se como a relação entre os governantes e os governados, de forma a se determinar como os representantes são escolhidos - se pelo povo (Democracia) ou sem a participação deste.

O modelo de democracia adotado no Brasil é a representativa. Todavia, é bem verdade que há uma ficção na representação que se dá pelos mandatos políticos, uma vez que para se estabelecer uma verdadeira representação não basta que os representantes sejam nomeados ou eleitos pelos seus representados. É salutar que os representantes sejam juridicamente obrigados a executar a vontade dos seus representados, tendo como garantia da ocorrência dessa real representação a possibilidade de cassação do mandato do representante na hipótese em que a atividade deste não se coadune com os interesses representados.

Nesse sentido, temos que trazer a teoria esquadrihada por Habermas (1997) e Häberle (2002) para a nossa atual conjuntura. Nos tempos hodiernos, vivemos uma democracia representativa eivada de vícios, porquanto não dá a sociedade o sentimento real de representatividade, apesar de participar diretamente do voto, da iniciativa popular, do plebiscito e do referendo. Em outras palavras, somente há representação quando há responsabilidade jurídica e vinculação dos eleitos em face dos seus eleitores. Desse modo, a relação entre eleitor e eleitorado não se resume na campanha política e no dia da eleição propriamente dita. Esse elo deve seguir com o cumprimento da obrigação dos representantes eleitos, qual seja a de executar a vontade dos representados.

É importante também, nesse contexto pós-moderno da sociedade plural em que necessário se faz adequar o direito para todo e qualquer caso complexo que apareça, avaliar a Constituição Federal como norma aberta. Assim, a Carta Maior, deve ser compreendida na perspectiva da sociedade aberta dos interpretes, no norte em que propõe Häberle (2002), deixando margem para que o judiciário consiga melhor enquadrar a normativa ao caso concreto, ou seja o “ser” com o “dever-ser”.

De se dizer, ainda, que a sociedade aberta proposta por Häberle (2002), abre ainda as portas para que a própria sociedade se pronuncie sobre as temáticas de maior relevo, a partir, por exemplo, das audiências públicas, ou de leis com proposição oriunda da iniciativa do povo, em conexão, depois, com os seus representantes no órgão legislador, aqui, bem se vê a proposta de agir comunicativo de Habermas (1997), atuando na perspectiva das audiências públicas, e o descerrar das portas da casa de máquinas proposta por Gargarella (2014).

4 O PAPEL CONTRAMAJORITÁRIO DO STF

Como aqui já tratado, vivemos num Estado Constitucional Democrático de Direito, que se adota um modelo político democrático que se baseia numa Constituição. Diante dessa situação, tendo em vista que a Constituição é a Lei Maior, essência viva do Estado, torna-se imprescindível a existência de uma “instância neutra”, que seja mantenedora deste documento e de sua supremacia, que é base para a manutenção da democracia.

Afirma Gilmar Mendes (2011) que esta instância é a Jurisdição Constitucional ou Justiça Constitucional, que se configuraria pelo agrupamento de técnicas e instituições com o intuito de garantir a supremacia e a imperatividade da Constituição, pois o reconhecimento da supremacia da Constituição e de sua força vinculante em relação aos Poderes Públicos torna inevitável a discussão sobre as formas e modos de defesa da Constituição.

O STF tem a função de manter viva a essência constitucional e mantê-la (a Constituição) sempre conectada com o mundo real e as problemáticas do cotidiano. Uma consciência constitucional insuficiente produz pouco a pouco, mal-estar social no cidadão, incrementando a neurose política. Nesse sentido afirma Pablo Lucas Verdú (2006, p. 137), tratando de sentimento Constitucional, que:

A fissura entre Direito Constitucional e a realidade constitucional não só implica um abismo entre normatividade e a normalidade. Supõe, além disso, uma defeituosa interiorização do desenvolvimento constitucional pelo cidadão, de sorte que pode ameaçar o Estado enquanto processo vital básico (Smend).

A interpretação da Constituição é um fenômeno histórico, situado e datado, o sentido da constituição varia de acordo com o contexto histórico, uma vez que precisa representar a sociedade da época. Destarte o texto constitucional não é simples texto elegido pelo Poder

Constituinte originário, mas depende sempre do resultado temporário de sua interpretação.

Não existe norma jurídica, senão norma jurídica interpretada e ela não é pressuposto e sim o resultado de uma interpretação perspectivadora. Nesse sentido mostra-se claramente necessário introduzir no debate constitucional maior número de sujeitos perspectivadores para, desta forma, ampliar o horizonte de conhecimento de todos, democratizando e legitimando as decisões constitucionais presentes na vivência comunitária.

Os cidadão e grupos, órgãos estatais, o sistema público e a opinião pública representam forças produtivas de interpretação, são interpretes constitucionais em sentido lato, atuando pelo menos como pré-interpretes. Vale salientar que princípios e métodos de interpretação funcionam como filtro, disciplinando e canalizando as múltiplas formas de influência dos diferentes participantes do processo. Além disso, subsiste sempre a responsabilidade de jurisdição constitucional que fornece, em geral, a última palavra da interpretação.

O Tribunal Constitucional presta jurisdição ordinária nas diferentes hipóteses em que atua como qualquer outro órgão jurisdicional, aplicando o direito infraconstitucional a situações concretas, que vão do julgamento criminal de parlamentares à solução de conflitos de competência entre tribunais. De parte isso, o Tribunal tem, como função principal, o exercício da jurisdição constitucional, que se traduz na interpretação e aplicação da Constituição, tanto em ações diretas como em processos subjetivos, conforme trata Barroso (2015).

Ao prestar jurisdição constitucional nos diferentes cenários pertinentes, cabe à Corte: i) aplicar diretamente a Constituição a situações nela contempladas, como faz, por exemplo, ao assegurar ao acusado em ação penal o direito à não autoincriminação; ii) declarar a inconstitucionalidade de leis ou atos normativos, como fez no tocante à resolução do TSE que redistribuía o número de cadeiras na Câmara do Deputados; ou iii) sanar lacunas do sistema jurídico ou omissões inconstitucionais dos Poderes, como fez ao regulamentar a greve no serviço público, como bem trata Barroso (2015).

Dentre as funções desenvolvidas pelo ponto de vista político-institucional, divide-se em contramajoritária e representativa. A atuação contramajoritária é um dos temas mais analisados na teoria constitucional, que há muitas décadas discute a legitimidade democrática da invalidação de atos do Legislativo e do Executivo por órgão jurisdicional.

Assim, no momento em que falamos do papel contramajoritário do STF, temos que ter em conta, exatamente a função que ele tem de defender as minorias, ao mesmo tempo que defende a Carta Maior. Como já dito, a sociedade é complexa e plural e não só a minoria deve

ter vez, mas também a minoria. O papel do STF é a de proteção da Carta Maior e essencialmente dos Direitos fundamentais (cerne do documento) que são atribuídos ao ser humano, só pela sua condição humana.

Os principais valores como fora muito bem afirmado por Barroso (2015) são a liberdade, a igualdade e a justiça. Desta feita, quando chega à Suprema Corte casos polêmicos em que a lei é contrária aos princípios basilares da Constituição, ou simplesmente é omissa, deve a Corte agir de tal forma que consiga maior inserção popular, garantindo vez e voz às minorias, sob pena de se fazer letra morta a Constituição. Senão vejamos:

A democracia, portanto, para além da dimensão procedimental de ser o governo da maioria, possui igualmente uma dimensão substantiva, que inclui igualdade, liberdade e justiça. É isso que a transforma, verdadeiramente, em um projeto coletivo de autogoverno, em que ninguém é deliberadamente deixado para trás. (BARROSO, 2015, p. 37).

Como muito se sabe, o Supremo Tribunal Federal tem por mister o controle de constitucionalidade dos atos normativos, incluindo os atos do legislativo e do executivo. Críticas são feitas a esse papel da Suprema Corte, já que nessa função controla os atos de representantes diretos do povo, que lhe atribuíram àquela por meio do voto, havendo, assim, legitimidade emanada por este.

A questão que embaraça a muitas pessoas é o fato de apenas 11 ministros, sem ter legitimidade advinda diretamente do voto popular, ser detentor do poder de alterar ato de quem exerça mandato representativo. Assim, o que se questiona nesse momento é a legitimidade da atuação desses ministros que agem da forma apelidada de “dificuldade contramajoritária”. A legitimidade dessa função jurisdicional constitucional se dá a duas, a proteção dos direitos fundamentais e a proteção das regras do jogo democrático.

A legitimidade não reside apenas no estabelecimento do cargo público por meio do voto. Nesse sentido, como já foi dito, o povo não é apenas um referencial quantitativo que se manifesta no dia das eleições. Assim, muitos detentores de cargo eletivo, apesar imposto por meio da vontade popular não faz a vontade popular valer realmente, não defende o interesse do povo. Nesse caso, existe legitimidade?

A legitimidade pode ser extraída do texto constitucional nos artigos 5º, XXXV, 101 e 102. Esses artigos tratam de um lado da Jurisdição Constitucional e do outro, do exercício dessa jurisdição. A primeira é a legitimidade formal que advém da legitimidade atribuída ao

Poder Constituinte Originário, que dá o Tribunal Constitucional, validade somente pelo fato de existir, tal legitimidade tem qualidades estáticas, é de ordem institucional, como aduz Martin (2012).

Noutro giro, existe a legitimidade de exercício que é assim denominada pela sua constante dinâmica, Martin (2012) trata de da função de proteção da ordem constitucional, e tem origem eminentemente axiológica. Pode ser compreendida como legitimidade técnica já que não detém representatividade advinda da eleição, mas tal fato em nada interfere na plena conquista de legitimidade, se sua atuação for gravada com caráter democrático.

Assim, a Corte Constitucional tem o “status de sentinela da contra o risco da tirania das maiorias” (BARROSO, 2015, p. 36). Desta feita, essa função tem o poder de evitar que se deturpe o processo democrático. Para Barroso o conceito de democracia transcende a ideia de governo da maioria, exigindo a manutenção de fundamentos mínimos, que seriam valores fundamentais, sendo protegida a sua dimensão substantiva de igualdade, liberdade e Justiça.

Num projeto de democracia, deve ter vez não somente aquele que participa da compreensão da maioria, mas também aquele que participa do bloco minoritário, que devem ser compreendidos como membros igualmente dignos. O guardião dessa condição é o guardião da própria Constituição, logo o Supremo Tribunal Federal. O papel contramajoritário vem sendo cumprido com muita parcimônia pela Suprema Corte, uma vez que ela só deve intervir nos casos em que estiver em jogo direitos fundamentais e os pressupostos da democracia.

Os cidadãos são detentores da res publica, logo, se analisados individualmente, cada um tem uma quota parte desse todo. Ainda sendo todos livres e iguais, pode cada cidadão manifestar-se da forma que lhe aprouver, externando seus anseios e pensamentos, de modo que a verdadeira República Democrática deve garantir o direito de opinião, sem restrições ao direito de divergir da maioria. Destarte, toda minoria tem direito a real garantia de transformar-se, por meio da legítima discussão em maioria. Por óbvio a maioria pressupõe consequentemente a existência da minoria.

Desta feita, afirma Ataliba (1987, p. 193) que “é imperioso que a Constituição não só garanta a minoria (a posição) como ainda lhe reconheça direitos e até funções. Esse é o ponto de partida para o desenvolvimento de um sadio mecanismo político”. Por conseguinte, pelo que já fora explanado, resta claro que quem deve garantir o que está proposto na Constituição, qual seja os direitos fundamentais, atuando de forma a reduzir as divergências é a Suprema Corte, e a única forma de fazê-lo, é atuando de forma contramajoritária.

Toma-se por exemplo ADPF nº 132 e ADI nº 142, Rel. Min. Carlos Ayres Britto,

conhecida como da equiparação da união homoafetiva, em que as uniões homoafetivas equipararam-se às uniões estáveis convencionais, abrindo caminho para o casamento entre pessoas do mesmo sexo. De certo essa não era a posição majoritária na sociedade, era por demais oportuna a proteção de um direito fundamental à igualdade a fim de legitimar a atuação.

No momento em que tal caso veio para a apreciação e julgamento, os Ministros deveriam atuar de forma a garantir os valores abraçados pela Constituição, tendo em vista a Constituição como norma aberta. Assim, os magistrados se pautaram de forma a não desmerecer o direito dos casais heterossexuais, já protegidos pela Lei, mas olharam a lei de forma ampla, garantindo o mesmo direito aos casais entre pessoas do mesmo sexo. À vista disso, o STF saiu da posição majoritária para seguir a condição contramajoritária.

Se o Legislador, que detém o poder de produção legislativa se mantém omisso e silente na manifestação a respeito de uma parcela menor da população, deve, o STF se manifestar de forma a garantir a inclusão de minorias, protegendo os princípios da liberdade, igualdade e justiça.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho não teve o escopo de esgotar a temática, mas sim de trazê-la à tona para que possa ser mais discutida. Acontecimentos diversos, como o final da guerra, a consolidação do ideal democrático e a centralidade dos direitos fundamentais, impulsionaram vertiginosa ascensão institucional do Poder Judiciário e da jurisdição constitucional em todo o mundo.

Muito se sabe que cada vez mais a população vem esperando uma atuação direcionada e assertiva da Corte Constitucional, fazendo a Constituição de fato ser cumprida e traduzida nos anseios sociais. Exige-se o seu posicionamento de forma a permitir que toda sociedade possa fazer jus a sua quota parte na República Democrática.

Cabe ao STF, nesse espeque, agir de forma a integrar as minorias, dando a elas vez e voz. Assim, atua de forma contramajoritária, possibilitando aos pequenos grupos atuação equiparada aos grandes grupos. Ocorre que, muito se questiona a legitimidade da Corte Constitucional, uma vez que atua de forma a brechar atos dos Poderes Executivo e Legislativo. O problema reside no fato desses dois poderes serem eivados da legitimidade popular advinda do voto, portanto, encontrando-se, ambos legitimados.

Ocorre que o conceito de legitimidade vai além de sua efetivação pelo voto popular. No caso, os poderes acima retratados devem, em toda a atuação no seu mandato eletivo, privilegiar a vontade do povo que o elegeu e se isso não ocorre, a legitimidade encontra-se por prejudicada. Nesse sentido, a Corte Constitucional, no cumprimento da Constituição, detém tanto a legitimidade jurisdicional como a legitimidade no exercício da jurisdição.

Desse modo, buscando o cumprimento dos desígnios constitucionais, o STF, tendo por fulcro dos direitos fundamentais, essência maior da Carta Magna, deve pautar nela sua atuação. A conduta do órgão deve ser no sentido de materializar os três pilares, quais sejam: a igualdade, a liberdade e a justiça. Na busca por garantir que, na sociedade plural em que vivemos, sejam efetivados esses três vetores, imprescindível se faz a atuação contramajoritária do STF, agindo de forma a manter os direitos das majorias, buscando incluí-las também nessa engrenagem.

Observa-se, ao final, que mudanças formais têm provocado significativas modificações nas atitudes dos tribunais com respeito aos grupos desvantajados, já que estes têm se tornado mais sensíveis às demandas da população. Contudo, como adverte Gargarella (2014), nenhuma dessas mudanças vai apresentar concretude enquanto a sala de máquinas da Constituição permanecer com as portas fechadas às classes populares.

REFERÊNCIAS

ATALIBA, Geraldo. Judiciário e minorias. **Revista de informação legislativa**, v. 24, n. 96, p. 189-194, out./dez. 1987.

BARROSO, Luís Roberto. A razão sem voto. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, UNI/CEUB, v. 5, 2015.

BONAVIDES, Paulo. **Teoria Constitucional da Democracia Participativa**: por um Direito Constitucional de luta e resistência por uma Nova Hermenêutica na repolitização da legitimidade. 10. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2000.

DE GOES, Ricardo Tinoco. Jurisdição democrática: uma visão procedimentalista para a Tutela substancial dos direitos. **Revista Direito e Liberdade - ESMARN** - v. 13, n. 2, p. 291

– 312 – jul/dez 2011. Disponível em: <<http://www.esmarn.tjrj.jus.br/revistas>>. Acesso em: 07 dez. 2016.

GARGARELLA, Roberto. *Constitucionalismo Latino-Americano: a necessidade prioritária de uma reforma política*. Tradução de Luiz Otávio Ribas. In: RIBAS, Luiz Otávio (Organizador). **Constituinte exclusiva. Um outro sistema político é possível**. São Paulo: Plenária Nacional dos Movimentos Sociais, 2014.

HÄBERLE, Peter. **Pluralismo y Constitución: estudios de Teoría Constitucional de la sociedad abierta**. Tradução de Emilio Mikunda. Madrid: Tecnos, 2002.

_____. **A sociedade aberta dos interpretes da Constituição**: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2002.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade, volume I. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HESSE, Conrado. **Manual de Derecho Constitucional**. Madrid: Ediciones Jurídicas y sociales, 2001.

LASSALLE, Ferdinand. **A essência da Constituição**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2001.

MARTIN, Andreia Garcia. **Legitimidade Democrática do STF à luz dos direitos fundamentais**. Revista Linha Jurídica (UNIFEV), v. 4, n. 4, p. 27-52, jun. 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle de Constitucionalidade: Hermenêutica Constitucional e Revisão de Fatos e Prognoses Legislativos pelo órgão judicial**. **Revista Juridica Virtual**. Brasília, v. 1, n. 8, jan. 2000.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

PINTO JUNIOR, Nilo Ferreira. O princípio do pluralismo político e a Constituição Federal. **Revista Eleitoral TRE/RN**, v. 25, 2011.

VERDÚ, Pablo Lucas. **O sentimento constitucional**: aproximação ao estudo do sentir constitucional como modo de integração política. Tradução e Prefácio de Agassiz Almeida Filho. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2006.

THE IMPORTANCE OF THE FUNCTION AGAINST THE MAJORITY OF THE STF WITH THE CURRENT PLURAL SOCIETY

ABSTRACT

The globalization through which the world has passed and continues to live is by no means incontestable. The research is qualitative, exploratory and bibliographical, based on the deductive method. In the context of the post-Second World War, when society was really frightened by the atrocities it experienced, it automatically became more focused on individual individuals. In this sense, society comes to be understood as plural in all spheres, being valued all opinions, regardless of being seen as majority. In this context, the work of the judiciary has grown more and more, and precipitously the action of the Supreme Constitutional Court whose main function is to keep and seek the effectiveness of the Major Charter, especially with regard to fundamental rights, which seek to value the essence of the human being. The purpose of this paper is to analyze the relevance of the countermajority role played by the Supreme Court and its members, based on the promotion of the pillars of freedom, equality and justice; in the north one must seek the maintenance of the rights of the majorities and the inclusion of minorities in this gear.

Keywords: Constitutional Law. Countermajority function. Federal Court of Justice. Plural society. Theory of the Constitution.



CONTROLE DA CONVENCIONALIDADE DOS ARTIGOS 181 E 182 DO CÓDIGO PENAL (ESCUSAS ABSOLUTÓRIAS) NOS CRIMES PATRIMONIAIS DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER

Érica Verícia Canuto de Oliveira Veras¹

Gabriela Nivolières Soares de Sousa Araújo²

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo afirmar a incompatibilidade/inconvencionalidade da aplicação das escusas absolutórias, previstas nos artigos 181 e 182 do Código Penal, de 1940, com a Convenção de Belém do Pará, ratificada pelo Brasil em 1995. De acordo com o entendimento majoritário do Supremo Tribunal Federal, as normas infraconstitucionais que não sejam compatíveis com os tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil têm a eficácia paralisada. O presente ensaio defende que os artigos 181 e 182 sofreram efeito paralisante pela Convenção de Belém do Pará, incorporada como norma supralegal ao direito brasileiro, a partir da Emenda Constitucional no. 45/2014.

Palavras-chave: Convenção de Belém do Pará. Violência patrimonial. Escusas absolutórias.

¹ Promotora de Justiça RN. Mestre em Ciências Sociais (UFRN) e em Direito (UFBA). Doutora em Ciências Sociais (UFRN). Professora da UFRN. Membro do IBDFAM. ericanutoveras@gmail.com.br.

² Assessora Jurídica Ministerial. Ministério Público do Estado do Rio Grande do Norte, Brasil. gabiisoares@hotmail.com.

1 ESCUSAS ABSOLUTÓRIAS E A LEI MARIA DA PENHA

O Código Penal prevê, nos seus artigos 181³ e 182⁴, as chamadas escusas absolutas e relativas, referentes aos casos de crimes patrimoniais⁵. Quando o crime for praticado entre cônjuges, durante a sociedade conjugal, e entre descendentes e ascendentes, a escusa é absoluta, ficando o autor do fato isento de pena. Nos casos de cônjuge separado judicialmente, irmão, tio ou sobrinho, que coabitam, a escusa é relativa, porque somente se procede mediante representação da pessoa ofendida.

As escusas foram estabelecidas desde a promulgação do Código Penal, em 1940, e tiveram uma única modificação, com a entrada em vigor do Estatuto do Idoso (Lei nº 10.741/2003), que, em seu artigo 95⁶, excluiu expressamente as escusas absolutórias quando a vítima fosse maior de 60 anos, e definiu a natureza da ação penal como pública incondicionada, em qualquer caso.

Portanto, além do que já se previa de vedação do alcance das escusas, o Estatuto do Idoso acrescentou a proteção da pessoa idosa, determinando, no artigo 183 do Código Penal, que não se aplicam as imunidades quando: a) os crimes patrimoniais forem praticados mediante violência ou grave ameaça, b) ao estranho que participa do crime e c) se o crime é praticado contra pessoa maior de 60 anos, com ou sem violência ou grave ameaça.

Com o advento da Lei nº 11.340, de 07 de agosto de 2006 (Lei Maria da Penha), a doutrina passou a divergir quanto à continuidade da aplicação das imunidades aos crimes de violência doméstica contra a mulher.

³ Art. 181 - É isento de pena quem comete qualquer dos crimes previstos neste título, em prejuízo: (Vide Lei nº 10.741, de 2003)

I - do cônjuge, na constância da sociedade conjugal;

II - de ascendente ou descendente, seja o parentesco legítimo ou ilegítimo, seja civil ou natural.

⁴ Art. 182 - Somente se procede mediante representação, se o crime previsto neste título é cometido em prejuízo: (Vide Lei nº 10.741, de 2003)

I - do cônjuge desquitado ou judicialmente separado;

II - de irmão, legítimo ou ilegítimo;

III - de tio ou sobrinho, com quem o agente coabita.

⁵ A exemplo de roubo, furto, estelionato, extorsão, dano, apropriação indébita etc.

⁶ Art. 95. Os crimes definidos nesta Lei são de ação penal pública incondicionada, não se lhes aplicando os arts. 181 e 182 do Código Penal.

Renato Brasileiro e Rogério Sanches Cunha⁷ defendem a aplicação de tal isenção da pena, sob o fundamento de que o legislador deveria ter afastado expressamente a hipótese, quando da elaboração da Lei Maria da Penha, como o fez o Estatuto do Idoso.

Por sua vez, Valéria Diez Scarance Fernandes⁸ argumenta que a aplicação das imunidades dificulta a proteção da mulher em situação de violência doméstica e familiar, entretanto, conclui que há precedentes jurisprudenciais no sentido de aplicar as escusas.

Em sentido contrário, Maria Berenice Dias⁹ afirma que não se aplicam mais as escusas absolutórias desde o advento da Lei Maria da pena, argumentando que “não há como admitir o injustificável afastamento da pena ao infrator que pratica um crime contra a esposa ou companheira, ou, ainda, uma parente do sexo feminino”.

Com efeito, caso as escusas absolutórias continuem a ser aplicadas aos crimes de violência doméstica e familiar contra mulher, nenhuma efetividade teria o artigo 7º, inciso IV¹⁰, que estaria completamente inócuo e letra morta, ao prever a violência patrimonial como crime e a Lei Penal aplicar óbice à responsabilização do autor¹¹.

⁷ Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/aplicabilidade-das-escusas-absolutorias-nos-crimes-patrimoniais-contr-a-mulher-no-ambiente-domestico-e-familiar-posicao-favoravel/17937>>. Acesso em: 11 jul. 2018.

⁸ FERNANDES, Valéria Diez Scarance. *Lei Maria da Penha. O processo penal no caminho da efetividade*. São Paulo: Editora Atlas, 2015.

⁹ DIAS, Maria Berenice. **Lei Maria da Penha, A efetividade da Lei 11.340/2006 de Combate à Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

¹⁰ Art. 7º São formas de violência doméstica e familiar contra a mulher, entre outras:

IV - a violência patrimonial, entendida como qualquer conduta que configure retenção, subtração, destruição parcial ou total de seus objetos, instrumentos de trabalho, documentos pessoais, bens, valores e direitos ou recursos econômicos, incluindo os destinados a satisfazer suas necessidades;

¹¹ RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. TENTATIVA DE ESTELIONATO (ARTIGO 171, COMBINADO COM O ARTIGO 14, INCISO II, AMBOS DO CÓDIGO PENAL). CRIME PRATICADO POR UM DOS CÔNJUGES CONTRA O OUTRO. SEPARAÇÃO DE CORPOS. EXTINÇÃO DO VÍNCULO MATRIMONIAL. INOCORRÊNCIA. INCIDÊNCIA DA ESCUSA ABSOLUTÓRIA PREVISTA NO ARTIGO 181, INCISO I, DO CÓDIGO PENAL. IMUNIDADE NÃO REVOGADA PELA LEI MARIA DA PENHA. DERROGAÇÃO QUE IMPLICARIA VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA IGUALDADE. PREVISÃO EXPRESSA DE MEDIDAS CAUTELARES PARA A PROTEÇÃO DO PATRIMÔNIO DA MULHER EM SITUAÇÃO DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR. INVIABILIDADE DE SE ADOTAR ANALOGIA EM PREJUÍZO DO RÉU. PROVIMENTO DO RECLAMO.

1. O artigo 181, inciso I, do Código Penal estabelece imunidade penal absoluta ao cônjuge que pratica crime patrimonial na constância do casamento.

2. De acordo com o artigo 1.571 do Código Civil, a sociedade conjugal termina pela morte de um dos cônjuges, pela nulidade ou anulação do casamento, pela separação judicial e pelo divórcio, motivo pelo qual a separação de corpos, assim como a separação de fato, que não têm condão de extinguir o vínculo matrimonial, não são capazes de afastar a imunidade prevista no inciso I do artigo 181 do Estatuto Repressivo.

3. O advento da Lei 11.340/2006 não é capaz de alterar tal entendimento, pois embora tenha previsto a violência patrimonial como uma das que pode ser cometida no âmbito doméstico e familiar contra a mulher, não revogou quer expressa, quer tacitamente, o artigo 181 do Código Penal.

4. A se admitir que a Lei Maria da Penha derogou a referida imunidade, se estaria diante de flagrante hipótese de violação ao princípio da isonomia, já que os crimes patrimoniais praticados pelo marido contra a mulher no âmbito doméstico e familiar poderiam ser processados e julgados, ao passo que a mulher que venha cometer o mesmo tipo de delito contra o marido estaria isenta de pena.

É o que temos na Doutrina. Vejamos a posição do Supremo Tribunal Federal a respeito da incompatibilidade de lei infraconstitucional em conflito com os tratados internacionais de direitos humanos de que o Brasil é signatário.

2 A CONTRARIEDADE DOS ARTIGOS 181 E 182 DO CÓDIGO PENAL COM A CONVENÇÃO DE BELÉM DE PARÁ

A proteção da mulher teve como marco inicial a Convenção de Genebra, de 11 de outubro de 1933, que previu o combate ao tráfico de mulheres e crianças. Em 1948, quando da IX Conferência Internacional de Bogotá, foi elaborada uma Declaração dos Direitos e Deveres do Homem, a qual, mesmo não tratando diretamente sobre direitos das mulheres, exaltou os direitos de igualdade e liberdade.

Em 18 de dezembro de 1979, foi realizada a Convenção sobre Eliminação de todas as formas de Discriminação contra a Mulher, adotada pela Resolução 341, de 1980 da Assembleia Geral das Nações Unidas, estimulada pelo anúncio de 1975 como o ano da mulher. A convenção foi inicialmente aceita pelo presidente João Batista Figueiredo, através do Decreto nº 89.460, de 20 de março de 1984¹², com algumas restrições muito importantes.¹³

5. Não há falar em ineficácia ou inutilidade da Lei 11.340/2006 ante a persistência da imunidade prevista no artigo 181, inciso I, do Código Penal quando se tratar de violência praticada contra a mulher no âmbito doméstico e familiar, uma vez que na própria legislação vigente existe a previsão de medidas cautelares específicas para a proteção do patrimônio da ofendida.

6. No direito penal não se admite a analogia em prejuízo do réu, razão pela qual a separação de corpos ou mesmo a separação de fato, que não extinguem a sociedade conjugal, não podem ser equiparadas à separação judicial ou o divórcio, que põem fim ao vínculo matrimonial, para fins de afastamento da imunidade disposta no inciso I do artigo 181 do Estatuto Repressivo.

7. Recurso provido para determinar o trancamento da ação penal apenas com relação ao recorrente. (RHC 42.918/RS, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 05/08/2014, DJe 14/08/2014)

¹² Art. 1º A Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, 1979, apenas por cópia ao presente Decreto, ressalvadas as reservas aos seus artigos 15, parágrafo 4º, e 16, parágrafo 1º, alíneas (a), (c), (g) e (h), será executada e cumprida tão inteiramente como nela se contém.

¹³ As restrições previstas no decreto presidencial foram o de conceder ao homem e à mulher os mesmos direitos no que respeita à legislação relativa ao direito das pessoas à liberdade de movimento e à liberdade de escolha de residência e domicílio (artigo 15, parágrafo 4) e adotar todas as medidas adequadas para eliminar a discriminação contra a mulher em todos os assuntos relativos ao casamento e às relações familiares e, em particular, com base na igualdade entre homens e mulheres, assegurarão: o mesmo direito de contrair matrimônio; os mesmos direitos e responsabilidades durante o casamento e por ocasião de sua dissolução; os mesmos direitos pessoais como marido e mulher, inclusive o direito de escolher sobrenome, profissão e ocupação e os mesmos direitos a ambos os cônjuges em matéria de propriedade, aquisição, gestão, administração, gozo e disposição dos bens, tanto a título gratuito quanto à título oneroso (artigo 16, parágrafo 1, alíneas a, c, g e h).

Através do Decreto Legislativo nº 26, de 22 de junho de 1994, o Congresso Nacional revogou as restrições, aprovando a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, inclusive os citados artigos 15, parágrafo 4º, e 16, parágrafo 1º, alíneas (a), (c), (g) e (h), promulgado pelo Decreto presidencial 4377, de 13 de setembro de 2002. Na referida convenção, estão descritos, de forma clara, os preceitos de igualdade entre homens e mulheres, nas leis trabalhistas, na educação e nos direitos e liberdades individuais. Essa Convenção atualmente conta com 188 Estados-partes e tem como parâmetro a dupla obrigação de eliminar a discriminação e garantia da igualdade.

Para Flávia Piovesan e Silvia Pimentel

Para fins da presente Convenção, a expressão ‘discriminação contra a mulher’ significará toda distinção, exclusão ou restrição baseada no sexo e que tenha por objeto ou resultado prejudicar ou anular o reconhecimento, gozo ou exercício pela mulher, independentemente de seu estado civil, com base na igualdade do homem e da mulher, dos direitos humanos e liberdades fundamentais nos campos político, econômico, social, cultural e civil ou em qualquer outro campo. (PIOVESAN; PIMENTEL, 2011, p. 463).

Entretanto, percebeu-se uma lacuna no texto da Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (CEDAW), porquanto não fazia referência expressa à violência de gênero contra a mulher. Foi quando CIM (Comissão Interamericana da Mulher), que é um organismo especializado do Sistema Interamericano da Organização dos Estados Americanos (OEA), se incumbiu de elaborar uma ação-estratégia multidimensional e multifocal para abordar tal questão (OLIVEIRA, 2017). Feito o anteprojeto, circulou entre os governos interessados e foi apresentado na Assembleia Geral da OEA, em Belém do Pará, em 1994 (BANDEIRA; ALMEIDA, 2015).

A Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Contra a Mulher, conhecida como a Convenção de Belém do Pará, ocorreu em 1994 e foi ratificada pelo Brasil em 1995. Define como violência contra a mulher “*qualquer ato ou conduta baseada nas diferenças de gênero que cause morte, dano ou sofrimento físico, sexual ou psicológico à mulher, tanto na esfera pública quanto na esfera privada*”. Aponta, ainda, direitos a serem respeitados e garantidos, deveres dos Estados participantes e define os mecanismos interamericanos de proteção. O Congresso Nacional aprovou por meio do Decreto Legislativo nº 107, de 31 de agosto de 1995 e a Convenção foi promulgada por meio do Decreto Presidencial nº 1973, em 1º de agosto de 1996.

Bandeira e Almeida (2015) apontam que quatro premissas são a base de interpretação oficial e são parâmetros para a aplicação e formulação de legislações dos países signatários da Convenção. São elas:

1. *A violência contra as mulheres constitui uma violação dos direitos humanos.*
2. *A violência contra as mulheres é uma ofensa à dignidade humana e uma manifestação das relações de poder historicamente desiguais entre mulheres e homens.*
3. *A violência contra a mulher transcende todos os setores sociais.*
4. *A eliminação da violência contra as mulheres é condição para o desenvolvimento igualitário.*

Ao aderir a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher (Convenção de Belém do Pará), o Brasil se obrigou à *due diligence* (devida diligência) dos países signatários, no que tange à prevenção, investigação e *punição* de *todas as formas de violência* contra a mulher.

O artigo 7 da referida Convenção declara:

Artigo 7º Os Estados Partes condenam *todas as formas de violência contra a mulher* e convêm em adotar, por todos os meios apropriados e sem demora, políticas destinadas a prevenir, punir e erradicar tal violência e a empenhar-se em:

- a. abster-se de qualquer ato ou prática de violência contra a mulher e velar por que as autoridades, seus funcionários e pessoal, bem como agentes e instituições públicos ajam de conformidade com essa obrigação;
- b. *agir com o devido zelo para prevenir, investigar e punir* a violência contra a mulher;
- c. *incorporar na sua legislação interna normas penais, civis, administrativas e de outra natureza, que sejam necessárias* para prevenir, *punir* e erradicar a violência contra a mulher, bem como adotar as medidas administrativas adequadas que forem aplicáveis;
- d. adotar medidas jurídicas que exijam do agressor que se abstenha de perseguir, intimidar e ameaçar a mulher ou de fazer uso de qualquer método que danifique ou ponha em perigo sua vida ou integridade ou danifique sua propriedade;
- e. *tomar todas as medidas adequadas, inclusive legislativas, para modificar ou abolir leis e regulamentos vigentes ou modificar práticas jurídicas ou consuetudinárias que respaldem a persistência e a tolerância da violência contra a mulher;*
- f. estabelecer procedimentos jurídicos justos e eficazes para a mulher sujeitada a violência, inclusive, entre outros, medidas de proteção, juízo oportuno e efetivo acesso a tais processos;

- g. estabelecer mecanismos judiciais e administrativos necessários para assegurar que a mulher sujeitada a violência tenha efetivo acesso a restituição, reparação do dano e outros meios de compensação justos e eficazes;
- h. adotar as medidas legislativas ou de outra natureza necessárias à vigência desta Convenção. (Grifo nosso)

A Lei Maria da Penha, elaborada de acordo com as disposições da Convenção de Belém do Pará, dispõe, em seu artigo 1º.¹⁴, sua finalidade precípua de erradicar toda forma de violência doméstica e familiar praticada contra a mulher. O artigo 5º, do mesmo marco legal protetivo, anuncia que as formas de violência doméstica e familiar reconhecidas, para efeitos da Lei 11.340/2006, são a física, a sexual, a psicológica, a moral e a patrimonial.

Portanto, é de concluir que as escusas absolutórias previstas nos artigos 181 e 182 do Código Penal, por afastarem a punição ao autor dos crimes de violência patrimonial no âmbito doméstico e familiar, estão contaminadas pela inconvenção, diante da sua incompatibilidade com a Convenção de Belém do Pará.

Com fundamento diferente, porque não alude à inconvenção, mas no mesmo sentido, é o posicionamento de Maria Berenice Dias¹⁵.

A partir da nova definição de violência doméstica, assim reconhecida também a violência patrimonial, não se aplicam as imunidades absolutas e relativas dos arts. 181 e 182 do Código Penal quando a vítima é mulher e mantém com o autor da infração vínculo de natureza familiar. Não há mais como admitir o injustificável afastamento da pena ao infrator que pratica um crime contra sua cônjuge ou companheira, ou, ainda, alguma parente do sexo feminino. Aliás, o Estatuto do Idoso, além de dispensar a representação, expressamente prevê a não aplicação desta excludente da criminalidade quando a vítima tiver mais de 60 anos.

No mesmo sentido, Feix (2009, p. 209)¹⁶ acrescenta:

¹⁴ Artigo 1º. Esta Lei cria mecanismos para coibir e prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8 do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Violência contra a Mulher, da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher e de outros tratados internacionais ratificados pela República Federativa do Brasil; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; e estabelece medidas de assistência e proteção às mulheres em situação de violência doméstica e familiar

¹⁵ DIAS, Maria Berenice. A Lei Maria da Penha na justiça: a efetividade da Lei 11.340/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher. Editora Revista dos Tribunais, 2008.

¹⁶ FEIX, Virgínia. Das formas de violência contra a mulher – Artigo 7º. In: CAMPOS, Carmen Hein de (organizadora). Lei Maria da Penha comentada em uma perspectiva jurídico-feminista. Rio de Janeiro: Lumen Yuris, p. 201-213, 2011.

Utilizar argumentos de proteção à família como fundamento da política criminal em caso de violência patrimonial contra a mulher é desconhecer os fundamentos históricos, filosóficos e políticos que justificam e enquadram a Lei Maria da Penha como uma ação afirmativa do Estado brasileiro, que tem como objetivo promover a diminuição da estrutural desigualdade entre os gêneros, na família e no “sagrado” lar, que tem na violência poderoso instrumento de perpetração e reprodução.

Diante disso, os artigos 181 e 182 do Código Penal afrontam a Convenção de Belém do Pará, sendo com ela incompatível, devendo se concluir pela paralização da sua eficácia, diante de norma supralegal em sentido diverso, conforme posição do Supremo Tribunal Federal, como se verá adiante.

Ademais, a natureza protetiva da Lei Maria da Penha norteia a interpretação no sentido de dar maior efetividade e proteção à mulher em situação de violência doméstica e familiar, conforme lente exegética do artigo 4º.¹⁷

3 CONTROLE DA CONVENCIONALIDADE. SUPRALEGALIDADE DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS RATIFICADOS PELO BRASIL. EFEITO PARALISANTE DAS NORMAS INFRACONSTITUCIONAIS CONFLITANTES

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC 87.585/TO¹⁸, mudando posições anteriores, firmou entendimento majoritário reconhecendo o caráter supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil, conferindo efeito paralisante de eficácia às normas de direito interno que os contrariem.

Antes disso, no RE 466.343/SP, a liminar pleiteada (impedindo a prisão do depositário infiel), enquanto não julgado o mérito do HC 87.585/TO pelo Plenário do STF¹⁹. Importante o registro do voto vogal do Ministro Gilmar Mendes, onde afirma que, depois da

¹⁷ Art. 4º Na interpretação desta Lei, serão considerados os fins sociais a que ela se destina e, especialmente, as condições peculiares das mulheres em situação de violência doméstica e familiar.

¹⁸ EMENTA: DEPOSITÁRIO INFIEL - PRISÃO. A subscrição pelo Brasil do Pacto de São José da Costa Rica, limitando a prisão civil por dívida ao descumprimento inescusável de prestação alimentícia, implicou a derrogação das normas estritamente legais referentes à prisão do depositário infiel.

¹⁹ Posteriormente, em 03 de dezembro de 2008, o mérito dessas duas ações foi julgado conjuntamente pelo Pleno do STF, cuja ementa consta da nota de rodapé 16.

promulgação da Emenda Constitucional nº. 45/2014, restou esvaziada a discussão sobre o *status* constitucional dos tratados de direitos humanos, conforme §§ 2º. e 3º²⁰. do art. 5º da Constituição Federal.²¹ Na oportunidade, o Ministro Gilmar Mendes decidiu:

Nesse sentido, é possível concluir que, diante da supremacia da Constituição sobre os atos normativos internacionais, a previsão constitucional da prisão civil do depositário infiel (art. 5º, inciso LXVII) *não foi revogada* pela ratificação do Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos (art. 11) e da Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica (art. 7º, 7), *mas deixou de ter aplicabilidade diante do efeito paralisante desses tratados em relação à legislação infraconstitucional* que disciplina a matéria, incluídos o art. 1.287 do Código Civil de 1916 e o Decreto-Lei nº 911, de 1º de outubro de 1969. (Grifo nosso)

Consoante Decisão, tendo em vista o caráter supralegal dos tratados internacionais ratificados pelo Brasil, a legislação infraconstitucional posterior, com eles conflitante, não são por eles revogados, mas tem sua eficácia paralisada (efeito paralisante).

O mérito do RE 466.343/SP, de relatoria do Ministro César Peluso, foi julgado conjuntamente com o HC 87.585/TO, de relatoria do Ministro Marco Aurélio de Mello, pelo plenário do Supremo Tribunal Federal, no dia 03 de dezembro de 2008, reconhecendo, em caráter vinculante²², que os tratados internacionais de direitos humanos situam-se em hierarquia superior às leis infraconstitucionais. O efeito paralisante equivale, conforme julgado, à derrogação, em sentido formal.

Em tese inédita, defendida um mês antes da Decisão do STF, conforme anunciou Luiz Flávio Gomes, no prefácio da obra, Valerio Mazzuoli (2011) escreveu sobre Controle da Convencionalidade.

Na obra de referência sobre o tema, Mazzuoli aponta que o controle da convencionalidade se faz de maneira semelhante ao controle da constitucionalidade. O controle da Convencionalidade concentrado é feito por meio de ADI, ADC ou ADPF, perante

²⁰ Registra-se que, se forem aprovados com o quórum qualificado do artigo 5º, §3º., terão status de Emenda Constitucional.

²¹ Art. 5º.

§2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

§3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

²² Depois do julgamento, foi editada a Súmula Vinculante no. 25, proibindo, expressamente, a prisão civil do depositário infiel.

o STF. Já o controle difuso é feito por qualquer juiz ou tribunal, negando eficácia da norma interna, no caso concreto, por contrariar tratado internacional de direitos humanos de que o Brasil é signatário. Afirma Mazzouli (2011, p. 138) que:

A falta de compatibilização do direito infraconstitucional com os direitos previstos nos tratados de que o Brasil é parte invalida a norma doméstica respectiva, fazendo-a cessar de operar no mundo jurídico.

É alentador perceber o avanço da jurisprudência brasileira no que tange à aplicação do diálogo das fontes e do princípio internacional *pro homine*.

E explicita o autor o que entende por diálogo de fontes e princípio internacional *pro homine*.

Daí a importância do “diálogo das fontes” para as soluções de antinomias entre o direito internacional dos direitos humanos e o direito interno, especialmente quando este último é versado em norma constitucional. Da mesma forma que existem normas constitucionais inconstitucionais, existem normas constitucionais inconventionais. Mas para sanar tais incompatibilidades (antinomias) deve o operador do direito aplicar o princípio internacional *pro homine*, segundo o qual deve prevalecer a norma que, no caso concreto, mais proteja os direitos da pessoa em causa. (MAZZOULI, 2011, p. 142-143).

No direito interno, o princípio internacional *pro homine* compõe-se de dois conhecidos princípios jurídicos de proteção de direitos: o da dignidade da pessoa humana e o da prevalência dos direitos humanos. (MAZZOULI, 2011, p. 127).

Com efeito, a posição majoritária do Supremo Tribunal Federal é no sentido de reconhecer a natureza supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos de que o Brasil é signatário, tendo, como consequência, o efeito paralisante da eficácia da norma infraconstitucional conflitantes com aqueles.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Passados 78 anos da publicação dos artigos 181 e 182 do Código Penal, 12 anos da Lei Maria da Penha e 10 anos do RE 466.343/SP e HC 87.585/TO, ainda não se tem dado

efetividade em cumprir um dos objetivos da Lei Maria da Penha, diante da blindagem das escusas absolutórias para autores de crimes de violência doméstica e familiar contra a mulher, na modalidade patrimonial.

Com efeito, a prática forense, ao aplicar as escusas absolutórias, destoa dos preceitos normativos e finalidade da Lei 11.340/2006, bem como dos tratados internacionais em que o Brasil ratificou, especialmente a Convenção de Belém do Pará, que se prontificou em punir todas as formas de violência doméstica e familiar contra a mulher.

O que é certo é que o Supremo Tribunal Federal firmou entendimento majoritário e vinculante no sentido reconhecer os tratados internacionais ratificados pelo Brasil como norma supralegal, e conferir efeito paralisante de eficácia às leis infraconstitucionais com eles incompatíveis.

Diante disso, afirmamos o efeito paralisante dos artigos 181 e 182 do Código Penal, diante da norma supralegal da Convenção de Belém do Pará, na interpretação conforme à Constituição do Supremo Tribunal Federal.

REFERÊNCIAS

BANDEIRA, Lourdes Maria; ALMEIDA, Tânia Mara Campos de. **Vinte anos da Convenção de Belém do Pará e a Lei Maria da Penha**. 2015. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-026X2015000200501>. Acesso em: 31 out. 2018.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Convenção interamericana para prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher**, “Convenção de Belém do Pará”. Disponível em: <<https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/m.Belem.do.Para.htm>>. Acesso em: 31 out. 2018.

_____. **Organização dos Estados Americanos**. Disponível em: <<https://www.cidh.oas.org/annualrep/2000port/12051.htm>>. Acesso em: 31 out. 2018.

DIAS, Maria Berenice. **A Lei Maria da Penha na justiça: a efetividade da Lei 11.340/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher**. Editora Revista dos Tribunais, 2008.

DIAS, Maria Berenice. **Lei Maria da Penha, A efetividade da Lei 11.340/2006 de Combate à Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

FEIX, Virgínia. Das formas de violência contra a mulher – Artigo 7º. In: CAMPOS, Carmen Hein de (organizadora). **Lei Maria da Penha comentada em uma perspectiva jurídico-feminista**. Rio de Janeiro: Lumen Yuris, p. 201-213, 2011.

FERNANDES, Valéria Diez Scarance. **Lei Maria da Penha. O processo penal no caminho da efetividade**. São Paulo: Editora Atlas, 2015

GOMES, Luiz Flávio. **Controle de convencionalidade: Valerio Mazzuoli "versus" STF**.

Disponível em:

<http://www.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20090615165108665>. Acesso em: 31 out. 2018.

GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valerio Oliveira. **Constituição brasileira e os tratados de direitos humanos: conflitos e os critérios de solução**. Disponível em:

<<http://www.parana-online.com.br/canal/direito-e-justica/news/375735/>>. Acesso em: 31 out. 2018.

MAZZUOLI, Valerio Oliveira. **O controle jurisdicional da convencionalidade das leis / Valerio de Oliveira Mazzuoli; prefácio Luiz Flávio Gomes**. – 2. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. – (Coleção direito e ciências afins; v. 4 / coordenação Alice Bianchini, Luiz Flávio Gomes, William Terra de Oliveira).

OLIVEIRA, Anna Caroline Lopes de. **A Influência da Convenção de Belém do Pará na Prevenção da Violência contra as Mulheres no Brasil, Chile e Guatemala**. Monografia do Curso de Relações Internacionais. UNICEUB, 2017

PIOVESAN, Flávia; PIMENTEL, Sílvia. A Lei Maria da Penha na perspectiva da responsabilidade internacional do Brasil. In: CAMPOS, Carmen Hein de (org.) **Lei Maria da Penha: comentada em uma perspectiva jurídico-feminista**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. Disponível em: <https://www.homolog.compromissoeatitude.org.br/wp-content/uploads/2014/02/1_6_responsabilidade-internacional.pdf>. Acesso em: 31 out. 2018.

CONTROL OF THE CONVENTIONALITY OF ARTICLES 181 AND 182 OF THE PENAL CODE (DISCLAIMER OF PUNISHMENT) IN THE PATRIMONIAL CRIMES OF DOMESTIC AND FAMILY VIOLENCE AGAINST WOMEN

ABSTRACT

Present work aims to assert the incompatibility/inconvencionalidade application of disclaimer of punishment, provided for in articles 181 and 182 of the Penal Code of 1940, with the Convention of Belém do Pará, ratified by Brazil in 1995. According to the majority understanding of the Supreme Court, the infra-constitutional standards that are not compatible with the human rights treaties ratified by Brazil have effectively paralyzed. This essay argues that articles 181 and 182 suffered paralyzing effect the Convention of Belém do Pará, incorporated as standard supralegal Brazilian law, from the Constitutional Amendment No. 45/2014.

Keywords: Convention of Belém do Pará. Patrimonial violence. Disclaimer of punishment.



CANDIDATO SEM PARTIDO?

Ana Beatriz Ferreira Rebello Presgrave¹

A possibilidade de candidaturas independentes no Brasil ganhou notoriedade com o reconhecimento da repercussão geral ao RE 1.054.490-RJ, interposto por Rodrigo Sobroza Mezzomo e Rodrigo Rocha Barbosa contra a decisão do TRE-RJ que rejeitou a candidatura dos Recorrentes para os cargos de prefeito e vice-prefeito nas eleições de 2016 pelo fato de não estarem vinculados a nenhum partido político, exigência prevista constitucionalmente.

Este texto não avaliará a conveniência e oportunidade da adoção das candidaturas independentes no Brasil; o objeto cinge-se à análise da tese levantada no recurso e corroborada pelo parecer do MPF já carreado aos autos acerca da (im)possibilidade de tal restrição nos termos das previsões constitucionais e legislativas hoje vigentes em nosso país.

O RE, embora trate de questão relacionada a eleição que já ocorreu, teve sua repercussão geral reconhecida por unanimidade e, por maioria, não foi considerado prejudicado na questão de ordem levantada pelo fato da eleição já ter ocorrido. Assim, o recurso deverá ter seu mérito julgado pelo STF.

Já há nos autos, além da decisão da repercussão geral e da questão de ordem – em que se percebe ligeira inclinação de como o mérito deve ser analisado pelo Relator² -, há também o parecer da Procuradora Geral da República, cuja conclusão é no sentido de ser favorável à candidatura sem a vinculação do candidato a nenhum partido político, sob o

¹ Doutora em Direito Constitucional pela UFPE. Mestre em Direito Processual Civil pela PUC-SP. Graduada em Direito pela PUC-SP. Professora do Curso de Graduação e do Programa de Pós-graduação em Direito da UFRN. Estágio pós-doutoral na Westfälische Wilhelms-Universität Münster (WWU). Membro da diretoria do IPPC. Membro da ABDPRO. Membro do IBDP. Membro do IBDFAM.

² Veja-se que o Relator coloca que há “invocação plausível do Pacto de San José da Costa Rica e do padrão democrático predominante no mundo.”

fundamento de que o Brasil seria signatário do Pacto de San Jose da Costa Rica (Convenção Americana de Direitos Humanos – CADH) e que tal documento não permitiria restrições deste tipo, haja vista a previsão contida no seu art. 23.

O raciocínio que leva à conclusão de que uma exigência constitucional não deveria ser considerada em face da previsão constante na CADH não é muito bem desenvolvido na manifestação ministerial, mas é possível imaginar que o parecer não tenha levado em consideração as consequências que dele advém.

Isto porque, da mesma forma que a vinculação partidária não consta no rol exclusivo de restrições para a candidatura a cargos políticos, percebe-se claramente que outras restrições constitucionais também não estão³. Sem falar de inúmeras outras restrições impostas por normas infraconstitucionais.

O referido art. 23 da CADH⁴ destaca que os Estados-membros poderão dispor sobre restrições a candidaturas EXCLUSIVAMENTE relativas a: idade, nacionalidade, residência, idioma, instrução, capacidade civil ou mental, ou condenação, por juiz competente, em processo penal.

Nota-se que o rol é bastante restrito. Com relação às hipóteses constitucionais, identifica-se que além da vinculação partidária, as restrições previstas nos §§ 2º. e 4º. a 9º. do art. 14, CF também não se encontram no texto da CADH. Tais artigos fazem referência a situações como desincompatibilização, reeleição e serviço militar.

³ Basta verificar o disposto nos demais parágrafos do art. 14, CF: § 2º Não podem alistar-se como eleitores os estrangeiros e, durante o período do serviço militar obrigatório, os conscritos. § 3º São condições de elegibilidade, na forma da lei: I - a nacionalidade brasileira; II - o pleno exercício dos direitos políticos; III - o alistamento eleitoral; IV - o domicílio eleitoral na circunscrição; V - a filiação partidária; VI - a idade mínima de: a) trinta e cinco anos para Presidente e Vice-Presidente da República e Senador; b) trinta anos para Governador e Vice-Governador de Estado e do Distrito Federal; c) vinte e um anos para Deputado Federal, Deputado Estadual ou Distrital, Prefeito, Vice-Prefeito e juiz de paz; d) dezoito anos para Vereador. § 4º São inelegíveis os inalistáveis e os analfabetos. § 5º O Presidente da República, os Governadores de Estado e do Distrito Federal, os Prefeitos e quem os houver sucedido, ou substituído no curso dos mandatos poderão ser reeleitos para um único período subsequente. § 6º Para concorrerem a outros cargos, o Presidente da República, os Governadores de Estado e do Distrito Federal e os Prefeitos devem renunciar aos respectivos mandatos até seis meses antes do pleito. § 7º São inelegíveis, no território de jurisdição do titular, o cônjuge e os parentes consanguíneos ou afins, até o segundo grau ou por adoção, do Presidente da República, de Governador de Estado ou Território, do Distrito Federal, de Prefeito ou de quem os haja substituído dentro dos seis meses anteriores ao pleito, salvo se já titular de mandato eletivo e candidato à reeleição. § 8º O militar alistável é elegível, atendidas as seguintes condições: I - se contar menos de dez anos de serviço, deverá afastar-se da atividade; II - se contar mais de dez anos de serviço, será agregado pela autoridade superior e, se eleito, passará automaticamente, no ato da diplomação, para a inatividade. § 9º Lei complementar estabelecerá outros casos de inelegibilidade e os prazos de sua cessação, a fim de proteger a probidade administrativa, a moralidade para exercício de mandato considerada vida pregressa do candidato, e a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta.

⁴ Art. 23 2. A lei pode regular o exercício dos direitos e oportunidades a que se refere o inciso anterior, exclusivamente por motivos de idade, nacionalidade, residência, idioma, instrução, capacidade civil ou mental, ou condenação, por juiz competente, em processo penal.

É importante destacar que o fundamento invocado pelo MPF é a impossibilidade de existência de restrição às candidaturas que não estejam expressamente previstas na CADH, e o parecer está se referindo a uma restrição feita NA CONSTITUIÇÃO ORIGINÁRIA (art. 14, §3º., V, CF). Que dirá então das restrições feitas pela lei? Em prevalecendo essa concepção, a chamada “Lei da Ficha Limpa” (LC 64/90 com as alterações promovidas pela LC 135/10) restará praticamente integralmente revogada⁵.

⁵ Veja-se as hipóteses legais que não encontram suporte no rol do art. 23 2, CADH: Art. 1º São inelegíveis: I - para qualquer cargo: (...) b) os membros do Congresso Nacional, das Assembleias Legislativas, da Câmara Legislativa e das Câmaras Municipais, que hajam perdido os respectivos mandatos por infringência do disposto nos incisos I e II do art. 55 da Constituição Federal, dos dispositivos equivalentes sobre perda de mandato das Constituições Estaduais e Leis Orgânicas dos Municípios e do Distrito Federal, para as eleições que se realizarem durante o período remanescente do mandato para o qual foram eleitos e nos oito anos subsequentes ao término da legislatura; c) o Governador e o Vice-Governador de Estado e do Distrito Federal e o Prefeito e o Vice-Prefeito que perderem seus cargos eletivos por infringência a dispositivo da Constituição Estadual, da Lei Orgânica do Distrito Federal ou da Lei Orgânica do Município, para as eleições que se realizarem durante o período remanescente e nos 8 (oito) anos subsequentes ao término do mandato para o qual tenham sido eleitos; d) os que tenham contra sua pessoa representação julgada procedente pela Justiça Eleitoral, em decisão transitada em julgado ou proferida por órgão colegiado, em processo de apuração de abuso do poder econômico ou político, para a eleição na qual concorrem ou tenham sido diplomados, bem como para as que se realizarem nos 8 (oito) anos seguintes; (...) f) os que forem declarados indignos do oficialato, ou com ele incompatíveis, pelo prazo de 8 (oito) anos; g) os que tiverem suas contas relativas ao exercício de cargos ou funções públicas rejeitadas por irregularidade insanável que configure ato doloso de improbidade administrativa, e por decisão irrecorrível do órgão competente, salvo se esta houver sido suspensa ou anulada pelo Poder Judiciário, para as eleições que se realizarem nos 8 (oito) anos seguintes, contados a partir da data da decisão, aplicando-se o disposto no inciso II do art. 71 da Constituição Federal, a todos os ordenadores de despesa, sem exclusão de mandatários que houverem agido nessa condição; h) os detentores de cargo na administração pública direta, indireta ou fundacional, que beneficiarem a si ou a terceiros, pelo abuso do poder econômico ou político, que forem condenados em decisão transitada em julgado ou proferida por órgão judicial colegiado, para a eleição na qual concorrem ou tenham sido diplomados, bem como para as que se realizarem nos 8 (oito) anos seguintes; i) os que, em estabelecimentos de crédito, financiamento ou seguro, que tenham sido ou estejam sendo objeto de processo de liquidação judicial ou extrajudicial, hajam exercido, nos 12 (doze) meses anteriores à respectiva decretação, cargo ou função de direção, administração ou representação, enquanto não forem exonerados de qualquer responsabilidade; j) os que forem condenados, em decisão transitada em julgado ou proferida por órgão colegiado da Justiça Eleitoral, por corrupção eleitoral, por captação ilícita de sufrágio, por doação, captação ou gastos ilícitos de recursos de campanha ou por conduta vedada aos agentes públicos em campanhas eleitorais que impliquem cassação do registro ou do diploma, pelo prazo de 8 (oito) anos a contar da eleição; k) o Presidente da República, o Governador de Estado e do Distrito Federal, o Prefeito, os membros do Congresso Nacional, das Assembleias Legislativas, da Câmara Legislativa, das Câmaras Municipais, que renunciarem a seus mandatos desde o oferecimento de representação ou petição capaz de autorizar a abertura de processo por infringência a dispositivo da Constituição Federal, da Constituição Estadual, da Lei Orgânica do Distrito Federal ou da Lei Orgânica do Município, para as eleições que se realizarem durante o período remanescente do mandato para o qual foram eleitos e nos 8 (oito) anos subsequentes ao término da legislatura; l) os que forem condenados à suspensão dos direitos políticos, em decisão transitada em julgado ou proferida por órgão judicial colegiado, por ato doloso de improbidade administrativa que importe lesão ao patrimônio público e enriquecimento ilícito, desde a condenação ou o trânsito em julgado até o transcurso do prazo de 8 (oito) anos após o cumprimento da pena; m) os que forem excluídos do exercício da profissão, por decisão sancionatória do órgão profissional competente, em decorrência de infração ético-profissional, pelo prazo de 8 (oito) anos, salvo se o ato houver sido anulado ou suspenso pelo Poder Judiciário; n) os que forem condenados, em decisão transitada em julgado ou proferida por órgão judicial colegiado, em razão de terem desfeito ou simulado desfazer vínculo conjugal ou de união estável para evitar caracterização de inelegibilidade, pelo prazo de 8 (oito) anos após a decisão que reconhecer a fraude; o) os que forem demitidos do serviço público em decorrência de processo administrativo ou judicial, pelo prazo de 8 (oito) anos, contado da decisão, salvo se o ato houver sido suspenso ou anulado pelo Poder Judiciário; p) a pessoa física e os dirigentes de pessoas jurídicas responsáveis por doações eleitorais tidas por ilegais por decisão transitada em julgado ou proferida por órgão colegiado da

Justiça Eleitoral, pelo prazo de 8 (oito) anos após a decisão, observando-se o procedimento previsto no art. 22; q) os magistrados e os membros do Ministério Público que forem aposentados compulsoriamente por decisão sancionatória, que tenham perdido o cargo por sentença ou que tenham pedido exoneração ou aposentadoria voluntária na pendência de processo administrativo disciplinar, pelo prazo de 8 (oito) anos; II - para Presidente e Vice-Presidente da República: a) até 6 (seis) meses depois de afastados definitivamente de seus cargos e funções: 1. os Ministros de Estado; 2. os chefes dos órgãos de assessoramento direto, civil e militar, da Presidência da República; 3. o chefe do órgão de assessoramento de informações da Presidência da República; 4. o chefe do Estado-Maior das Forças Armadas; 5. o Advogado-Geral da União e o Consultor-Geral da República; 6. os chefes do Estado-Maior da Marinha, do Exército e da Aeronáutica; 7. os Comandantes do Exército, Marinha e Aeronáutica; 8. os Magistrados; 9. os Presidentes, Diretores e Superintendentes de autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações públicas e as mantidas pelo poder público; 10. os Governadores de Estado, do Distrito Federal e de Territórios; 11. os Intervenores Federais; 12. os Secretários de Estado; 13. os Prefeitos Municipais; 14. os membros do Tribunal de Contas da União, dos Estados e do Distrito Federal; 15. o Diretor-Geral do Departamento de Polícia Federal; 16. os Secretários-Gerais, os Secretários-Executivos, os Secretários Nacionais, os Secretários Federais dos Ministérios e as pessoas que ocupem cargos equivalentes; b) os que tenham exercido, nos 6 (seis) meses anteriores à eleição, nos Estados, no Distrito Federal, Territórios e em qualquer dos poderes da União, cargo ou função, de nomeação pelo Presidente da República, sujeito à aprovação prévia do Senado Federal; (...) d) os que, até 6 (seis) meses antes da eleição, tiverem competência ou interesse, direta, indireta ou eventual, no lançamento, arrecadação ou fiscalização de impostos, taxas e contribuições de caráter obrigatório, inclusive parafiscais, ou para aplicar multas relacionadas com essas atividades; e) os que, até 6 (seis) meses antes da eleição, tenham exercido cargo ou função de direção, administração ou representação nas empresas de que tratam os arts. 3º e 5º da Lei nº 4.137, de 10 de setembro de 1962, quando, pelo âmbito e natureza de suas atividades, possam tais empresas influir na economia nacional; f) os que, detendo o controle de empresas ou grupo de empresas que atuem no Brasil, nas condições monopolísticas previstas no parágrafo único do art. 5º da lei citada na alínea anterior, não apresentarem à Justiça Eleitoral, até 6 (seis) meses antes do pleito, a prova de que fizeram cessar o abuso apurado, do poder econômico, ou de que transferiram, por força regular, o controle de referidas empresas ou grupo de empresas; g) os que tenham, dentro dos 4 (quatro) meses anteriores ao pleito, ocupado cargo ou função de direção, administração ou representação em entidades representativas de classe, mantidas, total ou parcialmente, por contribuições impostas pelo poder Público ou com recursos arrecadados e repassados pela Previdência Social; h) os que, até 6 (seis) meses depois de afastados das funções, tenham exercido cargo de Presidente, Diretor ou Superintendente de sociedades com objetivos exclusivos de operações financeiras e façam publicamente apelo à poupança e ao crédito, inclusive através de cooperativas e da empresa ou estabelecimentos que gozem, sob qualquer forma, de vantagens asseguradas pelo poder público, salvo se decorrentes de contratos que obedeçam a cláusulas uniformes; i) os que, dentro de 6 (seis) meses anteriores ao pleito, hajam exercido cargo ou função de direção, administração ou representação em pessoa jurídica ou em empresa que mantenha contrato de execução de obras, de prestação de serviços ou de fornecimento de bens com órgão do Poder Público ou sob seu controle, salvo no caso de contrato que obedeça a cláusulas uniformes; j) os que, membros do Ministério Público, não se tenham afastado das suas funções até 6 (seis) meses anteriores ao pleito; l) os que, servidores públicos, estatutários ou não, dos órgãos ou entidades da Administração direta ou indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e dos Territórios, inclusive das fundações mantidas pelo Poder Público, não se afastarem até 3 (três) meses anteriores ao pleito, garantido o direito à percepção dos seus vencimentos integrais; III - para Governador e Vice-Governador de Estado e do Distrito Federal; a) os inelegíveis para os cargos de Presidente e Vice-Presidente da República especificados na alínea a do inciso II deste artigo e, no tocante às demais alíneas, quando se tratar de repartição pública, associação ou empresas que operem no território do Estado ou do Distrito Federal, observados os mesmos prazos; b) até 6 (seis) meses depois de afastados definitivamente de seus cargos ou funções: 1. os chefes dos Gabinetes Civil e Militar do Governador do Estado ou do Distrito Federal; 2. os comandantes do Distrito Naval, Região Militar e Zona Aérea; 3. os diretores de órgãos estaduais ou sociedades de assistência aos Municípios; 4. os secretários da administração municipal ou membros de órgãos congêneres; IV - para Prefeito e Vice-Prefeito: a) no que lhes for aplicável, por identidade de situações, os inelegíveis para os cargos de Presidente e Vice-Presidente da República, Governador e Vice-Governador de Estado e do Distrito Federal, observado o prazo de 4 (quatro) meses para a desincompatibilização; b) os membros do Ministério Público e Defensoria Pública em exercício na Comarca, nos 4 (quatro) meses anteriores ao pleito, sem prejuízo dos vencimentos integrais; c) as autoridades policiais, civis ou militares, com exercício no Município, nos 4 (quatro) meses anteriores ao pleito; V - para o Senado Federal: a) os inelegíveis para os cargos de Presidente e Vice-Presidente da República especificados na alínea a do inciso II deste artigo e, no tocante às demais alíneas, quando se tratar de repartição pública, associação ou empresa que opere no território do Estado, observados os mesmos prazos; b) em cada Estado e no Distrito Federal, os inelegíveis para os cargos de Governador e Vice-Governador, nas mesmas condições estabelecidas, observados os mesmos prazos; VI -

Aparentemente, o parecer da PGR defende a interpretação de que os Tratados Internacionais de Direitos Humanos ratificados pelo Brasil e internalizados antes da Emenda Constitucional 45/04, que acrescentou o parágrafo 3º. ao art. 5º., CF⁶, possuem natureza de Emenda Constitucional. Veja-se o trecho final do referido parecer:

“Os recorrentes parecem ter razão aqui, ao defenderem o ponto de vista de que o conflito entre o art. 14, § 3º, v, da CR e o art. 23, inc. 1, b, c/c o inc. 2, do Pacto de São José deve ser resolvido em favor da norma de direito internacional. Em especial quando se lê o inc. 2, percebe-se que a filiação partidária não consta dos motivos pelos quais se pode restringir a participação de candidatos em eleições americanas. Apesar da relevância dos partidos políticos para o processo democrático⁴⁰, o art. 60, § 4º, ii, da CR não incluiu os partidos na cláusula de eternidade da Constituição de 1988. Ao contrário, nesse aspecto da organização social brasileira, a Constituição só declarou a salvo de mudanças o “voto direto, secreto, universal e periódico”. Logo, não parece haver incompatibilidade entre a norma internacional aludida e as restrições a emendas constitucionais ou à incorporação do pacto aludido na ordem brasileira. Daí que os partidos representados no Congresso Nacional abriram mão, validamente, da função de organizações intermédias exclusivas entre governantes e governados, ao terem aprovado o Pacto de São José. Nessa medida, o pedido dos autores parece procedente. 11. Conclusão O Ministério Público Federal opina pelo não conhecimento do recurso extraordinário ou, caso superada a preliminar, por seu provimento.”

para a Câmara dos Deputados, Assembleia Legislativa e Câmara Legislativa, no que lhes for aplicável, por identidade de situações, os inelegíveis para o Senado Federal, nas mesmas condições estabelecidas, observados os mesmos prazos; VII - para a Câmara Municipal: a) no que lhes for aplicável, por identidade de situações, os inelegíveis para o Senado Federal e para a Câmara dos Deputados, observado o prazo de 6 (seis) meses para a desincompatibilização; b) em cada Município, os inelegíveis para os cargos de Prefeito e Vice-Prefeito, observado o prazo de 6 (seis) meses para a desincompatibilização. § 1º Para concorrência a outros cargos, o Presidente da República, os Governadores de Estado e do Distrito Federal e os Prefeitos devem renunciar aos respectivos mandatos até 6 (seis) meses antes do pleito. § 2º O Vice-Presidente, o Vice-Governador e o Vice-Prefeito poderão candidatar-se a outros cargos, preservando os seus mandatos respectivos, desde que, nos últimos 6 (seis) meses anteriores ao pleito, não tenham sucedido ou substituído o titular. § 3º São inelegíveis, no território de jurisdição do titular, o cônjuge e os parentes, consanguíneos ou afins, até o segundo grau ou por adoção, do Presidente da República, de Governador de Estado ou Território, do Distrito Federal, de Prefeito ou de quem os haja substituído dentro dos 6 (seis) meses anteriores ao pleito, salvo se já titular de mandato eletivo e candidato à reeleição. § 4º A inelegibilidade prevista na alínea *e* do inciso I deste artigo não se aplica aos crimes culposos e àqueles definidos em lei como de menor potencial ofensivo, nem aos crimes de ação penal privada. § 5º A renúncia para atender à desincompatibilização com vistas a candidatura a cargo eletivo ou para assunção de mandato não gerará a inelegibilidade prevista na alínea *k*, a menos que a Justiça Eleitoral reconheça fraude ao disposto nesta Lei Complementar.

⁶ Art. 5º. (...) § 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte. § 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

Em prevalecendo o parecer do MPF, os parágrafos do art. 14, CF e a Lei da Ficha Limpa serão quase que integralmente inaplicáveis.

A pergunta que deixo é a seguinte: vale à pena?



PROSTITUIÇÃO: “TRABALHO” (MAIS) SEGURO?

Sandra Tavares¹

RESUMO

O presente artigo circunscreve-se à apreciação breve de um folheto dedicado a pessoas prostituídas. Este folheto parte do pressuposto que a prostituição é trabalho e tem como objetivo proporcionar às pessoas prostituídas informações relativas a segurança no trabalho e a condições de trabalho. Com apelo à Constituição da República Portuguesa, tentaremos demonstrar a incompatibilidade entre o conteúdo deste folheto e o ordenamento jurídico-constitucional português.

Palavras-chave: Prostituição. Constituição da República Portuguesa. Dignidade humana.

A Autora tem assistido recentemente a debates relativos ao tema da prostituição em que reiteradamente viu ser referido um documento² que daria diretrizes às pessoas prostituídas relativas ao modo de como melhor proceder no desempenho da sua atividade. A repetida

¹Professora Auxiliar da Universidade Católica Portuguesa, CEID - Centro de Estudos e Investigação em Direito, Faculdade de Direito – Escola do Porto, Rua Diogo Botelho, 1327, 4169-005, Porto, Portugal. Endereço de contacto: stavares@porto.ucp.pt.

² Esta referência chegou à Autora designadamente por intermédio de intervenções de elementos da instituição O Ninho. O Ninho é uma instituição particular de solidariedade social portuguesa, fundada em 1967, cujo objetivo se prende com “a promoção humana e social de mulheres vítimas de prostituição”, de acordo com informação disponibilizada no respetivo sítio eletrónico (<<https://www.oninho.pt>>. Acesso em 01.09.2018).

indicação do documento e a citação de partes do mesmo suscitou na Autora o interesse de o conhecer na íntegra para melhor o apreciar e enquadrar juridicamente.

A pesquisa efetuada permitiu concluir tratar-se de um folheto de 20 páginas, datado de 2010, cofinanciado pela União Europeia e referido a cinco países europeus (Bulgária, França, Alemanha, Itália e Portugal). Na versão portuguesa o folheto tem como título “Trabalho mais seguro”³.

Neste folheto a prostituição é tratada como trabalho (trabalho sexual, prestação de serviço sexual) e as pessoas prostituídas são identificadas como trabalhadoras ou profissionais do sexo, a quem o folheto se destina. O folheto dirige-se a atividades de prostituição realizadas em “espaços de interior” (p. 2) ou “locais de interior” (p. 3), tais como hotéis, apartamentos ou saunas, por exemplo, e compõe-se de quatro partes: “O teu trabalho” (ps. 4 e seguintes), “A tua saúde” (ps. 10 e seguintes), “Os teus direitos” (ps. 12 e seguintes) e “Informação adicional” (ps. 14 e seguintes).

Na análise do conteúdo do folheto ressalta, deste logo, o modo de tratamento adotado para com os destinatários do mesmo. Estes são referidos na 2ª pessoa do singular: “tua segurança” (p. 3), “te será útil” (p. 3), “teu trabalho” (p. 4), “contra ti” (p. 5),... Sendo certo que a versão portuguesa é uma tradução do original (p. 2), é também certo que foi este o tratamento selecionado na tradução, não sendo despicienda a diferente conotação que em Portugal se concede ao tratamento por “tu” ou por “você” em sede comunicacional.

Aprofundando a análise do conteúdo do folheto, cabe evidenciar algumas “dicas” (p. 3) que, nos parecem especialmente demonstrativas do modo como este «trabalho» é enquadrado. Assim:

- “Trabalha onde te sentes mais segura, *na medida do possível*” (p. 4, itálico nosso);
- “Evita clientes que estão sob a influência de álcool ou outras drogas. *Se não puderes evitá-los*, mantém-te especialmente vigilante com eles” (p. 4, itálico nosso);
- “Não uses brincos grandes e colares durante o trabalho. Eles podem ser usados como ‘arma’ contra ti” (p. 5);
- “Se tiveres oportunidade, frequenta um curso de defesa pessoal” (p. 5);
- “Se vais para casa do cliente ou para um hotel [...] Tem *sempre* um plano de fuga” (p. 7, itálico nosso).

³ Disponível em <http://www.apdes.pt/assets/apdes/indoors/saferwork_portuguese.pdf>. Acesso em 01.09.2018. As citações e respetiva paginação indicadas ao longo do artigo sem indicação específica de fonte são relativas a este folheto.

Apesar de demonstrativas, estas “dicas” (p. 3) são meros exemplos a par de vários outros que podem ser consultados no folheto e que dão uma imagem mais abrangente do modo como este «trabalho» é aí perspectivado.

A Constituição da República Portuguesa (CRP) baseia-se na dignidade da pessoa humana (art. 1.º CRP) e consagra uma série de direitos fundamentais, desde logo direitos liberdades e garantias pessoais como o direito à integridade pessoal, a integridade física e moral das pessoas (art. 25.º CRP).

Os princípios ético-jurídicos que merecem consagração constitucional “são, sobretudo, os princípios e decisões valorativas que encontram expressão na parte dos direitos fundamentais da Constituição” (LARENZ, 1997, p. 479), tais como “a prevalência da «dignidade da pessoa humana»” (LARENZ, 1997, p. 479) ou “a tutela geral do espaço de liberdade pessoal” (LARENZ, 1997, p. 479). Para Larenz (1997, p. 483):

... subjaz à Lei Fundamental o reconhecimento de determinados valores humanos gerais como, sobretudo, a dignidade humana e o valor da personalidade humana, e que para a tutela destes valores foram atribuídos ao indivíduo direitos fundamentais amplamente tutelados, como também se elevou a Direito vigente de escalão constitucional certos princípios ético-jurídicos e político-constitucionais ...

Tendo por base um folheto dirigido a pessoas prostituídas onde, pela análise das diretivas aí emitidas, se constata que a sua segurança física está notoriamente em crise no exercício quotidiano da prostituição, só se pode concluir que a garantia dos direitos fundamentais dessas mesmas pessoas não são um dado adquirido. E num ambiente em que, desde logo, a integridade física está objetivamente em risco, muito dificilmente se pode assumir o respeito pela dignidade humana das pessoas prostituídas, donde se constata uma relação ostensivamente controversa entre o folheto analisado e a Constituição da República Portuguesa.

REFERÊNCIAS

FAVET, Lucile (editor). **Trabalho mais seguro. Portuguese**. Trad. de Alina Santos e outros. Marselha: Autres Regards, 2010. Disponível em:

< http://www.apdes.pt/assets/apdes/indoors/saferwork_portuguese.pdf>. Acesso em 01.09.2018.

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. 3.^a edição. Trad. de José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

PROSTITUTION: SAFE(R) WORK?

ABSTRACT

The present article is confined to the brief assessment of a leaflet dedicated to prostituted persons. This leaflet is based on the assumption that prostitution is work and aims to provide prostituted persons with information on occupational safety and working conditions. With appeal to the Constitution of the Portuguese Republic, we will try to demonstrate the incompatibility between the content of this leaflet and the Portuguese constitutional order.

Keywords: Prostitution. Constitution of the Portuguese Republic. Human dignity.



ARTIGOS CIENTÍFICOS



CONTRARREFORMA TRABALHISTA COMO DESDOBRAMENTO DA CRISE CAPITALISTA

Nívea Maria Santos Souto Maior¹

RESUMO

O presente artigo visa analisar a contrarreforma trabalhista como sendo um novo fenômeno da precarização estrutural do trabalho e um desdobramento da crise capitalista. Primeiramente, busca traçar um recorte histórico da mudança no modo de produção, intensificada no mercado de trabalho flexível. Em seguida, a ruptura do Estado do Bem-estar com a implantação das ideias neoliberais. Ao final, traremos a discussão do social-liberalismo como um ajuste para continuidade macroeconômica liberal.

Palavras-chaves: Contrarreforma trabalhista. Crise capitalista. Social-liberalismo.

1 INTRODUÇÃO

Por meio do trabalho o homem se reconhece enquanto ser social, ser pensante, que idealiza e projeta algo, contudo, na sociedade capitalista o trabalho aliena o homem, dado a função de compra e venda de sua força de trabalho e consequente valor de troca das

¹ Mestranda em Serviço Social - PPGSS/UEPB. Especialista em Direito do Trabalho - Universidade Cândido Mendes/RJ. Especialista em Meios Consensuais de Solução de Conflitos – ESMA/Universidade Estadual da Paraíba. Advogada. Membro da Comissão da Advocacia Trabalhista - OAB Subseção Campina Grande/PB (triênio 2016/2018).

mercadorias. Ou seja: o trabalho tem a função de enriquecer os detentores dos meios de produção e empobrecer o trabalhador.

As mercadorias produzidas no ato do trabalho são para atender às necessidades do capital, e não do trabalhador. Nesta relação, temos o Estado como mediador das contradições advindas da luta e conflitos de classes (proletários X burguesia), entretanto, sua atuação se apresenta muito mais como “comitê da burguesia” (termos de Ernest Mandel) a fim de garantir a expansão e acumulação capitalista.

A proteção contra a superexploração econômica fez brotar o Direito do Trabalho, reconhecendo que relação de trabalho implica numa troca desigual: a monetarização da vida despendida na mais-valia, ou seja, gerando grande assimetria entre o salário recebido e o real valor do trabalho que se produziu. Infelizmente, o trabalho nunca foi “livre”, sempre esteve submetido à lógica da acumulação do capital.

Válido asseverar que a história não é linear, o Brasil, por sua particularidade sócio-histórica expressa no colonialismo e no trabalho escravo, foi anacrônico em relação à história dos povos europeus. Assim, nosso país como sendo o último da América a abolir a escravidão (1888) não vivenciou o período de transição do feudalismo para o capitalismo, evidenciado pelo trabalho livre e produção independente.

Conquanto, ao se afirmar como nação no eurocentrismo moderno, provavelmente o Brasil não criou uma formação cultural adequada de movimentos emancipacionistas, permanecendo, por muito tempo com resquícios de um país escravista. Assim, com forma e contexto adaptados a contemporaneidade, de certa forma, o escravismo se encontra inserido nas relações de trabalho no presente.

Reformas na legislação trabalhista foram realizadas desde o início do século XX, a começar no processo de reorganização do trabalho na acumulação flexível, em oposição direta à rigidez do regime fordista. Diferente do que ocorreu à época que Marx que viveu sob a égide do capitalismo concorrencial, o capitalismo tardio (conceito dado para se referir ao ano de 1945 até os dias atuais) atingiu o máximo da exploração das forças produtivas de trabalho.

Os limites absolutos do capital foram atingidos, o capitalismo acentuou traço destrutivo em relação não só ao trabalho, como também à humanidade e à natureza, Mészáros (2002, p. 251) aduz “[...] o capital em si é absolutamente incapaz de se impor limites, não importando as consequências, nem mesmo a eliminação total da humanidade”.

A crise estrutural do capital agudiza as expressões da questão social, sendo indissociável a condição geral do trabalhador assalariado incluída no processo de acumulação de capital, como também a pauperização dos trabalhadores e a formação de um exército

industrial de reserva (igualmente conhecido por superpopulação relativa). No Brasil, o ápice dessa hecatombe foi a promulgação da Lei Federal nº 13.467/2017, a famigerada “Reforma Trabalhista”, que alterou imensa parte da CLT - Consolidação das Leis do Trabalho – daí a emergência do debate sobre o processo de organização da classe trabalhadora.

Granemann (2004) diz que a contrarreforma pode ser entendida como um conjunto de alterações regressivas nos direitos do mundo do trabalho. As contrarreformas, regra geral, rebaixam marcos legais já conquistados em determinado momento pela luta de classe do país.

Diante do cenário acima citado, a contrarreforma trabalhista atende tão somente aos interesses dos conglomerados econômicos e aos anseios do capital, haja vista sua matriz neoliberal com tendência de precarização estrutural do trabalho em escala global e obtenção de superlucros.

Levando em consideração esses pressupostos, buscaremos apresentar neste artigo uma breve análise da reestruturação produtiva e a precarização do trabalho neste contexto de contrarreforma do Estado, assim como o papel da chamada terceira via (social-liberalismo) em nosso país e por último compreender a “reforma” trabalhista como sendo desdobramento da crise do capital na contemporaneidade. A contrarreforma trabalhista representa certamente um novo marco normativo que violou o princípio da condição mais benéfica do trabalhador.

2 A REESTRUTURAÇÃO PRODUTIVA E OS DESDOBRAMENTOS PARA UMA NOVA PRECARIZAÇÃO DO TRABALHO

O início do século XX foi marcado pelo fordismo, a organização do trabalho neste regime é concebida pela separação entre a concepção e a execução da produção, cada trabalhador tinha uma tarefa específica. Alia-se também ao keynesianismo, no qual o Estado passa a ter um papel decisivo no processo de industrialização, estimulando o pleno emprego e o consumo em massa.

Aqui no Brasil, o processo de expansão fordista teve marco na época da ditadura militar (1964) com produção em massa de automóveis e eletrodomésticos para ampliação do consumo, no nosso país houve o “milagre econômico”, mas sem os elementos do fordismo clássico, em virtude que os ganhos em termos de produtividade capitalista nunca se reverteram para a classe trabalhadora. Todavia, entre as décadas de 1960 e 1970, aquele modo de produção foi superado pelo toyotismo, em virtude da incapacidade do sistema anterior em conter as contradições do capitalismo.

Ocorre para tanto um período de reestruturação econômica o que implicava num reajustamento social e político, um confronto ao processo rígido do fordismo para a acumulação flexível, com empresas enxutas (*downsizing*) que facilitavam a entrada do capital estrangeiro, caracterizado pela ausência de estoques e unidades pequenas.

David Harvey (2012, p. 141) acrescenta:

“[...] a acumulação flexível parece implicar em níveis relativamente altos de desemprego “estrutural” (em oposição a “friccional”), rápida destruição e reconstrução de habilidades, ganhos modestos (quando há) de salários reais e o retrocesso do poder sindical – uma das colunas políticas do regime fordista”.

A respeito das metamorfoses do trabalho, Giovanni Alves (2005, p. 69) esclarece:

[...] Nos países do Terceiro Mundo industrializados como o Brasil, a classe operária ainda mantém, pelo menos até os anos 80, presença significativa nas indústrias. Entretanto, em virtude da mundialização do capital, as empresas, conglomerados e corporações transnacionais no Terceiro Mundo, com o caso da indústria automobilística, tendem a adotar, cada vez mais, em maior ou menor proporção, os mesmos padrões tecnológico-organizacionais do centro capitalista (desenvolve-se no Brasil dos anos 80 o que denominamos mais adiante um “toyotismo restrito”). *O complexo de reestruturação produtiva que atinge o Terceiro Mundo tende a debilitar o mundo do trabalho, (re)construindo – ou meramente extinguindo – pela desindustrialização, os pólos de modernidade industrial, instaurados na época da industrialização emergente.*

Veja que a transição para a acumulação flexível muito se assemelha da legislação draconiana da contrarreforma trabalhista, onde os patrões tiram proveito do enfraquecimento do poder sindical e da mão de obra excedente. É arrazoado acreditar que a contrarreforma trabalhista desenvolve um novo complexo de reestruturação produtiva na tentativa de reduzir custos das empresas patronais e legalizar novas formas de trabalhos sem dar garantia/proteção ao proletariado, intensificando mais ainda a desigualdade social do nosso país.

No horizonte de desmanche de direitos dentro da reforma trabalhista é possível observar, por exemplo, o teletrabalho, também conhecido como “home office”, aqueles que estão submetidos a regime de trabalho à distância não serão mais contemplados por horas extras, conforme nova redação do artigo 62, inciso III da CLT. Ao se legalizar o não pagamento de horas extras, a modalidade de trabalho mencionada anteriormente, terá seu

controle feito por tarefa, melhor explicando, ocorrerá a intensificação da apropriação de mais-valia que é uma engenharia do capital, tal como Marx empregava a metáfora da “porosidade”, que é a remuneração da força de trabalho na exata medida que produz.

O exemplo acima mostra que a prática de horas extras não remuneradas no teletrabalho impede a inserção de novos trabalhadores no mercado de trabalho e via de consequência proporciona maior vulnerabilidade dos trabalhadores, sobretudo num ambiente de desemprego estrutural. Outra mediação que merece realce é o fenômeno da subproletarização tardia, constituída pelos trabalhadores assalariados em tempo parcial, temporários ou subcontratados. A inovação legislativa no artigo 443 da CLT apresenta a figura do trabalho intermitente: o trabalhador será chamado em conformidade com os interesses exclusivos do empregador. Esta alternância de períodos de prestação de serviços e de inatividade também é conhecida como “jornada zero hora”, que é uma forma de legitimar o “bico” como uma das opções de trabalho formal, porém, com menores custos para o empregador.

Por conseguinte, o trabalho intermitente dá a possibilidade de exploração da mão de obra sem responsabilidade, gera para os trabalhadores uma situação de plena insegurança, não lhes garantindo, sequer, o recebimento do salário mínimo. Interessante destacar que no trabalho intermitente, o empregado será pago tão somente no período trabalhado, recebendo pelas horas ou diárias, devido a sazonalidade ou temporariedade da demanda do serviço.

À medida que se desenvolve o novo complexo de reestruturação produtiva, ele reconstitui, segundo a lógica do capital, o mundo do trabalho, pela instauração de um novo controle capitalista da produção e da constituição de novos excluídos sociais em virtude do desemprego estrutural e da subproletarização tardia, com a precarização de empregos e salários. A relação trabalhista possui direitos fundamentais em sua eficácia diagonal, são vínculos entre particulares no qual existe uma flagrante desigualdade fática. Se não existir lei que assegure direitos mínimos, as garantias serão disputadas pelo uso da “força” e o trabalhador numa condição submissa a seu patrão ficará na luta desigual.

O raciocínio supra condiz com a opinião do Ministro do TST Augusto César²(2017) que ao ser indagado sobre a reforma trabalhista, foi bastante claro ao afirmar: “[...] o trabalhador brasileiro tem direito à negociação coletiva para melhorar sua condição social, não para ser oferecido em holocausto”.

²FOLHA DE SÃO PAULO. **Reforma esvazia o direito do trabalho**. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/opiniaio/2017/03/1865671-reforma-esvazia-o-direito-do-trabalho.shtml>>. Acesso em: 09 set. 2017.

A preocupação deste jurista é justamente na famosa expressão “o negociado sobre o legislado”, prevista no artigo 611-A da CLT, melhor explicando, trata-se da possibilidade do estabelecimento de condições menos favoráveis aos trabalhadores do que as previstas em lei, desde que haja a negociação coletiva entre empregador e empregados. Desta feita, observa-se que a dignidade do trabalhador não é prioridade aos empregadores. O Estado deveria satisfazer o bem-estar da coletividade, criando limitações aos interesses exclusivamente do capital, intervindo, se necessário, para a proteção dos hipossuficientes.

3 UMA ANÁLISE DA “REFORMA” TRABALHISTA NO CONTEXTO BRASILEIRO

Para compreendermos o contexto atual em nosso país devemos considerar o marco da crise capitalista nos anos de 1970, a qual teve o neoliberalismo como saída para garantir a expansão e acumulação capitalista. Behring (2008, p. 129) destaca que “[...] o neoliberalismo em nível mundial configura-se como uma reação burguesa conservadora e monetarista, de natureza claramente regressiva, dentro da qual se situa a reforma (contrarreforma) do Estado”.

Os postulados do neoliberalismo foram consubstanciados no Consenso de Washington (1989) que por sua vez foi uma recomendação internacional para combater a crise econômica. Os Estados Unidos e o Fundo Monetário Internacional (FMI – também conhecido como “feitor da dívida pública”) somente forneceriam ajuda aos países subdesenvolvidos se adotassem obrigatoriamente aquela recomendação. Tais propostas são materializadas em políticas públicas e foram adotadas pelos sucessivos governos na América Latina, a partir da década de 1990, em destaque o Brasil a partir dos governos Collor e FHC com a criação do Plano Diretor de Reforma do Aparelho do Estado (PDRE).

Assim, com o colapso do comunismo na Europa ocidental, a década de 1990 foi marcada pela exigência de reestruturação econômica das nações periféricas, e ainda pelo processo de adequação do Estado à expansão do capitalismo financeiro e transnacional leva à redefinição de suas funções. No início dos anos 2000, a crise de hegemonia dos governos neoliberais levou o surgimento do movimento chamado terceira via, conhecido por social-liberalismo, nos dizeres de Rodrigo Castelo (2016, p. 47):

[...] *Este ajuste complementar pode ser chamado de social-liberalismo, que muda os aspectos do neoliberalismo para preservar a sua essência*, a saber, a retomada dos lucros dos grandes monopólios capitalistas via novo imperialismo, a Financeirização

da economia, a *reestruturação produtiva e precarização do mundo do trabalho*, o *aumento das taxas de exploração da força de trabalho*, a reconfiguração das intervenções do Estado ampliado na economia e na “questão social”, o apassivamento e cooptação da classe trabalhadora e, em determinados casos, a decapitação das suas lideranças mais combativas”.

Em nosso país, os governos Lula e Dilma representaram essa linha de pensamento social-liberal, o qual defendia uma junção de crescimento econômico com igualdade social, como se isso fosse possível no sistema capitalista ao qual estamos inseridos. Nesse momento, o Estado passa a focar suas ações na diminuição das políticas sociais e no consequente esvaziamento dos direitos sociais previstos na Constituição Federal de 1988, consolidando na contrarreforma trabalhista, na “PEC dos gastos” (emenda constitucional nº 95) e na contrarreforma da Previdência.

A propósito, nunca foi tão atual a expressão “Belíndia” - apelido dado ao Brasil pelo economista Edmar Bacha - como uma metáfora para as desigualdades do país, a classe dominante possui a riqueza da Bélgica e a classe trabalhadora com salários nos patamares da Índia. O cenário hodierno demonstra uma contradição a qual consiste numa redução da pobreza e o aumento da desigualdade social, Mota (2012, p. 37) destaca que vivenciamos:

[...] uma realidade frente a qual não podemos fugir, em especial por estarmos diante do caldo cultural dos ajustes econômicos realizados ao longo dos anos 1990, sob a batuta da ofensividade neoliberal dos governos das classes dominantes. *No seu afã contrarreformista, procuraram apagar as referências do trabalho, seja pelo desemprego, seja pelas novas e precárias formas de trabalho*, ou, ainda, pela supressão das conquistas dos trabalhadores nos anos 1980.

Atualmente, aqui e alhures, o social-liberalismo conseguiu de forma tímida recuperar a taxa de lucro, porém não recuperou o desenvolvimento e não existe nenhum indício da redução da desigualdade social, prova do insucesso foi a queda no coeficiente de GINI: no ano de 2017, o Brasil é o décimo país mais desigual do mundo, com destaque para a aparição massiva do desemprego, redução de salários e aumento da jornada de trabalho. Esse cenário se intensifica mais ainda com as mudanças ocorridas através da “reforma” (contrarreforma) trabalhista.

A compreensão da contrarreforma trabalhista possui estruturas variantes de pensamento, alguns a tratam como modernização das relações de trabalho e solução para crise

econômica do Brasil. Neste sentido de oposição, foi comum observar que vozes se levantavam para o fim da CLT sob o argumento da mesma ser obsoleta e de ter sido fruto de um “fascista” que a criou em favor do operário do chão da fábrica, não sendo mais aplicável aos dias de hoje.

Getúlio Vargas quando instituiu a CLT (1943) possibilitou que os trabalhadores fossem beneficiados por uma série de direitos diante da natureza predatória dos capitalistas. Naquela época as condições de trabalho eram precárias, as jornadas exaustivas, o índice de acidentes de trabalho era alarmante, surgindo um sentimento de revolta e de identidade de classe entre os trabalhadores.

No momento de criação da CLT, o Brasil foi influenciado por ideais do Estado Social, intervencionista e garantidor da condição digna do trabalhador, ou seja: os direitos trabalhistas, principalmente aqueles destinados aos segmentos sociais desfavorecidos no contexto de crise, eram uma resposta do Estado, que incorporou novas funções na tentativa de manter o modo de produção “equilibrado”, em virtude da classe de trabalhadores se sentir minimamente satisfeita. Infelizmente, a crise estrutural do capitalismo impôs novas formas de expropriação da mais-valia produzida pelos trabalhadores. É nesse contexto que emergiu a promulgação da reforma trabalhista que resultou na alteração substancial da CLT, aproximando as práticas das atuais relações de trabalho à época da escravidão.

Nesse sentido, sobre o retrocesso histórico do direito do trabalho o Ministro do Tribunal Superior do Trabalho Maurício Godinho Delgado (2017, p. 139) ressalta que:

[...] Lamentavelmente, nos anos de 2016/2017, o País assistiu à retomada dos desgastados pensamento e agenda ultraliberalistas, com propostas agressivas de derruição das políticas públicas democráticas e de inclusão socioeconômicas e, nesse conjunto, conseqüentemente, também propostas agressivas de restrições previdenciárias e desregulamentação e flexibilização justralhistas.

Logo, a contrarreforma trabalhista representa uma espécie de supressão ou redução de direitos sociais já alcançados em favor do trabalhador. Para o jornalista e analista político Marcos Verlaine³ (2017) com muita apropriação ao tema articula que:

³AGÊNCIA DIAP. **A reforma trabalhista não é resultado de uma “canetada”**. Disponível em: <<http://www.diap.org.br/index.php/noticias/agencia-diap/27496-a-reforma-trabalhista-nao-e-resultado-de-uma-canetada>>. Acesso em: 09 set. 2017.

A Nova Lei da Reforma Trabalhista (13.467/17) — que entre outras mazelas, restringe o acesso à Justiça do Trabalho, *retira poderes e atribuições dos sindicatos, amplia a negociação coletiva sem o limite ou a proteção da lei e adota novos modelos de contratos de trabalho, em especial, o autônomo exclusivo e o intermitente* — é resultado da captura do governo e do Congresso pelo capital, que contou com o acúmulo político e a força da bancada empresarial no Poder Legislativo. [...] a “Reforma” Trabalhista não é resultado de uma “canetada”, obra do acaso ou de uma improvisação de momento. A “reforma”, como escreveu o assessor do DIAP, André dos Santos é “uma tragédia anunciada”. *Todo o conteúdo da Nova Lei faz parte do velho Consenso de Washington, da década de 1980, cujo propósito é “regulamentar restrições e restringir direitos”*, como outrora disse o diretor técnico do DIAP, Ulisses Riedel de Rezende. Uma legislação laboral protege as empresas e que deixa os trabalhadores à mercê da desproteção legal, pasmem, com amparo legal.

Logo, a contrarreforma trabalhista é a retomada dos tempos da escravidão, expressão de um retrocesso histórico e das causas da intensificação da exploração da classe proletária (expressão utilizada por Marx e para a qual Ricardo Antunes utiliza a denominação “homens que vivem-do-trabalho”), causando insegurança no emprego e aviltamento dos salários. Cabe ao Estado não só decidir em termos jurídicos as relações trabalhistas, mas também garantir a sua humanização através de escolhas civilizatórias.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Buscou-se, neste artigo, analisar a contrarreforma trabalhista e configurá-la como desdobramento da crise estrutural do capital que implica no enxugamento da estrutura de direitos e políticas sociais dirigidas ao mundo do trabalho e na conversão em espaços de acumulação de capital. As problematizações em relação à contrarreforma trabalhista trazem em seu bojo o aumento dos postos de trabalhos flexíveis e precarizados, via de consequência a queda generalizada de salários e o aumento da desigualdade social.

A reformulação das novas formas de trabalho busca romper com a lógica a qual o proletariado é a classe alijada da apropriação dos meios de produção, alienando, fragmentando e individualizando ainda mais, as condições de vida e trabalho da população, agora com legislação própria, como é o caso da “Reforma Trabalhista”. Portanto, analisa-se que a contrarreforma trabalhista regulamenta a saída do Estado como responsável pela

mediação entre o capital e o trabalho, ao mesmo tempo em que está legalizando a expropriação massiva de direitos ao trabalhador.

REFERÊNCIAS

ALVES, Giovanni. **O novo (e precário) mundo do trabalho: reestruturação produtiva e crise do sindicalismo**. 2. ed. São Paulo: Boitempo, 2005.

BEHRING, Elaine Rossetti. **Brasil em Contra-reforma: desestruturação do Estado e perda de direitos**. São Paulo: Cortez, 2003.

CASTELO, Rodrigo. O canto da Sereia: social-liberalismo, neodesenvolvimentismo e supremacia burguesa no capitalismo dependente brasileiro. In: MACÁRION, Eptácio et. Al. (Orgs). **Neodesenvolvimentismo, trabalho e questão social**. Fortaleza: expressão Gráfica e Editora, 2016.

DELGADO, Maurício Godinho. **Capitalismo, trabalho e emprego: entre o paradigma da destruição e os caminhos de reconstrução**. 3. ed. São Paulo: LTr, 2017.

GRANEMANN, Sara. **Necessidades da Acumulação Capitalista**. Revista Inscrita, ano VI, n. IX, p. 29-32, 2004.

MÉSZÁROS. István. **Para além do capital. Ativação dos limites absolutos do capital**. São Paulo: Boitempo, 2002.

MOTA, Ana Elizabete. Redução da pobreza e aumento da desigualdade social: um desafio teórico-político ao serviço social brasileiro. In: MOTA, A. E. (Org.). **Desenvolvimento e construção de hegemonia: crescimento econômico e reprodução das desigualdades**. São Paulo: Cortez, 2012.

LABOR COUNTER-REFORMATION AS DEPLOYMENT OF THE CAPITALIST CRISIS

ABSTRACT

This article aims to analyze the labor counter-reformation as a new phenomenon of the structural precariousness of labor and an unfolding of the capitalist crisis. First, it seeks to trace a historical cut in the mode of production, intensified in the flexible labor market. Then, the rupture of the Welfare State with the implantation of neoliberal ideas. At last, we will bring the discussion of social-liberalism as an adjustment for liberal macroeconomic continuity.

Keywords: Labor counter-reform. Capitalist crisis. Social-liberalism.



EFETIVAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS E A AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Fábio José Varela Fialho¹

RESUMO

O presente trabalho é uma compilação do estudo realizado em sede de uma dissertação apresentada como requisito para obtenção de título de mestre em Direito Constitucional da Universidade Federal do Rio Grande do Norte, onde fora amplamente debatido o tema improbidade administrativa e efetivação de direitos fundamentais. De modo que, o trabalho aqui exposto traz o cerne da questão, sendo tratado de modo mais objetivo, mas com mesmo enfoque e abordagem.

Palavras-chave: Efetivação. Direitos Fundamentais. Improbidade administrativa.

1 INTRODUÇÃO

Primeiramente há de se esclarecer a questão da efetivação de direitos por meio do processo judicial, como forma de obtenção da própria prestação jurisdicional (material), sendo a temática aqui trazida de modo mais genérico (inicialmente), para que se possa associá-la as diversas situações existentes no ordenamento jurídico, e ao fim, relacionar com a efetivação dos direitos fundamentais, e, mormente com a ação de improbidade administrativa.

¹ Mestre em Direito Constitucional pela UFRN. Especialista em Direito Constitucional pela UFRN. Especialista em Direito Civil e Processual Civil pela UFRN. Advogado OAB/RN 8.128.

Para que se atinja o objetivo pretendido no presente artigo, se faz primordial perpassar por alguns pontos nevrálgicos, sendo o inicial conceituar o que são direitos fundamentais (tópico 2), trazendo aos leitores suas premissas básicas, diferenciando direitos fundamentais de direitos humanos, para ao final do tópico, trazer o conceito de direito fundamental à boa administração pública.

Após, se trouxe uma explanação acerca do acesso à Justiça (tópico 3), meio pela qual se possibilita a efetivação de qualquer direito por meio de uma prestação jurisdicional, condição indispensável para que a ação de improbidade administrativa se realize.

No tópico seguinte se explanou sumariamente o que é improbidade administrativa (tópico 4), para que, ao final, se possa fazer uma ligação entre os temas, concluindo-se com a possibilidade, ou não de se ter, no âmbito das ações de improbidade administrativa, efetivados direitos fundamentais (tópico 5).

2 CONCEITO E CONSIDERAÇÕES SOBRE OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Inicialmente, há de se conceituar tecnicamente o que são direitos fundamentais, que, pela definição dada por Martins (2009, p. 46-47) são direitos públicos e subjetivos das pessoas (que vincula o Estado), sejam elas pessoas físicas ou jurídicas, que foram constitucionalmente positivados, possuindo, portanto, um caráter normativo superior aos demais direitos no ordenamento jurídico daquele Estado. Dessa forma, possuem a finalidade limitar o exercício do poder estatal, em face da liberdade individual.

Outra interessante definição é dada por Luigi Ferrajoli (2001), quando explica que todos os seres humanos, pelo fato de serem “dotados do status de pessoas”, cidadãos ou “pessoas com capacidade de agir” possuem direitos subjetivos, que correspondem à universalidade de normas de um determinado ordenamento jurídico que os reconhecem, e que indica entre suas características estruturais de direitos e a forma universal de proteção e o seu caráter indisponível e inalienável.

Dos conceitos trazidos, observa-se que há alguns elementos básicos para que um direito seja considerado fundamental, quais sejam, a fundamentalidade formal, onde obrigatoriamente tenha que estar insculpido no texto constitucional, com vistas a garantir maior rigidez à sua alteração; a fundamentalidade material, que concerne ao teor axiológico de maior importância que contém aquele direito; a relação existente entre os sujeitos que o

direito regula, seja regulamentado uma relação entre Estado e indivíduo; e, a finalidade para o qual foi criado seja para limitar o poder estatal em face do indivíduo.

Há de se esclarecer que não são direitos fundamentais somente aqueles formalmente protegidos pelas cláusulas pétreas, mas todos os que atendam as especificidades acima, protegidos pelas cláusulas pétreas, ou não.

Bem como, se deve deixar claro que não há distinção hierárquica entre os constitucionalmente garantidos e os que por ventura decorram de outra norma. Contudo, para Martins (2009, p. 42-43), somente são protegidos de reforma, por meio do art. 60º, §4º, IV da Constituição Federal brasileira de 1988 os “direitos e garantias individuais”, mas excluindo-se daí os direitos coletivos, sociais se entendidos como coletivos, os políticos e os difusos, haja vista que a proteção fora dada objetivamente e somente aos individuais (BONAVIDES, 2004, p. 641).

Em relação às teorias jurídicas, no jusnaturalismo o entendimento sobre direitos fundamentais seria de que são direitos pré-positivos, ou seja, direitos anteriores mesmo à própria Constituição, que decorrem da própria condição da natureza humana do ser, e por isso existentes mesmo antes do surgimento/reconhecimento do Estado.

Já para o Positivismo Jurídico considera-se que os direitos fundamentais são aqueles direitos mais básicos e necessários ao homem e postos na norma positivada, isto é, que estão elencados em uma Constituição. De todo modo, isso não impede que se reconheçam a existência de direitos implícitos na norma constitucional, em face do que dispõe o art. 5º, § 2º, da Constituição Federal brasileira de 1988.

Mais moderno, o Realismo Jurídico norte-americano considera que os direitos fundamentais são aqueles conquistados historicamente pela humanidade (TAVARES, 2010, p. 527).

Na Constituição Federal brasileira de 1988, em seu Título II, é trazida a expressão “direitos fundamentais”, mas em todo o seu corpo traz também outras expressões com carga valorativa semelhante, como, “direitos sociais e individuais” (preâmbulo), “direitos e deveres individuais e coletivos” (Capítulo I do Título II), “direitos humanos” (art. 4º, II; art. 5º §3º; art. 7º do ADCT), “direitos e liberdades fundamentais” (art. 5º, XLI), “direitos e liberdades constitucionais” (art. 5º, LXXI), “direitos civis” (art. 12º, § 4º, II, b), “direitos fundamentais da pessoa humana” (art. 17º), “direitos da pessoa humana” (art. 34º, VII, b), “direitos e garantias individuais” (art. 60º, §4º, IV), “direitos” (em sentido lato – art. 136º, § 1º, I), “direito público subjetivo” (art. 208º, § 1º).

Denota-se que tal variação terminológica é um tanto quanto prejudicial à interpretação facilitadora, pois a mudança da nomenclatura dada pode ensejar interpretações diferentes, por meio de argumentos a favor ou contra daquela tutela de direitos em discussão.

Já a utilização da expressão “direitos fundamentais” reflete o significado do que se busca regulamentar em uma Constituição no que concerne aos fundamentos da organização política e social de um Estado. Sendo ainda genérica o suficiente para abranger os direitos individuais e coletivos, os sociais e os políticos, os direitos de liberdade e os de igualdade, e ainda, indica que todos os direitos contidos no ordenamento jurídico são elencados no âmbito constitucional, o que limita o legislador ordinário a não excluir aqueles constitucionalmente garantidos, mas dando-lhes a liberdade de acrescê-los (MARTINS, 2009, p. 40-41).

2.1 Direitos Humanos e Direitos Fundamentais

Há de se diferenciar os termos “direitos fundamentais” de “direitos humanos”, haja vista a semelhança axiológica que une as duas expressões, onde ambas buscam tutelar os direitos cuja esfera de proteção é o da pessoa humana, isto é, possuem o mesmo destinatário.

Os direitos humanos têm abrangência geral, relaciona-se ao Direito Internacional, portanto reconhecidos por documentos dessa envergadura, possui ligação íntima com a existência do ser humano, o reconhecendo como sujeito de direitos, independentemente de estar vinculado a um, ou outro, Estado, o que denota seu caráter supranacional e de validade internacional, com vistas a garantir minimamente a existência digna da pessoa enquanto ser humano (BICHARA, 2009, p. 20), mas que deve respeitar o multiculturalismo e as diversidades sociais. Tal delimitação, entre os direitos que perfazem o núcleo de proteção dos direitos humanos, inseridos nesse íterim, as nuances do multiculturalismo, e o que exacerba tal liame, é de competência da Corte Penal Internacional.

Os direitos fundamentais possuem a mesma finalidade, havendo que se diferenciar somente quanto à sua abrangência espacial mais delimitada do que os anteriormente citados, haja vista serem reconhecidos e positivados na esfera de direito constitucional de um determinado Estado, obedecendo aos costumes e normas internas, o que faz com que possuam maior grau de efetividade, já que são aplicados diretamente por suas instâncias judiciais (BICHARA, 2009, p. 20).

2.2 Direito Fundamental à boa Administração Pública

Explicitados os conceitos da sistemática constitucional e dos direitos fundamentais, cabe agora restringir o objeto em estudo, fazendo-se a ligação entre a boa administração pública e a possibilidade de haver agressões aos direitos fundamentais acaso não sejam observados os princípios norteadores dessa boa administração pública, mormente por via de atos de improbidade/corrupção.

Deve-se observar que há uma enorme gama de direitos fundamentais (e humanos, conseqüentemente) ligados às prestações estatais, que dependem de uma mínima e eficiente gestão pública, e, por conseguinte, da honestidade daqueles que compõem a administração pública.

Assim, o direito fundamental à boa administração pública trata-se de se garantir uma gestão eficiente, eficaz, transparente, com amplas garantias de contraditório e ampla defesa, imparcial, proba, sustentável, que trate com respeito e moralidade a coisa pública, de modo que, estando tais características presentes, de certo se estará efetivando outros tantos direitos (FREITAS, 2014, p. 61-63), ou seja, para que seja legítima a administração pública deve-se respeitar tais primados.

Com especial razão, está Fábio Osório Medina, quando discorre acerca do tema, argumentando que os atos ímprobos são agressões aos direitos fundamentais correlatos à exigência de padrões mínimos de boa gestão pública, incorrendo assim em disfunções que transgridem normas qualificadas e especialmente relevantes no tocante à organização e prestação estatal (OSÓRIO, 2005, p. 305-306).

Desse modo, vislumbra-se como primordial o respeito à boa administração pública, para que se possa ter minimamente respeitado os direitos fundamentais, e até mesmo humanos garantidos por um determinado Estado Democrático de Direito. Sendo que, controvertido estaria o sistema democrático, acaso não fosse capaz de garantir que o sistema na qual está inserido fosse capaz de efetivar direitos, o que se perfaz, primordialmente pela separação e independência dos Poderes constituídos, e pelo respeito às suas instituições.

3 DO ACESSO À JUSTIÇA

Considerando-se precipuamente o princípio do acesso à Justiça como uma forma de obtenção da prestação jurisdicional, capaz assim de propiciar a efetivação de direitos, fundamentais, no sentido de que sem o ingresso no processo judicial não há prestação

jurisdicional; bem como, no sentido de se fazer Justiça por meio da satisfação do processo judicial.

Tem-se que o acesso à justiça está previsto no art. 5º, XXXV da Constituição Federal brasileira de 1988, onde determina especificadamente que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito”, o que também pode ser chamado de princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional ou princípio do direito de ação.

Interpretando-se o referido enunciado normativo, vê-se que, todos têm (ou, pelo menos, deveriam ter) acesso à justiça, como forma de postular a tutela jurisdicional estatal específica, preventiva ou reparatória, relativa a um determinado direito. Verifica-se que o princípio contempla não só os direitos individuais, como também os difusos e coletivos, e que o constituinte de 1988 achou por bem tutelar não só a lesão a direito, mas também a ameaça de uma possível lesão, englobando aí a tutela preventiva.

Nesse sentido, é a lição trazida por Kazuo Watanabe (2018) quando disserta sobre o tema em comento, afirmando que “a problemática do acesso à Justiça não pode ser estudada nos acanhados limites dos órgãos judiciais já existentes. Não se trata apenas de possibilitar o acesso à Justiça enquanto instituição estatal, e sim de viabilizar o acesso à ordem jurídica justa”.

Em sendo assim, pode-se obter aos argumentos do doutrinador quanto à temática principal do presente trabalho, no sentido de que a efetivação dos direitos fundamentais em sede da ação de improbidade administrativa depende da viabilidade do acesso a uma ordem jurídica justa (no sentido de equidade e bem-estar social).

O acesso à Justiça é então, não apenas um direito social fundamental, crescentemente e assim reconhecido, ele é, também o ponto central da moderna processualística, sendo que, seu estado “pressupõe um alargamento e aprofundamento dos objetivos e métodos da moderna ciência jurídica”, como afirma categoricamente Mauro Cappelletti e Bryant Garth (2002, p. 11).

Na referida obra resta esclarecido que a expressão “acesso à Justiça” tem sentido aberto, e difícil definição, contudo, determina duas finalidades elementares do ordenamento jurídico: o meio pelo qual os jurisdicionados devem reivindicar seus direitos, e como resolver os litígios que os envolva, por meio da atuação Estatal. Afirma, Cappelletti e Garth (2002, p. 11), que, o sistema jurídico deve ser igualmente acessível a todos e, conseqüentemente, deve produzir resultados que sejam individual e socialmente justos.

Denota-se então que o princípio do acesso à justiça é em verdade o meio pela qual se pode garantir aos cidadãos que seus conflitos devam ser solucionados não pela autotutela, mas como um dever de responsabilidade do Estado, isto é, pela tutela jurisdicional.

Os referidos doutrinadores colocam ainda que o efetivo acesso à justiça deva ser buscado, mas sua plenitude é utópica, haja vista que as diferenças inerentes àqueles que participam do processo judicial jamais serão completamente superadas. Desse modo o que se deve fazer (ou, se pode fazer) é buscar superar ao máximo os obstáculos que se opõem ao efetivo acesso à justiça, colocando-se como principais tais obstáculos: as custas judiciais, as possibilidades das partes, e os problemas de interesses difusos, a seguir explicitadas.

3.1 Das barreiras do Acesso à Justiça

No que tange as custas judiciais, o ordenamento jurídico pátrio possibilita aos que não possuem condições financeiras de arcar com as despesas processuais a sua gratuidade, o que o fez inicialmente pela Lei 1.060/50, e posteriormente na própria Constituição Federal (art. 5º, LXXIV) e Código de Processo Civil (art. 98º). Entretanto tal medida não afasta totalmente o problema, uma vez que um processo judicial demanda outros custos, como advogado (que pode ser suprido pela defensoria pública), deslocamento, tempo, etc.

Em relação à possibilidade das partes, têm-se como principal consideração que cada um que compõe uma determinada lide tem sua capacidade financeira e econômica, o que pode, por óbvio, de diversas formas influenciar o andamento processual (capacidade de arcar com os custos do processo, contratação de advogados, despesas inerentes à lide, etc.). Além do que, há a aptidão de se reconhecer um direito, e propor a ação ou sua defesa a depender da capacidade individual concernente ao nível social, intelectual, cultural e até mesmo financeiro (novamente, no sentido de obter a devida acessória jurídica a fim de se identificar previamente a necessidade da demanda relativa ao direito).

Os problemas de interesses difusos são colocados pelo já citado autor no sentido de que, em havendo lesão, ou ameaça de lesão aos direitos difusos ou coletivos, os indivíduos diretamente interessado na sua reparação ou proteção, mesmo que legitimado para intentar qualquer medida judicial cabível, restaria desestimulado a fazê-lo em virtude de que seu proveito direto seria desproporcional em relação ao esforço que teria de ter, ou, até mesmo, das dificuldades que se encontraria de reunir aqueles que estivessem ligados diretamente pelo direito ameaçado.

Em se fazendo um esforço hermenêutico, no sentido de trazer as barreiras acima elencadas para as possibilidades da ação de improbidade administrativa, poder-se-ia imaginar que aquele que teve seu direito maculado por um determinado ato ímprobo não possua capacidade financeira, nem social, de buscar na justiça a devida reparação em face do agente causador da lesão, mas o art. 14º da Lei de Improbidade Administrativa legitima qualquer pessoa a representar à autoridade competente para instaurar a investigação para se apurar o ato de improbidade, mas, somente o Ministério Público e a pessoa jurídica interessada (sujeito passivo) tem a legitimidade para intentar a ação de improbidade administrativa (art. 17º).

Bem como, a possibilidade das partes (possibilidades no sentido de capacidade de quem comete o ato lesivo e ímprobo) pode ser um fator complicador para àquele que sofre com o ato de improbidade, pois o sujeito ativo pode utilizar-se de suas possibilidades, seja capacidade financeira, social, política, para obstaculizar o processo judicial, postergando a efetividade do acesso à Justiça.

Já no que tange aos problemas inerentes à improbidade administrativa serem de interesse difusos e coletivos, de fato, há um determinado grau de dificuldade, mas que podem ser minimizados em virtude da atuação do Ministério Público, representando assim o interesse daquela coletividade por ventura atingida pelos atos de improbidade.

No que tange à moderna processualística brasileira, o novo Código de Processo Civil (Lei 13.105/15) consagrou em seu art. 3º, que não será excluída da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito, e no art. 4º, quando determina que as partes tenham direito a obter uma solução do mérito, e sua satisfação, em prazo razoável, também reconhecido como a primazia do julgamento do mérito. Denote-se que o art. 4º trouxe o direito fundamental à razoável duração do processo, sendo então um desdobramento do princípio do acesso à Justiça.

Assim, como forma de saciar o anseio social na resolução dos conflitos, o novo Código de Processo Civil buscou institucionalizar que os processos judiciais devem ser apreciados de modo célere, contudo, não significa dizer que celeridade é sinônimo de rapidez, mas sim, que a partir do momento que esteja o processo instruído e apto a ser julgado que o seja, com justeza, parcimônia e eficiência.

Para tanto, contudo, é necessário garantir preliminarmente, o acesso aos procedimentos judiciais, respeitando-se primordialmente o devido processo legal, esse inserido na Constituição Federal brasileira de 1988 no seu art. 5º, inciso LIV, nos seguintes termos: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

Em vista disso, não basta serem assegurados os meios formais de ingresso, e processamento das ações judiciais, devendo-se observar os aspectos materiais do princípio do acesso à Justiça, isto é, não simplesmente garantir o direito de petição, mas sim o acesso à Justiça² como tutela estatal efetiva e satisfatória, não podendo ser entregue uma sem a outra, de maneira isolada, o que seria insuficiente para uma real prestação jurisdicional, visto que em grande parte das demandas pode ser “dito o direito”, mas não ser satisfeito, seja pela inoperância do sistema ou pela real falha em sua complexa estrutura, ou até mesmo pela demora, o fazendo perecer.

Não obstante, a legislação é elaborada com base na realidade social daquele momento em que se encontra a sociedade, fazendo-se necessário inserir no seu núcleo essencial elementos constitutivos dos princípios norteadores no próprio ordenamento jurídico, mormente, seguindo os que já estão constitucionalmente estabelecidos, o que confere unidade e homogeneidade a todo o sistema jurídico.

Desse modo, ressalta-se sobremaneira a importância da superioridade da Constituição Federal brasileira de 1988, para que se mantenha uma coerência da sistemática principiológica no ordenamento jurídico pátrio.

3.2 Modelos de Acesso à Justiça

Importante discorrer acerca dos modelos de acesso à justiça conforme o momento histórico. Onde, com o surgimento do Estado liberal, opondo-se ao Estado absolutista, época essa de afirmação de direitos políticos e individuais, a justiça era acessível formalmente, mas só aos possuíam condições de arcar com os custos do processo. Dessa forma, era apenas garantido um *acesso formal*, havendo ainda que se sobrepor aos vários obstáculos inerentes ao processo, como já enunciado acima.

Já no Estado social, se passa a assumir o posicionamento de superar as desigualdades sociais e por meio da promoção dos ditos direitos sociais, como o do próprio acesso à justiça. Tal período se caracteriza por operar um *acesso qualitativo à justiça*, onde, conforme doutrina de Mauro Cappelletti e Bryant Garth sugere soluções a fim de eliminar/minimizar a problemática, sendo as denominadas ondas de acesso, mais adiante elucidadas.

² Se faz a aqui a opção de se utilizar a palavra justiça com “J” maiúsculo, referindo ao sentido da palavra de direito fundamental, e não prestação jurisdicional. Isto é, a Justiça em seu sentido de finalidade. Conferir o sentido de Justiça dado por CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 245.

Outro paradigma é o modelo de *acesso à justiça formal concebido* pelo procedimentalismo, onde assegura o acesso à justiça desde que cumpridos os requisitos legais, primando pelo respeito às regras processuais, e considerando certa a decisão judicial que atendê-las, contrapondo-se a necessidade de justiça ou não o resultado prático final.

O modelo do *acesso à justiça substancial se* distingue do modelo anterior no que concerne a necessidade de se respeitar conteúdo e o resultado ético normativo em razão do acesso.

No que concerne à improbidade administrativa, o tema do acesso à Justiça é sobremaneira relevante, haja vista, que é de interesse de toda à sociedade que se possa ter acesso aos meios judiciais pertinentes à ação de improbidade, a fim de se possa buscar a responsabilização por atos de ímprobos, que são atos de corrupção, sendo, inegavelmente, os que corroem os pilares fundantes da vida em sociedade.

3.3 Ondas renovatórias do Acesso à Justiça

Analisando-se comparativamente o movimento de acesso à justiça, Cappelletti e Garth (2002) apresentam soluções de acesso como por três ondas teóricas.

A primeira onda é a que sugere a assistência judiciária para os pobres, considerando a pobreza como obstáculo ao acesso ao Judiciário (como já exposto anteriormente). A *segunda onda* diz respeito a busca pela proteção aos interesses difusos, considerando que o problema social reside não só nas hipóteses de consumo, fraude publicitária, adulteração de alimentos, poluição, como também em relação a minorias raciais e outras minorias (idosos e jovens). A *terceira onda trata do* risco da burocratização do Poder Judiciário, propondo uma atuação mais humana do julgador e uma simplificação do procedimento e dos atos judiciais e do próprio direito substancial.

No Brasil, o estudo dessas ondas teve como consequência uma série de reformas, desde a implantação da gratuidade de justiça, indo até a reestruturação do Poder Judiciário, por meio da Emenda Constitucional nº 45, e continua se desenvolvendo, com o propósito de se obter o que se chama de ordem jurídica efetiva, sob os aspectos formal e substancial.

De outro norte, o acesso à justiça é um princípio consagrado em várias normas de Direito Internacional, como na Declaração Universal dos Direitos Humanos, além de ser garantido pela Constituição Federal brasileira de 1988. O amplo acesso ao Poder Judiciário é condição indispensável à realização de um Estado Democrático de Direito, devendo o

processo ser utilizado de forma a garantir às partes acesso à Justiça (com “J” maiúsculo), ou seja, *a uma ordem jurídica justa*.

Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal decidiu que “A ordem jurídico-constitucional assegura aos cidadãos o acesso ao Judiciário em concepção maior. Engloba a entrega da prestação jurisdicional da forma mais completa e convincente possível”³. Essa perspectiva de acesso à justiça como ordem jurídica justa, corresponde ao meio de buscar a tutela do Estado-Juiz, e ter à sua disposição instrumentos constitucionais previstos para alcançar tal objetivo, uma vez que, garante-se aos jurisdicionados o devido processo constitucional.

Asseguram-se então aos litigantes as condições importantes de acesso formal, e efetivo, à justiça, amparado desse modo no direito a requerer, como consectário, conseguir a devida resposta de modo célere e em tempo razoável. Pressupõe ser necessário para tanto, a instrumentalização do processo como meio de concretização do direito substancial, o que não pode ser dispare da realidade da sociedade.

Complementando esse pensamento, necessário se faz colocar que, o direito de acesso à justiça, no sentido de proteger a concretude dos demais direitos que compõem o ordenamento jurídico, requer que sejam ajustados procedimentos específicos com o objetivo de dar aos jurisdicionados o direito a uma tutela adequada, isto é, hábil a atender as situações concretas e específicas, além de serem eficazes, no sentido de realizar concretamente os direitos e não apenas declará-los, bem como, de modo tempestivo e célere, haja vista, de que não adiantaria ter-se efetivos os requisitos anteriormente citados, e o processo correr por longo período de tempo, sem que possa o jurisdicionado aproveitar do seu resultado útil.

Com razão se afirmar que o direito de acesso à justiça é intrínseco ao Estado Democrático de Direito (Habermas, 2003, p. 147), pois no momento que o povo renunciou de sua liberdade em prol de uma liberdade comum, deve-se conferir a todos uma ordem jurídica justa, avalizada pelas garantias constitucionais e processuais em busca da efetivação dos direitos (Miranda, 2002, p. 1).

Sem sombras de dúvida, a concretização do direito ao acesso à justiça é indispensável à própria concepção de Estado, por tudo isso, conclui-se que a problemática aqui em análise (do tópico) exige do operador jurídico uma mudança de mentalidade, fundada na realidade social em que se insere, haja vista não serem as realidades estanques, pois em constante movimento, mormente em se tratando de acesso aos direitos fundamentais.

³ STF – RE 158.655/PA. Rel. Min. Marco Aurélio, Dje 02/05/1997.

4 DA IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

O significado do substantivo feminino improbidade é: 1. falta de probidade; mau caráter; desonestidade. 2. Maldade, perversidade⁴. Assim, improbidade administrativa trata-se de falta de honestidade na seara da administração pública.

A Constituição Federal brasileira de 1988 refere-se à improbidade administrativa em várias passagens de seu texto, no art. 14º, § 9º, onde trata como parâmetro para definição de casos de inelegibilidade; no art. 15º, V como causa de suspensão dos direitos políticos; no art. 37º, § 4º, considerando a gravidade dos atos de improbidade administrativa, elencou severas sanções destinadas a impedir e coibir condutas dessa natureza; e o art. 85º, V, onde trata como crime de responsabilidade os atos de improbidade administrativa praticados pelo presidente da República.

Todos os citados dispositivos têm sua gama de importância e participação para coibir os atos faltosos dos agentes públicos. Entretanto, desses, os mais relevantes são o art. 15º, V, e o art. 37º, §4º, pois, permitem que os sujeitos praticantes de atos de improbidade administrativa tenham seus direitos políticos suspensos, percam a função pública, os bens oriundos desses atos se tornem indisponíveis, e o erário ressarcido, na forma e gradação previstas em lei (ordinária), sem prejuízo do processo administrativo e das ações penais cabíveis.

Ou seja, o mesmo bem jurídico tutelado na ordem da Lei de Improbidade Administrativa pode ser objeto de outros diferentes ramos do direito, onde uma conduta caracterizada como ato de improbidade administrativa pode também ser crime contra a Administração Pública, se sujeitando então à Lei de Improbidade Administrativa, ao Código Penal, e eventualmente ao código de disciplina administrativa a que esteja o agente público vinculado. Tais esferas de responsabilidade são um reconhecimento dado em virtude da autonomia constitucional reconhecida à ação de improbidade administrativa com base nos referidos arts. 15º e 37º da CF/88.

Em específico, os bens jurídicos tutelados pela lei de Improbidade Administrativa são os de interesse difusos e coletivos, os valores da ordem social, dentre eles a segurança, o

⁴ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Dicionário da Língua Portuguesa**. 5 ed. r. a. Ed. Nova Fronteira. Rio de Janeiro, 2004.

bem-estar social e a dignidade da coletividade, assim como tantos outros inerentes aos interesses da ordem jurídico-administrativa, na perspectiva dos deveres públicos.

Desse modo, pode-se concluir que a Lei 8.429/92 (Lei de Improbidade Administrativa) tem o objetivo de regulamentar o §4º do art. 37º da Constituição Federal brasileira de 1988, e finalidade específica de combater a corrupção, preservando assim a moralidade administrativa e a dilapidação do patrimônio público (DUARTE JR., 2017, p. 8).

5 EFETIVAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS E A AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Humberto Theodoro Jr. (2002) explica com propriedade a maneira de se efetivar da tutela jurisdicional por meio do processo (de maneira geral, inclua-se ai o tema “acesso” trazido acima), que é programado para proporcionar aos tutelados a satisfação efetiva de seu direito subjetivo, mediante resultados práticos que correspondam à satisfação da tutela ali pretendida, ou, que de modo alternativo se compensem por equivalentes econômicos (no caso do processo civil).

Com base em pressupostos processuais, pode-se conferir maior presteza na efetivação dos direitos fundamentais, inclusive quando da execução da norma de sentença nos processos de improbidade administrativa.

Importante firmar os conceitos de eficácia, compreendida como uma conformidade dos comportamentos ao conteúdo normativo, pelo que, se distingue de efetividade, que refere-se à implementação da finalidade da norma, ou seja, representa a concretização do sentido abstrato do enunciado normativo (NEVES, 1994, p. 46-47). Nesse sentido, se uma determinada lei é criada com a finalidade de combater a corrupção, essa efetivar-se-á quando atos ímprobos forem coibidos.

Mais especificamente para o tema em análise, a Constituição Federal brasileira de 1988, no §4º do art. 37º trouxe as penalidades aplicáveis aos agentes públicos nos casos de improbidade administrativa, o que foi regulamentado no art. 12º da lei nº 8.429/1992, inclusive no sentido de que as sanções penais, civis, administrativas e políticas não concorrem umas com as outras.

A jurisprudência já teve a oportunidade de pacificar vários entendimentos, inclusive sumulados, com efeito vinculante, como a súmula de nº 13 do Superior Tribunal Federal, e a

súmula nº 282 do Tribunal de Contas da União, a fim de conferir maior moralidade à administração pública, que, por conseguinte tornam a gestão mais eficiente.

De certo, os atos de improbidade podem ser dos mais diversos possíveis, mas, importa que, quanto maior o prejuízo material ocasionado pelo ato combatido, maior será a extensão dos prejuízos aos direitos fundamentais que dependam de recursos públicos para se efetivar. Ora, se há desvio de verba pública destinada a promoção de direitos humanos e sociais, inegavelmente, o combate à tais atos de improbidade/corrupção fará com que direitos dessa natureza se efetivem.

Especial destaque deve ser dado ao fato de que, quanto maior for o nível do gestor na hierarquia estatal, maior serão os prejuízos causados por seus atos ímprobos, mormente, pela deterioração mais intensa dos valores democráticos que deveriam ser observados por tais agentes públicos, tendo em vista o grau de perniciosidade dado aos seus atos.

Paradoxalmente, no Brasil, quanto maior o nível do agente público (precipualemente os agente políticos) maior o nível de “blindagem” que lhes são atribuídas, como o foro por prerrogativa de função, contudo, se observado fosse a moralidade administrativa, deveria se ter uma inversão, isto é, quanto maior o grau de complexidade do cargo do agente público, menor sua proteção, de modo que o controle sobre seus atos seria facilitado, assim como sua responsabilização.

Desse modo, o discurso de intolerância em face de atos que acarretem em improbidade administrativa há de ser sempre no sentido de simultaneidade com o discurso de defesa dos direitos fundamentais.

Pelo que, havendo um maior controle, seja por parte do Estado, administrativamente, ou do Poder Judiciário, e até mesmo da sociedade civil, em fiscalizar, cobrar e punir seus agentes ímprobos, será o Estado capaz de entregar, com maior efetividade as prestações sociais de que é responsável, já que a máquina pública será mais eficiente, cumprindo então os preceitos constitucionais insculpidos no art. 37º da Constituição Federal brasileira de 1988.

Leve-se em conta ainda que o ressarcimento ao erário tem regramento especial no que tange à prescrição, o que denota a importância que se dá à busca dos recursos públicos frutos da malversação na gestão da coisa pública, com vistas a propiciar maior capacidade (no sentido de dar efetividade) na prestação da atividade administrativa, que tem como fim a satisfação da coletividade social.

Outra discussão que há de ser posta, é a que concerne na destinação e utilização dos recursos oriundos das ações de improbidade administrativa (ponto nefrágico do presente

trabalho), seja em sede de ressarcimento ao erário, seja pela perda de bens ou valores havidos ilicitamente, ressarcimento integral do dano, ou pagamento de multa civil.

O art. 18º da Lei 8.429/92 somente determina que os recursos oriundos das ações de improbidade administrativa sejam revertidos em favor da pessoa jurídica prejudicada pelo ilícito, entretanto, não há nenhuma menção legislativa no sentido de que aqueles recursos oriundos de determinado ilícito sejam aplicados para a reparação do dano especificamente causado pelo ato ímprobo.

Assim, vê-se que o diploma normativo é genérico, o que somente obriga a destinação dos recursos para o ente político ou entidade diretamente lesada, sem que haja uma vinculação na aplicação desses recursos. Ou seja, se há uma lesão ao erário no âmbito estadual, os recursos financeiros recuperados entram no orçamento geral do estado de forma genérica, bem como, se no âmbito da União, os recursos vão para a conta do Tesouro Nacional, podendo ser utilizado em diversas ações orçamentárias, o que dá então ao gestor total liberdade em sua utilização.

De outro norte, há de se sopesar que se houver obrigatoriedade vinculada na destinação dos recursos oriundos das ações de improbidade, poder-se-ia estar criando uma limitação na discricionariedade do gestor público, o que poderia acarretar na sua má aplicação (v.g. se houver uma prévia determinação que os recursos fruto das ações de improbidade sejam aplicados nas pastas de que decorreria o ato ímprobo, ou seja, se a lesão ocorreria no âmbito da secretaria de educação de um determinado município, não se poderia aplicar os referidos recursos para a saúde, o que certamente prejudicaria a própria gestão da coisa pública).

De todo modo, há uma especial solução existente na legislação, sendo a que permite a criação de um fundo especial destinado exclusivamente a receber o produto das receitas especificadas por lei, com objetivos ou serviços previamente determinados, sendo tal possibilidade insculpida no art. 71º da Lei 4.320/64.

Isto é, há a possibilidade de se criar um fundo especial para receber os recursos que fossem fruto das ações de improbidade administrativa (em geral ou específico), vinculando a destinação dessa verba para a promoção e efetivação dos mais variados direitos. A título de exemplo, para se fazer efetivar direitos fundamentais, como saúde, educação, lazer, etc., em uma determinada ação de improbidade administrativa, poderia o magistrado determinar a destinação dos recursos dali oriundos para um fundo especificamente criado, de onde se retiraria a verba para serem usados a fim de oportunizar a efetivação dos referidos direitos.

Sendo, ao que parece, a melhor opção, uma vez que não se deixariam os recursos frutos da ação de improbidade administrativa à total liberdade do gestor público, mas também, não o vincularia de forma excessiva, garantindo assim uma maior segurança na utilização desses recursos públicos.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

De modo geral, conclui-se então com o presente trabalho que houve significativa evolução no ordenamento jurídico brasileiro, a saber, principalmente, no que tange a forma como são aplicadas as normas a ele disponíveis. Isto é, quando no Estado baseado unicamente no positivismo jurídico, tinha-se no centro do ordenamento jurídico o Código Civil, no caso brasileiro o de 1916, onde os litígios eram solucionados pela simples subsunção dos fatos à norma, e os princípios eram tidos como terceira fonte de embasamento para resolução de conflitos. A partir da evolução para um Estado Democrático de Direito (Constitucional, ou Transnacional, ou até mesmo Global), fundado na constitucionalização dos direitos em geral, operou-se uma mudança de paradigma, para agora, constitucional principiológica (sistêmica).

A ação de improbidade administrativa, é claramente um meio de controle da sociedade em face dos gestores públicos, e contra aqueles terceiros que pretendem fazer mau uso da coisa pública, a fim de limitar a corrupção estatal, na tentativa de perfazer a entrega aos cidadãos os famigerados direitos sociais constitucionalmente garantidos.

Assim como, a ação de improbidade administrativa tem um viés por demais importante, que é coibir a má administração pública, punindo o gestor desonesto, retirando-o dos quadros públicos, garantindo assim a lisura que exigida com a coisa pública. De certo modo, tal conduta pode, por via transversa, fazer com que sejam efetivados direitos fundamentais, haja vista que, em tese, aqueles que compõem os quadros públicos agem com a devida probidade, o que garante a boa administração pública.

Diante de tantos avanços, é indispensável que a Lei de Improbidade Administrativa seja aplicada a todos os agentes públicos, indistintamente da natureza do cargo que ocupa, nos termos do seu texto e do texto Constitucional. Para tanto, basta que haja um melhor posicionamento do Supremo Tribunal Federal e atuação ética dos parlamentares em aprovar os projetos de lei que regulamentam sua distinção dos crimes de responsabilidade, o que, de certo, conferirá maior segurança jurídica à tutela do patrimônio público, e bem da sociedade brasileira.

Especificamente, repondo-se à proposição feita já no título do artigo, não há como se comprovar a efetivação de direitos fundamentais diretamente por meio da ação de improbidade administrativa, haja vista que não existe na legislação pátria qualquer norma que determine a destinação específica dos recursos oriundos da referida ação, havendo somente a possibilidade de criação de fundos que podem, acaso seja determinado pelo judiciário, receberem tais recursos para serem assim destinados. Entretanto, restou concluído, como anteriormente aqui já exposto, que direitos fundamentais são efetivados em razão da ação de improbidade administrativa, mas, por via indireta, reflexa, tendo em vista seu caráter educativo e punitivo.

Propositivamente, há de se expor críticas ao sistema jurisdicional, que poderia firmar normas a fim de melhor garantir a aplicação dos recursos oriundos das ações de improbidade administrativa, haja vista que a legislação citada somente determina a destinação dos recursos para o ente (político ou instituição) que fora lesado, deixando a cargo do gestor que lá estiver quando do recebimento sua melhor aplicação. Desse modo, acaso fosse determinado a criação de um fundo especial que tivesse por finalidade receber tais recursos, a fim de sejam aplicados de modo que sejam beneficiados/oportunizados a melhoria dos direitos fundamentais, a sentir, se teria maior segurança e eficiência na aplicação dos referidos recursos.

REFERÊNCIAS

BICHARA, Jahyr-Philippe. **Lições de cidadania: a defesa dos direitos fundamentais no Rio Grande do Norte**. Natal: EDUFRN, 2009.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 2002.

DUARTE JR, Ricardo. **Improbidade Administrativa: Aspectos Teóricos e Práticos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

FERRAJOLI, Luigi. **Los fundamentos de los derechos fundamentales**. Madri: Ed. Trotta, 2001.

FREITAS, Juarez. **Direito fundamental à boa administração pública**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

GOMES, Luiz Flávio; VIGO, Rodolfo Luis. **Dos Estados de direito constitucional e transnacional: riscos e precauções**. 1. ed. São Paulo: Premier Máxima, 2008.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Trad. de Flávio Beno Siebneichler. v.1. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

MARTINS, Leonardo; DIMOULIS, Dimitri. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Editora Revistas do Tribunais, 2009.

MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

NEVES, Marcelo. **A Constitucionalização simbólica**. São Paulo: Editora Acadêmica. 1994.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2010.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Tutela específica das obrigações de fazer e não fazer**. Jus Navigandi, Teresina, ano 7, n. 56, 1 abr. 2002. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/2904>>. Acesso em: 02 jan. 2018.

OSÓRIO, Fábio Medina. **Teoria da improbidade administrativa: má gestão pública, corrupção e ineficiência**. 2. ed. São Paulo: RT, 2005.

WATANABE, Kazuo. **Novas atribuições do judiciário: necessidade de sua percepção e de reformulação da mentalidade**. Porto Alegre: TRF – 4ª Região, 2009. Disponível em:

<<https://pt.scribd.com/document/111957599/Kazuo-Watanabe-Acesso-a-justica-e-Poder-Judiciario>>. Acesso em: 04 jan. 2018.

EFFECTIVE OF FUNDAMENTAL RIGHTS AND THE ACTION OF ADMINISTRATIVE IMPROBITY

ABSTRACT

The present paper is a compilation of the study carried out in the headquarters of a dissertation presented as a requirement for obtaining the title of Master in Constitutional law of the Federal University of Rio Grande do Norte, where the subject was widely debated administrative improbity and effective fundamental rights. Thus, the work here exposed brings the crux of the matter, being treated more objectively, but with the same focus and approach.

Keywords: Effective. Fundamental rights. Administrative improbity.



ATIVISMO JUDICIAL: UMA ANÁLISE EM FACE DO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES

Sabrina Allana Fonseca de Andrade¹

RESUMO

As Constituições pós-positivistas, de ideais neoconstitucionalistas, como a Constituição Federal de 1988, colocam o Judiciário como guardião da Constituição na concretização dos direitos fundamentais, diante da inércia dos demais poderes do Estado. Contudo, tal postura proativa, denominada ativismo judicial, não é muito bem vista pela interferência deste poder nas funções dos Poderes Legislativo e Executivo. Assim, o presente estudo, de metodologia bibliográfica, objetiva analisar se de fato o ativismo judicial afronta o princípio da separação dos poderes, partindo de teorias de filósofos políticos, citando, como exemplo, o estado de coisas inconstitucional do sistema carcerário brasileiro.

Palavras-Chave: Neoconstitucionalismo. Ativismo Judicial. Separação dos Poderes do Estado.

1 INTRODUÇÃO

¹ Residente Judicial da Escola da Magistratura do Rio Grande do Norte (ESMARN). Bacharel em Direito pela Universidade do Estado do Rio Grande do Norte (UERN).

O Ativismo Judicial, conceituado como o caráter proativo do Poder Judiciário, sobretudo das Cortes Constitucionais, em ampliar o alcance da interpretação constitucional visando à concretização de direitos fundamentais nas situações as quais os demais poderes de Estado se omitam diante de demandas sociais, caracteriza a proximidade existente entre direito e política. Tal modo de agir do judiciário teve sua origem arraigada ao período Pós-Segunda Guerra Mundial, quando houve a ascensão da jurisdição constitucional, cujos ideais jurídicos positivistas deram lugar ao pós-positivismo jurídico, trazendo consigo os ideais do neoconstitucionalismo, com o eixo central voltado ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.

Assim, o juiz, que no positivismo era um mero aplicador da norma ao fato concreto, passou a ser, com o neoconstitucionalismo, um coparticipante na criação do direito, de forma que foi atribuído ao judiciário o papel de guardião da Constituição, devendo zelar pela proteção dos direitos constitucionais. A Constituição Federal Brasileira de 1988 é um exemplo dos ideais neoconstitucionalistas, tendo atribuído ao Supremo Tribunal Federal a função de guardião da Constituição.

Nesse ínterim, são discutidas questões sobre o modo proativo do poder judiciário em interpretar a constituição e aplicá-la em determinado caso posto à sua apreciação, sobretudo nos casos que demandam uma postura positiva dos demais poderes. Logo, diante de sua inércia, obrigam o judiciário a proferir decisões que, muitas vezes, tem cunho político de esfera do poder executivo ou legislativo, como, por exemplo, ao determinar a implantação de políticas públicas ante uma demanda social urgente.

Diante disso, há quem defenda que o ativismo judicial afrontaria sobremaneira o princípio da separação dos poderes, também assegurado na Constituição Federal de 1988, em razão da usurpação das funções do executivo e legislativo em determinadas decisões judiciais, embora o artigo 2º da Constituição Federal de 1988 assevere que são poderes do Estado o Judiciário, o Legislativo e o Executivo, independentes e harmônicos entre si, de forma que não prevê uma separação rígida dos poderes estatais, os quais devem atuar harmonicamente, com uma interação necessária à consolidação do bem social.

Ante o exposto, propõe-se no presente trabalho analisar a consonância do ativismo judicial com o princípio da separação dos poderes, baseando-se pela contribuição dos filósofos políticos Aristóteles, John Locke, Montesquieu e dos Federalistas, especialmente Alexander Hamilton e James Madison na construção da ideia de tripartição dos poderes do Estado. O estudo é de tamanha relevância social, haja vista que a judicialização da política e a politização da justiça são matérias em voga atualmente que merecem ser esclarecidas, pois

muito se confundem. Buscar-se-á, também, demonstrar ao leitor a importância do ativismo judicial na concretização dos direitos fundamentais.

Assim, o primeiro tópico abordará sobre os aspectos gerais do princípio da separação dos poderes e sobre as teorias de Aristóteles, John Locke, Montesquieu e os Federalistas acerca da separação dos poderes de Estado, bem como, a importância dada por cada um ao Judiciário. O segundo e último tópico, por sua vez, tratará acerca da conceituação do ativismo judicial, suas origens e a diferenciação entre este e a judicialização da política. Além disso, será analisado o ativismo judicial na prática concernente ao ajuizamento perante o Supremo Tribunal Federal da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 347 pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSOL) para se reconhecer o estado de coisas inconstitucional do sistema carcerário brasileiro e, por fim, serão traçados argumentos que indicam a conformidade do ativismo judicial com o princípio da separação dos poderes, bem como as críticas que alguns fazem ao ativismo judicial.

Para caracterização do estudo, segundo os campos do conhecimento humano, o presente estudo é de cunho jurídico, especialmente na área de Direito Constitucional. Concernente à natureza da pesquisa, a investigação será bibliográfica, constituindo-se pelo levantamento e fichamento de livros, revistas especializadas, artigos científicos e outros meios digitais. Quanto a tipologia de estudo, a pesquisa é caracterizada como descritivo-explicativa. Explicativa, tendo em vista que é utilizada para explicar os motivos e causas do fenômeno jurídico abordado. Descritiva, pois tem como finalidade observar, interpretar fatos e analisar os fenômenos jurídicos.

2 O PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES DO ESTADO

A priori, torna-se indispensável abordar que o princípio da separação dos poderes está expressamente insculpido na Constituição Federal Brasileira de 1988. Além disso, é um dos princípios fundamentais da República Federativa Brasileira, a qual expõe, em seu artigo 2º que: “São poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”.

Segundo o doutrinador José Afonso da Silva (2000), Poder é fenômeno sociocultural e fato da vida social, tendo em vista que é inerente ao grupo social, podendo exigir e limitar condutas para a realização de fins sociais. O Estado, por conseguinte, é um grupo social máximo, sendo o seu poder denominado Poder Político ou Poder Estatal, que coordena as

relações sociais entre os indivíduos, tendo como características a unidade, indivisibilidade e indelegabilidade, o qual se desdobra em três funções: legislativa (edição de leis no ordenamento jurídico – regras abstratas e impessoais), executiva (execução das leis) e jurisdicional (aplicação do direito nos casos concretos).

Porém, saliente-se que a divisão de funções do poder se diferencia da divisão de poderes. Isso porque, na visão de Silva (2000), a divisão de funções é a especialização de tarefas governamentais, mas a divisão de poderes é determinar a órgãos diferentes aquelas funções (legislativa, executiva e jurisdicional), de forma que a divisão de poderes tem como fundamentos a especialização funcional (cada órgão fica especializado em uma função) e a independência orgânica (cada órgão é independente do outro).

Ademais, “o princípio não configura mais aquela rigidez de outrora” (SILVA, 2000, p. 113). Isso indica que a independência dos poderes de Estado não é absoluta, devendo ser harmônica entre si, como assinala a própria Constituição Federal Brasileira de 1988, no intuito de estabelecer um sistema de freios e contrapesos para que haja equilíbrio na realização do bem comum e para safar-se do arbítrio de um poder em face do outro.

Um exemplo da flexibilidade do princípio da separação dos poderes é o exercício, não só de suas funções típicas especializadas, mas também, de funções atípicas. Sobre isso, Bulos (2015, p. 517) explana: “O Legislativo também administra e julga (CF, arts. 51, IV, e 52, XIII); o Executivo julga e legisla (CF, arts. 62 e 68, §2º) e o Judiciário legisla e administra (CF, art. 96, I, a e f)”. O referido autor leciona, ainda, que o resultado do referido princípio é “neutralizar, no âmbito político-jurídico do Estado, qualquer possibilidade de dominação institucional por parte dos Poderes da República” (2015, p. 517). Destaque-se, por fim, que os mais importantes precursores da ideia da separação dos poderes foram Aristóteles, John Locke, Montesquieu e os Federalistas, conforme se verá adiante.

2.1 A contribuição de Aristóteles para a teoria da separação dos poderes de Estado

A Tripartição dos Poderes de Estado teve sua origem na Antiguidade Grega, com o filósofo Aristóteles, em sua obra: “A Política”:

em que o pensador vislumbrava a existência de *três funções distintas* exercidas pelo poder *soberano*, quais sejam, a função de editar normas gerais a serem observadas por todos, a de aplicar as referidas normas ao caso concreto (administrando) e a

função de julgamento, dirimindo os conflitos oriundos da execução das normas gerais nos casos concretos. (LENZA, 2012, p. 481).

Assim, para ele, o governo se dividia em três partes (parte deliberativa, executiva e judiciária), as quais se concentravam em uma só pessoa (soberano), de maneira que, nos dizeres de Couceiro (2011), o referido pensador grego não trouxe à baila a atribuição de poderes a órgãos independentes e especializados. Em suma, a contribuição de Aristóteles foi apontar a existência de três funções de Estado, embora desempenhadas pelo poder soberano, concentrado em uma única pessoa (LENZA, 2012).

2.2 A teoria da separação dos poderes de Estado de John Locke

John Locke, importante filósofo político dos séculos XVII e XVIII, consoante assinala Albuquerque (2014), teve uma concepção antiabsolutista de poder no intuito de restringir o poder do monarca que abarcava as esferas executiva, legislativa e judiciária, para que o mesmo detivesse apenas o poder executivo. Segundo a teoria lockeana, os poderes executivo e judiciário deveriam estar em posição de subordinação ao poder legislativo, colocando este último em posição superior.

Entretanto, malgrado mencione a existência de três poderes de Estado (legislativo, executivo e judiciário), classifica-os apenas em poder legislativo (elaborar leis) e executivo (impor o cumprimento das leis), porquanto, este último, englobaria o poder judiciário, o qual não seria autônomo: “ Quanto ao Judiciário, este não se configura como poder autônomo, não se distingue claramente e parece incluído no poder executivo, o qual se ocupa da administração total das leis” (GOUGH, 1992 citado por ALBUQUERQUE, 2014, p. 02).

Em sua obra “Dois Tratados sobre o governo”, Locke tem o seu pensamento político voltado para a ideia de que os homens nascem livres e iguais, porém, transferem poderes para que os governantes administrem a vida em sociedade por meio de um contrato social. Logo, o poder político é conferido aos governantes através do consentimento do povo (ALBUQUERQUE, 2014).

Portanto, em estado de natureza, caracterizado pela igualdade e liberdade, sem leis positivadas que assegurem a liberdade e a propriedade, os indivíduos vivem em constante ameaça, de forma que se torna necessária a existência de um poder para proteger os direitos do povo. De acordo com as ideias do supracitado filósofo, a sociedade civil/política garantiria a existência de tal poder político mediante a celebração de um contrato social com a anuência

dos indivíduos. Assim, estes sairiam da sociedade natural para uma sociedade civil. Nesse diapasão é o entendimento de Albuquerque (2014, p. 16):

A passagem do estado de natureza para a sociedade civil é assim mediada por um contrato social fundamentado no livre consentimento dos indivíduos para estabelecerem um poder político. O contrato social lockeano não se apresenta como um pacto de submissão de todos os homens a um terceiro, a quem delegam poderes absolutos, mas, ao contrário, constitui-se num pacto de consentimento que surge do acordo firmado livremente pelos homens com o objetivo de instaurar uma sociedade civil cuja finalidade essencial consiste na proteção da propriedade. A sociedade civil nada acresce ao estado de natureza, a não ser a preservação e a consolidação dos direitos naturais inalienáveis do homem por meio da constituição de um corpo político que possui legislação e judicatura.

Importante salientar, ainda, que a sociedade política teria o objetivo de fazer cessar os males existentes na sociedade natural através das funções de julgar, legislar e impor o cumprimento das leis mediante os três poderes de Estado. Outrossim, Locke explana que o Poder Legislativo tem como característica a provisoriedade, cuja atribuição de legislar é única e exclusiva deste poder, não podendo nenhum outro exercê-lo. O Poder Executivo, por outro lado, seria permanente. Acerca da exclusividade de elaborar leis, atribuída ao Legislativo, dispõe Albuquerque (2014, p. 08):

Assim, somente este poder tem autoridade para elaborar leis que devam ser cumpridas. Ninguém investido de quaisquer outros poderes, que não seja o consentimento público de legislar, poderá fazer leis que tenham a obrigatoriedade de serem cumpridas. Somente o legislativo pode, consubstanciado no consentimento e reconhecimento públicos, estabelecer leis com legitimidade.

Em suma, Locke coloca o judiciário como parte integrante do poder executivo elevando o poder legislativo à alçada de poder supremo. Diante disso, percebe-se que não há harmonização entre os poderes de Estado, não podendo se falar no sistema de freios e contrapesos (*checks and balances*), que se encontra na ideologia política de Montesquieu, consoante será abordado infra.

2.3 A teoria da tripartição dos poderes de Estado de Montesquieu

Na teoria sobre a tripartição dos poderes, consolidada no Estado Moderno em sua obra “O Espírito das Leis”, o barão de Montesquieu foi influenciado pelo filósofo político inglês John Locke. Aquele acreditava que existiam três formas de governo (monarquia, república e despotismo), sendo o governo despótico o pior deles, tendo em vista que o governante buscaria concretizar todas as suas vontades, independentemente do bem coletivo, sem qualquer limitação e, para evitar tal forma de governo, seria necessária a divisão de poderes, de forma que cada uma das três funções (executivo, legislativo e judiciário) eram atribuídas a diferentes pessoas, as quais as exerceriam de forma independente (CEZARIO, 2013).

No que tange à separação dos poderes executivo, legislativo e judiciário, Montesquieu (CEZARIO, 2013, p. 02) afirma que:

Quando, na mesma pessoa ou no mesmo corpo de Magistratura, o Poder Legislativo é reunido ao Executivo, não há liberdade. Porque pode temer-se que o mesmo Monarca ou mesmo o Senado faça leis tirânicas para executá-las tiranicamente. Também não haverá liberdade se o Poder de Julgar não estiver separado do Legislativo e do Executivo. Se estivesse junto com o Legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário: pois o Juiz seria o Legislador. Se estivesse junto com o Executivo, o Juiz poderia ter a força de um opressor. Estaria tudo perdido se um mesmo homem, ou um mesmo corpo de principais ou nobres, ou do Povo, exercesse estes três poderes: o de fazer as leis; o de executar as resoluções públicas; e o de julgar os crimes ou as demandas dos particulares.

Diante disso, para o supracitado filósofo, não seria admissível que se concentrasse em um único poder as funções de executar, legislar e julgar para que não houvesse o abuso de poder, devendo cada poder frear o outro no intuito de se assegurar a liberdade política. Além disso, ao contrário de Locke, que assentava o enquadramento do Poder Judiciário no Poder Executivo, Montesquieu defendeu que o Judiciário deveria ser um poder autônomo, visando-se a proteção da liberdade: “[...] a liberdade não poderia ser assegurada sem um distanciamento da função judiciária das demais funções do Estado” (CHAVES, 2016, p. 11).

Até porque, com a sua teoria dos freios e contrapesos (*checks and balances*), a divisão das funções entre os poderes legislativo, executivo e judiciário não poderia ser rígida, possibilitando interferências recíprocas (LISBOA, 2008), caracterizando a harmonia entre os poderes com o fim de as atividades se desenvolverem satisfatoriamente para o bem da coletividade. Com efeito, explana Silva (2000, p. 115):

[...] os trabalhos do Legislativo e do Executivo, especialmente, mas também do Judiciário, só se desenvolverão a bom termo, se esses órgãos se subordinarem ao princípio da harmonia, que não significa nem o domínio de um pelo outro nem a usurpação de atribuições, mas a verificação de que, entre eles, há de haver consciente colaboração e controle recíproco (que, aliás, integra o mecanismo), para evitar distorções e desmandos.

Por fim, ressalte-se que a separação dos poderes e a teoria dos freios e contrapesos (*checks and balances*) são verdadeiros alicerces do Estado Democrático de Direito, como técnicas de limitação do poder. Buscam, pois, o fim do absolutismo, cuja concentração de poderes nas mãos de um soberano era considerável e tinha como consequências arbitrariedades e abusos do poder político.

2.4 Os Federalistas e a sua contribuição para a teoria da separação dos poderes de Estado

Nos dizeres de Cezario (2013), o Federalista, também denominado de “*Federalist Papers*”, corresponde a 85 (oitenta e cinco) artigos redigidos por Alexander Hamilton, John Jay e James Madison. Além disso, foram publicados entre os anos de 1787 e 1788 para elaborar a Constituição dos Estados Unidos da América e corroborar o sistema federalista. O poder político deste sistema se situaria no Governo Central e nos Estados, caracterizando a autonomia de ambos, com a capacidade de que um poder limitasse o outro por meio dos “*checks and balances*” e, ainda, com a presença dos poderes legislativo, executivo e judiciário nas duas esferas federais.

No capítulo 47 da supracitada obra, James Madison discorre sobre a separação dos poderes, afirmando que as interações entre os poderes legislativo, executivo e judiciário não seriam uma afronta ao ideal de liberdade, mas sim, salvaria o país da tirania, “na medida em que um poder não incorpora em si todo aquele poder inerente ao outro” (CHAVES, 2016, p. 21). Não obstante, consoante os ensinamentos de Chaves (2016), embora Madison sustentasse que os poderes não seriam totalmente distintos e desconexos, dever-se-ia delimitar a atuação de cada poder no intuito de que não haja a usurpação de um sobre o outro.

Insta mencionar também que, para Madison, a separação dos poderes não se trata apenas de demarcar as funções de cada poder, mas de “dotar cada um dos anteparos necessários para evitar invasões por parte de outros ramos, mais conhecidos como o

mecanismo do ‘*checks and balances*’” (CHAVES, 2016, p. 22). Isso porque, o Legislativo, por ser um poder mais expansionista, tenderia a usurpar mais facilmente a função dos outros poderes (executivo e judiciário), em razão destes últimos terem seu campo de atuação mais restrito (CHAVES, 2016).

Noutro passo, o federalista Alexander Hamilton, no Capítulo 78 intitulado “Os juízes como guardiões da Constituição”, como o próprio nome sugere, assinala que o Judiciário é considerado verdadeiro guardião da Constituição à medida que possui a competência de declarar nulos os atos do legislativo contrários à Constituição. Tal fato não implicaria na superioridade do Poder Judiciário sobre o Legislativo, mas sim na ideia de supremacia constitucional (HAMILTON, 1984, p. 577-578 citado por CHAVES, 2016, p. 25).

Desta forma, para Hamilton, o poder do povo seria superior ao Judiciário e ao Legislativo. Isso porque, diante de uma ameaça do legislativo em contrariar a vontade do povo, consolidada na Constituição, o Judiciário teria o papel de obedecer à Constituição e não à vontade do legislativo.

Por conseguinte, pode-se dizer que as ideias apontadas por Madison (interações entre os poderes a partir da técnica dos “*checks and balances*”) e Hamilton (Judiciário como guardião da Constituição e, conseqüentemente, da vontade do povo) contribuíram satisfatoriamente para o entendimento de que o Judiciário pode interferir na atuação dos demais poderes, harmonicamente, com o objetivo de contribuir para o bem da coletividade. Deste pensamento, surgiu, assim, o que se denomina ativismo judicial e judicialização da política, como será exposto adiante.

3 ATIVISMO JUDICIAL

Desde o início faz-se primaz destacar o papel ativo do Supremo Tribunal Federal como guardião da Constituição no cenário brasileiro dos últimos tempos. Porquanto, suas decisões têm um grande alcance político, sobretudo na implementação de políticas públicas.

Nos dizeres de Barroso (2009), o final da Segunda Guerra Mundial culminou no avanço da Justiça Constitucional dos países ocidentais e, conseqüentemente numa relação mais estreita entre política e direito. Nesse sentido, o ilustre doutrinador, hoje Ministro do Supremo Tribunal Federal, trouxe à baila exemplos da atividade da justiça de inúmeros países no trato de matérias de cunho político, consoante corroborado abaixo:

No Canadá, a Suprema Corte foi chamada a se manifestar sobre a constitucionalidade de os Estados Unidos fazerem testes com mísseis em solo canadense. Nos Estados Unidos, o último capítulo da eleição presidencial de 2000 foi escrito pela Suprema Corte, no julgamento de *Bush v. Gore*. Em Israel, a Suprema Corte decidiu sobre a compatibilidade, com a Constituição e com atos internacionais, da construção de um muro na fronteira com o território palestino. A Corte Constitucional da Turquia tem desempenhado um papel vital na preservação de um Estado laico, protegendo-o do avanço do fundamentalismo islâmico. Na Hungria e na Argentina, planos econômicos de largo alcance tiveram sua validade decidida pelas mais altas Cortes. Na Coreia, a Corte Constitucional restituiu o mandato de um presidente que havia sido destituído por impeachment. (BARROSO, 2009, p. 01-02)

O ativismo judicial é conceituado por Barroso (2009), por conseguinte, como o modo proativo de interpretar a Constituição, de maneira a ampliar o seu campo de alcance e sentido nas situações em que o Poder Legislativo se retrai, impossibilitando o atendimento efetivo das pretensões sociais. Assim, o termo se refere a uma participação intensa do Poder Judiciário na “concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois poderes” (BARROSO, 2009, p. 06). No que tange à sua origem, reporta-se à jurisprudência norte-americana, a qual, nos anos 50 se tornou proativa no sentido de concretizar direitos fundamentais relacionados aos negros e às mulheres (BARROSO, 2009).

Outrossim, a posição ativista do Judiciário, representado, no Brasil, pelo Supremo Tribunal Federal, se destaca, segundo Barroso (2009), pela imposição de atuação do Poder Público em Políticas Públicas. A mencionada postura se enfatiza, também, pela aplicação da Constituição a situações não expressamente elencadas em seu corpo. No Brasil, se tornou mais evidente após a promulgação da Constituição Federal de 1988, diante do processo de redemocratização do país, em razão de ser caracterizada por “assegurar os valores supremos de uma sociedade fraterna pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social” (LENZA, 2012, p. 128-129).

Todavia, antes da promulgação da Constituição Federal de 1988, o país vivia na fase da autocontenção judicial. Era caracterizada pela restrição do campo de atuação do Judiciário, sem a sua interferência nas ações dos outros poderes, de forma a evitar imiscuir-se na determinação de políticas públicas ou aplicação direta da Constituição em casos não expostos de maneira expressa em seu texto (BARROSO, 2009).

Isso porque, no momento anterior à Constituição Brasileira de 1988, vivia-se no ideal do positivismo jurídico, caracterizado pelo formalismo, cujo papel do juiz como intérprete se resumia à subsunção do fato à norma. A Constituição Federal de 1988, por sua vez, veio a representar o ideal do pós-positivismo, com a concepção de justiça, baseada na teoria dos Direitos Fundamentais e no Neoconstitucionalismo, com fulcro na força normativa da Constituição e seu eixo central voltado a Dignidade da Pessoa Humana (PINTO, 2016).

Portanto, as Constituições pós-positivistas arraigadas ao neoconstitucionalismo, como é o caso da Constituição Federal de 1988, colocam a Constituição em posição suprema, atribuindo ao Judiciário, sobretudo às Cortes Constitucionais, o papel de guardião da Constituição. Destarte, o juiz é colocado como coparticipante na criação do direito, possibilitando a criação e expansão do ativismo judicial no Brasil.

É essencial, ainda, abordar as diferenças existentes entre o ativismo judicial e a judicialização da política, bem como, explicar como o ativismo judicial não ofende o princípio da separação dos poderes, pontos que serão esclarecidos a seguir.

3.1 A diferença entre judicialização da política e ativismo judicial

O ativismo judicial é a forma proativa pela qual o Poder Judiciário, ao estabelecer um maior alcance no sentido do texto constitucional, acaba por interferir na atuação dos outros poderes com o fim de concretizar os direitos constitucionais, diante da inércia do legislativo ou do executivo. A Judicialização da política, por sua vez, é a atribuição ao Judiciário para que decida questões de repercussão social e política, as quais seriam de competência do Congresso Nacional (Poder Legislativo) ou do Poder Executivo (Barroso, 2009), ou seja, ocorre mediante provocação, cabendo ao Judiciário exercer o seu papel constitucional de se manifestar quando solicitado.

Barroso (2009) elenca três causas da judicialização: a) *redemocratização* do Brasil com a promulgação da Constituição Federal de 1988, já que houve o fortalecimento do Poder Judiciário e o aumento de demandas da população na busca por justiça devido ao maior favorecimento ao acesso à justiça com a presença da Defensoria Pública como órgão de defesa dos direitos dos necessitados; b) *constitucionalização abrangente*, pela positivação, na Constituição, de matérias antes adstritas ao processo político, de forma que “constitucionalizar uma matéria significa transformar Política em Direito” (BARROSO, 2009, p. 04); c) *sistema brasileiro do controle de constitucionalidade*, devido ao direito de

propositura amplo, em razão de entidades públicas e privadas poderem ajuizar ações diretas perante o Supremo Tribunal Federal no tocante a questões politicamente relevantes.

Embora tanto o ativismo judicial quanto a judicialização da política estejam diretamente ligados ao processo de redemocratização do Brasil de 1988, o ativismo judicial é consequência da vontade do juiz, que, visando à concretização de direito constitucional, impõe determinada conduta ao executivo ou legislativo, diante de sua inércia. A judicialização da política, por sua vez, traduz-se na transferência ao judiciário do poder de decidir sobre matéria de repercussão social, a partir de uma necessidade social e política.

3.2 A consonância do ativismo judicial com o princípio da separação dos poderes de Estado

O princípio da separação dos poderes não é absoluto. O caráter relativo é explicado à medida que, ao longo do tempo, com a propagação do Estado Democrático de Direito, sua flexibilidade tornou-se importante meio de harmonização e colaboração entre os poderes com vistas a propiciar o equilíbrio e o bem comum, como a própria Constituição Federal de 1988 assevera, em seu segundo artigo. Tanto é que Lenza (2012, p. 482) assim expôs: “Diante das realidades sociais e históricas, passou-se a permitir maior interpenetração entre os Poderes, atenuando a teoria que pregava a separação pura e absoluta dos mesmos”.

No tocante ao ativismo judicial, percebe-se que o caráter proativo do Poder Judiciário, sobretudo do Supremo Tribunal Federal, como guardião da Constituição, não afronta de forma alguma o princípio da separação dos poderes. Porquanto, sua atuação se consubstancia na concretização dos direitos constitucionais, nas situações em que o executivo ou o legislativo não atuem satisfatoriamente na efetivação das demandas políticas e sociais que necessitem de uma maior atenção do poder público, determinando, pois, a implantação de Políticas Públicas na intenção de resguardar o direito previsto na Lei Maior. Até nas sociedades democráticas, a aliança entre Política e Direito surge de uma necessidade social.

Adicione-se a isso o fato de que a redemocratização do Estado brasileiro e a consequente expansão do Poder Judiciário tem o escopo de concretizar direitos indispensáveis ao bem-estar social. Explica-se. A Constituição Federal de 1988, em si, traz a ideia de ampliação deste poder, em razão de enquadrar o Supremo Tribunal Federal na posição de guardião da Constituição, diante do neoconstitucionalismo, que coloca o juiz no papel de coparticipante na criação do direito.

Outrossim, a ideia de harmonização entre os poderes por meio do método de freios e contrapesos (*checks and balances*) trazido por Montesquieu corrobora ainda mais o papel do Judiciário na Política brasileira. Isso porque, ao impor ao executivo a implantação de determinada Política Pública, por exemplo, o Judiciário está resguardando o direito do jurisdicionado e de toda uma população que necessita da atuação do poder público, não ultrapassando a sua área de atuação, qual seja: de assegurar a aplicação do direito positivado na Constituição.

Por fim, a ideia do Poder Judiciário como guardião da Constituição deve-se ao federalista Hamilton, adepto da Teoria da Separação dos Poderes. Este afirmava: “sempre que a vontade do Legislativo, traduzida em suas leis, se opuser à do povo, declarada na Constituição, os juízes devem obedecer a esta, não àquela, pautando suas decisões pela lei básica, não pelas ordinárias” (HAMILTON, 1984, p. 578 citado por CHAVES, 2016, p. 26).

3.3 Ativismo judicial em prática: O estado de coisas inconstitucional

O estado de coisas inconstitucional surgiu no final do século XX na Colômbia, como técnica de decisão da referida Corte Constitucional. Com efeito, buscava-se combater sérias violações a direitos fundamentais, em virtude de falhas estruturais do Estado no que concerne a Políticas Públicas, impondo uma atuação harmônica entre os Poderes de Estado.

Nesse compasso, aduz Guimarães (2017, p. 04): “Por meio desta técnica de decisão, a Corte Constitucional reconhece o estado de coisas inconstitucional e impõe aos demais poderes e entidades estatais a adoção de providências no sentido de superar a violação massiva de direitos fundamentais”. Destarte, o juiz constitucional é colocado no caso como garantidor dos direitos fundamentais, consolidando o que se entende por uma sociedade justa, democrática e pluralista (HERNANDEZ, 2003, p. 207 citado por GUIMARÃES, 2017, p. 05).

Segundo Guimarães (2017), são pressupostos para se definir um estado de coisas inconstitucional: a vulneração massiva de direitos fundamentais que atinge vários indivíduos, consideravelmente; omissão das autoridades públicas em assegurar os direitos; problema social grave cuja solução depende da intervenção complexa de várias entidades; possibilidade de sobrecarregar o Poder Judiciário com várias demandas repetitivas da mesma natureza (violação dos mesmos direitos fundamentais). É o que prevê a Corte Constitucional Colombiana.

No Brasil, o Partido Socialismo e Liberdade (PSOL) ajuizou perante o Supremo Tribunal Federal, uma Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) de nº 347. Visava-se a obter o reconhecimento do estado de coisas inconstitucional relativo ao sistema carcerário brasileiro e a determinação de medidas visando a sanar violações gravíssimas de direitos fundamentais dos presos, devido à superlotação, calamidade e precariedade nas prisões brasileiras:

As prisões brasileiras são reconhecidas por superlotação, ambiente insalubre, proliferação de doenças infectocontagiosas, comida intragável, temperaturas extremas, falta de água potável e de produtos higiênicos básicos. Homicídios, espancamentos, tortura e violência sexual são frequentes, praticados por outros detentos ou mesmo por agentes do Estado. As instituições prisionais são comumente dominadas por facções criminosas. Faltam assistência judiciária adequada aos presos, acesso à educação, à saúde e ao trabalho. (GUIMARÃES, 2017, p. 11)

No Julgamento da cautelar da ADPF 347, o pleno do STF determinou que os juízes e tribunais realizassem audiências de custódia, com o comparecimento do preso em até 24 (vinte e quatro) horas após a sua prisão. De mais a mais, determinou à União que liberasse o saldo do Fundo Penitenciário Nacional para o cumprimento dos fins para evitar novos contingenciamentos.

O exemplo acima posto à discussão, no que tange ao reconhecimento do estado de coisas inconstitucional pela Corte Constitucional de um país, com o fim de implementar políticas públicas e resguardar os direitos fundamentais que estão sendo alvo de violação gravíssima, neste caso, os direitos do preso no cenário do sistema carcerário brasileiro, evidencia uma conduta proativa do Supremo Tribunal Federal como guardião da Constituição. Tal conduta tem o intento de interferir na atuação dos outros poderes com o fim de concretizar os direitos constitucionais, diante da inércia do legislativo ou do executivo, para possibilitar uma atuação conjunta dos poderes com a harmonização necessária para se atingir o bem social, caracterizando o ativismo judicial.

Outros entendem que esse tema se enquadra na judicialização da política e não na seara do ativismo judicial, como é a visão de Guimarães (2017, p. 22-23): “Esse tema se insere no fenômeno da judicialização da política [...] como processo de expansão decisória do Poder Judiciário em direção a áreas de competência tradicionalmente exercidas pelos Poderes Executivo e Legislativo”. Todavia, não merece guarida tal arguição, à medida que no caso exposto, o Judiciário impôs uma atuação conjunta dos poderes na implementação de políticas

públicas, para concretizar direitos fundamentais violados pela omissão dos demais poderes - requisitos para a configuração do ativismo judicial - como exposto em linhas pretéritas, malgrado seja matéria de repercussão política e social, posta à sua apreciação mediante ADPF.

3.4 Críticas ao ativismo judicial

Conforme lições de Barroso (2009), há três críticas ao ativismo judicial. São elas: a) risco à legitimidade democrática, b) politização indevida da justiça, e c) limites da capacidade institucional do judiciário.

Quanto ao risco à legitimidade democrática, há quem defenda que, levando-se em consideração que os membros do judiciário não são agentes públicos eleitos pelo povo, estes não poderiam sobrepor seus veredictos às decisões do executivo ou do legislativo, em razão de ao Judiciário ser atribuída a função de invalidar atos dos outros dois poderes, o que se denomina dificuldade contramajoritária (BARROSO, 2009). Ocorre que, nos Estados Democráticos, é transferido parte do Poder Político àqueles agentes públicos não eletivos, pelo motivo de sua atuação ser imparcial e técnica (BARROSO, 2009).

Concernente à politização indevida da justiça, sob o fundamento de que “*Direito é política*, proclamava ceticamente a teoria crítica do Direito, denunciando a superestrutura jurídica como uma instância de poder e dominação” (BARROSO, 2009, p. 13), não merece prosperar tal ideia. Porquanto, malgrado o direito não possa estar desagregado da política, aquele decorre da vontade do povo, a qual se manifesta nas leis (BARROSO, 2009).

E, por último, no que tange à limitação da capacidade institucional do Judiciário, sob a justificativa de que o judiciário não tem a qualificação e o conhecimento específico em demandas que envolvam aspectos técnicos e científicos, também não deve ser acatada. Até porque, o referido poder deve agir coerentemente, reconhecendo as suas limitações para determinada matéria e, por conseguinte, “prestigiando as manifestações do Legislativo ou do Executivo” (BARROSO, 2009, p. 16).

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Fica evidente, portanto, que o ativismo judicial, cujas ideias remontam o fim da Segunda Guerra Mundial e a expansão do neoconstitucionalismo, não afronta o princípio da

separação dos poderes. Isso porque, o Poder Judiciário, sobretudo o Supremo Tribunal Federal, age proativamente dentro de suas competências elencadas pela Constituição Federal Brasileira de 1988, para proteger os direitos fundamentais dos cidadãos e concretizá-los à medida que determina a implantação de políticas públicas, e, assim, incentiva a harmonização das funções estatais com o fim de alcançar o bem coletivo, sem interferir na atuação do legislativo ou executivo.

A princípio, elucidou-se que o filósofo Aristóteles, no período da antiguidade grega, contribuiu com a ideia da separação dos poderes do Estado. Elencou a existência de três funções estatais (deliberativa, executiva e judiciária), embora concedidas apenas ao soberano como único detentor do Poder Político.

John Locke, por outro lado, defendeu a independência dos poderes de estado, atribuídos a diferentes órgãos. Contudo, apesar de se referir à existência do poder executivo, legislativo e judiciário, colocou este último como integrante do executivo e, o legislativo, como poder supremo.

Montesquieu, além de se aludir aos poderes legislativo, executivo e judiciário como independentes e de atribuição de diferentes órgãos, explanou sobre o mecanismo de freios e contrapesos. Conforme seus ensinamentos, este mecanismo diz respeito à harmonização e interferências recíprocas entre os poderes, sem a usurpação de um poder pelo outro.

Já o Federalista James Madison, adepto da teoria de Montesquieu, tratou das interações entre os poderes através do mecanismo de freios e contrapesos. O Federalista Alexander Hamilton, por sua vez, atribuiu ao judiciário o papel de guardião da constituição e da vontade do povo, colaborando significativamente para o caráter proativo do judiciário no cenário político atual.

Acerca da diferenciação entre ativismo judicial e judicialização da política, ficou claro que aquele deriva da postura proativa do judiciário, a quem cabe ampliar o sentido na constituição e determinar a implantação de políticas públicas para concretizar direitos fundamentais. A judicialização da política, por outro lado, ocorre mediante questões de grande repercussão social e política, as quais deveriam ser decididas pelo poder legislativo ou executivo, mas tal papel é transferido ao judiciário, como poder técnico e imparcial. Ademais, pode-se dizer que as críticas expostas concernentes ao ativismo judicial foram devidamente combatidas.

Foi possível identificar o ativismo judicial em prática quanto ao deferimento de medida cautelar pelo Supremo Tribunal Federal em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental de nº 347 ajuizada pelo PSOL para reconhecer o estado de coisas

inconstitucional do sistema carcerário brasileiro. Embora pendente de julgamento, é uma técnica de decisão que visa a afrontar graves violações a direitos fundamentais, devido a falhas estruturais relativas a Políticas Públicas, impondo uma atuação harmônica entre os Poderes de Estado.

Em suma, o presente estudo foi de tamanha importância para o entendimento da relevância do ativismo judicial no cenário social e político brasileiro, já que auxilia aos demais poderes na implementação de políticas públicas e concretização de direitos constitucionais.

REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Armando. A Teoria Lockeana da Separação dos Poderes. In: SOBREIRA FILHO, Enoque Feitosa. OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebíades. POZZOLI, Lafaiyette. (Org.). **Estudos Contemporâneos de Filosofia do Direito**. 1. ed. São Paulo: Letras Jurídicas, 2014, v. 1, p. 67-86.

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**, In: Revista de Direito do Estado, ano 4, n. 13, jan./mar. 2009, p.75.

BULOS. Uadi Lammego. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015.

CASTRO, Marcos Faro de. **O Supremo Tribunal Federal e a Judicialização da Política**. Disponível em: <http://www.anpocs.org.br/portal/publicacoes/rbcs_00_34/rbcs34_09.htm>. Acesso em: abr. 2018.

CEZARIO, Leandro Fazzolo. O espírito das leis (l'esprit des lois) e o Federalista (the federalist papers): Características correlacionais em ambas as obras e as influências de Montesquieu sobre os pensamentos de Alexander Hamilton, John Jay e James Madison. In: **Conteúdo Jurídico**. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,o-espírito-das-leis-lesprit-des-lois-e-o-federalista-the-federalist-papers-características-correlacionais-em-a,27341.html>>. Acesso em: abr. 2018.

CHAVES, Luciano Athayde. De “Poder nulo e invisível” a guardião da Constituição: o caráter dinâmico da separação dos poderes e o perfil do Poder Judiciário na formação do estado moderno. In: MORAES, Filomeno (coord.). **Teoria do Poder**. Belo Horizonte: Arraes Editores, vol. 3, 2016, p. 148-177.

COUCEIRO, Julio Cezar da Silveira. Princípio da Separação de Poderes em corrente tripartite. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIV, n. 94, nov 2011. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?artigo_id=10678&n_link=revista_artigos_leitura>. Acesso em: abr. 2018.

GUIMARÃES, Mariana Rezende. O estado de coisas inconstitucional: a perspectiva de atuação do Supremo Tribunal Federal a partir da experiência da Corte Constitucional colombiana. In: **Boletim Científico ESMPU**. Brasília, a. 16 – n. 49, p. 79-111 – jan./jun. 2017. Disponível em: <http://escola.mpu.mp.br/publicacoes/boletim-cientifico/edicoes-do-boletim/boletim-cientifico-n-49-janeiro-junho-2017/o-estado-de-coisas-inconstitucional-a-perspectiva-de-atuacao-do-supremo-tribunal-federal-a-partir-da-experiencia-da-corte-constitucional-colombiana/at_download/file>. Acesso: abr. 2018.

JAKOBSON, Einar dos Santos. Ativismo Judicial e o Princípio da Separação dos Poderes. In: **Jurídico Certo**, abr. 2017. Disponível em: <<https://juridicocerto.com/p/einar-jakobson/artigos/ativismo-judicial-e-o-principio-da-separacao-dos-poderes-3636>>. Acesso em: abr. 2018.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 16. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

LISBOA, Alan Ricardo Fogliarini. Revisitando Montesquieu: uma análise contemporânea da teoria da separação dos poderes. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XI, n. 52, abr. 2008. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2670>. Acesso em: abr. 2018.

PINTO, Dayla Barbosa. O papel dos juízes na efetivação dos Direitos Fundamentais. In: **Hermenêutica: Decisões Judiciais**. Amazonas: Valer, 2016. p. 64-78.

SILVA. José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 17. ed. Rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2000.

JUDICIAL ACTIVISM: AN ANALYSIS IN FACE OF THE PRINCIPLE OF THE SEPARATION OF POWERS

ABSTRACT

The post-positivist constitutions of neoconstitutionalist ideals, such as the Brazilian Constitution of 1988, place the Judiciary as guardian of the Constitution in the realization of fundamental rights, in the face of the inertia of the other powers of the State. However, such a proactive stance, called judicial activism, is not very well seen by the interference of this power in the functions of the Legislative and Executive Powers. Thus, the present study, of a bibliographical methodology, aims to analyze whether judicial activism in fact confronts the principle of separation of powers, starting with theories of political philosophers, citing, as an example, the unconstitutional state of the Brazilian prison system.

Keywords: Neo-constitutionalism. Judicial activism. Separation of branches.



O CRESCIMENTO DA CONSCIÊNCIA MORAL SEGUNDO O PENSAMENTO DE JACQUES MARITAIN

Renato Ratti¹

RESUMO

O presente artigo tem por objetivo demonstrar a importância prática do conceito de consciência moral do homem no pensamento do filósofo Jacques Maritain, especialmente para a educação do homem e o bem comum da multidão. O desenvolvimento da consciência moral é um tema de extrema relevância no pensamento de Maritain que surge com intenso vigor nas obras *Homem e o Estado* e *Os Direitos do Homem e a Lei Natural* como sendo a causa ou pré-condição para o êxito de acordos multilaterais, como foi a própria Declaração Universal dos Direitos do Homem.

Palavras-chave: Consciência moral. Desenvolvimento. Lei natural.

1 INTRODUÇÃO

¹ Pós-Graduando do programa *stricto sensu* em Filosofia da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Mestre em Filosofia pelo Mosteiro de São Bento em São Paulo. Especialista em Direito Constitucional pela Escola Superior de Direito Constitucional ESDC - São Paulo. Especialista em Direito Econômico pela Universidade de Coimbra. Aluno Especial da FFLCH/USP em Filosofia Política nos anos de 2016/2017. Advogado e Procurador Municipal. E-mail: otaneratti@gmail.com. Nos termos da Portaria nº 206, de 4 de setembro de 2018 o autor informa que “O presente trabalho foi realizado com apoio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior – Brasil (CAPES) – Código de Financiamento 001”.

Em fenômenos físicos, matemáticos e estudos de antropologia e biologia, se constata que todo corpo ou ideia tende a um movimento crescente ou cumulativo. Francesco Petrarca, poeta, considerado pai do alpinismo, não negaria tal afirmação, especialmente quando subiu o monte Ventoux e seus 1.912 metros de altura, com ventos a 300 km/h, e atestou que, num determinado ponto da escalada, não é possível retroceder.

O físico polonês Marian Smoluchowski, conhecido por ser um dos ganhadores prêmio Nobel Richard Feynman, em sua festejada obra *As palestras de Feynman sobre Física*, por exemplo, demonstrou um maquinário ou engrenagem na forma de um roquete, que tende a rodar em certa direção, agindo em catraca, isto é, sem a possibilidade natural de retorno.

O psicólogo estadunidense Michael Tomassello, em sua obra e em seus estudos, demonstrou a existência de um progresso cultural cumulativo que impede o resvalo para trás e que se baseia na contenção inteligente de energia do conhecimento e da habilidade já adquirida pela espécie humana para a superação de novas complexidades.

O que será questionado no presente artigo é se esse *mover para frente* pode ocorrer cumulativamente, na consciência moral do homem e nas ciências do espírito. Busca-se saber de que maneira é possível sustentar que a consciência moral do homem cresce gradativamente, como um processo natural de somatização da sua capacidade de aprendizagem² e cognição, com vistas a melhorar a condição básica da humanidade. Ora, se esta capacidade existe, resta perquirir quais serão as condições ou o fundamento racional capaz de impulsionar a consciência moral do homem para a conquista de uma amizade efetiva ou moral comum entre os povos e nações, sem apelos meramente simbólicos, políticos, religiosos ou especulativos. A educação certamente terá espaço nesta tarefa.

É neste ponto que se chega em Jacques Maritain. É sabido que o autor trouxe uma contribuição singular na história, especialmente para a edificação de um acordo comum, prático, condicionado por uma filosofia básica e não especulativa. Maritain reconheceu que o homem caminha lenta e progressivamente em busca do seu aperfeiçoamento moral, e que a percepção desta sua condição permite, em certos estágios da história, o reconhecimento prático de mínimas condições de vida, com vistas ao bem comum da multidão³.

O presente artigo, assim, tem por objetivo investigar o conceito do *crescimento da consciência moral do homem* no pensamento de Jacques Maritain, que aparece com imenso

² Michael Tomassello, por exemplo, defende que crianças nascem mais predispostas e adaptadas às ferramentas atualmente disponíveis pela tecnologia para a superação dos rigores do mundo físico e natural.

³ O termo multidão parece ser dirigido ao sentido empregado na Encíclica “*Diuturnum Ilud*” (Sobre a origem do poder civil) do Sumo Pontífice Leão XIII.

vigor nas obras *O Homem e o Estado* e *Os Direitos do Homem e a Lei Natural*. Ressaltando a importância deste estudo, pode-se atribuir a esta expressão e sua compreensão dois resultados práticos para acordos de paz e o desenvolvimento das nações.

O primeiro deles consiste em notar que o chamado *progresso da consciência moral* foi considerado a pré-condição ou causa da própria Declaração Universal dos Direitos do Homem. Foi devido a esse *estágio de desenvolvimento da consciência moral* que diferentes povos e tradições concordaram com a adoção de princípios básicos sobre direitos humanos.

O segundo resultado prático situa-se no âmbito da efetivação de direitos humanos no mundo contemporâneo. É que a expressão *desenvolvimento da consciência moral* está na base da tão proclamação *proibição do retrocesso* em matéria de direitos humanos, presente no artigo 30 da Declaração Universal dos Direitos do Homem, nos artigos 27 e 29 da Convenção Americana de Direitos Humanos e no Protocolo de Buenos Aires, conhecida pela expressão francesa *efeito cliquet*⁴.

Em outras palavras, o chamado progresso da consciência moral do homem é a condição que proporciona o atingimento de um patamar civilizatório razoável e progressivo, ao mesmo tempo em que sinaliza o não retrocesso de conquistas históricas incorporadas ao acervo dos direitos fundamentais do homem e sociais das nações.

É verdade que a história está repleta de utopias políticas, guerras, atrocidades e experiências de solução fracassadas, especialmente aquelas dirigidas à aliança dos povos e nações. Não são poucos, assim, Tratados de Paz que não obtiveram êxito, como por exemplo o Tratado de Versalhes, além de outros. De outro lado, a Declaração Universal dos Direitos do Homem, que completa este ano o seu septuagésimo aniversário, mostrou-se um instrumento eficaz e moralmente legítimo entre as nações, ao menos no âmbito da sua intensa reivindicação, solidificando-se como uma moral sustentável e comum da condição humana. Soma-se a esta evidência o curioso fato de que o acordo não foi alcançado, segundo Jacques Maritain, por uma aliança de base especulativa ou religiosa, nem mesmo por coerção jurídica. Em lugar de tais meios, a densidade da Declaração Universal dos Direitos do Homem deriva mesmo de uma filosofia básica, racional e prática, e pode ser considerada como paradigma intercultural da modernidade, quer em razão da sua pretensão de universalidade, quer porque admite concepções alternativas e intergeracionais de dignidade da pessoa humana.

A esse respeito, Jaques Maritain nos oferece uma ilustração da abordagem relativista da Declaração Universal dos Direitos do Homem com o exemplo de uma clave musical que

⁴ Expressão de origem francesa cunhada por alpinistas que asseguram não ser possível retroceder a certo ponto da escalada.

representaria a dignidade da pessoa humana e segundo a qual notas diversas podem ser tocadas, o que permite um diálogo multicultural ao reconhecimento de direitos relacionados, desde que afinados com esta *tonalidade*.

2 OS EXCERTOS EXTRAÍDOS DA OBRA DE JACQUES MARITAIN

Assim, como salientou-se de início, a Declaração Universal dos Direitos do Homem somente foi possível devido a certo estágio de progresso da consciência moral dos homens, que vieram a se inteirar e concordar com certas verdades práticas relativas à vida em comum. Seguem-se alguns excertos extraídos de *O Homem e o Estado*, presentes no Capítulo IV, que apresentam a expressão em estudo:

Homens mutuamente opostos em suas concepções teóricas podem chegar a um acordo meramente prático com relação a uma lista de direitos humanos. [...] Devido ao desenvolvimento histórico da humanidade, a crises crescentes no mundo moderno e ao progresso, embora precário da consciência moral e da reflexão, vieram os homens a inteirar-se – muito mais perfeitamente do que antes, mas ainda de modo incompleto – de certo número de verdades práticas relativas à sua vida em comum e sobre as quais é possível chegar a um acordo. (MARITAIN, 1952, p. 91).

Será motivo de surpresa o vermos sistemas teóricos em conflito convergindo, todavia, em suas conclusões práticas? A história da filosofia moral nos apresenta, frequentemente esse mesmo quadro. Tal fato prova apenas que os sistemas de filosofia moral são o ponto de reflexão intelectual sobre dados éticos que os precedem e regulam, revelando um tipo muito complicado de geologia da consciência, no qual a obra natural da razão espontânea, pré-científica e pré-filosófica é, a cada momento, condicionada pelas aquisições, pelas servidões, pela estrutura e pela evolução do grupo social. Existe, dessa maneira, uma espécie de desenvolvimento e, por assim dizer, de crescimento vegetativo do conhecimento moral e do senso moral, independente dos sistemas filosóficos, embora esses últimos, de modo secundário, reajam, por sua vez, mediante uma ação recíproca, sobre esse processo espontâneo. (MARITAIN, 1952, p. 95).

No tocante à relação deste crescimento moral com a lei natural, ainda no mesmo Capítulo IV de *O Homem e o Estado*, Maritain trará os seguintes dizeres:

A lei natural é uma lei não escrita. O conhecimento que o homem dela tem cresceu pouco a pouco, à medida que se lhe desenvolvia a consciência moral. Esta última jazia, a princípio, em estado crepuscular. Os antropólogos nos ensinaram entre que espécie de estrutura de vida tribal e no meio de que magia ainda meio adormecida se formou primitivamente essa consciência. Isso prova apenas que o conhecimento que os homens têm da lei não escrita atravessou um maior número de formas e de estágios diferentes do que certos filósofos e teólogos julgaram. (MARITAIN, 1952, p. 107)

Os excertos acima colacionados representam a origem das ideias que serão expostas. É a base teórica da expressão que será investigada no artigo, cujo objetivo é compreender esse *devoir ou progresso da consciência moral* segundo o pensamento de Jacques Maritain.

3 O CONTRIBUTO DE RAÍSSA MARITAIN E A PRIMEIRA NOÇÃO DE CONSCIÊNCIA MORAL

O primeiro modo ou compreensão acerca do que se entende por crescimento da consciência moral situa-se nas obras referenciadas de Raïssa Maritain, esposa de Jacques Maritain, que foram citadas em notas de rodapé, tanto em *O Homem e o Estado*, quanto em *Os Direitos do Homem e a Lei Natural*. São elas a *Histoire D'Abraham* (História de Abraão) ou *Les primitives ages de la conscience morale* (As idades primitivas da consciência moral) e *La Conscience Morale Et L'Etat de Nature* (A Consciência Moral e o Estado da Natureza).

Esta perspectiva de encarar o crescimento moral parece ser típica da antropologia cultural, que em linhas gerais sustenta a capacidade cognitiva do homem, natural ou espontânea, de acumular conhecimentos e habilidades necessárias para a superação dos desafios da vida natural.

Segundo Raïssa, o crescimento da consciência moral opera-se lenta e espontaneamente com a experiência social e a marcha da história, tal qual uma potência vegetativa⁵. Pode chamar-se, assim, de crescimento vegetal ou geológico da consciência moral. A autora utiliza-se de diversos exemplos presentes na Sagrada Escritura, sendo uma constante a ideia de que a consciência moral jazia num estágio crepuscular, primitivo, e vai pouco a pouco ganhando estatura adulta.

⁵ Expressão utilizada como alusão à potência vegetativa da alma, segundo Aristóteles.

Há um excerto de sua obra *La Conscience Morale Et L'Etat de Nature* (A Consciência Moral e o Estado da Natureza) que sintetiza muito bem o seu pensamento e a influência deste na obra de Jacques Maritain. Diz a predecessora de Jacques Maritain no tema da consciência moral:

Deus age como um jardineiro que coloca uma semente no chão e não uma árvore adulta e carregada de frutos. E a semente morre e vive, se fortalece no solo, sobe ao sol, vê a alternância das estações, floresce e frutifica. Ele passa como pai e educador; Toda a história humana mostra, e a Bíblia divina diz a todas as suas páginas. (RAÏSSA, 1942, p. 23).

Na mesma obra, no Capítulo *L'état de nature* (O estado de natureza), que dá início ao desenvolvimento específico do tema, há uma narrativa preliminar acerca do estado de natureza em geral, que será comparável ao da infância e sua relação com a razão.

O estado da natureza para a humanidade em geral é comparável ao da infância para o lar. A razão há de prescrever o que o que deve ser feito. Mas ela, a razão, dada à sua nudez natural pela perda de inocência começa a descobrir o mundo. Deus poupa suas exigências, mas dá-nos certa proporção de razão para a experiência humana. (RAÏSSA, 1942, p. 15).

Curioso notar que, para Raïssa, esse *estado de natureza* muito se aproxima de um *estado de inocência*. A própria queda do homem, na condição original ilustrada no Livro de Gênesis, na Sagrada Escritura, será considerada um estágio de partida para o trajeto ou construção de uma nova moral adulta. É interessante notar que Raïssa se aproxima, em verdade, do conceito de ignorância moral. Assim, indaga: a natureza está ferida, mas ela sabe disso?

Vem de Raïssa, ainda, expressões como “a consciência humana é ainda crepuscular e confusa” (1942, p. 16) e outras que Jacques Maritain utilizará especialmente em *O Homem e o Estado*, tais como: na era primitiva da consciência moral, esta estava gelada, crepuscular, tosca, primitiva e confusa, mesmo o homem possuindo razão.

De um modo geral o que foi dito pode ser confirmado em sentenças de Jacques Maritain, como a que segue:

Devemos compreender, ao mesmo tempo, por que motivo a lei natural progrediu desde a idade do homem das cavernas de duas maneiras [...] de uma maneira cada

vez menos crepuscular tosca e confusa [...] Em seguida, quanto ao modo pelo qual a razão humana se tornou consciente – sempre por meio do conhecimento por inclinação – de seus preceitos ulteriores e superiores. E esse conhecimento ainda está em progresso e há de progredir enquanto durar a história humana. Esse evoluir da consciência moral é, na verdade, o exemplo mais indiscutível do progresso humano [...] A lei natural é uma lei não escrita porque se desenvolve proporcionalmente ao grau da experiência moral e da reflexão do homem sobre si mesmo, bem como da experiência social de que o homem é capaz nas várias idades da sua história. (MARITAIN, 1942 p. 111).

A consciência moral do homem convive com a sua época de modo que é influenciada por seus hábitos e costumes. A autora defende a existência de uma moral *infante* que dialoga com os costumes de sua época, ao mesmo tempo em que avança naturalmente na marcha do tempo para florescer, com a experiência e inteligência. A consciência progride lentamente e não cessará nesta tarefa, que é natural e espontânea e exige tempo para amadurecer.

O conhecimento pleno de todas as leis morais e, por consequência, a consciência moral perfeitamente clara, dependem, então, do bom tempo estabelecido por Deus e da própria experiência, da maturidade perfeita da razão e da sabedoria sobrenatural. (RAÍSSA, 1942, p. 16).

Raíssa ilustra exemplos de crescimento moral do homem utilizando-se da Sagrada Escritura, como quando esta diz que a luz surge no primeiro dia, mas a separação entre dia e noite ocorreu no quarto dia, com isso indicando uma possível relação entre tempo e amadurecimento moral. Observa também que a opção pela narrativa em parábolas também se mostra uma opção pedagógica na Sagrada Escritura, como um modo literário mais simples e adequado para se revelar uma moral progressiva ao homem. Raíssa afirma que a consciência humana ainda é muito próxima dos grandes instintos elementares, como o de conservação e a propagação da vida, por exemplo. As leis morais que formaram nossa consciência ainda não estavam gravadas na pedra ou nos corações. Raíssa indica, tal como Jacques Maritain fará em *O Homem e o Estado*, que a primeira lei que o homem conheceu teve que ser escrita na pedra, tal qual o Decálogo, impedindo que a intuição fosse o método primeiro de sua compreensão.

No ponto, uma lembrança há de ser feita. Tomás de Aquino, precisamente na Questão nº 107 do Tratado da Lei da Suma Teológica, art. 1º, lecionou que a lei antiga deve antes de ser lida em seu tempo e há que ser reconhecida como um *pedagogo* de crianças,

assim como está na Sagrada Escritura, em Gálatas 3, 24: “De maneira que a lei nos serviu de aio, para nos conduzir a Cristo, para que pela fé fôssemos justificados”.

Para esse mestre do ofício, a lei antiga foi dada de escudeiro e professor de seu tempo. Em Tomás de Aquino, no seu Tratado da Lei, sabe-se que a lei é regra, mas é também medida. Esta *medida* está de acordo com o grau de maturidade moral do homem, no tempo de sua compreensão e aplicabilidade, daí porque a moral arcaica e primitiva não é condenada. A lei escrita foi tributada ao homem como remédio de sua ignorância, para que este conhecesse o pecado.

Raïssa em tudo sugere que a moral é um sujeito em construção, inacabado, cuja identidade tende a florescer, amadurecer, e afirma aquilo que será mais tarde reconhecido por Maritain, isto é, que cada estágio ou era da humanidade teve uma idade moral.

É forçoso reconhecer um aspecto bem próximo da *Teodiceia* de Agostinho. A razão divina conviveu com os estágios mais primitivos da condição humana. Em outras palavras seria o mesmo que defender a ideia que a razão precisa seja ajudada pelo tempo a fim conhecer os desígnios do homem. Mas, em todas as eras, a sabedoria divina reconheceu o estágio da consciência moral do homem, tolerou os acontecimentos e o próprio mal, mas aguardou o seu aperfeiçoamento ou florescimento.

Quaisquer que sejam as diversas idades da humanidade, e a idade moral realmente obtida por tal povo ou tal pessoa, a cada instante a inocência do homem consiste em não pecar contra a luz presente na sua consciência. Lá onde a lei não seja conhecida, “lá onde não há leis e não subsistem as transgressões”, como diz São Paulo na Epístola aos Romanos. (MARITAIN, 1942, p. 83).

Pode-se dizer que o progresso da consciência moral no pensamento de Raïssa equipara-se ao da experiência moral e social. A vida dos costumes e das tradições, a queda gradual de tabus e seu desbotamento moral também favorecerão o chamado *florescimento* ou *novação* da consciência moral. Reflita-se sobre inúmeros exemplos que podem ser encontrados na atualidade, com o advento de novas políticas voltadas à proteção do meio ambiente sustentável, práticas como a deslegitimação da prática do fumo ou políticas de desarmamento e outros tabus silenciosamente caídos no tempo.

Vale acrescentar, por fim, que a consciência moral não se confunde com a razão, posto que a moral, e não a razão, diz respeito à obediência e ordenação.

Quanto à consciência moral explícita, esta será em todos os lugares, muito lentamente, a última aquisição. Não em seus princípios – nisso ela é contemporânea da razão – não quanto ao sentido do dever e da obrigação, mas quanto ao conhecimento completo das leis morais naturais e destas que remontam ao direito positivo divino, como, por exemplo, a lei da monogamia, que participa de uma e de outra ordem. As leis divinas positivas são conhecidas por uma revelação progressiva, as leis morais naturais por uma lenta aquisição. O conhecimento pleno de todas as leis morais e, por consequência, a consciência moral perfeitamente clara, dependem, então, do bom tempo estabelecido por Deus e da própria experiência, da maturidade perfeita da razão e da sabedoria sobrenatural. (RAÍSSA, 1941, p. 27-28).

Com efeito, esse progresso é uma obra em construção, um gerúndio. Nesse sentido, Jacques Maritain descreve que o conhecimento que possuímos sobre a nossa própria consciência moral é imperfeito, inacabado, cresce pouco a pouco. Parece ser esta a razão segundo a qual o autor irá dizer, em *O Homem e o Estado*, que essa consciência moral somente atingirá a sua plenitude quando o Evangelho tiver penetrado profundamente o homem, também reluzindo a lei natural em todo o seu esplendor.

4 A INCLINAÇÃO, O SEGUNDO MODO DE COMPREENDER O DEVIR DA CONSCIÊNCIA MORAL

Como foi salientado de início, há dois modos de se compreender o desenvolvimento da consciência moral em Jacques Maritain. O primeiro, portanto, com apoio em Raïssa, consiste em reconhecer que há uma geologia moral lenta e confusa que cresce pouco a pouco com as eras, com a dança das moneras, num processo espontâneo, histórico e vegetativo.

Já a segunda maneira de ser desta *fermentação moral* não será tão espontânea assim, e diz respeito à relação entre a consciência moral, a inclinação e certo esforço da razão, sendo certo que aqui pode haver influência decisiva da ação educativa entre os homens, povos e culturas. Agora, o esforço da razão tornará a lei natural regra contingente, satisfatória e possivelmente comum.

É oportuno pedir a atenção do leitor para um pequeno *golpe de vista* nas considerações do texto da Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948. Nela, os povos das Nações proclamam a sua fé nos direitos fundamentais do homem.

Considerando que, na Carta, os povos das Nações Unidas proclamam, de novo, a sua fé nos direitos fundamentais do Homem, na dignidade e no valor da pessoa humana, na igualdade de direitos dos homens e das mulheres e se declaram resolvidos a favorecer o progresso social e a instaurar melhores condições de vida dentro de uma liberdade mais ampla.

De fato, a *fé* pode ser utilizada para o anseio de aplicação de um direito. Maritain, no entanto, não usa o sentido da fé para a lei natural. Note o leitor que lei natural não precisa de fé, na verdade, precisa ser reconhecida e difundida nos detalhamentos da vida social, e esta tarefa é da educação do homem e do direito escrito.

O direito precisa ser escrito porque a lei natural não cuida dos pormenores, apenas dos primeiros princípios: fazer o bem, evita o mal. Outra razão para a conveniência do direito escrito será a necessidade de inculcar na consciência do homem que ele precisa se comportar bem, ao menos para o todo da multidão. Surge, nesta segunda evidência, a necessidade de sancionamento no direito escrito.

A presença do conceito de lei natural neste tópico é de extrema importância, especialmente porque Maritain o associará à moral ao defender, em *O Homem e o Estado*, que a lei moral do homem é lei natural porque este obedece livremente, o que não ocorre na presença da inclinação. No presente tópico da moralidade e consciência, o dado seguro e referencial utilizado por Maritain é o da relação entre moral, lei natural e inclinação.

Sabe-se que Maritain utiliza o conceito de inclinação dos estudos de Tomás de Aquino. A moral se relacionará com o conceito de inclinação exatamente porque, segundo Maritain, a maneira como o homem conhece a lei natural promulgada é progressivamente modelada pelas inclinações da natureza humana. O conceito de inclinação surgirá em *O Homem e o Estado* especialmente no capítulo que trata do aspecto gnosiológico da lei natural ou como ela se desenvolve na forma de lei para os homens, na vida contingente, no aspecto dinâmico.

Quanto à segundo elemento fundamental, o do conhecimento que a lei natural implica para ter força de lei, pode-se dizer que a lei natural – isto é a lei naturalmente conhecida ou, mais exatamente, aquela lei natural cujo conhecimento está incorporado na herança mais geral e mais antiga da humanidade – só compreende o campo das normas éticas de que os homens se tornaram conscientes em virtude do conhecimento por inclinação, em que são princípios básicos da vida moral, progressivamente reconhecidos, desde os princípios mais comuns até os mais particulares. (MARITAIN, 1952, p. 94).

É dizer que certos preceitos morais são conhecidos através da inclinação, conforme se pode compreender na obra de Tomás de Aquino, mais precisamente na Suma Teológica, Tratado da Lei, Questão 94, artigo 2º.

Sabe-se que uma prescrição natural deriva de uma inclinação natural, um juízo teórico que somente depois se torna prático (moral). Para Tomás de Aquino, uma inclinação não é, ainda, uma lei, de tal sorte que, nos irracionais, pode haver regra e medida, mas não lei natural. Com efeito, a lei é promulgada, mas para os irracionais não há o anúncio, somente regra e medida. Livre, porém, é a criatura que conhece os fins e pode agir conforme o conhecimento destes.

A lei natural, segundo Tomás de Aquino, é a participação da criatura racional na lei eterna, de tal modo que os seres irracionais não conhecem a lei natural, somente inclinação, regra e medida. Por intermédio da inclinação, que não é lei ainda porque lhe falta a deliberação e a moral, sabe-se que o intelecto teórico conhece e busca a sua conservação e vê nisso um bem, assim, o animal não delibera o quanto deve beber, ou comer, o organismo delimita a sua condição.

Esta inclinação, conforme Tomás de Aquino, pode ser comuníssima⁶ quando atinge as criaturas racionais e irracionais, como por exemplo a inclinação à auto conservação; pode ser comum a diversos grupos de animais ou a certas espécies, como o cuidado da prole; por fim, pode ser própria de determinada espécie. Diz-se que o homem, como criatura racional, tem uma inclinação própria para a verdade e para o bem comum. Parece que o homem, possuindo razão, não a ama em si, isolada de um fim qualquer.

Resulta de tais conceitos e observações a importante noção de que, na criatura racional, a lei não será apenas uma inclinação natural, e sim a compreensão finalística da norma promulgada. No homem, a razão abre uma possibilidade de deliberação quanto aos fins. A moral atua no intelecto prático, no juízo de ação, e pode haver erro de deliberação, erro de cálculo da razão e de aplicação da lei natural para mais ou para menos.

Ocorre que, para Maritain, o conhecimento por inclinação também não é claro ou advém de conceitos formulados. Esse conhecimento também sofre atualizações no tempo e na história, e a imperfeição da sua interpretação justifica certos erros históricos da moral arcaica e primitiva que muitas vezes perverteu a correta compreensão da lei natural. Insiste Maritain

⁶ Tomás cita Alberto Magno quando explica a inclinação comuníssima.

em alertar que a lei natural se insere na marcha da história através da manifestação do homem, cujo acerto de medida e regra depende da sua consciência moral.

É a consciência moral, para Maritain, uma *bússola* ou modulador da lei natural e a condição que transforma lei natural em lei moral, exatamente porque o homem tem a faculdade de obedecê-la, o que não ocorre com a inclinação, que é governada pela ação da necessidade da espécie. “A lei natural do homem é a lei moral, porque o homem lhe obedece ou desobedece de modo livre e não necessário.” (MARITAIN, 1942, p. 104). É nesta exata medida que se deve compreender que a lei natural é dinâmica, progride segundo a razão e vai se tornando consciente.

A título de ilustração, foi com base na lei natural que a Assembleia da Organização das Nações Unidas condenou a prática do genocídio, sem prejuízo da constatação de que, desde a origem do homem, esta ação era contrária à inclinação comuníssima da auto conservação, comum da espécie, própria do homem, sendo considerada lei apenas na razão e consciência humana tardia.

Como pode-se notar, há uma relação entre conhecimento por inclinação, lei natural e consciência moral. A imensa contribuição de Jacques Maritain é revelar com clareza que a maneira do homem conhecer a inclinação – ajudado pela razão – pode resultar no conhecimento daquela lei que não surge escrita. Abre-se, nesta medida, a compreensão para o tema da lei natural e sua relação com o desenvolvimento da consciência moral do homem, objeto de estudo que transcende a proposta deste artigo.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O chamado desenvolvimento moral, para Jacques Maritain, com apoio na obra *O Homem e o Estado*, possui dois aspectos: o da geologia ou antropologia moral, e aquele que o relaciona ao conhecimento da inclinação do homem. O autor se socorre, para o primeiro argumento, dos estudos de Raïssa, e para o segundo, exclusivamente de Tomás de Aquino. Desse modo, desenvolve uma sólida demonstração de que tais predicados ou noções não se anulam, muito pelo contrário, se fortalecem mutuamente. Há uma relação de reciprocidade entre o avanço da moral e a maneira pela qual o homem compreende a lei natural (inclinação na criatura racional).

Este artigo pretende demonstrar que, para Jacques Maritain, há progresso moral quanto mais o homem compreende a inclinação, o juízo teórico, e formula juízos práticos conforme estes princípios.

Nenhuma ação educativa para a polis e o indivíduo deveria ignorar a importância do tema da inclinação comum das espécies e própria do homem em assuntos relacionados à moral e razão prática. Esta falta de compreensão tem acarretado erros na formulação e execução de políticas públicas e pacificação entre as nações. Uma educação de caráter, pungente para os dias da modernidade plural, não pode rejeitar referenciais seguros para o julgamento de valores morais.

A compreensão da lei natural para o homem moral é adequada para a formulação de sua sentença interior, muitas vezes confundida com intuição. É adequada, ainda, para distribuir regras para a cidade como um todo, e é, portanto, fundamental ao bem comum, podendo revestir-se de uma filosofia básica, não especulativa ou religiosa, comum em sua literal natureza humana, como ocorreu com os princípios encartados na Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948.

Portanto, para a educação⁷ que encoraja o homem a agir de forma ética, fica a mensagem de Maritain de que, se de um lado existe um movimento conatural quase inerte ou espontâneo de crescimento da consciência moral do homem, de outro, é preciso reconhecer que o homem pode ser ajudado pelo esforço da razão, especialmente pela compreensão da lei natural⁸, em sua inclinação própria, a efetivar o primeiro princípio.

REFERÊNCIAS

MARITAIN, Jacques. **O Homem e o Estado**. Rio de Janeiro: Editora Agir, 1952.

_____. **Os Direitos do Homem e a Lei Natural**. Trad. de Afrânio Coutinho. Rio de Janeiro: Editora Vozes, 1942.

MARITAIN, Raïssa. **La Conscience Morale Et L'état De Nature**. Nova York: Éditions de La Maison Française, 1941.

⁷ Educação rumo à Carta Democrática.

⁸ Em *Os Direitos do Homem e a Lei Natural*, Maritain expõe que essa lei natural é uma disposição ou ordem que a razão humana pode descobrir, e segundo a qual a vontade humana deve agir a fim de se pôr de acordo com os fins necessários do ser humano.

FEYNMAN, Richard. **The Feynman lectures on physics**. Massachusetts: Addison-Wesley, 1964.

TOMASELLO, Michael. **As Origens Culturais da Aquisição do Conhecimento Humano**. Trad. de Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

THE DEVELOPMENT OF MORAL CONSCIOUSNESS ACCORDING TO JACQUES MARITAIN'S THOUGHTS

ABSTRACT

The present article aims to demonstrate the practical importance of the concept of moral conscience of man on the philosopher Jacques Maritain's thoughts, especially for the education of man and the common good of the multitude. The development of moral conscience is a subject of extreme relevance in Maritain's thoughts, which will emerge with intense force in the works *Man and the State* and *Human Rights and Natural Law* as a cause or precondition for the success of multilateral agreements such as the Universal Declaration of Human Rights itself.

Keywords: Moral consciousness of man. Inclination. Natural law.



A CONDENAÇÃO DO BRASIL PELA OMC: ANÁLISE DA ILICITUDE DO PROGRAMA INOVAR-AUTO

Lara Caldas Batista Teixeira¹

RESUMO

A Organização Mundial do Comércio (OMC) teceu duras críticas à Lei nº 12.715 de 2012, que instituiu o Programa INOVAR-AUTO. Não obstante, o Brasil defendeu-se das acusações, mantendo o diploma legal. O objetivo deste trabalho é analisar os acordos relativos ao tema e a lei em questão a fim de concluir se a alegação da organização apresenta fundamentos justos. O levantamento bibliográfico e o estudo de caso foram base da metodologia utilizada, e a pesquisa permitiu concluir que houve descumprimento de, no mínimo, três tratados comerciais assinados pelo Brasil, fato que exige revisão da política industrial do país.

Palavras chave: OMC. Lei INOVAR-AUTO. Acordos comerciais. Política industrial brasileira. Direito comercial internacional.

1 INTRODUÇÃO

A atividade comercial é inerente às relações firmadas entre Estados antes mesmo das primícias do fenômeno da globalização. Os países realizavam a compra e a venda de produtos

¹ Graduanda em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN).

e serviços no intuito de suprir as suas deficiências, visto que a produção interna nunca poderia abarcar todas as necessidades elementares para a manutenção saudável de sua economia, e a obter lucro com a venda dos seus excedentes. Tal sistema é, até a atualidade, embasado na simples premissa de que cada sujeito estatal dispõe de uma oferta, a qual será objeto das suas exportações, e, concomitantemente, apresenta uma necessidade, configurada como o conteúdo das suas importações.

Buscando conferir ordenação e a segurança jurídica a tais relações, foi criada em 1995 a Organização Mundial do Comércio (OMC). Sua gênese deu-se em meio à Rodada do Uruguai, durante o oitavo ciclo de debates e negociações comerciais entre os países membros do Acordo Geral de Tarifas e Comércio, também denominado pela sigla GATT (*General Agreement on Tariffs and Trade*).

De acordo com Baumann (1999), este tratado, criado em 1948 com o intuito de reger o comércio internacional de forma provisória, regulamentou o tema por muito mais anos do que o previsto. O Ciclo do Uruguai culminou no nascimento da OMC, pessoa de direito internacional que trouxe maior sistematização aos liames comerciais entre os Estados signatários, inclusive no que se refere à resolução de controvérsias, cujo objeto estava relacionado à própria matéria mercantil. Ademais, as rodadas de negociações que versavam sobre a redução de barreiras comerciais representaram um impulso à economia de diversos Estados, criando, também, novas e melhores condições para as relações internacionais.

O mecanismo de solução de conflitos apresentado pela Organização está fundamentado num processo estruturado, rígido e breve, com duração de doze a quinze meses, a depender da impetração de recurso pelas partes, abarcando um cronograma fixo de etapas procedimentais.

Tendo como alicerces os princípios da equidade, da celeridade, da eficácia e da aceitação bilateral da solução, a OMC é configurada, atualmente, como um elemento-chave para o sistema multilateral e para a estabilidade internacional. Faz-se mister assinalar que o mecanismo não busca, a princípio, proferir julgamento puramente terminativo às contendas interestatais, mas conferir uma regulamentação procedimental justa e adequada visando ao alcance da solução (OMC, 2017).

Em 2013, a União Europeia e o Japão solicitaram ao Órgão de Resoluções de Controvérsias (OSC) da Organização Mundial do Comércio uma consulta ao Brasil a respeito de regimes tributários e a política industrial que estariam supostamente ferindo normas comerciais da organização. Os programas a serem observados foram os seguintes: Lei da Informática, Lei da Inclusão Digital, PADIS, PATVD, Zona Franca de Manaus (retirada da

análise posteriormente), Recap e INOVAR-AUTO, sendo a última o objeto de estudo do presente artigo.

O relatório final da OMC, publicado no dia 14 de novembro de 2016, manifestou decisão desfavorável ao Brasil, alegando a violação de três vedações a serem observadas pelos signatários: subsídios para investimentos; exigência de conteúdo local e tributação discriminatória entre produtos importados e nacionais.

Tais alegações serão examinadas de forma separada após a exposição de algumas considerações a respeito da responsabilidade do Brasil perante a OMC, bem como a origem e os desdobramentos desse vínculo, passando, em seguida, a observar os dispositivos da Lei que institui o Programa INOVAR-AUTO e também dos diplomas legais correlacionados.

A metodologia utilizada no trabalho compreende a análise da decisão do Órgão de Solução de Controvérsias, aliado ao levantamento bibliográfico de doutrina especializada. São objetivos deste artigo: a) construir um panorama sucinto dos três principais acordos comerciais possivelmente infringidos; b) comentar os artigos mais relevantes da legislação que fundamentaram a repreensão da OMC; c) examinar a correlação entre os dois tópicos anteriores, observando se a alegação de violação é ou não procedente; d) delinear as possíveis medidas a serem tomadas a partir da conclusão.

2 AS OBRIGAÇÕES DO BRASIL PERANTE A ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO

O Brasil firmou variados acordos internacionais no âmbito da OMC. Contudo, para fins de estudo do presente tema, a análise se delimitará a três tratados específicos: o Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio (GATT), o Acordo sobre Subsídios e Medidas Compensatórias (MDIC) o Acordo sobre Medidas de Investimento Relacionadas ao Comércio (TRIMS).

2.1 Acordo Geral sobre tarifas e comércio (GATT)

O fim da Segunda Guerra Mundial gerou para os países ocidentais um grande dilema: como reconstruir a economia mundial propondo o fortalecimento comercial internacional sem prejudicar os Estados beligerantes mais afetados pela guerra?

A solução proposta envolvia a construção de uma estrutura econômica formada por três pilares: um fundo nacional para amparar as crises temporárias, um banco mundial para financiar o reordenamento dos países mais prejudicados e, finalmente, uma organização internacional cujo papel seria promover a criação de um novo sistema de comércio mundial, com normas definidas e pactuadas pelos Estados-parte.

A partir de então, o tripé econômico mundial começou a ser concretizado, dando origem aos projetos do Fundo Monetário Internacional (FMI), do Banco Internacional para Reconstrução e Desenvolvimento (BIRD) e da Organização Internacional do Comércio (OIC).

O último instituto, entretanto, não alcançou a efetivação. Seus estatutos foram discutidos no ano de 1948, em Havana, por 23 países: África do Sul, Austrália, Bélgica, Brasil, Canadá, Ceilão, Chile, China, Cuba, Checoslováquia, Estados Unidos, França, Holanda, Índia, Líbano, Luxemburgo, Nova Zelândia, Noruega, Paquistão, Reino Unido, Rodésia do Sul e Síria (OMC, 2017).

Contudo, depois de a maioria dos participantes conseguir chegar a um consenso, os Estados Unidos recusaram-se a ratificar o texto final do acordo. Por ser a nação de maior poderio mercantil, seu apoio constituía elemento imprescindível para a manutenção do pacto. A OIT, desta forma, conheceu seu fim antes mesmo de começar a vigor.

Nada obstante, a necessidade de fixar no mínimo algumas regras estruturantes do comércio mundial ainda era impreterível. Em 1947, ano anterior ao debate ocorrido em Havana, deu-se início à elaboração do Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio (*General Agreement on Tariffs and Trade*), o AGTC ou GATT (em inglês).

Este acordo foi feito no intuito de suprir as necessidades e os impasses de forma provisória, mas permaneceu como único instrumento regulatório do tema por quase meio século (OMC, 2017). Baumman (1998) entende que este foi o motivo pelo qual o documento logo ficou desatualizado e precisou ser revisto em outro ciclo de discussões, o que resultou na criação da OMC na década de 90.

O conteúdo do GATT abarca dezenas de princípios e regras gerais a respeito de comércio mundial e normas tarifárias. No entanto, a compreensão do tema aqui desenvolvido não exige um exame amplo do tratado, mas tão somente a elucidação da norma primordialmente suscitada no conflito: o princípio da não discriminação.

2.2 O princípio da não discriminação: a Cláusula da Nação Menos Favorecida

O Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio aborda em seu artigo I a seguinte disposição:

Qualquer vantagem, favor, imunidade ou privilégio concedido por uma parte contratante em relação a um produto originário de ou destinado a qualquer outro país, será imediata e incondicionalmente estendido ao produtor similar, originário do território de cada uma das outras partes contratantes ou ao mesmo destinado [...] (THORSTENSEN, 2013. p. 3).

A essa regra dá-se o nome de “Cláusula da Nação Mais Favorecida”. Ela não veda totalmente a concessão de privilégios entre países, mas exige que estes, uma vez concedidos, sejam automaticamente estendidos a todos os outros participantes. A OMC preza pela concorrência leal, promovendo igualdade de oportunidades entre os participantes; e esta cláusula é uma das ferramentas que concretizam esta garantia. Há de se pontuar, no entanto, que esta norma contém exceções, cujo estudo não interessa ao presente tema.

Por trás desse dispositivo reside um dos mais importantes fundamentos da OMC: o princípio da não discriminação. Os membros da organização não devem sofrer distinções no que tange às negociações comerciais (CARREAU; JUILLIARD, 2007, p. 110), não importando seu nível de desenvolvimento, seu setor econômico principal (primário, secundário ou terciário) ou qualquer outro aspecto que possa ser fator de discriminação. Se assim fosse, o organismo permitiria – ou até legitimaria – a oferta de vantagens para apenas uma parcela de países em detrimento de outros. Esta isonomia de tratamento foi reclamada pelos Estados que criticaram o programa brasileiro, sendo o principal alicerce de suas impugnações perante o Órgão de Resolução de Controvérsias. No próximo tópico, a análise versará a respeito do segundo tratado possivelmente violado pelo Brasil.

2.3 Acordo sobre Subsídios e Medidas Compensatórias (MDIC)

Discutido durante a Rodada do Uruguai e posto em vigor em 1995, “o Acordo sobre Subsídios e Medidas Compensatórias tenta definir quais são os limites para os subsídios comerciais promovidos por entidades governamentais” (GABRIEL, 1999, p. 263).

Para analisar a alegação de que ocorreu subsídio a investimentos internos por parte do governo brasileiro, faz-se necessário, primeiramente, observar alguns dispositivos deste acordo. A sua recepção pelo Brasil se deu através do Decreto nº 1.751, de 19 de dezembro de

1995, e o artigo 4º demonstra o rol de situações a serem consideradas como ocorrência de subsídio. Porém, apenas a alínea “b” do inciso II² é interessante para a análise do presente caso:

Art. 4º Para os fins deste Decreto, considera-se que existe subsídio quando é conferido um benefício em função das hipóteses a seguir:

[...]

II - haja contribuição financeira por um governo ou órgão público, no interior do território do país exportador, denominado a partir daqui "governo", nos casos em que:

[...]

b) *sejam perdoadas ou deixem de ser recolhidas receitas públicas devidas (incentivos fiscais, entre outros), não sendo consideradas como subsídios as isenções, em favor dos produtos destinados à exportação, de impostos ou taxas habitualmente aplicados ao produto similar quando destinados ao consumo interno, nem a devolução ou abono de tais impostos ou taxas*, desde que o valor não exceda os totais devidos, de acordo com Artigo XVI do GATT/1994 e os Anexos I e III do Acordo Sobre Subsídios e Medidas Compensatórias. [grifo nosso]

Uma vez demonstradas as possibilidades de concessão de subsídios, é preciso conhecer as hipóteses nas quais estas são proibidas de acordo com este tratado. Segundo o artigo III do MDIC, são vedados os seguintes subsídios:

(a) *subsídios vinculados de direito ou de fato ao desempenho exportador, quer individualmente, quer como parte de um conjunto de condições, inclusive aqueles indicados a título de exemplo no Anexo I;*

(b) *subsídios vinculados de fato ou de direito ao uso preferencial de produtos nacionais em detrimento de produtos estrangeiros, quer individualmente, quer como parte de um conjunto de condições.* [grifo nosso]

A redação é clara: qualquer subsídio que esteja vinculado ao desempenho do exportador – de forma individual ou como parte de várias condições – não deve ser concedido. Por ora, é o que importa compreender a respeito deste documento. O exame passará, no momento seguinte, aos assuntos principais relativos ao TRIMS.

2.4 Acordo sobre Medidas de Investimento Relacionadas ao Comércio (TRIMS)

² Equipara-se ao artigo I, II do MDIC.

As normas da Organização Mundial do Comércio (OMC) não se restringem somente às tarifas criadas pelos Estados membros, mas também versam sobre os investimentos multilaterais que movimentam o comércio internacional. A fim de sanar distorções provenientes de legislações internas cujos conteúdos afetavam as trocas comerciais, foi elaborado o Acordo sobre Medidas de Investimento Relacionadas ao Comércio, amplamente conhecido pela sigla “TRIMS”.

Este tratado está intrinsecamente ligado ao GATT, fazendo, inclusive, várias referências a ele. No entanto, a norma que mais interessa a este estudo se encontra no anexo do documento, na alínea “a” do artigo I:

As TRIMS [medidas de investimento relacionadas ao comércio] incompatíveis com a obrigação de tratamento nacional prevista no parágrafo 4 do Artigo III do GATT 1994 incluem as mandatórias ou aquelas aplicáveis sob a lei nacional ou decisões administrativas, ou cujo cumprimento é necessário para se obter uma vantagem, e que determinam:

(a) que uma empresa adquira ou utilize produtos de origem nacional ou de qualquer fonte nacional, especificadas em termos de produtos individuais, em termos de volume ou valor de produtos ou em termos de uma proporção do volume ou valor de sua produção local. (THORSTENSEN, 2013. p. 27).

Tal dispositivo apresenta a função de detalhamento do acordo principal, e adiciona ao seu texto normativo outras situações a serem enquadradas como ilícitas. Neste caso, pode-se concluir que o GATT, ao regulamentar que o tratamento para produtos nacionais deve ser aplicado a produtos importados (artigo III), veda também as leis e os atos administrativos que contrariem esta regra.

A alínea “a” do artigo I traz como hipótese os textos legais que condicionam o investimento à obtenção ou utilização de mercadorias internas pelas empresas interessadas. Exemplificando: suponha-se que uma multinacional que confecciona roupas deseje implantar filiais no Brasil, permitindo que o processo produtivo seja integralmente interno. Nesse caso, não pode o Estado exigir que esta corporação, por exemplo, compre aviamentos produzidos por empresas brasileiras como condição para permitir o investimento.

3 ANÁLISE DA ILICITUDE DA LEI 12.715 (LEI INOVAR-AUTO) E NORMAS DERIVADAS

A Lei nº 12.715 de 17 de setembro de 2012, instituída pela Medida Provisória nº563/2012 versa sobre o Programa de Incentivo à Inovação Tecnológica e Adensamento da Cadeia Produtiva de Veículos Automotores, conhecido popularmente como Programa INOVAR-AUTO. Tal projeto é regulamentado e detalhado pelo Decreto nº 7.819/2012 e por outras portarias ministeriais. As medidas visadas pelo plano vigoraram até 31 de dezembro de 2017 (artigo 40, §1º da lei), e o objeto de sua regulamentação versa sobre o desenvolvimento tecnológico, a qualidade dos veículos e das autopeças, a proteção ao meio ambiente, entre outros. O presente estudo se terá como objeto a análise de três itens legais presentes na Lei e no Decreto.

Segundo Silva (2017, p. 219) os principais artigos relacionados à Lei nº 12.715 que foram observados pelo Órgão de Solução de Controvérsias da OMC são:

Art. 21 A partir de 1º de janeiro de 2013, os veículos classificados nos códigos da TIPI relacionados no Anexo I, *quando originários de países signatários dos acordos promulgados pelo Decreto Legislativo nº 350, de 21 de novembro de 1991, pelo Decreto nº 4.458, de 5 de novembro de 2002, e pelo Decreto nº 6.500, de 2 de julho de 2008, importados por empresa habilitada ao INOVAR-AUTO, nos termos do inciso I ou do inciso III do caput do art. 2º, poderão usufruir, até 31 de dezembro de 2017, de redução de alíquotas do IPI, nos termos do Anexo VIII* [grifos nossos]

Ao apresentar este artigo, o autor demonstra que a Lei concede redução de alíquotas do Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI) para os países integrantes do Mercado Comum do Sul, instituído pelo Decreto nº 350/91.

O Mercosul é uma união aduaneira que abrange a maior parte dos países situados na América do Sul, feita com o objetivo de promover a integração dos Estados Partes por meio da adoção de política comercial comum a todos, permissão para a livre circulação de bens, serviços e fatores produtivos, criação de uma Tarifa Externa Comum (TEC), e coordenação de políticas econômicas. No seu rol de Estados partes estão a Argentina, o Brasil, o Paraguai, o Uruguai e a Venezuela; enquanto o Chile, o Peru, a Colômbia, o Equador, a Guiana e o Suriname constituem os membros associados.

Art. 7º No caso de que trata o inciso I do caput do art. 2º, a habilitação ao INOVAR-AUTO fica condicionada ao compromisso da empresa de atender ao inciso I e, no mínimo, a dois dos requisitos estabelecidos nos incisos II a IV seguintes:

[...]

II - *realizar, no País, dispêndios em pesquisa e desenvolvimento correspondentes*, no mínimo, aos percentuais, a seguir indicados, incidentes sobre a receita bruta total de venda de bens e serviços, excluídos os impostos e contribuições incidentes sobre a venda

[...]

III - *realizar, no País, dispêndios em engenharia, tecnologia industrial básica e capacitação de fornecedores correspondentes*, no mínimo, aos percentuais, a seguir indicados, incidentes sobre a receita bruta total de venda de bens e serviços, excluídos os impostos e contribuições incidentes sobre a venda. [grifos nossos]

Ainda de acordo com Silva (2017), o artigo 7º do Decreto nº 7.819 merece algumas observações. Seus incisos II e III versam sobre mais algumas exigências direcionadas às empresas que se enquadram na hipótese do inciso I do artigo 2º, quais sejam, as que produzem no Brasil itens sobre os quais incide o IPI. Essas corporações devem contribuir financeiramente com a pesquisa, o desenvolvimento, a engenharia, a tecnologia industrial básica e a capacitação dos fornecedores.

Assim como está explicitado no *caput*, a entidade pode – se assim lhe aprouver – realizar esses dois tipos de dispêndios ou optar por um deles e aderir ao Programa de Etiquetagem Veicular definido pelo Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior e estabelecido pelo Instituto Nacional de Metrologia, Qualidade e Tecnologia-INMETRO, alternativa oferecida pelo inciso IV.

Art. 14. O crédito presumido relativo aos incisos I e II do *caput* do art. 12 poderá ser utilizado, em cada operação realizada a partir de 1º de janeiro de 2013, para pagamento do IPI devido na saída dos produtos classificados nos códigos da TIPI relacionados no Anexo I:

I - fabricados pelos estabelecimentos da empresa habilitada na hipótese do inciso I do *caput* do art. 2º; ou³

³ O inciso I do artigo 2º citado no trecho tem a seguinte redação: “Poderão habilitar-se ao INOVAR-AUTO as empresas que: I - produzam, no País, os produtos classificados nos códigos da Tabela de Incidência do Imposto sobre Produtos Industrializados, aprovada pelo Decreto nº 7.660, de 23 de dezembro de 2011, relacionados no Anexo I”;

II - comercializados pela empresa habilitada, na hipótese do inciso II do *caput* do art. 2º.⁴

§ 1º O valor do crédito presumido a ser utilizado para o pagamento de que trata o caput fica limitado ao valor correspondente ao que resultaria da aplicação de trinta por cento sobre a base de cálculo prevista na legislação do IPI. [grifos nossos]

Por fim, Silva (2017) também destaca o artigo 14 do decreto anteriormente especificado. Este dispositivo concede a redução de 30% para empresas que produzam no Brasil os bens previstos na Tabela de IPI ou aqui realizem sua comercialização. São duas das três alternativas que o programa oferece para que a empresa se habilite a participar, sendo a última delas relacionada à exigência de projeto de investimento aprovado para instalação, no país, de fábrica dos produtos nacionais. Se já instalada, a condição refere-se à apresentação de novas plantas ou projetos industriais para produção de novos modelos dessas mercadorias.

4 A DECISÃO CONDENATÓRIA DO ÓRGÃO DE RESOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS

De acordo com MARQUES (2017), no dia 10 de novembro de 2016, foi proferida a decisão do Órgão de Solução de Controvérsias a respeito de alguns programas relacionados à política industrial brasileira, incluindo – como já foi pontuado – a lei que institui o INOVAR-AUTO.

O relatório ainda aguarda tradução para o espanhol e o francês, e terá circulação entre os países membros da organização. O governo brasileiro já anunciou sua intenção de apelar perante o Órgão na tentativa de defender as medidas e tentar reverter a decisão a seu favor. O OSC alegou que o INOVAR-AUTO admite três condutas violadoras das regras da Organização: ela exige conteúdo local, tributa os produtos nacionais e importados de forma discriminatória e promove subsídios a investimentos internos. Cada um desses pontos será examinado a seguir a fim de se concluir se tais alegações são infundadas ou não.⁵

⁴ O artigo 2º, II informa que “Poderão habilitar-se ao INOVAR-AUTO as empresas que: II - não produzam, mas comercializem, no País, os produtos a que se refere o inciso I”;

⁵ Fonte: OMC considera ilegais programas da política industrial brasileira. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/mercado/2016/11/1831528-omc-considera-ilegais-programas-da-politica-industrial-brasileira-diz-jornal.shtml>>. Acesso em: 10 ago. 2018.

4.1 Tributação diferenciada entre produtos nacionais e importados

A instituição de impostos é inerente a qualquer Estado, constituindo fonte de recursos para a manutenção do mesmo e viabilizando a promoção de prestações sociais que visam ao bem-estar dos nacionais. Os impostos podem incidir sobre imóveis, veículos automotores, serviços, circulação de mercadorias ou ainda sobre as mesmas, como ocorre no Imposto sobre Produtos Industrializados.

A crítica levantada pelo Japão e pela União Europeia na alegação de ocorrer tributação diferenciada entre produtos nacionais e produtos importados poderia remeter ao disposto no parágrafo 4 do artigo III do GATT, cuja redação é a seguinte:

4. Aos produtos do território de qualquer [Membro] importados para o território de qualquer outro [Membro] será dado um tratamento não menos favorável do que o acordado a produtos similares de origem nacional em relação a todas as leis, regulamentos e requisitos que afetem sua venda interna, oferta para venda, compra, transporte, distribuição ou uso. O disposto neste parágrafo não impedirá a aplicação de taxas internas diferenciadas de transporte baseadas exclusivamente na operação econômica dos modos de transporte e não na nacionalidade do produto. (CARTIER, 2003, p. 20).

Este dispositivo se refere à obrigação de tratamento igualitário para produtos nacionais e importados, o qual constitui o primeiro argumento suscitado pelo Japão e pela União Europeia no pedido de consulta. Entretanto, seguindo o entendimento de Silva (2017, p. 219) e observando o disposto no artigo 21º da Lei 12.715/12, o qual dispõe a respeito da redução de 30% da alíquota do Imposto sobre Produtos Importados para os países membros do Mercado Comum do Sul, resta evidente que a violação incide sobre a cláusula da Nação Mais Favorecida e não especificamente sobre a obrigação de tratamento igualitário.

Tal conclusão apresenta a seguinte justificativa: não se trata, no caso do artigo 21º, de uma tributação desvantajosa para mercadorias estrangeiras; ao contrário: alguns Estados serão beneficiados com a medida (nesse caso, aqueles que fazem parte do Mercosul). O problema reside exatamente no fato de que a vantagem é concedida de forma parcial, quando deveria – em respeito ao GATT - ser estendida para todos os interessados.

Assim, a nomenclatura “tributação diferenciada entre produtos nacionais e importados” não é adequada para conceituar a conduta atribuída ao Brasil em relação ao

artigo 21. Melhor seria afirmar que o país desrespeitou a regra do tratamento nacional ao oferecer regalias a uma pequena fração de Estados.

4.2 Subsídio a investimentos internos

O Acordo sobre Subsídios e Medidas Compensatórias proíbe em seu artigo III alguns tipos de subvenções, inclusive as que estão associadas - como parte de um conjunto de condições - ao desempenho do sujeito que exporta o produto. O intuito desta regra é promover a neutralidade do governo importador perante as empresas interessadas em comercializar com ele, vedando a concessão de vantagens feita de maneira injusta ou parcial.

Os Incisos II e III presentes no artigo 7º do Decreto nº 7.819 de 2012 instituem condições para a habilitação das empresas no Programa INOVAR-AUTO, sendo, por conseguinte, requisitos para a obtenção da redução tributária proposta.

Os dispêndios demandados - tanto aqueles relacionados à pesquisa e ao desenvolvimento quanto aos de engenharia, tecnologia industrial básica e capacitação de fornecedores - são seguidos por tabelas contendo relações diretamente proporcionais entre o ano-calendário e o percentual mínimo exigido.

No primeiro tipo, por exemplo, a empresa deveria, em 2013, aplicar 0,15% da sua receita bruta em pesquisa ou desenvolvimento no Brasil. Em 2015, esse percentual se elevou até 0,50% (parcela de maior valor) e assim foi mantido até o ano de 2017. Os números previstos na tabela referente ao inciso III seguem gradação similar, atingindo o máximo de 1,0% também em 2015 sem alterar-se nos dois anos seguintes.

Tal fato denota que o programa intenta conseguir investimento de entidades privadas em setores internos em troca de vantagens como a redução de 30% sobre a alíquota do IPI. Isto configura a espécie de subsídio prevista pela alínea “b” do artigo 4º do Decreto nº 1.751 (equivalente ao artigo I, ii do MDIC). Além disso, enquadra-se na primeira hipótese de ilicitude referente a essas subvenções, posto que fazem parte de um conjunto de condições e estão atreladas ao desempenho do exportador em dispêndios de pesquisa, desenvolvimento, engenharia, tecnologia e capacitação.

4.3 Exigência de conteúdo local

O conteúdo local pode ser entendido como a parcela de participação nacional em determinado empreendimento promovido por corporações estrangeiras. Ela pode ser

significativa ou não, a depender da exigência imposta pelo governo. A OMC apresenta posição clara a respeito desta conduta, a qual será examinada a seguir.

Exigir que determinada atividade adquira ou utilize produtos locais fere o documento anexo do TRIMS, mais especificamente a alínea “a” do seu artigo I, dispositivo mencionado no tópico 1.2. Como já pontuado, o texto proíbe que leis nacionais ou decisões administrativas condicionem a concessão de determinada vantagem econômica à compra ou ao uso de produtos que tenham origem nacional ou de qualquer fonte nacional. Por outro lado, o artigo 14 do Decreto que regulamenta o Programa INOVAR-AUTO prevê no § 1º que haverá redução de 30% do IPI para corporações que produzam ou comercializem os bens especificados na TIPI.

Dessa forma, a legislação em pauta submete a entrega do privilégio à exigência de conteúdo local no processo de produção das empresas que no Brasil resolveram estabelecer representantes. Como já explicitado, a conduta viola parte do artigo I do anexo TRIMS e, por conseguinte, o parágrafo 4 do artigo III do GATT – posto que o primeiro faz referência ao segundo, ampliando o rol de espécies normativas ilícitas.

No que se refere à situação atual do caso estudado, o governo brasileiro afirmou que iria recorrer à decisão⁶ e, em 2017, o Ministério da Indústria, Comércio Exterior e Serviços deu início ao planejamento do programa intitulado “Rota 2030”, uma alternativa para fomentar a política industrial que tentará recair sobre as mesmas falhas do INOVAR-AUTO⁷.

O novo programa foi anunciado pelo Ministério da Indústria, Comércio Exterior e Serviços em abril de 2018 e instituído pela Medida Provisória nº 843 de 2018, que aguarda aprovação pelo Congresso Nacional⁸. Ainda não se conhece com exatidão todas as propostas do projeto, vez que o texto final não está pronto, mas representantes do governo garantiram que não o Rota 2030 não violará as normas da OMC⁹.

⁶ Fonte: ESTADÃO. Depois de condenação na OMC, governo diz que não terá pressa para reformar Inovar-Auto. Disponível em: <http://economia.estadao.com.br/noticias/geral,depois-de-condenacao-na-omc-governo-diz-que-nao-tera-pressa-para-reformar-inovar-auto,10000090367>. Acesso em: 18 maio 2017.

⁷ Fonte: G1. 'Rota 2030' vai substituir o Inovar-Auto com foco em tecnologia e competitividade. Disponível em: <http://g1.globo.com/carros/noticia/rota-2030-vai-substituir-o-inovar-auto-com-foco-em-tecnologia-e-competitividade.ghtml>. Acesso em: 18 maio 2017.

⁸ Fonte: CONGRESSO NACIONAL. Medida Provisória nº 843, de 2018 (Programa Rota 2030) disponível em: <https://www.congressonacional.leg.br/materias/medidas-provisorias/-/mpv/133866>. Acesso em: 07 set. 2018.

⁹ Fonte: GAUCHAZH. Tatiana Cardoso Squeff: lá vamos nós de novo? Rota 2030, Brasil e a OMC. Disponível em: <https://gauchazh.clicrbs.com.br/opiniaio/noticia/2018/05/tatiana-cardoso-squeff-la-vamos-nos-de-novo-rota-2030-brasil-e-a-omc-cjgzpkk7203t01pafyq1vm16.html>. Acesso em: 07 set. 2018.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O fortalecimento das relações comerciais entre Estados exigiu a criação de um sistema internacional estruturado por várias normas, intentando, assim, promover a organização das trocas de bens e serviços de maneira mais justa e igualitária.

A OMC pode ser considerada a plena concretização deste esforço conjunto, tornando-se atualmente o principal organismo de mediação do comércio entre Estados. Ademais, os tratados que foram discutidos e concluídos em meio aos seus ciclos de discussões devem prevalecer sobre as normativas internas de cada país membro, visto que, dentre outras justificativas, partem de um consenso e não de uma decisão unilateral.

Lamentavelmente, nem todos os pactuantes respeitam as obrigações por eles acordadas. O Brasil, no caso em tela, desrespeitou algumas regras constantes em tratados dos quais faz parte, fato que não passou despercebido por outros membros. A Lei nº 12.715/12 e o Decreto nº 7.819 ferem as proibições à tributação. Findada a consulta e declarada a ilegalidade do Programa INOVAR-AUTO, o governo brasileiro tem o dever de revisar e reformar as normativas, sob pena de ser sancionado pela Organização.

É de suma importância que o legislador brasileiro, além de promover as devidas alterações no Programa, atente cada vez mais às normas de Direito Internacional Comercial. O estudo detalhado dos acordos já pactuados pelo Brasil evita a promulgação de leis que possam violá-los, poupando eventuais contendas a serem analisadas pelo Órgão de Solução de Controvérsias.

Como já foi mencionado, o Brasil pretende implementar novas alternativas à sua política industrial, como o “Rota 2030”. Trata-se, portanto, de um pequeno passo em direção ao ideal desejado pela OMC: estabelecimento de um sistema comercial isonômico, organizado e que promove o crescimento econômico por meio do consenso entre os membros e do respeito às normas estabelecidas por eles.

REFERÊNCIAS

ARANTES NETO, Adelino. **Responsabilidade do Estado no direito internacional e na OMC**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2008.

BAUMANN, Renato. **A nova economia internacional**: uma perspectiva brasileira. Rio de Janeiro: Campus, 1998.

BRASIL. **Saiba mais sobre o Mercosul**. Disponível em: <<http://www.mercosul.gov.br/saiba-mais-sobre-o-mercosul>>. Acesso em: 07 ago. 2018.

CARREAU, Dominique; JUILLARD, Patrick. **Droit International Économique**. 5. ed. Paris: Dalloz, 2013.

CARTIER, Stephanie. **Curso sobre Solução de Controvérsias em Comércio Internacional, Investimento e Propriedade Intelectual**. Disponível em: <http://unctad.org/pt/docs/edmmisc232add33_pt.pdf>. Acesso em: 10 ago. 2018.

CONGRESSO NACIONAL. **Medida Provisória nº 843, de 2018 (Programa Rota 2030)**. Disponível em: <<https://www.congressonacional.leg.br/materias/medidas-provisorias/-/mpv/133866>>. Acesso em: 07 set. 2018.

ESTADÃO. **Depois de condenação na OMC, governo diz que não terá pressa para reformar Inovar-Auto**. Disponível em: <<http://economia.estadao.com.br/noticias/geral,depois-de-condenacao-na-omc-governo-diz-que-nao-tera-pressa-para-reformar-inovar-auto,10000090367>>. Acesso em: 09 ago. 2018.

FOLHA. **OMC considera ilegais programas da política industrial brasileira**. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/mercado/2016/11/1831528-omc-considera-ilegais-programas-da-politica-industrial-brasileira-diz-jornal.shtml>>. Acesso em: 08 ago. 2018.

G1. **'Rota 2030' vai substituir o Inovar-Auto com foco em tecnologia e competitividade**. Disponível em: <<http://g1.globo.com/carros/noticia/rota-2030-vai-substituir-o-inovar-auto-com-foco-em-tecnologia-e-competitividade.ghtml>>. Acesso em: 10 ago. 2018.

GABRIEL, A. R. M. **Subsídios e medidas compensatórias na OMC e sua repercussão no Direito brasileiro**. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/546/r144-18.PDF?sequence=4>>. Acesso em: 10 ago. 2018.

GAUCHAZH. **Tatiana Cardoso Squeff**: lá vamos nós de novo? Rota 2030, Brasil e a OMC. Disponível em: < <https://gauchazh.clicrbs.com.br/opiniaio/noticia/2018/05/tatiana-cardoso-squeff-la-vamos-nos-de-novo-rota-2030-brasil-e-a-omc-cjgzpkk7203tl01pafyq1vm16.html>>. Acesso em: 07 set. 2018.

MARQUES, Fabrício. Política industrial em xeque. **Revista Pesquisa FAPESP**, São Paulo, 2017. Disponível em: <<http://revistapesquisa.fapesp.br/2017/01/10/politica-industrial-em-xeque/>>. Acesso em: 10 ago. 2018.

ORGANISATION MONDIALE DU COMMERCE. **Réglement des différends**: une “contribution sans précédent”. Disponível em: <https://www.wto.org/french/thewto_f/whatis_f/tif_f/disp1_f.htm>. Acesso em: 10 ago. 2018.

_____. **Press Brief of the Fiftieth anniversary of the Multilateral Trading System**. Disponível em: <https://www.wto.org/english/thewto_e/minist_e/min96_e/chrono.htm>. Acesso em: 10 ago. 2018.

_____. **Les années GATT: de La Havane à Marrakech**. Disponível em: <https://www.wto.org/french/thewto_f/whatis_f/tif_f/fact4_f.htm>. Acesso em: 10 ago. 2018.

SILVA, Eric M. C. Os benefícios tributários do programa Inovar-Auto e os princípios da Nação Mais Favorecida e do Tratamento Nacional: uma análise dos argumentos dos Painéis atualmente em curso contra o Brasil no Órgão de Solução de Controvérsias da OMC. **Revista de Direito Internacional**. v. 13, n. 3, p. 211-234, mar. 2017.

THORSTENSEN, Vera; OLIVEIRA, Luciana M. de. (coords). **Releitura dos acordos da OMC**: como interpretados pelo Órgão de Apelação. São Paulo: VT Assessoria Consultoria e Treinamento Ltda., 2013.

BRAZIL CONDEMNATION BY WTO: ANALYSIS OF ILLICITNESS IN THE INOVAR-AUTO PROGRAM

The World Trade Organization (WTO) has criticized the law n° 12,715 of 2012, which establishes the INOVAR-AUTO program. However, Brazil defended itself against the accusations and kept the bill. The aim of this study is to analyze the major agreements related to this theme together with the law to conclude if the claim of the Organization has good grounds. Bibliographical survey and the case study are items of the methodology used, and the conclusion of the study proves that at least three commercial treaties signed by Brazil were not respected, pointing out to the need of reviewing its industrial policy.

Keywords: WTO. INOVAR-AUTO. Trade agreements. Brazilian industrial policy. International rights of trading.



COTAS RACIAIS EM CONCURSO PÚBLICO: UMA APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE

Cíntia Larissa Braga Albino¹

Fabiano André de Souza Mendonça²

RESUMO

A Lei nº 12.990, que instituiu cotas raciais em concursos públicos, foi objeto de Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC 41), em 2017. Esta pesquisa se propõe a analisar criticamente o conteúdo dos discursos proferidos pelos ministros do Supremo Tribunal Federal (STF) nesta ADC, procurando enfatizar o viés jurídico, em detrimento do discurso ideológico, focando no princípio da igualdade aplicado ao caso. Com o auxílio de embasamento teórico, pretende-se contribuir com o estudo dos Direitos Fundamentais, na busca de um modelo de aprimoramento da participação do Estado na sociedade, preocupando-se com a efetividade das normas constitucionais para que haja desenvolvimento.

Palavras-chave: Lei de Cotas. Direito à igualdade. Direitos Fundamentais.

¹ Graduanda em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN). Membro do Grupo de Ensino, Pesquisa e Extensão Direito, Desenvolvimento e Políticas Públicas (Progressionem).

² Doutor em Direito pela UFPE. Pós-Doutor pelas Universidades de Coimbra e Lisboa. Professor titular da UFRN. Procurador federal - Procuradoria Geral Federal. Coordenador do Grupo de Ensino, Pesquisa e Extensão Direito, Desenvolvimento e Políticas Públicas (Progressionem).

“A democracia surgiu quando, devido ao fato de que todos são iguais em certo sentido, acreditou-se que todos fossem absolutamente iguais entre si”.

(Aristóteles)

1 INTRODUÇÃO

Os Direitos fundamentais estão previstos na Constituição das nações democráticas e se configuram em princípios dos Direitos Humanos. O estabelecimento dos direitos fundamentais leva em consideração o contexto histórico-cultural-social de determinada sociedade e está intrinsecamente relacionado com as garantias fornecidas por determinado Estado aos seus cidadãos.

A temática das cotas raciais em concurso público envolve Direitos Fundamentais e é de grande relevância para a ordem social. Tendo estado, em 2017, na pauta de votações do Supremo Tribunal Federal (STF), teve grande repercussão e dividiu opiniões da sociedade brasileira. Em junho daquele ano, o STF declarou a constitucionalidade da Lei nº 12.990, de 09 de junho de 2014, conhecida como Lei de Cotas. A referida Lei instituiu reserva de vagas para negros, no montante de 20% (vinte por cento) das vagas totais disponíveis, nos concursos públicos do âmbito da administração pública federal, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista controladas pela União.

O debate das ações afirmativas relacionadas ao combate à discriminação racial está, portanto, na pauta da esfera pública, e, em consequência disso, um conjunto de políticas públicas são direcionadas a elas, dentre essas, as cotas raciais. A votação da Ação Declaratória de Constitucionalidade 41 (ADC 41) teve um significado importante especialmente para a segurança jurídica, posto que havia necessidade de analisar a compatibilidade da política de ação afirmativa para negros em concursos públicos com a Constituição Federal, à luz dos princípios da igualdade e da proporcionalidade. Houve, também, controvérsia judicial relevante sobre a validade da aplicação da Lei nº 12.990/2014, evidenciada tanto por decisões judiciais que declararam a inconstitucionalidade incidental da lei, quanto pela proliferação de questionamentos semelhantes em outros concursos públicos federais no país.

A pesquisa pretende contribuir com o estudo dos Direitos Fundamentais, preocupando-se, sobretudo, com a efetividade das normas constitucionais e com o

desenvolvimento. Em consequência disso, pretende-se enfatizar que as ações afirmativas necessitam de embasamento jurídico, não sendo suficiente para o mundo do Direito a junção de argumentos ideológicos.

Para que fosse possível tal observação, foi necessária uma análise dos votos dos ministros na ADC 41, identificando: a abordagem de cada um sobre a admissibilidade da Ação; os princípios mencionados por eles; as colocações deles sobre políticas públicas e privilégios; opiniões sobre a Lei nº 12.990/2014; o paralelo que eles traçaram com a ADPF 186, já que ela também levou as Cotas Raciais ao debate na Suprema Corte, sendo que direcionada à inserção no ambiente universitário; e posicionamentos dos representantes da Suprema Corte sobre os meios de aferição de cor. A partir desses votos, identificou-se que o princípio da igualdade preponderou nos discursos como direito tutelado nas políticas de cotas raciais e, em virtude disso, optou-se por aprofundar o assunto, a fim de embasar a análise crítica dos votos, ou seja, a identificação das congruências e incongruências das fundamentações e dos critérios de aferição desse direito.

A metodologia de abordagem do tema é analítica e crítica. Partiu-se da análise dos votos dos ministros na ADC 41, seguindo de estudo bibliográfico dos conceitos jurídicos necessários à compreensão do assunto e desenvolvendo-se uma crítica argumentativa a partir das referências teóricas pertinentes aos direitos fundamentais.

2 LEI DE COTAS E ADC 41

A Lei Federal nº 12.990/2014 (Lei de Cotas) foi proposta com o objetivo de criar ações afirmativas de combate à desigualdade racial e proporcionar uma maior representatividade aos negros e pardos no serviço público. Ela reserva 20% (vinte por cento) das vagas oferecidas nos concursos públicos para provimento de cargos efetivos e empregos públicos no âmbito da administração pública federal direta e indireta.

O texto normativo suscitou divergências jurisprudenciais, fazendo surgir no Poder Judiciário o receio da insegurança jurídica. Em todas as instâncias, surgiram decisões conflitantes. De um lado, decisões que afastaram a aplicação da Lei, em controle difuso, por considerarem que a política de reserva de vagas para negros em concursos públicos viola o direito à igualdade (CF/1988, art. 5º, caput), a vedação à discriminação (CF/1988, art. 3º, IV), o princípio da eficiência (CF/1988, art. 37º, caput), o princípio do concurso público (CF/1988, art. 37º, II) e o princípio da proporcionalidade. A exemplo do magistrado da 8ª Vara do

Trabalho de João Pessoa do Tribunal Regional do Trabalho da 13ª Região, que declarou incidentalmente a inconstitucionalidade da Lei nº 12.990/14:

CONSTITUCIONAL. COTA RACIAL. LEI Nº 12990/2014. COTA RACIAL. LEI Nº 12.990/2014. INCONSTITUCIONALIDADE. CONTROLE DIFUSO. DISTINGUISHING. ADPF Nº 186. A reserva de vagas para negros, prevista na Lei nº 12.990/2014, é inconstitucional, por violar os arts. 3º, IV, 5º, caput, e 37, caput, e II, da Constituição Federal, além de contrariar os dispositivos da razoabilidade e proporcionalidade. Além disso, envolve valores e aspectos que não foram debatidos pelo Supremo Tribunal Federal nos autos da ADPF nº 186, que tratou da constitucionalidade da política de acesso às universidades públicas pautada no princípio da diversidade, com o propósito de enriquecer o processo de formação e disseminação do conhecimento.³

De outro lado, registrou-se o surgimento de diversos concursos públicos com previsão de reserva de vagas nos termos da Lei nº 12.990/2014 e de ações que visavam assegurar a efetiva aplicação da lei em tais concursos.

Por essa razão que, em 2016, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (CFOAB) interpôs Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC 41) buscando dirimir as divergências sobre a constitucionalidade da Lei e em relação ao respeito do procedimento da autodeclaração. A ADC 41 foi julgada em 2017, com a declaração de constitucionalidade da Lei e pronunciamento do STF favorável ao enunciado do art. 2º, que esclarece que o procedimento para a aferição da qualidade de cotista é feito por meio do recurso da autodeclaração.

Não cabe a esta pesquisa o esgotamento do tema das cotas raciais, nem, tampouco, um posicionamento polarizado a respeito. Esse é um debate aberto em diversas áreas, com pontos de vistas divergentes, portanto não se pretende responder a todos os questionamentos levantados sobre o assunto, mas, sim, busca-se trazer um olhar jurídico para uma questão com efeitos diretamente no mundo jurídico.

O objetivo é, portanto, analisar criticamente o discurso dos ministros do STF nos pronunciamentos dos respectivos votos na ADC 41, sob o prisma da hermenêutica jurídica, identificando o conteúdo da razão de decidir (*ratio decidendi*), para que seja possível traçar reflexões do ponto de vista de uma hermenêutica plurifuncional integrada.

³ TRT. **Recurso Ordinário**. RTOrd 0131622-23.2015.5.13.0025. Magistrado: Adriano Mesquita Dantas. DJ: 18/01/2016. Tribunal Regional do Trabalho da 13ª Região, 2016.

3 DIREITO À IGUALDADE E CRITÉRIOS DE DIFERENCIAÇÃO

Desde o modelo de diferenciação de Robert Alexy, passando por Ronald Dworkin, entende-se que a Constituição é composta de normas que se subdividem em regras e princípios. As regras possuem maior especificidade, cabendo a sua interpretação aos métodos clássicos, como o gramatical, histórico, teleológico e o lógico-sistemático. Já os princípios passam por métodos constitucionais, sendo necessário revelar a noção abstrata do princípio, aplicando-o ao caso concreto. É por isso que se diz que “o ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes” (ALEXY, 2008, p. 90).

Os princípios, portanto, não são fáceis de interpretar, constituindo verdadeiro exercício aos seus aplicadores. Por isso que se inicia esse texto com uma ampla discussão sobre o princípio da igualdade, posto que foi o princípio mais mencionado pelos juristas na ocasião da fundamentação dos seus respectivos votos na ADC 41 e, por isso, objeto da pesquisa.

3.1 Princípio da Igualdade

A igualdade está garantida na Constituição Federal Brasileira de 1988, no art. 5º, caput, onde prescreve que todos são iguais perante a lei. O princípio não se restringe a nivelar os cidadãos diante da norma legal posta, mas também indica que a própria lei não pode ser editada em desconformidade com a isonomia. A igualdade, portanto, é voltada tanto para o aplicador da lei quanto para o legislador. A edição de norma legislativa, em que pese tenha aparente poder de discricionariedade, deve levar em consideração o princípio da igualdade como sendo uma das primeiras e fundamentais limitações.

O princípio da igualdade remete a duas posições distintas de reconhecimento de qual seria a abrangência deste conteúdo normativo. Uma ideia ligada à justiça, relacionada com a igualdade formal, onde todos os homens são iguais; e uma ideia onde os homens são qualitativamente desiguais, relacionando-se, dessa forma, com a igualdade material.

A segunda posição, que é a que interessa a título de análise jurídica a que se propõe esta pesquisa, representa a igualdade não necessariamente coincidindo com a justiça em sentido amplo, ainda que não deixe de considerá-la, evidentemente, como fim do direito.

Entretanto, trata-se de uma igualdade com conteúdo mais delimitado, uma igualdade de tratamento dos cidadãos pelo Poder Público. Em outras palavras, o tratamento das situações juridicamente relevantes pelo Poder Público tem que buscar embasamento nos limites do princípio da igualdade, baseando-se na qualificação das situações como iguais ou desiguais para efeitos de um determinado tratamento jurídico em concreto. A igualdade adquire, aqui, uma força nova e reivindicatória, aliada à dimensão de relacionamento do homem com o poder político.

No decorrer da evolução do entendimento do princípio da igualdade, observaram-se alguns aspectos que importa destacar: primeiro que, a igualdade tem uma dimensão relativa, ou seja, não teria haver tão somente com o que está escrito na lei, objetivamente, portanto não seria algo absoluto. A igualdade juridicamente considerada reconhece que o direito vive do homem e para o homem, e este, “como ser social ou na vida social, nunca poderá ser absoluto, justamente porque as suas relações sociais o relativizam” (GARCIA, 2005, p. 30). Portanto, a igualdade que interessa para o mundo do direito é um conceito relativo, baseada na compreensão humana dos fatos sociais. Isso torna-a um delicado exercício entre o que uniformizar e o que respeitar.

A igualdade também é um conceito comparativo, já que toda afirmação de igualdade pressupõe comparação. Essa comparação exige pelo menos três elementos, de acordo com Garcia (2005), sendo eles: uma situação ou objeto; outra situação ou objeto (que se comparam); sendo o terceiro elemento um aspecto que se destaca do todo e que serve de termo de comparação. Outro aspecto a ser considerado é que, entre os objetos ou situações qualificadas como iguais e relativamente ao aspecto que permitiu tal qualificação, há uniformidade. É que a igualdade exige uma uniformidade do elemento relacionador. E onde não há uniformidade, há um elemento distintivo das especificidades, o que Mello (2000) chama de fator de discriminação (fator de *discrimen*).

A igualdade também exige valoração, é um conceito valorativo. Diferente da igualdade formal, que consegue abarcar todos os conteúdos possíveis da igualdade material, esta é plurissignificativa. Sendo assim, é possível destacar tantas versões substantivas de igualdade quanto os critérios utilizados para comparar situações ou objetos e, uma vez estabelecida, não mais se desliga de tais situações ou objetos. Importante frisar que Garcia (2005) deixa bem claro que o apelo a valores, ínsito no princípio da igualdade, é um apelo a valores objetivos e não valores de natureza subjetiva.

3.2 Aplicação do princípio da igualdade

A igualdade nos moldes do que já foi apontado acima, direciona-se para a decomposição da máxima “todos são iguais perante a lei” em duas afirmações distintas: o igual deve ser tratado igualmente e o desigual, desigualmente, na medida exata da diferença. Mas, o que se percebe é que existe uma grande problemática que segue o princípio da igualdade na sua aplicação e que dá margem a digressões de que se trata de um princípio de fórmula vazia, sem conteúdo material próprio. Afinal, o Estado, que é o principal responsável por identificar o elemento distintivo das especificidades (fator de *discrimen*), não tem facilidade de definir quem são os iguais e quem são os desiguais. Há impasses exatamente em saber qual o critério legitimamente manipulável que autoriza distinguir pessoas e situações em grupos diferentes para fins de tratamentos jurídicos diversos. Afinal, que espécie de igualdade veda e que tipo de desigualdade faculta a discriminação de situações e de pessoas, sem quebra e agressão aos objetivos do princípio constitucional da isonomia?

É aqui que reside o ponto crucial do princípio da igualdade, pois é o critério a ser valorado que irá introduzir coerência interna entre as situações iguais (uniformidade) e o tratamento igual. O critério valorativo está ligado à razão do tratamento jurídico que o determinou, mas, não quer dizer que esta razão exija que haja um critério concreto em detrimento de outro. Todavia, exige-se que esse critério não tenha sido escolhido arbitrariamente.

Contudo, critérios razoáveis e suficientes, embora fortaleçam a ideia de justiça latente, não esgota a potencialidade do princípio no âmbito da referência última à ideia de justiça. Acrescenta-se a isso o objetivo de fazer coincidir a justiça com a própria razão da norma ou decisão jurídica, nessa medida adquirindo o princípio da igualdade uma função própria específica: a realização da justiça. Há que discriminar para igualar, afastando as decisões jurídicas injustas.

Para que se possam estabelecer diferenciações, ao mesmo passo que não haja desrespeito à isonomia, Mello (2000) chama atenção para a necessidade de que sejam cumpridos três passos determinantes: é preciso investigar aquilo que é adotado como critério discriminatório; também verificar se há justificativa racional, isto é, fundamento lógico, para, à vista do traço desigualador acolhido, atribuir o específico tratamento jurídico construído em função da desigualdade proclamada. Finalmente, compete analisar se a correlação ou fundamento racional abstratamente existente é, in concreto, afinado com os valores prestigiados no sistema normativo constitucional.

Em suma: importa que exista mais que uma correlação lógica abstrata entre o fator diferencial e a diferenciação consequente. Exige-se, ainda, haja uma correlação lógica concreta, ou seja, aferida em função dos interesses abrigados no direito positivo constitucional. E isto se traduz na consonância ou dissonância dela com as finalidades reconhecidas como valiosas na Constituição. (MELLO, 2000, p. 22).

Lembrando que o desrespeito à isonomia pode vir em qualquer um desses três aspectos, ou seja, todos eles, para serem compatíveis com o princípio isonômico, devem ser observados cumulativamente. Se pelo menos um deles estiver comprometido, prejudica toda a cadeia de aspectos.

Sob o fator de discriminação, Mello (2000) chama atenção ao fato de que nele precisa residir dois requisitos: a lei não pode utilizar um critério diferenciador tão específico que singularize, de modo absoluto, um sujeito a ser diferenciado; o traço diferencial adotado, necessariamente há de residir na pessoa, coisa ou situação a ser discriminada; ou seja: elemento algum que não exista nelas mesmas poderá servir de base para assujeitá-las a regimes diferentes. Importa focar nesse segundo aspecto, a pretexto deste artigo, pelas razões descritas no decorrer do texto. Mas, de pronto, a fim de tornar mais clara essa premissa, destaca-se: a situação de exclusão social a que se submete o negro nos dias atuais seria mais adequada à justificativa de um regime diferenciado, do que uma diferenciação em virtude dos seus antepassados terem sido escravizados, pois na primeira hipótese, o traço diferencial reside na própria pessoa, que, sabe-se está à margem das políticas estatais por diversos motivos.

De fato, a característica funcional das leis se relaciona com discriminar situações para submetê-las à regência de tais ou quais regras. Mister se faz indagar quais as discriminações juridicamente intoleráveis, afinal, como já mencionado, as arbitrariedades não se encaixam na aplicação do princípio.

É inadmissível, perante a isonomia, discriminar pessoas ou situações ou coisas (o que resulta, em última instância, na discriminação de pessoas) mediante traço diferencial que não seja nelas mesmas residentes. Por isso, são incabíveis regimes diferentes determinados em vista de fator alheio a elas; quer-se dizer: que não seja extraído delas mesmas. Em outras palavras: um fator neutro em relação às situações, coisas ou pessoas diferenciadas é inidôneo para distingui-las. Em suma, é simplesmente ilógico, irracional, buscar em um elemento estranho a uma dada situação, alheio a ela, o fator de uma peculiarização. Donde não há como desequiparar pessoas e situações quando nelas não se encontram fatores desiguais.

Conforme Mello (2000) as pessoas não podem ser legalmente desequiparadas em razão da raça, ou do sexo, ou da convicção religiosa (art. 5º caput da Carta Constitucional) ou em razão da cor dos olhos, da compleição corporal, etc. Muito embora ele reconheça situações onde essas características são capazes de serem determinantes da discriminação (*discrimen*) sem ir de encontro com a isonomia.

O que a ordem jurídica pretende firmar, por via do princípio da igualdade, é a impossibilidade de desequiparações fortuitas ou injustificadas. Ou seja, já que o sistema normativo exige igualdade, isso possibilita assegurar que os preceitos genéricos, os abstratos e os atos concretos colham a todos sem especificações arbitrárias. Pimenta Bueno (1857, p. 424) tem uma colocação preciosa sobre o assunto quando diz que “a lei deve ser uma e a mesma para todos; qualquer especialidade ou prerrogativa que não for fundada só e unicamente em uma razão muito valiosa do bem público será uma injustiça e poderá ser uma tirania”.

4 IGUALDADE NA RAZÃO DE DECIDIR (*RATIO DECIDENDI*) DA DECISÃO DA ADC 41

Face ao exposto sobre a igualdade dentro da esfera jurídica e as noções gerais sobre a ADC 41, propõe-se, ainda, discutir os fundamentos dos votos dos Ministros do Supremo Tribunal Federal (STF) na ocasião da votação da referida Ação. Mister esclarecer que razão de decidir (*ratio decidendi*) são os fundamentos jurídicos que sustentam a decisão, ou seja, a opção hermenêutica adotada pelos ministros, sem a qual a decisão não teria sido proferida. Trata-se da tese jurídica acolhida pelo órgão julgador no caso concreto.

É importante refletir até que ponto a decisão da Suprema Corte foi jurídica e não mera decisão “líder de torcida”, esta última sendo decisão eminentemente de fundamentação retórica com o fim latente de influenciar a prática decisória. Vale reiterar, esta pesquisa não almeja esgotar a razão meritória de se considerar cotas raciais em concurso público o caminho certo ou errado na construção de uma sociedade brasileira menos discriminatória. No entanto, considera-se imprescindível discutir qual o papel da Corte brasileira quando decide os rumos de um País ao votar matéria de tal repercussão na sociedade.

Primeiramente, é importante traçar um breve panorama de como funciona a votação na Suprema Corte no Brasil. Nos casos semelhantes à ADC aqui em análise, quais sejam, matérias de grande repercussão no País, depois da explanação do voto do Relator, cada um

dos Ministros declara seu voto, que pode ser uma opção por acompanhar o Relator ou dele divergir. Em ambos os casos, o voto pode ser apresentado por escrito contendo sua fundamentação. A definição do voto “vencedor” ou “vencido” vai de acordo com o dispositivo da decisão contendo a conclusão, ou seja, ainda que haja divergência explícita na fundamentação utilizada para chegar na conclusão dos Ministros, é possível que haja unanimidade da votação.

Cada juiz expressa separadamente, em seu voto, como irá julgar um determinado caso, sem que haja necessária correlação entre as razões expostas no voto do Relator ou nos votos anteriormente revelados e o voto a ser proferido na sequência. O processo de tomada de decisão no STF é regulado pelos artigos 93 a 103 do Regimento Interno do STF, onde a Corte decide por meio de Acórdão.

Dimitri e Lunardi (2011) destacam a consequência mais indesejada desta votação individual realizada pelo STF, no sentido de que “cada Ministro possa apresentar fundamentações diferentes para a mesma decisão. Isto torna, em muitos casos, mais difícil identificar o que exatamente foi decidido e por que foi decidido”. (DIMOULIS; LUNARDI, 2011, p. 108). Ou seja, a ausência de unidade na deliberação e decisão causa dificuldade no sentido de se identificar o conteúdo jurídico decorrente dos julgamentos do STF. Os votos, determinadas vezes não se comunicam.

Presgrave (2014) fez uma relação interessante entre o filme de Reginald Rose, dirigido por Sidney Lumet, *Doze homens e uma sentença* – no original *12 angry men* (de 1957), envolvendo o julgamento de um caso de homicídio em primeiro grau, e as deliberações do STF no Brasil. A abordagem que a autora expôs teve o intuito de chamar atenção para a dinâmica de votação do STF e a forma de tomada de decisão adotada pela Corte brasileira.

A sistemática de votação adotada pelo STF, em que cada Ministro manifesta o seu voto sem haver necessária conexão entre as posições defendidas – seja para concordar ou discordar do posicionamento do Relator – leva ao estabelecimento de absoluta ausência de deliberação da Corte, o que prejudica a utilização da técnica dos precedentes judiciais, por inviabilizar a extração da *ratio decidendi*. (PRESGRAVE 2014, p. 162).

Na comparação entre a Suprema Corte do Brasil e o filme, a autora observa que a deliberação secreta realizada no filme, sem que haja qualquer interferência de elementos externos no momento da tomada de decisão, é bem diferente do que acontece no STF, onde o debate é público, em rede nacional e com exposição pessoal de cada um dos Ministros. “Esta

transmissão televisiva ao vivo pode ser prejudicial à medida que expõe os julgadores ao debate público, ao julgo da maioria e a todo tipo de manifestação em meios de comunicação” (PRESGRAVE, 2014, p. 164).

A sistemática de decisão causa tantos problemas que o Ministro César Peluso, quando assumiu a presidência do Tribunal, defendeu a realização de seções prévias de julgamento para os casos de grande repercussão, de sorte a evitar a exposição dos Ministros à mídia e de preservar o próprio Tribunal (KLAFKE citado por PRESGRAVE, 2014, p. 160).

Não é difícil imaginar que a exposição do posicionamento dos juristas está sujeita à reprovação pela opinião pública, portanto, é possível que haja interferência do público no posicionamento dos Ministros.

4.1 Dos votos proferidos pelos Ministros

Na análise dos votos pronunciados na ADC 41, notou-se que o princípio da igualdade foi mencionado por todos os ministros e recebeu uma atenção maior dos discursos proferidos por eles. Todavia, alguns dos juristas, como os ministros Alexandre de Moraes, Edson Fachin, Rosa Weber, Ricardo Lewandowski, citaram princípios como proporcionalidade, concurso público e eficiência na administração pública, entretanto, quebraram uma expectativa de confronto desses com o princípio da igualdade, em uma possível estratégia de ponderação. Sabe-se que todos os princípios têm o mesmo valor jurídico, não sendo possível hierarquizá-los, por isso a necessidade da técnica de ponderação no caso em concreto ou de sua superação. Como explica Carlos Bernal-Pulido:

Que los ordenamientos jurídicos no están compuestos exclusivamente por reglas, como señalaba Kelsen, para quien la única manera de aplicar el derecho era la subsunción (...) A partir de las investigaciones de Dworkin en el mundo anglosajón y de Alexy en el germánico, se suman los principios y la ponderación. La ponderación es la manera de aplicar los principios y de resolver las colisiones que pueden presentarse entre ellos y los principios o razones que jueguen en sentido contrario. (Que os ordenamentos jurídicos não são compostos exclusivamente de regras, como Kelsen apontou, para quem a única maneira de aplicar o direito era a subsunção (...) A partir das pesquisas de Dworkin no mundo anglo-saxão e de Alexy no germânico, às regras se somam os princípios e a ponderação. A ponderação é a maneira de aplicar os princípios e resolver as colisões que possam surgir entre eles e os princípios ou razões que atuam na direção oposta. [Tradução nossa]). (BERNAL-PULIDO, 2005, p. 87).

Em relação à justificativa para a implantação de uma determinada política pública, chamou atenção o discurso proferido pelo ministro Ricardo Lewandowski que disse que:

O Estado pode lançar mão seja de políticas de cunho universalista, que abrangem um número indeterminado de indivíduos, mediante ações de natureza estrutural, a exemplo das ações afirmativas, que atinjam grupos sociais determinados, de maneira pontual, atribuindo a estes certas vantagens, por um tempo limitado, de modo a permitir-lhes a superação de desigualdades decorrentes de situações históricas particulares. (STF - ADC: 41 DF - DISTRITO FEDERAL 0000833-70.2016.1.00.0000, Relator: Min. ROBERTO BARROSO, DJ: 29/03/2016. Data de Publicação: DJe-060 04/04/2016).

Por força desse posicionamento do ministro Lewandowski, o termo “desigualdades decorrentes de situações históricas particulares” ecoou nesta pesquisa para fins de reflexão da relação disso com o princípio da igualdade. Ora, é admissível, perante a isonomia, discriminar pessoas ou situações ou coisas (o que resulta, em última instância, na discriminação de pessoas) mediante traço diferencial que não seja nelas mesmas residentes? Um fator neutro em relação às situações, coisas ou pessoas diferenciadas é idôneo para distingui-las?

O ministro Celso de Mello foi um dos poucos juristas que chamou atenção para a grande responsabilidade de deliberar sobre uma ação afirmativa dessa complexidade:

(...) impende reconhecer que a questão das quotas étnicas não pode (e não deve) ser tratada de maneira inconsequente, porque de seu adequado tratamento depende a proteção jurisdicional de milhões de pessoas que continuam a sofrer inaceitável processo de exclusão que as coloca, injustamente, à margem das grandes conquistas jurídicas e sociais.⁴

Sobre o fato das políticas públicas privilegiarem uns em detrimentos dos outros, o ministro Edson Fachin disse que “a desequiparação de um grupo social não viola o princípio da igualdade, ao contrário, dá-lhe pleno cumprimento”. Embora não tenha aprofundado essa afirmativa, o ministro foi um dos poucos que resolveu justificar como as cotas raciais não afetavam os princípios da proporcionalidade e do concurso público. A ministra Rosa Weber, em contrapartida, optou por enfatizar que no Brasil a pobreza tem cor e existem profundos

⁴ STF. **Ação Declaratória de Constitucionalidade:** ADC 41 0000833-70.2016.1.00.0000. Relator: Ministro Roberto Barroso. DJ: 29/03/2016. Supremo Tribunal Federal, 2016.

contrastes na população brasileira. O ministro Luiz Fux também se propôs a proferir um discurso mais voltado para o racismo no Brasil.

Para justificar a constitucionalidade da Lei nº 12.990/2014, foram utilizados argumentos como: percentual estatisticamente suave em comparado à população negra; não exclusão da garantia de proficiência mínima no concurso público; temporalidade da Lei (posto que ela é transitória, com vigência de 10 anos); possibilidade de combater as declarações falsas; minoração da desigualdade.

O ministro Luiz Fux sugeriu que a Lei fosse ampliada para os casos de promoção e remoção na carreira pública dos servidores federais e que ela fosse aplicada a todos os poderes da República e a todas as unidades federadas. O ministro Dias Toffoli não concordou completamente, visto que, de acordo com ele, a lei é clara ao restringir a sua aplicação ao momento em que o cargo é provido por concurso público. Também não adere a proposta de estender automaticamente a Lei aos Estados, Distrito Federal e Municípios, devendo ser resguardada a autonomia dos entes federativos, mas concorda que deve valer para a administração direta de todos os Poderes.

Vale registrar também as colocações a respeito dos critérios de aferição da cor para preenchimento das cotas raciais, questão bastante controversa em todos os cenários: político, jurídico, social. Muitos dos ministros reconheceram a dificuldade inerente à aferição do componente étnico-racial, dado à ampla incerteza envolvida. E alguns deles deixaram claro que quaisquer que sejam os critérios não devem desrespeitar a dignidade humana. Não houve consenso nos discursos a respeito de qual critério ser utilizado. O ministro Alexandre de Moraes apoiou o critério de heterodeclaração, devendo privilegiar registros documentais (fotografias e documentos públicos) e tendo a entrevista como opção residual. O ministro Edson Fachin não optou por um critério: “autoidentificação, heteroidentificação, ou ambos os sistemas de seleção combinados, desde que observem critérios e jamais deixem de respeitar a dignidade pessoal dos candidatos”. Celso de Mello optou pela utilização da autodeclaração com critérios subsidiários de heteroidentificação.

Sobre a fiscalização do cumprimento dos critérios, Fachin observou que seria necessária a atuação positiva da Administração Pública tendente a fiscalizar os processos de seleção do critério de heterorreconhecimento e que a identificação deveria ser feita por uma comissão plural, contando com a participação de ao menos um negro ou pardo. A ministra Rosa Weber e o ministro Celso de Mello mencionaram que devem ser assegurados o contraditório e a ampla defesa. Muitos deles procuraram traçar um paralelo da referida Lei

com a fundamentação dos votos na ADPF 186, relacionada com as cotas raciais nas Universidades.

Diante da explanação das decisões individuais dos juristas na deliberação da ADC 41, ficaram algumas lacunas que esta pesquisa quis destacar, uma vez que uma análise reflexiva dessas questões deve ajudar a enxergar as nuances jurídicas da referida Ação de Controle de Constitucionalidade, atingindo, dessa maneira, um dos objetivos relacionados à pesquisa.

Observou-se por exemplo, neste artigo, que a igualdade é um conceito valorativo, o que leva à reflexão sobre se privilegiar negros que prestam concurso público é uma escolha valorativa. A qualificação das situações como iguais implica um juízo de valor, seja de ordem jurídica, moral, estética, econômica ou filosófica. Então se pretende saber qual é o critério que diz qual aspecto deve ser destacado do todo em que um negro, um pardo e um branco se inserem e que permite a comparação entre eles. Com base nisso, deve-se buscar respostas para perguntas como, quem deve ocupar os cargos públicos: os mais capazes intelectualmente, os mais desfavorecidos economicamente, os socialmente discriminados, os mais baixos em estatura, etc. Vê-se, portanto, que se trata de uma opção valorativa.

O que foi dito acima leva a questionar se não se deve ser dado prioridade ao valor econômico, tendo em vista que todas as pessoas pobres sofrem discriminação pela sociedade, seja no atendimento médico negado nos serviços de saúde pública, seja na precarização das escolas públicas, seja nos elevados índices de desemprego em um mercado que precisa de pessoas que tiveram mais chance de se qualificarem. Há como desequilibrar pessoas e situações quando nelas não se encontram fatores desiguais?

Outra reflexão necessária diz respeito ao fim a atingir com os critérios de aferição da cor que contempla a política de cotas. A autodeterminação é um valor subjetivo. Necessita-se saber se há conexão entre esse critério de aferição da cor e o fim de reconhecimento cultural ou simbólico, fazendo grupos buscarem sua identidade e autoestima coletiva e, conseqüentemente, se esse critério é razoável e suficiente.

5 UM OLHAR PLURIFUNCIONAL

O Direito se manifesta pela linguagem. É nela que o pensamento jurídico encontra sua forma de exteriorização. Como aponta Diniz (2009), a ciência jurídica "encontra na linguagem sua possibilidade de existir". Aqui se fala, portanto, de linguagem jurídica. E o

Direito sendo implicado pela linguagem precisa de uma comunicação completa e compreensível.

Seguindo nessa linha de raciocínio, a interpretação jurídica não pode abordar apenas um aspecto da existência humana, mas, sim, múltiplos aspectos, com uma visão integral do direito. Assim explica Mendonça (2016):

Se eu isolar as partes de um objeto em recipientes independentes e mantê-los no mesmo local eu terei todas as partes, mas não terei o objeto. O todo é superior à soma das partes, portanto, numa observação qualitativa e aristotélica. E todas as visões parciais que puderem ser obtidas de um objeto não serão capazes de revelar sua integridade. O Direito é assim. Ele já é por natureza parcial. Mas sua parcialidade tem o objetivo de refletir a inteireza humana. Não se debruçar sobre seu funcionamento sistêmico e biológico, ou as razões de seu humor. Mas refletir a inteireza humana no seu relacionamento com o outro. Um refletir gestual, comunicacional.

É por isso que, para encontrar meios de efetivação dos Direitos Fundamentais, no caso em análise, do direito à igualdade, com foco no desenvolvimento, busca-se aplicar aqui um plurifuncionalismo integrado, que seria uma visão, a grosso modo, de que o direito, que possui várias funções (individual, coletiva, desenvolvimentista, por exemplo), não deve ser observado nas suas partes, mas no seu todo, de uma forma integral.

Conforme preceitua Mendonça (2016), a ênfase na perspectiva defensiva clássica de origem dos direitos humanos e fundamentais é apropriada ao estudo típico da proporcionalidade sobre como proteger o cidadão diante do Estado. Daí a análise da adequação e necessidade dos atos estatais com vistas a salvaguardar direitos dos particulares. Porém, na medida em que se intenta estudar a perspectiva contrária, do dever-direito do Estado de agir para promover direitos de caráter econômico, social e cultural e menos de limitá-lo, é que se vislumbra melhor o alcance dos direitos em uma feição plurifuncional.

Isso posto, intenta focar no que o Estado deveria fazer e não no que o Estado poderia fazer. Para isso, é importante observar que essa organização de interesses presentes na configuração dos direitos fundamentais se correlaciona com as diferentes funções do mesmo direito.

Essa abertura cognitiva com a vinculação integral ao ser humano faz com que todos os direitos apresentem todas as funções – um direito, várias funções –, visto que são

fundamentais ao homem e representam a sua existência e sua descrição normativa. (MENDONÇA, 2016, p. 77).

E aqui se propõe a dar ênfase a uma determinada função que Canotilho (2002) chamou de função de não discriminação, aplicável a todos os tipos de interesses e direitos, onde o Estado não pode produzir discriminações entre os cidadãos. No que se debate qual a amplitude dessa função, sobretudo em políticas de ações afirmativas. Essa função de não discriminação alcança uma postura ativa do Estado, não se tratando de colocar serviços à disposição com observância da igualdade formal, mas de criar mecanismos que viabilizem a real possibilidade de acesso a esses serviços. Mendonça (2016) enxerga nesse contexto a necessidade de um espaço próprio para a promoção dos direitos fundamentais que pode ser adequadamente expressa pela ideia de desenvolvimento, que chama de função desenvolvimentista. E diz, em consequência disso, que a eficiência é o regime jurídico do direito ao desenvolvimento.

Pela própria noção de que desenvolver envolve vida digna e eliminação de discriminações, o direito a ser tratado impessoalmente e com justiça pelo Poder Público que administra, normatiza e julga, está contido na perspectiva de desenvolvimento como princípio. Daí ele impactar os direitos humanos e fundamentais ao revelar a existência de mais de uma função a ser aplicada a esses direitos.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com base no que foi exposto, surge, a necessidade de tentar esclarecer se o direito a cotas raciais em concursos públicos atende aos parâmetros desenvolvimentistas, de amplo acesso às políticas públicas. É importante explicar que o direito aqui mencionado se refere não à Ciência do Direito em si, mas ao substantivo que indica uma situação subjetiva justa realizável decorrente de um interesse individual, coletivo, público ou desenvolvimentista legitimado pela ordem jurídica, de onde decorre o dever, inclusive moral, de buscar sua proteção e garantia.

A Lei de Cotas trata de um direito individualmente concedido, mas com justificativas sociais. E essas justificativas são bem amplas, como pode ser visto diante do que já foi exposto até aqui, quais sejam: pagar uma dívida histórica; amenizar o amplo desamparo aos negros pelo Estado e pela sociedade; ampliar as conquistas profissionais diante do

desproporcional contraste entre brancos e negros ocupantes de cargos públicos, especialmente nos cargos de alto nível hierárquico; combater o racismo; promover a igualdade racial; dar acesso a quem sempre foi negado tudo.

E a função desenvolvimentista, neste caso, age justamente na perspectiva de promover o acesso de negros e pardos ao mercado de trabalho, direcionando-os para os cargos públicos, dando-lhes direito de concorrer no regime da reserva de cotas. Já a função individual, se manifesta no direito do indivíduo à vaga, uma vez que preenche os requisitos necessários que o tornam apto a cumprir as atribuições do cargo almejado.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros Editores, 2008. 669 p.

BERNAL-PULIDO, Carlos. **La ponderación como procedimiento para interpretar los derechos fundamentales**: problemas contemporáneos de la filosofía del derecho. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2005, p. 87.

BRASIL. **Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal**: atualizado até a Emenda Regimental n.51/2016. Brasília, DF, 2017.

BUENO, José Antônio Pimenta. **Direito público brasileiro e análise da constituição do império**. Rio de Janeiro: Senado Federal, 1857, p. 424.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 409.

DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya. **Curso de processo constitucional**: controle de constitucionalidade e remédios constitucionais. São Paulo: Atlas, 2011.

DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução à ciência do direito**: Introdução à Teoria Geral do Direito, à Filosofia do direito, à Sociologia Jurídica e à Lógica jurídica. Norma jurídica e Aplicação do Direito. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 169.

DWORKIN, Ronald Myles. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002. 568 p.

GARCIA, Maria da Glória Ferreira Pinto Dias. **Estudos sobre o princípio da igualdade**. Coimbra: Almedina, 2005.

KLAFKE, Guilherme Forma. **Vícios no processo decisório do Supremo Tribunal Federal**. Monografia apresentada à Escola de Formação da SBDP, 2010.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **O Conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3. ed. 8ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2000.

MENDONÇA, Fabiano André de Souza. **Introdução aos direitos plurifuncionais: os direitos, suas funções e a relação com o desenvolvimento, a eficiência e políticas públicas**. Natal: Fabiano André de Souza Mendonça, 2016.

PRESGRAVE, Ana Beatriz Ferreira Rebello. Doze homens e uma sentença x as onze ilhas e uma decisão. In: MEDEIROS, Morton Luiz Faria de. **O direito na arte: diálogos entre o cinema e a Constituição**. 1. ed. Mossoró: Sarau das Letras, 2014.

RACIAL QUOTAS IN PUBLIC TENDERS: AN APPLICATION OF THE PRINCIPLE OF EQUALITY

ABSTRACT

Law nº 12.990, which established racial quotas in public tenders, was the subject of a Declaratory Action of Constitutionality (ADC 41) in 2017. This research analyzes critically the content of speeches given by the Ministers of Supreme Federal Court(STF) in this ADC, trying to emphasize legal lens, in opposition to an ideological discourse, with focus on the principle of equality applied to this case. From a theoretical basis, it intends to contribute to the study of Fundamental Rights, in the search for an improved model of State participation in

society, paying particular attention to the effectiveness of the constitutional norms for development.

Keywords: Quotas Law. Right to equality. Fundamental Rights.



A TUTELA DE EVIDÊNCIA NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL: INOVAÇÕES E EFETIVIDADE NA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL

Herbete Felipe Silveira e Souza¹

RESUMO

O novo Código de processo civil inovou ao contemplar título próprio para a tutela de evidência. Com o aperfeiçoamento desse mecanismo, a pretensão da máxima efetividade do processo tornou-se mais factível. Assim, espera-se que os operadores do direito compreendam o real espírito da norma, a fim de que o art. 311 do novo Código de processo civil se consolide como um meio apto à concretização do direito fundamental ao processo justo, efetivo e, acima de tudo, célere.

Palavras-chave: Novo Código de processo civil. Tutela de evidência. Inovações. Duração razoável do processo. Eficácia da prestação jurisdicional.

1 INTRODUÇÃO

É certo que não se pode ter uma ordem jurídica justa ou se obter uma tutela jurisdicional efetiva sem o auxílio de um sistema de garantia para a utilidade do resultado. Desse modo, a proteção provisória do direito reclamado, até que se mostre viável a tutela definitiva, é medida que visa a preservar a qualidade dos resultados das ações.

¹ Graduando em Direito pela Universidade do Estado do Rio Grande do Norte (UERN).

Nessa conformidade, não restam dúvidas de que prazos demasiadamente longos para o desfecho dos processos judiciais vulneram a dignidade da pessoa humana, comprometendo, de forma decisiva, a efetividade da prestação jurisdicional. Somado a isso, um cenário de ampla judicialização nas relações humanas fez com que o legislador, atento aos reclamos dos cidadãos, editasse a Emenda Constitucional n. 45/2004, incorporando ao rol dos direitos fundamentais o princípio da razoável duração do processo.

Nesse contexto, em que o Poder Judiciário é instado a apaziguar inúmeros conflitos, não seria razoável atribuir a todas as causas o mesmo procedimento, sob pena de ações simples, fundadas em direito evidente ou lastreadas em prova pré-constituída, prolongarem-se indefinidamente, resultando no perecimento das pretensões formuladas.

Com o advento da reforma operada pela Lei n. 8.952/1994, foi incorporado na dinâmica processual o instituto da antecipação de tutela, em razão do qual se passou a conviver com dois tipos de tutela provisória instrumental: a tutela cautelar e a tutela antecipada.

Essa nova sistemática, que permite ao magistrado conceder antecipadamente a satisfação do direito afirmado e assegurar a efetividade do pronunciamento futuro, trouxe enorme contribuição para a efetividade das ações, uma vez que reduziu o risco de perecimento do direito ou de ineficácia do processo pelo decurso do tempo. Com efeito, a antecipação da tutela possibilitou ao autor, por ocasião da técnica da cognição sumária, ter acesso ao bem da vida pretendido ainda no curso do processo.

Outrossim, sobreleva notar que a Lei n. 8.952/1994 também introduziu no art. 273, II, do Código de processo civil de 1973, hipótese de tutela de evidência, ao admitir a possibilidade de antecipação da tutela quando caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu. Aliás, esta previsão encontra-se reproduzida no inciso I do art. 311 do novo Código de processo civil².

Como será analisado mais adiante, a tutela de evidência, com disciplina bem mais expressiva no novo Código de processo civil, ao dispensar a demonstração do perigo de dano, ampliou o rol de possibilidades de acesso à tutela provisória. Nessa perspectiva, o presente trabalho pretende abordar o instituto da tutela de evidência na sistemática do novo Código de processo civil, detalhando suas hipóteses de concessão e destacando eventuais semelhanças e diferenças com as demais espécies de tutela provisória.

² Art. 311. A tutela da evidência será concedida, independentemente da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo, quando: I - ficar caracterizado o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório da parte;

A pesquisa é de cunho teórico e tem como objetivo promover uma análise acerca das inovações havidas no instituto da tutela de evidência com o advento do novo Código de processo civil, tomando como parâmetro posições doutrinárias antagônicas sobre o tema em questão. Para tanto, foi utilizado o método dedutivo, elaborado a partir de conceitos jurídicos gerais apreendidos da legislação que disciplina a matéria, bem como de artigos científicos, livros e da jurisprudência dos tribunais superiores.

2 A TUTELA DE EVIDÊNCIA

A tutela provisória fundada em evidência consiste em técnica de provimento jurisdicional antecipado estruturada a partir da conjugação de prova adequada e da real probabilidade de procedência do pedido final. Dessa forma, sua introdução no novo Código de processo civil denota tratamento diferenciado aos direitos ditos evidentes, ao mesmo tempo em que visa ao equilíbrio dos ônus do processo (DIAS, 2018).

José dos Santos Bedaque (2006), referindo-se à tutela de evidência ainda sob a égide do CPC/1973, afirmava que este instrumento permitia ao julgador adotar medidas provisórias, de caráter antecipatório, para elevar o grau do suposto provimento final. Assim, a despeito das inovações a serem abordadas ao longo desse estudo, nota-se, desde logo, que a essência dessa técnica processual permanece a mesma.

2.1 Breve notícia histórica

Encontrada em vários códigos de processo civil da Europa, a tutela de evidência tem origem nos interditos romanos, cujo procedimento permitia a expedição de ordens definitivas sem maior investigação sobre os fatos, haja vista a evidência do direito demonstrado pelo requerente.³

Vale assinalar que o ordenamento jurídico brasileiro é igualmente partidário da doutrina dos interditos e de sua técnica de ponderação do direito evidente. Prova disso é que há institutos do direito pátrio em que, embora ausente o perigo da demora, se opera uma rápida resposta judicial ante a maior certeza quanto ao direito que se afigura ao Estado-juiz, a

³ Conforme assevera o ministro Luiz Fux, *interdictum* deriva de ordem entre as partes, ao passo em que *edictum* denota ordem geral.

exemplo do procedimento da tutela possessória, dos embargos de terceiro e do abuso do direito de defesa (FUX, 1996).

Por muito tempo, a tutela de evidência esteve disciplinada apenas em procedimentos especiais. No entanto, com o surgimento das reformas de 1994 e 2002, vieram a lume o inciso II e o § 6^o, - todos do art. 273 do CPC/1973 -, que passaram a figurar como hipóteses de antecipação de tutela do procedimento comum, até então inexistente (MACHADO, 2017).

Impende destacar que o direito evidente guarda estreita relação com o intitulado direito líquido e certo do mandando de segurança⁵, cuja verossimilhança das alegações, consubstanciadas em prova pré-constituída, confere ao magistrado maior grau de convencimento sobre as pretensões liminares.

De outra parte, a evidência em sua acepção jurídica não se traduz em mera verossimilhança, mas é aquele direito claro, objetivo, verificável de plano, e que reclama a concessão de tutela sumária. É, em verdade, aquele direito lastreado em fatos que revelam bem mais do que aparência do bom direito, ou seja, em circunstâncias que denotam a probabilidade de certeza das alegações postas em debate, permitindo ao juízo antecipar o bem da vida pretendido ante a injustificada demora do rito ordinário (FUX, 1996).

Nessa perspectiva, considerando que o acesso à ordem jurídica justa não se consolida sem a concorrência de um sistema de garantia ao resultado útil do provimento jurisdicional, a tutela de evidência figura como mais uma proteção ao direito que se busca alcançar, até que, ultimado o devido processo legal, sobrevenha a cognição exauriente, pondo fim à lide.

2.2 Tutela de segurança e tutela de evidência

A expressão 'direito líquido e certo' a que alude a Lei n. 12.016/2009 não teve origem na Constituição, tampouco foi criada pelo legislador ordinário. Na verdade, a citada expressão foi cunhada na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal por Pedro Lessa, ao tempo da formulação da doutrina brasileira do *habeas corpus*⁶ (BARBI, 1993).

⁴ § 6^o A tutela antecipada também poderá ser concedida quando um ou mais dos pedidos cumulados, ou parcela deles, mostrar-se incontroverso.

⁵ Celso Barbi aduz que o direito líquido e certo é tipicamente processual, pois atende ao modo de ser de um direito subjetivo no processo: a circunstância de um determinado direito subjetivo realmente existir não lhe dá a caracterização de liquidez e certeza; esta só lhe é atribuída se os fatos em que se fundar puderem ser provados de forma incontestável, certa, no processo. E isto normalmente só se dá quando a prova for documental, pois esta é adequada a uma demonstração imediata e segura dos fatos.

⁶ Ação constitucional que tem por objetivo proteger a liberdade de locomoção ameaçada por violência ou coação, conforme art. 5^o, LXVIII, da Constituição Federal de 1988.

O Ministro Carlos Maximiliano, referindo-se a ela, aduziu tratar-se de “direito translúcido, evidente, acima de toda dúvida razoável, aplicável de plano, sem detido exame nem laboriosas cogitações” (MACIEL, 1999). O debate também mereceu a atenção do ilustre jurista Miguel Seabra Fagundes (2010), para quem se teria como líquido e certo o direito cujos aspectos de fato se possam provar documentalmente, fora de toda a dúvida, bem como o direito cujos pressupostos materiais se possam constatar pelo exame da prova oferecida com o pedido, ou de palavras ou omissões da informação da autoridade impetrada.

Ainda sobre o tema, merece destaque o voto exarado pelo Ministro Costa Manso, do STF, no MS n. 333/1936, oportunidade em que, conceituando direito certo e incontestável, traçou precisa lição sobre a certeza e a liquidez, adjetivos que estariam, a seu juízo, atrelados aos fatos (direito subjetivo), jamais à norma (direito objetivo), sempre clara e livre de qualquer dúvida ou obscuridade. Confira-se:

Eu, porém, entendo que o art. 113, nº 33, da Constituição empregou o vocábulo direito como sinônimo de poder ou faculdade decorrente da lei ou norma (direito subjectivo). Não alludiu à própria lei ou norma (direito objectivo). O remedio judiciario não foi criado para a defesa da lei em these. Quem requer o mandando, defende o seu direito, isto é, o direito subjectivo, reconhecido ou protegido pela lei. O direito subjectivo, o direito da parte é constituído por uma relação entre a lei e o facto. A lei, porém, é sempre certa e incontestável. A ninguém é lícito ignorá-la, e com o silencio, a obscuridade, a indecisão della não se exime o juiz de sentenciar ou despachar (Código Civil, art. 5º da Introdução). Só existe prova do direito estrangeiro ou de outra localidade, e isso mesmo se não for notoriamente conhecido. O facto é que o peticionante deve tornar certo e incontestável para obter o mandado de segurança [...] (MACIEL, 1999, p. 304).

No que toca aos fatos incontestáveis, há que se reconhecer a estreita relação entre o citado direito líquido e certo e o direito incontroverso a que se referia o art. 273, § 6º, do CPC/1973⁷. É que este dispositivo do CPC/1973 admitia a concessão parcial da tutela antecipada sempre que possível formar convicção quanto a uma parcela do objeto do processo, ou seja, tratava-se da hipótese de cumulação de pedidos parcialmente contestados pelo réu, autorizando-se o deferimento de antecipação de tutela quanto aos que restassem incontroversos (DINAMARCO, 2003).

⁷ 6º A tutela antecipada também poderá ser concedida quando um ou mais dos pedidos cumulados, ou parcela deles, mostrar-se incontroverso.

Segundo Marinoni (2011), diz-se incontroverso o direito que se torna evidente no curso do processo, exigindo imediata tutela. À primeira vista, parece contraditório conceber que um fato contestado possa ser incontroverso, todavia o espírito da lei, neste ponto, foi conferir ao magistrado, imbuído de um juízo de certeza, plenos poderes para antecipar os efeitos da tutela em parcela da demanda livre de divergência. Por isso, é correto dizer que o art. 273, § 6º, do CPC/1973, tem como fundamento a tutela dos direitos evidentes.

Para tanto, não se quer afirmar que a ausência de contestação seria o bastante para tornar o pedido incontroverso. Seria possível pensar, por exemplo, na hipótese em que o demandante formulasse pedido manifestamente descabido, amparado em direito indisponível, ao qual a parte adversa não se opusesse. Nesse caso, é lógico concluir que o magistrado julgaria o pedido improcedente, porquanto, além da ausência de controvérsia entre as partes, o juiz há de se convencer da verossimilhança do pedido. Em síntese, “*incontroverso não é o indiscutido, mas sim o indiscutível*” (ZAVASCKI, 2009).

Não se pode olvidar que a controvérsia que gera óbice à tutela provisória em apreço não se restringe tão somente ao mérito, de tal sorte que empecilhos de ordem processual, tais como ausência de condições da ação ou falta de pressuposto processual igualmente impedem o deferimento da antecipação de tutela, a despeito da inexistência de contestação.

Segundo Teori Zavascki (2009), a tutela de evidência decorrente de abuso de direito de defesa ou de manifesto propósito protelatório do réu, pelo menos para efeitos classificatórios, representaria uma sanção, tendo por finalidade punir o comportamento do litigante de má-fé. Ao revés, há os que afastam esse caráter de sanção da medida em comento, cujo objetivo precípua seria promover a igualdade substancial entre as partes, distribuindo a carga do tempo do processo. Tanto assim que o legislador cuidou das sanções ao comportamento irregular ou de má-fé em dispositivo próprio, a exemplo do art. 77, §2º, e 81º do novo Código de processo civil (CUNHA, 2017).

Cumprido esclarecer que as tutelas provisórias baseadas nas hipóteses ora mencionadas, ainda que sob a rubrica de tutela antecipada do CPC/1973, já prescindiam da demonstração do perigo da demora. Essa ampliação da técnica antecipatória, ao passo que dispensava o requisito do receio de dano irreparável ou de difícil reparação, alargava as formas de efetivação da prestação jurisdicional.

⁸ § 2º A violação ao disposto nos incisos IV e VI constitui ato atentatório à dignidade da justiça, devendo o juiz, sem prejuízo das sanções criminais, civis e processuais cabíveis, aplicar ao responsável multa de até vinte por cento do valor da causa, de acordo com a gravidade da conduta.

⁹ Art. 81. De ofício ou a requerimento, o juiz condenará o litigante de má-fé a pagar multa, que deverá ser superior a um por cento e inferior a dez por cento do valor corrigido da causa, a indenizar a parte contrária pelos prejuízos que esta sofreu e a arcar com os honorários advocatícios e com todas as despesas que efetuou.

A evidência que permite ao juiz conceder tutela antecipada nada mais é do que a fumaça do bom direito qualificado, a qual o legislador, em disposição discricionária, entendeu por bem atribuir o efeito de autorizar a antecipação do julgamento da causa, independentemente da concreta presença de uma urgência (DINAMARCO; LOPES, 2016).

Nessa esteira, o art. 311, inciso I, do novo Código de processo civil¹⁰ novamente previu o cabimento de antecipação de tutela com base no abuso de direito de defesa. Contudo, para que haja evidência nesse caso, não basta o “abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu”, sendo necessário, ainda, que esse pressuposto tenha como substrato a “plausibilidade do direito”, sem a qual não é possível migrar do juízo de verossimilhança para o de quase certeza (STRECK; NUNES; CUNHA, 2016). Em resumo, o que o novo Código de processo civil fez foi importar o inciso II e o § 6º do art. 273 do CPC/73¹¹, com algumas alterações, para os incisos I e IV do art. 311 do novo Código de processo civil.

À vista da similaridade entre o direito líquido e certo e o direito pautado em evidência, uma questão que se apresenta diz respeito à (in)viabilidade de se pugnar pela concessão de uma tutela de evidência mediante a impetração de mandado de segurança. Nesse sentido, vale ressaltar que o parágrafo único do art. 311¹² do novo Código de processo civil expressamente aduz que o juiz só poderá decidir liminarmente nas hipóteses dos incisos II¹³ e III¹⁴ deste preceito, o que afastaria, pelo menos em tese, a concessão de liminar a que se referem os incisos I¹⁵ e IV¹⁶ do aludido comando normativo.

Registre-se, ainda, que, para o deferimento da liminar no procedimento especial desta ação mandamental, há que se demonstrar a probabilidade de êxito na demanda e o risco de dano irreparável ou de difícil reparação, na forma do que dispõe o art. 7º, III, da Lei

¹⁰ Art. 311. A tutela da evidência será concedida, independentemente da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo, quando: I - ficar caracterizado o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório da parte.

¹¹ Art. 273. O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e: I - haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; [...] § 6º A tutela antecipada também poderá ser concedida quando um ou mais dos pedidos cumulados, ou parcela deles, mostrar-se incontroverso.

¹² Art. 311 [...] Parágrafo único. Nas hipóteses dos incisos II e III, o juiz poderá decidir liminarmente.

¹³ II - as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documental e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante.

¹⁴ III - se tratar de pedido reipersecutório fundado em prova documental adequada do contrato de depósito, caso em que será decretada a ordem de entrega do objeto custodiado, sob cominação de multa.

¹⁵ I - ficar caracterizado o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório da parte.

¹⁶ IV - a petição inicial for instruída com prova documental suficiente dos fatos constitutivos do direito do autor, a que o réu não oponha prova capaz de gerar dúvida razoável.

12.016/2009¹⁷. Assim, à primeira vista, não caberia liminar em quaisquer das hipóteses do art. 311 do novo Código de processo civil, tendo em conta que o perigo da demora se trataria de condição específica da ação mandamental, sem o qual seria inviável seu deferimento.

Para uma melhor compreensão do debate, merece destaque o posicionamento trilhado pelo ministro Fux (1996) - ainda sob a vigência da Lei 1.533/1951 e ao tempo da reforma do CPC/1973-, para quem a tutela de segurança seria reservada às situações de perigo. Confira-se:

Em face de seus pressupostos próprios, a tutela de segurança não encerra uma alforria a tantos quantos desejem livrar-se da morosidade da justiça. Persistem os procedimentos regulares traçados pelo Código, acrescentando-se o sumário das ações de segurança, somente adotável diante da situação de perigo, que, se inexistente, importará uma extinção do processo por falta de necessidade daquele rito, o que tecnicamente corresponde à 'falta de interesse processual'. (FUX, 1996, p. 69).

É certo que, no plano normativo, a tutela de segurança pressupõe a coexistência dos dois requisitos supramencionados. Todavia, não é raro o magistrado deparar-se com evidência extremada, cuja probabilidade do direito material é flagrante, de sorte a autorizar a concessão da liminar vindicada, independentemente da eventual presença da urgência. Com efeito, alerta a doutrina que, quanto mais “denso” se apresenta o direito, com menor rigor se exige o perigo da demora (STRECK; NUNES; CUNHA, 2016).

Sendo assim, a despeito da ausência do perigo da demora, não parece absurda a concessão da liminar, ainda que em mandado de segurança, lastreada em tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante, em cotejo, ainda, com prova documental acostada aos autos, conforme preconiza o art. 311, II¹⁸, do novo Código de processo civil.

Todavia, por interpretação literal do texto normativo, é possível encontrar decisões monocráticas do Superior Tribunal de Justiça indeferindo o pedido de medida liminar, ao

¹⁷ Art. 7º Ao despachar a inicial, o juiz ordenará:[...] III - que se suspenda o ato que deu motivo ao pedido, quando houver fundamento relevante e do ato impugnado puder resultar a ineficácia da medida, caso seja finalmente deferida, sendo facultado exigir do impetrante caução, fiança ou depósito, com o objetivo de assegurar o ressarcimento à pessoa jurídica.

¹⁸ Art. 311. A tutela da evidência será concedida, independentemente da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo, quando:[...] II - as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documentalmente e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante.

argumento de que é incabível a tutela de evidência no âmbito da ação mandamental, ante a ausência do perigo da demora, consoante preconiza o art. 7º da Lei n. 12.016/2009¹⁹.

Em todo caso, se a pretensão mandamental fundada em tutela de evidência for acompanhada de regular prova pré-constituída, parece desarrazoado extinguir o processo, sem resolução de mérito, por ausência de interesse processual. Isso porque a tutela disciplinada no art. 311 do CPC é de probabilidade extremada, ou seja, a aparente certeza de que se reveste o direito há de compensar a ausência do risco de dano, cabendo ao juiz a valoração desta “suficiência compensatória” na análise do caso concreto e dentro de uma “margem controlada de discricionariedade” (STRECK; NUNES; CUNHA, 2016).

Compartilha do mesmo entendimento Leonardo José Carneiro da Cunha (2017), para quem é possível aplicar ao mandado de segurança o que prescreve o art. 311, permitindo-se assim a concessão de tutela provisória de evidência para sobrestar os efeitos do ato impugnado ou para impor a prática de algum ato à autoridade pública.

Nesse passo, no caso do inciso I do art. 311, a conduta da autoridade ou o abuso de direito de defesa da pessoa jurídica à qual integre o impetrado são elementos que evidenciam a presença dos requisitos para a concessão da tutela provisória em apreço. Desse modo, é possível que caracterize evidência apta a justificar a concessão de tutela provisória no mandado de segurança (CUNHA, 2017).

Reforça essa tese o que se encontra disposto no enunciado nº 34/2017 do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis, assim redigido:

Considera-se abusiva a defesa da Administração Pública, sempre que contrariar entendimento coincidente com orientação vinculante firmada no âmbito administrativo do próprio ente público, consolidada em manifestação, parecer ou súmula administrativa, salvo se demonstrar a existência de distinção ou da necessidade de superação do entendimento.

No que concerne ao inciso IV do art. 311, sustenta Cunha (2017) valerem as mesmas observações atinentes ao inciso I acima debatido, de tal sorte que, na sua ótica, a falta de dúvida razoável apresentada pela autoridade caracteriza evidência apta a justificar a concessão da medida liminar.

¹⁹ Conferir, na íntegra, o MS nº 23.050/DF, Rel. Min. LAURITA VAZ. No mesmo sentido, as seguintes decisões monocráticas: MS nº 22.488/DF, Rel. Min. MAURO CAMPBELL MARQUES, DJe de 04/04/2016; MS nº 21.634/DF, Rel. Min. ASSULETE MAGALHÃES, DJe de 14/04/2015; e MS nº 17.333/DF, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, DJe de 02/08/2011.

Quanto ao inciso II do art. 311, repise-se, não há qualquer óbice à sua aplicação ao mandado de segurança, porquanto o ato praticado pela autoridade coatora, apontado na petição inicial do mandado de segurança como ilegal ou abusivo, ao infringir precedente obrigatório, faz surgir o provável acolhimento do mandando de segurança, a exigir o deferimento da liminar, ainda que não demonstrado o risco de dano ou de inutilidade do resultado (CUNHA, 2017).

Em sentido convergente, vale citar o enunciado nº 13/2016 do I Fórum Nacional do Poder Público - Brasília/DF: “Aplica-se a sistemática da tutela de evidência ao processo de mandado de segurança, observadas as limitações do art. 1.059 do CPC”.

Por fim, em que pese o parágrafo único do art. 311 haver franqueado o deferimento da medida liminar no caso dos incisos II e III, esta última hipótese se restringe à ação de depósito, não podendo ensejar, portanto, a tutela de evidência no mandado de segurança (CUNHA, 2017, p. 583).

2.3 Inovações na tutela de evidência

Para além do que já constava no CPC/1973 sobre tutela de evidência, o novo Código de processo civil inovou, especialmente quanto aos incisos II e III do art. 311. Nestas hipóteses, por expressa previsão do parágrafo único do art. 311, não há necessidade de pronunciamento da parte contrária, postergando-se, pois, o contraditório.

2.3.1 A evidência do direito com base em tese fixada em casos repetitivos ou súmula vinculante

Como se sabe, o novo Código de processo civil emprestou novo significado aos precedentes jurisprudenciais, a ponto de instigar respeitáveis vozes da doutrina pátria a enxergarem alguns pontos de contato com o sistema de precedentes judiciais anglo-saxônico²⁰.

Desta feita, merece especial atenção o art. 311, II, do novo Código de processo civil, ao evidenciar que será considerada tutela de evidência quando “as alegações de fato puderem

²⁰ Ensina Marcelo Alves Dias de Souza (2006, p. 39) que a expressão *common law* “é usada para reunir os sistemas jurídicos de certos países (a Inglaterra e outros que a seguiram, como os Estados Unidos) em uma família ou tradição jurídica próprias e comuns, em contraposição à família jurídica do *civil law*, também com seus caracteres comuns, a qual estão filiados os sistemas jurídicos da maioria dos países ad Europa Ocidental e também o Brasil.”

ser comprovadas apenas documentalmente e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante”. Ademais, há nesta hipótese o concurso de pressupostos de fato e de direito.

No que se refere às alegações de fato comprovadas documentalmente, exige-se, aqui, “direito líquido e certo”, ou seja, pretensão de direito material baseada em prova literal pré-constituída (STRECK; NUNES; CUNHA, 2016). O segundo requisito consiste em tese firmada em precedente obrigatório, especialmente em enunciado de súmula vinculante (art. 927, II, do novo Código de processo civil) ou em julgamento de demandas ou recursos repetitivos (art. 927, III, do novo Código de processo civil), os quais vinculam o magistrado, autorizando-o, inclusive, a deferir a tutela sem ouvir a parte contrária, consoante prescreve o parágrafo único do art. 311.

Muito embora o julgamento de casos repetitivos e a súmula vinculante ocupem lugar de destaque na hierarquia dos precedentes, parcela dos doutrinadores propõe interpretação extensiva da regra supramencionada, no sentido de se autorizar a concessão de tutela de evidência quando houver tese jurídica firmada em outros precedentes obrigatórios. Isso se justifica porque a tese jurídica assentada nas demais hipóteses do art. 927 do novo Código de processo civil guardam, igualmente, força obrigatória, de modo que não seria razoável impor ao postulante o ônus de suportar o tempo do processo, para ver antecipado o bem da vida pretendido, ante a pouca possibilidade de êxito da parte adversa (DIDIER; BRAGA; OLIVEIRA, 2016).

2.3.2 Pedido reipersecutório fundado em prova documental adequada do contrato de depósito

Já no inciso III do art. 311, a tutela da evidência será concedida quando se tratar de pedido reipersecutório²¹ fundado em prova documental adequada do contrato de depósito, caso em que será decretada a ordem de entrega do objeto custodiado, sob cominação de multa. Em síntese, trata-se de demanda em que o postulante busca a recuperação da posse de um bem, de sua propriedade, dado em depósito mediante contrato. O depositário, por seu turno, fica com a obrigação de conservar e manter sob sua guarda a coisa depositada, e ainda com o dever de restituí-la, com todos os frutos e rendimentos, quando o exija o depositante. Assim,

²¹ Obrigações reipersecutórias caracterizam-se pelo direito de seqüela, ou seja, o sujeito ativo do direito real ou de uma obrigação reipersecutória tem o direito de perseguir o bem jurídico onde quer se encontre e vê-lo integrado faticamente em seu patrimônio (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2017).

uma vez exigido pelo depositante a devolução da coisa, caso o depositário ofereça injusta recusa a entrega da coisa, cabe ao proprietário requerer a sua restituição mediante antecipação de tutela com base na evidência (SOUZA, 2014).

Vale o registro de que o CPC/1973 já contemplava regra especial de tutela provisória de evidência para essas obrigações, enquanto o novo Código de processo civil, embora tenha preservado a técnica, restringiu o alcance da norma para os casos de depósito convencional. Com efeito, o tema em debate rendeu a edição do enunciado nº 29/2015 da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (ENFAM), segundo o qual “para a concessão da tutela de evidência prevista no art. 311, III, do novo Código de processo civil, o pedido reipersecutório deve ser fundado em prova documental do contrato de depósito e também da mora.”. Nessa perspectiva, só haveria evidência capaz de justificar a distribuição do ônus do tempo do processo quando, consubstanciada a mora, os fatos constitutivos não carecessem de demonstração.

Por outro pórtico, há quem defenda que, a despeito da aparente inexistência de controvérsia acerca do contrato e da mora, a tutela de evidência em debate só caberia no caso em que o processo devesse prosseguir para a elucidação de alegação de fato impeditivo, modificativo ou extintivo, ou seja, quando a defesa de mérito indireta infundada exigisse instrução dilatória. Do contrário, seria aplicado ao caso o julgamento antecipado do mérito, na forma do art. 355 do novo Código de processo civil (MARINONI, 2017).

Ademais, sustenta Marinoni (2017) a inconstitucionalidade do parágrafo único do art. 311 do novo Código de processo civil, cuja redação aduz que “nas hipóteses dos incisos II e III, o juiz poderá decidir liminarmente”. Sob a ótica deste autor, é absolutamente impossível aferir os pressupostos para a concessão liminar da tutela de evidência, haja vista a imprescindibilidade da análise da consistência da defesa de mérito, sob pena de restarem violados contraditório e o direito da defesa.

Não obstante o posicionamento do doutrinador, no que toca à hipótese de alegações fundadas em tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante baseadas em robusta prova documental (art. 311, III, do novo Código de processo civil), é de rigor reconhecer a divergência trilhada pelos doutrinadores supramencionados, para quem a probabilidade extremada da tutela de evidência confere ao magistrado suporte para, mediante análise do caso concreto, deferir a liminar sem qualquer prejuízo ao contraditório, tal como ocorre nas demais técnicas antecipatórias.

2.4 A tutela de evidência contra a Fazenda Pública

O novo Código de processo civil, em seu art. 1.059²², definiu que os arts. 1º a 4º da Lei n. 8.437/1992 e o art. 7º, §2º, da Lei n. 12.016/2009, serão aplicados às tutelas provisórias cautelar ou satisfativa contra a Fazenda Pública. Dessa forma, continua em vigência a vedação para a concessão de tutela provisória, em desfavor do Poder Público, que tenha como propósito: i) reclassificação ou equiparação de servidores públicos e a concessão de aumento ou a extensão de vantagens ou pagamento de qualquer natureza; ii) que esgote, no todo ou em parte, o objeto da ação; e iii) a impugnação, em primeira instância, de ato de autoridade sujeita, na via do mandado de segurança, à competência originária do tribunal, salvo no caso de ação popular e de ação civil pública.

Não obstante haver sido reconhecida a constitucionalidade dessas legislações defensivas, o STF, não raro, tem perfilhado uma interpretação restritiva, reconhecendo o direito à tutela nos casos de verbas previdenciárias²³ e valores indevidamente tomadas do jurisdicionado (DIDIER; BRAGA; OLIVEIRA, 2016).

Além das flexibilizações já assentadas na jurisprudência pátria no que tange à possibilidade de tutela provisória de evidência contra a Fazenda Pública, convém mencionar, ainda, o enunciado nº 35/2017 do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis, com o seguinte teor: “As vedações à concessão de tutela antecipada contra a Fazenda Pública não se aplicam aos casos de tutela de evidência.”.

Num primeiro olhar, o citado enunciado parece excluir toda e qualquer tutela de evidência das vedações legais impostas pelas legislações ora vigentes. Nesse ponto, assevera Leonardo José Carneiro da Cunha (2017) que tal enunciado deve ser interpretado com a ressalva de que as vedações legais à tutela contra a Fazenda Pública aplicam-se ao disposto no inciso IV do art. 311 do novo Código de processo civil. Ademais, sempre que for o caso de julgamento antecipado do mérito, por suficiência de prova documental, caberá a tutela provisória contra a Fazenda Pública, desde que não se trate de um dos impedimentos legais referidos.

Por outro lado, na tutela de evidência com esteio no art. 311, II, do novo Código de processo civil, na hipótese de tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante, não parece subsistir razão para a incidência das vedações constantes no art. 1º da

²² Art. 1.059. À tutela provisória requerida contra a Fazenda Pública aplica-se o disposto nos arts. 1º a 4º da Lei no 8.437, de 30 de junho de 1992, e no art. 7º, § 2º, da Lei no 12.016, de 7 de agosto de 2009.

²³ Nesse sentido, vide a súmula nº 729 do STF, que assinala: “A decisão na Ação Direta de Constitucionalidade não se aplica à antecipação de tutela em causa de natureza previdenciária.”.

Lei n. 9.494/1997²⁴. Com efeito, esse posicionamento consagra o respeito à segurança jurídica, bem ainda a fiel observância ao sistema de precedentes, consubstanciado nos deveres de uniformidade, estabilidade, coerência e integridade a que alude o art. 926²⁵ do novo Código de processo civil (CUNHA, 2017).

Em sentido contrário, segue o teor do enunciado 14/2016 do I Fórum Nacional do Poder Público - Brasília/DF: “Não é cabível concessão de tutela provisória de evidência contra a Fazenda Pública nas hipóteses mencionadas no art. 1.059 do CPC”²⁶. Tal enunciado, na contramão do acima exposto, além de conspirar contra a plenitude da jurisdição, promove a insegurança jurídica e atenta contra o acesso à justiça e contra a isonomia, encerrando restrição nitidamente desarrazoada.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Nesse cenário de crise de inadimplemento da prestação jurisdicional, há que se buscar alternativas capazes de garantir, com o máximo de utilidade, a tutela jurisdicional, evitando-se, pois, o perecimento do direito pelo decurso do tempo. Com efeito, para elevar o grau de eficácia do suposto provimento final, o legislador entendeu por bem ampliar o rol de tutelas provisórias, acelerando o desfrute do direito que se revela altamente provável, à míngua da comprovação da urgência da medida.

Diferentemente do CPC/1973, que havia tratado timidamente da tutela de evidência, o novo Código de processo civil agora faz clara distinção com a tutela de urgência. Optou-se por esclarecer, de forma expressa, que a resposta do Judiciário deve ser rápida não só em situações em que a urgência decorre do perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo. Também nas situações em que as alegações da parte se mostrarem incontrastáveis, em cotejo ainda com a substância da prova documental acostada, deverá ser concedida a tutela, independentemente de perigo da demora, diante da ausência de motivo razoável para a sua demora.

Impende destacar, ademais, que a evidência do direito ora em debate é mais ampla e se apresenta altamente provável, a mesma que se alcançaria ao final de um processo de

²⁴ Art. 1º Aplica-se à tutela antecipada prevista nos arts. 273 e 461 do Código de Processo Civil o disposto nos arts. 5º e seu parágrafo único e 7º da Lei nº 4.348, de 26 de junho de 1964, no art. 1º e seu § 4º da Lei nº 5.021, de 9 de junho de 1966, e nos arts. 1º, 3º e 4º da Lei nº 8.437, de 30 de junho de 1992.

²⁵ Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.

eliminação de incerteza quanto ao alegado. Sendo assim, é contraproducente, neste caso, a morosidade de rito que ao final busca alcançar algo que se evidencia desde o início.

Registre-se, por oportuno, que a tutela de evidência, como qualquer outra técnica processual, é informada pelo seu caráter instrumental. Desse modo, deve o aplicador, ao fazer uso dela, tentar compreender o direito em debate pela sua dimensão teleológica, sem se deixar levar pelo excesso de formalismo, garantindo-se, dessa forma, o alcance dos fins pretendidos com o máximo de eficiência e o menor risco ao resultado útil do processo.

Conclui-se que a busca por efetividade no acesso à justiça perpassa pela questão temporal, de sorte que sua indefinição termina por negar à parte, cujas alegações se afiguram evidentes, o direito constitucional a um processo justo e eficaz. Sendo assim, com as inovações operadas na tutela provisória pelo novo Código de processo civil, no qual a duração razoável do processo é princípio informador, impõe-se aos atores envolvidos empreender esforços para que a tutela dos direitos evidentes tenha melhor alcance e mais aplicabilidade do que outrora.

REFERÊNCIAS

BARBI, Celso Agrícola. **Perspectivas do mandado de segurança**. Disponível em: <<https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/1342/1274>>. Acesso em: 03 dez. 2017.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BRASIL. Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados – ENFAM. **ENFAM divulga 62 enunciados sobre a aplicação do novo CPC**. 2015. Disponível em: <<http://www.enfam.jus.br/wp-content/uploads/2015/09/ENUNCIADOS-VERS%C3%83O-DEFINITIVA-.pdf>>. Acesso em: 30 dez. 2017.

_____. **Fórum Permanente de Processualistas Civis – FPPC**. Disponível em: <<http://portalprocessual.com/wp-content/uploads/2016/05/Carta-de-S%C3%A3o-Paulo.pdf>>. Acesso em: 30 dez. 2017.

_____. **I Fórum Nacional do Poder Público**. Disponível em:

<<http://anafenacional.org.br/wp-content/uploads/2016/07/Enunciados-I-FNPP.pdf>>. Acesso em: 30 dez. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Súmula nº 729**. Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_701_800>. Acesso em: 30 dez. 2017.

CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **A Fazenda Pública em juízo**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

DIAS, Jean Carlos. **Tutelas provisórias no novo CPC**: tutelas de urgência – tutela de evidência. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2018.

DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil - v. 2**: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória. 11. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A reforma da reforma**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

DINAMARCO, Cândido Rangel; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. **Teoria geral do novo processo civil**. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

FAGUNDES, Miguel Seabra. **O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

FUX, Luiz. **A tutela dos direitos evidentes. Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça**. Disponível em: <<http://bdjur.stj.gov.br>>. Acesso em: 03 dez. 2017.

_____. **Tutela de Segurança e Tutela de Evidência**: fundamentos da tutela antecipada. São Paulo: Saraiva, 1996.

MACHADO, Marcelo Pacheco. **Novo código**: um código de várias tutelas de evidência. Disponível em: <<https://www.jota.info/colunas/novo-cpc/novo-cpc-um-codigo-de-varias-tutelas-de-evidencia-23012017>>. Acesso em: 25 dez. 2017.

MACIEL, Adhemar Ferreira. **Mandado de segurança-direito líquido e certo**. Revista STJ: Dez Anos a Serviço da Justiça: Doutrina. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/publicacaoinstitutional/index.php/Dou10anos/article/view/3466/3589>> ISSN 85-7248-034-X. Acesso em: 10 dez. 2017.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela de urgência e tutela de evidência**: soluções processuais diante do tempo da justiça. 1. ed. em e-book baseada na 1. ed. impressa. São Paulo São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Código de Processo Civil Comentado**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

SOUZA, Artur César . **Análise da tutela antecipada prevista no relatório final da Câmara dos Deputados em relação ao novo CPC**: da tutela de evidência e da tutela satisfativa. Revista de Processo: RePro, v. 39, n. 235, p. 151-186, set. 2014. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/77461>>. Acesso em: 29 dez. 2017

SOUZA, Marcelo Alves Dias de. **Do Precedente Judicial à Súmula Vinculante**. Curitiba: Juruá, 2006.

STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Comentários ao código de processo civil**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação da tutela**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

**THE PROTECTION OF EVIDENCE IN THE NEW CIVIL PROCEDURE CODE:
INNOVATIONS AND THE MAXIMUM EFFECTIVENESS OF THE PROCESS.**

ABSTRACT

The Brazilian current Civil Procedure Code innovated by setting an own title for the protection of evidence. With the improvement of that mechanism, the aim of the maximum effectiveness of the process became more feasible than in the previous legislation. There is the hope that the legal practitioners understand the true spirit of that legal rule for strengthening the article 311 of the above-mentioned Code as an effective way to solidify the fundamental right to the fair, effective and rapid process.

Keywords: Brazilian new civil procedure Code. protection of evidence. Innovations. Reasonable duration of the proceeding. Effectiveness of the jurisdictional protection.



A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DA VAQUEJADA: LIVRE MANIFESTAÇÃO CULTURAL *VERSUS* DIREITO DOS ANIMAIS

*Ingrid de Lima Barbosa*¹

*Joyce de Matos Dantas*²

RESUMO

A proteção do patrimônio cultural encontra limite no direito ao meio ambiente. Assim, analisar-se-á a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.983/2016, a Lei nº 13.364/2016 e a Emenda Constitucional nº 96/2017. Nesse sentido, o presente trabalho pretende, por meio de revisão bibliográfica e de pesquisa documental e jurisprudencial, analisar o choque entre o direito à cultura e à manifestação cultural, e o direito ao meio ambiente, no que toca à prática da vaquejada. Ao fim, concluiu-se que o Legislativo abriu margem para a violação dos direitos dos animais por ignorar a construção semântica do texto legal e os pareceres científicos.

Palavras-Chave: Direito Ambiental. Vaquejadas. Patrimônio cultural. Direito dos animais.

1 INTRODUÇÃO

¹ Graduanda em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN).

² Graduanda em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN).

O surgimento das vaquejadas remonta aos séculos XVII e XVIII, época em que as fazendas não tinham limitações por cercas, de modo que os bois e as vacas de um proprietário e de outro se misturavam, cabendo aos vaqueiros realizar a separação. Com o passar do tempo, essa atividade se tornou um evento, e posteriormente, um esporte, atraindo milhares de espectadores e investimentos, com a geração de diversos empregos. Em razão disso, muitos defendem se tratar de patrimônio cultural brasileiro, por ser uma tradição, e, como tal, dever ser protegida e regulada, para ser melhor assegurada a sua realização, sem qualquer pecha de ilegalidade ou clandestinidade.

Assim, quando o Supremo Tribunal Federal (STF), no julgamento da Ação Direita de Inconstitucionalidade nº 4.983 – CE, declarou inconstitucional a Lei nº 15.299/2013, muitas críticas foram feitas, o que incitou o Congresso Nacional a logo aprovar a Lei nº 13.364/2016, que elevou a vaquejada à condição de manifestação da cultura nacional e de patrimônio cultural imaterial, asseverando a sua importância à tradição brasileira.

Posteriormente, caminhando nesse sentido, foi promulgada a Emenda Constitucional nº 96/2017, que inseriu no artigo 225 da Constituição Federal, o parágrafo 7º, passando a não considerar cruéis práticas desportivas com animais, se estas forem manifestações culturais (artigo 215, §1º da Constituição Federal) registradas como bem de natureza imaterial pertencente ao patrimônio cultural do Brasil, a exemplo das vaquejadas, sendo considerada uma vitória pelos seus defensores, e pelos ambientalistas e defensores dos animais, como um retrocesso e violação do inciso VII, §1º, artigo 225, da Constituição Federal.

Diante desse cenário, o presente artigo pretende analisar o choque entre o direito à cultura e à manifestação cultural, e o direito ao meio ambiente, ambos constantes da Constituição Federal, sob o viés histórico-jurídico desses direitos no ordenamento. Portanto, a metodologia estará calcada na revisão bibliográfica e na pesquisa documental e jurisprudencial, abordando o histórico da vaquejada no país, a decisão do Supremo Tribunal Federal, a reviravolta do Congresso Nacional, e o choque dos referidos direitos constitucionais, para, ao fim, concluir pela adequação, ou não, das novas normas com a conjuntura sócio jurídica atual.

2 A VAQUEJADA

A vaquejada corresponde a uma “modalidade esportiva” praticada sobretudo no Nordeste brasileiro, na qual dois vaqueiros, a cavalo, devem derrubar um boi, dentro dos

limites de uma demarcação a cal, puxando-o pelo rabo, vencendo a dupla que obtiver maior número de pontos (SILVA, 2007).

Conforme João Soares de Lima Neto (2017), a prática surgiu no sertão nordestino, entre os séculos XVII e XVIII, época em que as fazendas de gado não eram cercadas, de forma que animais pertencentes a diferentes fazendeiros se distanciavam em busca de alimentação. Assim, a vaquejada se originou, à época dos coronéis, da necessidade de reunir o gado disperso, uma vez que, como alguns animais eram mais difíceis de serem conduzidos, era preciso puxá-los pelo rabo e derrubá-los.

Os vaqueiros escolhiam um local para onde os bois seriam encaminhados, e, então, realizavam a chamada “apartação”, ou seja, a separação do gado da conta de um vaqueiro de uma determinada fazenda (BEZERRA, 1978, p. 8, citado por FIGUEIREDO; GORDILHO, 2016, p. 79), para serem entregues aos proprietários, os coronéis. No dia marcado para o início da apartação, numerosos fazendeiros e vaqueiros partiam para o campo, guiados pelo fazendeiro anfitrião e divididos em grupos, se espalhando em todas as direções à procura do gado.

Após a separação do gado, ou seja, a apartação, os vaqueiros demonstravam suas habilidades no evento festivo que ficou conhecido como vaquejada. Os coronéis e os senhores de engenho passaram, então, a organizar torneios, em que os participantes eram os vaqueiros e os patrões faziam as apostas entre si, embora ainda não existissem premiações para os campeões, apenas gratificações aos vaqueiros vencedores (SILVA, 2007). Com o passar do tempo, as competições se popularizaram, tornando-se públicas, com calendários e regras bem definidas, e movimentando verdadeiras fortunas de dinheiro (LIMA NETO, 2017, p. 24-25).

A prática, pois, passou a assumir o caráter esportivo que a reveste hodiernamente, bem como um significativo teor econômico, trazendo consigo grandes investimentos financeiros. Diante disso, segundo Brandão (2014), o que antes era uma confraternização entre coronéis, senhores de engenho e vaqueiros, hoje é uma verdadeira indústria, que submete os animais envolvidos à crueldade.

Nesse sentido, parcela dos juristas e estudiosos questiona a significação cultural das vaquejadas, discussão que encontra especial relevância a partir do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.983, em razão do conflito desta prática em relação à proteção dos direitos dos animais, conforme será exposto a seguir.

3 AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 4.983 – CEARÁ

Em 06 de outubro de 2016, o Supremo Tribunal Federal, por maioria, nos termos do voto do Relator, o Ministro Marco Aurélio, julgou procedente o pedido veiculado na Ação Direta de Inconstitucionalidade ajuizada pela Procuradoria-Geral da República em face da Lei nº 15.299, de 08 de janeiro de 2013, do Estado do Ceará, que regulamentava a vaquejada como atividade cultural e desportiva, senão vejamos:

Art. 1º. Fica regulamentada a vaquejada como atividade desportiva e cultural no Estado do Ceará.

Art. 2º. Para efeitos desta Lei, considera-se vaquejada todo evento de natureza competitiva, no qual uma dupla de vaqueiro a cavalo persegue animal bovino, objetivando dominá-lo.

§ 1º. Os competidores são julgados na competição pela destreza e perícia, denominados vaqueiros ou peões de vaquejada, no dominar animal.

§ 2º. A competição deve ser realizada em espaço físico apropriado, com dimensões e formato que propiciem segurança aos vaqueiros, animais e ao público em geral.

§ 3º. A pista onde ocorre a competição deve, obrigatoriamente, permanecer isolada por alambrado, não farpado, contendo placas de aviso e sinalização informando os locais apropriados para acomodação do público.

Art. 3º. A vaquejada poderá ser organizada nas modalidades amadora e profissional, mediante inscrição dos vaqueiros em torneio patrocinado por entidade pública ou privada.

Art. 4º. Fica obrigado aos organizadores da vaquejada adotar medidas de proteção à saúde e à integridade física do público, dos vaqueiros e dos animais.

§ 1º. O transporte, o trato, o manejo e a montaria do animal utilizado na vaquejada devem ser feitos de forma adequada para não prejudicar a saúde do mesmo.

§ 2º. Na vaquejada profissional, fica obrigatória a presença de uma equipe de paramédicos de plantão no local durante a realização das provas.

§ 3º. O vaqueiro que, por motivo injustificado, se exceder no trato com o animal, ferindo-o ou maltratando-o de forma intencional, deverá ser excluído da prova.

Art. 5º. Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Art. 6º. Revogam-se as disposições em contrário.

A referida ação foi ajuizada em julho de 2013, tendo sido destacado o conflito entre o artigo 225 da Constituição Federal, que assegura o direito ao meio ambiente (especialmente seu inciso VII que proíbe crueldade com os animais), e o artigo 215, também da Constituição, que trata dos direitos culturais. Defendeu-se a prevalência da proteção do meio ambiente em

razão dos maus-tratos oriundos da forma como são tratados os animais nestes eventos (BRASIL, 2016, p. 2).

Com efeito, foram colacionados aos autos laudo técnico, que comprovou a presença de lesões diversas aos animais, como também a possibilidade de haver o desprendimento da cauda com a derrubada do boi, o que causa dor e sofrimento, bem como estudo da Universidade Federal de Campina Grande, que apontou lesões e doenças sofridas pelos cavalos que participam do evento, concluindo pela ocorrência de tratamento cruel dos animais (BRASIL, 2016, p. 3).

O Governador do Estado do Ceará, por sua vez, destacou o histórico da vaquejada, defendendo a constitucionalidade da norma, tendo em vista que a regulamentação da prática protegia os mesmos bens que o autor da ação dizia terem sido violados, vez que foram estabelecidas sanções para a prática de maus-tratos. Além disso, afirmou que se trata de direito cultural assegurado pelo artigo 215 da Constituição Federal, bem como patrimônio cultural do povo nordestino (artigo 216), além de forte atrativo para o turismo, movimentando a economia com geração de empregos (BRASIL, 2016, p. 4-5).

Diante das provas trazidas, que apresentam como indiscutível o tratamento cruel dispensado aos animais no evento, e da análise da jurisprudência da Corte em julgados em que havia o choque entre o direito ao meio ambiente e o direito à cultura, o Ministro Relator entendeu pela interpretação das normas e fatos favoravelmente à proteção do ambiente natural, declarando inconstitucional a lei cearense que regulava a vaquejada.

Em posição diametralmente oposta, os Ministros Edson Fachin, Gilmar Mendes, Teori Zavascki, Luiz Fux e Dias Toffoli, votaram pela constitucionalidade da lei, sob diferentes perspectivas. O Ministro Edson Fachin, o primeiro a divergir, destacou que o próprio Ministério Público Federal reconheceu na sua petição inicial que a vaquejada se trata de manifestação cultural. Do mesmo modo, o Ministro Gilmar Mendes ressaltou o caráter cultural do evento, e a necessidade de se regular, não proibir. O Ministro Luiz Fux entendeu que a ponderação realizada pelo legislador, quando aprovou a lei questionada, afasta a ponderação do Judiciário.

O Ministro Teori Zavascki, por sua vez, ressaltou que a discussão se cingiria à (in) constitucionalidade da Lei do Estado do Ceará, não da vaquejada em si, de modo que, se fosse declarada inconstitucional, a prática continuaria sem qualquer regulamentação no referido Estado, o que seria pior. Por fim, o Ministro Dias Toffoli apontou haver distinção entre os casos da “farra do boi” e das “rinhas de galos” com o da vaquejada, não a considerando ilegítima perante o Estado, e destacou que, além de não haver prova cabal da crueldade

sistemática, a lei ainda se preocupou com a proteção dos animais, o que afastaria a sua inconstitucionalidade.

Como se observa, ao mesmo tempo em que foram ressaltados a tortura e os danos causados aos animais decorrentes da prática da vaquejada, e, em razão disso, a violação aos ditames constitucionais, os votos divergentes priorizaram o apelo cultural, a tradição, e a continuidade de tal atividade, a despeito da existência de lei regulamentadora. O choque entre a cultura de uma comunidade e o que dispõe a lei, no caso, a Constituição Federal, se torna um dos debates mais acirrados no Judiciário, vez que é inerente a essa discussão a identidade das pessoas, a sua história, que, apesar de se transformar/moldar à evolução social, não raro, está em descompasso com as normas vigentes, o que pode causar a ineficácia dessas.

4 A REVIRAVOLTA DO CONGRESSO NACIONAL

Apenas um mês depois da decisão do Supremo Tribunal Federal, foi sancionada a Lei nº 13.364, de 29 de novembro de 2016, de autoria do Deputado Federal Capitão Augusto do PR-SP, que elevou a vaquejada, o rodeio e as respectivas expressões artísticas-culturais, à condição de manifestação cultural e de patrimônio cultural imaterial. Segundo o relator da proposta na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, Efraim Filho, a referida lei serviria para derrubar a decisão do STF que trouxe uma solução muito “radical” (BRASIL, 2016, p. de internet):

É preciso que o STF reavalie essa posição para que a regulamentação da atividade seja o melhor caminho. É isso que nós defendemos, a regulamentação da atividade da vaquejada para que ela possa conviver em harmonia com a integridade física e o bem-estar dos animais. Ninguém na vaquejada defende os maus-tratos aos animais. Muito pelo contrário (BRASIL, 2016, p. de internet).

Por outro lado, o relator da Comissão Parlamentar de Inquérito dos Maus-Tratos a Animais, Ricardo Tripoli, manifestou-se pela inconstitucionalidade da lei, ressaltando que a decisão do Judiciário não deve ser discutida, mas cumprida. Da mesma forma, o Promotor de Justiça, Marcos Paulo de Souza Miranda (2016), considera violador da Constituição o mencionado diploma normativo, uma vez que a antiguidade das manifestações não deve servir como razão para a sua manutenção permanente, trazendo como exemplo *The Hunting Act* (Lei

de Caça), da Inglaterra, que proíbe a caça de raposas, renas e lebres, atividade que era realizada pelos ingleses há mais de 300 anos (MIRANDA, 2016).

A despeito de tais discussões, as disposições da Lei nº 13.364/16 mais tarde foram complementadas e reafirmadas pela Emenda Constitucional nº 96, de 06 de junho de 2017, que passou a não considerar cruéis as práticas desportivas com animais, se forem manifestações culturais, nos termos do artigo 215, §1º, da Constituição Federal, registradas como bem imaterial integrante do patrimônio cultural brasileiro, devendo ser regulamentadas por lei específica que garanta o bem-estar dos animais. De fato, com o advento da Emenda Constitucional nº 96, o artigo 225, da Constituição Federal, passou a conter o §7º:

§ 7º Para fins do disposto na parte final do inciso VII do § 1º deste artigo, não se consideram cruéis as práticas desportivas que utilizem animais, desde que sejam manifestações culturais, conforme o § 1º do art. 215 desta Constituição Federal, registradas como bem de natureza imaterial integrante do patrimônio cultural brasileiro, devendo ser regulamentadas por lei específica que assegure o bem-estar dos animais envolvidos. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 96, de 2017).

Em face da velocidade em que foram aprovadas as duas normas após a decisão da Corte Constitucional (apenas dez meses entre a apresentação da Proposta de Emenda à Constituição e a decisão do STF, que ainda pendia de publicação), nota-se que o seu propósito é específico e pretende permitir a vaquejada no país, sob a premissa de seu forte caráter cultural e da ausência de maus-tratos aos animais. Houve uma verdadeira reação institucional do Poder Legislativo, com apoio expressivo das bancadas do Nordeste, mostrando, mais uma vez, que não há um equilíbrio e harmonia entre os Poderes (CARLOS, 2017).

O diálogo entre as instituições apregoa que não deve haver um único poder em posse da última decisão sobre a interpretação constitucional, vez que o monopólio da interpretação não é aceitável no Estado Democrático de Direito (CAMARGO; VIEIRA; BACHA E SILVA, 2017). No caso em espécie, a Emenda Constitucional não pretendeu iniciar o diálogo entre as instituições, mas encerrar a controvérsia, como consta de sua justificativa, nestes termos:

a fim de encerrar a controvérsia que ainda cerca a questão, propõe-se a presente sugestão de emenda ao texto constitucional, por intermédio da qual se busca consignar na Lei Maior, com clareza, a permissão para que as práticas culturais de natureza imaterial que integram o patrimônio cultural brasileiro e comprovadamente

não submetam os animais à crueldade possam se realizar sem óbices. (BRASIL, 2016, p. de internet).

Destarte, tendo em mira que a opção legislativa adveio antes da efetiva reação da sociedade contra a decisão do Supremo, sequer tendo havido mobilização popular, não seria adequado dizer que houve o fenômeno do *backlash* (reação contrária), caracterizado pela existência de debates intensos sobre a decisão proferida, sem que isso implique no seu erro ou acerto (PIMENTEL, 2017, p. 193-194).

Por isso, a “revanche” proposta pelo Congresso Nacional em menos de um ano, ao mesmo tempo em que foi comemorada, suscitou críticas negativas, porquanto, a despeito da liberdade do legislador, não houve uma análise mais acurada sobre o tema, tendo a aprovação sido feita em meio ao clamor daqueles envolvidos na prática da vaquejada, sob a justificativa da sua raiz cultural e avanço em termos de proteção dos direitos dos animais, o que foi veementemente refutado pelos estudos apresentados na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.983/2016.

5 VAQUEJADAS: PATRIMÔNIO CULTURAL *VERSUS* DIREITO DOS ANIMAIS

Como visto, não se pode negar a existência dos dois direitos fundamentais mencionados, os quais estão abrigados na Constituição vigente, de modo que para analisar a adequação, a necessidade, o avanço ou o retrocesso das normas aprovadas pelo Legislativo, é preciso navegar pela análise da vaquejada como patrimônio cultural e sua relação com o meio ambiente, o que será feito a seguir.

5.1 Patrimônio cultural

Segundo o artigo 215, *caput*, da Constituição Federal, o Estado deve garantir a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, como também apoiar e incentivar a valorização e a difusão das manifestações culturais. O texto da Constituição Federal reitera a proteção aos direitos culturais ao dispor que o Estado protegerá as manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras, e das de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional (artigo 215, §1º).

Nesse sentido, a Constituição Federal busca tutelar o direito fundamental de acesso à cultura, o qual corresponde ao conjunto dos traços distintivos espirituais e materiais, intelectuais e afetivos que caracterizam uma sociedade ou um grupo social e que abrange, além das artes e das letras, os modos de vida, as maneiras de viver juntos, os sistemas de valores, as tradições e as crenças, consoante a definição apresentada pela Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura (UNESCO, 2002, p. 2).

A proteção da cultura nacional, por sua vez, diz respeito à proteção da livre manifestação cultural e do patrimônio cultural do país, este compreendido enquanto os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, referentes à identidade, à ação e à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade, conforme dispõe o artigo 216, *caput*, da Constituição Federal.

Neste diapasão, para que um bem, seja ele material ou imaterial, individual ou coletivo, possa ser considerado patrimônio cultural, faz-se necessária a existência de um nexo vinculante com a identidade, a ação e a memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira (FIORILLO, 2012, p. 424).

No que se refere à “identidade”, esta é o processo de construção de significado baseado em um atributo cultural de determinada sociedade. Já a “ação”, revela-se por intermédio de realizações materiais e imateriais, individuais ou coletivas. Quanto à “memória” cultural, esta pode ser considerada como a conservação de fatos ou ações do passado ou do presente, para o futuro (MACHADO, 2013, p. 1093).

Assim, o patrimônio cultural se relaciona à identidade, à ação ou à memória que é passada através do tempo, podendo ser visualizado enquanto o trabalho, a criatividade, a espiritualidade e as crenças, o cotidiano e o extraordinário das gerações anteriores diante do qual a geração presente terá que emitir um juízo de valor, dizendo o que deverá conservar, modificar ou até demolir (MACHADO, 2013, p. 1092).

Nesta seara, é possível chegar à conclusão que as vaquejadas fazem parte do patrimônio cultural imaterial, na medida em que correspondem a uma forma de expressão da cultura popular, por representar costumes, valores e códigos de sociabilidade passados pelo povo nordestino (LIMA NETO, 2017, p. 25).

Embora se trate de uma prática desportiva e de caráter econômico, conforme mencionado na seção anterior, tais aspectos não retiram sua natureza de patrimônio cultural, uma vez que poderá, ainda assim, enquadrar-se no disposto pelo artigo 216, da Constituição Federal. Certamente, a prática consiste em um bem, de natureza imaterial, que diz respeito à ação dos povos formadores da sociedade nordestina, ou seja, às suas atividades típicas, bem

como é uma representação da identidade e da memória destes, na medida em que conserva atos e fatos históricos dotados de significado para a região.

Com efeito, tem-se que os vaqueiros, durante os espetáculos, utilizam as vestimentas características da época em que a prática surgiu, reproduzindo os procedimentos necessários para a derrubada dos bois, tal como eram realizados para a apartação do gado. A festa, ainda que hodiernamente se caracterize enquanto uma prática desportiva, possui inegáveis raízes culturais, representando uma manifestação da história nordestina e da cultura local, transmitida de geração a geração até os dias atuais.

Sob este aspecto, a redação da Lei nº 13.364/2016, que elevou a vaquejada à condição de manifestação cultural e de patrimônio cultural imaterial, revela-se, antes, compatível com a proteção constitucional dos direitos culturais, representando uma forma de proteção infraconstitucional a este direito, em complementação às disposições constitucionais de caráter mais genérico e abrangente.

No tocante à Emenda Constitucional nº 96/2017, que acrescentou o parágrafo 7º ao artigo 225 da Constituição Federal, por ter considerado que as práticas desportivas com animais, desde que sejam manifestações culturais, não são cruéis, devendo ser regulamentadas por lei específica que assegure o bem-estar daqueles, apresenta-se em aparente desarmonia com a proteção aos direitos dos animais, trazida pelo artigo 225, §1º, VII, da Constituição Federal.

Uma vez identificado que as vaquejadas correspondem a uma forma de expressão da cultura nacional, enquadrando-se como patrimônio cultural do país, sua proteção consiste na salvaguarda do direito fundamental à livre manifestação cultural, que, como qualquer direito, encontra limites na proteção de outros direitos fundamentais, tais como o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, especialmente à proteção dos animais.

Sendo assim, importa verificar a compatibilidade, ou não, das vaquejadas com a tutela do meio ambiente, sobretudo no que diz respeito ao inciso VII, §1º, artigo 225, da Constituição Federal, o qual veda as práticas que submetem os animais à crueldade, discussão que ensejou a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.983 e que culminou na Lei nº 13.364/2016 e na Emenda Constitucional nº 96/2017.

Logo, faz-se oportuna uma análise acerca da salvaguarda jurídica nacional dos direitos dos animais, e sua relação com a prática das vaquejadas, levando-se em consideração a necessidade de sopesar os direitos fundamentais à livre manifestação cultural e ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, com vistas a examinar sua (des)harmonia e a conformidade das novas produções legislativas ao texto constitucional.

5.2 Direito e animais

A história do direito dos animais remonta ao século VI a.C., quando Pitágoras, defendendo a transmigração da alma humana, pregou o respeito aos animais. Mais à frente, no século XVIII, Jeremy Bethan lança a tese, que ainda é utilizada pelos defensores dos direitos animais, de que não importa se eles são seres racionais ou capazes de falar, mas, sim, se eles sofrem (PENSADORES, 1987, citado por SPAREMBERG, LACERDA, 2015, p. 185). Entretanto, somente em 1822, iniciaram os movimentos em prol dos animais quando os primeiros diplomas normativos surgiram na Inglaterra, por meio do *British Cruelty to Animal Act* (RODRIGUES, 2010, p. 65).

No Brasil, em 1924, entrou em vigor o Decreto nº 16.590 que tratava da defesa dos animais; em 1934, foi promulgado o Decreto nº 24.645, que definia 31 figuras de maus-tratos aos animais. No âmbito internacional, em 1978, foi proclamada a Declaração Universal dos Direitos do Animais³, da qual o Brasil é signatário, embora não a tenha ratificado. Essa Declaração apregoa a exaltação do valor da vida de todos os seres vivos e busca propagar um modo de vida que respeite os animais, nas suas necessidades (RODRIGUES, 2010, p. 65).

No âmbito penal, o Decreto nº 3.688/1941, que trata das Contravenções Penais, comina pena de prisão simples, de 10 dias a 1 mês, àqueles que trataram animais com crueldade ou os submetem a trabalho excessivo. Na Constituição Federal de 1988, por sua vez, o direito ao meio ambiente, foi assegurado no artigo 225, sendo proibida qualquer conduta que submeta os animais à crueldade (artigo 225, §1º, VII)⁴. Ademais, o artigo 23, VII da Constituição Federal, assevera que é competência comum da União, Estados, Distrito Federal e Municípios preservar a fauna.

Segundo Amaral e Vivo (2015), a proteção da fauna no Brasil advém das normas constitucionais programáticas, especialmente dos princípios da precaução e da prevenção, cabendo ao Poder Público, por meio de normas e práticas, tomar as medidas adequadas para sua efetiva proteção. Nesse sentido, a Lei nº 9.605/98, que trata dos crimes ambientais, preceitua em seu artigo 32 que é crime causar maus-tratos, ferir ou mutilar animais silvestres, domésticos ou domesticados, nativos ou exóticos, punido com detenção de 3 meses a 1 ano, e

³ Muitas controvérsias pairam sobre a aprovação da Declaração Universal dos Direitos dos Animais pela Organização das Nações Unidas para Educação, Ciência e Cultura – UNESCO. De acordo com Porto e Paccagnella (2017), a referida Declaração foi proclamada no âmbito da UNESCO, não pela UNESCO, conforme informação fornecida pela Fundação Direito Animal, Ética e Ciências. Na verdade, o documento internacional foi proclamado pela Liga Internacional dos Direitos dos Animais.

⁴ Sobre a proteção da fauna, vide Lei nº 5.197/67, norma que proíbe a caça profissional, estando ainda em vigor.

multa. Tal pena é aplicada, inclusive, nos casos de realização de experiências dolorosas, mesmos que para fins didáticos ou científicos, quando houver alternativas. Se ocorrer a morte do animal, a pena acima mencionada é aumentada de 1/6 a 1/3.

5.3 As vaquejadas e os animais

Laiane Castro Alexandrino (2016), em seu artigo, aponta que os animais utilizados nas vaquejadas são tratados como objetos, servindo como instrumentos para divertimento dos homens. Nesses eventos, há toda sorte de atos violentos contra os animais, não sendo raro o arrancamento da cauda dos bois, ao serem derrubados ao chão. No site da *British Broadcasting Corporation* (BBC), inclusive, foi relatada a ocorrência do desenluvamento (arrancamento do rabo do boi) em maio de 2015, no parque Alto Sereno, em Serrinha, Bahia (BITTENCOURT, 2016).

Efetivamente, como os bois são levados ao chão de forma abrupta, por várias vezes, eles acabam apresentando luxações e hemorragias internas, sem falar do estresse em razão das agressões (MARASCHIN; ITAQUI, 2009). Lopes e colaboradores (2009) acrescentam que os próprios cavalos apresentam alterações físicas, bioquímicas e hematológicas, em razão das atividades a que são submetidos. Embora seja de curta duração o exercício, os equinos acabam sofrendo com a grande intensidade gerada pela derrubada dos bois ao chão, o que causa danos.

Diante desses relatos, o Conselho Federal de Medicina Veterinária (CFMV, 2016), em audiência na Câmara dos Deputados, em 25 de outubro de 2016, apresentou posicionamento contrário à prática das vaquejadas, asseverando que essa atividade é capaz de causar rupturas dos ligamentos e vasos sanguíneos, causando lesões traumáticas, podendo comprometer, inclusive, a medula espinhal. Apontou-se, também, que a Instrução Normativa 03/2000, do Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento, considera “inadequados atos como arrastar, acuar, excitar, maltratar, espancar, agredir ou erguer animais pelas patas, chifres, pelos ou cauda”.

5.4 Possibilidades de análise e sopesamento

Conforme apontado por Rodrigues (2010, p. 96), o sistema econômico sempre foi o responsável pela avaliação e valoração da natureza, o que torna os animais mercadorias ou escravos. Dessa forma, um animal só teria valor quando possuísse alguma utilidade para o

homem, como no caso das vaquejadas, as quais, segundo a Associação Brasileira de Vaquejadas (Abvaq), movimentam R\$700 milhões por ano e geram 750 mil empregos, diretos e indiretos (BITTENCOURT, 2016).

Neste cenário, é possível questionar se as vaquejadas, como manifestações culturais protegidas pelos artigos 215 e 225 da Constituição, e a proteção dos animais, também assegurada pela Constituição Federal, são conflitantes ou harmônicas, e se Emenda Constitucional nº 96/17 é apenas mais uma aventura normativa, ou acolheu adequada e definitivamente no ordenamento jurídico um costume constitucional do povo brasileiro.

Pode-se partir do entendimento de que a Emenda Constitucional nº 96/17 representa um retrocesso na proteção do meio ambiente, quando confrontada com as decisões do STF que declararam inconstitucionais as “rinhas de galo” e a “farra do boi”. Do mesmo modo, pode-se entender que não se trata de um costume brasileiro tutelado pelo ordenamento, vez que a Constituição, conforme aponta Carlos Ayres Britto (2016), somente qualifica como bem jurídico o costume socialmente profícuo. Por fim, poder-se-ia reconhecer a vaquejada como manifestação cultural e o seu direito à proteção, o qual, contudo, diante do choque com a proteção dos animais (artigo 225, §1º, VII da Constituição Federal), poderia ser flexibilizado ou afastado.

Nesse sentido, Miranda (2016) aponta que não se pode confundir o conceito antropológico de cultura, que engloba todo tipo de manifestação humana, com o seu conceito jurídico, visto que é necessário que haja uma adequação entre o conceito e o que já dispõe o ordenamento jurídico. E no caso do meio ambiente, essa análise deve ser feita relacionando as diversas classificações que o meio ambiente apresenta, como o natural e o cultural. Esses dois “tipos” de meio ambiente devem estar em harmonia no ordenamento jurídico para que o fim da norma do artigo 225 da Constituição Federal seja alcançado.

Diante disso, verifica-se que a opção legislativa, com a Emenda Constitucional nº 96/2017, tratou o tema como um conceito antropológico, não levando em consideração os estudos e relatos dos cientistas e veterinários, os maus-tratos que marcam a história da vaquejada, e a proteção jurídica dos animais. Tratou-se, é verdade, de uma decisão eminentemente econômica, desvinculada dos princípios e das normas ambientais, de modo que a inovação legislativa está longe de representar a afirmação da cultura de um povo, como assim pregam seus defensores.

Sendo ou não uma manifestação cultural, o ato de alçar a vaquejada ao patamar constitucional abriu margem para que leis, como a do Ceará, que pouco, ou nada, fez em prol dos animais, sejam consideradas suficientes para tornar adequadamente regulamentada essa

atividade num Estado. Somente daqui a alguns anos se sentirá os efeitos dessa transformação no direito brasileiro.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A vaquejada, enquanto prática desportiva que expressa a cultura do povo nordestino, traduzindo os costumes, os valores e os códigos de sociabilidade passados de geração a geração, consiste em um patrimônio cultural imaterial do país, nos termos do artigo 216 da Constituição Federal. Decerto, a prática se refere à ação dos povos formadores da sociedade nordestina, bem como à sua identidade e à memória, na medida em que conserva atos e fatos dotados de significado histórico.

Assim, enquanto patrimônio cultural imaterial, reconhece-se a necessidade de sua proteção jurídica, e, portanto, da proteção ao direito fundamental à livre manifestação cultural, sendo necessária sua salvaguarda infraconstitucional. Sob este aspecto, a Lei nº 13.364/2016, que alçou a prática exatamente à condição de manifestação cultural e de patrimônio cultural imaterial, apresenta-se condizente com a norma constitucional.

No entanto, no que diz respeito à Emenda Constitucional nº 96/2017, a qual considera que as práticas desportivas, desde que manifestações culturais, integrantes do patrimônio cultural brasileiro, não são cruéis aos animais, encontra-se em conflito direto com o artigo 225, §1º, VII, da Constituição Federal. Desse modo, a alteração legislativa está em desarmonia com a garantia do meio ambiente ecologicamente equilibrado, no que tange ao meio ambiente natural.

Esse conflito decorre da opção legislativa em utilizar apenas o conceito antropológico de cultura, que diz respeito a todo tipo de manifestação humana, a despeito do conceito jurídico de cultura, que pressupõe sua necessária adequação ao ordenamento, o que não se verificou no presente caso, em que a proteção dos animais não foi devidamente considerada. Na verdade, houve a preterição em favor da proteção à manifestação cultural, sem o necessário sopesamento dos direitos fundamentais.

Ressalte-se que a novel disposição constitucional, ao presumir que as manifestações culturais desportivas não são cruéis aos animais, dificulta a análise dos direitos fundamentais envolvidos no caso concreto, quais sejam, o direito à livre manifestação cultural; e o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. A modificação, de fato, favorece a proteção de

práticas como as vaquejadas, em detrimento da proteção aos direitos dos animais, quando tal priorização deveria partir de exames em concreto.

Desse modo, ainda que seja reconhecida enquanto manifestação cultural e patrimônio cultural imaterial do país, a vaquejada encontra limites em outros direitos fundamentais, tais como o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, devendo o legislador ordinário dispor sobre as formas de proteção do animal em todos os seus aspectos, evitando os maus-tratos, além de analisar a sua adequação ao ordenamento jurídico vigente, o que não foi feito pelo Congresso Nacional, que atribuiu proteção constitucional específica à prática desportiva mencionada, abrindo margem para a violação dos direitos dos animais por ignorar a construção semântica do texto legal e os pareceres científicos.

REFERÊNCIAS

ALEXANDRINO, Laiane Castro. Vaquejada x direito dos animais: crueldade e cultura em contraposição. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, nov. 2016. Disponível em:

<<https://jus.com.br/artigos/54067/vaquejada-x-direito-dos-animais-crueldade-e-cultura-em-contraposicao>>. Acesso em: 25 out. 2017.

AMARAL, Gabriela Raduan; VIVO, Giulia Samaia de. Direito ambiental: a atuação do sistema judiciário para tutela dos animais. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, maio 2015.

Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/38917/direito-ambiental-a-atuacao-do-sistema-judiciario-para-tutela-dos-animais>>. Acesso em: 21 out. 2017.

BITTENCOURT, Mario. **O boi teve o rabo arrancado**: proibição da vaquejada abre polêmica. 2016. Disponível em: <<http://www.bbc.com/portuguese/brasil-37830658>>. Acesso em: 25 out. 2017.

BRANDÃO, Igor Macedo. Crimes ambientais: uma visão sobre as práticas do rodeio e da vaquejada. **Revista ibero-americana de Ciências ambientais**, Sergipe, v. 5, n. 1, p. 157-169, 15 dez. 2014.

BRASIL. CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Lei que considera vaquejada patrimônio imaterial é sancionada em meio a polêmica**. 2016. Disponível em:

<<http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/DIREITO-E-JUSTICA/520742-LEI-QUE-CONSIDERA-VAQUEJADA-PATRIMONIO-IMATERIAL-E-SANCIONADA-EM-MEIO-A-POLEMICA.html>>. Acesso em: 21 out. 2017.

_____. SENADO FEDERAL. **PROPOSTA DE EMENDA À CONSTITUIÇÃO Nº, DE 2016**. 2016. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=3035267>>. Acesso em: 28 out. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.983. Requerente: PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA. Interessados: GOVERNADOR DO ESTADO DO CEARÁ e ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DO CEARÁ. Relator: Ministro MARCO AURÉLIO. Brasília, DISTRITO FEDERAL, 06 de outubro de 2016. Brasília.

BRITTO, Carlos Ayres. **Cultura? Qual?** 2016. Disponível em: <<http://opinio.estadao.com.br/noticias/geral,cultura-qual,10000064608>>. Acesso em: 21 out. 2017.

CAMARGO, Margarida Lacombe; VIEIRA, José Ribas; SILVA, Diogo Bacha e. **A vaquejada e o incipiente diálogo institucional**. 2017. Disponível em: <https://jota.info/artigos/a-vaquejada-e-o-incipiente-dialogo-institucional-23062017#_ftn19>. Acesso em: 28 out. 2017.

CARLOS, Fabiano Gonçalves. **PEC da vaquejada: a Constituição como caricatura**. 2017. Disponível em: <<https://jota.info/artigos/pec-da-vaquejada-a-constituicao-como-caricatura-05042017>>. Acesso em: 28 out. 2017.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA VETERINÁRIA (Brasil). **Posicionamento do CFMV sobre práticas realizadas para entretenimento que resultem em sofrimento animal**. 2016. Disponível em: <<http://portal.cfmv.gov.br/portal/noticia/index/id/4876>>. Acesso em: 24 out. 2017.

FIGUEIREDO, Francisco José Garcia; GORDILHO, Heron José de Santana. A vaquejada à luz da Constituição Federal. **Revista de Biodireito e Direito dos Animais**, Curitiba, v. 2, n. 2, p. 78-96, 12 dez. 2016.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro**. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

LIMA NETO, João Soares de. **A proteção jurídica dos animais no Brasil**. 2017. 36 f. TCC (Graduação) - Curso de Direito, Universidade Estadual da Paraíba, Guarabira, 2017.

LOPES, Kátia Regina Freire.; BATISTA, Jael Soares; DIAS, Regina Valéria da Cunha; SOTO-BLANCO, Benito. Influência das competições de vaquejada sobre os parâmetros indicadores de estresse em equinos. **Ciência Animal Brasileira**, v. 1, n. 2, p. 538-543, 2009.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2013.

MARASCHIN, Cláudio.; ITAQUI, Cintia. Os direitos dos animais e o judiciário: uma proposta de estudo. **Revista Estudos Legislativos**, v. 3, 2009.

MIRANDA, Marcos Paulo de Souza. **Lei que reconhece a vaquejada como patrimônio cultural é inconstitucional**. 2016. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-dez-17/ambiente-juridico-lei-reconhece-vaquejada-patrimonio-inconstitucional>>. Acesso em: 25 out. 2017.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A EDUCAÇÃO, A CIÊNCIA E A CULTURA (UNESCO). **Declaração Universal sobre a Diversidade Cultural**. 2002. Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0012/001271/127160por.pdf>>. Acesso em: 29 out. 2017.

PIMENTEL, Mariana Barsaglia. Backlash às decisões do Supremo Tribunal Federal sobre união homoafetiva. **Revista de informação legislativa: RIL**, v. 54, n. 214, p. 189-202, abr./jun. 2017. Disponível em:

<http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/54/214/ril_v54_n214_p189>. Acesso em: 25 out. 2017.

PORTO, Adriane Célia de Souza; PACCAGNELLA, Amanda Formisano. A verdadeira natureza jurídica da Declaração Universal dos Direitos dos Animais e sua força como carta de princípios. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XX, n. 165, out 2017. Disponível em: <http://ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=19733>. Acesso em: 27 set. 2018.

RODRIGUES, Danielle Tetü. **O direito & os animais**: uma abordagem ética, filosófica e normativa. 2. ed., 2ª reimpressão. Curitiba: Juruá, 2010. 264p.

SILVA, Thomas de Carvalho. **Vaquejadas**: manifestações das culturas populares ou crime de crueldade e maus-tratos contra os animais?". 2007. Disponível em: <https://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=921>. Acesso em: 29 out. 2017.

SPAREMBERG, Raquel Fabiana Lopes; LACERDA, Juliana. Os animais no direito brasileiro: desafios e perspectivas. **Revista Amicus Curiae**, Santa Catarina, v. 12, n. 2, p. 183-202, dez. 2015. Disponível em: <<http://periodicos.unesc.net/amicus/article/download/2334/2288>>. Acesso em: 25 out. 2017.

THE CONSTITUTIONALIZATION OF THE VAQUEJADA: FREE CULTURAL MANIFESTATION VERSUS ANIMAL LAW

ABSTRACT

The protection of the cultural patrimony is limited by the right to the environment. Therefore, it will be analyzed the Direct Action of Unconstitutionality nº 4.983/2016, the Law nº 13.364/2016 and the Amendment nº 96/2017. In this sense, this work intends, through a bibliographical review and documentary and jurisprudential research, to analyze the clash between the right to culture and to cultural manifestation, and the right to the environment, regarding the practice of the Vaquejadas. Finally, it is concluded that the Legislature allowed

the violation of animal rights by ignoring the semantic construction of the law and the scientific advices.

Keywords: Environmental law. Vaquejadas. Cultural patrimony. Animal law.



O HOMEM DE ALCATRAZ: UMA APROXIMAÇÃO ENTRE A REALIDADE DO SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO E O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL

Edson Matheus Dantas Vieira¹

Rodrigo da Silva Fernandes²

RESUMO

O presente trabalho buscou abordar o filme “O Homem de Alcatraz” a partir do diálogo com a realidade presente no sistema penitenciário nacional e com o tema *Estado de Coisas Inconstitucional*, recentemente inserido no Direito brasileiro. Pretende-se traçar um paralelo entre o filme e a negligência estatal quanto aos direitos fundamentais da população carcerária brasileira. Esta pesquisa tem por justificativa a necessidade de trazer o tema ao debate, em virtude da escassez de conteúdo produzido, bem como de resgatar um filme antigo, porém, rico e atual em seu enredo.

Palavras-chave: O Homem de Alcatraz. Sistema penitenciário brasileiro. Estado de Coisas Inconstitucional.

“Nada é permanente, exceto a mudança”.

(Heráclito)

¹ Graduando em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN).

² Graduando em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN).

1 INTRODUÇÃO

O Homem de Alcatraz (*Birdman of Alcatraz* na obra original) foi um filme lançado em 1962 e traz em seu roteiro a história real de Robert Franklin Stroud, conhecido como “*Birdman of Alcatraz*” pelo seu talento em cuidar de pássaros enquanto cumpria sua pena. O filme evidencia o falho sistema prisional americano da época, no qual o Estado tratava os detentos como meros objetos e a reabilitação era pouco efetiva. Desse modo, ao ser condenado, o indivíduo simplesmente recebia a pena, sem ter suas características avaliadas e individualizadas, e tinha que cumpri-la seguindo fielmente as regras impostas pelo sistema, ou poderia receber punições severas.

Porém, não é só nesses pontos que o longa-metragem se destaca, trazendo uma crítica contundente à ausência de políticas públicas de reabilitação social dos detentos e de sua posterior reinserção na sociedade. Todos esses aspectos podem ser observados no sistema carcerário nacional, cuja estrutura defasada é evidente e a violação aos direitos fundamentais é cristalina. Por isso, adotando-se um instituto originado nas decisões da Corte Constitucional Colombiana, o Supremo Tribunal Federal (STF), no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 347/DF, em 27 de agosto de 2015, reconheceu a perpetuação de um “estado de coisas inconstitucional” no Sistema Penitenciário Brasileiro.

Diante disso, é possível estabelecer uma aproximação da obra com o instituto do Estado de Coisas Inconstitucional, posto ser este constatado quando ocorridas violações de direitos fundamentais que atingem um número elevado de pessoas, omissão de órgãos estatais e solução dependente do diálogo, da articulação e da atuação conjunta da “rede”, todos apresentados no filme.

2 PERSPECTIVA TEÓRICA DA OBRA

O Homem de Alcatraz foi um filme inovador para a sua época. Nele, não se reproduz a tradicional perspectiva da prisão como mero ambiente destinado à correção do indivíduo que transgrediu a lei. Subvertendo a lógica até então estabelecida, a obra aborda o cárcere como um ambiente que limita as possibilidades de crescimento e de reabilitação social do homem.

A obra se insere em um contexto de grandes transformações no sistema penitenciário norte-americano, ocorridas entre as décadas de 1960 e 1970. Essa época marca a mudança de visão da política criminal norte-americana, passando-se a adotar uma linha mais punitivista, ao mesmo tempo em que foi construído entre as autoridades americanas um discurso de que os programas de reabilitação dos internos eram inefetivos.

Phelps (2011) considera que nos Estados Unidos da América (EUA), a partir dos anos 1970, o ideal da reabilitação social como paradigma para o sistema de justiça criminal foi publicamente desacreditado. Essa época marca a mudança de visão da política criminal norte-americana, passando-se a adotar uma linha mais punitivista, ao mesmo tempo em que foi construído entre as autoridades americanas um discurso de que os programas de reabilitação dos internos eram inefetivos.

Embora o filme centre-se na história de Robert Franklin Stroud, um dos ex-detentos mais famosos dos Estados Unidos, o seu objetivo central não é abordar o processo criminal de um réu em específico ou discutir a inocência ou a culpa de alguém pelo cometimento de um crime, mas realiza uma ampla crítica ao sistema de justiça criminal dos Estados Unidos, voltado para a punição do detento e menos orientado para a sua reabilitação social.

Em que pese o filme tenha sido lançado no início da década de 1960, as questões por ele debatidas ainda permanecem atuais. Passados mais de cinquenta anos, a questão da reabilitação social dos egressos do sistema penitenciário continua a ser tema relevante não somente nos Estados Unidos, mas em diversos outros países do ocidente, dentre eles o Brasil.

3 SÍNTESE DA OBRA

O Homem de Alcatraz é um filme estadunidense, lançado no ano de 1962, originalmente com o título *Birdman of Alcatraz*. A obra é inspirada no livro homônimo *Birdman of Alcatraz* (1955), do escritor norte-americano Thomas Eugene Gaddis, o qual é baseado, por sua vez, na história real de Robert Franklin Stroud, mais conhecido pelo público norte-americano como o "*Birdman of Alcatraz*". Stroud foi um dos mais famosos detentos da Penitenciária Federal de Alcatraz, localizada na Ilha de Alcatraz e situada no estado da Califórnia, Estados Unidos da América.

A primeira cena é paradigmática e reflete a abordagem crítica da obra, exibindo um grupo de detentos sendo transportados em um vagão de trem sufocante, quente e superlotado. Essa cena não retrata apenas um mero meio de transporte, mas pode ser interpretada como

uma metáfora do próprio sistema prisional norte-americano da época, superlotado, desumanizador e repressivo.

Nesse cenário, um dos prisioneiros, Robert Franklin Stroud, interpretado pelo ator Burt Lancaster, usa seu chapéu para quebrar uma das janelas e assim permitir que entre um pouco de ar fresco no ambiente, o que pode ser enxergado como um verdadeiro ato de insurgência contra o sistema. Nas cenas seguintes, o personagem é duramente repreendido pelo guarda Bull Ransom, interpretado por Neville Brand, e é levado para o vagão, no qual se encontra Harvey Shoemaker, interpretado por Karl Malden, diretor da Penitenciária Federal de Leavenworth, Kansas, nos Estados Unidos da América, local onde Stroud cumpriria sua pena.

Nas cenas seguintes, o diretor da penitenciária tenta por diversas vezes impor sua autoridade e submeter o protagonista às regras restritivas do sistema prisional, porém, o protagonista se insurge contra a lógica desse sistema e passa a questionar a autoridade do diretor, o que imediatamente provoca o surgimento de uma situação de conflito entre ambos os personagens.

Paradoxalmente, ao mesmo tempo que ambos os personagens se enquadram em posições sociais diametralmente diferentes, eles se aproximam. Enquanto o protagonista é desumanizado por um sistema repressivo, o diretor da penitenciária também se torna vítima mesmo sistema, visto que atua como parte integrante do aparato estatal de punição, submetendo-se ao cumprimento das regras estritas e atuando como mero instrumento a serviço da agência responsável pela administração do Sistema Federal de Prisões, o *Bureau of Prisons*³.

Após a chegada do protagonista à Penitenciária Federal de Leavenworth, é dramatizado um dos eventos que alterou significativamente, tanto na vida real como na arte, os rumos da vida de Robert Stroud. Durante uma conversa com um dos guardas da penitenciária, Stroud se irrita e segura-o pela farda. Diante desse desacato, o agente ameaça registrar a infração, o que poderia dar ensejo à suspensão do direito a visitas do protagonista.

Apesar da tentativa de Stroud de esclarecer que receberia a visita de sua mãe e que esta havia viajado vários quilômetros para visitá-lo, o guarda, de forma irredutível, afirma que seguirá com o registro da infração. As discussões seguintes provocam o início de uma luta

³ O *Federal Bureau of Prisons* (BOP) é uma agência federal dos Estados Unidos da América (EUA). Trata-se de uma subdivisão do Departamento de Justiça dos EUA, o BOP é responsável pela administração do sistema prisional federal.

corporal entre os personagens. Como resultado, o protagonista termina por acertar o guarda com um golpe de faca, e este vem a óbito logo em seguida.

Como não poderia ser diferente, o protagonista passa a responder a um novo processo criminal, porém, desta vez a pena cominada foi a capital. As cenas seguintes são dominadas pela exibição de celas e pátios, nos quais, muitas das vezes, Robert Stroud é o único presente. O clima de solidão, angústia e opressão é reforçado pela preparação de uma forca, na qual o protagonista deveria ser executado. Inconformada com a decisão, a mãe de Stroud, interpretada por Thelma Ritter, decide realizar junto à sociedade civil uma ampla campanha pela vida do seu filho, fazendo seu pedido chegar ao presidente dos Estados Unidos. Este determina o perdão de Stroud, entretanto, por ordem do Procurador-Geral, a pena de morte por enforcamento é comutada em prisão perpétua.

Durante o cumprimento de sua pena, o protagonista encontra um filhote de pardal no pátio da penitenciária. Esse momento marca a sua redenção, pois, através do tempo e esforço dedicados a cuidar e a treinar o animal, surge uma nova motivação para sua vida.

Apesar de singelo, esse ato rompe com toda a rigidez imposta pelo cárcere e se transforma em uma ferramenta de fuga da lógica do sistema prisional norte-americano, constituindo-se um verdadeiro ato de rebeldia contra um sistema que reifica o homem e rouba sua dignidade. A situação é favorecida pela saída do diretor Shoemaker, que passou integrar a comissão dedicada à reforma da agência responsável pela administração do Sistema Federal de Prisões e a sua substituição por um novo diretor (Hugh Marlowe) mais tolerante com o comportamento dos reclusos.

A partir disso, Stroud começa a adquirir canários e os outros prisioneiros rapidamente seguem o seu exemplo. Com o tempo, Stroud começa a criar mais aves em sua cela à medida que outros presos acabam por desistir de cuidar de suas aves. Neste contexto, o protagonista também decide libertar o pardal que estava sob os seus cuidados para que assim o animal pudesse viver em liberdade, como era o desejo do protagonista de se libertar dos grilhões do cárcere e ser reintegrado à sociedade.

Se o primeiro contato de Stroud com o guarda Ransom foi marcado pela hostilidade, eles lentamente desenvolvem uma nova relação, superando as animosidades do contato inicial. Esse processo se completa quando o guarda dá sua caixa de maçãs para que Stroud possa construir uma gaiola. Com a nova direção tolerante com a adoção de aves como animais de estimação, o ambiente no interior da prisão é completamente alterado. Se antes imperava a rigidez das regras e a monotonia do dia a dia, agora desenvolvia-se um ambiente mais humano e modificando a rotina da prisão.

No entanto, esse ambiente é rapidamente alterado pelo aparecimento de uma doença infectocontagiosa que rapidamente se espalha entre as aves, causando alta mortalidade. Neste intervalo, o pardal que havia sido solto por Stroud retorna para a penitenciária e rapidamente é contagiado pela doença.

Diante dessa situação, o protagonista lança-se a uma rotina intensa de estudos sobre as principais doenças que afetam as aves, vindo a descobrir que a doença em questão se tratava da septicemia hemorrágica⁴. Uma vez descoberta a doença, o protagonista busca, por meio da aplicação do método científico, desenvolver e isolar um composto capaz de curar as aves.

Durante seus trabalhos, o pardal vem a falecer, sendo essa uma das cenas mais marcantes e bem construídas do filme.

Lentamente e com grande custo, Stroud encontra a cura e começa a escrever diversos artigos sobre suas descobertas em revistas especializadas em aves. Após a efetividade do remédio para aves desenvolvido, ele rapidamente começa a comercializar seu produto via correio. Também consegue com sucesso publicar dois livros, o tratado *Diseases of Canaries* (Doenças dos Canários, tradução nossa) lançado no ano de 1933 e uma edição posterior, *Stroud's Digest on the Diseases of Birds* (Resumo das doenças das aves por Stroud, tradução nossa), esta de 1943.

Um dia, Stroud recebe a visita da criadora de pássaros, Stella Johnson (Betty Field), uma grande fã do seu trabalho e esta propõe ajudá-lo a colocar à venda o medicamento. Juntos firmam uma parceria e imediatamente passam a comercializar o produto.

As autoridades, incomodadas com as atividades de Stroud, tentam limitar sua criação de pássaros, no entanto Stella ajuda-o a organizar uma campanha pública pela manutenção de sua criação de aves e de suas atividades. O resultado da empreitada é bem-sucedido e o protagonista acaba por adquirir o direito de utilizar outra cela, o que o permite adquirir os equipamentos científicos necessários à continuidade de suas pesquisas.

Ainda que a situação do personagem estivesse muito mais favorável do que no momento de sua prisão, a relação com a sua mãe começa rapidamente a se deteriorar. Nesse período, Stroud casa-se com Stella. Neste ponto, há o rompimento completo com a sua mãe, que começa a declarar publicamente que seu filho deveria permanecer na prisão.

⁴ A Pausteurelose, conhecida também pelos nomes septicemia hemorrágica e cólera aviária, é uma doença infectocontagiosa que afeta as aves com mais de 6 semanas, provocando alta mortalidade. Os seus sintomas são, principalmente, febre, sonolência, congestão ou cianose de cristas e barbelas e morte repentina.

Contudo, ocorre uma grande reviravolta na obra quando o protagonista é informado da sua transferência imediata para a Penitenciária Federal de Alcatraz, popularmente conhecida como a “Rocha”, e ele tem apenas 10 minutos para se preparar para a transferência. Stroud é forçado a deixar todos os seus pássaros e materiais de pesquisa para trás.

A nova prisão para a qual o protagonista é transferido trata-se de uma prisão de segurança máxima. Esse estabelecimento é taxado pelas autoridades americanas como um modelo de disciplina e organização, albergando os presos mais perigosos de toda a América. Também era conhecido pelo rígido sistema de segurança, tido por infalível.

Conforme as determinações deste estabelecimento, o protagonista é proibido de possuir animais de estimação ou de continuar com seu trabalho de pesquisa sobre as aves. Coincidentemente, o diretor da prisão era Shoemaker. Na Rocha, Stroud passou mais 6 anos na solitária.

Durante a sua reclusão em Alcatraz, Stroud teve seus direitos severamente restringidos, não possuindo qualquer oportunidade de trabalho ou contato com o mundo exterior. Ele chegou até mesmo a tentar escrever um livro sobre a história do sistema prisional dos EUA, no entanto, os seus planos foram frustrados pelo diretor da unidade que jamais permitiu a publicação dessa obra. Diante da rigidez do sistema e percebendo que não seria libertado, o protagonista rompe seus laços afetivos com o mundo exterior e divorcia-se de sua esposa para que esta não viesse mais a sofrer por ele.

O “mito” da infalibilidade do sistema de disciplina e segurança de Alcatraz é rompido a partir do início de uma rebelião no ano de 1946. Como é retratado, as autoridades da penitenciária se mostram completamente despreparadas e, diante desta situação, o Exército dos Estados Unidos é chamado para debelar o movimento. Durante as cenas que seguem, torna-se evidente o uso desproporcional da força pelos militares, que chegam a empregar metralhadoras pesadas e granadas contra os reclusos. A cena é finalizada com a intervenção realizada por Stroud para encerrar as hostilidades, entregando as duas únicas armas em posse do grupo e garantindo inexistir qualquer outra ameaça no interior da prisão. Sua ação é respaldada por Shoemaker, o qual garante às demais autoridades que podem confiar no detento em questão, haja vista que Stroud jamais mentiu para ele.

O filme se encerra com a transferência do protagonista de Alcatraz, após 17 anos. No cais, ele conhece e trava uma breve conversa com Thomas E. Gaddis (Edmond O'Brien e narrador do filme), autor do livro sobre Stroud. Ao final, é informado que na vida real, o cidadão Robert Franklin Stroud foi transferido para o Centro Médico Para os Presos Federais

em Springfield, Missouri, Estados Unidos, local onde permaneceu até a sua morte, aos 73 anos de idade.

4 O HOMEM DE ALCATRAZ E A REALIDADE DO SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO: UM PARALELO NECESSÁRIO

É possível afirmar que “O Homem de Alcatraz” é uma jornada. Em seus 147 minutos, aproximadamente, o longa-metragem aborda diversos temas, fazendo o expectador reagir a todos os eventos pelos quais o protagonista passa. Isso se deve, dentre outras explicações, ao fato de que o personagem vai se transformando ao decorrer da trama, isto é, se reabilitando.

A educação é o fator decisivo para a reabilitação de Stroud, porém, este precisa lidar com as injustiças do Estado e do sistema penitenciário, sem, contudo, perder a vontade de viver.

Diante disso, o filme traz embates ideológicos atemporais entre os conceitos de prisão e liberdade e de vida e morte, inseridos na história de Stroud, sendo possível estabelecer um paralelo entre alguns pontos do longa-metragem e a realidade do atual sistema penitenciário brasileiro, demonstrando a forma como esses temas foram tratados e tecendo algumas críticas.

4.1 Das antíteses Prisão-Liberdade e Vida-Morte presentes no filme

Um dos grandes destaques de O Homem de Alcatraz é a antítese prisão-liberdade, evidenciada durante boa parte da sua duração. Parte-se de uma relação estabelecida entre um presidiário, alguém cuja liberdade foi cerceada pelo Estado, e seus pássaros, símbolos da própria liberdade.

Ao iniciar sua relação com os pássaros, Stroud preenche o vazio da prisão com os estudos. Embora o filme seja focado mais no lado de dentro da cela do protagonista, esta vai passando por modificações, sendo ocupada por gaiolas, equipamentos de laboratórios e substâncias químicas, evidenciando as fases de criação e estudo do prisioneiro, bem como uma metáfora de como a vida dele foi preenchida após se dedicar àquela atividade, à educação.

A educação é um direito social fundamental, previsto na Constituição Federal de 1988 (arts. 6 e 205 a 214), na Lei Federal nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996 (Lei de Diretrizes e Bases da Educação – LDB), sendo garantida a assistência educacional ao preso e ao internado pela Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 (Lei de Execução Penal, arts. 10, 11, IV, 17 a 21-A⁵). Porém, a realidade é outra.

No sistema prisional brasileiro, a educação é vista como um programa eventual (OLIVEIRA, 2017). Faltam materiais didáticos, professores treinados para lidar com os presos e não há previsão de melhora.

No longa-metragem, o protagonista não recebe ajuda de professores, mas se torna autodidata, e por meio da leitura, pesquisa e experiências, consegue se especializar no estudo das patologias avícolas. No Brasil, mesmo com o auxílio de professores, pouco consegue ser obtido em relação à ressocialização da população carcerária, esta crescente, contudo, de pouca importância para o Estado⁶.

A educação, por isso, serve como uma ferramenta para reinserir o indivíduo na sociedade. Quanto ao grau de importância desse direito, Ohnesorge leciona:

A assistência educacional é uma das prestações básicas mais importantes não só para o homem livre, mas também para àquele indivíduo que se encontra privado de sua liberdade, constituindo-se, neste aspecto, como um elemento do tratamento penitenciário como meio para a reintegração do indivíduo ao meio social. A educação é garantida para todas as pessoas e está direcionada para o pleno desenvolvimento da personalidade do ser humano e o fortalecimento do respeito pelos direitos humanos e liberdades fundamentais. [...] Mas será que vale a pena investir em prisioneiros? Depois de tantos estudos chega-se a conclusão que sim, pois é nesse espaço que o professor pode colocar suas intenções de transformação, de mudar atitudes, capacidades e idéias. A escola é um meio de oportunizar a socialização, na medida em que oferece ao aluno outras possibilidades referenciais de construção de sua identidade e de resgate da cidadania perdida. (grifo nosso)

Se a antítese prisão-liberdade é importante na análise de O Homem de Alcatraz, uma outra exposição de ideias opostas se mostra presente e não menos interessante: a da vida-morte.

⁵ Com destaque para o art. 18 e 18-A, este incluído pela Lei nº 13.163, de 9 de setembro de 2015, determinando, respectivamente, o ensino do 1º grau obrigatório e a implantação do ensino médio, regular ou supletivo, com formação geral ou educação profissional, nos presídios.

⁶ Mais um exemplo de como o filme consegue ser atual. Stroud não consegue ser visto pelo Estado, apesar do sucesso com o medicamento para pássaros que ele produz.

Ao decorrer dos anos, Stroud vai compreendendo a vida de outra forma. O homem agressivo de antes se torna mais calmo e sensível com o tempo. Seus pássaros o ensinam, além da valorização da liberdade, a importância da vida. Já em Alcatraz, quando perde o acesso aos seus materiais, pesquisas, e não pode mais criar os pássaros, isto é, quando o Estado retira tudo que incentivava o protagonista a continuar contribuindo para a sociedade, nasce um grande desafio: o de manter-se vivo.

O primeiro teste surge no momento em que Stroud precisa lidar com uma rebelião. Quando um dos revoltosos é atingido gravemente no conflito com os soldados, Stroud o questiona sobre a importância da vida. O jovem de apenas 25 anos revela que não tem motivos para viver, já que passaria o resto de sua vida naquela prisão. Outrossim, afirma que não teve uma vida feliz e, por fim, se entrega à morte. O amigo dele tem o mesmo raciocínio e o mesmo destino. Tudo isso causa estranheza no protagonista. Apesar de toda injustiça que sofreu, de tudo que perdeu, não entende como pessoas tão jovens desistiram da vida tão cedo, pois, para ele, a vida é uma dádiva e viver, um dever. Com isso, o filme entrega uma outra lição a partir da história de Stroud, qual seja, a de aproveitar ao máximo a vida. Cada minuto, cada segundo, por considerá-la uma dádiva.

Diante dessa perspectiva, é válido destacar essa desvalorização da vida no contexto do sistema prisional brasileiro. Em 2002, José Padilha e Felipe Lacerda dirigiram o documentário “Ônibus 174” (Zazen Produções) que, entre as entrevistas com ex-presidiários, trouxe à tona a questão da brevidade da vida para as pessoas envolvidas no crime. Os entrevistados culpavam o Estado pela falta de apoio e de interesse na ressocialização. Para eles, a penitenciária é uma “faculdade do crime”, pois ensina os detentos a sobreviverem dentro do grupo e a alimentarem raiva pelo Estado, pelos agentes penitenciários e pela sociedade. Sobre o próprio sequestro do ônibus 174, por Sandro Barbosa do Nascimento, em 2000, é mostrada a vida do sequestrador, seus traumas e seu abandono pelo Estado. Mais um “monstro” criado pelo sistema carcerário nacional.

Por outro lado, o documentário “Sem Pena” (Eugenio Puppo, 2014, Instituto de Defesa do Direito de Defesa - IDDD - e Heco Produções) abordou a situação precária sofrida pelos presos nas penitenciárias do país. Entre casos de pessoas que cumpriam pena por crimes não cometidos ou que ainda estavam presas mesmo tendo cumprido a pena determinada pelo

juiz, devido às deficiências da Justiça nacional⁷, ganhou destaque a superlotação dos locais documentados, problema conhecido e bastante discutido na mídia.

O que se depreende de todas essas referências e foi ilustrado no longa-metragem de 1962, é o desinteresse sobre a vida. Para um detento que passa por condições desumanas, cresce aprendendo que a vida é uma luta constante pela sobrevivência nas ruas, retirando objetos de outras pessoas para vender e gastar com coisas superficiais⁸, e que o Estado não se importa com ele ou com seus direitos, a morte não teria importância, principalmente porque seria uma forma de escapar do sofrimento e dos traumas enfrentados diariamente. Eis um problema sistemático!

Portanto, O Homem de Alcatraz consegue ser cruel e, ao mesmo tempo, esperançoso. Cruel, no sentido de mostrar a realidade de pessoas que não tiveram oportunidades na vida ou que foram injustiçadas; esperançoso, ao valorizar a vida e mostrar que a prisão não alcança a capacidade criativa do preso, permitindo que este possa buscar uma transformação pessoal, apesar das dificuldades enfrentadas. Ao saber da sua transferência para Alcatraz, Stroud aceita a ideia de que dificilmente ganharia a liberdade, chegando ao ponto de se divorciar da sua esposa, para que esta não passasse o resto da vida sofrendo por ele, mas isso não retira dele a sua criatividade, sua imaginação.

Na última cena do filme, Stroud é questionado por Gaddis se possuía algum projeto pessoal em mente. O protagonista nega e revela que passa os dias adquirindo conhecimento e refletindo, ademais, que estava empolgado, porque seria transferido para uma penitenciária mais confortável, onde esperaria o dia no qual seria libertado.

4.2 O princípio da individualização da pena e a crise da ideologia de tratamento

Quando estava em Alcatraz, Stroud reencontrou um velho amigo, vizinho de cela da antiga penitenciária em que criava os pássaros, Feto Gomez (Telly Savalas), e o perguntou quanto tempo já havia cumprido de sua pena. Na contagem real, foram 27 anos, mas Stroud responde “23” quando o seu amigo questiona a somatória dos anos mencionados, visando

⁷ O Conselho Nacional de Justiça realiza diversos mutirões carcerários no país, com o intuito de corrigir esses problemas, porém, ainda persistem e atingem não só a liberdade de milhares de brasileiros, mas de estrangeiros injustiçados.

⁸ Um questionamento bastante interessante trazido no documentário de Padilha foi a justificativa da necessidade da prática de roubos. Os entrevistados afirmavam que parte do dinheiro que roubavam era utilizada para comprar roupas, apenas para ostentar, além de entorpecentes. Nesta perspectiva, percebe-se que a prática do roubo não tem qualquer função transformadora no agente, sendo indiferente para este se for preso ou não, pois continuará do mesmo ponto onde parou, porém, ainda mais indignado e mais esperto quanto aos erros que ensejaram sua prisão. Mais uma deficiência do processo de ressocialização.

amenizar o impacto que poderia causar. O protagonista percebe que a única coisa boa que aconteceu para Feto foi ter recebido a função de entregar comida nas celas. Mais adiante, em discussão com Shoemaker sobre o significado de reabilitação, Stroud tece um comentário que ilustra sua indignidade quanto ao sistema penal americano:

[...] Porque você rouba dos presos a coisa mais importante de suas vidas: sua individualidade. Lá fora, estão perdidos, automatizados, e fazem o necessário pra viver. Mas no final, levam um ódio profundo pelo que fez a eles. Na primeira chance que tiverem de atacar a sociedade, o farão. O resultado? Mais da metade volta para a prisão.

Aqui, no pensamento de Stroud, os presos são tratados como fantoches pelo sistema carcerário⁹, devendo obedecer a todos os comandos, trabalhar da forma como são mandados, sem receber de volta a dignidade¹⁰. Nesta crítica, presente em seu livro confiscado por Shoemaker sobre a história das prisões federais de 1790 até a formação do departamento, Stroud enfatiza um dos princípios que ainda hoje não é respeitado em sua totalidade: a individualização da pena.

Em 1762, Rousseau lançou a sua obra prima “Do Contrato Social”, na qual responsabiliza a sociedade pela degeneração do homem. O contrato social é produzido pelo comum acordo entre indivíduos e a partir dele se cria o Estado. Entretanto, este pacto social é violado na medida em que o indivíduo pratica uma conduta considerada ilícita pela sociedade, quando surge o direito de punir do Estado, ou *jus puniendi*. Nas palavras de Nucci (2015, p. 119):

Em verdade, é a sociedade a criadora inaugural do *crime*, qualificativo que reserva às condutas ilícitas mais gravosas e merecedoras de maior rigor punitivo. Após, cabe ao legislador transformar esse intento em figura típica, criando a lei que permitirá a aplicação do anseio social aos casos concretos. Nas palavras de Michel Foucault: ‘É verdade que é a sociedade que define, em função de seus interesses próprios, o que deve ser considerado como crime: este, portanto, não é natural’. (*Vigiar e punir*, p. 87). (grifo no original)

⁹ Com isto, Stroud recapitula a orientação recebida pelo próprio Shoemaker no início do filme, quando este entrega ao protagonista uma lista contendo os 86 “direitos” atribuídos aos presos, determinando a forma de se comportar, quando comer, dormir, ir ao banheiro.

¹⁰ “Investir novamente com dignidade”, o conceito de reabilitação mencionado por Stroud no filme.

Contudo, a pena imposta pelo Estado deve ser proporcional à violação cometida ao bem jurídico tutelado, caso contrário, estar-se-á diante de uma usurpação de poder. Neste sentido, são as lições de Beccaria (2012, p. 13-14):

Toda pena que não advier da absoluta necessidade, diz o grande Montesquieu, é tirânica. Uma proposição que pode tornar-se mais geral assim: todos os atos de autoridade de um homem sobre outro, que não derivem de absoluta necessidade, são tirânicos. É sobre isso que está fundamentado o direito do soberano em punir os crimes; ou seja, sobre a necessidade de defender a liberdade pública, confiada a seus cuidados, da usurpação por indivíduos; e as penas são tão justas quanto mais sagrada e inviolável é a liberdade que o soberano preserva aos súditos. [...] *Qualquer lei que se desviar desse princípio encontrará sempre resistência que ao final a destruirá, pois uma força mínima continuamente aplicada vence qualquer movimento violento aplicado a um corpo.* (grifo nosso)

Portanto, as palavras de Stroud deixam claro o que já foi discutido no subtópico anterior, isto é, a noção de que o Estado falha na tentativa de reabilitar o preso, pois não tem condições de implantar uma assistência educacional prevista em lei, de aplicar uma pena devida, e decide trancar o preso em uma cela até que uma instituição pública descubra que seu processo se estendeu bem mais do que deveria, ao invés de buscar readaptar o indivíduo na sociedade. Os desastrosos resultados disso são o retorno do indivíduo à prisão e a prática de novos crimes ainda piores, ocasionando um aumento exponencial da criminalidade, da hediondade e do discurso de emergência por parte da população, forçando a expansão do Direito Penal.

Neste pórtico, o filme estabelece uma crítica, mediante o seu personagem principal, de que a chamada “ideologia de tratamento” tende a falhar, posto que esta tenta corrigir a criminalidade apenas com a prisão, como se o criminoso fosse alguém doente e prendê-lo fosse a única solução para curá-lo, desvirtuando-se do real sentido da reabilitação. Sobre essa ideologia, Zaffaroni e Pierangeli (2015, p. 74) aduzem:

Quanto à ressocialização, especialmente mediante “tratamento” nas chamadas “instituições totais” (instituições onde o sujeito passa toda a sua vida: manicômios, prisões, asilos, internatos etc.), nos últimos anos se estudou o efeito destas instituições sobre a personalidade (especialmente a partir de Goffman) e insistiu-se na *inevitável deterioração psíquica – às vezes irreversível* – que acarreta uma prolongada privação de liberdade, o que contribuiu para evidenciar a suspeita de que o “tratamento” era um produto de justificação ideológica, o que foi reforçado pela

ação direta dos próprios prisioneiros, denunciando sua situação e suas técnicas de sobrevivência (organizações de presos, comissões internas nos cárceres, dirigentes e porta-vozes em motins). Isto levou a que hoje se fale abertamente no mundo do “fracasso da prisão” e da franca *crise da “ideologia do tratamento”*, que batem em aberta retirada inclusive nos países em que realmente se quis realizá-la. Com muito maior razão é absurdo falar dela na América Latina, onde *é impossível – por razões elementares pressupostas – proporcionar um verdadeiro “tratamento” a milhares de pessoas privadas de liberdade e onde se privilegia a segurança mediante organização militarizada.* (grifo nosso)

Ademais, no tocante à “individualização”, esta significa especializar, distinguir um indivíduo dentro de um contexto. Dessa forma, Nucci (2014, p. 29-30) é preciso ao definir o conceito de individualização da pena, senão, vejamos:

A individualização da pena tem o significado de eleger a justa e adequada sanção penal, quanto ao montante, ao perfil e aos efeitos penderes sobre o sentenciado, tornando-o único e distinto dos demais infratores, ainda que coautores ou mesmo corréus. Sua finalidade e importância é a fuga da padronização da pena, da “mecanizada” ou “computadorizada” aplicação da sanção penal, prescindindo da figura do juiz, como ser pensante, adotando-se em seu lugar qualquer programa ou método que leve à pena preestabelecida, segundo um modelo unificado, empobrecido e, sem dúvida, injusto. (grifo nosso)

Como bem conceitua Stroud, o objetivo da reabilitação, e como pressuposto o da individualização da pena, é recuperar a dignidade do indivíduo, o seu valor, não tratá-lo como marionete, determinando a forma como deve se comportar e a moral que deve ter¹¹, ou seja, um conjunto de regras preestabelecidas para tratar os presos não conforme suas individualidades, mas conforme o sistema penal determina. Algo impossível de se conseguir sem apelar para a força e sem resultar em revoltas. Por isso, o alto nível de reincidência trazido no filme de 1962 que, repise-se, não se distancia da realidade de 56 anos depois.

5 A REALIDADE CARCERÁRIA E O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL

¹¹ Entendida aqui como o conjunto de regras obtidas a partir dos fatores sociais (educação, cultura, costumes, entre outros) aos quais foi submetido durante a vida.

Em 27 de agosto de 2015, o Supremo Tribunal Federal deu início ao julgamento da Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 347, tendo como relator o ministro Marco Aurélio. O pedido foi requerido pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSOL) para que o sistema penitenciário brasileiro fosse declarado como um Estado de Coisas Inconstitucional.

O objetivo do requerente, com isso, foi provocar o Judiciário para que este interferisse na produção e execução de políticas públicas, na alocação do orçamento e na adequada aplicação do processo penal, ocasionando a redução da superlotação dos presídios e das constantes violações de direitos fundamentais praticadas nas penitenciárias do Brasil (CAMPOS, 2015). Porém, antes de adentrar nesta problemática, faz-se mister entender o conceito desse instituto e como o filme em debate no presente trabalho se relaciona com o tema.

O Estado de Coisas Inconstitucional é um instituto desenvolvido a partir da construção jurisprudencial desenvolvida na Corte Constitucional da Colômbia. O conceito foi originalmente implementado na *Sentencia de Unificación* SU- 559/97, a qual tratava da violação dos direitos previdenciários de quarenta e cinco professores dos municípios colombianos de María La Baja e Zambrano.

Conforme o posicionamento consolidado pela corte em julgamentos posteriores (*Sentencia* nº SU-559, de 6 de novembro de 1997; *Sentencia* T-068, de 5 de março de 1998; *Sentencia* SU – 250, de 26 de maio de 1998; *Sentencia* T-590, de 20 de outubro de 1998; *Sentencia* T – 525, de 23 de julho de 1999; *Sentencia* T-153, de 28 de abril de 1998; *Sentencia* T – 025, de 22 de janeiro de 2004), foram delimitados três pressupostos principais para a configuração do Estado de Coisas Inconstitucionais:

O primeiro, consiste na verificação da existência de um quadro de violação massiva dos direitos fundamentais, afetando um amplo número de pessoas em um contexto de transgressão grave e sistemática de direitos fundamentais. Nesse estágio de coisas, a restrição em atuar em favor exclusivamente dos demandantes implicaria omissão da própria corte, que deve se conectar com a dimensão objetiva dos direitos fundamentais.

O segundo é identificado por meio da omissão reiterada e persistente das autoridades públicas no cumprimento de suas obrigações de defesa e promoção dos direitos fundamentais. A ausência de medidas legislativas, administrativas ou orçamentárias eficazes representariam uma “falha estrutural” a gerar tanto a violação sistemática dos direitos fundamentais quanto a manutenção dessas violações ou seu agravamento. A inércia ou omissão não seria de uma

única autoridade pública, mas sim fruto do funcionamento deficiente do Estado como um todo, resultando na violação desses direitos.

Quanto ao último pressuposto, este se relaciona diretamente com as condições necessárias para a superação do quadro de inconstitucionalidades. O mesmo fator estrutural que dá ensejo à origem e à manutenção das violações demanda, para a sua superação, a expedição de remédios e ordens dirigidas não apenas a um órgão, e sim a uma pluralidade destes.

Nesse âmbito, apesar de produzido na década de 1960, o filme retrata um contexto que poderia muito bem se enquadrar como um estado de coisas inconstitucional. Como se verifica, as situações retratadas na obra revelam situações de reiteradas violações aos direitos dos apenados (superlotação de presídios, encarceramento em massa, falhas nos sistemas de aplicação da Justiça, erros judiciais etc.), afetando todo o sistema e seus reclusos e havendo, por evidente, a omissão reiterada e persistente das autoridades públicas no cumprimento de suas obrigações de defesa e promoção dos direitos fundamentais. Entretanto, a superação das violações, por serem algo conjuntural e fruto dos desajustes do próprio sistema, dependeriam, para sua resolução, da implementação de mudanças conjunturais, direcionadas aos órgãos e instituições integrantes desse sistema.

Porém, como é retratado na obra, os rumos tomados pela administração daquele sistema se mantiveram avessas a qualquer forma de questionamento, não buscando realizar qualquer medida ativa para promover a ressocialização dos apenados. No entanto, o que a arte retrata não é nada mais do que a imagem do sistema penitenciário norte-americano da época, cada vez mais restritivo e com número crescente de reclusos. Passados mais de sessenta anos, aquele país é o detentor da maior taxa de encarceramento do mundo, e apesar dos esforços recentes para reverter este quadro, ainda alberga mais de dois milhões e duzentos mil detentos (GRAMLICH, 2018).

Separado por um intervalo de sessenta anos da produção do filme O Homem de Alcatraz e contemporâneo à realidade colombiana, o sistema penitenciário brasileiro enfrenta problemas semelhantes aos retratados na obra em referência e ao vizinho sul-americano.

Há, no âmbito do sistema penitenciário brasileiro, violações consistentes aos direitos fundamentais dos apenados. Os dados comprovam a situação degradante vivenciada pelos reclusos no Brasil, segundo números extraídos do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (SANTOS et al., 2017), com dados do ano de 2016, o país contava com um total de 726.712 presos para apenas 368.049 vagas, com um déficit de 358.663 vagas. Esses números apontam, por si só, o estado de flagrante situação da violação de direitos no sistema

penitenciário brasileiro que, ademais, vem apenas se agravando ao longo dos últimos anos, com a ampliação do déficit de vagas do sistema e o conseqüente aumento do número pessoas encarceradas.

Esse cenário de superlotação e de condições degradantes presentes no sistema prisional configuram um estado de coisas incompatível com a Constituição Federal, sendo patente a violação de diversos direitos fundamentais, como a dignidade da pessoa humana, a vedação de tortura e de tratamento desumano, o acesso à Justiça e os direitos sociais, saúde, educação, trabalho e segurança dos presos.

Por outro lado, o Estado Brasileiro mantém-se inerte e não viabiliza as condições legais para se alterar o quadro de encarceramento em massa e de falhas estruturais do seu sistema penitenciário. Sobre essas premissas, ao reconhecer que o sistema penitenciário nacional é um estado de coisas inconstitucional, o Supremo Tribunal Federal se comprometeu a interferir, aplicando medidas variadas para superar a situação. Entretanto, devido ao imbróglio envolvendo o sistema carcerário brasileiro, torna-se impossível a atuação isolada do Judiciário, devendo haver uma articulação, um diálogo, entre as instituições. Por outro lado, também deve haver fiscalização, sob pena de persistir o problema. Neste sentido, Campos (2015) é enfático ao afirmar que:

Não é possível alcançar esses objetivos, necessário para superação do quadro de inconstitucionalidades, por meio dos instrumentos tradicionais de jurisdição constitucional. Sem embargo, são a dramaticidade e a complexidade da situação que justificam ou mesmo impõem a heterodoxia dos remédios judiciais. No entanto, as cortes devem ser cientes das próprias limitações. Devem saber que não podem resolver o quadro atuando isoladamente, e que de nada adiantará proferirem decisões impossíveis de serem cumpridas. Cortes devem adotar ordens flexíveis e monitorar a sua execução, em vez de adotar ordens rígidas e se afastar da fase de implementação das medidas. Em vez de supremacia judicial, as cortes devem abrir e manter o diálogo com as demais instituições em torno das melhores soluções. O ativismo judicial é estrutural, mas pode e deve ser dialógico. (grifo nosso)

Por isso, é imperativo que haja três providências, sendo a primeira marcada por ordens flexíveis advindas do Judiciário, apontando os problemas ocasionados pelas ações e/ou omissões estatais e determinando parâmetros e prazos para a avaliação e tomada de providências, estas executadas a partir dos meios escolhidos pelos outros poderes; a segunda, representada pelo diálogo com as instituições responsáveis pela execução das medidas, de modo a interferir quando necessário, até mesmo por meio de orientações, recomendações; e a

terceira, identificada pelo acompanhamento da solução do problema, sendo possível solucionar erros ou certos desvios que eventualmente ocorram, assegurando a perfeita implementação das medidas, sem, contudo, utilizar decisões autoritárias e unilaterais, posto a existência do diálogo. Esta fiscalização deve envolver audiências públicas, atraindo a sociedade para compartilhar informações sobre a eficácia das providências, se estão surtindo ou não resultados positivos.

Como pode ser observado, o Estado de Coisas Inconstitucional levanta não apenas a questão da proteção da dimensão subjetiva dos direitos fundamentais, mas também a objetiva. Assim, os direitos fundamentais possuem um conteúdo normativo (conteúdo jurídico objetivo) que demanda das autoridades públicas um dever de proteção que se traduz na obrigação positiva de tornar efetivo o conteúdo desses direitos.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Homem de Alcatraz baseou-se na vida e obra de Robert Franklin Stroud, um ex-detento do Sistema Prisional Federal dos Estados Unidos que se reabilitou, por meio do estudo, da pesquisa e do desenvolvimento de atividades produtivas, passando a considerar a vida como uma dádiva e viver, um dever. Por outro lado, o protagonista sofreu as consequências de um sistema cada vez mais restritivo, opressivo e desumanizador. Com este filme foi possível perceber não só essa capacidade do ser humano de encontrar o significado da liberdade e da existência no pensar em meio às adversidades, mas a proximidade do filme com a realidade presente no sistema carcerário nacional, tornando-se uma obra atemporal.

A realidade brasileira, por outro lado, consegue ser ainda mais cruel, sendo reiteradas as violações aos direitos fundamentais, conforme já retratado por meio de diversos documentários, relatórios e levantamentos estatísticos. Esse quadro de deficiências estruturais e violações massificadas de garantias fundamentais é evidenciado nos altos índices de violência e de reincidência delituosa, constituindo-se um problema tão grave que a Suprema Corte nacional chegou a reconhecer o próprio sistema como inconstitucional, falido. Porém, o reconhecimento, por si só, não resolve a situação. É imperativo haver uma atuação conjunta entre os Poderes do Estado e as instituições responsáveis, mantendo-se o diálogo constante, articulação entre os órgãos e uma fiscalização rigorosa no cumprimento das diligências.

Se O Homem de Alcatraz contou a história de um homem condenado por um sistema de Justiça opressor e que conseguiu, apesar dos obstáculos, se reabilitar por meio da educação

e de atividades produtivas, esse exemplo pode servir como ponto de partida para uma revisão da realidade presente no Sistema Penitenciário Brasileiro, mostrando, assim, que é possível, promover a reinserção social daqueles que outrora cometeram uma conduta considerada crime pela sociedade sem, contudo, ignorar o problema conjuntural existente.

REFERÊNCIAS

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Tradução de Neury Carvalho Lima. São Paulo: Hunter Books, 2012.

BIRDMAN OF ALCATRAZ. Direção: John Frankenheimer. Produção: Stuart Millar. Intérpretes: Burt Lancaster; Karl Malden; Thelma Ritter; Betty Field; Neville Brand; Telly Savallas; Edmond O'Brien e outros. Roteiro: Thomas E. Gaddis (livro) e Guy Trosper. Trilha sonora: Elmer Bernstein. Los Angeles: United Artists, 1962. 0 (ALL) DVD (147 min), widescreen, preto e branco. Produzido por Norma. Baseado no livro "Birdman of Alcatraz: The Story of Robert Stroud" de Thomas E. Gaddis. Gravadora: Paragon Multimedia.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **O estado de coisas inconstitucional e o litígio estrutural**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-set-01/carlos-campos-estado-coisas-inconstitucional-litigio-estrutural>>. Acesso em: 21 ago. 2018.

GRAMLICH, John. **America's incarceration rate is at a two-decade low**. 2018. Disponível em: <<http://www.pewresearch.org/fact-tank/2018/05/02/americas-incarceration-rate-is-at-a-two-decade-low/>>. Acesso em: 21 ago. 2018.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da pena**. 6. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

_____. **Manual de direito penal**. 11. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

OHNESORGE, Rui. **A educação no sistema penitenciário, e sua importância na ressocialização**. Disponível em: <<https://monografias.brasilecola.uol.com.br/direito/a->

educacao-no-sistema-penitenciario-sua-importancia-na-ressocializacao.htm>. Acesso em: 18 ago. 2018.

OLIVEIRA, Cida de. **Menos de 13% da população carcerária tem acesso à educação.** Disponível em: <<https://www.redebrasilatual.com.br/educacao/2017/07/menos-de-13-da-populacao-carceraria-tem-acesso-a-educacao>>. Acesso em: 18 ago. 2018.

ÔNIBUS 174. Direção: José Padilha e Felipe Lacerda. Produção: José Padilha, Marcos Prado e Rodrigo Pimentel. Roteiro: José Padilha e Braulio Mantovani. Trilha musical: Sacha Amback e João Nabuco. Rio de Janeiro: Zazen Produções, 2002. 0 (ALL) DVD (118 min), letterbox 4x3, cor. Produzido por Zazen Produções. Gravadora: Vinny Filmes.

PHELPS, Michelle S. Rehabilitation in the Punitive Era: The Gap Between Rhetoric and Reality in U.S. Prison Programs. **Law & Society Review**, [s.l.], v. 45, n. 1, p. 33-68, mar. 2011. Wiley. <http://dx.doi.org/10.1111/j.1540-5893.2011.00427.x>. Disponível em: <<https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC3762476/>>. Acesso em: 10 ago. 2018.

SANTOS, Thandara et al (Org.). **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias: INFOPEN.** Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional, 2017. 65 p. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/news/ha-726-712-pessoas-presas-no-brasil/relatorio_2016_junho.pdf>. Acesso em: 20 ago. 2018.

SEM PENA. Direção: Eugenio Puppó. Produção Executiva: Augusto de Arruda Botelho, Eugenio Puppó, Hugo Leonardo, Marina Dias e Paula Sion de Souza Naves. Pesquisa: Carolina Diniz, Cristina Uchôa, Eugenio Puppó, Heloisa Bonfanti, Hugo Leonardo, Luciana Zaffalon e Marina Dias. Roteiro e montagem: Eugenio Puppó. Trilha musical: John Cage. São Paulo: Espaço Filmes, 2014. 0 (ALL) DVD (87 min), widescreen, cor. Produzido por Instituto de Defesa do Direito de Defesa (IDDD) e Heco Produções. Gravadora: Bretz Filmes.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral.** 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

BIRDMAN OF ALCATRAZ: AN APPROXIMATION BETWEEN THE REALITY OF THE BRAZILIAN PENITENTIARY SYSTEM AND THE UNCONSTITUTIONAL STATE OF AFFAIRS

ABSTRACT

The present work sought to approach the film Birdman of Alcatraz from the dialogue with the reality present in the national penitentiary system and the Unconstitucional State of Affairs theme, recently inserted in the Brazilian Law. It is intended to draw a parallel between the film and the negligence of the State in relation to fundamental rights of the brazilian prison population. This research has as justification the need to bring the theme to the debate, due to the shortage of content produced, as well as to rescue an old movie, however, rich and current in its plot.

Keywords: Birdman of Alcatraz. Brazilian prison. Unconstitutional state of things.



O STJ E O MOMENTO DE RECEBIMENTO DA DENÚNCIA NO PROCEDIMENTO COMUM ORDINÁRIO

Marcos Vinícius Fidelis Bezerra¹

RESUMO

Decorridos quase dez anos desde a entrada em vigor da Lei nº 11.719/08, o presente trabalho visa investigar a existência de possível posição consolidada do Superior Tribunal de Justiça no tocante ao momento de recebimento da denúncia no procedimento comum ordinário. Para tanto, confronta diferentes manifestações doutrinárias e analisa precedentes daquela Corte. Como resultados, identifica a fragilidade do Informativo nº 522 do STJ, mas reconhece a possibilidade de se aplicar o entendimento manifestado nos precedentes que o embasaram. Isso porque, embora pouco alinhados com as garantias fundamentais listadas na Constituição, guardam relativa técnica-jurídica, estando abarcados pela competência constitucional do STJ.

Palavras-Chave: Processo Penal. Procedimento Comum Ordinário. Momento de recebimento da denúncia. Superior Tribunal de Justiça.

1 INTRODUÇÃO

¹ Graduando em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN).

O recebimento da denúncia no procedimento comum ordinário, conquanto disciplinado pelo Código de Processo Penal (CPP) brasileiro, tem inegáveis reflexos materiais. Tal ato fixa, por exemplo, o limite temporal até o qual o arrependimento do agente é eficaz, autorizando-lhe a diminuição de pena, nos termos do art. 16 do Código Penal:

Nos crimes cometidos sem violência ou grave ameaça à pessoa, reparado o dano ou restituída a coisa, até o recebimento da denúncia ou da queixa, por ato voluntário do agente, a pena será reduzida de um a dois terços.

Na mesma linha, o recebimento da denúncia é também causa de interrupção da prescrição, voltando o prazo a fluir de seu início (art. 117, I e §2º, CP):

Art. 117 - O curso da prescrição interrompe-se: [...] I - pelo recebimento da denúncia ou da queixa; [...] § 2º - Interrompida a prescrição, salvo a hipótese do inciso V deste artigo, todo o prazo começa a correr, novamente, do dia da interrupção.

Frise-se que, nos termos do §1º do art. 117 do CP, a interrupção da prescrição produz efeitos em relação a todos os autores, ainda que denunciado apenas algum deles:

§1º - Excetuados os casos dos incisos V e VI deste artigo, a interrupção da prescrição produz efeitos relativamente a todos os autores do crime. Nos crimes conexos, que sejam objeto do mesmo processo, estende-se aos demais a interrupção relativa a qualquer deles.

Outrossim, é o recebimento da denúncia o momento a partir do qual o acordo de colaboração premiada deixa de ser sigiloso a teor do disposto no art. 7º, §3º, da Lei nº 12.850/13 (“Art. 7º [...] §3º O acordo de colaboração premiada deixa de ser sigiloso assim que recebida a denúncia, observado o disposto no art. 5º”). Ressalte-se que é a própria lei das organizações criminosas, em seu art. 22, que determina a adoção do procedimento ordinário do CPP na apuração dos crimes por ela previstos, bem como das infrações penais conexas (“Art. 22. Os crimes previstos nesta Lei e as infrações penais conexas serão apurados mediante procedimento ordinário previsto no Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), observado o disposto no parágrafo único deste artigo”).

Há, assim, indubitável relevância na exata determinação do instante em que se pode considerar recebida a denúncia. Para o indiciado/acusado, isso pode representar o afastamento

de certa estratégia de defesa; para a acusação, pode implicar o acatamento ou a denegação de sua pretensão; e, para o judiciário, afinal, pode evitar eventual alegação de nulidade de ato jurisdicional.

O legislador, todavia, não parece ter sido sensível a esta necessidade, tendo deixado, com a promulgação da Lei nº 11.719/08, relativa lacuna acerca do momento de recebimento da denúncia. De fato, deve-se considerar recebida a denúncia quando do pronunciamento do art. 396 do CPP ou quando do pronunciamento do art. 399 do CPP, isto é, antes ou após o exercício do contraditório? Se antes do exercício do direito de resposta, tal previsão é compatível com a Constituição da República?

Decorridos quase dez anos desde a entrada em vigor da Lei nº 11.719/08, naturalmente já se formaram correntes doutrinárias nos dois sentidos. Resta investigar, contudo, de que modo essas posições foram capazes de influenciar a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, competente para uniformizar a legislação federal no país (art. 105, III, CRFB/88), e em que pontos convergem, oferecendo parâmetros mínimos de interpretação aos operadores do direito.

Para tanto, serão confrontadas diferentes manifestações doutrinárias, especializadas em matéria criminal, e analisados informativo e precedentes daquela Corte.

Eis o que se passa a fazer a partir de então.

2 A CONTROVÉRSIA DOGMÁTICA EM TORNO DO MOMENTO DE RECEBIMENTO DA DENÚNCIA

Como exposto, ao longo dos dez anos desde a entrada em vigor da Lei nº 11.719/08, formaram-se, em apertada síntese, duas correntes doutrinárias, antitéticas, acerca do momento do recebimento da denúncia. Para uma delas, defendida, dentre outros juristas, pelo desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro e professor da UERJ, Paulo Rangel:

A denúncia apenas é recebida no art. 399 e a razão é a simples: A uma, quando a denúncia é oferecida, o juiz determina a citação do réu para responder à acusação. A duas, oferecida a resposta prévia, o juiz é chamado a se manifestar sobre a presença ou não das causas mencionadas no art. 397, isto é, se absolve sumariamente ou não o acusado. A três, não absolvendo sumariamente o réu, aí sim o juiz recebe a denúncia e determina audiência de instrução e julgamento. Perceba que são passos, coerentes,

que devem ser dados pelo juiz. Não faz sentido o juiz receber a denúncia no art. 396 e citar o réu para oferecer a resposta prévia. Por que a resposta prévia então? A resposta prévia é uma inovação das leis modernas que entraram em vigor no ordenamento jurídico, possibilitando ao juiz ouvir primeiro o acusado, antes de colocá-lo no banco dos réus. É o exercício do contraditório e da ampla defesa [...] (RANGEL, 2016, p. 550-551).

Rangel acrescenta que:

A expressão recebê-la-á do art. 396 não significa tecnicamente juízo de admissibilidade da acusação, mas sim o ato de “entrar na posse” da petição inicial penal. Recebe em suas mãos a petição inicial. Se a denúncia é distribuída à vara criminal, ela é entregue ao juiz que a recebe em suas mãos, sem exercer ainda o juízo de admissibilidade (RANGEL, 2016, p. 551).

Nestor Távora e Rosmar Alencar, por outro lado, entendem que:

Malgrado o art. 399, CPP, seja iniciado pela menção “recebida a denúncia ou a queixa, o juiz designará dia e hora para a audiência”, que poderia incutir o entendimento de que só após a resposta à acusação (defesa preliminar) seria recebida a denúncia ou a queixa (com o consectário de ser interrompida a prescrição), o intérprete deve atentar para o fato de que o art. 396, CPP, preconiza que a citação para responder a ação penal ocorrerá se o juiz receber a petição acusatória, o que se dá ab initio (art. 396, CPP). Destarte, o que o art. 399 do Código dispõe é que ele terá aplicação quando o juiz estiver diante de caso de denúncia ou de queixa recebida e que não precise de julgamento antecipado do mérito. Nessa altura do procedimento comum ordinário, o magistrado designará dia e hora para a audiência, ordenando a intimação do acusado, de seu defensor, do Ministério Público e, se for o caso, do querelante e do assistente (TÁVORA; ALENCAR, 2017, p. 1181).

Destaque-se que Távora e Alencar (2016) chegam a reconhecer posição em sentido contrário de autoria do jurista Nereu José Giacomolli, para quem o recebimento da denúncia, com conseqüente transformação do sujeito em acusado, só é válido após o exercício do contraditório. Compreendem, contudo, que tal manifestação “esbarra na dicção do art. 396, CPP [...]” (TÁVORA; ALENCAR, 2017, p. 1182), não podendo ser admitida.

Antes de se proceder à análise das posições, é oportuno trazer os dispositivos objeto da controvérsia. Dispõe o art. 396 do CPP que: “Nos procedimentos ordinário e sumário,

oferecida a denúncia ou queixa, o juiz, se não a rejeitar liminarmente, recebê-la-á e ordenará a citação do acusado para responder à acusação, por escrito, no prazo de 10 (dez) dias.”.

Por sua vez, prevê o art. 399 que: “Art. 399. Recebida a denúncia ou queixa, o juiz designará dia e hora para a audiência, ordenando a intimação do acusado, de seu defensor, do Ministério Público e, se for o caso, do querelante e do assistente.”.

Feitos estes esclarecimentos, cabe reconhecer que, de um lado, como defendem Távora e Alencar, não se pode, no ato interpretativo, desconsiderar o texto normativo que lhe dá base: o art. 396 expressamente prenuncia que o juiz receberá a denúncia (vide a expressão “recebê-la-á”).

Ademais, analisando-se, por exemplo, a previsão da Lei nº 9.099/95, é de se observar técnica diversa na definição do momento de recebimento da denúncia. Dispõe o art. 81 daquele diploma: “Aberta a audiência, será dada a palavra ao defensor para responder à acusação, *após o que* o Juiz receberá, ou não, a denúncia ou queixa; [...]” (sem grifos no original). Aí a lei é clara: só após a resposta à acusação é que o juiz procede ao exame de admissibilidade da denúncia.

Ressalte-se, embora tal aspecto seja óbvio, que a Lei nº 11.719/08 é posterior à Lei nº 9.099/95. Outrossim, seu art. 81, a despeito das alterações gerais sofridas pela norma, não teve qualquer modificação. Nestes termos, é razoável sustentar a intencionalidade do legislador, mesmo diante de experiência precedente, em estabelecer o recebimento da denúncia antes da resposta prévia.

A incursão nos debates do projeto de lei nº 4207, de 12 de março de 2001, que deu origem à Lei nº 11.719/08, confirma esta alegação. Em parecer datado de 13 de maio de 2008 da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, relatado pelo Deputado Regis de Oliveira, restou consignado o seguinte entendimento:

6) Emenda nº 8: Sugerida pela Comissão composta no âmbito do Poder Judiciário e apresentada aos senadores do Grupo de Trabalho de Reforma Processual Penal. Pretende suprimir do art. 1º do PLC 36/2007, no que se refere ao caput do art. 395, do Código de Processo Penal, o termo “recebê-la-á”, sob a justificativa de que o ato de recebimento da denúncia está previsto no momento descrito no artigo 399, ou seja, após a oportunidade de resposta preliminar. A redação do projeto anteciparia desnecessariamente o exame de admissibilidade da denúncia. Ocorre que instrumento que é o processo, não pode ser mais importante do que a própria relação material que se discute através dos autos. *Aliás, após a EC 45, que incluiu o inciso LXXVIII ao art 5º garantindo a duração razoável do processo, mais ainda se faz*

importante a redação aprovada pela Câmara, pois sendo inepta de plano a denúncia ou queixa, razão não há para se mandar citar o réu e, somente após a apresentação de defesa deste, extinguir o feito. Melhor se mostra que o juiz ao analisar da denúncia ou queixa ofertada possa fulminar de plano relação processual infrutífera, pois de trabalho inútil certamente não requer o magistrado, sempre assoberbado de processos, sem contar a economia processual obtida com a interrupção inicial e imediata de uma relação processual inepta a gerar qualquer tipo de benefício à sociedade (COMISSÃO DE CONSTITUIÇÃO, JUSTIÇA E CIDADANIA, 2008, p. 6) [sem grifos no original].

Naturalmente, essa constatação não exclui a necessária crítica. A quem interessa a eficiência do processo? O assoberbamento do juiz, problema próprio da gestão administrativa do tribunal, é razão para se mitigar o contraditório (art. 5º, LV, da CRFB/88)? A previsão legal é compatível com o sistema acusatório instaurado com a Constituição da República de 1988?

Neste ponto, parece acertada a posição de Rangel, quando dá aos dispositivos em exame interpretação conforme as garantias constitucionais. Isso porque, do mesmo modo como pode o magistrado rejeitar a denúncia, pode recebê-la, tornando réu sujeito que não teve direito a se pronunciar no processo, portanto prejudicado em seu contraditório, tal qual reconheceu Nereu José Giacomolli.

Além disso, é o texto legal (infraconstitucional) óbice à efetivação de direito fundamental, como sustentam Távora e Alencar? A moderna teoria do direito repele esta posição. Citando Barroso:

No Estado constitucional de direito, a Constituição passa a valer como norma jurídica. A partir daí, ela não apenas disciplina o modo de produção das leis e atos normativos, como estabelece determinados limites para o seu conteúdo, além de impor deveres de atuação ao Estado. Nesse novo modelo, vigora a centralidade da Constituição e a supremacia judicial, como tal entendida a primazia de um tribunal constitucional ou suprema corte na interpretação final e vinculante das normas constitucionais (BARROSO, 2010, p. 4-5).

Como exposto, entretanto, não parece ter sido esta a posição do legislador da Lei nº 11.719/08, tampouco houve declaração de inconstitucionalidade, pelo Supremo Tribunal Federal, da referida norma. Assim, cabe aplicá-la, devendo-se, agora, investigar, no plano

infraconstitucional, de que modo o Superior Tribunal de Justiça, competente para uniformizar a legislação federal no país, tem interpretado os artigos 396 e 399 do CPP.

3 O INFORMATIVO 522/2013 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA – STJ

A sexta turma do Superior Tribunal de Justiça – STJ, no Informativo nº 522, de 01 de agosto de 2013², assim reconheceu:

DIREITO PROCESSUAL PENAL. POSSIBILIDADE DE RECONSIDERAÇÃO DA DECISÃO DE RECEBIMENTO DA DENÚNCIA APÓS A DEFESA PRÉVIA DO RÉU. O fato de a denúncia já ter sido recebida não impede o juízo de primeiro grau de, logo após o oferecimento da resposta do acusado, prevista nos arts. 396 e 396-A do CPP, reconsiderar a anterior decisão e rejeitar a peça acusatória, ao constatar a presença de uma das hipóteses elencadas nos incisos do art. 395 do CPP, suscitada pela defesa. Nos termos do art. 396, se não for verificada de plano a ocorrência de alguma das hipóteses do art. 395, a peça acusatória deve ser recebida e determinada a citação do acusado para responder por escrito à acusação. Em seguida, na apreciação da defesa preliminar, segundo o art. 397, o juiz deve absolver sumariamente o acusado quando verificar uma das quatro hipóteses descritas no dispositivo. Contudo, nessa fase, a cognição não pode ficar limitada às hipóteses mencionadas, pois a melhor interpretação do art. 397, considerando a reforma feita pela Lei 11.719/2008, leva à possibilidade não apenas de o juiz absolver sumariamente o acusado, mas também de fazer novo juízo de recebimento da peça acusatória. Isso porque, se a parte pode arguir questões preliminares na defesa prévia, cai por terra o argumento de que o anterior recebimento da denúncia tornaria sua análise preclusa para o Juiz de primeiro grau. Ademais, não há porque dar início à instrução processual, se o magistrado verifica que não lhe será possível analisar o mérito da ação penal, em razão de defeito que macula o processo. Além de ser desarrazoada essa solução, ela também não se coaduna com os princípios da economia e celeridade processuais. Sob outro aspecto, se é admitido o afastamento das questões preliminares suscitadas na defesa prévia, no momento processual definido no art. 397 do CPP, também deve ser considerado admissível o seu acolhimento, com a extinção do processo sem julgamento do mérito por aplicação analógica do art. 267, § 3º, CPC. Precedentes citados: HC 150.925-PE, Quinta

² SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Informativo de Jurisprudência nº 522, de 01º de agosto de 2013.** Brasília: STJ, 2013.

Turma, DJe 17/5/2010; HC 232.842-RJ, Sexta Turma, DJe 30/10/2012. REsp 1.318.180-DF, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, julgado em 16/5/2013.

Em uma avaliação superficial, é possível se observar, na posição da Corte Superior, uma tentativa de conciliação entre as correntes doutrinárias que se formaram a partir da promulgação da Lei nº 11.719/08. Apega-se ao texto para se manter o recebimento da denúncia no art. 396 do CPP, mas se cria a controversa figura de uma “reconsideração de ofício” no art. 399 do CPP.

Ocorre que o recurso ou o pedido de reconsideração é meio de impugnação voluntário, conforme amplo entendimento doutrinário, não obstante a existência de posições em sentido contrário (a exemplo da de TOURINO FILHO (2006)), ao passo que a resposta à acusação é obrigatória. Com efeito, o art. 396-A prevê, em seu §2º, que, na hipótese de não ser apresentada resposta à acusação no prazo legal, será nomeado defensor dativo para oferecê-la.

Desse modo, seria o réu obrigado a formular pedido de reconsideração em sua resposta à acusação? Por outro lado, admitindo-se a não formulação de pedido de reconsideração, poderia o juiz presumir a intenção do réu em fazê-lo e modificar sua decisão? Essa alteração de posição do magistrado guardaria consonância com a voluntariedade dos recursos e com o fim do sistema inquisitivo?

A resposta negativa se impõe, pelo que parece de pouca técnica a tese divulgada pelo Superior Tribunal de Justiça no Informativo nº 522/2013. Em todo caso, há de se ter cautela na aplicação de enunciado geral e abstrato emitido por tribunal superior, sob pena de subversão de competência constitucional atribuída ao Poder Legislativo.

A análise dos precedentes que embasaram o informativo é, assim, essencial, já que estes, sim, contêm as razões de decidir e vinculam os órgãos do Poder Judiciário. Com efeito, “[...] a vinculação às decisões anteriores não se dá pelo dispositivo da decisão, mas sim pela sua *ratio decidendi*, ou seja, pelas razões que levaram o órgão julgador a adotar aquela determinada solução para o caso apresentado” (PRESGRAVE, 2014, p. 11).

Eis o objeto do trabalho a partir de então.

4 OS PRECEDENTES DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Por ocasião do julgamento do Recurso Especial 1.318.180/DF (j. 16/05/2013, DJe 29/05/2013) pela Sexta Turma do STJ³, o Ministro Relator Sebastião Reis Júnior, com o intuito de embasar seu voto, frisou a seguinte colocação do Ministro Og Fernandes, proferida no Habeas Corpus n. 232.842/RJ⁴ (DJe 30/10/2012):

Deixando de lado maiores questionamentos, o certo é que a melhor solução a ser dada é no sentido de que o recebimento da peça vestibular se dá após o oferecimento da denúncia, consoante disposto no art. 396 do Estatuto Processual Penal, porquanto, por uma questão de lógica, somente há como se absolver sumariamente o acusado, nos termos do art. 397 do referido diploma legal, quando já houver a formação da relação processual, isto é, com o anterior recebimento da peça inaugural, completado com a citação do acusado. Dessa forma, vislumbra-se que após o oferecimento da denúncia ou queixa, o Juízo singular possui duas opções: rejeitá-la liminarmente, caso seja uma das hipóteses previstas no art. 397 da Lei Adjetiva, quais sejam, inépcia da exordial, falta de pressuposto processual ou condição para o exercício da ação penal, e falta de justa causa para o seu exercício, ou recebê-la, nos termos do artigo 396 do Código de Processo Penal, ordenando a citação do acusado para oferecer sua defesa. Se a inicial acusatória for recebida, o magistrado poderá, ainda, após a apresentação de resposta à acusação, absolver o acusado sumariamente, tal como disposto no art. 397 da Lei Processual Penal, ou continuar com o processo, designando o dia e a hora para a audiência de instrução e julgamento. *Assim, o art. 399 não prevê um segundo recebimento da denúncia, mas tão somente a constatação, após a leitura das teses defensivas expostas, se existem motivos para a absolvição sumária do réu, ou se o processo deve seguir seu curso normalmente* (HC n. 232.842/RJ, Ministro Og Fernandes, Sexta Turma, DJe 30/10/2012) [sem grifos no voto original; suprimidos os grifos do Min. Sebastião Reis Júnior].

De tal consideração, é possível extrair as seguintes conclusões: o recebimento da denúncia, para o STJ, de fato, dá-se no art. 396 do CPP; o pronunciamento proferido por ocasião do art. 399 em nada tem a ver com pedido de reconsideração da decisão de recebimento da denúncia, tendo a natureza de despacho de mero expediente, impulsionando o processo, *na hipótese de o acusado não ter sido absolvido sumariamente pela aplicação do art. 397*. Neste último caso, o pronunciamento teria a natureza de sentença absolutória, nova e independente decisão, portanto.

³ STJ, REsp nº 1.318.180, Sexta turma. Rel. Min. Sebastião Reis Júnior. j. 16.05.2013.

⁴ STJ, HC nº 232.845, Sexta turma. Rel. Min. Og Fernandes. j. 11.09.2012.

A leitura do Habeas Corpus 150.925/PE (j. 15/04/2010)⁵, na mesma direção, silencia quanto a um suposto pedido de reconsideração, tratando o momento de recebimento da denúncia apenas de forma incidental. Na verdade, naquele habeas corpus, o foco do julgamento disse respeito à necessidade ou não de se fundamentar a decisão (ou despacho) de recebimento da denúncia, bem como às regras de direito intertemporal acerca da matéria decorrentes da aprovação da Lei nº 11.719/08, e, não, ao momento de recebimento da denúncia em si.

Do exposto, extrai-se a necessária inferência de que o STJ, quando utiliza a expressão “reconsiderar a anterior decisão e rejeitar a peça acusatória” no Informativo nº 522/2013, não o faz de forma técnico-jurídica. Refere-se, em verdade, a uma operação mental do magistrado em reapreciar as circunstâncias do caso e absolver sumariamente o acusado (art. 397) ou proferir despacho de mero expediente, dando seguimento ao processo (art. 399), conforme o caso.

Trata-se, assim, de posição mais moderada e aceitável do ponto de vista técnico, passível de ser seguida pelos operadores jurídicos, embora ainda relativamente desalinhada com a Constituição da República.

5 AS DECISÕES DO STJ PÓS-INFORMATIVO Nº 522/2013

Interessante observar, a partir da consulta livre de jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, um esvaziamento da temática do momento de recebimento da denúncia pós-informativo nº 522/2013, o que parece sugerir uma pacificação do entendimento da Corte quanto à matéria.

Em termos de decisão colegiada, apenas o Recurso em Habeas Corpus nº 69.116-SP (2016/0075937-7)⁶, relatado pela Ministra Maria Thereza de Assis Moura e julgado em 07 de fevereiro de 2017, ataca diretamente o tópico.

É curioso notar, em todo caso, que, mesmo naquele julgado, o STJ parece ter retomado a imprecisão quanto ao momento de recebimento da denúncia, tal qual se verifica de sua ementa: “Não é imprescindível que o *primeiro* momento de recebimento da denúncia, ou seja, aquela decisão proferida pelo juiz antes de citar o acusado, revista-se de fundamentação exauriente” (STJ, 2017, p. 1) [grifos do autor].

⁵ STJ, HC nº 150.925, Quinta turma. Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho. j. 15.04.2010.

⁶ STJ, RHC nº 69.116, Sexta turma. Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura. j. 25.08.2015. DJe. 11.09.2015.

Pela expressão utilizada, haveria um segundo momento de recebimento da denúncia, alinhando a decisão do Superior Tribunal de Justiça, na hipótese, à literalidade do Informativo nº 522/2013. Como discutido, no entanto, inexistem dois momentos de recebimento da denúncia, sendo os próprios precedentes do STJ a fonte desta constatação.

Espera-se, assim, que o STJ possa apegar-se à técnica jurídica, adequando a tese divulgada no informativo à teoria geral do processo e à teoria geral do direito em futuras decisões.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Decorridos quase dez anos desde a entrada em vigor da Lei nº 11.719/08, formaram-se duas correntes doutrinárias principais acerca do momento de recebimento da denúncia no procedimento comum ordinário - uma que defende o recebimento da denúncia no pronunciamento do art. 396 do CPP e outra que defende o recebimento no pronunciamento do art. 399 do CPP.

A corrente que sustenta o recebimento no art. 399 do CPP destaca a necessidade de se oportunizar o contraditório ao sujeito de direito antes de colocá-lo no banco dos réus, mostrando-se mais alinhada com a Constituição da República (art. 5º, LV). Já a corrente que defende o recebimento no art. 396 apegar-se à literalidade do texto normativo para definir o momento em que o juiz recebe a denúncia.

O Superior Tribunal de Justiça, à primeira vista, parece ter adotado teoria conciliatória no Informativo nº 522, de 01 de agosto de 2013, ressaltando que a denúncia deve (ou não) ser recebida por ocasião do art. 396, facultando-se ao juiz a possibilidade de reconsiderar sua decisão, após a resposta à acusação, no pronunciamento do art. 399. Essa posição, do modo como foi veiculada, carece, contudo, de técnica jurídica, em especial frente ao princípio da voluntariedade dos recursos/meios de impugnação.

A análise dos precedentes que embasaram o informativo é, assim, essencial para se avaliar a possibilidade ou não de aplicação do entendimento do STJ pelos operadores do direito. Disso resulta que, da leitura dos votos proferidos no REsp 1318180/DF, no HC 232.842/RJ e no HC 150925/PE, é possível identificar posição mais moderada do STJ, que reafirma o recebimento da denúncia no art. 396 do CPP, mas rechaça uma suposta reconsideração de ofício. Para aquela Corte, haveria, no art. 399, despacho de mero

expediente, impulsionando o processo, na hipótese de o acusado não ter sido absolvido sumariamente (art. 397, CPP).

A consulta às decisões do STJ posteriores ao informativo, por sua vez, indica uma pacificação do entendimento da Corte no tocante à matéria, favorável à corrente do art. 396, com pequenos desvios atécnicos nos votos dos ministros e em suas decisões monocráticas.

Como exposto, tal interpretação não é a mais alinhada com a Constituição da República, mas, tendo em vista que não houve declaração de inconstitucionalidade do art. 396 do CPP pelo Supremo Tribunal Federal, o posicionamento do STJ no REsp 1318180/DF, no HC 232.842/RJ e no HC 150925/PE parece oferecer razoável segurança aos operadores do direito.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto Barroso. **Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo**. Harvard: 2010. Disponível em:

<3d3P://www.luisrobertobarroso.com.br/wpcontent/uploads/2017/09/constituicao_democraci
a_e_supremacia_judicial.pdf>. Acesso em: 19 jun. 2018.

COMISSÃO DE CONSTITUIÇÃO, JUSTIÇA E CIDADANIA. **Parecer acerca do Projeto de Lei nº 4.207/2001 relatado pelo Deputado Regis de Oliveira**. Brasília: Câmara dos Deputados, 2008.

PRESGRAVE, Ana Beatriz Ferreira Rebello. O novo código de processo civil e os precedentes. **Revista Pesquisas Jurídicas**, v. 3, n. 2, jul./out. 2014, p. 10-13.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 24. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2016.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 12. ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2017.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Prática de Processo Penal**. 26. ed. São Paulo. Saraiva, 2004.

THE STJ AND THE MOMENT OF RECEIPT OF THE COMPLAINT IN THE REGULAR PROCEDURE

ABSTRACT

After almost ten years since Law no. 11.719 of 2008 was approved, this article intends to investigate the possible existence of a consolidated position from Brazilian Superior Court of Justice about the moment of receipt of the complaint in the regular procedure. Therefore, it confronts different doctrinal manifestations and analyses precedents of that court. As results, it identifies the fragility of jurisprudence informative no. 522 from STJ, but it recognizes the possibility of applying the understanding manifested in the precedents that based the informative. This is because the precedents, although little aligned with the fundamental rights listed in Brazilian Constitution, keep a technical language, being covered by the competence of STJ.

Keywords: Criminal Law. Regular procedure. Moment of receipt of the complaint. Brazilian Superior Court of Justice.



DIFERENCIAÇÃO DE PREÇOS PARA COMPRAS EM DINHEIRO E EM CARTÃO À LUZ DO DIREITO CONSUMERISTA: ANÁLISE CRÍTICA DA LEI 13.455 DE 2017

Lara Caldas Batista Teixeira¹

Aurino Alexandrino Grilo Vila²

RESUMO

A diferenciação de preços em função da forma de pagamento apresenta relevância não só para os consumidores como também para o ramo do direito consumerista. A Medida Provisória 764 de 2016 (convertida na Lei 13.455/2017) permitiu que comerciantes oferecessem preços diferenciados para pagamentos em dinheiro ou cartão de crédito ou débito. O presente artigo analisará a alegação de abuso referente à prática autorizada pelo diploma legal, contrapondo-o com julgados recentes e trabalhos acadêmicos. A metodologia se baseou na análise de fontes bibliográficas, as quais direcionaram à conclusão de que a lei fere a proteção ao consumidor, podendo ser considerada abusiva.

Palavras-chave: Lei 13.455 de 2017. Diferenciação de preços. Pagamento em cartão de crédito ou débito. Pagamento em dinheiro. Direito do Consumidor.

¹ Graduanda em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN).

² Graduando em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN).

1 INTRODUÇÃO

O comércio de bens e serviços pode ser compreendido como objeto de diversos estudos por variadas óticas como a Economia, a Engenharia de Produção, a Administração e o Direito. Este último, por sua vez, engloba alguns ramos (também chamados de disciplinas ou especializações) que estão igualmente relacionados à atividade comercial. Uma das principais ramificações que versam sobre esta matéria é o chamado Direito Empresarial, cuja função fundamental é regular as relações entre as pessoas que promovem atividades econômicas lucrativas. Em outras palavras, o Direito Empresarial trata, naturalmente, dos empresários e das empresas.

Entretanto, faz-se mister pontuar que a atividade empresarial depende intrinsecamente de um fator importante: o consumidor. A Lei nº 8.078 de 1990 em seu artigo 2º o define como sendo “toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final”, considerando em seu parágrafo único a “coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo” como consumidores por equiparação. No afã de protegê-lo quando o mesmo participa das atividades comerciais adquirindo bens ou serviços é que surge o Direito do Consumidor, apresentando como principal diploma legal a lei supracitada, também conhecida como “Código de Defesa do Consumidor”.

No dia 31 de maio de 2017 foi aprovada pelo Senado a Medida Provisória (MP) 764/2016, originando o Projeto de Lei de Conversão 6/2017 e posteriormente convertido na Lei 13.455 do dia 26 de junho de 2017. O texto, sancionado sem vetos pelo presidente Michel Temer, autoriza o comerciante a oferecer preços diferenciados para pagamentos em cartão de crédito ou débito ou em dinheiro. Tal prática já era recorrente no mercado através do oferecimento de descontos para o pagamento em dinheiro, estratégia utilizada pelos comerciantes para evitar as taxas cobradas pelos empresários de cartões e o atraso da remuneração dos mesmos. Assim, o intuito principal do regulamento foi de incluir estes artifícios no ordenamento jurídico, tornando-os lícitos de agora em diante (SENADO FEDERAL, 2017)³.

O presente artigo tem como objetivo analisar a Lei 13.455/2017 em seus aspectos principais, examinando a prática da cobrança diferenciada e contrapô-la aos princípios

³ SENADO FEDERAL. **Lei autoriza diferenciação de preço para compras em dinheiro e cartão**. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2017/06/26/lei-autoriza-diferenciacao-de-preco-para-compras-em-dinheiro-e-cartao>>. Acesso em: 14 ago. 2018.

consumeristas. Além disso, analisar-se-á: a) se existe abusividade nessa prática; b) se a suposta vantagem excessiva para o fornecedor constitui cláusula abusiva; c) se há discriminação entre os adquirentes. A metodologia utilizada foi o levantamento e análise de fontes bibliográficas, observando a opinião da Doutrina e da Jurisprudência a respeito do assunto.

Isto posto, no próximo tópico será feito um panorama geral das normas consumeristas relacionadas à oferta e à publicidade.

2 DAS NORMAS REFERENTES À OFERTA E À PUBLICIDADE

O Código de Defesa do Consumidor estabeleceu diversas regras relacionadas à disciplina da oferta e da publicidade direcionadas ao consumidor, as quais estão elencadas nos artigos 30 a 38 do texto legal. Os dois elementos são de extrema importância para o sucesso da atividade empresarial, posto que estão vinculados à atração do público para a compra dos produtos ou serviços. Nas palavras de BESSA (2014, p. 146-147), “a oferta é a forma pela qual o fornecedor busca despertar o interesse das pessoas, apresentando qualidades e condições do produto ou serviço que possam atrair o consumidor”, enquanto que a publicidade “pode ser entendida como o instrumento pelo qual o fornecedor faz com que seu produto ou serviço seja conhecido pela coletividade.”

Para o presente trabalho, importa ressaltar o dever de informar, que está disposto no artigo 31 do Código:

A oferta e apresentação de produtos ou serviços devem assegurar informações corretas, claras, precisas, ostensivas e em língua portuguesa sobre suas características, qualidades, quantidade, composição, preço, garantia, prazos de validade e origem, entre outros dados, bem como sobre os riscos que apresentam à saúde e segurança dos consumidores.⁴

Segundo Antônio Herman Benjamin (2017, p. 290), existem dois tipos de informação no mercado de consumo: a pré-contratual, cuja ocorrência se dá antes da consumação do contrato e pode estar acompanhando o produto ou estar inserida na publicidade a ele vinculada; e a contratual, que é passada no momento da formalização do ato

⁴ Artigo 31 da Lei 8.078 de 1990.

de consumo. De acordo com o autor, estas duas informações devem ser positivas, ou seja, devem ser claras, provenientes da iniciativa do fornecedor. Em outras palavras, isto quer dizer que a simples ausência de publicidade abusiva ou enganosa não confere suficiente proteção ao consumidor, posto que este também tem direito a receber todos os informes a respeito do objeto de sua compra.

A redação legal ainda preceitua que as informações devem ser “corretas, claras, precisas, ostensivas e em língua portuguesa”. Assim, o fornecedor não pode valer-se da escusa do erro, ou informar de forma obscura, imprecisa e discreta, pois isso poderia levar o consumidor a engano. Dados fornecidos somente em língua estrangeira também são vedados. Tal regra mostra que não basta informar de qualquer maneira, é preciso respeitar os requisitos e tornar tudo o mais palatável possível para o adquirente, protegendo-o de eventuais abusos.

Além disso, o final do artigo 31 expõe que os dados informados devem versar sobre “características, qualidades, quantidade, composição, preço, garantia, prazos de validade e origem, entre outros dados, bem como sobre os riscos que apresentam à saúde e segurança dos consumidores”. Este vasto rol de elementos demonstra que as informações – ainda que claras e precisas – também não podem se ater apenas ao preço ou à qualidade do produto, por exemplo. Elas precisam abarcar todos os itens relacionados ao objeto a ser vendido. Mais uma vez, fica clara a proteção contra abusividades conferida ao consumidor.

A Lei 13.455/2017 introduziu nova regra na Lei 10.962 de 2004, a qual dispõe sobre a oferta e as formas de afixação de preços de produtos e serviços para o consumidor. Trata-se do artigo 5º-A, cuja disposição é: “o fornecedor deve informar, em local e formato visíveis ao consumidor, eventuais descontos oferecidos em *função do prazo ou do instrumento de pagamento utilizado*”. Resta claro que a nova lei respeitou o princípio do dever de informar, obrigando o fornecedor a discriminar quais formas de pagamento oferecem descontos.

Com o advento do diploma legal, alguns fornecedores oferecem descontos para compras “à vista”, quando na verdade só oferecem o preço diminuído para os clientes que pagam “em dinheiro”. Tal estratégia é abusiva, posto que, se o desconto só é conferido para esse tipo de compra, isto deve ser informado de forma clara, precisa e ostensiva. A expressão “à vista” inclui também as compras em cartão de débito, e o Procon considera que a expressão também pode englobar pagamentos com cartão de crédito⁵. Assim, partindo do fato de que a

⁵ JUSBRASIL. **Pagamento com cartão de crédito é considerado à vista, alerta Procon.** Disponível em: <<https://sefaz-mt.jusbrasil.com.br/noticias/2088061/pagamento-com-cartao-de-credito-e-considerado-a-vista-alerta-procon>>. Acesso em: 14 ago. 2018.

expressão não pode se resumir aos proventos em dinheiro, o fornecedor fica obrigado a precisar a forma de remuneração que oferece o menor preço.

3 COMPRAS POR MEIO DO CARTÃO DE CRÉDITO

Antes de adentrar no mérito das supostas violações as normas constitucionais e princípios consumeristas com a legalização da prática de diferenciação dos preços para pagamentos em dinheiro e cartão, pela Lei 13.455/2017, é essencial para o esclarecimento da controvérsia a análise das especificidades dessa moderna forma de pagamento das obrigações.

Enquanto em uma relação de consumo paga mediante dinheiro, o comprador imediatamente cumpre a sua obrigação, após o fornecedor prestar a obrigação de entregar algum produto ou fornecer certo serviço. As compras pagas por meio do cartão de crédito precisam de um estudo pormenorizado, porque é um contrato complexo que envolve várias relações jurídicas.

De acordo com os ensinamentos de Waldo Fazzio Júnior (2004, p. 531), o cartão de crédito pode ser definido como “um conjunto de relações jurídicas instrumentais destinadas a otimizar os negócios pela simplificação e segurança que confere às transações: facilita a compra e garante o fornecedor”. Com posse desse instrumento, o consumidor não precisa necessariamente de cheque ou dinheiro para pagar o preço do bem ou serviço, pois deverá pagar em determinado prazo contratual a empresa que lhe emitiu o cartão que pagará o fornecedor.

Ainda conforme o doutrinador, existem basicamente três sujeitos que participam do sistema do cartão de crédito, entre eles: (1) o emissor é a instituição financeira que concede crédito ao usuário do cartão e paga ao fornecedor, para que entre esses se realize um contrato de compra e venda ou prestação de serviços; (2) o usuário é a pessoa credenciada pelo emissor, por meio de pagamento de taxa anual, a fazer as aquisições junto aos fornecedores e (3) o fornecedor é a pessoa que exerce atividade profissional de venda de produtos ou prestação de serviços que também mantém contrato com o emissor.

Em primeiro lugar, existe uma relação jurídica entre a instituição financeira e o usuário do cartão. O emissor do cartão confere crédito ao consumidor e este transfere à instituição financeira a responsabilização pela compra autorizada mediante o pagamento de taxa da administração ou mesmo de juros originários do parcelamento da fatura.

Em segundo lugar, a relação jurídica entre o consumidor e o estabelecimento comercial credenciado. Quando o estabelecimento comercial possibilita os consumidores efetuarem a compra por meio de cartão de crédito, ele fomenta a atividade comercial, já que atrai mais clientela, as vendas aumentam e o lucro sobe, conseqüentemente.

Em terceiro lugar, existe uma relação jurídica entre a instituição financeira e o estabelecimento comercial credenciado. A partir da operação chamada de filiação ou credenciamento, a emissora do cartão credencia o estabelecimento comercial e assume o risco de integral do crédito e de possíveis fraudes, já que o emissor se obriga a pagar ao fornecedor antes de receber o pagamento pelas despesas feitas por intermédio do cartão. Como contraprestação para essa assunção de risco, o estabelecimento comercial repassa à emissora, a cada venda feita em cartão de crédito, um percentual dessa operação, previamente contratado.

Essa última relação envolve pontos-chaves para a compreensão das violações das normas consumeristas pela prática de diferenciação de preços para pagamentos com dinheiro e cartão de crédito, por isso a necessidade de algumas observações.

O primeiro ponto é que entre as obrigações assumidas do fornecedor com o emissor está a obrigação do estabelecimento comercial de dar quitação ao titular do cartão de crédito assim que ele assinar a nota fiscal⁶. Após essa informação, conclui-se que a o adimplemento da obrigação por meio de cartão de crédito também é uma forma de pagamento à vista, assim como o dinheiro, já que a obrigação do consumidor com o estabelecimento comercial foi extinta.

O segundo ponto é o argumento levantado pelos fornecedores é que o consumidor que paga mediante dinheiro deve ter um preço menor do que o adquirente que adimple pelo cartão, uma vez que nessas obrigações pagas com dinheiro o estabelecimento não precisa repassar uma parte do valor recebido. Entretanto, nenhum estabelecimento é obrigado a disponibilizar a forma de pagamento pelo cartão de crédito. Se este faz a opção de oferecer essa possibilidade de adimplemento para atrair mais consumidores e aumentar suas vendas, ele deve arcar também com esse ônus, diante de tantos benefícios oferecidos.

4 VIOLAÇÕES AOS DIREITOS DO CONSUMIDOR

⁶ MIRANDA, Maria Bernadete. **Aspectos jurídicos do contrato de Cartão de crédito**. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/aspectos_juridicos_do_contrato_de_cartao_de_credito.pdf>. Acesso em 23 nov. 17. p. 8.

Neste tópico, as conclusões feitas no item anterior sobre a prática de diferenciação de preços para pagamentos em dinheiro e cartão serão avaliadas de acordo com as normas que protegem o consumidor das práticas abusivas, das cláusulas abusivas e a discriminação dos adquirentes.

Uma questão de fundamental relevância para a continuação do Trabalho é que essas normas infraconstitucionais, presentes no Código de Defesa do Consumidor, tem o papel de proteger os consumidores contra práticas irregulares dos fornecedores e comerciantes. Proteção esta garantida no artigo 5, inciso XXXII, da Constituição Federal, que coloca como dever da República Federativa do Brasil a promoção da defesa do consumidor. Além disso, essa preocupação é reforçada pelo Constituinte quando este coloca a defesa do consumidor como um dos princípios gerais da ordem econômica, no artigo 170, V da Constituição Federal.

Por conseguinte, esses institutos e princípios consumeristas devem ser interpretados de acordo com a preocupação do Constituinte de promover efetivamente os direitos do consumidor.

4.1 Da prática abusiva contra o consumidor

Primeiramente, com o objetivo de elucidar esse importante problema, é preciso definir o que é prática abusiva. Conforme ensinamentos de Antônio Herman Benjamin (2017, p. 323), esse ato ilegal é a ação do fornecedor em desconformidade com os padrões mercadológicos de boa conduta em relação ao consumidor.

Ainda sobre a definição dessas condutas irregulares, Gabriel A. Stiglitz (1986, p. 81) ainda complementa esse conceito, acrescentando que as práticas abusivas são condições impostas pelo fornecedor que violam os princípios da ordem jurídica com relação à boa-fé e aos bons costumes.

Nesse sentido, o legislador estabeleceu no artigo 39 do Código de Defesa do Consumidor um rol exemplificativo⁷ de práticas abusivas. Entre essas práticas irregulares, a exigência de vantagem excessiva (artigo 39, V) e a elevação de preço sem justa causa (artigo 39, X) serão importantes para analisar o tema debatido no artigo.

⁷ Pela experiência jurídica, ficou comprovado que é impossível o legislador exaurir todas essas práticas diante das inúmeras possibilidades de abusividades que podem surgir nas relações de consumo diárias.

Como foi colocado na Introdução, o objetivo da Lei é permitir que os comerciantes possam realizar essa prática para incentivar os consumidores a pagar em dinheiro, já que por meio desse meio de pagamento não existe cobrança de taxas pelas instituições financeiras. Apesar da recente legalização dessa diferenciação de preços para os pagamentos em dinheiro e cartão, sob a luz dos princípios e institutos consumeristas, essa prática é abusiva, por causa dos dois pontos colocados no Tópico anterior.

Em primeiro lugar, o pagamento por cartão de crédito é modalidade de pagamento à vista, *pro soluto*, porque implica na extinção da obrigação do consumidor perante o fornecedor de forma automática. Tendo em vista que a instituição financeira paga ao estabelecimento comercial, antes mesmo de receber o pagamento do usuário.

Após a autorização da transação, o pagamento mediante cartão exige o consumidor de qualquer obrigação ou vinculação junto ao fornecedor, já que este dará quitação total ao comprador. Por isso que não existe justificativa plausível para a diferenciação de preços para o pagamento em dinheiro e cartão, uma vez que as duas modalidades de pagamento devem ser consideradas à vista, pois a obrigação do fornecedor é imediatamente satisfeita.

Em segundo lugar, essa prática é abusiva, porque o custo pela disponibilização de pagamento por meio do cartão de crédito é inerente à própria atividade econômica desenvolvida pelo empresário.

Como já foi explicado anteriormente, o estabelecimento comercial tem a garantia do pagamento das compras feitas pelo consumidor pelo cartão de crédito, visto que a administradora assume inteiramente a responsabilidade pelos riscos do crédito, até as possíveis fraudes. Ou seja, essa taxa paga pelo estabelecimento comercial a instituição financeira é a contraprestação de todas as garantias prestadas por esta.

Esse custo não pode ser transferido ao preço do produto final, uma vez que imputar mais esse valor ao consumidor equivaleria a atribuir a este a divisão de gastos advindos do próprio risco do negócio, de responsabilidade exclusiva do empresário. Por isso, essa prática deve ser considerada como exigência de vantagem excessiva, já que o fornecedor se beneficia exageradamente pelo preço diferenciado.

Dessa forma, a imputação de mais essa taxa ao consumidor que já paga a instituição financeira taxa por este serviço (taxa de administração) pela utilização do cartão de crédito se configura como uma prática abusiva, já que onera duplamente o consumidor. Algo totalmente incompatível com a proteção constitucional conferida ao consumidor.

Em razão disso, a prática não só se configura como exigência, mas também como uma elevação de preços sem justa causa, uma vez que essa taxa deve ser suportada pelo

estabelecimento comercial. Tendo em vista que este se beneficia com a taxa, pois amplia suas vendas e seus lucros, não podendo ser atribuída ao preço final do produto.

Isto posto, se constata a abusividade da prática em que o fornecedor determina preços mais favoráveis para o consumidor que paga em dinheiro ou cheque em detrimento daquele que paga em cartão, porque violam as normas do Código de Defesa do Consumidor que proíbem a exigência pelo fornecedor de vantagem manifestamente excessiva (artigo 39, V) e a elevação sem justa causa do preço dos produtos ou serviços (artigo 39, X).

4.2 Da vedação de cláusulas abusivas no direito do consumidor

Conforme ensinamentos de Cláudia Lima Marques (2013, p. 233), o Código de Defesa do Consumidor no artigo 51, IV, estabeleceu normas imperativas para proibir cláusulas abusivas que assegurassem vantagens unilaterais ou exageradas, incompatíveis com a boa-fé e a equidade, para o fornecedor de bens e serviços e onerassem excessivamente o consumidor. Essas cláusulas abusivas são nulas de pleno direito, porque as normas consumeristas são de natureza cogente que protegem os legítimos interesses e expectativas dos consumidores.

Dessa forma, a possibilidade de imputação de mais essa taxa ao preço do produto final que paga mediante cartão de crédito se configura também como cláusula abusiva, já que onera excessivamente o consumidor sem justificativa. Pois, como foi dito anteriormente, este já paga uma taxa de administração a instituição financeira.

Além disso, a empresa apenas se beneficia com a possibilidade de pagamento através de cartão de crédito, já que atrai mais consumidores pela facilidade do pagamento e ainda garante o efetivo pagamento, vez que a instituição financeira se responsabiliza pela compra efetuada pelo consumidor.

Ao invés dessas práticas e cláusulas serem vedadas pelo Ordenamento Jurídico, elas foram legalizadas pela Lei 13.455/2017, o que se configura um grave desrespeito aos institutos e princípios consumeristas, visto que foi legalizada a possibilidade de vantagem exagerada ao fornecedor e, conseqüentemente, a onerosidade excessiva ao consumidor.

4.3 Da discriminação entre os adquirentes

A Lei 12.529/2011 trata - dentre outras disposições - da estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência e dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações

contra a ordem econômica, as quais estão elencadas no seu artigo 36. Os incisos X e XI preceituam as seguintes infrações:

X - discriminar adquirentes ou fornecedores de bens ou serviços por meio da fixação diferenciada de preços, ou de condições operacionais de venda ou prestação de serviços;

XI - recusar a venda de bens ou a prestação de serviços, dentro das condições de pagamento normais aos usos e costumes comerciais;⁸

Ao contrapor estas disposições às normas nova lei, percebe-se um claro conflito. Enquanto esta permite a diferenciação de preços, aquela estabelece a proibição da discriminação entre os adquirentes por meio da fixação diferenciada de preços. Sendo a Lei 13.455/2017 mais recente, entende-se que houve uma derrogação tácita, ou seja, uma revogação parcial da lei 12.529 de 2011 em relação aos incisos X e XI do artigo 36, tornando a diferenciação permitida.

Entretanto, seguindo o entendimento desenvolvido até aqui, tal derrogação – apesar de seguir os conformes legais – traz como advento um prejuízo para o consumidor e uma vantagem excessiva para o fornecedor. A diferenciação de preços em função do prazo ou do instrumento de pagamento utilizado vai de encontro ao espírito do Código de Defesa do Consumidor e das demais leis consumeristas, colocando o adquirente numa posição de desvantagem. É preciso saber se esta nova regra deve prevalecer definitivamente diante de todo um entendimento construído e consolidado até o presente momento. Caso assim seja, faz-se necessário alterar as disposições anteriores. Caso assim não seja, a nova lei merece revogação.

5 JURISPRUDÊNCIA

Neste tópico, será exposto o entendimento jurisprudencial sobre a prática de diferenciação de preços para pagamentos em dinheiro e cartão de crédito. Em 1999, o STJ tinha a percepção que essa prática era legal⁹, conforme o julgamento do Recurso Especial

⁸ Artigo 36 da Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011.

⁹ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Recurso Especial nº 229.586/SE, Primeira Turma do STJ, Min. Rel. Garcia Vieira, j. 16.12.1999.

229.586/SE. Contudo, a partir de 2015, esse mesmo tribunal muda o seu entendimento, a partir do julgamento da 2ª Turma do STJ, uma vez que considerou essa conduta como prática abusiva¹⁰. Essa mudança foi respaldada¹¹ por julgamento da 1ª Turma em 2016.

No julgamento do Recurso Especial Nº 1. 479. 039/MG, a Câmara de Dirigentes de Lojistas de Belo Horizonte entrou com recurso contra acórdão do Tribunal de Justiça de Minas Gerais para que o PROCON/MG deixasse de atuar ou aplicar qualquer penalidade aos lojistas que concedessem descontos apenas para os consumidores que pagassem bens ou serviços por meio de dinheiro ou cheque, não estendendo o benefício aos consumidores que adimplissem por meio de cartão de crédito.

Os recorrentes argumentavam que (1) o consumidor que paga por meio de dinheiro ou cheque é prejudicado, já que os custos da utilização do cartão de crédito estão embutidos no preço final do produto; (2) a diferenciação de preço para os dois tipos de consumidores é justificável, pois aquele que paga por meio de cartão de crédito tem maior prazo para o pagamento; (3) Inexistência de lei no Ordenamento Jurídico brasileiro que obrigue o comerciante a praticar os mesmos preços para as compras à vista efetuadas por meio de cartão de dinheiro ou cheque àquelas feitas com cartões de crédito; (4) O STJ entendia que a prática de diferenciação de preços não se configurava como vantagem excessiva.

Os demais ministros seguiram o entendimento do Relator Ministro Humberto Martins pelo não provimento do recurso, já que para a resolução dessa controvérsia deveriam ser consideradas as relações jurídicas que compõem o sistema de cartão de crédito. O Relator justificou seu voto no sentido que (1) o pagamento por meio de cartão de crédito também é modalidade de pagamento à vista, porque extingue a obrigação do consumidor perante o fornecedor; (2) Essa diferenciação deve ser considerada como prática abusiva proibida pelos incisos V e X do artigo 39, uma vez que atribui um valor ao consumidor que deveria ser suportado pelo fornecedor, constituindo uma vantagem excessiva para este; (3) Essa diferenciação também pode ser considerada como cláusula abusiva, já que o artigo 51 do Código de Defesa do Consumidor proíbe práticas que prejudiquem o equilíbrio contratual no contrato de consumo; (4) o artigo 36, X e XI, da Lei 12.529/2011 considera a discriminação de adquirentes de bens ou serviços mediante imposição diferenciada de preços com infração à ordem econômica.

¹⁰ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Recurso Especial nº 1.479.039/MG, Segunda Turma do STJ, Ministro Humberto Martins, j. 6.10.2015. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/stj-recurso-especial-1479039.pdf>>. Acesso em: 20 nov. 2017.

¹¹ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Recurso Especial nº 1610813/ES, Primeira Turma do STJ, Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, j. 18.8.2016.

Assim, essa mudança de entendimento do STJ foi digna de exaltação, uma vez que entendeu a complexidade do caso para considerar a abusividade da prática de diferenciação de preços, diante das violações já expostas no trabalho. Contudo, toda essa importante proteção ao consumidor conferida por esse entendimento foi extinta com a Lei 13.455/2017 que legalizou essa prática.

6 CONCLUSÃO

O presente artigo procurou avaliar, de forma minuciosa, os principais aspectos da Lei 13.455/2017 conforme a proteção constitucional conferida ao consumidor e os princípios consumeristas provenientes do Código de Defesa do Consumidor.

Depois do estudo da doutrina e das regras do Código de Defesa do Consumidor sobre a oferta e a publicidade, constatou-se que a mencionada Lei está em conformidade com essas normas. Após a compreensão das diferentes relações jurídicas componentes do sistema de cartão de crédito, concluiu-se que a conduta do fornecedor de diferenciar os preços para os pagamentos em dinheiro ou débito e cartão de crédito deveria ser considerada como prática abusiva. Essa prática também deveria ser enquadrada como cláusula abusiva pelos motivos já destacados. Ademais, destaca-se a antinomia normativa entre a permissão da diferenciação de preços conferida pelo dispositivo estudado e a consideração da conduta de discriminação de adquirentes por meio dessa distinção de preços como infração econômica pela Lei 12.529/2011.

Por conseguinte, a prática de diferenciação de preços para pagamentos em dinheiro ou débito e cartão de crédito deveria ser proibida pelo Ordenamento Jurídico Brasileiro por todos os argumentos já expostos no presente trabalho. Contudo, essa conduta foi legalizada com a violação de diversas normas e princípios consumeristas, fragilizando conseqüentemente a garantia constitucional de defesa do consumidor.

REFERÊNCIAS

BENJAMIN, Antônio Herman V.; BESSA, Leonardo Roscoe, MARQUES, Claudia Lima. **Manual de Direito do Consumidor**. 8. ed. São Paulo: RT, 2017.

BESSA, Leonardo Roscoe; MOURA, Walter J. F. de. **Manual de direito do consumidor**. 4. ed. Brasília: Escola Nacional de Defesa do Consumidor, 2014.

FAZZIO JR. **Manual do Direito Comercial**. São Paulo: Atlas, 2004.

MARQUES, Claudia Lima. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. 4. ed. São Paulo: RT, 2013. p. 233-234.

MIRANDA, Maria Bernadete. **Aspectos jurídicos do contrato de Cartão de crédito**.

Disponível em:

<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/aspectos_juridicos_do_contrato_de_cartao_de_credito.pdf>. Acesso em: 23 nov. 2017.

SENADO FEDERAL. **Lei autoriza diferenciação de preço para compras em dinheiro e cartão**. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2017/06/26/lei-autoriza-diferenciacao-de-preco-para-compras-em-dinheiro-e-cartao>>. Acesso em: 25 nov. 2017.

PRICE VARIATIONS FOR PURCHASE WITH CASH OR WITH CREDIT CARD IN THE LIGHT OF CONSUMERS' RIGHTS: A CRITICISM OF THE LAW N° 13.455, OF 2017.

ABSTRACT

Price variations according to payment options are relevant not only for costumers but also regarding consumers' rights. According to the Provisional Measure 764/2016 (turned into Law 13.455/2017), retailers may offer different prices for payments in cash or by credit cards. This article analyzes the allegation of abuses committed in relation to the authorized practice of this law, by opposing recent judgments and academic works. The methodology used was the analysis of bibliographical sources, leading to the conclusion that this law threatens consumers' protection and may be considered as abusive.

Keywords: Law 13.455 of 2017. Price variation. Cash payment. Credit or debit card payment. Consumers' rights.



FIDES

www.revistafides.ufrn.br