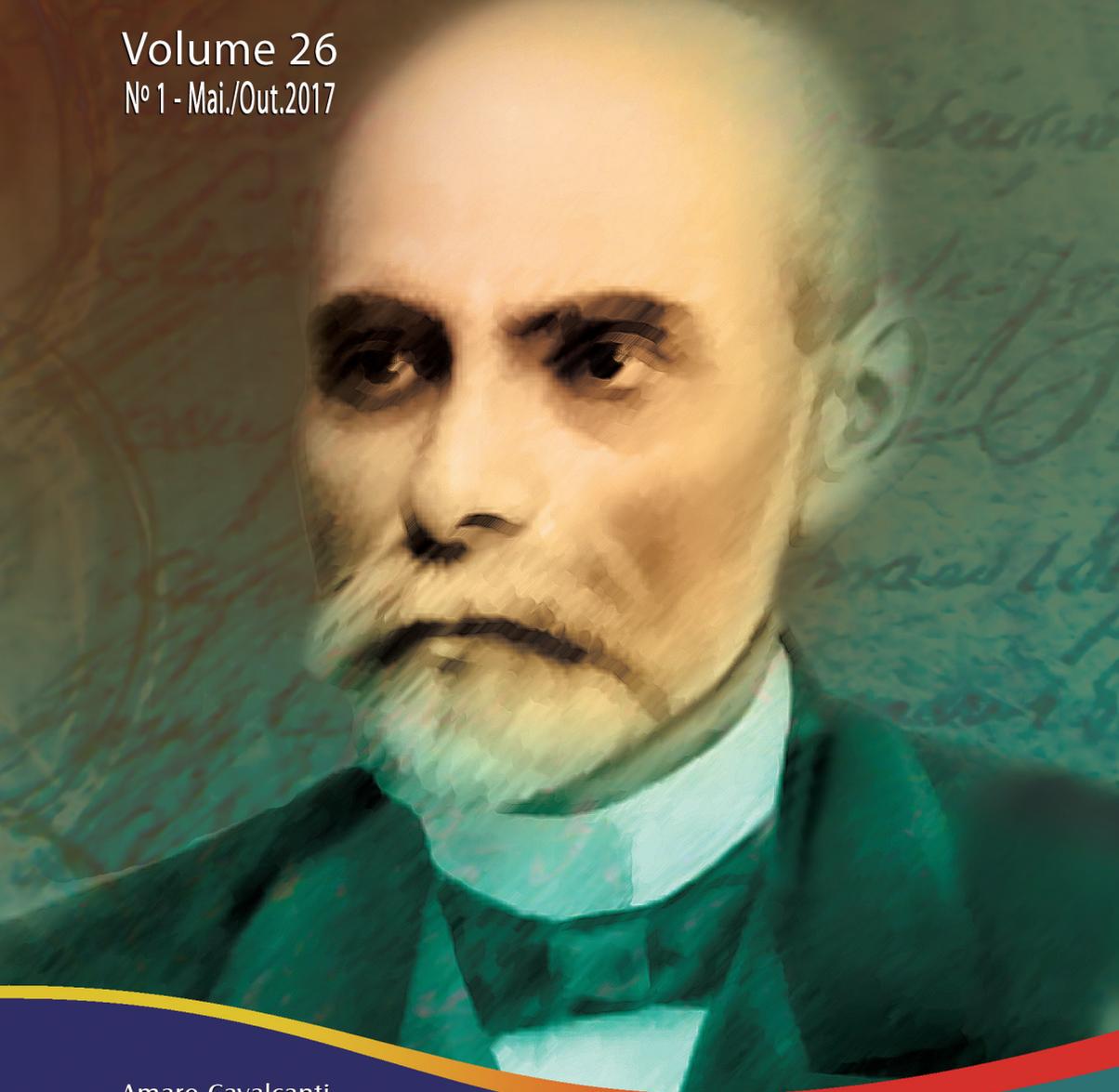


REVISTA

ESCOLA DA MAGISTRATURA REGIONAL FEDERAL 2ª REGIÃO

Volume 26

Nº 1 - Mai./Out.2017



Amaro Cavalcanti



**REVISTA
DA ESCOLA DA
MAGISTRATURA REGIONAL
FEDERAL DA 2ª REGIÃO
EMARF**

Tribunal Regional Federal da 2ª Região

Volume 26
Mai./Out.17

Esta revista não pode ser reproduzida total ou parcialmente sem autorização

Revista da Escola da Magistratura Regional Federal / Escola da
Magistratura Regional Federal, Tribunal Regional Federal da 2ª Região.
N. 1 (ago. 1999)

Rio de Janeiro: EMARF - TRF 2ª Região / RJ 2017 - volume 26, n. 1
(mai./out.2017)

Semestral

Disponível em: <<http://seer.trf2.jus.br:81/emarf/ojs/index.php/emarf>>

ISSN 1518-918X

1. Direito - Periódicos. I. Escola da Magistratura Regional
Federal.

CDD: 340.05

Diretoria da EMARF

Diretor-Geral

Desembargador Federal Luiz Paulo da Silva Araújo Filho

Diretor de Estágio

Desembargador Federal Luiz Antonio Soares

Diretor de Publicações

Desembargador Federal Augusto Guilherme Diefenthaler

Diretor de Intercâmbio e Difusão

Desembargador Federal Marcus Abraham

Diretora de Cursos e Pesquisas

Desembargadora Federal Simone Schreiber

EQUIPE DA EMARF

Regina Elizabeth Tavares Marçal - Assessora Executiva

Rio de Janeiro

Clarice de Souza Biancovilli

Flávia Dias de Paiva

Flávia Munic Medeiros Pereira

George Geraldo Bernardino da Silva

Juliana Pimentel Duque Estrada Meyer

Leila Andrade de Souza

Luciana de Mello Leitão

Luiz Carlos Lorenzo Peralba

Maria Suely Nunes do Nascimento

Marta Geovana de Oliveira

Pedro Mailto de Figueiredo Lima

Thereza Helena Perbeils Marchon

Vilma Ferreira Amado

Espírito Santo

Soraya Bassini Chamun

Rayane Ferreira Machado Daher

Conselho Editorial

Agostinho Teixeira de Almeida Filho, Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, Desembargador, Brasil

Alberto Nogueira, Tribunal Regional Federal 2ª Região, Desembargador Federal aposentado, Brasil

Alberto Nogueira Jr., Justiça Federal 2ª Região, Juiz Federal, Brasil

Aluísio Gonçalves de Castro Mendes, Tribunal Regional Federal da 2ª Região, Desembargador Federal, Brasil

Américo Augusto Nogueira Vieira, Universidade Federal do Paraná, Brasil

Américo Bedê Freire Jr., Justiça Federal da 2ª Região, Juiz Federal, Brasil

Ana Paula Vieira de Carvalho, Justiça Federal da 2ª Região, Juíza Federal, Brasil

André Ricardo Cruz Fontes, Tribunal Regional Federal 2ª Região, Desembargador Federal, Brasil

Artur de Brito Gueiros de Souza, Procuradoria Regional da República 2ª Região, Brasil

Augusto Guilherme Diefenthaler, Tribunal Regional Federal da 2ª Região, Desembargador Federal, Brasil.

Caio Márcio Gutterres Taranto, Justiça Federal da 2ª Região, Juiz Federal, Brasil

Carlos Guilherme Francovich Lugones, Justiça Federal da 2ª Região, Juiz Federal, Brasil

Carmem Tiburcio, Universidade do Estado do Rio de Janeiro - UERJ, Brasil

Celso de Albuquerque Silva, Procuradoria Regional da República 2ª Região, Brasil

Daniel Antônio de Moraes Sarmiento, Universidade do Estado do Rio de Janeiro - UERJ, Brasil

Eugênio Rosa de Araújo, Justiça Federal da 2ª Região, Juiz Federal, Brasil

Guilherme Calmon Nogueira da Gama, Tribunal Regional Federal 2ª Região, Desembargador Federal, Brasil

Guilherme Couto de Castro, Tribunal Regional Federal 2ª Região, Desembargador Federal, Brasil

Gustavo Sampaio Telles Ferreira, Universidade Federal Fluminense - UFF, Brasil

Helena Elias Pinto, Justiça Federal da 2ª Região, Juíza Federal, Brasil

Jane Reis Gonçalves Pereira, Justiça Federal da 2ª Região, Juíza Federal, Brasil

Leonardo Greco, Universidade Federal do Rio de Janeiro - UFRJ, Brasil

Fernanda Duarte Lopes Lucas da Silva, Justiça Federal da 2ª Região, Juíza Federal, Brasil

Firly Nascimento Filho, Justiça Federal da 2ª Região, Juiz Federal, Brasil

Flávio de Oliveira Lucas, Justiça Federal da 2ª Região, Juiz Federal, Brasil

Luís Greco, Universidade da Alemanha, Alemanha

Luiz Antonio Soares, Tribunal Regional Federal 2ª Região, Desembargador Federal, Brasil

Luiz Paulo da Silva Araújo Filho, Tribunal Regional Federal 2ª Região, Desembargador Federal, Brasil

Marcus Abraham, Tribunal Regional Federal 2ª Região, Desembargador Federal, Brasil

Marcus Lívio Gomes, Justiça Federal 2ª Região, Juiz Federal, Brasil

Nadia de Araújo, Pontifícia Universidade Católica - PUC-Rio, Brasil

Paulo Cezar Pinheiro Carneiro, Universidade do Estado do Rio de Janeiro - UERJ, Brasil

Paulo Freitas Ribeiro, Advogado, Brasil

Pedro Marcos Nunes Barbosa, Pontifícia Universidade Católica - PUC-Rio, Brasil

Poul Erik Dylund, Tribunal Regional Federal 2ª Região, Desembargador Federal, Brasil

Reis Friede, Tribunal Regional Federal 2ª Região, Desembargador Federal, Brasil

Ricardo Perlingeiro Mendes da Silva, Tribunal Regional Federal 2ª Região, Desembargador Federal, Brasil

Ricarlos Almagro Vitoriano Cunha, Justiça Federal da 2ª Região, Juiz Federal, Brasil

Rodolfo Kronenberg Hartmann, Justiça Federal da 2ª Região, Juiz Federal, Brasil

Rodrigo de Souza Costa, Universidade Federal Fluminense - UFF, Brasil

Rogério Dutra dos Santos, Universidade Federal Fluminense - UFF, Brasil

Sérgio D'Andrea Ferreira, Tribunal Regional Federal 2ª Região, Desembargador Federal aposentado, Brasil

Silvana Batini César Góes, Procuradoria Regional da República 2ª Região, Brasil

Theophilo Antonio Miguel Filho, Justiça Federal 2ª Região, Juiz Federal, Brasil

Tribunal Regional Federal da 2ª Região

Presidente

Desembargador Federal ANDRÉ R. C. FONTES

Vice-Presidente

Desembargador Federal GUILHERME COUTO DE CASTRO

Corregedora-Geral

Desembargadora Federal NIZETE LOBATO RODRIGUES CARMO

Membros

Desembargador Federal PAULO ESPIRITO SANTO

Desembargadora Federal VERA LÚCIA LIMA

Desembargador Federal ANTONIO IVAN ATHIÉ

Desembargador Federal SERGIO SCHWAITZER

Desembargador Federal POUL ERIK DYRLUND

Desembargador Federal REIS FRIEDE

Desembargador Federal ABEL GOMES

Desembargador Federal LUIZ ANTONIO SOARES

Desembargador Federal MESSOD AZULAY NETO

Desembargadora Federal LANA REGUEIRA

Desembargador Federal GUILHERME CALMON NOGUEIRA DA GAMA

Desembargador Federal JOSÉ ANTONIO LISBÔA NEIVA

Desembargador Federal JOSÉ FERREIRA NEVES NETO

Desembargador Federal LUIZ PAULO DA SILVA ARAÚJO FILHO

Desembargador Federal ALUISIO GONÇALVES DE CASTRO MENDES

Desembargador Federal AUGUSTO GUILHERME DIEFENTHAELER

Desembargador Federal MARCUS ABRAHAM

Desembargador Federal MARCELO PEREIRA DA SILVA

Desembargador Federal RICARDO PERLINGEIRO

Desembargadora Federal CLAUDIA MARIA PEREIRA BASTOS NEIVA

Desembargadora Federal LETICIA DE SANTIS MELLO

Desembargadora Federal SIMONE SCHREIBER

Desembargador Federal MARCELLO GRANADO

Desembargador Federal ALCIDES MARTINS RIBEIRO FILHO

SUMÁRIO

| | |
|--|-----|
| JUSTIÇA E POLÍTICA: ARENAS DE DESIGUAIS..... | 11 |
| Alexandre Chini e Marcelo Moraes Caetano | |
| O STREAMING E A SUA MONETIZAÇÃO: REPERCUSSÃO SEM FRONTEIRAS | 23 |
| Ana Letícia Allevato Coelho, Raquel Franco Apulchro Miranda de Sá e Tatiana de Melo Cotrim | |
| O TEXTO “LEI E JUÍZO” NA OBRA DE CARL SCHMITT | 41 |
| André R. C. Fontes | |
| ADIMPLEMENTO DAS OBRIGAÇÕES INTERNACIONAIS: O LEGISLATIVO E A LEI 13.146/2015..... | 45 |
| Bruna Vilanova Machado e Renan Soares Cortazio | |
| OS LIMITES DO EXERCÍCIO DOS DIREITOS POLÍTICOS DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA..... | 63 |
| Bruno Cezar Andrade de Souza | |
| A TRANSIÇÃO DEMOCRÁTICA IMPOSTA E SUA RELAÇÃO COM A JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO..... | 79 |
| Enio Viterbo Martins | |
| A JURISDIÇÃO ADMINISTRATIVA E O DIREITO JURISPRUDENCIAL: A UTILIZAÇÃO DE ENUNCIADOS ADMINISTRATIVOS COMO PADRÕES DECISÓRIOS JUDICIAIS NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL | 91 |
| Felippe Borring Rocha | |
| OS DIREITOS SOCIAIS PRESTACIONAIS À LUZ DAS DECLARAÇÕES DE DIREITOS DO HOMEM | 113 |
| Fernanda Barreto Alves e Rafael Meireles Saldanha | |
| A CONVERGÊNCIA ENTRE COOPERAÇÃO PROCESSUAL E CONSENSUALIDADE ADMINISTRATIVA, NA GESTÃO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO | 129 |
| Jessé Torres Pereira Junior e Thaís Marçal | |
| SONEGAÇÃO TRIBUTÁRIA E TARIFÁRIA: AINDA A DISTINÇÃO ENTRE TRIBUTO E TARIFA | 139 |
| Leonardo de Medeiros Fernandes | |

Sumário

| | |
|--|-----|
| DA ABUSIVIDADE DA OBSOLESCÊNCIA PROGRAMADA À LUZ DO CDC..... | 163 |
| Leonardo Ribeiro Machado | |
| O TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL. ANTECEDENTES. RECEPÇÃO PELO DIREITO INTERNO. COMPETÊNCIA..... | 185 |
| Paulo Roberto Bérenger Alves Carneiro | |
| A FUNÇÃO SOCIAL E A USUCAPIÃO DOS BENS PÚBLICOS: UMA RELEITURA A PARTIR DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO ORDENAMENTO JURÍDICO..... | 205 |
| Rafael Carvalho Rezende Oliveira e Thaís Boia Marçal | |
| OPERAÇÃO LAVA-JATO: O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO EM XEQUE NOS PAÍSES DE MODERNIDADE PERIFÉRICA..... | 231 |
| Raquel de Lima Mendes | |
| A TUTELA DO MEIO AMBIENTE NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: ESTUDO DE CASOS CONCRETOS..... | 255 |
| Reis Friede | |
| A CLÁUSULA CONSTITUCIONAL DE PROIBIÇÃO DE PARTIDOS POLÍTICOS TOTALITÁRIOS..... | 275 |
| Viviane Pleyzy | |

JUSTIÇA E POLÍTICA: ARENAS DE DESIGUAIS

Alexandre Chini, Juiz de Direito

*Marcelo Moraes Caetano, Professor da UERJ e do IBMR-Laureate
International Universities*

A palavra “arena” é de origem latina e forneceu, à língua portuguesa, tanto “arena”, sinônimo de “local de lutas” (de iguais ou desiguais), quanto “areia”, que proveio da metonímia do fato de a areia ser o piso com que se revestiam as arenas, e da metáfora de ser a mesma areia algo essencialmente homogêneo e suave, facilmente passível de ser repartido de modo igualitário e satisfatório. Com a areia também se faziam, desde a Antiguidade, eficientes relógios. Portanto, a areia marcava tanto o território (espaço), quanto a passagem das horas (tempo).

A partir dessa constatação etimológica, rumaremos à anamnese das ideias centrais presentes nos conceitos de Justiça e de Política.

É necessário um preâmbulo. Para este ensaio, quando falamos em “Política”, basta que se recorra de modo amplo à sua noção tão bem estabelecida, por exemplo, em Platão e em Aristóteles. Tanto naquele, o Professor, quanto neste último, seu Discípulo mais úbere, o conceito de Política se delineia, *grosso modo*, como o conjunto de sujeitos, individuais ou coletivos, que precisam conciliar seus interesses específicos aos interesses de uma coletividade em que se inserem. As subjetividades precisam adequar-se à objetividade do tecido coletivo/social. É necessário que viver e conviver sejam conciliados, o que nem sempre se dá de forma natural, uma vez que pode haver discordância de aptidões e interesses – aliás, uma das regras da “condição humana” (cf. Hanna Arendt). Duas ou mais

peças convivendo requerem, obrigatoriamente, o manejo da arte da Política. Isso ocorre indistintamente nas culturas complexas (como as formadoras de civilização e/ou ciência) e nas rudimentares. Todos nascemos em culturas, e estas põem sobre cada um, ao nascer, suas marcas éticas e êmicas, que podem colidir com anseios e interesses específicos.

Era a isso que Durkheim e Saussure se referiam ao traçarem o conceito de “fato social”, em que a língua, entre outros fatos culturais, se insere: todo e qualquer fato social precede o nascimento do indivíduo, e o indivíduo precisa adaptar-se à sua compleição, mesmo que provisória; mudanças de compleição social, que são as regras dos fatos sociais (contributo dos pós-estruturalistas às obras de Durkheim e Saussure), sucedem os indivíduos e são geradas pela participação ativa destes no tecido social em que atuam. Assim sendo, pessoas individuais, com suas especificidades, inserem-se no convívio social; pessoas coletivas (como empresas ou Estados) igualmente se inserem numa ordem maior que as abarca nacional ou internacionalmente. Pessoas individuais ou coletivas nascem sob a égide de um *status quo* (uma língua, um ordenamento jurídico X, por exemplo), mas a força dissociadora presente no âmago da Política, quase sinônima complementar de “convívio”, como vimos (sobretudo entre interesses desiguais), atua de modo ora furtivo, ora rompante, no sentido de ocasionar mudanças, reguladas pela natureza estática (estável ou conciliadora) da Justiça, que equilibra as ordens passada e presente com a ordem futura.

Na sábia metáfora filológica usada por Hugo Schuchardt, retirada da física clássica, a Política se baseia na primazia da força centrífuga (“divergente do centro”), ao passo que à Justiça cabe a primazia da força centrípeta (“convergente ao centro”).

A Política lida, como dissemos, com forças descentralizadoras (centrífugas), interesses muitas vezes discordantes, que podem gerar tensão e/ou conflito (nos planos social, jurídico, diplomático etc.), incerteza e/ou risco (nos planos financeiro, econômico etc.), porque sujeitos detêm aspirações que, em alguns casos, vão de encontro frontal à ordem maior em que se inserem, incluída aí a mera presença de um único outro sujeito discordante. Hobbes e Grotius, com suas ideias sobre natureza ou moral, aplicáveis às relações humanas (individuais ou coletivas), trouxeram importantíssimas ramificações às discussões que se empreendiam, havia longa data, sobre os basilares conceitos de “qualidade” e “quantidade”, de que nos valeremos em momento oportuno para buscar atingir o escopo principal deste ensaio.

Dito isto, será a partir do ponto de vista da Política que a Justiça será por nós, neste texto, pensada e refletida. Como se percebe, e como fora por nós prenunciado, nosso método é o desconstrucionismo, ou o pós-estruturalismo, uma vez que nosso ponto de vista seminal ou primogênito será a periferia do sistema/paradigma social, que é a Política, sendo a Justiça o centro deste mesmo paradigma. Explique-se a questão do método por nós adotado: tudo o que lida com pluralidade ou forças centrífugas, na consabida dicotomia estruturalista “Centro” X “Periferia” ou “Hegemônico” X “Não hegemônico”, é metodologicamente considerado como periférico, até em razão das forças centrífugas que regem quaisquer núcleos pautados na diversidade, que apontam exatamente em todas as direções, em “todos os ventos”, nas palavras de Nietzsche, para fora do eixo central.

Com isto, entretanto, não se atribui escala alguma de gradiente melhorativo ou pejorativo a nenhum dos dois pontos de referência (“Centro” e “Periferia”). Tão somente se estabelecem as bases segundo as quais o contraste, indispensável a qualquer reflexão, pode urdir-se na análise necessária. E, uma vez que o ponto de referência inaugural para nós será o que é periferia (Política) no paradigma social aqui perquirido (Justiça-Política), trata-se, como queríamos demonstrar, de um método desconstrucionista, cuja base analítica parte do não hegemônico ou periférico para explicar o hegemônico ou central.

Além disso, corroborando ainda mais o desconstrucionismo, nosso método reconhece e referenda a existência da mudança no tecido social que precedeu o sujeito individual ou coletivo. É claro que para esta inserção metodológica nos valem também de epistemólogos como *Popper*, *Kuhn* e *Feyerabend*, que explicaram o mecanismo das “mudanças de paradigma” nas ciências.

Todo o nosso trabalho no campo do direito – artigos e livros – tem sido pautado na busca de captação de construtos teóricos e métodos científicos que contribuam para a aplicação da Justiça concreta (cf. Luigi Ferrajoli, Alexandre Chini, Marcelo Moraes Caetano). Como o século XXI traz em seu âmago a transdisciplinaridade, é mais do que natural que venhamos a buscar em ciências outras as raízes sobre as quais nossa investigação maior se erige.

Longe de ser tarefa simples, a reflexão sobre Justiça, que desejamos alicerçada em filosofia da ciência (epistemologia), exigirá gradativa exposição e explicitação de conceitos, que devem seguir uma espécie de protocolo científico

quanto à hierarquia e organização paulatinas dos conceitos necessários à nossa consecução derradeira.

Será necessário, portanto, que se exponham, muito simples e didaticamente, alguns outros conceitos, que podem parecer, à primeira vista, distantes da engrenagem circundante sobre a qual buscamos aqui refletir. À medida que suas exposições se processarem, portanto, será necessária a articulação e a conjugação de seus cernes a outros cernes. Muitas vezes, a mera aposição de conceitos será considerada por nós como autoexplicativa, sem necessidades do que cremos que viria a constituir verdadeiros pleonasmos viciosos. Procuraremos ser didáticos sem, com isso, sermos superficiais.

É como, metodologicamente, agiremos a partir daqui.

Refleta-se, antes de tudo, sobre as categorias aristotélicas de “Qualidade” e “Quantidade” e como Justiça e Política retêm cada uma delas e distribuem-se em função dessas essências.

Vamos aos conceitos preambulares, ficando claro ao leitor que nossas bases são Platão e Aristóteles, mas também Hobbes, Grotius, Kant, Hegel, Humboldt; e outros.

A qualidade é subjetiva, natural, instintiva, física, fixa, formal, absoluta. Uma das características – não única – da categoria de qualidade é ser afeita ao espírito do Romantismo e seus golpes sociais, tão presentes na História humana (e por vezes chamados de “revoluções”), mormente os ocorridos a partir do fim do século XVIII, como a Revolução Americana, a Revolução Francesa, a Revolução Industrial, a Independência do Brasil, a Revolução Russa, a Revolução Cubana etc.

A quantidade é objetiva, contratual, moral, positiva, mutável, funcional, relativa, afeita ao espírito do Neoclassicismo, cujo epígono ocorreu do fim do século XVII até o meado do século XVIII.

Sobre essa distinção epistemológica entre Romantismo e Neoclassicismo, que os coaduna a modos de pensar qualitativo ou quantitativo, remetemos o leitor interessado ao filósofo Chaim Perelman, bem como aos nossos artigos sobre argumentação jurídica e epistemologia aplicada (Cf. Chini e Caetano).

As categorias de qualidade e quantidade não são permutáveis uma com a outra, embora dialoguem, sutileza que requer um modo bastante atilado de pensar e discernir. Trata-se de postulado que tentaremos demonstrar a seguir, e de cujas premissas e conclusões emanará a própria essência deste nosso ensaio.

A qualidade traz à luz a primazia do ponto de vista (ou da perspectiva) do sujeito. A quantidade traz à luz a primazia do ponto de vista (ou da perspectiva) do objeto. Também são postulados que, em convergência com o anterior, perfarão, assim desejamos, a ideia central aqui apontada.

Podemos submeter essa primeira conclusão, baseada na articulação dos postulados há pouco perfilados sobre qualidade e quantidade, a uma experiência facilmente assimilável pela racionalidade.

Um simples copo d'água pode ser observado segundo critérios de qualidade ou quantidade, e as modificações daí decorrentes serão enormes. Essas modificações, em último grau, afetarão até mesmo a possibilidade – ou não – de um elemento qualquer ser substituível por outro. Se equacionarmos a essas categorias as mencionadas contribuições de Hobbes e Grotius, os algoritmos revelarão uma complexidade muito relevante, que não poderá ser aprofundada neste ensaio, porquanto este aprofundamento requeresse texto de caráter muito mais amplo.

Voltemos à análise do copo d'água.

No campo da qualidade, como dissemos, o copo d'água depende da visão do sujeito. Responde à questão O QUE é ou QUAL é, de onde provém o próprio vocábulo “qualidade”. O que é um copo d'água para quem está há dois dias no deserto? O que é o mesmo copo d'água para quem está há cinco horas em pleno mar aberto no meio de uma tempestade? Os pontos de vista ou as perspectivas sobre este copo, idêntico materialmente, serão absolutas, inegociáveis, infranqueáveis. Sua eficácia é, ou deve buscar ser, absoluta, embora advinda do que consensualmente (queremos dizer: no senso comum) possa parecer relativo, a saber, o sujeito.

Como conseguir extrair do que advém de necessidades pessoais/subjetivas (individuais ou coletivas; físicas ou empresariais/estatais) fórmulas que contemplem, pela emanção mesma da natureza humana, a todos os seres humanos ou pessoas (físicas ou jurídicas) irrestritamente, de modo objetivo, sem possibilidade de negociações, ou submetendo estas negociações a cordames muito seletos ou, em melhores palavras, justos, isto é, sem permitir que nada exceda ou falte? Este é o propósito primeiro e último da Justiça, que está atrelado ao que chamaremos sua “epifunção” no momento adequado deste ensaio.

Ao retirar do que é específico e pessoal uma fórmula geral e universal, a Justiça revela-se *alma mater* das ciências humanas como um todo, perseguindo o método indutivo de pensar.

Uma vez no alto da abstração teórica formulada, a Justiça se volta, mais uma vez, para o plano específico ou pessoal, aplicando a teoria dali haurida, cuja essência é geral e universal, a fim de que esta possa ser ajustada incessantemente à realidade como esta se apresenta, sempre atualizada no “razoável ou não razoável” (cf. Wittgenstein) da vida. Com isso, seu método é o dedutivo.

Na eterna dialética não apenas dos fatos em si mesmos, como também das metodologias segundo as quais esses fatos devem proporcionar o Bem e o Justo – indutivo/dedutivo –, assenta com estabilidade o espírito da Justiça. Partir do específico, gerar o universal, e retornar ao específico, isto é intrínseco à Justiça porque é o movimento que propulsiona sua fonte primeira e última – o Bem. Perceba-se que esta não foi, *ainda*, uma “definição” de Justiça, mas uma *invitation à la danse* ao propugnar por seu propósito (e a maneira cientificamente explicável de alcançá-lo), o qual afasta de seu paradigma, clareando-o, todos os elementos que lhe são extrínsecos.

O mesmo copo d’água, voltando mais uma vez a ele, e nas mesmas duas situações descritas acima, pode ser, ora, submetido também ao crivo da categoria de quantidade para que se verifique, deste experimento empírico e racionalista, como a eficiência quantitativa depende de um contexto de harmonia previamente estabelecido para ser lógica e coerente. Responda-se a isto: QUANTO vale (ou custa...) um copo d’água? Tente-se substituir o copo d’água, em quaisquer das duas situações, por uma medalha de ouro, por um milhão de dólares, pelo que quer que seja, enfim.

A sua presença ou ausência radicais e inegociáveis – respectivamente nos casos do “sujeito do deserto” e do “sujeito do mar aberto” – são insubstituíveis, irrevogáveis e irredarguíveis. Trata-se de lógica, análise quantitativa de dados, proveniente, contudo, da necessidade natural (qualitativa) de informações oriundas de sujeitos em situações distintas. Trata-se da moral nascida do natural, para voltarmos a Hobbes e Grotius. Trata-se do absoluto coroadado pelas vicissitudes distintas da pluralidade. Como anunciáramos, o embrenhar-se é sutil e não permite conclusões apriorísticas, dada a sua complexa rede de (inter)diálogos.

Estar com sede, no caso do deserto, e ter necessidade de ar e calma, no caso da tempestade em pleno mar, não são negociáveis, e não podem ter seus remédios substituídos por objetos contratualmente ou moralmente determinados, senão exclusivamente por algo cuja natureza mesma se apresenta

de forma inequívoca e translúcida de maneira imperativa e categórica (cf. Kant), isto é, igual a qualquer ser humano em situações idênticas, em qualquer espaço, em qualquer tempo.

A psicologia funciona exatamente porque, em que pese às diferenças e especificidades humanas, há algo em comum a todas as mentes humanas. Partimos dessas situações-limite (o deserto e o mar aberto), para averiguarmos que, entre elas, naturalmente, há todo o caleidoscópico de necessidades (físicas) e quantificações (morais) que tecem e entretecem, por exemplo, o tecido jurídico, que de forma alguma deve colidir com a natureza ontológica da Justiça – o que lamentavelmente ocorreu algumas vezes ao longo da História.

A Justiça pertence antes de tudo à categoria de qualidade (formal), mas possui papéis resolutivos que pertencem à categoria da quantidade (funcional). A Justiça não pode esquivar-se do ponto de vista dos sujeitos envolvidos, porque isso seria contrário à própria fonte primeira e última da Justiça – o Bem. Aprofundar-nos-emos na Justiça, como anunciamos, à medida que o conceito de Política for mais bem referenciado.

A Política pertence à categoria da quantidade. Nela estão inseridos os discursos e as diversidades, que são fatos concretos, mensuráveis, centrífugos – quantificáveis; expressam-se por enunciados múltiplos e plurais. A discursividade, o debate, o contraditório, a responsividade, heterogêneos exatamente em função desse atributo não acidental de suas naturezas, constroem a própria Política em si mesma, mas não por si mesma. Seu estatuto é o funcionamento (por isso afirmamos ser ela essencialmente funcional), o pragmatismo. Não estamos aqui falando em regimes políticos específicos – como a democracia –, mas, sim, mostrando, em consonância com a definição platônico-aristotélica de Política que apresentamos há pouco, que a existência da pluralidade discursiva, do debate, da controvérsia, da responsividade é intrínseca à Política.

A Justiça, por sua vez, é sintetizadora das pluralidades, e sensível a elas, mas sua natureza é essencialmente (embora não exclusivamente) abstrata (à maneira de uma língua em cotejo com os discursos que a compõem), imensurável, centrípeta – qualificável; a Justiça expressa-se por sentenças. A Justiça ocorre em si mesma e por si mesma. Por essa razão é que a qualidade, em que a Justiça se insere, é formal. Não se pode “convencer” ou “persuadir” o “sujeito do deserto” a não ter sede, nem tampouco o “sujeito do mar aberto” a desejar beber um copo

d'água. O estatuto último da Justiça, pois, é o formalismo, o universalismo, o absoluto. Algo semelhante àquilo que Goethe enunciou ao propalar que "a pureza é a força última do Universo", ou que Kierkegaard nos apresentou ao sentenciar: "O indispensável é o absoluto".

Como ficou registrado, qualidade e quantidade, ao contrário do que os extremistas poderiam sugerir, não são dicotomias, mas, sim, binômios: entrelaçam-se e interagem. Em outras palavras, Justiça e Política não se consolidam em ambientes estanques, porque, em vez disso, seus ambientes e seus sábios necessitam frequentemente de consultas aos ambientes e sábios ao redor. Não se trata, como deve ter ficado claro, de forças "oraculares", mas, muito ao invés disso, de forças que dialogam uma com a outra e ambas consigo próprias. Daí provém o equilíbrio dos poderes popular ou descritivo (Política) e jussivo ou prescritivo (Justiça).

A própria dialética de Hegel, verdadeiro tratado de anatomia da racionalidade do dualismo, inscrito inexoravelmente nas convivências, prevê que somente levando-se em consideração os fatores concretos e reais é que a abstração da síntese promana com naturalidade.

No entanto, além de desempenhar um papel por assim dizer pragmático, operando na realidade dos fatos concretos, ou na concretude dos fatos reais, como se prefira, a Justiça possui uma espécie de metafunção e, para além dela, uma epifunção, que é a de estabelecer previamente o território limpo em que as avaliações e julgamentos, qualitativos ou quantitativos, poderão ser corretamente aplicados. Humboldt propôs o binômio *Enérgon/Érgon*, que ele traduziu para o alemão como "*Tätigkeit*" / "*Werk*", que equivalem, em linguística e em epistemologia em geral, a "Potência" / "Produto". No plano das relações internacionais, que têm como sujeitos os Estados ou as coletividades Políticas (que podem ser de teor preponderantemente econômico, financeiro, diplomático etc.), distingue-se um par que desejamos articular ao binômio humboldtiano: o já mencionado duo "Controvérsia" / "Tensão". A tensão é difusa e muitas vezes velada, enquanto a controvérsia apresenta conflitos de interesses específicos que se sobrepõem com clareza ao concerto internacional. Um dos nossos exemplos derradeiros, neste ensaio, será sobre uma questão de Justiça-Política Internacional.

Articulando-se os dois binômios, e transcendendo-os do campo das relações externas para as relações individuais no esteio de uma sociedade, observa-se

que a função da Justiça não é apenas solucionar de forma objetiva controvérsias (concretas) ou tensões (difusas), o que em economia equivaleria ao binômio riscos (concretos) ou incertezas (difusas): é promover uma harmonia prévia, que está atrelada à eficácia, em que, só então, pode-se estabelecer a eficiência do contrato, seja ele qual for. Neste sentido, a eficácia (estabilidade; Érgon; Werk; Produto) precede a eficiência (dinamicidade; Enérgon; Tätigkeit; Potência), na medida em que não se pode lidar com eventos com possibilidade de eficiência se não se estabelece antes um terreno plano e reto em que essa eficiência possa, enfim, deixar de ser potência ou atividade (Enérgon; Tätigkeit) e se transforme em produto ou ação (Érgon; Werk). É a areia que volta a ser evocada para o esclarecimento e o clareamento da arena, que deve ser plana e limpa.

A espada com que a imagem da Justiça se consagrou ao imaginário coletivo se presta, entre muitas outras, a duas interpretações: trata-se do símbolo daquele instrumento que, soerguido em meio à batalha, é capaz de romper os laços que unem os litigantes, concedendo a ambas as partes a tranquilidade de não mais ver-se enredada, de nenhuma forma, àquele outro que lhe causara desarmonia. Trata-se, outrossim, do símbolo de que o poder de quem a ergue para aquela primeira função é algo que deve ser tão legítimo e natural, que nem mesmo o receio oriundo da “espada de Dâmocles” (o receio mitológico que todo aquele que detém o poder deve envergar ao estar “por um fio” da queda da espada sobre seu trono) deve ser capaz de demover o julgador, *tertius inter partes*, de sua função propiciadora da paz prévia (como demonstramos ser a epifunção da Justiça), circundante (sua função enquanto há o processo, o que vem a ser a metafunção da Justiça) e, finalmente, posterior e definitiva (o que está no campo das funções pragmáticas – mas partícipe igualmente da epifunção – da Justiça).

Antes de tudo, havia apenas uma “*rudis indigestaque moles*” (“matéria rude e informe”), no incensado verso da *Teogonia*, de Hesíodo. Não é com esse caos que a Justiça – tampouco a Política – sabe lidar. “De onde as coisas partem, para aí mesmo retornam”, como diriam os pré-socráticos, o que no campo geral da Justiça equivale à paz que precede & sucede (& também deve perpassar, no processo) o objeto de disputa em meio à Política e sua arena.

A areia do tempo deve ser fina e depurada suficientemente, para não ser rápida a ponto de deixar escoarem levemente detalhes importantes, nem lenta e excessivamente obstruída a ponto de exceder o limite humano de tolerância aos dissabores e sofrimentos que incorrem em uma disputa. “O processo” não

pode recalcitrar na distopia excruciante com que o descreveu Kafka. O meio jamais pode transformar-se em obstáculo. A espada deve ser a um só tempo abstrata e concreta, como uma verdadeira espada do Rei Salomão, que, sem precisar partir literalmente ao meio um bebê, fez vir à luz, por sua aplicação sábia – verbal, mas não literal –, a verdade por trás de reclamantes igualmente (a princípio) verossímeis.

Como vimos, e ora pensamos ter demonstrado, a Justiça lida com o funcionalismo, uma vez que deve resolver de forma pragmática as desavenças, mas também com o formalismo, uma vez que é absoluta e estática, ou estável, em seu compromisso maior – e exclusivo – com o Bem.

No que tange ao campo funcional no que se refere à aplicação da Justiça, trata-se também de um movimento dialético radical, em que tese e antítese se contrabalançam até que um equilíbrio provisório, chamado síntese, se estabeleça. Mostramos residir aí a epifunção da Justiça, alçada ao estatuto de filosofia da ciência (epistemologia) em sua natureza última.

Seguindo seu caminho na dialética radical (cf. Adorno ou Wittgenstein, por exemplo), inerente à natureza dualista dos convívios, essa sucessão de equilíbrios provisórios visa ao alcance ideal de um equilíbrio porvindouro que seja definitivo (cf. Kant ou Wittgenstein). Eis a explicitação do que se pode considerar a segunda inflexão da epifunção da Justiça, cuja primeira fora o estabelecimento prévio da eficácia para que as eficiências possam ocorrer, como mostramos.

Com isso, queremos mais uma vez dizer que a Justiça não apenas opera na resolução – ou síntese – imediata de teses/antíteses, mas também tem olhos no devir de benesses que o futuro permite que prosperem. A Justiça lida, portanto, com o equilíbrio dos muitos equilíbrios.

É chegada a hora de outra explicitação, que nos fará retornar ao que até aqui apresentamos – característica do ir e vir que a “reflexão”, com seus “reflexos”, engloba. A ciência da física, na mecânica clássica, estabeleceu que há dois tipos de equilíbrio: o estático e o dinâmico. Da sucessão de equilíbrios dinâmicos, em pleno movimento, semelhantes à verossimilhança de um “estado de língua” ou a uma fotografia – que, embora sem pretender-se “real”, consegue fixar parte apreensível, provisória e verossímil da realidade –, nascerá, no devir, um equilíbrio estático, cuja utopia deve ser sempre perseguida por quem lida com a Teoria/

Teologia da Justiça. A Justiça não pode, portanto, escravizar-se exclusivamente ao imediatismo de “fotografias” ou “estados (provisórios) de línguas/sentenças”. Não deve a Justiça apenas “fotografar” uma solução: seu corpo volta-se em essência para as utopias (*locus amoenus* onde na verdade a Justiça se assenta), que não são fotografáveis, mas que, num imperativo categórico (cf. Kant), é dado a todo ser humano reconhecer e sentir. Por isso mesmo Platão sempre dizia que a Justiça é, antes do mais, um “senso”: a Justiça deve ser sentida, e não apenas pensada. Para isso, Platão usava, dentre outras, a metáfora do juiz que deve julgar “com os olhos da alma”.

A Justiça, embora detenha o laurel – gládio e gáudio – de porta-voz do Bem, qualitativa, subjetiva e absoluta em essência, possui, como se percebeu, pontos de inflexão: alguns, de natureza qualitativa; outros, de natureza quantitativa. Ou seja, é necessário que se opere com o “verbo” da Justiça de modo pragmático e funcional, à moda do Rei Salomão com o “verbo” da espada, sem precisar recorrer à espada em si mesma, mas também é necessário que se opere com a “língua” da Justiça, cujo corpo nunca deixa de estar assentado na soberania do Bem imutável e universal, equilibrando o passado e o presente ao futuro. Trata-se da Justiça como o equilíbrio de muitos equilíbrios.

Convém aqui, por fim, conceder um par de exemplos. Em termos de processo legiferante, a qualidade deve ser regra precípua nos tratados internacionais, e seus reflexos devem ocorrer nas constituições dos países signatários. O repúdio ao terrorismo e ao racismo, por exemplo, está na Constituição Brasileira, no artigo 4º, VIII. O Tratado Interamericano de Assistência Recíproca – TIAR – é lastro que se pode citar para o dispositivo/diploma. A gramática normativa de uma língua nacional, ou idioma – na natureza de diploma que este idioma revela em face do mundo inteiro –, e para darmos outro exemplo de tessitura pujante, faz parte também do processo legiferante de Política e de Justiça, uma vez que sua fatura migra a partir dos pontos de vista dos sujeitos e de suas quantidades em convívio (os discursos), extraindo daí uma síntese de equilíbrios provisórios, que se equilibram, por sua vez, com o equilíbrio epilinguístico entre o passado/presente deste idioma e o seu futuro – uma norma-padrão, rosto do idioma para o mundo. Trata-se da gramática da norma-padrão como o equilíbrio de muitos equilíbrios.

Conclui-se: a pluralidade de discursos, característica da Política, deve ser sempre perpassada docilmente pelo “verbo” (espada) e pela “língua” (epifunção e metafunção) da Justiça. Se não levamos em conta o intercâmbio entre os

equilíbrios dinâmico (descritivo) e estático (prescritivo) que criam a sociedade – e são criados por necessidades dela própria, ressalte-se –, estaremos a mascarar a realidade dos fatos sociais em meio a brumas que se apegam ou à fantasia da suposta imutabilidade do *status quo*, ou à ilusão de que a alta velocidade deveria, irrestritamente, içar os ventos das mudanças, quaisquer que sejam, no seio social.

O STREAMING E A SUA MONETIZAÇÃO: REPERCUSSÃO SEM FRONTEIRAS

Ana Letícia Allevalo Coelho,

Raquel Franco Apulchro Miranda de Sá

Tatiana de Melo Cotrim

1. INTRODUÇÃO

A sociedade mundial experimenta um momento de destruição criadora da indústria da música e o desenvolvimento de um novo modelo de negócio, o *streaming*.¹

Essa singular modalidade de compartilhamento digital de conteúdo tem crescido seguindo o declínio das vendas das gravações físicas (discos físicos) e dos *downloads* de arquivos digitais.

De acordo com Hans Bousie², antigamente os artistas faziam turnês e apareciam em programas de televisão para divulgar seu trabalho. As companhias de gravação cuidavam do *marketing* e da distribuição do artista e de seu

¹ GOLDSPIK, Justin. IAEL - The Monetization of the Global Music Business - Safe Harbors: A Push for Better Royalties from Digital Streaming Services - Chapter 4.1 - p. 342-349 - Publicado por Frukt Source, 2016. PECORARO, Anne-Marie & Lecron, Marianne. IAEL - The Monetization of the Global Music Business - How New Technologies are Changing the European Music Industry - Chapter 4.2- p.360-375- Publicado por Frukt Source, 2016.

Kischinhevsky, Marcelo, Vicente, Eduardo, De Marchi, Leonardo. MÚSICA INFINITA: serviços de streaming como espaços híbridos de comunicação e consumo musical. Associação Nacional dos Programas de Pós-Graduação em Comunicação - COMPÓS. www.compos.org.br / N° Documento: 898AFFE2-BB18-4756-8A44-12E314D86509 - p.1-19. Acesso em 17/07/2016.

² BOUSIE, Hans. IAEL - The Monetization of the Global Music Business - Artist and Industry Capitalization of the Digital/Streaming Environment “The Monetization of the Global Music Business – from Creators to Major Industry”. Capítulo 2.1, página 123-129. Publicado por Frukt Source, 2016.

repertório, e o mesmo recebia cerca de 10% (dez por cento) do lucro de vendas dos seus discos. Com o tempo, foi-se aprendendo que o negócio da música tem que competir com a música grátis ou ilegal. Deve-se tornar disponível o quão for possível, pelo preço mais baixo possível.

Num contexto de novas tecnologias e mudanças nas práticas de consumo de conteúdos digitais, diversos debates e questionamentos são suscitados sobre como poderá haver a conciliação dos interesses econômicos divergentes dos agentes ou atores do mercado de mídia sonora, titulares de direitos autorais, e das empresas prestadoras dos serviços de *streaming*. Não só isso, mas como deverão ser aplicadas e interpretados os preceitos de direito autoral vigentes a essas circunstâncias.

No Brasil, esse revolucionário modelo de negócio tem promovido pressões de diversos segmentos da indústria musical que buscam, dentre outras coisas, a alteração da legislação de direitos autorais, para que sejam reformuladas e/ou criadas outras técnicas de monetização do consumo musical.

Objetivando identificar os conflitos internacionais que contemplam esse assunto e sua influência no plano jurídico brasileiro, nos capítulos seguintes desse trabalho serão apresentadas questões legais envolvendo o *streaming* nos mercados mundiais, pautados como significativos para a reflexão do tema sob o prisma dos principais tratados internacionais em Direito Autoral.

Seguindo o entendimento do Ministro do Superior Tribunal de Justiça, Ricardo Villas Bôas Cueva, Relator do importante julgado - Recurso Especial número 1.559.264-RJ - que será melhor abordado nos capítulos seguintes, o qual destaca a escassez de material técnico e doutrinário sobre a matéria, torna-se necessário recorrer não só aos aspectos legais pertinentes ao tema, como também aos técnicos e interdisciplinares, cuja explanação será iniciada, porém não esgotada no presente trabalho.³

2. DOS DIREITOS PROTEGIDOS

A transformação no modo como as pessoas consomem música tem causado impacto considerável nas remunerações dos titulares de direitos autorais

³ Brasil. Superior Tribunal de Justiça. RESP1.559.264-RJ - Documento: 53772071 – Ministro Relator Ricardo Villas Bôas Cueva, DJe: 26/10/2015. Disponível em http://www.justicaemfoco.com.br/arquivos_de_audio/1446167453.1-arquivo_pdf.pdf - Acesso em 09/08/2016 - p. 1-4.

envolvidos no processo criativo do que, para muitos é um *hobby* e, tantos outros, verdadeira profissão e “alma” do negócio.

A música, como produto da criatividade humana, revestido de elementos artísticos e científicos, vez que transforma sons regulados pelas leis da física em um todo harmônico⁴, abarca tanto a composição musical em si – tenha letra ou não⁵ –, quanto a fixação da melodia, ambas consideradas obras intelectuais protegidas pela Lei de Direitos Autorais - LDA (Lei No. 9.610/98). Ressalta-se que a esta última foi atribuída nomenclatura própria pela Lei, fonograma, diferenciando-a, assim, da obra audiovisual⁶.

Nos termos da LDA, inspirada pela Convenção da União de Berna (1886), será garantida a proteção das referidas obras, dispensada a necessidade de registro⁷, ao compositor da obra musical, sujeito titular do direito de autor, e aos artistas intérpretes ou executantes⁸, aos produtores⁹ fonográficos e as empresas de radiodifusão, sujeitos titulares dos direitos conexos¹⁰. Ademais, ao autor pertencem os direitos morais e patrimoniais sobre a obra, podendo licenciar ou ceder apenas os direitos patrimoniais, mediante contrato¹¹.

De acordo com Denis Borges Barbosa, os direitos existenciais primam pela proteção do aspecto humano do autor¹², assegurando grande reconhecimento ao indivíduo, daí serem irrevogáveis e intransponíveis¹³, ao contrário dos direitos patrimoniais, que podem ser cedidos ou licenciados, desde que descritos de forma exata os tipos de uso, evitando assim dúvidas quanto à extensão do acordo.

⁴ ELLMERICH, Luís. História da música. 2. ed. São Paulo: Boa Lettura, 1964. p.20.

⁵ Lei No. 9.610/98 (LDA), art. 7, caput. Art. 7º São obras intelectuais protegidas as criações do espírito, expressas por qualquer meio ou fixadas em qualquer suporte, tangível ou intangível, conhecido ou que se invente no futuro, tais como: (...) V - as composições musicais, tenham ou não letra;

⁶ Lei No. 9.610/98 (LDA), art. 5, IX - fonograma - toda fixação de sons de uma execução ou interpretação ou de outros sons, ou de uma representação de sons que não seja uma fixação incluída em uma obra audiovisual;

⁷ Lei No. 9.610/98 (LDA), art. 18 – A proteção aos direitos de que trata esta Lei independe de registro.

⁸ Lei No. 9.610/98 (LDA), art. 5, XIII - artistas intérpretes ou executantes - todos os atores, cantores, músicos, bailarinos ou outras pessoas que representem um papel, cantem, recitem, declamem, interpretem ou executem em qualquer forma obras literárias ou artísticas ou expressões do folclore.

⁹ Lei No. 9.610/98 (LDA), art. 5, XI - produtor - a pessoa física ou jurídica que toma a iniciativa e tem a responsabilidade econômica da primeira fixação do fonograma ou da obra audiovisual, qualquer que seja a natureza do suporte utilizado

¹⁰ Lei No. 9.610/98 (LDA), art. 89.

¹¹ Lei No. 9.610/98 (LDA), art. 22 – Pertencem ao autor os direitos morais e patrimoniais sobre a obra que criou.

¹² BARBOSA, Denis Borges. Direito Autoral e Liberdade de Expressão Estudos de Direito. Disponível em: <<http://www.denisbarbosa.addr.com/arquivos/livros/geiger.pdf>>. Acesso em 03/07/2016.

¹³ Lei No. 9.610/98 (LDA), Art. 27. Os direitos morais do autor são inalienáveis e irrenunciáveis.

No Brasil, os direitos patrimoniais de autor (*copyright*) são regulados pela LDA. A lei brasileira foi inspirada na Convenção de Berna e aderiu a maioria dos princípios adotados pelos países que seguem o *civil law*, que, diferentemente da abordagem britânica e americana do *common law*, tem sua ênfase dada à exploração comercial de trabalhos protegidos, privilegiando aqueles que são titulares dos direitos econômicos e patrimoniais sobre a obra, conforme observam os autores Fábio Pereira e João Harres.¹⁴

Embora sejam frequentes os conflitos oriundos do desrespeito à paternidade da obra musical, no âmbito do *streaming*, como visto acima, os direitos de autor mais afetados são os que se referem à exploração econômica da sua obra, quais sejam, o de utilizar, fruir e dispor¹⁵ da mesma.

3. STREAMING

O *Streaming* consiste em uma espécie de tecnologia que distribui conteúdo multimídia, através da transferência de dados por meio da Internet. Na língua inglesa, a palavra *stream* significa córrego ou riacho, remetendo à ideia de fluxo de dados¹⁶.

São diversos os modelos de negócio na indústria do *streaming*. O *YouTube*, por exemplo, é uma plataforma de acesso “gratuito” pioneira no uso dessa tecnologia para transmitir vídeos em tempo real ou não. Outras empresas operam neste mercado para vender espaços para anúncios, como faz a Google¹⁷, ou impulsionar a comercialização de dispositivos, como é o caso da Apple.

Quando Steve Jobs negociou as licenças de música para sua utilização no *iTunes* em torno do ano 2000, ele concordou em dar às gravadoras 70% (setenta por cento) de toda a receita do *iTunes*, uma vez que não era necessário que o *iTunes* gerasse qualquer lucro para a *Apple*, pois a intenção principal da empresa era a venda de dispositivos móveis de celular.¹⁸

¹⁴ PEREIRA, Fábio; HARRES, João. IAEL - The Monetization of the Global Music Business – from Creators to Major Industry – Chapter 2.9 - p. 222-237, Publicado por Frukt Source, 2016.

¹⁵ Lei No. 9.610/98 (LDA), art. 28. Cabe ao autor o direito exclusivo de utilizar, fruir e dispor da obra literária, artística ou científica.

¹⁶ Disponível em: < <http://www.significados.com.br/streaming/>> . Acesso em: 27 de julho de 2016

¹⁷ YouTube. Anúncios in-stream não ignoráveis. Disponível em: <<https://support.google.com/youtube/answer/188038?hl=pt-BR>>. Acesso em: 18 de ago de 2016.

¹⁸ The Wall Street Journal. “Iphone Software Sales Take Off: Apple’s Jobs <<http://www.wsj.com/articles/SB121842341491928977>> Acesso em: 27 de julho de 2016.

Os serviços de *streaming* são divididos, basicamente, em dois tipos, os interativos e os não-interativos. É importante saber fazer a distinção. Para tanto, ilustra-se o disposto por meio dos pacotes oferecidos aos usuários do aplicativo *Spotify*. São duas versões para celular: uma de graça, no qual somente é possível executar todas as músicas do álbum de um artista ou de uma *playlist*, com limitação para pular as faixas, além de periódicas interrupções da transmissão para publicidade, ou seja, muito semelhante ao rádio (*streaming* não-interativo); e uma versão paga, pela qual o usuário terá acesso ao conteúdo mesmo *off line*, podendo escutar a música que quiser, quantas vezes quiser, livre de publicidade¹⁹ (*streaming* interativo). Vale destacar que na modalidade de *streaming* interativo, o usuário pode interagir com o serviço, ao selecionar a música, pausar, avançar, dentre outras possibilidades, o que não acontece no *streaming* não-interativo

Na Argentina, a principal entidade de gestão coletiva de direitos de autor – SADAIC - *Sociedad Argentina de Autores y Compositores de Música* –, em seu *Regimen Autoral y Licencia para el Uso del Repertorio de SADAIC en Internet o Redes Análogas. (Vigencia Desde 01-07-2015)*²⁰, divide a exploração *on line* de obras musicais, na Internet ou redes análogas, em execução pública e direitos de reprodução, nos seguintes termos:

“1) COMUNICACIÓN PÚBLICA: comprende la puesta a disposición al público de obras musicales de tal forma que los miembros del público puedan acceder a esas obras musicales desde el lugar y en el momento que cada uno de ellos elija, incluyendo además los siguientes actos :

STREAMING : Música a la carta sin descarga. Servicio que permite transferir

¹⁹ Disponível em: < <https://www.spotify.com/br/premium/?checkout=false>>. Acesso em: 17/07/2016.

²⁰ Documento no Anexo, obtido através de consulta, por e-mail, à entidade SADAIC.

1) Comunicação pública /execução pública:

Compreende a colocação à disposição do público de obras musicais de forma que os membros do público possam acessar essas obras no momento e no lugar que eles escolham, incluindo também os seguintes atos: STREAMING : música a escolha sem baixar. O serviço permite transferir áudio e o vídeo desde a fonte de geração para que os usuários de um sítio possam selecionar o conteúdo e escutar ou visualizar um determinado conteúdo sem possibilidade de baixar ou download.

WEBCASTING : serviço de transmissão de programação tipo radiofônica – sonora com imagens – exclusivamente por redes digitais tipo Internet;

SIMULCASTING: serviço que permite a possibilidade de acessar por Internet uma emissão de um organismo de radiodifusão sonora por ondas hertzianas ou por satélite ou por meio de qualquer vínculo físico mesmo que a transmissão não seja em tempo real, mas diferida em uns segundos.

2) Direitos de reprodução:

UPLOADING – Armazenamento originário de uma obra musical - é toda gravação sonora ou com adição visual de uma obra musical armazenada em um suporte eletrônico.

DOWNLOADING – é a transferência de obras musicais com ou sem adição visual a qualquer tipo de suporte eletrônico para seu armazenamento definitivo ou temporário.

audio y/o video desde una fuente de generación para que los usuarios de un sitio puedan seleccionar el contenido y escuchar y/o visualizar un determinado contenido sin posibilidad de descarga o downloading.

WEBCASTING: Servicio de transmisión de programación tipo radiofónica –sonora o con imágenes- exclusivamente por redes digitales tipo Internet.

SIMULCASTING: Servicio que permite la posibilidad de acceder por Internet a una emisión de un organismo de radiodifusión sonora o de radiodifusión por televisión que simultáneamente se emita por ondas hertzianas o por enlaces satelitales o por medio de cualquier vínculo físico aunque la transmisión no se brinde en tiempo real sino diferida en unos segundos..

2) DERECHOS DE REPRODUCCIÓN:

UPLOADING (Almacenamiento originario de una obra musical) : es toda grabación sonora o con aditamento visual de una obra musical almacenada en un soporte electrónico.

DOWNLOADING (Descarga) : es la transferencia de obras musicales con o sin aditamento visual a cualquier tipo de soporte electrónico para su almacenamiento definitivo o temporário.”(Grifou-se)

Ao contrário do que muitos possam pensar, no *Spotify*, assim como em outros grandes empreendimentos de serviços de *streaming*, o pagamento dos royalties dos artistas não é feito cada vez que uma música é acessada. Na verdade, foram desenvolvidas diferentes estratégias de monetização. São duas as principais fontes de ingresso no campo internacional: a) publicidade, quando o acesso aos conteúdos é gratuito para os usuários, o programa contabiliza uma quantia de dinheiro que é retirada da verba paga pelo mercado publicitário; b) subscrições, pagando mensalidades que custam, em média, entre US\$5 e US\$10, o usuário pode ter acesso ao catálogo da empresa sem interrupções comerciais, além de desfrutar de outras comodidades.²¹ Também são fatores de pagamento, o país no qual o *streaming* foi ativado e a taxa de royalties acordada entre o músico e sua gravadora – por conseguinte, quanto maior for a reputação e prestígio do mesmo, maior será o valor por este arrecadado²².

A União Europeia, por seu turno, tem discutido como os países poderão repensar o sistema existente, no sentido de preservar os direitos de todos os agentes titulares de direitos autorais e já tem se comprometido com uma

²¹ KISCHINHEVSKY, Marcelo, Vicente, Eduardo, De Marchi, Leonardo.op cit.

²² SPOTIFY. Wait, I thought Spotify paid per stream? Disponível em: < <https://www.spotifyartists.com/spotify-explained/#royalties-in-detail>>. Acesso em 17 de jul de 2016.

importante reforma em relação a direitos de propriedade intelectual, certamente reunindo esforços internacionais, para a oportunidade de se criarem acordos com disposições de propriedade intelectual.²³

Nesse sentido, propostas vem sendo formuladas desde 1990 e continuam em debate e foram compiladas no TAFTA - *Trans-Atlantic Free Trade Agreement*, um Projeto de Acordo que criou a oportunidade de se chegar a um entendimento sobre propriedade intelectual e muitas partes distintas estão instando autoridades a não inserir dispositivos de propriedade intelectual nessa convenção internacional.²⁴

Mesmo assim, o Parlamento Europeu tem identificado a importância dos direitos de propriedade intelectual nesse acordo e têm dado apoio à inserção de alguns dispositivos no sentido de garantir um mínimo de homogenia dos direitos de propriedade intelectual.²⁵

Antes, contudo, cabe apresentar a quais normas o *streaming* estaria sujeito.

4. OS TRATADOS INTERNACIONAIS: SUA APLICABILIDADE E INFLUÊNCIA

Tratados bilaterais e multilaterais foram criados por países para proteção de obras além-fronteiras, porque a grande maioria de nações protegem, por lei interna, apenas o autor nacional e poucas o autor estrangeiro domiciliado no país. Por esse ângulo, a grande responsável por estipular os preceitos básicos que regulam o direito de autor no Brasil e no mundo foi – e ainda é – a Convenção de Berna para a proteção das obras literárias e artísticas.

No que diz respeito a regulamentação dos serviços de *streaming*, naturalmente à época da origem da Convenção, em 1886, e até mesmo da sua última revisão, no ano de 1971²⁶, o *streaming* ainda não era objeto de discussão, e isso pelo simples fato de ainda não existir.

Destaque-se que a própria Internet foi criada somente na década de 60, durante a Guerra Fria, com o nome de ARPANET e pertencia ao Departamento de Defesa norte-americano.²⁷

²³ PECORARO, Anne-Marie & Lecron, Marianne. op cit.

²⁴ Idem.

²⁵ Ibidem

²⁶ A Convenção de Berna para a proteção das Obras Literárias e Artísticas foi criada em 1886, revista em Paris no dia 24 de julho de 1971 e oficialmente incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro no dia 06 de maio de 1975, através do Decreto 75.699/75, assinado pelo presidente Ernesto Geisel.

²⁷ Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/folha/cotidiano/ult95u34809.shtml>. Acesso em 31/07/2016.

Todavia, há quem defenda, como Rodrigo Salinas²⁸, que a Convenção ao assegurar aos autores o direito de autorizar a transmissão de suas obras por quaisquer meios de comunicação, com fio ou sem fio, abarcaria o *streaming* como um destes meios (tal consideração encontra amparo nos 11 e 11 *bis* da Convenção²⁹) que, portanto, estaria inserido no direito de execução pública.

Assim, numa tentativa de suprir as lacunas originadas pelos novos tipos de obras, mercados e métodos de utilização e divulgação desenvolvidos³⁰, em 1996, a OMPI (Organização Mundial da Propriedade Intelectual)³¹, criou o “*WIPO Copyright Treaty*” - WCT, sobre Direito do Autor, e o “*WIPO Performances and Phonograms Treaty*” - WPPT, sobre Interpretações e Execuções e Fonogramas – por ela própria chamados de os “*Tratados da OMPI sobre a Internet*”.

Os Estados Unidos, além de adeptos aos tratados acima, internalizaram as regras de direito internacional através do *Digital Millenium Copyright Act*, de 1998, no qual, dentre outras determinações, foram fixados limites ao número e repetição dos fonogramas transmitidos pelos operadores de *webcasting*, bem como recomendações expressas para se evitar a reprodução e fixação não autorizadas dos fonogramas³².

Em meio a diferentes teses acerca de qual direito deveria ser aplicado a comunicação interativa, o WCT introduziu o conceito de “colocação à disposição do público” (*making available*), um direito exclusivo do autor que viabiliza aos usuários – o público – acessar as obras disponíveis no momento e lugar escolhidos individualmente por eles³³.

A maioria dos países implementaram esse direito nas suas leis nacionais como uma parte do direito de comunicação ao público. O Brasil, por sua vez, apesar de

²⁸ SALINAS, Rodrigo. Interpretação antiquada de lei ignora direitos autorais sobre streaming. Opinião UOL, 2015. Disponível em: <<http://noticias.uol.com.br/opiniao/coluna/2015/08/07/interpretacao-antiquada-de-lei-ignora-direitos-autorais-sobre-streaming.htm>>. Acesso em 02/08/2016.

²⁹ BRASIL. Decreto No 75.699, de 6 de maio de 1975. Promulga a Convenção de Berna para a Proteção das Obras Literárias e Artísticas, de 9 de setembro de 1886, revista em Paris, a 24 de julho de 1971. Diário Oficial da União, 09.05/1975. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1970-1979/D75699.htm>. Acesso em 29/07/2016.

³⁰ Disponível em: <http://www.wipo.int/copyright/en/activities/internet_treaties.html>. Acesso em 06/08/2016.

³¹ A OMPI (WIPO - World Intellectual Property Organization) é o fórum global de serviços de propriedade intelectual, política, informação e cooperação das Nações Unidas, composta por 189 Estados-Membros. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/agencia/ompi/>>. Acesso em 06/08/2016.

³² BARBOSA, Denis Borges. op cit.

³³ ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA PROPRIEDADE INTELECTUAL – OMPI. Understanding Copyright and Related Rights. Disponível em: <http://www.wipo.int/edocs/pubdocs/en/intproperty/909/wipo_pub_909.pdf>. Acesso em 06/08/2016.

não ter aderido formalmente ao WCT e ao WPPT, “incorporou tal direito no inciso VII do Artigo 29 da já referida Lei n.º 9.610, de 1998, como um direito de distribuição (derivado do direito de reprodução)”³⁴.

No entendimento Denis Borges Barbosa³⁵, seria, de fato, uma forma de comunicação ao público, haja vista o próprio conceito do *making available*, tendo o legislador se equivocado. Outrossim, afirma que a audição da obra protegida, disponibilizada através da Internet, importa sua execução pública.

Já Luciana Pegorer Pera, Diretora Executiva da Associação Brasileira da Música Independente - IBMI³⁶, em recente carta ao Ministério da Cultura acerca da Instrução Normativa nº 3/2015/MinC – que será novamente citada mais à frente, acredita que ambas as interpretações possam ser aplicadas. Para ela, no papel de porta voz da Associação, a execução pública abrangeria a modalidade *simulcasting*, enquanto a distribuição, a modalidade *webcasting*, uma vez que nesta última há uma posse ainda que temporária³⁷.

A discussão acima ultrapassa a mera busca por uma definição precisa do tema. Efetivamente o que se está buscando compreender é qual será a melhor forma de arrecadar os direitos autorais dos sujeitos envolvidos na indústria musical.

5. NOS TRIBUNAIS

Alguns tribunais brasileiros têm proferido decisões no sentido de que o serviço de *streaming* musical, ou seja, o ato de ouvir música na internet, não poderia ser qualificado como execução pública.

Recentemente o Superior Tribunal de Justiça, na figura do Ministro Relator Ricardo Villas Bôas Cueva, no Recurso Especial número 1.559.264-RJ interposto

³⁴ EBOLI, João Carlos de Camargo. Os problemas do direito de autor no entorno Digital. In: 5º Congresso Internacional de Direito Autoral organizado pela A.B.D.A. – Associação Brasileira de Direito Autoral. São Paulo: A.B.D.A., 2009. Disponível em: <http://www.socinpro.org.br/downloads/PALESTRA_ABDA%202009.pdf>. Acesso em: 07/07/2016.

³⁵ BARBOSA, Denis Borges. op cit.

³⁶ “Fundada em 2002, a ABMI é organizadora do mercado fonográfico ‘independente’ e única detentora de convênios fonográficos para o exercício da exploração do direito autoral” (ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DA MÚSICA INDEPENDENTE - IBMI. Quem somos. Disponível em: <http://www.abmi.com.br/website/quem_somos>. Acesso em 07/07/2016)

³⁷ PERA, Luciana Pegorer. Carta ao Ministério da Cultura. Associação Brasileira da Música Independente – IBMI. São Paulo, 2016. Disponível em: <http://culturadigital.br/gcdigital/files/2016/03/ABMI_GCDIGITAL.pdf>. Acesso em 07/07/2016.

pelo Escritório Central de Arrecadação e Distribuição - ECAD, convocou audiência pública para ouvir o depoimento de interessados no tema e discussão dos seguintes pontos a saber:³⁸

“(i) é devida a cobrança de direitos autorais decorrentes de execução musical via internet de programação da rádio OI FM nas modalidades webcasting e simulcasting (tecnologia streaming); (ii) se tais transmissões configuram execução pública de obras musicais apta a ensejar pagamento ao ECAD, e (iii) se a transmissão de músicas por meio da rede mundial de computadores mediante o emprego da tecnologia streaming constitui meio autônomo de uso de obra intelectual, caracterizando-se novo fato gerador de cobrança de direitos autorais.”

Apesar de já esclarecidos os conceitos tratados no Recurso mencionado, transcreve-se abaixo trecho do conceito de *streaming* citado pelo Relator Cueva, para fins de melhor esclarecimento do tema:

“Segundo a literatura técnica especializada, streaming é uma tecnologia para distribuição de informação multimídia em pacotes, através de uma rede de computadores, como a Internet. Na prática, para usufruir de conteúdo multimídia, o usuário acessa uma página de Internet (site) e solicita o envio (download) do arquivo que ele deseja. Inicia-se, então a transferência do arquivo, através de uma transmissão dedicada entre o site de Internet e o computador do usuário.”

Naqueles autos pretendia o ECAD a retribuição autoral decorrente da utilização de obras musicais nas referidas modalidades, defendendo, em síntese, que o *simulcasting* é uma nova modalidade de execução pública e o *webcasting* se caracteriza como disponibilização da obra ao público, impondo-se a cobrança de direitos autorais nos termos dos arts. 28, 29, X, e 31 da Lei n.º 9.610/1998.³⁹

No Brasil, as atribuições legais e estatutárias do ECAD dizem respeito à proteção dos direitos de autor e conexos de execução pública musical. Já o direito de reprodução também chamado de fonomecânico é exercido pelas editoras musicais e pelas gravadoras e se refere à exploração comercial de músicas gravadas em suporte material ou arquivo digital. Inclui o armazenamento permanente ou temporário em bases de dados com a finalidade de distribuição em formato digital.

Nesse ponto, cumpre destacar a discussão em torno da Instrução Normativa

³⁸ Ibidem RESP1.559.264-RJ.

³⁹ Ibidem. RESP1.559.264-RJ.

levada à consulta pública pelo Ministério da Cultura - MinC até 30/03/2016⁴⁰, cujas sugestões estão sendo analisadas pela Diretoria de Direitos Intelectuais, para serem incorporadas ou não ao texto principal e que poderão gerar cobranças adicionais futuras para serviços no ambiente digital, pelas entidades de gestão coletiva que se habilitarem nos moldes da Instrução Normativa nº 3/2015/MinC, complementada pela Instrução Normativa nº 2/2016/Minc.

A Instrução Normativa tal qual originalmente delineada versa sobre questões específicas para a atividade de cobrança de direitos autorais no ambiente digital por associações de gestão coletiva e pelo ECAD.

Em seu artigo 1º a referida instrução define o ambiente digital e os seus usuários, de forma que o primeiro conceito é o conjunto de processos, serviços e negócios realizados mediante soluções tecnológicas com recursos digitais, por meio da internet, e o segundo são os operadores de serviços ou negócios no ambiente digital que utilizem conteúdo protegido por direito de autor e direitos conexos.

Já o artigo 2º define que a cobrança sobre a utilização de obras, interpretações ou execuções e fonogramas no ambiente digital poderá ser feita por meio de gestão individual dos próprios titulares que não são representados por entidades de gestão coletiva e por meio de gestão coletiva, nos termos da própria instrução normativa. A instrução prevê em seu Art. 6º diversos tipos de cobrança de acordo com o serviço prestado pelo usuário ao consumidor, no ambiente digital, elencados abaixo:

a) Se houver obtenção de cópia pelo consumidor, com transferência de posse ou propriedade poderão ser cobrados pelas entidades de gestão coletiva habilitadas os direitos de reprodução parcial ou integral autorais e conexos;

b) Poderão ser cobrados os direitos de distribuição (autorais e conexos), caso haja distribuição com o intuito de obtenção de cópia pelo consumidor, com transferência de posse ou propriedade;

c) Quando houver necessidade de armazenamento permanente de obras, interpretações ou execuções e fonogramas, no servidor do operador do serviço para permitir sua plena funcionalidade poderão ser cobrados os direitos à inclusão em base de dados, o armazenamento em computador, a microfilmagem

⁴⁰ Disponível em <http://culturadigital.br/gcdigital/>. Acesso em 15/07/2016.

e as demais formas de arquivamento do gênero (direito autoral que depende de licenciamento), bem como os direitos de reprodução (conexos);

d) Quando a transmissão for feita com finalidade de fruição da obra pelo consumidor sem transferência de posse ou propriedade poderão ser cobrados os direitos de autor referentes à representação, recitação ou declamação; à exibição audiovisual, cinematográfica ou por processo assemelhado e à exposição de obras de artes plásticas e figurativas. No que se refere aos direitos conexos do artista intérprete ou executante poderão ser cobradas quaisquer outras modalidades de utilização de suas interpretações ou execuções;

Nessa hipótese, também podem ser cobrados pelo ECAD os direitos de execução pública no caso de emprego de sistemas óticos, fios telefônicos ou não, cabos de qualquer tipo e meios de comunicação similares que venham a ser adotados.

Por fim, a instrução revela que as cobranças feitas para os serviços que importem em obtenção de cópia pelo consumidor e distribuição de obras, interpretações ou execuções e fonogramas com transferência de sua propriedade ou posse aplicam-se aos serviços que dispõem de possibilidade de obtenção de cópia com transferência de sua propriedade ou posse.

Esta última hipótese ocorre em adição à transmissão realizada com o objetivo de fruição da obra pelo consumidor, sem transferência de posse ou propriedade, não sendo olvidada a cobrança em relação à execução pública.

A instrução normativa se encontra pendente de publicação, portanto ainda não estão em vigor as disposições supracitadas, contudo foram trazidas ao escopo do presente trabalho pela relevância dos dispositivos e por atenderem ao apelo dos titulares de direitos autorais por novas técnicas de monetização do consumo musical no ambiente digital.

Atualmente, no Brasil, na modalidade de serviços não-interativos, caso a receita seja proveniente apenas da execução pública, a compensação será devida somente ao ECAD (Escritório Central de Arrecadação e Distribuição), que consiste em uma associação civil privada sem fins lucrativos, composta por 7 (sete) associações de gestão coletiva musical nacionais, e que é o escritório centralizador da gestão coletiva de direitos autorais, responsável por arrecadar e distribuir taxas decorrentes da execução pública de músicas nacionais e

internacionais no país, através de acordos de representação por seus repertórios com associações estrangeiras.⁴¹

Vale lembrar que o ECAD efetua a gestão coletiva de direitos autorais, de titulares de direitos filiados às suas associações. No entanto, caso o titular de direitos não seja filiado a nenhuma associação, a gestão de direitos advindos da execução pública poderá se dar de forma direta e individual.

Quanto aos serviços interativos, em se tratando de *streaming* através de *playlists* a remuneração vai para o ECAD, pela execução pública dos trabalhos, e em se tratando de *streaming* disponível *off line* a remuneração vai para a União Brasileira de Editoras de Música (UBEM) ou para uma entidade similar, em virtude dos direitos de reprodução, além de serem concedidos às gravadoras por copiarem, armazenarem e usarem as gravações de som, como bem afirmam Pereira e Harres.⁴²

6. UMA SOLUÇÃO CRIATIVA: AS LICENÇAS CREATIVE COMMONS

Nesse contexto de demanda dos titulares de direitos autorais, surge a figura das licenças *creative commons*. Tais licenças, idealizadas pelo americano Lawrence Lessig, consistem em uma forma de autorização prévia para o uso da obra, em que o titular dos direitos de autor seleciona previamente quais direitos patrimoniais deseja licenciar ou não.

O projeto das licenças *Creative Commons* tem sido bem recebido no Brasil, estabelecendo uma nova relação entre o direito autoral e a cultura e que “substitui a ideia de “todos os direitos reservados” pela ideia de “alguns direitos reservados”⁴³. Segundo tais licenças, caso os artistas queiram protegê-las em sua totalidade, não precisam tomar nenhuma atitude, pois elas já nascem completamente protegidas. No entanto, quem deseja compartilhar sua criação com o mundo, vê no Creative Commons uma possibilidade para fazê-lo, ao disponibilizar ferramentas jurídicas para tanto.

⁴¹ Disponível em <http://www.ecad.org.br/pt/eu-faco-musica/associacoes/Paginas/default.aspx>. São elas: Abramus, UBC, Socinpro, Assim, Amar, Sbacem e Sicam. Acesso em 21/08/2018.

⁴² PEREIRA, Fábio; HARRES, João. op cit.

⁴³ LESSIG, Lawrence. Cultura Livre: Como a Grande Mídia usa a Tecnologia e a Lei para Bloquear a Cultura e Controlar a Criatividade. pág. 20.

Outro aspecto muito relevante a ser considerado quando do licenciamento de direitos autorais no Brasil, é que de acordo com o artigo 49, incisos V e VI da LDA, atribuições de direitos de autor e licenciamentos apenas operam nas formas de uso já existentes na data da execução do acordo.

Nesta lógica, segundo Pereira e Harres, enquanto a comercialização de trabalhos musicais através do download é um fenômeno relativamente recente, a indústria da música às vezes acaba não tendo o direito de comercializar no Brasil através de download na web ou através de *streaming* musical os trabalhos dos catálogos antigos, tendo em vista restrições impostas pelo artigo 49. É preciso destacar que a comercialização de direitos deve ser negociada ou com todos os artistas e produtores envolvidos com a gravação de um fonograma e os escritores e compositores que detém a composição musical, ou com as gravadoras, editoras de música e associações representando-as.

O próprio Youtube utiliza as licenças Creative Commons para controlar e regulamentar o uso de obras musicais de terceiros pelos seus usuários. De forma prática, as licenças Creative Commons permitem que o titular do direito de autor selecione como deseja que os criadores de conteúdo no Youtube usem sua obra musical nos vídeos.

Assim, quando um artista ou compositor libera seu trabalho protegido por uma licença Creative Commons, o público já sabe os *dos & dont`s* em relação ao uso daquela obra, o que significa que precisam de permissão do autor caso queiram utilizá-la para fins não permitidos previamente pela licença.⁴⁴ Ainda no contexto do YouTube, tais licenças ganharam notoriedade entre os criadores de conteúdo pelo fato de que atualmente é possível obter receita a partir dos vídeos exibidos na plataforma. Muitos artistas desconhecidos ou em início de carreira utilizam esta ferramenta para conseguir divulgar seu trabalho.

7. CONCLUSÃO

Houve uma época em que os artistas e suas respectivas gravadoras e editoras, dependentes do meio físico (cds, discos, dvds), para que pudessem compartilhar suas obras, se viram competindo com um *player* dotado de recursos

⁴⁴ SMARTCOPYING. How to find Creative Commons Material using YouTube. Disponível em: <<http://www.smartcopying.edu.au/open-education/creative-commons/creative-commons-information-pack-for-teachers-and-students/how-to-find-creative-commons-material-using-youtube>>. Acesso em: 10 de agosto de 2016

aparentemente imbatíveis: a internet e a possibilidade de baixar uma quantidade infinita de conteúdos por um preço irrisório ou, comumente, de graça.

Criou-se uma nova forma de consumo e com ela a oportunidade de reverter um quadro de constante declínio. Surgiram os serviços de *streaming* para música e os usuários, agora acostumados com a praticidade de um mundo digital, não tardaram a contratá-los, muitos abandonando a prática do *download* ilegal.

Contudo, toda mudança encontra seus desafios e no presente caso não foi diferente. Ainda que a introdução do *streaming* tenha possivelmente freado a queda livre de renda gerada com música, viver exclusivamente de música tornou-se mais complicado.

O presente trabalho se propôs a mostrar justamente uma das maiores questões levantadas no campo do *streaming*, qual seja se o método atual de arrecadação realmente atende às necessidades dos sujeitos envolvidos nesse mercado.

Como visto acima, com o surgimento do *streaming*, os autores, intérpretes, gravadoras e editoras, que têm seus direitos resguardados pelas legislações nacionais de direitos autorais, esperam uma conduta diferente por parte dos serviços de *streaming*, quanto a “monetização” gerada a partir desses serviços, e que as vezes contrasta inteiramente com a essência e forma de operação desse tipo de empreendimento.

Parte da solução passa pelo enquadramento do *streaming* em um dos direitos patrimoniais de autor, haja vista os diferentes efeitos que cada um produz nos meios jurídico e econômico. Para tanto, os agentes efetivamente envolvidos nessa missão – e outros aventureiros – têm buscado respaldar suas opiniões em sistemas adotados em jurisdições estrangeiras e na interpretação de tratados internacionais.

Assim como as principais modalidades de *streaming*, o *simulcasting* e o *webcasting*, há verdadeira dicotomia quanto à real intenção do legislador ao incorporar o direito de *making available* cunhado pela OMPI em seus “tratados da internet”, o qual, com base no exposto aqui, é um dos caminhos mais promissores.

Ao menos algo parece ser certo, os juristas estão dispostos a compreender primeiro a indústria da música para só depois “arriscar” julgar algum caso que possa traçar o destino dos titulares de direitos autorais e conexos.

8. REFERÊNCIAS

- BARBOSA, Denis Borges. Direito Autoral e Liberdade de Expressão Estudos de Direito. Disponível em: <<http://www.denisbarbosa.addr.com/arquivos/livros/geiger.pdf>>. Acesso em 03/07/2016.
- BOUSIE, Hans. IAEL – The Monetization of the Global Music Business – Artist and Industry Capitalization of the Digital/Streaming Environment “The Monetization of the Global Music Business – from Creators to Major Industry”. Capítulo 2.1, página 123-129. Publicado por Frukt Source, 2016.
- BRASIL. Decreto No 75.699, de 6 de maio de 1975. Promulga a Convenção de Berna para a Proteção das Obras Literárias e Artísticas, de 9 de setembro de 1886, revista em Paris, a 24 de julho de 1971. Diário Oficial da União, 09.05/1975. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1970-1979/D75699.htm>. Acesso em 29/07/2016.
- BRASIL. Lei No. 9.610 de 19 de fevereiro de 1998. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9610.htm. Acesso em 04/07/2016.
- Brasil. Superior Tribunal de Justiça. RESP1.559.264-RJ – Documento: 53772071 – Ministro Relator Ricardo Villas Bôas Cueva, Dje: 26/10/2015. Disponível em <http://www.justicaemfoco.com.br/arquivos_de_audio/1446167453.1-arquivo_pdf.pdf> - Acesso em 09/08/2016 - p. 1-4.
- EBOLI, João Carlos de Camargo. Os problemas do direito de autor no entorno Digital. In: 5º Congresso Internacional de Direito Autoral organizado pela A.B.D.A. – Associação Brasileira de Direito Autoral. São Paulo: A.B.D.A., 2009. Disponível em: <http://www.socinpro.org.br/downloads/PALESTRA_ABDA%202009.pdf>. Acesso em: 07/07/2016.
- ELLMERICH, Luís. História da música. 2. Ed. São Paulo: Boa Lettura, 1964. P.20.
- GOLDSPINK, Justin. IAEL – The Monetization of the Global Music Business – Safe Harbors: A Push for Better Royalties from Digital Streaming Services – Chapter 4.1 – p. 342-349 – Publicado por Frukt Source, 2016.
- KISCHINHEVSKY, Marcelo, Vicente, Eduardo, De Marchi, Leonardo. MÚSICA INFINITA: serviços de streaming como espaços híbridos de comunicação e consumo musical. Associação Nacional dos Programas de Pós-Graduação em Comunicação – COMPÓS. <www.compos.org.br> / Nº Documento: 898AFFE2-BB18-4756-8ª44-12E314D86509 – p.1-19. Acesso em 17/07/2016.
- LESSIG, Lawrence. Cultura Livre: Como a Grande Mídia usa a Tecnologia e a Lei para Bloquear a Cultura e Controlar a Criatividade. Pág. 20.
- ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA PROPRIEDADE INTELECTUAL – OMPI. Understanding Copyright and Related Rights. Disponível em:< http://www.wipo.int/edocs/pubdocs/en/intproperty/909/wipo_pub_909.pdf>. Acesso em 06/08/2016.
- PECORARO, Anne-Marie & Lecron, Marianne. IAEL – The Monetization of the Global Music Business – How New Technologies are Changing the European Music Industry – Chapter 4.2- p.360-375- Publicado por Frukt Source, 2016.

- PERA, Luciana Pegorer. Carta ao Ministério da Cultura. Associação Brasileira da Música Independente – IBMI. São Paulo, 2016. Disponível em: <http://culturadigital.br/gcdigital/files/2016/03/ABMI_GCDIGITAL.pdf>. Acesso em 07/07/2016.
- PEREIRA, Fábio; HARRES, João. IAEL – The Monetization of the Global Music Business – from Creators to Major Industry – Chapter 2.9 - p. 222-237, Publicado por Frukt Source, 2016.
- SALINAS, Rodrigo. Interpretação antiquada de lei ignora direitos autorais sobre streaming. Opinião UOL, 2015. Disponível em: <<http://noticias.uol.com.br/opiniao/coluna/2015/08/07/interpretacao-antiquada-de-lei-ignora-direitos-autorais-sobre-streaming.htm>>. Acesso em 02/08/2016.
- SMARTCOPYING. How to find Creative Commons Material using YouTube. Disponível em: <<http://www.smartcopying.edu.au/open-education/creative-commons/creative-commons-information-pack-for-teachers-and-students/how-to-find-creative-commons-material-using-youtube>>. Acesso em: 10 de agosto de 2016
- SPOTIFY. Wait, I thought Spotify paid per stream? Disponível em: <<https://www.spotifyartists.com/spotify-explained/#royalties-in-detail>>. Acesso em 17 de jul de 2016.
- The Wall Street Journal. "Iphone Software Sales Take Off: Apple's Jobs <<http://www.wsj.com/articles/SB121842341491928977>> Acesso em: 27 de julho de 2016.
- YouTube. Anúncios in-stream não ignoráveis. Disponível em: <<https://support.google.com/youtube/answer/188038?hl=pt-BR>>. Acesso em: 18 de ago de 2016.
- <<http://culturadigital.br/gcdigital/>>. Acesso em 15/07/2016.
- <<http://www.ecad.org.br/pt/eu-faco-musica/associacoes/Paginas/default.aspx>>. Acesso em 21/08/2018.
- <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/cotidiano/ult95u34809.shtml>>. Acesso em 31/07/2016.
- <http://www.abmi.com.br/website/quem_somos>. Acesso em 07/07/2016
- <<http://www.significados.com.br/streaming/>> . Acesso em: 27 de julho de 2016
- <<https://www.spotify.com/br/premium/?checkout=false>>. Acesso em: 17/07/2016.
- <http://www.wipo.int/copyright/en/activities/internet_treaties.html>, Acesso em 06/08/2016.
- <<https://nacoesunidas.org/agencia/ompi/>>. Acesso em 06/08/2016.

O TEXTO “LEI E JUÍZO” NA OBRA DE CARL SCHMITT

André R. C. Fontes*

Estabelecer um conhecimento sistemático e interrelacional da obra de Carl Schmitt inclui, necessariamente, a divisão por épocas e a inclusão dos fatores políticos e do seu papel no produto mais característico da sua personalidade incomum, que é a pena literária - algo demasiadamente complexo e difícil de simplificar em um único capítulo, no qual o assunto é tratado incidentalmente.¹

O lugar ocupado pela obra de Schmitt tem concentrado a atenção dos estudiosos, em geral, com alguma temática uniforme no conjunto dos textos produzidos, independente da ascensão de Hitler.² Desse contexto, a quase totalidade da obra do autor ainda é desconhecida em língua portuguesa. A despeito da barreira linguística, a influência de Schmitt nos estudos acadêmicos no Brasil se fez sentir e recebeu a atenção dos leitores, por meio de numerosas traduções em castelhano, italiano, inglês e francês, sempre que o idioma de Schmitt, o alemão, não fosse acessível.³

Apresentado o objetivo de expor em fragmentos a obra de Schmitt, a tarefa requer condições e meios adequados, ainda assim, sem nos descurmarmos do

* Doutor em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ, com estágio pós-doutoral na Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC, Professor na Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro – Uni-Rio e Desembargador no Tribunal Regional Federal da 2ª Região (Rio de Janeiro e Espírito Santo).

¹ A obra *Vista en conjunto sobre la obra de Carl Schmitt*, de autoria de Julien Freund, é um bom exemplo. Embora anuncie o tratamento *principaliter* do conjunto do esforço intelectual do autor, apresenta, em verdade, excetos dos livros mencionados e indicados, com uma única e fundamental divisão: a das obras jurídicas; e outra, das obras políticas. As classificações que se seguem obedecem a essa divisão “dicotômica”. Cf. a tradução Argentina de Maria Victoria Rossler, ed. Struhart & Cia., Buenos Aires, 2006.

² É o caso da *Sacralização*, com Pedro Hermírio e o *Risco do político* com Bernardo Ferreira. Uma leitura da obra *Secularização Inacabada*. Curitiba: Appris, 2011. Bernardo Ferreira. *O risco do político. Crítica ao liberalismo e a teoria política no pensamento de Carl Schmitt*. Belo Horizonte: UFMG, 2004.

³ Em catálogo oferecido por certas livrarias no Brasil, a produção argentina é oferecida livremente, para algumas das mais conhecidas obras, quase todas da casa editorial Struhart & Cia., de Buenos Aires.

esforço hercúleo a ser empregado. Dentre eles, a lembrança sempre oportuna de que um especialista em Direito não deve olvidar que o pensamento do autor associava considerações de ordem propriamente jurídica, com elementos de Política, de modo que fica muito difícil separar uma da outra. E ainda entre o Direito e a Política, Schmitt integrava elementos diversificados da cultura em geral que elevava seu trabalho para muito além do plano conhecido ou da formação do jurista. E a habilidade com que lidava com outros sistemas jurídicos, especialmente por versatilidade em variados idiomas, somava-se a uma eficácia, intensidade e organização de trabalho pouco vistas, e que não encontram paralelos em tempos atuais.⁴

A necessidade de elaborarmos uma classificação mais pormenorizada de sua obra jurídica, dada a opção por texto de cunho jurídico, como é o caso de *Lei e juízo*, nos direciona para uma distinção, em três classes, para as obras de cariz jurídico, se é que assim poderíamos enquadrar uma delas, mesmo a que nos propomos a estudar. Tomaremos a classificação idealizada por Julien Freund, para as obras de *direito interno*, *direito externo* e *filosofia do direito*.⁵

As obras de direito interno são as que mais relacionadas estão com o tema escolhido, ao lado daquelas de Filosofia do Direito. De direito interno existem: (1) *Sobre delito e formas de delito*. (2) *Lei e juízo. Um estudo ao problema da práxis jurídica*. (3) *Ensaio de Direito Constitucional*. (4) *O guardião da constituição*. (5) *Teoria da Constituição*. De Filosofia do Direito, limitou-se a mencionar o texto *Sobre as três formas de pensamento jurídico*.⁶

Carl Schmitt outorga primazia à Política, igualmente aos clássicos gregos, mas com alcances díspares, especialmente por não guardar uma correspondência com os ideais de democracia e justiça tão caros aos pensadores helênicos. Ao prescindir do *justo* como critério verificador clássico da Política afasta-se da mais

⁴ Somente no texto *Lei e juízo* Schmitt mostra desenvoltura no latim, grego, inglês, francês, holandês e espanhol, além do alemão medieval ou antigo, além da sua língua materna, o alemão. É provável que conhecesse o dialeto de seu estado, como era comum naqueles tempos, ou mesmo hoje. Cf. *Gesetz und Urteil. passim*. Carl Schmitt. *Teoria de la constitución*. Trad. Francisco Ayala. Buenos Aires: Struhart & Cia., s/d. p. 77.

⁵ Julien Freund, *Vista en conjunto sobre a obra de Carl Schmitt*. 2ª ed. Trad. de Maria Victoria Rossler. Buenos Aires: Struhart & Cia., 2006. p. 54.

⁶ Todos os títulos obedeceram a um tradução livre dos originais *Ueber Schuld und Schuldarten, Gesetz und Urteil. Eine Untersuchung zum Problem der Rechtspraxis, Verfassungsrechtliche Aufsätze e Der Hüter der Verfassung*. Teoria da Constituição ara *Verfassungslehre* e para o texto Sobre as três formas do pensamento jurídico *Ueber die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens*. Carl Schmitt. *La tirania de los valores*. Granada: Comares, 2010.

decisiva contribuição para a Política, e porque não deixar também de dizer do Direito, que é a justiça. O Direito é produto da civilização romana, mas o *justo* é uma concepção originalmente grega, tão grega como é a Filosofia. Ao contrário, prefere Schmitt deter-se na consideração fria e desprovida de valores que estabelecem a sua concepção de estrutura política. Para ele, a Política, alheia à justiça, rege-se pela exclusiva separação prévia entre *amigo* e *inimigo* - terminologia considerada tal como tomavam, *mutatis mutandis*, os escritores latinos para as figuras das *hostes*, ou seja, do inimigo público, e que difere do inimigo privado, chamado de *inimicus*. Essa dupla perspectiva, amigo-inimigo traduziria as diferentes tendências existentes em uma sociedade e serão tomadas em conta pelo Político, se não em função da medida de sua diversificação, que é radical e prévia.⁷

A obra de Schmitt é marcada por diferenças entre Direito e Política, que assumem diferentes perspectivas, e que vão além das inúmeras fontes gregas e romanas. O Direito tal como nós conhecemos, resultante do pensamento romano, e ordinariamente estimado sob o ângulo do justo ou do injusto, por influxos gregos, incorre no pensamento schmittiano em um tipo particular de desconstrução. A Política, por seu critério de *amicus* e *hostis*, servirá para traçar um novo perfil do poder. Um e outro encontrarão na obra de Schmitt uma correlação; e não contradição ou contrariedade. Na convivência de reflexão, os dois temas amalgamados terminam por se contraporem ao pensamento dominante da sua época, especialmente o Liberalismo, e, posteriormente, o Normativismo, pondo Schmitt o *Jurídico* à frente do *Político* na forma de tratar o pensamento, de tomar termos e conceitos, na formação de juízos de transição, de desenvolvimento e de expor contradições; e o Político, no seu caráter substancial e concreto, sempre que confrontar com o justo liberal ou o juízo normativista, com o grau superior de seu conhecimento.⁸

Na vida e convivência toma Schmitt o caráter objetivo e universal da Política e se antepõe a tudo mediante as transformações qualitativas que o caráter jurídico oferece. Mas, sem hierarquizá-los, de maneira que qualidade e quantidade e vice-

⁷ José F. Lorca Navarrete. *Temas de teoría y filosofía del derecho*. Madri: Pirâmide. 1993. p. 222. Lorenzo Córdova Vianello. *Derecho y poder*. México: Fondo de cultura econômica, 2009. p 47. As leituras e interpretações de Carl Schmitt à obra de Maquiavel quanto ao binômio *amigo-inimigo* Cf. Carl Schmitt. *Concepto de lo político*. Trad. Francisco Javier Conde. Buenos Aires: Struhart & Cia., 2002. p. 96. Bernd Rüthes. Carl Schmitt ennn el Tercer Reich. Trad. Luis Villar Borda. Buenos Aires: Struhart & Cia. S/d. p. 120. Carl Schmitt. *Teoría de la constitución*. Trad. Francisco Ayala. Buenos Aires: Struhart & Cia., s/d. p. 36.

⁸ José F. Lorca Navarrete. *Op. cit.* Carl Schmitt. *Legalidad*. Carl Schmitt. *Teoría de la constitucion*. Carl Schmitt. Tres . Leonardo Antonio Curzio Gutiérrez. *Introducción a la ciencia política*. México: Oxford, 2009. p. 76. Bernd Rüthes. *Carl Schmitt enn el Tercer Reich*. Buenos Aires: Struhart & Cia., s/d. p. 14. Carl Schmitt. *Teoría de la constitución*. Trad. Francisco Ayala. Buenos Aires: Struhart & Cia., s/d. p. 77.

versa, no Direito e na Política, serão animados pela preocupação da política, a qual é tomada, no plano do poder, da lei, do Estado e desvinculada de uma matriz de justiça. Carl Schmitt é o descarado promotor da autoridade e da independência da decisão nas áreas nas quais é radicalmente contrária ao pensamento liberal do Direito.⁹

A literatura de Schmitt é a expressão clara e sintética de seu pensamento, que por sua vez, obedece a premissas de importantes conclusões de certas épocas, nas quais a *soberania* e a *autoridade* talvez sejam os dois grandes eixos. Uma ulterior decomposição se abre da necessidade de observar o tratamento que Schmitt dá ao Direito no caminho das suas relações complexas e diversificadas com a Política. O tratamento das interligações e interações dado ao Estado e ao Direito pela ação política traça o estilo e os métodos conclusivos em suas teorias. Por conseguinte, nos vínculos da Política com o Estado e o Direito é que Carl Schmitt é reconhecido como um seguidor de uma corrente realista.¹⁰

A interação e mútua penetração, nas quais uma relação direta do primado do político sobre o jurídico nas obras de Schmitt, atuam como uma poderosa fonte de identificação da ordem concreta, a partir de um exame objetivo e racional, na qual a vontade, interesse e poder surgem como elementos-chave na noção de Direito e que são os meios para uma análise do Realismo schmittiano. A praxeologia do texto *Lei e juízo* talvez seja a mais ostensiva expressão do Realismo Jurídico na obra de Carl Schmitt.¹¹

⁹ José F. Lorca Navarrete. *op. cit.* Carl Schmitt. *Teoría de la constitución*. Madri: Revista de derecho privado, 1914. p. 86. Gisele Silva Araújo. Rogerio Dultra dos Santos. *O constitucionalismo antiliberal de Carl Schmitt: democracia substantiva e exceção versus liberalismo kelseniano* in *Curso de Ciência Política*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011. Carl Schmitt. *Teoría de la constitución*. Trad. Francisco Ayala. Buenos Aires: Struhart & Cia., s/d. p. 181.

¹⁰ Carlos-Miguel Herrera. *Le droit, le politique*. Paris: Éditions L’Harmattan. p. 66. Bernardo Ferreira. O risco do político. Crítica ao liberalismo e a teoria política no pensamento de Carl Schmitt. Belo Horizonte: UFMG, 2004. p. 290. Carlo Galli. *Genealogia della politica*. Bolonha: Il mulino, 2010. p. 180. C. Galli. Carl Schmitt. *Concepto de lo político*. Trad. Francisco Javier Conde. Buenos Aires: Struhart, 2002. *passim*.

¹¹ Carlos-Miguel Herrera. *op. cit.* Julien Freund. *Vista em conjunto sobre la obra de Carl Schmitt*, 2ed. Trad. Maria Victoria Rossler, Buenos Aires: Struhart & Cia., 2006. pág. 56.

ADIMPLENTO DAS OBRIGAÇÕES INTERNACIONAIS: O LEGISLATIVO E A LEI 13.146/2015

*Bruna Vilanova Machado*¹

*Renan Soares Cortazio*²

Resumo: O bom estudo das relações entre o Direito Interno e a gama de obrigações advindas de Tratados Internacionais assumidas pelo Estado é fundamental para que o Poder Legislativo e a Administração Pública em geral procedam a uma harmonização e unificação do ordenamento jurídico brasileiro, de modo a evitar antinomias entre normas das duas fontes. A Convenção de Nova Iorque sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência é um interessante estudo de caso pois mostra como a mora do Legislativo pode comprometer a sistematicidade do ordenamento jurídico e o adimplemento por parte do Brasil de obrigações internacionais.

Palavras-Chave: Direito Internacional – Direito Brasileiro – Adimplemento de obrigações internacionais

Abstract: The good study of the relationship between the Internal Law and the range of obligations derived from International Treaties assumed by the State is fundamental for the Legislative Power and the Public Administration in general to harmonize and unify the Brazilian legal system, in order to avoid antinomies between standards of the two sources. The New York Convention on the Rights of Persons with Disabilities is an interesting case study, because it shows how the delay of the Legislative can compromise the systematicity of the legal order and Brazil's compliance with international obligations.

Keywords: International Law – Brazilian Law – Compliance of international obligations

¹ Aluna de Graduação do 6º período da Faculdade de Direito da Universidade do Estado de Rio de Janeiro.

² Aluno de Graduação do 8º período da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio Janeiro.

INTRODUÇÃO

As relações entre o Direito Internacional e o Direito Interno são de imensa relevância, pois a partir das regras de hierarquia e de solução de antinomias se pode solucionar eventuais contradições existentes entre diplomas de fontes internas e de fontes interestatais. Diversas são as teorias e doutrinas que se debruçaram sobre esse assunto, mas uma análise jurisprudencial mostra que não se tratam de conceitos inacabados e pacificamente aceitos.

No presente estudo, discutiremos as correntes expostas na literatura jurídica sobre o tema e faremos um estudo de caso sobre a Convenção de Nova Iorque para a Proteção dos Direitos das Pessoas com Deficiência. Tal diploma tem especial relevância, pois é o primeiro Tratado Internacional aprovado e integrado ao ordenamento interno segundo o procedimento previsto pela Emenda Constitucional número 45, o que lhe confere status constitucional, conforme detidamente se analisará abaixo.

Avaliaremos algumas das disposições contidas na Convenção e, sem a pretensão de esgotar o assunto, discutiremos a posição do Poder Legislativo na sua integração harmônica ao ordenamento interno. Ou seja, analisaremos brevemente o caminho das reformas legislativas motivadas pela Convenção para promover um debate sobre a mora do Legislativo, a unidade do ordenamento jurídico e o adimplemento de obrigações assumidas na ordem internacional.

1. OS ESTADOS E O DIREITO INTERNACIONAL

A noção de fronteira se delineou como o limite de ação entre um povo ou um exército e seu antagonista desde a Idade Antiga. A diferenciação entre povos, portanto, foi se refinando até surgir a concepção de Estado-Nação. A partir do desenvolvimento da troca e, mais tarde, do comércio, a insuficiência de produção de um lugar e as necessidades diversificadas levaram à mercantilização da relação entre os povos.

Portanto, seja por meio de guerras, pelo comércio interestados, por razões diplomáticas de repartição territorial ou pela conquista de novas terras, os Estados sempre se viram imbricados em intensa integração. Entretanto, apesar da remota origem, o surgimento do Direito Internacional tem como marco inicial tradicional a Paz de Vestfália, de 1648, série de negociações por meio das quais

países europeus puseram fim à Guerra dos Trinta Anos. Pelas razões religiosas do conflito, os termos do acordo de paz consistiram, basicamente, na repartição territorial e na liberdade de crença. Fica claro, portanto, o caráter supranacional e vinculativo entre os Estados signatários.

A partir desse momento, diversos foram os Tratados e Convenções firmados em plano internacional, culminando hoje em uma rede de obrigações globais e mandatórias aos Estados, que regem as relações entre as Nações nas suas mais diversas áreas de conexão.

Em oposição ao Direito interno, o Direito Internacional traz consigo uma série de questões quanto a sua legitimação. Ao contrário dos ordenamentos nacionais, em que há uma relação de subordinação dos jurisdicionados para com o Estado, no plano internacional, os Estados encontram-se em relação de igualdade entre si. Expliquemos: o Estado, que é a organização jurídico-política da Nação, e que lhe dá validade e legitimação para atuar, no plano externo, como sujeito de Direito Internacional Público (MAZZUOLI, 2007, p. 332), está em posição de superioridade hierárquica em relação aos seus cidadãos, que estão submetidos a toda a normatividade legitimamente emanada de seus órgãos competentes, podendo, inclusive, sofrer sanções pelo descumprimento. Todas as Nações, porém, gozam de soberania, de forma que, teoricamente, não estão coercitivamente obrigadas a seguir estipulações advindas de outros Estados a elas iguais. A alegoria do Contrato Social exposta por Thomas Hobbes, John Locke e Rousseau, e da renúncia à liberdade não faz, então, sentido para os Estados, afinal, as Nações são soberanas individualmente, faltando o elemento de imposição hierárquica à normativa de Direito internacional.

O fato de a norma não emanar de uma autoridade competente central investida de legitimidade para outorgar leis impositivas, faz com que as normas de direito internacional não tenham, à primeira vista, atributos que justifiquem sua compulsoriedade, essencial às normas de direito interno. Por isso, as normas de Direito extra estatal fogem, *a priori*, à hierarquia “em cascata”, pois que não há outra norma superior que lhes confira legitimidade, tampouco uma autoridade competente externa investida de poderes de criação legislativa para lhes outorgar.

Nesse sentido, o Direito Internacional emerge como uma norma jurídica formada por entes que, em si, possuem um completo ordenamento. É nesse ambiente de pluralismo jurídico que se coloca o debate sobre a legitimidade da norma de direito internacional.

Max Weber, referindo-se às normas sociais e às normas de direito interno, defende haver formas diversas de legitimação, todas associadas a um determinado grau de dominação por métodos diferentes, tais como a tradição, o carisma e a burocracia legal-racional. Esse último é o principal fundamento de justificação do direito positivo e se relaciona à confiança social em um aparato de procedimentos formais e autoridades competentes como fundamento de legitimidade dos preceitos legais. Trata-se, portanto, de conceitos políticos e sociológicos, vez que considera a apreensão social da norma por parte dos jurisdicionados e explora a noção de consenso (WEBER, 1968, p. 31 e ss).

No direito internacional, porém, a inexistência de um órgão central dotado de competência e legitimidade associada à noção de soberania dos Estados traz dificuldades a esse raciocínio. Questiona-se, então, como, em uma comunidade entre iguais, normas não-coercitivas podem se fazer vinculantes. Para responder a essa pergunta, Thomas Franck propõe um exercício de interpretação que distancie o conceito formal de validade das normas, da competência da autoridade que a editou e da forma, afinal, por esse prisma, a nenhuma conclusão seria possível chegarmos a respeito da sua obrigatoriedade. Assumindo o pressuposto do cumprimento da norma internacional pelos Estados independentes, o autor, defende que a legitimidade é um atributo do próprio mandamento normativo:

Legitimacy is a property of a rule or rule making institution which itself exerts a pull toward compliance on those addressed normatively because those addressed believe that the rule or institution has come into being and operates in accordance with generally accepted principles of right process (FRANK, 1990, p. 24).

Dizer que a legitimidade está na norma em si significa dizer que não é a inferência social sobre a norma que lhe confere força e validade. Esse não é o único estudioso que se debruçou sobre a questão da validade das normas de direito internacional, tema que motivou a elaboração de diversas teorias.

A teoria da autolimitação, por exemplo, defende a soberania absoluta da autonomia do Estado ao construir que apenas por sua livre vontade poderia uma nação subordinar-se a um ânimo que não o seu próprio. O fundamento de cumprimento do direito internacional seria, dessa forma, a própria vontade do Estado que, exercida livremente, o limitaria.

Kelsen, por sua vez, representa a teoria da norma-base, que defende haver uma norma fundamental (“Grundnorm”) no vértice de uma pirâmide de legitimação que

funcione como espécies de sucessivos degraus de validade em cascata. A maior crítica dos opositores dessa doutrina recai sobre a formação de um ciclo vicioso que faz com que não haja explicação para a norma fundamental hipotética.

Existem, ainda, teorias sociológicas, segundo as quais são imperativos sociais de solidariedade internacional e cooperação interestatal que conferem fundamento ao Direito Internacional. Essa concepção remonta à ideia de que o direito se volta para o homem e sua harmonização, e os indivíduos, enquanto fundamento e destinatários da norma, sentirão a relevância de sua criação e consentirão com sanções decorrentes de seu descumprimento.³

De todo modo, a discussão sobre a legitimidade da norma internacional reside integralmente no paradoxo entre o cumprimento de boa-fé por parte dos Estados e as soberania e igualdade estatais. Essa discussão, ainda, não pode se desvincular da questão da fundamentação do Direito Público em geral ou do Direito em sua globalidade. Nesse âmbito, a corrente jusnaturalista, dando centralidade à dignidade da pessoa humana, insere o homem em estruturas coletivas de sujeitos de Direito Internacional que atuam em âmbito supra estatal.

A fundamentação do Direito Natural aponta para a existência de uma limitação transcendente ao poder público, no caso o poder de produzir normas internacionais por parte dos sujeitos de Direito Internacional. Quem decide o justo e o injusto não é o poder dos Estados, mas sim a conformidade dos actos do poder público com as orientações que estejam acima do poder positivo que protagonizam, as quais estes não podem manipular a seu bel-prazer (Gouveia, 2005, p. 85).

Por qualquer ótica que se observe, porém, parece claro que nossa sociedade globalizada demanda um direito supraestatal que empreste alguma uniformidade às relações internacionais, que seriam de difícil regimento se sempre imbricadas por diferentes ordenamentos jurídicos autônomos com plena eficácia.

Modernamente, essa demanda restou evidenciada no pós-guerra, quando milhares de pessoas perderam a vida, em combate ou nas barbáries cometidas no holocausto. Portanto, foi esse genocídio contra milhões de pessoas o grande fato gerador de uma intensiva normatização internacional, se desenvolvendo, principalmente, o moderno sistema de proteção dos Direitos Humanos. Seguindo a terminologia de Hannah

³ Sobre as teorias de legitimação do Direito Internacional v. MELLO, 2002, pp. 139-150; REZEK, 2005, pp. 3-5; MARTINS, 1998, passim.

Arendt, “o direito a ter direitos” passou a ser o ponto de partida de todo o processo moderno de internacionalização do Direito. (ARENDR, 1973, pp. 299-302).

Nesse sentido, a proteção à pessoa humana e o desenvolvimento de seu amparo a nível internacional por meio da concretização de normas de Direitos Humanos, é valor norteador do Direito Público, do Direito Constitucional e, principalmente, do Direito uniformizado supranacional. (ARAUJO, 2011, p. 14).

Desta maneira, as normas de direito internacional são necessárias em tempos de completa integração de mercados e pessoas, e podem estar revestidas de diferentes formas. Não há, portanto, no ordenamento internacional, fonte normativa única. No art. 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça, temos uma listagem das fontes normativas de que podem emanar normas de direito internacional:

A Corte, cuja função é decidir de acordo com o direito internacional as controvérsias que lhe forem submetidas, aplicar:

a. as convenções internacionais, quer gerais, quer especiais, que estabeleçam regras expressamente reconhecidas pelos Estados litigantes;

b. o costume internacional, como prova de uma prática geral aceita como sendo o direito;

c. os princípios gerais de direito, reconhecidos pelas nações civilizadas;

d. sob ressalva da disposição do Artigo 59, as decisões judiciais e a doutrina dos juristas mais qualificados das diferentes nações, como meio auxiliar para a determinação das regras de direito.

A presente disposição não prejudicará a faculdade da Corte de decidir uma questão ex aequo et bono, se as partes com isto concordarem.

Apesar da aparente completude do mandamento normativo em análise, a doutrina defende que a listagem não é exaustiva. Podemos listar, ao lado das fontes mencionadas expressamente no texto da norma, o direito comparado e a arbitragem internacional, por exemplo.

Relevante destacar, nesta seara, a classificação construída pela literatura jurídica que diferencia as fontes de direito internacional entre formais e materiais:

A doutrina internacionalista na sua esmagadora maioria divide as fontes em formais e materiais. As primeiras representam os processos e técnicas utilizadas para a formação no Direito Internacional, elaborando regras positivadas e cristalizadas; já a segunda fonte, representa os fundamentos

sociológicos destas normas tidas e aceitas como internacionais. Estas últimas não criam propriamente dito uma norma (positivada) jurídica, mas tem uma vasta influência no processo elaborativo de tal norma. (PEREIRA, 2002, p. 111).

Cumprir fazer uma nota, também, sobre os sujeitos do direito internacional que não se limitam aos Estados, podendo, também, pacificamente, abranger Organizações Internacionais. São esses os destinatários das normas de direito internacional e também os sujeitos que possuem capacidade para criar normas:

As últimas décadas têm acompanhado a evolução do importante fenômeno da ascensão e expansão das organizações internacionais, e gradual ampliação de seus poderes de regulamentação, variando de caso a caso. (...) A atuação dos organismos internacionais, em setores os mais diversos, se externaliza habitualmente através de resoluções, de relevância e significação variáveis: algumas servem de instrumento de exortação, outras enunciam princípios gerais, e outras requerem determinado tipo de ação visando resultados específicos. (TRINDADE, 2002, pp. 644-666).

Doutrina recente, ainda, discute a possibilidade de admitir-se o homem como sujeito de direito internacional. Trata-se, para alguns autores, de um imperativo lógico sem o qual o sistema jurídico perde seu sentido, afinal, muitas organizações supranacionais e inúmeras convenções internacionais tem como objetivo a proteção de direitos fundamentais do homem. Negar-lhes a posição de sujeitos de direitos, também no plano externo, implicaria a perda da eficácia desses dispositivos.⁴

2. A RELAÇÃO DAS NORMAS DE DIREITO INTERNACIONAL E DIREITO INTERNO

Superadas as questões formais de legitimação e fontes do Direito Internacional, passa-se a um assunto dos mais conturbados na doutrina nacional:

⁴ Sobre essa temática, cf. a doutrina: “Direito, seja ele qual for, se dirige sempre aos homens. O homem é a finalidade última do Direito. Este somente existe para regulamentar as relações entre os homens. Ele é um produto do homem. Ora, não poderia o DI negar ao indivíduo a subjetividade internacional. Negá-la seria desumanizar o DI e transformá-lo em um conjunto de normas ocas sem qualquer aspecto social. Seria fugir ao fenômeno da socialização, que se manifesta em todos os ramos do Direito. Na verdade, podemos concluir que existem duas principais razões para o homem ser considerado pessoa internacional: a) a própria dignidade humana, que leva a ordem jurídica internacional, como veremos, a lhe reconhecer direitos fundamentais e procurar protegê-los e b) a própria noção de Direito, obra do homem para o homem. Em consequência, a ordem jurídica internacional vai-se preocupando cada vez mais com os direitos do homem, que são quase verdadeiros “direitos naturais concretos” (MELLO, 2002, pp. 779-780).

as imbricações do direito interno com as normas supranacionais e a eficácia de cada uma em caso de colisões.

Cumpra destacar, em primeiro lugar, as discussões sobre as relações entre o Direito Internacional e o Direito interno. Ou seja, se questiona se há relação de paralelismo que justifica a existência de dois ordenamentos autônomos ou se há apenas uma ordem que abarque tanto a normativa nacional quanto a internacional. Essa discussão é relevante, uma vez que fundamenta os questionamentos sobre a obrigatoriedade da norma de direito internacional pelos Estados.

Duas são as teorias principais que tratam desse assunto: o monismo e o dualismo. Como a nomenclatura já adianta, o monismo é a concepção segundo a qual há apenas uma ordem jurídica que abrange o Direito Internacional e o Direito interno. Essa concepção se divide em duas subteorias de acordo com a prevalência hierárquica que reserva ao Direito interno. Assim, se se acredita que há apenas uma ordem jurídica e que nela o direito internacional está acima do ordenamento nacional, temos um entendimento monista com prevalência do direito supra estatal, denominado por parte da literatura como monismo radical. Se, por outro lado, se coloca o direito interno com superioridade hierárquica em relação ao externo, se permanece no monismo, mas com prevalência da direito emanado da Nação.

Em oposição ao monismo, temos o dualismo, ideia de que há duas ordens jurídicas que podem se tangenciar, que possuem fontes e fundamentos diferentes, além de estruturas diversas: enquanto a ordem interna estrutura-se com bases de subordinação, a externa se forma por coordenação. Com esse raciocínio, infere-se que para que uma norma de direito externo tenha eficácia no Estado, deve adentrar no ordenamento jurídico como uma norma nacional. Surge, então, a concepção de incorporação, ou seja, sustenta-se a necessidade de as normas supra estatais converterem-se em instrumento legislativo no ordenamento nacional para que sejam exigíveis. (MELLO, 2002, p.123).

A adoção das teorias e sua rígida definição nunca foi pacífica no Direito Brasileiro. Celso Duvivier de Mello atesta, em obra datada de 2002 – ou seja, em momento anterior a diversas emendas à Constituição que tratam de Direito Internacional – que a Constituição Federal Brasileira de 1988 parece ter adotado o dualismo ao considerar necessária a incorporação do Direito Internacional ao Direito Interno “pelo menos em um setor determinado, ao estabelecer que

os direitos do homem consagrados em tratados internacionais fazem parte do direito interno". (MELLO, 2002, p.123). Gustavo Binbenbojm, por sua vez, defende que a doutrina brasileira, majoritariamente, é partidária da concepção monista radical, ou seja, é defensora da primazia do direito internacional sobre o ordenamento interno. O autor não ignora, porém, que o direito brasileiro prevê a internalização dos tratados internacionais como pressuposto de vigência e executoriedade no território nacional. (BINENBOJM, 2008, p. 294).

Entretanto, a concepção que prevalece atualmente parece ser a que entende haver igualdade hierárquica do Direito Internacional em relação ao direito interno.⁵ Tal entendimento, entretanto, deve ser interpretado com as diversas ponderações levantadas na prática dos Tribunais e pela doutrina constitucionalista e de Direito Internacional. Em primeiro lugar, deve-se observar a posição privilegiada reservada à Constituição Nacional nessa escala hierárquica. Coloca-se, de modo geral, a Carta Maior como centro do ordenamento, hierarquicamente soberana em relação ao direito internacional, mesmo quando a ele posterior.⁶ Dessa forma, os conflitos entre tratado e Constituição são resolvidos com base na primazia da regra constitucional. Também o Supremo Tribunal Federal já se posicionou nesse sentido.⁷

Apesar de, conforme exposto por Gustavo Binbenbojm, grande parte da doutrina – em sua maioria formada por internacionalistas – defender ser o Direito Internacional hierarquicamente superior às leis nacionais, seguindo o raciocínio da teoria monista radical, outra grande parcela separa essa classificação de acordo com a matéria sobre a qual o Tratado Internacional versa. Essa concepção defende que, de modo geral, os Tratados de Direito Internacional possuem a mesma hierarquia que as normas ordinárias internas. Assim sendo, os conflitos de normas seriam resolvidos com base no tradicional critério cronológico de resolução de antinomias. Por outro lado, existiriam Convenções Internacionais que, por tratarem de assunto de especial relevância, teriam *status* diferenciado, posicionando-se em escala de *supralegalidade*, ou seja, se subordinariam à Constituição Federal, mas estariam acima da legislação ordinária. É o caso dos Tratados Internacionais sobre Direitos Humanos. (Mazzuoli, 2007, pp. 682-685). O precedente jurisprudencial mais relevante que versa sobre essa controvérsia e

⁵ Na jurisprudência: STF AC 9587, 2ª T., Rel. Min. Lafayette de Andrada, julg. 21.8.1951; STF, Ext. 426-EUA, T. Pleno, julg. 4.9.1985.

⁶ Sobre esse assunto, veja consentido remeter a MAXIMILIANO, 1980, p. 314; BINENBOJM, 2008, p. 294.

⁷ STF, RE 109173, 2ª T., Rel. Min. Carlos Madeira, julg. 27.2.1987; STF, RE 114784, 2ª T., Rel. Min. Carlos Madeira, julg. 26.6.1987; STF, RE 172720, 2ª T., Rel. Min. Marco Aurélio, julg. 6.2.1996;

consagrou o caráter supralegal de Tratados de Direitos Humanos é o emblemático julgamento da possibilidade da prisão civil do depositário infiel, confrontando a legislação federal com um diploma internacional e garantindo a inaplicabilidade do Código Civil, pois que derogado por norma internacional superior:

Parece mais consistente a interpretação que atribui a característica de supralegalidade aos tratados e convenções de direitos humanos. Essa tese pugna pelo argumento de que os tratados sobre direitos humanos seriam infraconstitucionais, porém, diante de seu caráter especial em relação aos demais atos normativos internacionais, também seriam dotados de um atributo de supralegalidade. Em outros termos, os tratados sobre direitos humanos não poderiam afrontar a supremacia da Constituição, mas teriam lugar especial reservado no ordenamento jurídico. Equipará-los à legislação ordinária seria subestimar o seu valor especial no contexto do sistema de proteção dos direitos da pessoa humana. (...) Desde a adesão do Brasil, sem qualquer reserva, ao Pacto Internacional dos Direitos Cíveis e Políticos (art. 11) e à Convenção Americana sobre Direitos Humanos - Pacto de San José da Costa Rica (art. 7o, 7), ambos no ano de 1992, não há mais base legal para prisão civil do depositário infiel, pois o caráter especial desses diplomas internacionais sobre direitos humanos lhes reserva lugar específico no ordenamento jurídico, estando abaixo da Constituição, porém acima da legislação interna. status normativo supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil, dessa forma, torna inaplicável a legislação infraconstitucional com ele conflitante, seja ela anterior ou posterior ao ato de adesão. Assim ocorreu com o art. 1.287 do Código Civil de 1916 e com o Decreto-Lei nº 911/69 (...) (STF, RE, 466343, Tribunal Pleno, Rel. Min. Cezar Peluso, julg. 3.12.2008).

Tal classificação ganhou ainda mais relevância ao tempo da instituição da Emenda Constitucional número 45, de 2004, que instituiu o §3º ao art. 5º da CF, tratando do processo de internalização de Tratados Internacionais de Direitos Humanos e de sua posição hierárquica com a seguinte redação:

§ 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.

Segundo tal norma, que tem condão de completar o mandamento do § 2º,⁸ os Tratados Internacionais que versarem sobre direitos humanos e tiverem

⁸ “§ 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”.

sido aprovados seguindo a mesma tramitação das emendas constitucionais – procedimento previsto no art. 60, §2º da CF, serão a elas equivalentes.⁹ Ou seja, sempre que aprovado por três quintos dos votos em dois turnos por cada Casa do Congresso Nacional, o Tratado de Direitos Humanos terá *status* constitucional.

A doutrina criticou em grande medida essa alteração legislativa, apontando o enorme despreparo para lidar com as normas internacionais do legislador brasileiro. Nesse sentido, destaca-se o trecho de Valerio de Oliveira Mazzuoli:

Essa alteração do texto constitucional, que pretendeu pôr termo ao debate quanto ao status dos tratados internacionais de direitos humanos no direito brasileiro, é um exemplo claro da falta de compreensão e de interesse do nosso legislador, no que tange à normatividade internacional de direitos humanos. Além de demonstrar total desconhecimento do Direito Internacional Público, notadamente das regras basilares da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, em especial as de jus cogens, traz o velho e arraigado ranço da já ultrapassada noção de soberania absoluta. (MAZZUOLI, 2007, p. 688).

Apesar da fundamentada crítica, essa modificação é um esforço de solidariedade e compromisso com a pessoa humana, que cada vez mais permeia as obrigações internacionais e leva os Estados a unirem-se em torno da valorização dos direitos da personalidade e da eliminação das iniquidades sociais. (SANTIVÁÑEZ, 2004, p. 14).¹⁰ Vale ressaltar, que o Direito Internacional dos Direitos Humanos é aquele que visa proteger os indivíduos em sua totalidade, sem discriminação de raça, gênero ou nação, tendo como objeto de estudo o conjunto de normas previstas pelas declarações, convenções ou tratados adotados pelos Estados em níveis regionais ou universais, (SANTIVÁÑEZ, 2004, p. 14) assim se observar a importância global que tem sido dada aos Direitos Humanos Internacionais.

⁹ “Foi previsto no §2º do art. 5º da CF que os direitos e garantias expostos no texto constitucional não elidiam outros previstos nos tratados internacionais. Agora, com o §3º do mesmo dispositivo, acrescido pela Emenda Constitucional nº 45, de 08.12.2004, foi ampliada a disposição anterior, assegurando que os tratados e as convenções internacionais relativos a direitos humanos, desde que tenham a mesma tramitação das emendas constitucionais, prevista no art. 60, §2º, da CF, sejam a elas equivalentes”. (COSTA, 2009, pp. 62-63).

¹⁰ Sobre o assunto: “Desse modo, a Nação brasileira está sendo chamada a colmatar os princípios e regras que emergem da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, assinada em Nova York e depois, entre nós, ratificada na forma do artigo 5º, parágrafo 3º, da Constituição Federal, com equivalência de emenda constitucional, autoaplicável e inderrogável, sequer pelos procedimentos de revisão da Carta, dado que a Convenção trata especificamente de Direitos Humanos. As disposições convencionais em foco constituem, portanto, cláusulas pétreas”. (NOGUEIRA, 2012).

2.1. A Primeira Convenção internacional aprovada com status de Emenda Constitucional

Como fora supramencionado, o art. 5º da nossa Carta Maior fora alterado, acrescentando o § 3º, que possibilita a aprovação de tratados internacionais com quórum diferenciado a fim de dar *status* de Emenda à Constituição aos mesmos. Porém, até agora, o dispositivo acrescentado pela emenda 45 teve pouca eficácia, uma vez que apenas um Tratado Internacional foi aprovado com este quórum e adquiriu, por fim, *status* de emenda constitucional. Trata-se da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo que foram assinados em Nova Iorque, em 30 de março de 2007, e promulgados no Brasil por meio do Decreto nº. 6.949, em agosto de 2009.¹¹

O intuito da Convenção é promover a igualdade, combater a discriminação e fomentar a tomada de medidas por parte dos Estados com a finalidade de assegurar o pleno e pessoal exercício de direitos por parte das pessoas que sofram com alguma necessidade especial. A Convenção, então, dá centralidade à dignidade da pessoa humana e cria compromissos de inclusão e igualdade às nações signatárias.

Aprovada segundo o trâmite do art. 5º, §3º da CF, a Convenção se posiciona hierarquicamente juntamente da suprema Carta de direitos do país. Significa dizer que, por tratar de Direitos Humanos, configura-se cláusula pétrea, sendo inderrogável e autoaplicável.¹²

A Convenção traz mandamentos muito importantes para os Estados e cria obrigações de efetiva inclusão social e de exercício equitativo de direitos. Além disso, procede a definições fundamentais à sua aplicação, ao aduzir, por exemplo, que deficiência é um conceito relacional, eliminando o estigma de natureza pessoal e discriminatória que recai sobre as pessoas com dificuldades e marcando a flexibilidade do conceito decorrente da pluralidade de deficiências existentes:

e) Reconhecendo que a deficiência é um conceito em evolução e que a deficiência resulta da interação entre pessoas com deficiência e as barreiras devidas às atitudes e ao ambiente que impedem a plena e efetiva participação dessas pessoas na sociedade em igualdade de oportunidades com as demais pessoas

¹¹ Sobre o *status* conferido ao Tratado: “No Dec. 6.949, de 25.08.2009, foi incorporada à nossa ordem jurídica interna a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (Convenção de Nova Iorque), lhe sendo atribuído o status de emenda constitucional, diante do permissivo constante do § 3.º, do art. 5.º de nossa Carta”. (SILVA; ESTEVES; CRUZ, 2016).

¹² NOGUEIRA, 2012

Quanto às obrigações, estabelece que os países signatários tenham dever de realizar pesquisas e desenvolver produtos e instalações que atendam aos mandamentos de possibilitar a inclusão por custos acessíveis. Impõe, também, que os Estados realizem modificações legislativas a fim de conferir eficácia ao regramento convencional. Torna imperativo, ainda, que as nações invistam em processos de expansão de informação.

Algumas disposições da Convenção, entretanto, são mais práticas e estabelecem objetivamente tratamentos a serem dispensados às pessoas com deficiência. Exemplo mais claro é a disposição que impõe que pessoas com deficiência sejam tratadas como plenamente capazes pelo ordenamento:

Artigo 12. 2. Os Estados Partes reconhecerão que as pessoas com deficiência gozam de capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas em todos os aspectos da vida.

3. ESTUDO DE CASO: A CONVENÇÃO INTERNACIONAL SOBRE OS DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA E A LEI 13.146/2015

Recentemente, em julho de 2015, foi sancionada no Brasil, a Lei Federal 13.146, que institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência), que se destina a garantir e promover, em condições igualitárias, o exercício dos direitos e das liberdades fundamentais das pessoas com algum tipo de deficiência, visando a sua inclusão no meio cultural, e evitando a marginalização social e jurídica dessas pessoas.

Tal lei foi alvo de críticas e elogios de inúmeras vozes do direito brasileiro, por alterar importantes dispositivos da parte geral do Código Civil, na direção de tornar plena, *a priori*, a capacidade de exercício de todos os jurisdicionados maiores. Apesar de o assunto ter virado tema de acirrados debates nos últimos dois anos, o Projeto para alterar a legislação brasileira vigente se arrasta entre as cadeiras do Congresso Nacional desde 2003, com o Projeto de Lei do Senado (PLS) nº 6/2003, de autoria do Senador Paulo Paim.

Na Câmara dos Deputados, no ano de 2006, o PLS tramitou como Projeto de Lei 7699/2006. E, apenas em 2013, a deputada federal Mara Gabrilli, foi designada relatora de Plenário da Lei. Note-se que desde o Projeto original no Senado, até ser encaminhada para relatoria na Câmara dos Deputados, passaram-se 10

anos, um retrato da morosidade do Legislativo brasileiro, que mesmo diante de um tema tão relevante, como o tratamento jurídico da pessoa com deficiência, age com uma intensa lentidão. Esse longo processo de tramitação pode ser acompanhado por qualquer pessoa que acesse o portal eletrônico do Senado, selecionando o acompanhamento da PLS nº 6/2003.¹³

Uma das bases de fundamentação do Projeto de Lei, foi a Convenção da ONU sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência celebrada em Nova Iorque, que foi ratificada, como foi demonstrado acima, seguindo o rito do § 3º do art. 5º da Constituição Federal.

Porém, cabe aqui uma pertinente reflexão. Uma vez que a Convenção foi ratificada e aprovada no Congresso nacional, sendo incorporada ao Direito brasileiro com status de Emenda Constitucional, já adquirira força cogente e imperativa. As disposições e obrigações que a Convenção impõe ao Estado, porém, já estão vigentes, e o Poder Público já está adstrito ao seu cumprimento.

Naturalmente, se põe uma discussão importante sobre a plena efetividade e aplicabilidade das disposições normativas constantes do Tratado. Como todo enunciado normativo, existe uma gradação passível de análise para sua realização. Diz-se que existem normas que são meramente programáticas, servindo como instrumentos de aspiração valorativa, ou seja, objetivos de inspiração que devem nortear a concretização legislativa do Estado. Outras, por terem maior densidade normativa, são aplicáveis autonomamente desde a sua promulgação e o não cumprimento por parte do destinatário na regra gera inadimplemento.

A Convenção de Nova Iorque e o Decreto que o incluiu no ordenamento jurídico brasileiro, inegavelmente, possuem disposições pouco concretas que refletem um ideal de comportamento ao Estado e positivam valores de proteção e objetivos a serem perseguidos. Porém, existem enunciações que são objetivas e de densa normatividade, já sendo aplicáveis e passíveis de seguimento prático. É o caso, em nossa visão, do mandamento segundo o qual todas as pessoas com deficiência devem ser entendidas como capazes na visão jurídica.

Acredita-se que, mais do que mero enunciado filosófico para promoção da igualdade, o dispositivo impõe uma mudança legislativa que permita o pleno e pessoal exercício de direitos por parte das pessoas com dificuldades

¹³ <http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/54729>, último acesso em 3.1.2017.

transitórias ou permanentes. É um modo de efetivar a isonomia, a solidariedade social e o tratamento equitativo, e de eliminar a discriminação. É uma maneira eficaz, por fim, de garantir o pleno gozo dos direitos da personalidade e dos direitos fundamentais, que são fortemente suprimidos quando seu exercício é necessariamente realizado por interposta pessoa.

Frise-se que o que a Convenção propõe é uma mudança de paradigma legislativo e não meramente valorativo: as pessoas com deficiência deixam de ser consideradas, *a priori*, como incapazes, e a capacidade passa a ser a regra. Não se pretende desproteger aqueles que não conseguem exprimir sua vontade por meio do forçoso exercício pessoal de direitos, ao contrário, a intenção é permitir que a incapacidade ou a capacidade sejam avaliadas no caso concreto, e não como um dado anterior, decorrente apenas de algum desvio mental ou motor do sujeito. Assim, a representação e a assistência ainda são possíveis, o que a normativa convencional propõe – e, em verdade, impõe – é que o ordenamento jurídico não decrete como incapazes as pessoas em virtude apenas de uma deficiência, conceito que se propõe relacional e flexível.

Julga-se, portanto, que há clara densidade normativa no dispositivo e que sua implementação é inclusive, fator condicionante ao exercício dos demais direitos previstos no Tratado. Questiona-se, portanto, a intensa mora do legislativo a realizar a imperativa reforma no Código Civil e na parte geral do direito privado de modo global, a fim de garantir a capacidade das pessoas com deficiência e o adimplemento da obrigação com que o Estado se comprometeu ao assinar e ratificar por meio de decreto a Convenção Internacional sobre os direitos das pessoas com deficiência.

A atividade do legislativo seria um *plus* às disposições da Convenção, ou seria uma forma tácita de se demonstrar o desrespeito frente as Convenções Internacionais, como já destacamos na Crítica de Valerio de Oliveira Mazzuoli, *Supra?*. Verifica-se que é fundamental que o Poder Legislativo, atento às demandas sociais que permanecem desatendidas com sua mora, procure sempre celeridade em seus processos, para evitar que o ordenamento jurídico brasileiro fique sem unidade e coerência, e principalmente, para que o Brasil adimpla as obrigações firmadas internacionalmente.

4. CONCLUSÃO

Todo o tipo de mora no legislativo deve ser observado com temperança: por existir todo um complexo procedimento a ser seguido a fim de assegurar a legitimidade democrática do procedimento, é normal que haja algum lapso temporal decorrendo entre a propositura de um projeto de lei, sua tramitação e a aprovação pelo Poder Legislativo, associado à sanção do chefe do Executivo. No Brasil, o imenso volume de matérias discutidas, associada à tradicional burocracia letárgica e às disputas por interesses políticos tendem a fazer desse interregno algo ainda mais significativo.

Entende-se que, de modo geral, o retardamento nas decisões legislativas tem severas consequências negativas para a população. Afinal, um projeto de lei é sugerido, idealmente falando, a partir da percepção do surgimento de uma demanda social, ou entendeu-se de que um setor da comunidade estava desatendido. A intenção do processo legislativo, então, é assegurar para a sociedade que uma matéria passará a ter normatividade, ou seja, passará a ser regulada juridicamente por meio de lei. Logo, a inércia do Legislativo faz com que uma reivindicação social permaneça desregulada por curso longo de tempo.

Essa disfunção, que já é extremamente problemática no âmbito interno passa a ser ainda mais gravosa quando a demanda a que se pretende atender com o produto legislativo é de ordem internacional.

Com esta análise, busca-se evidenciar, a partir dos fundamentos do Direito Internacional e de toda a relação que a teia normativa supra estatal trava com o Direito Brasileiro, que a doutrina e a jurisprudência brasileiras são vacilantes no que diz respeito à hierarquia de fontes e às regras de solução de antinomias em relação à contradições postas entre Tratados Internacionais ratificados pelo Brasil e nosso ordenamento pátrio.

Para aliviar as tensões, a Constituição Federal possui dispositivos que explicitamente alocam Tratados de Direito Internacional sobre Direitos Humanos aprovados com quórum constitucionalmente descrito no rol das Emendas à Constituição. Significa dizer que ao seguirem o trâmite disposto no art. 5º, § 3º, CF, os Tratados de Direitos Humanos assinados pelo Brasil possuem natureza constitucional, configurando-se Direito Fundamental, cláusula pétrea portanto.

Nesse caso se enquadra a Convenção de Nova Iorque para proteção da Pessoa com Deficiência, que entrou em nosso ordenamento jurídico em 2009 a partir de

Decreto Presidencial. Com disposições objetivas e concretas que frontalmente se colocavam contra a legislação federal vigente, era um imperativo de ordem prática, jurídica e social que o Poder Público compatibilizasse de algum modo as determinações.

O status de Emenda à Constituição alcançado pela Convenção, lhe atribui características de imediata aplicabilidade. Era dever do Legislativo, portanto, realizar reformas no Código Civil, de modo a assegurar a executoriedade e operacionalidade dos Direitos Fundamentais previstos no diploma internacional. Assim deveria ter sido feito, por exemplo, com a questão da capacidade, que, apesar de plenamente renovada na Convenção com o fito de possibilitar o pessoal exercício de direitos, a priori, pelos deficientes, permanecer com seu caráter restritivo tradicional no Código Civil até a Edição da Lei de Inclusão em 2015, seis anos depois de ratificada a Convenção.

Entende-se, portanto, que as reformas legislativas e os estudos de compatibilização de normas no ordenamento jurídico carregam com si tamanha relevância social que tornam inaceitável uma mora de mais de cinco anos para a produção normativa. Pela importância do diploma internacional e pelo compromisso com os Direitos Humanos firmado pelo Brasil com a assinatura do mencionado tratado, era fundamental que a ordem interna coadunasse, desde tão logo possível, com os princípios, e, principalmente, com as objetivas e aplicáveis regras práticas da Convenção.

Assim, é fundamental que o Poder Legislativo, atento às demandas sociais que permanecem desatendidas com sua mora, procure sempre celeridade em seus processos, para evitar que o ordenamento jurídico brasileiro fique sem unidade e coerência, e principalmente, que o Brasil adimpla as obrigações firmadas internacionalmente.

5. REFERÊNCIAS

- ARAÚJO, Nadia de. *Direito Internacional Privado: Teoria e prática brasileira*, 5. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2011.
- ARENDR, Hannah. *The origins of totalitarianism*. New York: Harcourt Brace Jovanovich, 1973.
- BINENBOJM, Gustavo. *Monismo e Dualismo no Brasil: Uma dicotomia afinal irrelevante*. In *Temas de Direito Administrativo e Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

- COSTA, Nelson Nery da. Constituição Federal Anotada e Explciada. 4ª ed., Rio de janeiro: Forense, 2009.
- FRANK, Thomas. The Power of legitimacy among nations. New York: Oxford University Press, 1990.
- GOUVEIA, Jorge Bacelar. Manual de Direito Internacional Público. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- MARTINS, Pedro Baptista. Da unidade do Direito e da Supremacia do Direito Internacional. Rio de Janeiro: Forense, 1998.
- MAXIMILIANO, Carlos. Hermenêutica e aplicação do direito. Rio de Janeiro: Forense, 1980,
- MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Curso de Direito Internacional Público. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. Curso de Direito Internacional Público. 14. ed., vol. I. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- NOGUEIRA, Roberto Wanderley. Inclusão de pessoas com deficiência é dever do Estado. Conjur. disponível em <http://www.conjur.com.br/2012-dez-19/roberto-nogueira-2017>. Último acesso em 1.1.2017.
- PEREIRA, Luis Cezar Ramos. Costume internacional: a gênese do Direito Internacional. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- REZEK, Francisco. Direito Internacional Público: curso elementar. 10. ed., São Paulo: Saraiva, 2005.
- SANTIVAÑEZ, José Antonio Rivera. Tribunal Constitucional y protección de los derechos humanos. Sucre: Tribunal Constitucional, 2004.
- SENADO FEDERAL. Site: <http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/54729>, último acesso em 3.1.2017.
- SILVA, Franklyn Roger Alves; ESTEVES, Diogo; CRUZ, Elisa. A atuação da defensoria em favor das pessoas com deficiência. Conjur. disponível em <<http://www.conjur.com.br/2016-mar-01/tribuna-defensoria-atuacao-defensoria-favor-pessoas-deficiencia>>, acesso em 2 jan. 2017.
- TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. O direito internacional em um mundo em transformação. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- WEBER, Max. Economy and Society: na outline of interpretive Sociology. São Francisco: Berkeley, 1968.

OS LIMITES DO EXERCÍCIO DOS DIREITOS POLÍTICOS DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA

Bruno Cezar Andrade de Souza¹

1. INTRODUÇÃO

Você é incapaz. Isso mesmo que você leu. Vou repetir para que fique claro: Você é incapaz. Pode parecer estranho e ao mesmo tempo perturbador começar a leitura de um texto e se deparar com tal afirmação. O desconforto de tal assertiva dirigida a determinada pessoa, neste caso específico o presente leitor, tem o objetivo de demonstrar, ainda que de forma efêmera, os percalços e a discriminação experimentados por pessoas que tenham algum tipo de deficiência.

O adjetivo “incapaz” conforme o desenvolvimento histórico da sociedade foi identificado como algo pejorativo e que dificultava a inserção em bases equânimes da pessoa com deficiência no cotidiano desta sociedade que, em geral, trata as diferenças de maneira pouco amigável.

É partindo de tais premissas que nos propomos a estudar o novo quadro que se aponta para a quebra de paradigmas quanto a atuação da pessoa com deficiência na sociedade. Tal mudança está intimamente relacionada com o advento da Lei nº 13.146/2015 e com o novo tratamento dado a estas pessoas pelo ordenamento jurídico brasileiro.

O tema é demasiadamente amplo e pode ser abordado por diversos matizes. Neste sentido, singelamente procuraremos nos ater às questões novas trazidas

¹ Pós-graduado em Direito Eleitoral pela Universidade Cândido Mendes. Graduando em Direito pela Universidade Estácio de Sá. Bacharel em História pela Universidade Federal do Rio de Janeiro. Autor de artigos em Direito Eleitoral para revistas especializadas. Servidor do Tribunal Regional Eleitoral do Rio de Janeiro atualmente lotado na Assessoria Especial da Presidência.

pela lei diretamente relacionadas ao exercício dos direitos políticos pelas pessoas com deficiência.

Para tanto, inicialmente analisaremos a Lei nº 13.146/2015 para compreender as motivações de sua promulgação bem como identificar em seu texto as alterações que reverberam nos direitos políticos.

Em seguida definiremos as principais características dos direitos políticos, como os mesmos são atualmente materializados e qual o tratamento das pessoas com deficiência.

Por fim, buscaremos identificar a forma como será instrumentalizada a nova legislação e quais os óbices para sua completa efetivação.

2. ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA: PONTOS DE INOVAÇÃO

O Código Civil de 2002 define em seu Capítulo I, do Título I, a personalidade e a capacidade das pessoas naturais. Em sua redação original fazia referência aos absolutamente incapazes como aqueles que por enfermidade ou deficiência mental não tivessem discernimento para a prática de atos da vida civil, ainda aos que não pudessem exprimir sua vontade, mesmo que por causa transitória, bem como aos menores de 16 (dezesseis) anos.

Definia, também, que eram relativamente incapazes os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos, os ébrios habituais, os viciados em tóxicos, e os que, por deficiência mental, tivessem o discernimento reduzido e os excepcionais, sem desenvolvimento mental completo.

Podemos perceber que havia uma série de restrições a pessoas com deficiência, que limitavam de forma uniforme o exercício dos direitos civis destas pessoas. Tendo, exclusivamente nos casos de incapacidade relativa, alguma flexibilidade quanto a possibilidade da pessoa com deficiência praticar determinados atos, desde que acompanhada por seu responsável, curador ou tutor.

Esta construção das incapacidades foi completamente reformulada pela Lei nº 13.146/2015. É desafiadora a readaptação de todo um raciocínio jurídico respaldado em décadas da adoção de uma mesma teoria, que agora se renova para atender novos paradigmas sociais. Com a nova lei, a capacidade civil passou

a ser a regra, e a incapacidade medida excepcionalíssima cercada de cuidados, para que seja dada autonomia àqueles que anteriormente eram caracterizados como incapazes.

O advento do Estatuto da Pessoa com Deficiência não é ato isolado resultado de uma epifania do legislador pátrio. Em verdade, sua promulgação tardou a ocorrer se considerarmos o contexto em que se deu sua construção.

O estatuto é, nas palavras de Nelson Rosenvald, a materialização da Convenção Internacional sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência de 2007, ratificada pelo Congresso Nacional, por meio do Decreto Legislativo nº 186 de 9 de julho de 2008, e promulgado pelo Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009². Podemos perceber que desde a assinatura da Convenção à promulgação do Estatuto passaram-se quase oito anos.

A despeito do dilatado lapso temporal, fato é que o Estatuto veio a lume no ordenamento jurídico brasileiro com objetivos bem definidos em consonância com o atual tratamento dado em escala mundial às pessoas com deficiência.

O principal deles é, como já abordamos no início do texto, combater a discriminação e o preconceito existentes em relação a pessoa com deficiência. A crítica não está apenas relacionada ao preconceito subjetivo mas, igualmente, por seu caráter objetivo, em que se tratavam todos os matizes de enfermidades de maneira homogênea, sem levar em consideração as particularidades de cada indivíduo, caracterizando-os como incapazes.

Neste sentido, o Estatuto veio para inverter a lógica até então utilizada de que aquele que tenha alguma deficiência seja tipificado como incapaz. Pelo contrário, com a nova redação dos artigos 3º e 4º do Código Civil e da leitura do artigo 84, da Lei nº 13.146/2015, podemos afirmar categoricamente que a pessoa com deficiência é capaz para todos os atos da vida civil ainda que para exercê-los seja necessário algum tipo de assistência.³ A regra, na nova posição legal é a de que a pessoa seja considerada completamente capaz e, excepcionalmente, para determinados atos precise de auxílio.

² ROSENVALD, NELSON. *O Estatuto da Pessoa com deficiência e a 'Volta das (normas) que não foram'*. In: https://www.facebook.com/permalink.php?story_fbid=1461144244203264&id=1407260712924951. Acessado em 13 de junho de 2016, às 10:27.

³ STOLZE, Pablo. *É o fim da interdição?* In: <http://professorflaviotartuce.blogspot.com.br/2016/02/e-o-fim-da-interdicao-artigo-de-pablo.html>. Acessado em 13 de junho de 2016 às 10:54.

A ajuda àquele com sua capacidade reduzida, por sua vez, pode ser efetivada de duas maneiras. A primeira delas, vista como medida extraordinária tanto pela nova lei quanto pela recente doutrina que já cuidou de analisar o Estatuto da Pessoa com Deficiência, é a curatela que, embora já existente no ordenamento jurídico brasileiro, teve que passar por profundas adaptações, tendo em vista o novo contexto das incapacidades.

A excepcionalidade da medida está positivada no §2º, artigo 85 da Lei nº 13.146/2015, em que igualmente é definido que a sentença que estabeleça a curatela deve especificar as razões e motivos de sua definição e preservar os interesses do curatelado.

A segunda forma de auxílio à pessoa com deficiência foi a criação em nosso ordenamento jurídico da figura da tomada de decisão apoiada. Trata-se de mecanismo inspirado no Direito Civil italiano que em seu Código Civil, Título XII, Capítulo I, nos artigos 404 a 413, cuida da "*amministrazione di sostegno*"⁴ que nada mais é do que um administrador de apoio, definido pelo Juiz, mas escolhido pela pessoa com deficiência, para colaborar na tomada de decisões da vida civil desta pessoa.

Diferentemente do que ocorreu na Itália, a tomada de decisão apoiada criada pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência deve ter um prazo de vigência e delimitação do apoio a ser conferido à pessoa com deficiência. Logo, pode-se perceber que não se trata de delegação da prática dos atos da vida civil, e sim de colaboração de duas pessoas da confiança daquele que precisa de auxílio em determinadas situações.

A despeito da brevidade da criação deste instituto na legislação brasileira, já encontramos alguns questionamentos sobre sua efetivação, principalmente em eventuais discordâncias ocorridas entre as duas pessoas que prestam auxílio aquele que é apoiado. Não nos cabe, neste espaço, tratar destas críticas por não fazer parte de nosso objetivo inicial, mas fica o apontamento para reflexão futura.

Podemos perceber, ainda, que no procedimento de tomada de decisão apoiada definido no artigo 1.783-A do Código Civil brasileiro, é mais uma vez reafirmada a autonomia da pessoa com deficiência quando o diploma legal define que a pessoa apoiada pode a qualquer tempo requerer o término do

⁴ Código Civil Italiano, disponível em: <http://www.normattiva.it/uri-res/N2Ls?urn:nir:stato:regio.decreto:1942-03-16;262>. Acessado em 04 de julho de 2016 às 08:00.

procedimento. Como já afirmado, este é o principal objetivo subjacente ao advento do Estatuto da Pessoa com Deficiência ao ordenamento jurídico.

Em consonância com a autonomia reafirmada em várias passagens do estatuto, são garantidos à pessoa com deficiência todos os direitos políticos e a igualdade de condições em seu exercício frente às demais pessoas.

Tamanha é a importância do tema, que foi reservado capítulo específico que cuida da participação na vida pública e na política da pessoa que tenha algum tipo de deficiência.⁵ Todavia, aquilo que ficou estabelecido nesta passagem do diploma legal incidiu, a nosso sentir, no mesmo equívoco que era alvo de críticas ao Código Civil, ou seja, o tratamento homogêneo e indistinto à uma gama imensurável de deficiências.

A crítica guarda relação com a própria construção do artigo 76 do Estatuto, haja vista que enquanto o *caput* do artigo trata de forma genérica “pessoa com deficiência”, os incisos de seus parágrafos fazem referência exclusivamente às pessoas que têm algum tipo de deficiência física ou motora, não mencionando aquelas que tenham deficiências mentais.

É inequívoco que as ações ali contidas são exemplificativas e não excluem outras que o poder público deve implementar para possibilitar a participação almejada pela lei. No entanto, há barreiras intransponíveis quanto ao exercício dos direitos políticos e a participação de pessoas com deficiência de cunho mental, isto porque, em regra, tais pessoas não têm discernimento necessário para livre manifestação da vontade.

⁵ *In verbis*: “Art. 76. O poder público deve garantir à pessoa com deficiência todos os direitos políticos e a oportunidade de exercê-los em igualdade de condições com as demais pessoas.

§1º À pessoa com deficiência será assegurado o direito de votar e de ser votada, inclusive por meio das seguintes ações:

I - garantia de que os procedimentos, as instalações, os materiais e os equipamentos para votação sejam apropriados, acessíveis a todas as pessoas e de fácil compreensão e uso, sendo vedada a instalação de seções eleitorais exclusivas para a pessoa com deficiência;

II - incentivo à pessoa com deficiência a candidatar-se e a desempenhar quaisquer funções públicas em todos os níveis de governo, inclusive por meio do uso de novas tecnologias assistivas, quando apropriado;

III - garantia de que os pronunciamentos oficiais, a propaganda eleitoral obrigatória e os debates transmitidos pelas emissoras de televisão possuam, pelo menos, os recursos elencados no art. 67 desta Lei;

IV - garantia do livre exercício do direito ao voto e, para tanto, sempre que necessário e a seu pedido, permissão para que a pessoa com deficiência seja auxiliada na votação por pessoa de sua escolha.

§2º O poder público promoverá a participação da pessoa com deficiência, inclusive quando institucionalizada, na condução das questões públicas, sem discriminação e em igualdade de oportunidades, observado o seguinte:

I - participação em organizações não governamentais relacionadas à vida pública e à política do País e em atividades e administração de partidos políticos;

II - formação de organizações para representar a pessoa com deficiência em todos os níveis;

III - participação da pessoa com deficiência em organizações que a representem.”

Neste sentido, torna-se contraditório que uma lei que veio com o intuito de findar com a pasteurização do tratamento dispensado às pessoas com deficiências, desrespeitando as peculiaridades individuais, estabeleça, no que tange aos direitos políticos, situação idêntica.

Mais grave se mostra a situação na medida em que percebemos que o estatuto, com tal redação, desprende-se da realidade social, ignorando situações intersubjetivas que não comportam o auxílio a determinada pessoa. Como veremos adiante, os direitos políticos se enquadram em tal classificação, uma vez que são considerados personalíssimos, só podendo ser exercidos pelo próprio cidadão.

O descompasso entre a norma e a realidade é extremamente grave em um Estado Democrático de Direito, porque corrompe o tecido social e deslegitima não só o ordenamento jurídico como as instituições estatais. Jürgen Habermas já teve a oportunidade de lecionar que o equilíbrio do direito na democracia é sua legitimidade frente ao arranjo social sob o qual incide. De tal forma que a lei que não guarde relação com o mundo dos fatos é eminentemente antidemocrática e prejudicial ao arranjo social.⁶

Antes de passarmos a análise pormenorizada da natureza e limites dos direitos políticos e seu exercício pelas pessoas com deficiência, cabe mencionar que o estatuto da pessoa com deficiência, além de inovar com a criação da tomada de decisão apoiada, provocou, igualmente, alterações significativas nos institutos da tutela e da curatela.

As mudanças foram tão significativas que há quem defenda que o instituto da interdição deixou de existir no sistema jurídico brasileiro.⁷ Não vamos tão longe, compreendendo que houve sim uma mudança de paradigmas na interpretação e conceituação da interdição que, agora, é restrita a questões patrimoniais, com melhor definição de quais atos devem estar no escopo da decisão judicial. É o que podemos perceber facilmente da leitura atenta do artigo 85 da Lei nº 13.146/2015, quando estabelece que “a curatela afetará tão somente os atos relacionados aos direitos de natureza patrimonial e negocial”.

O Estatuto, inclusive, não deixa dúvidas quanto a não incidência da curatela

⁶ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*, volume I. Brasília-DF: Tempo brasileiro, 2007, pp. 170-190.

⁷ LÔBO, Paulo. *Com Avanço Legal Pessoas com Deficiência Mental não são mais Incapazes*. In: <http://www.conjur.com.br/2015-ago-16/processo-familiar-avancos-pessoas-deficiencia-mental-nao-sao-incapazes>. Acessado em 02/08/2016, às 11:11.

no âmbito dos direitos políticos ao estabelecer expressamente que sua definição pelo Poder Judiciário não alcança o direito ao voto.

Neste diapasão, podemos perceber claramente que todos os mecanismos existentes, sejam novos ou remodelados, para a participação da pessoa com deficiência na sociedade, não comportam, em um primeiro momento, a participação política, mormente daqueles que a natureza da deficiência seja mental. Isto porque, o Estatuto ao tratar do exercício dos direitos políticos enumera uma série de obrigações do poder público quanto a viabilidade de acesso, tornando central a questão de problemas físicos e motores, nada estabelecendo quanto a necessidade de manifestação de vontade por parte da pessoa com deficiência.

Por conta de tais limitações no âmbito de incidência do novo diploma legal, é fundamental compreendermos a natureza dos direitos políticos e, em que medida, estes serão exercidos com o advento de novos paradigmas que envolvem a pessoa com deficiência.

3. DIREITOS POLÍTICOS E A PESSOA COM DEFICIÊNCIA

Os direitos políticos estão intimamente ligados a participação de um grupo de pessoas no direcionamento de uma determinada coletividade. Na modernidade, mais precisamente com o surgimento do Estado Nacional, os direitos políticos tomaram contornos ainda mais importantes por conta de seu papel frente ao poder estatal.

Robert Alexy, ao abordar a teoria de Jellinek, por exemplo, afirma que os direitos políticos, que compõem o conjunto de direitos fundamentais, representam a atuação ativa da cidadania frente ao Estado. É, em verdade, a competência ampliada para agir juridicamente com influência direta na formação da vontade estatal.⁸

Tomando por base os fundamentos do contratualismo de Rousseau para a formação e organização da sociedade em um Estado soberano, o povo, detentor e fonte do poder estatal, precisa ter mecanismos eficientes para conseguir influenciar direta ou indiretamente a tomada de decisões dos agentes políticos.

⁸ Cf. ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. São Paulo: Malheiros, 2015, pp. 267-269. Ainda: GOMES, José Jairo. Direito Eleitoral. São Paulo: Atlas, 2013, p. 4.

Neste ponto é necessário explicitar que o contratualismo não deve ser automaticamente confundido com soberania popular. Embora exista uma ligação estreita entre as duas teorias, principalmente por conta de temas subjacentes a ambas as abordagens, tais como a fonte de justificativa de seu poder no povo, há formas de contratualismos que são incompatíveis com a soberania popular, bem como existem soberanias populares que prescindem do contratualismo em suas justificativas.⁹

É na esteira da importância e centralidade do povo para a democracia e para a soberania popular que se deve reafirmar que o exercício dos direitos políticos não pode ser confundido com o ato de votar. Ainda que o voto seja uma das várias maneiras de se materializar a vontade popular, se não a de mais fácil identificação, os direitos políticos são muito mais amplos e complexos. O cidadão pode reafirmar seus direitos políticos desde a exigência de transparência na administração da coisa pública, passando por ação de iniciativa popular e, ainda, a participação em plebiscitos e referendos.¹⁰

A participação popular e o regular exercício dos direitos políticos dá-se em um contexto em que o cidadão manifesta de forma incontestes seus pensamentos, posicionamentos e interesses, para que tenha possibilidade de contribuir com os destinos da sociedade. É fundamentalmente esta necessidade de manifestação do pensamento que cria um óbice quase que intransponível para que a pessoa portadora de determinada moléstia mental exerça de forma independente e autônoma os direitos políticos.

Lembremos que por se tratar de direito fundamental do indivíduo em relação ao Estado, e de caráter personalíssimo, o exercício dos direitos políticos não pode ser objeto de delegação. Tal impedimento guarda íntima relação com a natureza do instituto, qual seja, a manifestação livre e com peso igual a todos os cidadãos quanto às diretrizes pensadas para o Estado. Em uma sociedade plural, como é a brasileira, há os mais variados matizes de interesses e prismas sociais. O exercício dos direitos políticos possibilita que estes inúmeros seguimentos sejam debatidos, avaliados e decididos quanto a sua aplicabilidade. Neste sentido, o exercício dos direitos políticos reforça os elementos essenciais em um estado democrático.

⁹ BOBBIO, Norberto. *Democracia*. In: Dicionário de Política. BOBBIO, Norberto, MATTEUCCI, Nicola, PASQUINO, Gianfranco. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2010, p 322.

¹⁰ CONEGLIAN, Olivar Augusto Roberti. *Inelegibilidade: inelegibilidade e proporcionalidade, inelegibilidade e abuso do poder*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 40.

Por certo, a impossibilidade da pessoa com deficiência mental em manifestar sua vontade frente ao Estado não a torna desprovida de direitos fundamentais. A sociedade, de forma geral, e o Poder Judiciário mais especificamente, têm o importante papel de preservar o núcleo essencial dos direitos fundamentais que, de igual sorte, devem ser dispensados à pessoa com deficiência, sem qualquer tipo de discriminação.¹¹

Ao desempenhar este importante papel de proteção, o Poder Judiciário, todavia, não pode inovar e criar, por meio de suas decisões, situações que nem o Poder Constituinte muito menos o legislador infraconstitucional permitiram. Sendo assim, não se pode aceitar, por exemplo, que o magistrado, ao definir os limites da curatela ou da tomada de decisão apoiada, ignore a expressa disposição do Estatuto e defina a possibilidade de que terceira pessoa exerça os direitos políticos de outrem.

Já tivemos a oportunidade de esclarecer que tais institutos são utilizados exclusivamente para questões econômicas e patrimoniais, logo, inaplicáveis no que tange aos direitos políticos, que têm natureza distinta. Além disso, aquela pessoa que tenha algum tipo de deficiência mental que a impossibilite de se expressar livremente não terá condições fáticas de exercer os direitos políticos, sob pena de desnaturar as bases em que se fundam tais direitos.

Devemos destacar que tais restrições ao exercício dos direitos políticos são exclusivamente para aquelas pessoas que têm deficiências mentais que prejudiquem o discernimento. Não atinge, portanto, as demais pessoas com deficiências que, embora possam dificultar o exercício dos direitos políticos, não limitam a manifestação de vontade.

É neste sentido que o Tribunal Superior Eleitoral permite o exercício dos direitos políticos, consubstanciado no voto, de forma acompanhada quando a pessoa com deficiência assim o desejar e o presidente da seção eleitoral compreender que a limitação física possibilita tal auxílio¹². Veja que, neste caso, a pessoa que presta a ajuda não manifesta a vontade do eleitor em seu lugar, e sim serve de mera ferramenta para que o próprio eleitor manifeste e exerça seus direitos políticos.

A possibilidade de ajuda, todavia, foi estabelecida no bojo de um debate

¹¹ NETO, Claudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel. Direito Constitucional: Teoria, história e métodos de trabalho. Belo Horizonte: Fórum, 2015, pp 521-527.

¹² Res. TSE nº 21.920/2004, publicada no DJE em 1º de outubro de 2014.

quanto a obrigatoriedade ou não do voto para as pessoas com deficiência. Isto porque, enquanto na Lei nº 4.737/1965 (Código Eleitoral) era previsto que o inválido não tinha a obrigatoriedade do alistamento, a Constituição de 1988 não reproduziu tal distinção.

O TSE, então, compreendeu que havia uma lacuna no texto constitucional, visto que tornava o voto facultativo àquelas pessoas maiores de 70 anos, mas nada falava daqueles que tivessem algum tipo de deficiência que tornasse ainda mais problemático o exercício do voto. Afirmou-se, com isso, que não se tratava de silêncio eloquente, mas de clara lacuna constitucional.¹³ Neste caso, preservou-se os direitos das pessoas com deficiência aplicando-se a estas pessoas a mesma regra dos cidadãos maiores de 70 anos.

Tratamento semelhante é dispensado pelo Tribunal Superior Eleitoral quando a enfermidade é de cunho mental, porém, com fundamento distinto por conta da falta do discernimento do eleitor em manifestar-se politicamente. É o que se pode constatar de trecho do voto do Exmo. Ministro Garcia Vieira, no bojo da aprovação da Res. 20.717/2000, *in verbis*:

*Ao portador de deficiência mental que, portanto, não tem condições de gerir seus próprios atos, não se poderá exigir o alistamento eleitoral, visto que impossibilitado, pela limitação que a enfermidade lhe inflige, de discernir sobre os atos da cidadania política[...]*¹⁴

Vemos que a questão do exercício dos direitos políticos da pessoa com deficiência mental é por demais complicada pela carência de formas de manifestação do pensamento e de sua vontade sem que parem dúvidas quanto a eventuais influências externas em seu exercício.

A preocupação, inclusive, não fica adstrita ao exercício dos direitos políticos de forma ativa, ou seja, o direito de votar, também conhecido como *ius suffragii*. É igualmente questionável a legitimidade para o exercício dos direitos políticos em sua modalidade passiva, o denominado *ius honorum*. Isto porque um cidadão que já faça parte do corpo de eleitores e venha exercendo plenamente seus direitos políticos pode vir a ser, sob a vigência da nova regulamentação, acometido por moléstia mental grave que o impossibilite de manifestar suas vontades.

¹³ MENDES, Gilmar Ferreria; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 703.

¹⁴ Resolução TSE nº 20.717, de 12 de setembro de 2000, publicada no DJE em 17 de novembro de 2000.

Em tal situação não restam dúvidas que, embora tenha inscrição eleitoral, não é possível sua habilitação para disputar determinado mandato eletivo. O impedimento não deriva da falta de condição de elegibilidade propriamente, mas sim novamente da falta de possibilidade de manifestação de seu desejo de concorrer, que, como subespécie de exercício dos direitos políticos, tem caráter personalíssimo, sendo fundamental a manifestação do desejo de disputa eleitoral sem intermediários.¹⁵

Delimitada à moldura dos direitos políticos, à qual se encaixa a novel regulamentação da pessoa com deficiência, cabe compreender em que bases poderá ser recepcionada esta nova realidade pela Justiça Eleitoral.

4. A JUSTIÇA ELEITORAL E O EXERCÍCIO DOS DIREITOS POLÍTICOS DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA

Como temos falado desde o início do texto, a aplicação do Estatuto da pessoa com deficiência em relação aos direitos políticos deve ser compreendida sob dois aspectos fundamentais. Primeiro devemos potencializar a penetração da nova regulamentação, dando concretude e importância ao princípio da dignidade da pessoa humana, voltado para o tratamento igualitário destas pessoas. Segundo devemos ter em mente que há uma variedade de enfermidades que atingem estas pessoas, sendo necessário tratá-las de forma distinta no que se refere ao exercício dos direitos políticos.

Uma pessoa com tipos de deficiência que não limite seu discernimento nem suas possibilidades de manifestação de vontade deve ter um tratamento diferente daquela que ao revés não conta com tais possibilidades. Enquanto a esta não é possível o exercício dos direitos políticos aquela não tem qualquer óbice para exercê-lo.

Neste sentido, a aplicação do Estatuto pela Justiça Eleitoral deve ser feita de maneira a atender as mais variadas possibilidades que a situação fática pode representar. É com base nesta premissa que compreendemos não serem automaticamente aplicáveis as regras do Estatuto na seara eleitoral em todos os casos de pessoas com deficiência.

¹⁵ Cf. Min. Henrique Neves da Silva, “Assim, não há como admitir que o requerimento de registro de candidatura, bem como a declaração de bens do pré-candidato sejam assinados por pessoa diversa, considerando que referidos documentos constituem atos personalíssimos, nos quais o pretendente assume a responsabilidade pelas informações ali prestadas e manifesta a sua inequívoca vontade de concorrer ao pleito. Dessa forma, devem ser considerados como inexistentes a autorização do candidato e sua declaração de bens, culminando por ser reconhecido como não formulado o pedido de registro.” in: REspe - nº 37189 - Catanduva/SP, Decisão Monocrática de 18/12/2012.

Exemplo singular de tal impossibilidade é a manutenção de banco de dados pela Justiça Eleitoral de pessoas que tiveram seus direitos políticos suspensos por incapacidade civil absoluta.¹⁶

Em tais situações, há registro na Justiça Eleitoral de que estas pessoas estão impedidas de fazer seu alistamento eleitoral, caso não tenham inscrição, ou se já possuírem, ficam impedidas de realizar qualquer operação cadastral sem que antes comprovem a inexistência dos fatos que deram ensejo ao impedimento.

Caso ocorresse a aplicação imediata do Estatuto pela Justiça Eleitoral, as proibições anteriores deixariam de existir. Todavia, esta mudança automática tornaria tanto o alistamento quanto o voto obrigatórios de forma imediata para todas as pessoas com deficiência que tiveram decretada sua incapacidade civil absoluta, sem que fosse levado em consideração se a mesma era decorrente ou não de enfermidade mental, ou seja, sem se mensurar se aquela pessoa com deficiência teria ou não condições e discernimento para manifestar livremente sua vontade de alistar-se eleitor ou de exercer o ato de votar.

Esta aplicação imediata é defendida, por exemplo, por Ary Jorge Aguiar Nogueira, em artigo que afirma ser possível que a Justiça Eleitoral atue de ofício e restabeleça os direitos políticos de todas as pessoas com deficiências. Fundamenta sua posição na eficácia e aplicabilidade imediata da norma por esta ampliar direitos do sujeito.¹⁷ O autor, por sinal, não ignora o problema do potencial prejuízo a estes indivíduos afirmando ser possível que este ônus seja dissipado com a aplicação do mesmo tratamento dado pela Res. TSE 21.920/2004 anteriormente mencionada.

Com as devidas vênias, ainda que compreendamos as nobres intenções e argumentos de tal tese, entendemos que tal solução é incompatível com a necessidade de que a pessoa tenha condições de manifestar sua vontade para que exerça os direitos políticos. Sendo assim, tratar todos aqueles que ao longo dos anos tiveram restritos tal faculdade de forma indistinta incorreria em grave afronta aos pilares do regime democrático, dando o exercício dos direitos políticos a pessoas que não têm condições de fazê-lo por conta de limitações fáticas.

Este mesmo entendimento foi seguido pelo TSE ao julgar processo administrativo para definir quanto a aplicabilidade do Estatuto da Pessoa com Deficiência no âmbito

¹⁶ Res. TSE nº 21.538/2003, art. 51, §2º.

¹⁷ NOGUEIRA, Ary Jorge Aguiar. *Breves considerações acerca do direito de voto dos interditados após a vigência da Lei 13.146/2015*. In.: Revista Justiça Eleitoral em Debate - v. 6 n. 2, abril a junho de 2016., p. 30.

da Justiça Eleitoral. Embora tenha firmado posicionamento pela aplicabilidade, a Justiça Eleitoral deveria abster-se de fazer anotações quanto a decretação de incapacidade civil absoluta, foi definido que a regularização de situações já consolidadas no cadastro eleitoral somente deverá ser feita mediante requerimento do interessado.¹⁸

A nosso sentir agiu bem a colenda corte eleitoral, tanto pela questão da manifestação de vontade mencionada anteriormente, quanto pelo fato de que a anotação de facultatividade do voto sugerida tomando por base a Res. TSE 21.920/2004 exigem que o magistrado atue, não de ofício, mas sim mediante provocação do interessado ou daquele que represente seus interesses. Não se compreendendo de outra forma, pode a Justiça Eleitoral se sobrepor ao próprio interesse subjetivo da pessoa e torná-la eleitor sem os requisitos necessários para obter tal condição.

5. CONCLUSÃO

Não há como o ordenamento jurídico se sobrepor aos acontecimentos sociais. Não podemos, sob o fundamento de potencializar a inclusão da pessoa com deficiência nos assuntos sociais e políticos, ignorar limitações de natureza subjetiva, sob pena de não conseguirmos a pretendida inclusão e ao mesmo

¹⁸ Acórdão assim ementado: PROCESSO ADMINISTRATIVO. QUESTIONAMENTOS. APLICABILIDADE. VIGÊNCIA. LEI Nº 13.146, de 2015. ALTERAÇÃO. ART. 3º. CÓDIGO CIVIL. INCAPACIDADE CIVIL ABSOLUTA. SUSPENSÃO. DIREITOS POLÍTICOS. ART. 15, II, DA CONSTITUIÇÃO. ANOTAÇÃO. CADASTRO ELEITORAL. ANTERIORIDADE.

1. O Estatuto da Pessoa com Deficiência - Lei nº 13.146, de 2015 - modificou o art. 3º do Código Civil, com a alteração do rol daqueles considerados absolutamente incapazes, circunstância que trouxe impactos no âmbito desta Justiça especializada, particularmente no funcionamento do cadastro eleitoral, cujos gerenciamento, fiscalização e regulamentação estão confiados à Corregedoria-Geral.

2. Alcançado o período de vigência do mencionado diploma legal, a incapacidade absoluta se restringiu unicamente aos menores de 16 (dezesseis) anos, os quais não detêm legitimidade para se alistar eleitores - exceção feita àqueles que completem a idade mínima no ano em que se realizarem eleições até a data do pleito (Res.-TSE nº 21.538, de 2003, art. 14).

3. Esta Justiça especializada, na via administrativa, deve se abster de promover anotações de suspensão de direitos políticos por incapacidade civil absoluta, ainda que decretada anteriormente à entrada em vigor da norma legal em referência, nos históricos dos respectivos eleitores no cadastro, de forma a se adequar aos novos parâmetros fixados.

4. Para regularização das inscrições em que o registro de suspensão de direitos políticos por incapacidade civil absoluta tenha sido feito antes da entrada em vigor da Lei de Inclusão da Pessoa com Deficiência, o eleitor deverá cumprir as formalidades previstas nos arts. 52 e 53, II, a, da Res.-TSE nº 21.538, de 2003.

5. Expedição das orientações necessárias às corregedorias regionais eleitorais, objetivando idêntica comunicação às Corregedorias-Gerais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal e aos juízos eleitorais de todo o País. Decisão: O Tribunal, por unanimidade, fixou orientações às corregedorias e aos juízos, nos termos do voto da Relatora. PA - nº 11471 - Salvador/BA, de 07/04/2016, Relator(a) Min. MARIA THEREZA ROCHA DE ASSIS MOURA, DJE de 27/04/2016, Página 99/100.

tempo enfraquecer um dos pilares do estado democrático de direito, que é a consciente participação política das pessoas nos assuntos e rumos que o Estado deve adotar. Isto não significa de forma alguma que a pessoa com deficiência deve ser largada a própria sorte, mesmo com posições de desigualdades consideráveis em relação às demais pessoas. Não se trata de abordar a questão pelos extremos de completa inserção ou absoluta exclusão destes indivíduos. É fundamental que a inserção aconteça de forma adequada e condizente com as reais condições e necessidades de cada pessoa.

Esta compreensão aplica-se inclusive a qualquer outra pessoa que não aquela identificada com algum tipo de deficiência. A pluralidade da sociedade nos prova cotidianamente que há determinadas restrições que são aplicadas a alguns indivíduos e nem por isso há a classificação de discriminação. É em verdade tratamento condizente com as diferenças que são identificadas entre as mais variadas pessoas que dão forma à sociedade.

Então, mesmo com todos os avanços que o Estatuto da Pessoa com Deficiência tem a oferecer, bem como com a perspectiva de uma nova realidade que irá se impor aos operadores do Direito, para darem rápidas respostas neste novo contexto que possibilitem a efetivação dos direitos da pessoa com deficiência, não se pode fechar os olhos aos limites que existem para o exercício de determinados direitos.

A dignidade da pessoa humana não está somente no exercício do direito por uma pessoa, mas igualmente no respeito de todos em relação à individualidade e à diferença, seja de que tipo for. Logo, o fato de que uma parcela de pessoas com deficiência não exerçam direitos políticos não cria automaticamente uma mácula a sua dignidade. Por sua vez, a própria dignidade da pessoa humana não deve ser vista de forma absoluta¹⁹ devendo guardar íntima coerência com a totalidade do ordenamento jurídico, e não ser considerada como um fim em si mesma.

Tem-se, com isso, que o exercício dos direitos políticos de todas as pessoas, incluindo-se aí aquelas com alguma deficiência, deve ser incentivado e facilitado pela Justiça Eleitoral. Todavia, tal fomento deve guardar coerência com as limitações que o próprio ordenamento jurídico impõe e com a natureza de tal participação. Ignorar isso é abrir precedente perigoso para o enfraquecimento do estado democrático de direito e, por consequência, a legitimidade do Estado em relação à sua população.

¹⁹ SARMENTO, Daniel. Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetória e metodologia. Belo Horizonte: Fórum, 2016, pp. 94-98.

6. BIBLIOGRAFIA

- ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. São Paulo: Malheiros, 2015.
- BOBBIO, Norberto. Democracia. In: Dicionário de Política. BOBBIO, Norberto, MATTEUCCI, Nicola, PASQUINO, Gianfranco. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2010.
- CONCEIÇÃO, Tiago de Menezes. Direitos políticos fundamentais: a suspensão por condenação criminal e por improbidade administrativa. Curitiba: Juruá, 2014.
- CONEGLIAN, Olivar Augusto Roberti. Inelegibilidade: inelegibilidade e proporcionalidade, inelegibilidade e abuso do poder. Curitiba: Juruá, 2008.
- GOMES, José Jairo. Direito Eleitoral. São Paulo: Atlas, 2013.
- HABERMAS, Jürgen. Direito e Democracia: entre facticidade e validade, volume I. Brasília-DF: Tempo brasileiro, 2007.
- LÔBO, Paulo. Com Avanço Legal Pessoas com Deficiência Mental não são mais Incapazes. In: <http://www.conjur.com.br/2015-ago-16/processo-familiar-avancos-pessoas-deficiencia-mental-nao-sao-incapazes>. Acessado em 02/08/2016, às 11:11.
- MENDES, Gilmar Ferreria; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2014.
- NETO, Claudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel. Direito Constitucional: Teoria, história e métodos de trabalho. Belo Horizonte: Fórum, 2015.
- NOGUEIRA, Ary Jorge Aguiar. Breves considerações acerca do direito de voto dos interditados após a vigência da Lei 13.146/2015. In.: Revista Justiça Eleitoral em Debate - v. 6 n. 2, abril a junho de 2016.
- ROSENVALD, Nelson. O Estatuto da Pessoa com deficiência e a 'Volta das (normas) que não foram" In: https://www.facebook.com/permalink.php?story_fbid=1461144244203264&id=1407260712924951. Acessado em 13 de junho de 2016, às 10:27.
- SARMENTO, Daniel. Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetória e metodologia. Belo Horizonte: Fórum, 2016.
- STOLZE, Pablo. É o fim da interdição? In: <http://professorflaviotartuce.blogspot.com.br/2016/02/e-o-fim-da-interdicao-artigo-de-pablo.html>. Acessado em 13 de junho de 2016 às 10:54.

A TRANSIÇÃO DEMOCRÁTICA IMPOSTA E SUA RELAÇÃO COM A JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO

Enio Viterbo Martins¹

Resumo: O presente estudo vem para adentrar no debate moderno acerca do sub-tópico do tema de justiça de transição que se refere ao fato de existirem tipos de transições de uma ditadura para uma democracia feitas por um Estado invasor ou estranho ao próprio país em período transitório que a doutrina majoritária pátria ainda não abordou de forma teórica. Considerando que o cenário nacional ainda não evoluiu da simples análise de diferenças entre transições “pactuadas” e “de ruptura” buscamos expor este novo conceito de justiça de transição que foge ao comum estudo de *accountability* e assim a análise de exemplos internacionais históricos se faz essencial para a reflexão sobre o tema. Portanto, através de uma breve passagem pelo Direito Comparado e nos fundamentando nos argumentos doutrinários internacionais ora apresentados, buscamos aqui uma análise e reflexão sobre como e se é possível classificar doutrinariamente este novo tipo de transição política, a transição imposta.

Palavras-chave: Justiça de Transição – Democratização - Ditadura.

THE DEMOCRATIC TRANSITION IMPOSED AND ITS RELATION TO TRANSITIONAL JUSTICE

Abstract: The present study comes to enter into the modern debate about the sub-topic of the transitional justice theme that refers to the fact that there are types of transitions from a dictatorship to a democracy made by an invading state or foreign to the country itself during a transitional period that majority doctrine has not yet approached in a

¹ Mestrando em História do Brasil na Universidade Salgado de Oliveira, Niterói-RJ; Especialista em Direito Militar pela Universidade Candido Mendes, Rio de Janeiro-RJ, Advogado.

theoretical way. Considering that the national scenario has not yet evolved from the simple analysis of differences between “compromised” and “disruptive” transitions, we seek to expose this new concept of transitional justice that escapes the common study of accountability and thus the analysis of historical international examples becomes essential for reflection on the theme. Therefore, through a brief passage through Comparative Law and based on the international doctrinal arguments presented here, we seek here an analysis and reflection on how and if it is possible to classify doctrinally this new type of political transition, the imposed transition.

Keywords: Transitional Justice - Democracy - Dictatorship

1. INTRODUÇÃO

O terreno comum nos atuais estudos sobre a Justiça de Transição é essencialmente a diferenciação dos tipos de transição de um governo autoritário anterior para o governo democrático que o sucede.

Esta análise anteriormente citada demanda que se estude, dentre os países que passaram por essa infeliz experiência ditatorial, cada realidade de forma única e individual para que assim seja possível qualificar se o processo transitório foi, como a doutrina moderna qualifica, um processo “pactuado” ou “de ruptura”.

A tarefa que inicialmente parece branda necessita na verdade de uma análise interdisciplinar que compreende desde o estudo histórico e sociológico da época de transição, passando pela compreensão do arcabouço jurídico herdado da ditadura chegando a se debruçar sobre o poder judiciário e como este se porta na nova democracia.

A nova questão de estudo no tema de Justiça de Transição é que certos países não passaram por transições que se comportam nas definições clássicas e nem seus respectivos mecanismos transitórios fazem parte daqueles normalmente vistos nos países latino americanos (objetos de estudo mais comuns de estudos em justiça de transição pela vasta gama de transições ditatoriais).

Como explicar, por exemplo, a experiência Iraquiana ou Somaliana dentro dos preceitos já traçados pela doutrina relativamente recente do tema de Justiça de Transição?

A metodologia utilizada para o estudo leva em consideração a análise de casos históricos e doutrinas formuladas essencialmente dentro da temática dos direitos humanos e constitucionais desses países em construção, além de conclusões derivadas de *study cases* e perspectivas extraídas do estudo de *state buildings* recentes.

Ao final do presente trabalho será possível concluir que a Justiça de Transição não tão somente auxilia nos casos de responsabilização dos agentes que cometeram crimes contra os direitos humanos em períodos ditatoriais como também é de fundamental importância na construção de nações sendo amplamente utilizada no cenário internacional, podendo ser utilizada inclusive para fins de instauração de uma forma democrática de governo por um país ocidental invasor onde até então este tipo de governo democrático era desconhecido ou até mesmo repellido.

2. ESPÉCIES DE TRANSIÇÃO

Atualmente, tem-se um certo consenso na doutrina (MACHADO COSTA, 2013) que estabelece dois tipos de transição interna cada qual com sua própria peculiaridade e características históricas próprias: A transição “pactuada” e a transição “por ruptura”.

Para a qualificação do tipo transitório deve ser analisado o contexto histórico de cada país e sua realidade pós-período ditatorial além de, obviamente, quem foi o responsável principal pela transição efetuada.

A transição dita “pactuada” pode ocorrer, por exemplo, quando a dita elite dominante do período ditatorial conduz ela própria a transição para a democracia. Isso lhe dá liberdade para manter-se na administração pública enquanto as novas instituições vão sendo formadas, podendo assim participar de forma ativa no novo governo democrático sucessor.

Tal fato geralmente ocorre em países que não contam com oposições fortes ou organizadas, o que acaba deixando um vácuo para que durante a crise do governo ditatorial o próprio sistema vigente se reinvente e passe a orquestrar a forma de sucessão do governo autoritário, geralmente militar, para o governo civil.

Exemplo disso é a experiência Espanha pós-franco, quando do retorno do país para a democracia. Antes vale a pena uma breve explanação sobre o passado espanhol.

Após a guerra civil espanhola teve início a ditadura de molde fascista do general Francisco Franco, que deixou um saldo de mortes de aproximadamente 150 mil pessoas. Assim, quando o general morre em 1977, o primeiro governo civil publicou uma lei de anistia, tornando impunes todos os agentes do Estado e civis que praticaram crimes políticos ou conexos a estes durante o regime franquista.

A paridade com o caso brasileiro se dá com o fato do Estado espanhol não ter revogado expressamente esta anistia, e apesar dos esforços de parte da sociedade civil e até de alguns magistrados favoráveis à causa, a lei da anistia espanhola continua vigorando até a presente data, valendo a pena ser destacado o fato de um juiz espanhol ser acusado do crime de prevaricação por ter tentado buscar a responsabilização dos agentes Estatais envolvidos nesses crimes².

Como prossegue Antonio Costa Pinto (2013, p.24):

O tipo de transição democrática é o indicador mais operativo para uma explicação da forma da justiça de transição num processo de democratização, em particular nos seus aspectos punitivos. O controle das elites sobre a determinação do tempo de transição e a grande continuidade de elites políticas ao longo do processo de transição levam transições “por transação”, ou transições “contínuas”; a evitar, em geral, a punição ou o saneamento das elites autoritárias.

Passamos assim para a análise da própria experiência brasileira, aonde a elite política militar conduziu a transição do período sucessório com ativa participação do próprio aparato governamental. Saliente-se que apesar da campanha das “diretas já” ter sido derrotada, isso não impediu que abertura política, realizada por Geisel, passasse pela Lei da Anistia de 1979 e chegasse ao seu auge em 1985 quando o poder foi reconduzido a um civil, Tancredo Neves, que viria a falecer antes de assumir o mandato.

A elite política que se perpetuou no poder se manteve nele após o novo governo civil de José Sarney, tendo em vista que a esquerda não conseguiu capital político para realizar expurgos na administração pública, considerando que os funcionários do antigo regime continuavam a operar dentro das instituições governamentais e da administração pública.

² Disponível em: <http://ultimosegundo.ig.com.br/mundo/investigacao-de-crimes-do-franquismo-leva-juiz-espanhol-a-julgam/n1597595296563.html>. Último acesso em: 14 de Janeiro de 2017.

Exemplo do prejuízo gerado pela falta de saneamento do poder público pela nova democracia é o fato de que políticas públicas que poderiam ser implementadas para manutenção da memória das violações aos direitos humanos cometidas durante a ditadura poderiam ter sido realizadas por funcionários estatais ligados ideologicamente a própria ditadura, conforme Machado Costa:

Essa institucionalização contribuiu para dificultar a estigmatização da ditadura. Assim sendo, as políticas de memória que se pretendiam teriam que ser implementadas por agentes estatais que poderiam se identificar ideologicamente com a ditadura, criando uma resistência e, conseqüentemente, contribuindo para a diluição da memória sobre os "anos de chumbo. (sic).

De tal modo, tanto a qualidade dos políticos profissionais com valores autoritários e baixos níveis de lealdade com a democracia quanto a continuidade das elites políticas anteriores no controle das novas instituições democráticas, geram uma falta de confiança da população nas elites, de modo que estas são identificadas com o regime anterior e a credibilidade da nova democracia fica seriamente abalada.

Já na transição dita "(transição)de ruptura", a oposição no país que sofre de um governo ditatorial consegue normalmente sozinha, realizar a transição para o governo democrático eliminando em grande parte a influencia da elite política ditatorial no novo governo. Seguindo a transição pactuada, esse tipo de processo transitório depende do nível organizacional da oposição no país, além do nível inovador e tempo de duração da ditadura que se quer esquecer.

Caso a antiga ditadura tenha sido inovadora em seus aspectos organizacionais e tenha tido um nível prolongado de tempo de vida, é mais difícil para a oposição, mesmo que esta se encontre forte, eliminar a elite política anterior tendo em vista que esta acaba monopolizando o conhecimento técnico da administração pública.

Porém, o maior exemplo de transição por ruptura são as revoluções, onde geralmente não existe qualquer tipo de diálogo com o regime anterior chegando a ponto de sua eliminação física.

De maneira geral, quando a transição é feita pela via pactuada, existe uma maior tolerância na punição sobre os agentes estatais da ditadura anterior, tendo em vista que grande parte da administração pública ainda se encontra

lotada de funcionários do antigo regime que dependendo do posto que ocupem acabam exercendo forte influencia sobre as práticas da justiça de transição em seu país, como, por exemplo, foi a grave critica aos juízes espanhóis que após a era franquista permaneceram no judiciário e frequentemente emperravam quaisquer tipos de ações judiciais para punição dos agentes violadores de direitos humanos da época franquista.

No caso brasileiro existe especificamente na legislação pátria, uma suposta vontade de reconciliação nacional com o objetivo de virar a pagina do passado e mirar um futuro de integração da sociedade.

Como se verifica no art 2º da lei 9.140/95:

*Art. 2º A aplicação das disposições desta Lei e todos os seus efeitos orientar-se-ão **pelo princípio de reconciliação e de pacificação nacional**, expresso na Lei nº 6.683, de 28 de agosto de 1979 - Lei de Anistia. (grifo nosso).*

Todavia, na transição de ruptura a oposição ao antigo regime se reveste de força inovadora e apoio popular para a busca da responsabilização dos agentes estatais violadores de direitos humanos envolvidos em práticas criminosas, oque por si só é relacionado ao nível de rigidez do antigo regime, pois quanto mais autoritário era a ditadura, mais revanchista se torna o novo governo democrático.

Exemplo disso é a Itália pós-fascismo quando logo após a queda do regime autoritário Mussolini o país passou por uma experiência profunda de expurgo do fascismo da realidade italiana, com os partidos políticos assumindo protagonismo na transição, como prossegue Marco Tarchi (2013, p.56):

O verão de 1944 marcou uma nova fase tanto no Centro-Norte como no Sul do país. O governo publicou um decreto estabelecendo sanções contra o fascismo. Membros do governo fascista e responsáveis do partido seriam julgados pelo Supremo Tribunal de Justiça, enquanto os de níveis mais baixos compareceriam diante de tribunais civis ou militares. O saneamento foi transformado numa arma política e os partidos de esquerda, com as classes mais abastadas em vista, pretendiam tirar a máxima vantagem dele.

Os partidos políticos italianos formaram o Comitê de Libertação Nacional para tentar unir os partidos de diversas ideologias no objetivo singular de afastar o fascismo, porém havia divergências internas de como conduzir a transição, com

os liberais tendo uma perspectiva mais moderada e os partidos de esquerda tendo um viés mais radical.

Como afirmado anteriormente, uma das características que afeta a transição em países em que o regime monopoliza a técnica da administração pública é a falta de habilidade do novo governo democrático em gerenciar o que os funcionários do antigo regime realizavam quase que exclusivamente. O que ocorreu na transição de ruptura do regime italiano foi que o governo transitório se viu refém dos funcionários técnicos do regime fascista, prossegue Tarchi:

Depois de Roma ser libertada, foi formado um governo em que estavam representados os seis partidos do CLN. O saneamento dos fascistas tornou-se uma prioridade e foi alargado à policia, ao sistema judicial e ao poder econômico. O risco de ver a estrutura do Estado desmoronar-se na sequência do despedimento de tantos funcionários públicos aumentou a cautela dos democratas cristãos (DC - Democrazia Cristiana) e do Partido Liberal (PLI – Partito Liberale Italiano) e levou o governo militar aliado a ficar desconfiado e contra um “saneamento totalitário”.

Assim chega-se a questão de que apesar desses conceitos de transições serem doutrinariamente e historicamente sólidos e concretos, não se adequam a experiência dos países que diferente do cenário da segunda guerra mundial, (onde os aliados ao libertarem o país dominado pelo eixo mantinham no poder um governo militar transitório para entregar o país a nova elite política opositora ao regime autoritário anterior), não teriam uma oposição organizada para a qual fosse entregue o poder ou sequer uma elite política que possa conduzir o país a uma via democrática? Existe também a hipótese de países onde os adeptos do regime ditatorial não terem sido devidamente subjugados sendo arriscado entregar o poder a um novo governo que não pode se manter militarmente e institucionalmente no poder.

3. DEMOCRATIZAÇÃO, A TRANSIÇÃO DEMOCRÁTICA IMPOSTA.

Na década de 1990 temos a escalada das guerras civis e conflitos regionais e assim a justiça de transição se viu forçada a interagir com práticas que visavam estabilizar o país onde se pretendida posteriormente se fazer a justiça transicional.

Chegamos ao estudo de casos em que o processo de transição é guiado não pela elite política interna, mas sim por agentes estrangeiros. É o que geralmente ocorre

após uma intervenção militar estrangeira em caso de guerra ou invasão deliberada sob qualquer pretexto, como geralmente fazem os americanos ou até guerras civis internas onde o poder constituído posterior não pode se manter sozinho.

Pode-se exemplificar a tese com o caso alemão pós guerra, onde o Estado se encontrava frágil e debilitado, impossibilitado de fornecer os serviços mais básicos da vida cotidiana, assim, seria impossível pensar que este poderia expurgar de sua realidade o nazismo de uma forma estável sem que houvesse ajuda dos aliados, além do que seria improvável que houvesse condenações aos nazistas sem que estas potencias de fora tivessem instituído o tribunal de Nuremberg.

É importante notar que dentre esses países invasores apenas aqueles que tem compromisso com a via democrática podem ser identificados como agentes que promovem esse tipo de processo transitório, pois ao exemplo da União Soviética que também mantinha países sob seu controle militar porém nunca teve qualquer compromisso com a promoção de instituições democráticas ocidentais.

O maior expositor desse diferente tipo de processo transitório no ocidente são os Estados Unidos, através do processo de *State-Building* ou Democratização, quando interviu em países africanos ou localizados no Oriente Médio, passemos ao breve estudo destes casos.

3.1 A experiência Somaliana

Durante a Guerra Fria a Somália teve uma papel levemente importante dentre seus países vizinhos, relembre-se que era alinhada à União Soviética durante o regime ditatorial do general Siad Barre.

Ocorre que em 1977 o general Barre começou uma guerra com a Etiópia, o que levou os países ocidentais a cessarem com a ajuda humanitária que destinavam à Somália, além disso, a União Soviética optou por apoiar a Etiópia durante a guerra, tendo em vista que já lhes ajudava desde 1974.

Porém, nos permitindo aqui resumir esta contextualização introdutória, os chefes tribais que apoiavam Barre se voltaram contra ele e o fizeram deixar a Somália em 1991, deixando um vácuo de poder que seria alvo de disputas entre os próprios chefes tribais.

Ainda no início da década de 1990, o suprimento de alimentos que o ocidente enviava tinha dificuldades em chegar aos necessitados pois era manipulado e roubado pelos guerrilheiros somalis, o que levou a grande parte da população somali à passar fome.

Assim, no ano de 1992, os Estados Unidos lançam a operação *Restore Hope*, transportando cerca de 37 mil militares para a África com fins de garantir que os suprimentos de alimentos chegassem à aqueles que realmente necessitavam.

A operação saiu de curso quando 24 soldados paquistaneses foram mortos pelos soldados do General Mohamed Farah Aideed e a partir deste episódio os Estados Unidos buscaram freneticamente a captura de Aideed, posteriormente, com um alto saldo de mortes para uma missão humanitária, o presidente Clinton optou por retirar as tropas da Somália.

Diferente dos outros casos de *State Building*, Von Hippel(2003) atesta que especificamente na Somália “Os somalis têm a responsabilidade final pela crise que minou sua sociedade, embora alguns esforços da comunidade internacional, por mais bem-intencionados que fosse, exacerbassem a situação.”

Os chefes tribais, com receio de que os acordos de paz não fossem cumpridos, preferiram não se desarmar ao invés de correr o risco de seus rivais não cumprirem suas devidas partes no acordo de paz e serem prejudicados.

Por fim, termina Von Hippel “Os somalis que lucravam com a implosão do governo (...) também obstruíram – e continuam a obstruir – os esforços para a paz.”

É da experiência somaliana que a ONU começou a seguir o seguinte ensinamento fundamental para o processo de Democratização: “as forças de manutenção da paz não devem entrar numa área em conflito se não houver vontade política entre os partidos beligerantes quando à reconciliação”³ (tradução nossa).

3.2 Fundamentos e Consequências da Democratização.

O caminho que fundamenta tal processo de democratização é a reflexão de que se é direito do país/coalizão invasor adotar a intervenção militar para gerar um governo democrático no país invadido, e isso obviamente passa por uma perspectiva do direito internacional público onde buscasse uma universalidade

³ Comprehensive Report on Lessons-Learned from United Nations Operation in Somalia, p.27.

no conceito de proteção aos direitos humanos e garantias fundamentais bem como a segurança da vida do indivíduo (BELLAMY, 2004) para se legitimar a possível invasão ao país que se pretende inicialmente que seja “democratizado”.

Neste ponto relacionamos algumas etapas que devem ser cumpridas após terminado o conflito armado ou período autoritário para que a justiça de transição possa ser implementada nestes países invadidos: em primeiro lugar deve-se atentar para as causas político econômicas e até culturais que iniciaram o período autoritário; segundo, afastar a possível influência que os violadores de direitos humanos do passado exerçam sobre a recém formada sociedade democrática; terceiro, afastar o ódio e rancor que possa surgir nesta sociedade recém democratizada em respeito à transição que passaram em busca de um esquecimento do passado para o fim de reconciliação nacional; e por último o estabelecimento de mecanismos e instituições que favoreçam o reestabelecimento das relações sociais.

Como há de se esperar, a justiça de transição nesses países fragilizados não pode ser de igual forma naqueles que já outrora tiveram bases democráticas suficientes que suportassem minimamente o período ditatorial que viria.

Logo, práticas e mecanismos diferenciados tiveram que ser adotados, como o desarmamento dos alemães no período pós guerra, para tirar a força dos simpatizantes nazistas ainda em liberdade, ou como o treinamento da polícia alemã com a prática de expulsar os adeptos do antigo regime de suas fileiras.

Note-se que isso tanto integra um processo transitório como integra a formação da democracia alemã recém saída da guerra através do processo já citado de Democratização.

Como prossegue Karin Von Hippel (2003, p. 25):

A reformulação do Estado na Alemanha e no Japão abrangeu o desenvolvimento e a reconstrução da imprensa, da educação (mediante uma política corretiva para a reeducação de todo o país), da economia, da indústria, das instituições jurídicas (inclusive o estabelecimento de um tribunal para os crimes de guerra), das reparações e restituições, do retraining da polícia (um outro programa corretivo que expurgou os envolvidos com os antigos regimes) e, finalmente, contemplou vastos desarmamento, desmobilização e desmilitarização das atividades, vitoriosamente concluídos com a ausência de soldados e de armas, e com forças policiais desarmadas.

A justiça de transição relacionada ao processo de *state-building*, tem se modificado passada a guerra fria, quando inúmeros países ou se libertaram do jugo soviético ou foram invadidos pelos EUA com a suposta intenção de “democratiza-los”.

Uma das diferenças que podemos notar da justiça de transição na democratização dos países do período pós-segunda guerra para aqueles em que se passa depois da guerra fria, é qual a posição sobre o regime anterior, com a prática mais recente sendo de mais inclusão daqueles direta ou indiretamente ligados ao regime ditatorial, diferente da exclusão que anteriormente era feita (TEITEL, Ruti G..2002).

Isso é feito para facilitar a transição naqueles países em que não se obtém, após o período de conflito armado, um país que se reconciliou totalmente sendo, para o bem do novo período democrático, mais fácil integrar antigos rivais do que excluir algum desses atores políticos e abrir a oportunidade para novo derramamento de sangue.

CONCLUSÃO

Ao final do presente estudo um questionamento pode surgir: se as intenções pecuniárias desses agentes estrangeiros, responsáveis pela democratização em países onde o processo de transição democrática não pode ser conduzido por agentes internos devido a instabilidade das instituições democráticas e falta de segurança militar, podem ser sobrepujadas ao resultado da iniciativa humanitária que os mesmos propõem, a tal questionamento não ousamos responder e sequer direcionamos o presente estudo.

A justiça de transição aparece nesses países fragilizados ligada ao processo de Democratização, pois nos primeiros a transição é conduzida por países estrangeiros, tendo em vista que a falta de estabilidade das instituições democráticas impossibilitam, normalmente, que a justiça de transição tenha qualquer legitimidade caso perpetuada por agentes internos.

Nos deparamos pois com a reflexão de se essa falta de legitimidade também não se aplica aos países estrangeiros perpetuadores da transição e democratização, afinal os mesmos são alheios à realidade do país em que invadem e não possuem, geralmente, reconhecimento da população local para perpetuar as mudanças que o país frágil necessita.

Tal dilema pode se mostrar um tanto quanto secundário, pois afinal se assim

não o fosse seria impossível que a justiça de transição fosse posta em prática nesses países e assim as ditaduras e períodos de exceção que estes países sofreram seriam possivelmente deixadas impunes.

Assim os agentes externos no processo de democratização são extremamente importante por que a eles pertence a iniciativa e a segurança da mudança institucional, é a prática chamada atualmente de “*Peacemaking*”, e dela derivam as tentativas destes agentes em manterem estabilizarem o país para que as condições que fizeram necessária a intervenção não voltem a ocorrer (MESSARI, 2014).

REFERÊNCIAS

- BELLAMY J. Alex. MCDONALD, Matt. Securing International Society: Towards an English School Discourse of Security. 2004. Disponível em: http://www.academia.edu/3495501/with_Alex_Bellamy_Securing_international_society_towards_an_English_school_discourse_of_security_AJPS_2004. Acessado em: 22 de Set de 2016.
- COSTA PINTO, Antonio. PALOMANES MARTINHO, Francisco Carlos (Org). O passado que não passa: a sombra das ditaduras na Europa do sul e na América Latina. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013.
- DAVIS, Lauda. Transitional Justice and Security System Reform. International Center for Transitional Justice. Disponível em: <https://www.ictj.org/sites/default/files/ICTJ-Global-Security-Reform-2009-English.pdf>. Acesso em: 07 de Fevereiro de 2017.
- HIPPEL, Karin von. Democracia pela Força : intervenção militar dos EUA no mundo pós-guerra fria/Karin von Rippel. Brasília. Rio de Janeiro: Biblioteca do Exército Ed. 2003. 273p.
- MACHADO COSTA, Patricia da. Transições pactuadas e transições por ruptura: a manutenção do legado autoritário no Brasil e sua influência no processo de justiça transicional. Aedos, UFRGS. nº 13 vol. 5 - Ago/dez 2013, Disponível em: <http://seer.ufrgs.br/index.php/aedos/article/viewFile/42203/28048>. Acessado em: 02 de Março de 2017.
- MESSARI, Nizar. Construção de estados: por que não funciona e com o fazê-la funcionar?. 2004. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0102-85292004000200002&script=sci_arttext. Acessado em: 22 de Set de 2016.
- TARCHI, Marco. O passado fascista e a democracia na Itália. In: COSTA PINTO, Antonio. PALOMANES MARTINHO, Francisco Carlos (Org). O passado que não passa: a sombra das ditaduras na Europa do sul e na América Latina. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013. Cap 2. p.47-74
- TEITEL, Ruti G. Transitional Justice in a New Era. Fordham International Law Journal. Volume 26. Artigo 2. 2002.
- TEITEL, Ruti G. Transitional Justice Genealogy. Harvard Human Rights Journal. Vol. 16. 2003.
- WINTER, Stephen. Towards a Unified Theory of Transitional Justice. 2013. Disponível em: <http://ijtj.oxfordjournals.org/content/7/2/224.full.pdf+html>. Acessado em: 22 de Set de 2016.

A JURISDIÇÃO ADMINISTRATIVA E O DIREITO JURISPRUDENCIAL: A UTILIZAÇÃO DE ENUNCIADOS ADMINISTRATIVOS COMO PADRÕES DECISÓRIOS JUDICIAIS NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL ¹

Felippe Borring Rocha²

Resumo: O presente estudo tem por objetivo analisar o papel dos enunciados administrativos dentro do processo decisório judicial. Para tanto, a pesquisa inicia a abordagem falando da jurisdição administrativa na América Latina e, em especial, no ordenamento jurídico brasileiro. Em seguida, é estudada a relação entre a atuação administrativa na busca de solução dos conflitos de interesse. Mais à frente, são vistos os enunciados administrativos como instrumentos de orientação da atuação da Administração Pública frente aos conflitos de interesses em que se vê envolvida. Por fim, são analisados como os enunciados administrativos pode influenciar a atuação judicial como parâmetro decisório na seara do Direito Jurisprudencial e, em particular, como instrumento capaz de dispensar a incidência da remessa necessária, a teor do art. 496, § 4º, IV, do Novo Código de Processo Civil.

Palavras-chave: Direito processual. Jurisdição administrativa. Jurisprudência. Julgamento. Enunciados.

¹ O presente artigo é adaptação do trabalho final da disciplina de Justiça Administrativa, ministrada pelo Prof. Dr. Ricardo Perlingeiro Mendes da Silva, como parte integrante do processo de avaliação do Programa de Doutorado em Sociologia e Direito da Universidade Federal Fluminense – UFF.

² Defensor Público do Estado do Rio de Janeiro. Mestre (UNESA) e Doutorando em Direito (UFF). Professor dos cursos de graduação, pós-graduação e preparatórios para concursos. Articulista, palestrante e autor, dentre outros, dos livros Teoria Geral dos Recursos Cíveis, Manual dos Juizados Especiais Cíveis: Estaduais, Juizados Especiais Cíveis e Criminais Estaduais e Federais. Membro do IAB, do IBDP e dos Conselhos Editoriais da Revista de Direito da DPGE/RJ e da Lumen Juris.

1. INTRODUÇÃO

Os conflitos de interesse entre a Administração Pública e o particular, ou até mesmo entre entes públicos, no Brasil normalmente são marcados por uma lógica irracional e pouco produtiva: a Administração Pública não costuma reconhecer direitos, seja a esfera judicial ou extrajudicial, ainda que tenha consciência que sua posição não é a mais adequada. Essa postura, fruto de aspectos culturais e estruturais tipicamente brasileiros, tem como consequência, de um lado, o descrédito da sociedade na solução administrativa dos seus problemas, e, de outro, no prolongamento *ad extremum* dos litígios judiciais.

Ao longo dos últimos anos, entretanto, é possível verificar um movimento gradual e contínuo no sentido de tentar mudar essa lógica, diante da constatação dos nefastos prejuízos por ela causados, inclusive para o Estado. Com esse escopo, é possível identificar algumas iniciativas normativas que foram implementadas recentemente, tais como a criação de agências reguladoras (Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL, a Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL e a Agência Nacional do Petróleo – ANP),³ a previsão da arbitragem em contratos administrativos (por exemplo, vejam-se os art. 23-A da Lei nº 9.307/1996 e o art. 11, III, da Lei nº 11.079/2006) e da mediação nos conflitos envolvendo a Administração Pública (Lei nº 13.140/2015), a instauração de Juizados Especiais Fazendários na Justiça Federal e Estadual/Distrital (Leis nº 10.259/2001 e 12.153/2009) e a criação nos entes públicos de órgãos de controladoria e ouvidoria.⁴ Na esfera da própria administração, entretanto, as medidas na direção de uma modificação na cultura negacionista⁵ tem sido bem mais tímidas e limitadas, especialmente em razão das cores ideológicas e econômicas que tem marcado esse debate. Não obstante, é preciso reconhecer que os órgãos de representação judicial dos entes públicos (Advocacia Geral da União e procuradorias públicas) tem se esforçado na direção de uma postura menos inflexível sobre a questão do reconhecimento de direitos, em situações

³ As agências reguladoras são criadas através de leis, sob a forma de autarquia, com regime jurídico especial, integrantes da administração pública indireta, para fiscalizar e regular as atividades de serviços públicos executados por empresas privadas, mediante prévia concessão, permissão ou autorização. Além de controlar e fiscalizar esses serviços públicos, as agências devem regular as atividades que lhe estão subordinadas e mediar os conflitos de interesse a elas relacionadas.

⁴ Em nível federal, a Controladoria-Geral da União, atualmente nominada de Ministério de Estado da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União – CGU (Lei nº 13.341/2016), foi criada pela Lei nº 10.683/2003, que regulou suas atribuições nos arts. 18 a 20.

⁵ Aqui, utilizou-se a expressão “negacionista” para descrever a postura estatal em não reconhecer direitos. Trata-se de uma referência, livremente adaptada, da expressão “negacionismo” do livro SPECTER, 2010.

específicas, permitindo a celebração de acordos extrajudiciais, acolhendo administrativamente as pretensões e editando enunciados para orientar a postura de seus membros em juízo e fora dele.

Esses enunciados administrativos, por sua vez, ganharam especial destaque no Novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015), que expressamente a eles se referiu, quando da regulamentação da chamada “remessa necessária”. De fato, dispõe o art. 496, § 4º, IV, do CPC, que a remessa necessária não é aplicada quando a sentença estiver fundada em “entendimento coincidente com orientação vinculante firmada no âmbito administrativo do próprio ente público, consolidada em manifestação, parecer ou súmula administrativa”.

Dessa forma, o objetivo principal deste artigo é investigar sobre o papel dos enunciados administrativos podem desempenhar no processo judicial, como padrões decisórios (THEODORO JÚNIOR, NUNES e BAHIA, 2010, p. 11), dentro do chamado Direito Jurisprudencial.

2. CONSIDERAÇÕES SOBRE A HISTÓRIA RECENTE DA JURISDIÇÃO ADMINISTRATIVA NO BRASIL

Conforme denota Ricardo Perlingeiro (2015-B, p. 91), a partir do século XIX os países latino-americanos de origem ibérica passaram a sofrer forte influência da cultura jurídica norte-americana em seus ordenamentos jurídicos. Isso porque a independência americana serviu como modelo para os países da América Latina que se encontravam sob o jugo das nações europeias. Assim, vários desses países foram gradativamente incorporando em seus ordenamentos jurídicos, na medida em que também obtinham as suas independências, regas estadunidenses de estruturação institucional, tais como o sistema judicial único e o *due process of law* procedimental e prévio às decisões da Administração (*primary jurisdiction*). Essa absorção, entretanto, gerou um choque cultural entre os instrumentos importados e a concepção jurídica europeia-continental arraigada no direito latino-americano, especialmente quando feita sem a devida contextualização.

Neste passo, importante lembrar que na Europa do início do século XIX, a jurisdição administrativa era vista como uma atribuição do próprio Poder Executivo, inerente ao seu poder de autotutela. Mais tarde, a jurisdição administrativa passa a ser compartilhada entre Administração Pública e os chamados tribunais

independentes, de modo que o recurso judicial se transformou numa espécie de segunda instância de uma jurisdição administrativa. Entretanto, desde os fins do século XIX, prefere-se, na Europa continental, a solução dos conflitos administrativos confiada unicamente a tribunais independentes que se inclinam à especialização e que têm poderes amplos de revisão (PERLINGEIRO, 2015-B, p. 93).

Nos EUA, ao contrário, diz Ricardo Perlingeiro (2015-B, p. 95) com a evolução do seu tradicional sistema judicial monista, a tendência foi no sentido de compartilhar o exercício da atividade jurisdicional administrativa entre o Executivo e o Judiciário, não como nos primórdios da justiça administrativa europeia, mas num modelo em que decisões administrativas são proferidas por autoridades que detêm certa dose de independência (*administrative tribunals*), em um processo extrajudicial com garantias próximas ao *due process of law*, que são controladas pelo Judiciário – não especializado – somente quando contrárias à razoabilidade, dificilmente adentrando-se no seu mérito (*limited judicial review*).

A propósito, Ricardo Perlingeiro (2015-B, p. 94) afirma que, tanto num como noutro caso, as autoridades administrativas e os tribunais judiciais podem enfraquecer-se como órgãos jurisdicionais, especialmente do ponto de vista da confiabilidade entre eles. Muitas das vezes, o Judiciário não dispõe dos meios adequados para tomar decisões administrativas; de outro, a falta de uma estrutura independente na administração faz com que as suas decisões não sejam adequadas ou legítimas.

Dentro deste embate de influências, é possível observar que o modelo brasileiro sempre se inclinou para uma jurisdição administrativa bastante limitada. Isso porque, no período colônia, compreendido entre 1500 e 1822, as questões de direito público eram da competência exclusiva dos tribunais judiciais, que se valiam de regras e procedimentos comuns, essencialmente fundados na experiência lusitana (PERLINGEIRO e GRECO, 2009, p. 61). Durante o período imperial, entre 1822 e 1889, ouve uma guinada rumo ao direito público francês, inclusive com a consagração constitucional do Conselho de Estado, investido com funções jurisdicionais (arts. 137 a 144 da Constituição Imperial de 1824). No entanto, com o advento da República, em 1891, sob declarada influência do constitucionalismo norte-americano, instala-se um sistema judicial único, com o controle judicial limitado da atividade administrativa, que até hoje vigora.

Apesar disso, com a invasão cultural europeia verificada nos primórdios do século XX, com especial destaque para o pensamento iluminista e suas

codificações, a influência norte-americana no modelo brasileiro de jurisdição administrativa acabou se dobrando à tradição europeia-continental. Na prática, não há processos administrativos ou uma jurisdição propriamente dita prévia à decisão administrativa e o Judiciário, sem estrutura jurisdicional administrativa autônoma, busca especializar-se pontualmente (PERLINGEIRO, 2015-B, p. 101).

O caminho adotado pelo Brasil e por outros países latino-americanos, no entanto, tem sido alvo de profundas discussões. Na doutrina moderna, impulsionada pela jurisprudência das Cortes Europeia e Interamericana de Direitos Humanos, tem sido comum sustentar que a consolidação da legalidade da atuação administrativa, sob as lentes da constitucionalidade e da convencionalidade, deve ser obtido através da qualificação jurídica das autoridades públicas, além de elevado grau de independência para decidirem.⁶ É igualmente fundamental a compreensão de que os efeitos das decisões administrativas sobre interesses de particulares, guiados pela observância aos direitos fundamentais, precisam ser fruto de um processo justo, em que as autoridades decisórias não devem ser confundidas com as autoridades executivas. Nesse contexto, afirma Ricardo Perlingeiro (2015-B, p. 132):

“é inevitável cogitar uma jurisdição administrativa que seja realizada em dois momentos distintos, prévio e posterior à elaboração da decisão administrativa, compatibilizando a necessidade de observância ao Estado de Direito por todas as instituições públicas e a de garantia à tutela judicial efetiva - esta não necessariamente pelas mãos do Judiciário”

3. A ATUAÇÃO ADMINISTRATIVA PARA A SOLUÇÃO DOS CONFLITOS DE INTERESSE

Todos os levantamentos feitos nos últimos anos apontam para o crescimento da quantidade de processos no Brasil. De acordo com o Conselho Nacional de Justiça, por exemplo, desde o ano passado o número de demandas em curso no País já tinha ultrapassado a casa dos 100 milhões, sendo que mais de 70 milhões foram compostos por processos pendentes e cerca de 30 milhões de casos novos (CNJ, 2016). Com isso, foi mantida a média de crescimento anual registrada nos últimos cinco anos de 3,4%. Dentre os dados apurados, pode-se notar claramente

⁶ Nesse sentido, existe um projeto modelo euro-americano de código de jurisdição administrativa, elaborado por jurista de diferentes nacionalidades, incorporando e sistematizando essas diretrizes. A íntegra do projeto, em vários idiomas, está disponível no livro organizado por PERLINGEIRO e SOMMERMANN, 2014.

que o Poder Público permanece como o grande litigante nacional, figurando em pelo menos um dos polos de mais da metade das demandas em curso.

Para enfrentar essa questão, a maior parte das soluções que vem sendo defendidas envolvem a ampliação dos investimentos para contratação de novos juizes e servidores, para treinamento e qualificação dos funcionários, para o aprimoramento das instalações físicas e para a implementação de sistemas eletrônicos. Além disso, são apresentadas reformas legislativas pontuais para ajustar as regras processuais civis à natureza dos conflitos de direito público (PERLINGEIRO, 2015-A, p. 296). Esses esforços, entretanto, quando implementados têm logrado obter resultados tímidos e incapazes de reverter o quadro de litigiosidade exacerbada da Administração Pública.

Na realidade, como anota Ricardo Perlingeiro (2015-A, p. 297), boa parte dos conflitos com a Administração poderia ser solucionado antes mesmo de ser levado ao Judiciário, se fosse criada uma estrutura adequada de Justiça Administrativa para lidar com eles. De acordo com o supracitado relatório do CNJ, mais da metade das ações envolvendo entes públicos é de execução fiscal. Assim, o deslocamento para a esfera administrativa da cobrança dos créditos tributários, sob a lógica da autoexecutoriedade das decisões administrativas condenatórias para o pagamento de quantia, diminuiria drasticamente o número dessas ações.⁷ Por outro lado, a adoção de um devido processo legal administrativo permitiria o reconhecimento direto dos direitos que, atualmente, são decididos através de processos judiciais. Isso porque “diante da ilegalidade de uma norma administrativa e da inconstitucionalidade ou anticonvencionalidade de uma lei, uma autoridade prefere direcionar o interessado às cortes em vez de proceder ao atendimento imediato do caso” (PERLINGEIRO, 2015-A, p. 298).

Por isso, a busca de soluções para o excesso de judicialização deve deixar de ter como foco o Poder Judiciário e se voltar “para a estrutura das autoridades administrativas, de modo que tenham legitimidade e autoridade para assegurar a proteção de direitos fundamentais” (PERLINGEIRO, 2015-A, p. 298). Esse caminho passa necessariamente pela adoção de um novo modelo de jurisdição administrativa, tanto na fase preparatória das decisões como na fase subsequente, diante de autoridades e cortes. Esse novo modelo deve ter como

⁷ Vários projetos de lei foram apresentados ao Congresso Nacional nesse sentido. Sobre o tema, veja-se SZKLAROWSKY, 2001, p. 63. Registre-se, ainda, que a maioria desses projetos foi arquivada, dentre os quais o Projeto de Lei do Senado nº 174/1996, que é reproduzido no texto.

norte a regra insculpida no art. 5º, LIV e LV, da Constituição Federal, que prevê como garantia fundamental o devido processo legal, assegurado o contraditório e a ampla defesa, em processo judicial e administrativo.

Nesse sentido, a Lei nº 9.784/1999, que trata dos processos administrativos, embora contemple inúmeras características inerentes ao devido processo legal administrativo, tais como o direito de petição, contraditório, ampla defesa, duplo grau, gratuidade, imparcialidade e duração razoável, deixa de prever prerrogativas pessoais e institucionais capazes de assegurar efetiva independência às autoridades pública e seus agentes quando investidos na função de decidir processos administrativos (PERLINGEIRO, 2015-A, p. 299). Diante dessa realidade, todo o arcabouço normativo de garantias previstas pelo legislador fica comprometido pela vinculação hierárquica do agente público imbuído de processar e julgar os conflitos de interesse.

O contraste entre a determinação constitucional e a realidade administrativa brasileira reflete um paradoxo jurídico do nosso ordenamento: a nossa constituição federal é inspirada em modelos de base consuetudinária, com a previsão de um processo administrativo prévio e o regime de jurisdição una (art. 5º, XXXV, da CF), e a nossa legislação infraconstitucional e estruturação administrativa são associados à cultura europeia-continental, onde os procedimentos administrativos tem autonomia jurídica (contencioso administrativo), numa espécie de “panorama esquizofrênico” (PERLINGEIRO, 2015-A, p. 300). O resultado é que nem bem temos um processo administrativo funcional (mais inclinado a proteger os interesses da Administração do que em reconhecer direitos e com forte colorido inquisitorial),⁸ nem bem temos um controle judicial adequado dos conflitos envolvendo direitos públicos (exclusão de controle sobre o mérito administrativo, ativismo judicial, desconexão orçamentária etc – JORDÃO, 2016, p. 123). É preciso destacar, ainda, que embora o Brasil possua cortes federais e fazendárias, concebidas para processar e julgar entes públicos (vinculadas ao critério subjetivo), a legislação processual é, em grande parte, construída para a gestão de conflitos de direito privado (PERLINGEIRO, 2015-A, p. 300).

Por isso, Ricardo Perlingeiro (2015-A, p. 328) sustenta que o fortalecimento das entidades administrativas, a adoção de estruturas independentes (com

⁸ Por certo, existem exemplos no Brasil onde é possível vislumbrar um processo administrativo mais robusto e independente, como ocorre em relação aos conselhos de contribuintes (art. 25 da Lei nº 11.941/2009), aos Tribunais de Contas (art. 71 da CF), ao Tribunal Marítimo (Lei nº 2.180/1954), ao Conselho Nacional da Justiça (art. 103-B da CF) etc.

prerrogativas e garantias próprias) e de um processo justo previamente às decisões seria capaz de contribuir com a redução das demandas judiciais.

A esse rol, incluímos a previsão da edição pelo Poder Público de enunciados administrativos capazes de facilitar o reconhecimento de direitos, em determinadas condições, para evitar a formação do conflito de interesses e, por conseguinte, a judicialização das questões ou o prolongamento dos litígios judiciais.

4. OS ENUNCIADOS ADMINISTRATIVOS

Para fins deste estudo, os enunciados administrativos podem ser conceituados como a manifestação da autoridade pública competente, dispondo de modo abstrato e vinculativo sobre a forma como o ente público deve se portar diante de uma pretensão jurídica, de um conflito de interesses ou de um litígio judicial. Nesse sentido, os enunciados administrativos englobam as manifestações em sentido estrito (notas, orientações, despachos etc), as súmulas e os pareceres.

Os enunciados administrativos visam conferir à atuação dos entes públicos racionalidade e uniformidade, facilitando a obtenção de soluções mais adequadas e menos onerosas para as questões em que se veem envolvidas, na realização de suas atribuições. Por essas razões, no âmbito federal, a Lei Complementar nº 73/1993, que instituiu a Lei Orgânica da Advocacia-Geral da União, estabeleceu como atribuições do Advogado-Geral da União editar enunciados de súmula administrativa, resultantes de jurisprudência iterativa dos Tribunais (art. 4º, XII). No mesmo Diploma, dispôs ainda que:

Art. 43. A Súmula da Advocacia-Geral da União tem caráter obrigatório quanto a todos os órgãos jurídicos enumerados nos arts. 2º e 17 desta lei complementar.

§ 1º O enunciado da Súmula editado pelo Advogado-Geral da União há de ser publicado no Diário Oficial da União, por três dias consecutivos.

§ 2º No início de cada ano, os enunciados existentes devem ser consolidados e publicados no Diário Oficial da União.

A eficácia dos enunciados administrativos, por sua vez, foi regulamentada pela Lei nº 9.469/1997 que estabelece que em razão delas ou de jurisprudência consolidada pelo Supremo Tribunal Federal ou pelos Tribunais Superiores

o Advogado-Geral da União poderá dispensar a propositura de ações ou o oferecimento de contestação ou contrarrazões e a interposição de recursos judiciais, bem como a desistência dos já interpostos.

Dentro desse mesmo contexto, recentemente a Procuradoria Geral da Fazenda Pública editou a Portaria nº 502/2016, que aumentou o rol de possibilidades dos Procuradores da Fazenda Nacional desistirem de discussões já pacificada de encontro aos interesses dos contribuintes, garantindo, assim, a efetiva redução de embates tributários e gastos desnecessários com manutenção de processos administrativos e judiciais (GOLDSTAJN, 2016). Nesse Diploma, apenas a título de ilustração, fica estabelecido que:

Art. 2º. Sem prejuízo do disposto no artigo precedente, fica dispensada apresentação de contestação, oferecimento de contrarrazões, interposição de recurso, bem como recomendada a desistência do já interpostos, nas seguintes hipóteses:

I - tema elencado no art. 18 da Lei nº 10.520, de 19 de julho de 2002, ou sobre o qual exista Ato Declaratório de Dispensa, elaborado na forma do inc. II do art. 19 da Lei nº 10.522, de 2002;

II - tema sobre o qual exista Súmula ou Parecer do Advogado-Geral da União - AGU, ou Súmula do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais - CARF, aprovado ou não pelo Ministro de Estado da Fazenda, que conclua no mesmo sentido do pleito do particular;

III - tema sobre o qual exista Nota ou Parecer vigente e aprovado pelo Procurador-Geral da Fazenda Nacional ou por Procurador-Geral Adjunto da Fazenda Nacional, elaborado nos termos, respectivamente, nos arts. 82 e 83 do Regimento Interno da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional - PGFN, aprovado pela Portaria MF nº 36, de 2014, e este ato da PGFN conclua no mesmo sentido do pleito particular;

IV - tema fundado em dispositivo legal que tenha sido declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal - STF em sede de controle difuso e tenha tido sua execução suspensa por Resolução do Senado Federal (art. 52, inc. X, da Constituição Federal de 1988) ou por ato da Presidência da República (art. 1º, § 3º, do Decreto nº 2.346, de 10 de outubro de 1997), ou tema que tenha sido definido pelo STF em sentido desfavorável à Fazenda Nacional em sede de controle concentrado de constitucionalidade;

V - tema definido em sentido desfavorável à Fazenda Nacional pelo Supremo Tribunal Federal - STF, pelo Superior Tribunal de Justiça - STJ ou

pelo Superior Tribunal do Trabalho - TST, em sede de julgamento de casos repetitivos, inclusive o previsto no art. 896-C do Decreto-Lei nº 5.542/1943;

VI - tema sobre o qual exista enunciado de súmula vinculante, de súmula do STF em matéria constitucional ou de súmula os Tribunais Superiores em matéria infraconstitucional, em sentido desfavorável à Fazenda Nacional;

VII - tema sobre o qual existe jurisprudência consolidada do STF em matéria constitucional ou de Tribunais Superiores em matéria infraconstitucional em sentido desfavorável à Fazenda Nacional;

VIII - quando esgotadas as vias recursais e, bem assim, quando recurso não puder ser interposto por lhe faltar requisito de admissibilidade;

IX - quando for possível antever, fundamentada mente, que o ato processual resultaria em prejuízo aos interesses da Fazenda Nacional;

X - quando se tratar de decisão interlocutores:

a) que, embora se amolde uma das hipóteses de cabimento do agravo (art. 1.015 do novo CPC), verse sobre questão não preclusiva, ou cujo interesse recursal se mostre prejudicado diante das circunstâncias fáticas;

b) proferida em execução fiscal, versar sobre questão não preclusiva ou cujo intento recursal possa ser obtido por outro meio ou noutra oportunidade.

Nas demais esferas públicas, é possível identificar a mesma tendência, com algumas variantes. No Estado do Rio de Janeiro, por exemplo, a edição de enunciados administrativos tem como base o art. 6º, XXVI e XLV, da Lei Orgânica da Procuradoria-Geral do Estado do Rio de Janeiro (Lei Complementar nº 15/1980).⁹ *In verbis:*

Art. 6º - Compete ao Procurador-Geral do Estado, sem prejuízo de outras atribuições:

(...)

XXVI - atribuir normatividade, no âmbito do sistema Jurídico, a pareceres emitidos pela Procuradoria-Geral do Estado, comunicando sua iniciativa ao Governador;

(...)

XLV - autorizar:

a) - a não propositura ou a desistência de medida judicial, especialmente

⁹ Atualmente existem 25 enunciados administrativos editados pela PGE/RJ. Eles podem ser acessados através do endereço: <http://www.rj.gov.br/web/pge/exibeConteudo?article-id=166761>.

quando o valor do benefício pretendido não justifique a ação ou, quando do exame da prova, se evidenciar improbabilidade de resultado favorável;

b) - a dispensa da interposição de recursos judiciais cabíveis, ou a desistência dos interpostos, especialmente quando contra-indicada a medida em face da jurisprudência;

c) - a não execução de julgados quando a iniciativa for infrutífera, notadamente pela inexistência de bens do executado.

5. O PAPEL DOS ENUNCIADOS ADMINISTRATIVOS NO DIREITO JURISPRUDENCIAL

Como se sabe, está em marcha Brasil, especialmente nas últimas décadas, um movimento no sentido da aproximação do nosso sistema jurídico (DAVID, 2002), tipicamente associado à família do **Civil Law**, com os elementos da tradição jurídica do **Common Law** (MARINONI, 2009). Nesse processo, salta aos olhos a alteração substancial no papel que a jurisprudência¹⁰ passou a desempenhar no Direito Brasileiro, como fonte jurídica e como ferramenta procedimental (NOGUEIRA, 2011, p. 13). Essa tendência, inclusive, pode ser observada ao longo da história recente de outros países também atrelados à tradição romano-civilista, tais como Portugal, Itália e Alemanha (CRAMER, 2016, p. 35).

De fato, com as reformas legislativas empreendidas, desde a criação das súmulas no STF, na década de 1960, passando pela inserção da súmula vinculante na Constituição Federal através da EC nº 32/2008, até a entrada em vigor do Novo Código de Processo Civil em 2016, a jurisprudência foi gradativamente foi incorporando à sua tradicional função persuasiva força vinculativa¹¹ e estruturante no sistema jurídico brasileiro, dentro de um modelo cooperativo de processo (DIDIER JR., 2013, p. 207). A consagração da força vinculativa da jurisprudência, em verdade, tem como fundamento a busca pela densificação de diferentes princípios, dentre os quais se destacam os princípios da isonomia, da segurança jurídica e da duração razoável do processo. Visa também desestimular

¹⁰ Importante esclarecer que nesse estudo nós não utilizamos da expressão bastante difundida no Brasil “precedentes judiciais”. Optamos por usar uma expressão mais ampla e mais tradicional “jurisprudência”. Sobre a discussão acerca da nomenclatura mais adequada, veja-se, por todos, TUCCI, 2004, p. 153.

¹¹ Utiliza-se no texto a expressão “força vinculativa” por ser mais amplo do que “força vinculante”. Nesse sentido, a força vinculativa seria um gênero que tem entre as suas espécies, com o mais alto grau de subordinação, a força vinculante, eficácia própria e exclusiva das súmulas vinculantes (art. 103-A da CF e Lei nº 11.417/2006).

a litigiosidade e dar resposta adequada às demandas repetitivas.¹² Exatamente por isso, diz o art. 926 do CPC:

Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.

Diante desta constatação, a doutrina nacional vem buscando construir um conjunto de regras que possam coordenar o estudo destes elementos. A ampla maioria dos estudiosos vem chamado esse segmento de Teoria dos Precedentes Judiciais.¹³ Para tanto, utilizam-se de um conceito elástico do que venha a ser um precedente judicial, tentando amoldá-lo à peculiar realidade jurídica brasileira. Ronaldo Cramer (2016, p. 76), por exemplo, afirma que se pode vislumbrar um conceito lógico-jurídico (próprio) de precedente diferente do seu conceito jurídico-positivo. O primeiro seria apriorístico e universal, enquanto que o segundo, fruto da interpretação do ordenamento jurídico no qual ele está inserido. Embora a argumentação seja correta, também é necessário reconhecer que a distância entre os dois conceitos não pode ser de tal ordem que chegue a descaracterizar o objeto que está sendo conceituado. Além do mais, apesar da confusão terminológica generalizada, o Novo Código de Processo Civil, principal base normativa para discussão do tema, se utiliza da expressão “precedente”, na maioria das vezes, no sentido mais próximo daquele estabelecido no conceito lógico-jurídico.¹⁴

Em nossa ótica, entretanto, a melhor forma de identificar esse conjunto seria através de uma terminologia mais ampla e tradicional: Direito Jurisprudencial. Para esclarecer as razões dessa escolha, ainda que desviando um pouco das

¹² Por certo, não se ignora as críticas que são feitas ao modelo de vinculação jurisprudencial adotado pelo ordenamento jurídico em geral e, em particular, pelo Novo CPC. Alegações sobre o possível engessamento do Poder Judiciário, com violação ao princípio da inafastabilidade, e pasteurização do Direito são recorrentes e parcialmente procedentes. Entretanto, para não desvirtuar o propósito do presente estudo, remetemos o leitor às reflexões feitas por STRECK e ABOUD, 2015, p. 35.

¹³ Nesse sentido, vejam-se, por exemplo, José Rogério Cruz e Tucci, Precedente judicial como fonte do direito, Thomas da Rosa de Bustamante, Teoria do precedente judicial: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais, Luis Guilherme Marinoni, Precedentes obrigatórios, Francisco Rosito, Teoria dos precedentes judiciais: racionalidade da tutela jurisdicional, e Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira, Curso de direito processual civil, Vol. 2, dentre outros. Importante que se diga que não há qualquer óbice à adoção de uma teoria geral dos precedentes judiciais no Brasil. A nossa objeção é que essa teoria seja colocada como responsável por gerir todos os temas relacionados à matéria, inclusive aqueles que não são propriamente identificados como precedentes.

¹⁴ A palavra “precedente” aparece no CPC em 3 artigos: 489, 926 e 927. No art. 489, a Lei fala em “invocar precedente ou enunciado de súmula” (inciso V) e “enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente” (inciso VI). No art. 926, por sua vez, diz que ao editar súmulas os tribunais devem se atentar às “circunstâncias fáticas dos precedentes”. Somente no art. 927 é que o legislador parece adotar um conceito mais amplo de precedentes, ao dizer que os “tribunais darão publicidade a seus precedentes, organizando-os por questão jurídica decidida e divulgando-os, preferencialmente, na rede mundial de computadores”.

metas desse estudo, é preciso fazer algumas considerações. Em primeiro lugar, nós acreditamos que a importância e a amplitude do tema “jurisprudência” no Direito Processual brasileiro justificam a formação de um ramo jurídico próprio e bem definido. Por isso, preferimos falar em Direito Jurisprudencial (WAMBIER, 2012, p. 39). Este novo ramo do Direito Processual, por sua vez, seria subdividido em duas partes, uma geral, a Teoria Geral da Jurisprudência, e outra especial, a Jurisprudência em Espécies. A Teoria Geral da Jurisprudência seria composta, basicamente, pelos mesmo compartimentos comumente encontrados dentro do estudo da Teoria Geral do Precedentes – conceitos, princípios, efeitos, classificações etc. A diferença seria que o foco estaria sobre a jurisprudência e não apenas sobre o precedente.

Para tanto, seria necessário reformular e unificar o conceito da palavra “jurisprudência”, talvez uma das mais polissêmicas expressões do Direito Processual. Em nosso sentir, a jurisprudência teria que ser vista como todo e qualquer padrão decisório cuja tese jurídica seja capaz de influenciar a análise de uma pretensão deduzida em juízo. Os padrões decisórios que compõe as espécies de jurisprudência, por sua vez, seriam instrumentos das mais diversas matrizes (judicial e extrajudicial), mas que teriam em comum o fato de apresentarem, no mínimo, uma tese jurídica.

Nesse sentido, são exemplos de padrões decisórios, em rol meramente exemplificativo: os julgamentos proferidos pelos tribunais, inferiores ou superiores, em decisões unipessoais ou colegiadas (precedentes judiciais em sentido estrito); as súmulas persuasivas; as súmulas vinculantes; as decisões proferidas nos julgamentos em bloco (recurso extraordinário repetitivo, repercussão geral em recurso extraordinário, recurso especial repetitivo, incidente de resolução de demandas repetitivas e incidente de assunção da competência); os enunciados judiciais; os enunciados administrativos.

Destarte, não é necessário colocar, como base para a identificação de um padrão decisório, a exigência de que ele esteja inserido numa multiplicidade de julgados ou mesmo que ele represente um entendimento prevalente num determinado tribunal. Reconhecemos, assim, que uma decisão no julgamento de uma ação declaratória de inconstitucionalidade, possa, isoladamente, representar uma jurisprudência, bem como a existência da uma “jurisprudência minoritária” (padrão decisório afastado do pensamento predominante). É possível, ainda, que a tese jurídica contida no padrão decisório não tenha sido

proferida num julgamento judicial. Basta imaginar a situação onde o tribunal superior homologa a desistência do recurso paradigma afetado para julgamento repetitivo (repercussão geral em recurso extraordinário ou recursos excepcionais repetitivos – arts. 1.035 e 1.036 do CPC), mas prossegue na análise da questão (art. 998, parágrafo único, do CPC). Ou ainda, nos casos onde o plenário ou o órgão especial de um tribunal firmem uma determinada orientação.

No caso específico da súmula, o que se tem é a própria tese jurídica, obtida através de uma abstração extraída de julgados semelhantes que fazem parte do entendimento prevalente num tribunal. O precedente, por sua vez, carrega a tese jurídica contextualizada dentro de uma descrição fática e da análise das questões pertinentes à solução da causa. Dentro dessa ótica, não se admite que uma súmula seja tratada como precedente ou que uma decisão, por mais importante que seja, nasça como tal. Como diz Ronaldo Cramer (2016, p. 76), em sentido próprio (lógico-jurídico), precedente é a decisão judicial que fixou a tese jurídica (norma jurídica) que deverá ser seguida pelas demais decisões em casos idênticos. Assim, o (verdadeiro) precedente judicial surge com a reiterada aplicação da sua *ratio decidendi* no julgamento em casos que lhe são semelhantes e posteriores.

É preciso esclarecer que, em tese, todos os padrões decisórios são passíveis de influenciar julgamentos futuros e por isso tem alguma carga vinculativa, ainda que mínima. Alguns padrões decisórios, no entanto, independentemente do seu valor interno, são investidos de força vinculante, em diferentes graus (MAGALHÃES e SILVA, 2012, p. 78). Com isso, o art. 927 do Código de Processo Civil apresenta um rol de padrões decisórios com a mais elevada carga de vinculação do nosso sistema processual:

Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:

I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;

II - os enunciados de súmula vinculante;

III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos;

IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional;

V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

Os enunciados administrativos, alvo da presente pesquisa, enquanto modalidade de padrão decisório do Direito Jurisprudencial, normalmente não tem força vinculativa para o Poder Judiciário, embora possa o ter para os entes públicos que estão diretamente subordinados à autoridade que os editou. Ainda assim, através dos enunciados administrativos tem importante função dentro do processo decisório na medida em que permitem aos julgadores proferir uma decisão previamente cientes da posição que a Administração Pública tem diante de determinado conflito de interesses.

No caso específico das decisões proferidas contra a Fazenda Pública, o Novo Código de Processo Civil inovou ao prever expressamente a possibilidade de o juiz deixar de proceder à remessa necessária no caso da orientação adotada coincidir com enunciado administrativo do próprio ente público afetado (art. 496, § 4º, IV, do CPC). Com isso, o enunciado administrativo passou a figurar como padrão decisório, capaz não apenas de influenciar, de modo persuasivo, o julgamento judicial, mas também atuar como instrumento capaz de abreviar o procedimento.

6. A DISPENSA DA REMESSA NECESSÁRIA POR APLICAÇÃO DE ENUNCIADO ADMINISTRATIVO

Como se sabe, o Novo Código de Processo Civil perdeu a oportunidade de extrair de nosso ordenamento jurídico a figura pouco republicana da remessa necessária, também chamada de reexame necessário ou duplo grau de jurisdição. Esse anacrônico instrumento surgiu no Brasil num período onde a maior parte da Administração Pública não contava com uma estrutura jurídica organizada para defender adequadamente os seus interesses em juízo.

De acordo com Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery (2004, p. 812), apesar de já ser prevista nas ordenações Afonsinas, Manuelinas e Filipinas do Reino de Portugal, no direito brasileiro, a primeira notícia que se tem da remessa necessária foi com a edição da Lei Imperial de 04 de outubro de 1831, que no seu art. 90 determinava ao juiz a remessa necessária ao tribunal superior de sua sentença proferida contra a Fazenda Nacional. Para Leonardo José Carneiro da Cunha (2012, p. 197), entretanto, a inspiração para sua inclusão no Código de Processo Civil de 1939 foi o Código Penal português, onde existia como forma de submeter à revisão a condenação do réu quando as penas eram fixadas acima de um determinado patamar.¹⁵

¹⁵ Essa mesma fonte inspirou o chamado protesto por novo júri, que existia no Código de Processo Penal de 1941, nos art. 607 e 608, até ser revogado pela Lei nº 11.869/2008.

No Código de 1939, a remessa necessária foi inserida como modalidade especial de recurso cível (“apelação necessária” ou “apelação *ex officio*”), sendo admitida em face da sentença definitiva de nulidade de casamento, da homologatória de desquite e da proferida em desfavor da União, do Estado e do Município (art. 822). Com a edição do Código de Processo Civil de 1973, a remessa necessária foi mantida, mas sem a feição recursal.¹⁶ Seu alcance também foi ligeiramente alterado, permanecendo cabível nas hipóteses de sentenças de decretação de nulidade de casamento, nas proferidas contra a União, os Estados e os Municípios, e na improcedência da execução fiscal de dívida ativa (redação original do art. 475).

Posteriormente (Lei nº 10.352/2001), a redação do Código de 1973 foi modificada, passando a prever o cabimento da remessa necessária somente nos casos de sentenças proferidas contra a União, o Estado, o Distrito Federal, o Município, e as respectivas autarquias e fundações de direito público, e que julgar procedentes, no todo ou em parte, os embargos à execução de dívida ativa da Fazenda Pública.

No Código de Processo Civil de 2015, como já dito, a remessa necessária foi preservada, sendo cabível em face da sentença¹⁷ proferida contra a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e as respectivas autarquias e fundações de direito público e da que julgar procedentes, no todo ou em parte, os embargos à execução fiscal. Tal qual ocorria no Código de 1973 (art. 475), o art. 496 do Novo Código prevê algumas hipóteses de exclusão da remessa necessária. No caso do § 3º, as hipóteses de dispensa da remessa necessária são definidas a partir do valor da condenação.¹⁸ A diferença do regime anterior, entretanto, é que o novel texto promoveu um escalonamento dos valores conforme o ente público. *In verbis*:

Art. 496 (...)

§ 3º Quando o valor da condenação, do proveito, do benefício ou da vantagem econômica em discussão for de valor certo e líquido inferior a:

¹⁶ Até hoje, entretanto, a Lei nº 8.437/1992 chama a remessa necessária de “recurso voluntário ou *ex officio*” (art. 3º).

¹⁷ Importante sublinhar que a remessa necessária não é aplicável, em regra, às decisões interlocutórias. Nesse sentido, veja-se CUNHA, 2012, p. 199. No entanto, no caso de uma decisão interlocutória sentencial (art. 356 do CPC, por exemplo), a remessa necessária deve ser efetuada. Adotando este último entendimento, veja-se ARAÚJO FILHO, 2016, p. 744.

¹⁸ Conforme a Súmula 325 do STJ, “a remessa oficial devolve ao Tribunal o reexame de todas as parcelas da condenação suportadas pela Fazenda Pública, inclusive dos honorários de advogado”. Não obstante, o Superior Tribunal de Justiça consagrou que não está sujeita ao reexame necessário a sentença que extingue o processo sem resolução do mérito, ainda que exista condenação do Erário ao pagamento de honorários advocatícios (STJ – 2ª Turma – AgRg no AREsp 335868/CE – Rel. Min. Herman Benjamin, j. em 05/11/2013).

a) 1000 (mil) salários mínimos para União e as respectivas autarquias e fundações de direito público;

b) 500 (quinhentos) salários mínimos para os Estados, o Distrito Federal e as respectivas autarquias e fundações de direito público, bem assim para as capitais dos Estados; e

c) 100 (cem) salários mínimos para todos os demais municípios e respectivas autarquias e fundações de direito público.

Além da questão econômica, o legislador também dispensou a remessa necessária quando a decisão preferida contra a Fazenda Pública tiver amparo na jurisprudência dos Tribunais Superiores, no entendimento adotado em julgamentos em bloco ou em enunciado administrativo:

Art. 496 (...)

§ 4º Também não se aplica o disposto neste artigo quando a sentença estiver fundada em:

I - súmula de tribunal superior;

II - acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos;

III - entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência;

IV - entendimento coincidente com orientação vinculante firmada no âmbito administrativo do próprio ente público, consolidada em manifestação, parecer ou súmula administrativa.

Conforme lecionam Fredie Didier Jr. e Leonardo José Carneiro da Cunha (2016, p. 481),¹⁹ espelhando o pensamento majoritário na doutrina, a remessa necessária representa uma condição de eficácia de determinadas sentenças proferidas contra a Fazenda Pública, cujo trânsito em julgado fica dependente da sua reapreciação pelo tribunal correspondente. Para Candido Rangel Dinamarco (2000, p. 1213), no entanto, a remessa necessária não é propriamente uma condição de eficácia da sentença, mas uma extensão do procedimento, para uma instância superior, de natureza confirmatória. Nesse sentido, importante lembrar que, mesmo em sede de remessa necessária, a decisão do tribunal irá substituir a sentença remetida (art. 1.008 do CPC). Logo, não parece realmente adequado falar de instituto como uma condição de eficácia da sentença.

¹⁹ *Curso de direito processual civil*, p. 481.

Embora não tenha natureza recursal, o julgamento da remessa necessária no tribunal segue as mesmas diretrizes gerais do julgamento da apelação (CUNHA, 2012, p. 200). Por isso, o procedimento tem relator, que pode julgar a questão monocraticamente, se tiver apoio na jurisprudência (art. 932 do CPC), ou submetê-la ao colegiado. Da mesma forma, não pode a reapreciação da causa pela instância superior conduzir a um agravamento da situação do Poder Público, sob pena de cometer-se uma *reformatio in pejus*.²⁰

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme se pôde observar, os conflitos de interesse envolvendo a Administração Pública no Brasil não têm recebido um tratamento jurídico adequado. De acordo com os estudiosos do assunto, a principal razão deste quadro decorre de um paradoxo normativo existente na raiz da formação do nosso ordenamento jurídico: desde o processo de independência de Portugal, o direito constitucional brasileiro foi e ainda é fortemente influenciado pelo constitucionalismo americano, embora o direito infraconstitucional tenha, ao longo de toda a sua história, tomado por base as regras construídas no continente europeu, especialmente no final do século XIX. O resultado disso é que temos, de um lado, uma baixa efetividade da jurisdição administrativa e, de outro, um controle judicial precário.

A carência da jurisdição administrativa decorre, em grande parte, em razão da falta de estruturas independentes (com prerrogativas e garantias próprias) e de um processo justo previamente às decisões. Em decorrência, o Poder Público tem enorme dificuldade em reconhecer direitos e não é capaz de transmitir confiança na solução administrativa. Por outro lado, o Poder Judiciário, em decorrência de limitações técnicas e do enorme número de demandas que lhe são dirigidas, não consegue promover um controle adequado dos conflitos de interesse da Administração Pública.

Por essas razões, nos últimos anos, o legislador vem investido na busca de mecanismos capazes de otimizar a solução de conflitos de interesses relativos à

²⁰ Nesse sentido, veja-se a Súmula 45 do STJ: “No reexame necessário é defeso ao Tribunal agravar a condenação imposta à Fazenda Pública”. O tema, entretanto, não é pacífico. NERY JUNIOR e NERY, 2004, p. 813, por exemplo, sustentam que a proibição da *reformatio in pejus* somente é aplicável aos recursos. Assim, na hipótese de agravamento da situação da Fazenda Pública pelo Tribunal não haveria reforma para pior, mas consequência natural do reexame integral da sentença, sendo, portanto, possível.

Administração Pública, tais como a promoção da conciliação, da mediação e da arbitragem, a criação de órgãos judiciais mais informais e céleres, a introdução de ouvidorias e controladorias, dentre outros. No âmbito da própria Administração, embora de forma mais reduzida, é possível observar alguns sinais de mudança no posicionamento frente à resolução consensual dos conflitos. Nesse sentido, merece destaque a edição de enunciados administrativos, onde o Poder Público autoriza o reconhecimento judicial e extrajudicial de direitos cuja negação se mostra prejudicial ao interesse público.

Os enunciados administrativos podem se materializar através de súmulas, enunciados, pareceres, portarias ou outros instrumentos, e contém uma previsão geral e vinculativa para os entes públicos subordinados à autoridade que as edita para reconhecer uma pretensão jurídica ou para não resistir às demandas judiciais que lhe são dirigidas. No âmbito federal, os enunciados administrativos estão previstos nos arts. 4º, XII, e 43 da Lei Complementar nº 73/1993 e na Lei nº 9.469/1997, sendo capazes de permitir não apenas a solução extrajudicial de determinadas questões, mas também permitir que ações deixem de ser propostas, contestações ou recursos não sejam apresentados, e as medidas que já foram tomadas, sejam abandonadas.

Na maioria das vezes, a razão da edição de um enunciado administrativo repousa no fato de que a questão a ele relacionada já foi decidida em sentido desfavorável à Fazenda Pública nas cortes superiores. Um bom exemplo dessa constatação pode ser visto nas situações descritas no art. 2º da Portaria nº 502/2016 da Procuradoria Geral da Fazenda Pública.

A relevância dos enunciados administrativos para solução dos litígios envolvendo a Fazenda Pública mereceu reconhecimento expresso no Novo Código de Processo Civil, que alçou esses mecanismos à condição de requisito para fins de dispensa da remessa necessária. De fato, diz o art. 496, § 4º, IV, do CPC, que se a sentença proferida contra a Fazenda Pública adotar uma orientação consagrada num enunciado administrativo, o juízo fica dispensado de proceder à remessa da decisão para reexame no tribunal correspondente. Com isso, o enunciado administrativo passa a integrar o rol de padrões decisórios que compõem o Direito Jurisprudencial brasileiro, servindo tanto de base para a motivação do julgamento, como mecanismo para abreviação procedimental. Trata-se, a toda evidência, de uma ferramenta importante na construção de uma jurisdição administrativa mais eficiente e na redução do número de litígios na esfera judicial.

8. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ARAÚJO FILHO, Luiz Paulo da Silva. Comentários ao art. 496 do CPC. In Comentários ao novo código de processo civil. CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo (coord.). Rio de Janeiro: Forense, p. 743-745, 2016.
- BRASIL. Conselho Nacional de Justiça – CNJ. Justiça em Números. Acessado em 06/10/2016, no seguinte endereço: <http://s.conjur.com.br/dl/relatorio-justica-numeros-2015-final-web.pdf>.
- BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. Teoria do precedente judicial: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais. São Paulo: Noeses, 2012.
- CRAMER, Ronaldo. Precedentes judiciais: teoria e dinâmica. Rio de Janeiro: Forense, 2016.
- CUNHA, Leonardo José Carneiro da. A fazenda pública em juízo. 12ª ed., São Paulo: Dialética, 2012.
- DAVID, René. Os grandes sistemas do direito contemporâneo. 4º ed., Rio de Janeiro: Martins Fontes, 2002.
- DIDIER Jr., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. Curso de direito processual civil, Vol. 2. 11ª ed., Salvador: Juspodivm, 2016.
- DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. Curso de direito processual civil. Vol. 3. 13ª ed., Salvador: Juspodivm, 2016.
- DIDIER JR., Fredie. Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo. In Ativismo judicial e garantismo processual. DIDIER JR., Fredie e Outros (coord.), Salvador: Jus Podivm, p. 207-217, 2013.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. Fundamentos do processo civil moderno. Tomo 1. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000.
- GOLDSTAJN, Roberto. A ampliação das atividades da Receita Federal e a cobrança do crédito tributário. Acessado em 06/10/2016, no seguinte endereço: <http://jota.uol.com.br/ampliacao-das-atividades-da-receita-federal-e-cobranca-credito-tributario>.
- JORDÃO, Eduardo. Controle judicial de uma administração pública complexa: a experiência estrangeira na adaptação da intensidade do controle. São Paulo: Malheiros, 2016.
- ARAÚJO FILHO, Luiz Paulo da Silva. Comentários ao novo código de processo civil Comentários ao art. 496 do CPC. In Comentários ao novo código de processo civil. CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo (coord.). Rio de Janeiro: Forense, p. 741-745, 2016.
- MAGALHÃES, Breno Baía; SILVA, Sandoval Alves da. O grau de vinculação dos precedentes à luz do STF: O efeito vinculante é absoluto? In Revista de Informação Legislativa, nº 195 Brasília: Senado Federal, p. 77-95, 2012.
- MARINONI, Luiz Guilherme. Aproximação crítica entre as jurisdições de civil law e de common law e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil. In Revista da Faculdade de Direito – UFPR, nº 49, Curitiba: Universidade Federal do Paraná, p. 11-58, 2009.

- MARINONI, Luiz Guilherme. Precedentes obrigatórios. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante. 8ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- NOGUEIRA, Gustavo Santana. Stare decisis et non quita movere: a vinculação aos precedentes no direito estrangeiro e brasileiro. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- PERLINGEIRO, Ricardo. O devido processo legal administrativo e a tutela judicial efetiva: um novo olhar?, In Revista de Processo, Vol. 239, p. 293-331, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015-A.
- PERLINGEIRO, Ricardo. Uma perspectiva histórica da jurisdição administrativa na América Latina: tradição europeia-continental versus influência norte-americana. In Revista de Investigações Constitucionais. Curitiba: Universidade Federal do Paraná, Vol. 2, nº 1, p. 89-136, 2015-B.
- PERLINGEIRO, Ricardo; GRECO, Leonardo. A jurisdição administrativa no Brasil. In Código de jurisdição administrativa (o modelo alemão). PERLINGEIRO, Ricardo; BLANKE, Hermann-Josef; SOMMERMANN, Karl-Peter (coord.). Rio de Janeiro: Renovar, 2009.
- PERLINGEIRO, Ricardo; SOMMERMANN, Karl-Peter (org.). Euro-american model code of administrative jurisdiction. Niterói: Universidade Federal Fluminense, 2014.
- ROSITO, Francisco. Teoria dos precedentes judiciais: racionalidade da tutela jurisdicional. Curitiba: Juruá, 2012.
- SPECTER, Michael. Denialism: how irrational thinking hinders scientific progress, harms the planet, and threatens our lives. London: Duckworth Overlook, 2010.
- STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. O que é isto – o precedente e as súmulas vinculantes 3ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.
- SZKLAROWSKY, Leon Frejda, Cobrança administrativa do crédito da Fazenda Pública. In Revista do CEJ, nº 13, Brasília: Conselho da Justiça Federal, p. 59-72, 2001.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre. Breves considerações da politização do judiciário e do panorama de aplicação no direito brasileiro – Análise da convergência entre o civil law e o common law e dos problemas da padronização decisória. In Revista de Processo, Vol. 189, São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 3-18, 2010.
- TUCCI, José Rogério Cruz e. Precedente judicial como fonte do direito. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- ZANETI JR., Hermes. Comentários ao art. 926 do CPC. In Comentários ao novo código de processo civil. CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo (coord.). Rio de Janeiro: Forense, p. 1307-1327, 2016.
- WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Precedentes e evolução do direito. In Direito jurisprudencial. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 12-47, 2012.

OS DIREITOS SOCIAIS PRESTACIONAIS À LUZ DAS DECLARAÇÕES DE DIREITOS DO HOMEM

Fernanda Barreto Alves¹ e Rafael Meireles Saldanha²

“Não se poderia explicar a contradição entre a literatura que faz a apologia da era dos direitos e aquela que denuncia a massa dos “sem-direitos”. Mas os direitos de que fala a primeira são somente os proclamados nas instituições internacionais e nos congressos, enquanto os direitos de que fala a segunda são aqueles que a esmagadora maioria da humanidade não possui de fato (ainda que sejam solene e repetidamente proclamados)”.

(Norberto Bobbio, 1990)

1. AS DECLARAÇÕES DE DIREITOS DO HOMEM

O surgimento dos direitos fundamentais advém da história política da Inglaterra, Estados Unidos e França. No decorrer da evolução dos direitos fundamentais vários antecedentes da declaração de direitos foram elaborados até a sua positivação e posterior constitucionalização³.

¹ Bacharel em Relações Internacionais pela Universidade Católica do Rio de Janeiro – PUC-RIO (2010). Mestre em Relações Internacionais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro – PUC-RIO (2011). Atualmente, é doutoranda em Relações Internacionais e ministra a disciplina de Genocídio e Política Internacional na mesma universidade. Possui interesse nas áreas de conflitos contemporâneos, relações de gênero, justiça transicional e políticas de memorialização. Bolsista CAPES. E-mail: nanda-alves@hotmail.com

² Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro – UNIRIO (2009). Especialista em Segurança Pública, Cultura e Cidadania pela Universidade Federal do Rio de Janeiro – UFRJ (2011). Mestre em Direito e Políticas Públicas pela Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro – UNIRIO (2014). Doutorando em Ciências Jurídico-Criminais na Universidade de Coimbra – UC. Bolsista CAPES. E-mail: saldanha.rafael@hotmail.com.

³ SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 44.

Na Inglaterra foram criadas cartas e estatutos assecuratórios de direitos fundamentais, como a Magna Carta em 1215, que tinha como finalidade garantir alguns privilégios aos nobres ingleses. Em seguida, no século XVII, foram criados outros documentos, como: *a Petition of Rights* em 1628, o *Habeas Corpus Amendment Act* em 1679 e o *Bill of Rights* em 1688.

A Teoria do Direito Natural dos séculos XVI e XVII teve grande influência na origem dos direitos fundamentais, conceituando-os como direitos inalienáveis, inatos, inerentes à pessoa humana. Nos séculos XVII e XVIII, o jusnaturalismo chegou ao seu ponto culminante de desenvolvimento, atingido seu ápice no Iluminismo. Ressalta-se a contribuição da obra de John Locke, que reconheceu os direitos naturais e inalienáveis do homem com uma eficácia oponível aos que possuíam o poder⁴.

Entretanto, o Direito Natural tornou-se insuficiente, pois era necessário o reconhecimento por meio de normas jurídicas de Direito Positivo. Dessa maneira, os direitos fundamentais foram primeiramente adotados em enunciados explícitos nas declarações de direitos e posteriormente positivados, mediante sua constitucionalização.

Norberto Bobbio⁵ leciona que esta insuficiência do jusnaturalismo ocorre pelo fato de que somente após o reconhecimento desses direitos fundamentais por normas jurídicas positivas é que estes passam a ter força normativa:

Quando os direitos do homem eram considerados unicamente como direitos naturais, a única defesa possível contra a sua violação pelo Estado era um direito igualmente natural, o chamado direito de resistência.

No sentido moderno, as cartas e estatutos não são declarações de direitos, pois seus textos não possuíam força coercitiva, apenas condicionavam a formação de regras de mais ampla proteção dos direitos fundamentais.

A primeira declaração de direitos fundamentais foi a *Declaração de Direitos do Bom Povo da Virginia*, em 1776. Este documento estruturava um governo democrático com um sistema de limitação de poderes. Guilherme Peña de Moraes ressalta que esta declaração é uma prova da influência jusnaturalista⁶ nos direitos fundamentais, como se pode concluir com a leitura do art. 1º da declaração:

⁴ *Ibidem*, p. 45.

⁵ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 2004, p.51.

⁶ MORAES, Guilherme Peña de. Dos direitos fundamentais – contribuição para uma teoria. São Paulo: LTr, 1997, p. 47.

Todos os homens nascem igualmente livres e independentes, tem direitos certos, essenciais e naturais dos quais não podem, por nenhum contrato, provar nem despojar sua posteridade(...)

A Assembleia Constituinte francesa aprovou, em 1789, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão. A declaração proclamou os princípios da liberdade, da igualdade, da propriedade e da legalidade e as garantias liberais que se encontram nas constituições atuais. Podemos observar também uma tendência jusnaturalista em seu texto⁷:

Os representantes do Povo Francês constituídos em Assembleia Nacional (...) resolvem expor em uma declaração solene os direitos naturais, inalienáveis, imprescritíveis e sagrados do homem (...)

Bobbio⁸ destaca que, em relação ao conteúdo das declarações, tanto a norte-americana quanto a francesa tiveram grande influência no direito natural, no entanto, a declaração francesa faz referência à “vontade geral” como titular do poder legislativo. Além disso, o art. 2º os define como imprescritíveis, determinando que não haja limitação temporal a esses direitos:

Com relação ao conteúdo dos dois textos, apesar das diferenças muitas vezes assinaladas — a mais evidente das quais é a referência da declaração francesa à “vontade geral” como titular do poder legislativo (art. 6º), de nítida derivação rousseauísta não se pode deixar de reconhecer que ambos têm sua origem comum na tradição do direito natural, a qual, em minha opinião, é bem mais determinante, mesmo na declaração francesa, do que a tradição do autor do Contrato social. O ponto de partida comum é a afirmação de que o homem tem direitos naturais que, enquanto naturais, são anteriores à instituição do poder civil e, por conseguinte, devem ser reconhecidos, respeitados e protegidos por esse poder. O art. 2º os define como “imprescritíveis”, querendo com isso dizer que — à diferença dos direitos surgidos historicamente e reconhecidos pelas leis civis — não foram perdidos nem mesmo pelos povos que não os exerceram durante um longo período de tempo, ab imemorabili. O primeiro crítico severo da Revolução Francesa, Edmund Burke, afirmou — tão logo chegam à Inglaterra as notícias da sublevação parisiense — a célebre tese da prescrição histórica, segundo a qual os direitos dos ingleses recebem sua força não do fato de serem naturais, mas de se terem afirmado através de um hábito de liberdade, desconhecido pela maior parte dos demais povos. Ao contrário da teoria da prescrição histórica, a tese da imprescritibilidade tem — consciente e intencionalmente — um valor revolucionário.

⁷ *Ibidem*, 53.

⁸ BOBBIO, Norberto. *Op. Cit.*, p. 50.

Dessa forma, a declaração francesa tem um caráter universalista pelo fato de que os direitos fundamentais são imprescritíveis e não possuem limitação espacial, sendo válidos para toda humanidade.

A Declaração Universal dos Direitos do Homem foi aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 1948. Logo no seu preâmbulo é reconhecida a dignidade da pessoa humana como base para a liberdade, justiça e paz. Entretanto, Bobbio alerta sobre a importância, sobretudo, de como serão garantidos os direitos fundamentais de modo que os mesmos não sejam violados:

Não se trata de saber quais e quantos são esses direitos, qual é sua natureza e seu fundamento, se são direitos naturais ou históricos, absolutos ou relativos, mas sim qual é o modo mais seguro para garanti-los, para impedir que, apesar das solenes declarações, eles sejam continuamente violados. De resto, quando a Assembléia Geral da ONU, em sua última sessão, acolheu a proposta de que a Conferência Internacional dos Direitos do Homem, decidida na sessão do ano anterior, fosse realizada em Teerã na primavera de 1968, fazia votos de que a conferência assinalasse “um notável passo à frente na ação empreendida no sentido de encorajar e ampliar o respeito aos direitos humanos e às liberdades fundamentais”? Entende-se que a exigência do respeito” aos direitos humanos e às liberdades fundamentais nasce da convicção, partilhada universalmente, de que eles possuem fundamento: o problema do fundamento é ineludível⁹.

Bobbio entende que um modo que pode ser factualmente comprovado na história, e que dá justificativa aos valores, é aquele apoiado no consenso. E este consenso geral como fundamento dos valores do direito ocorreu com a Declaração Universal dos Direitos do Homem. Dessa forma, esses valores passaram a ser universais e compartilhados entre a maioria:

Mas, quando digo que o problema mais urgente que temos de enfrentar não é o problema do fundamento, mas o das garantias, quero dizer que consideramos o problema do fundamento não como inexistente, mas como — em certo sentido — resolvido, ou seja, como um problema com cuja solução já não devemos mais nos preocupar. Com efeito, pode-se dizer que o problema do fundamento dos direitos humanos teve sua solução atual na Declaração Universal dos Direitos do Homem aprovada pela Assembléia-Geral das Nações Unidas, em 10 de dezembro de 1948. A Declaração Universal dos Direitos do Homem representa a manifestação da única prova através da qual um sistema de valores pode

⁹ *Ibidem*, p. 17.

ser considerado humanamente fundado e, portanto, reconhecido: e essa prova é o consenso geral acerca da sua validade¹⁰.

O autor estabelece importante crítica ao jusnaturalismo presente no artigo 1º da declaração, que estabelece que “*Todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos*”. Para Bobbio, a liberdade e igualdade não são um dado de fato e sim um ideal a perseguir:

Ainda que a hipótese do estado de natureza tenha sido abandonada, as primeiras palavras com as quais se abre a Declaração Universal dos Direitos do Homem conservam um claro eco de tal hipótese: “Todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos.” O que é uma maneira diferente de dizer que os homens são livres e iguais por natureza. E como não recordar as primeiras célebres palavras com que se inicia o Contrato social de Rousseau, ou seja: “O homem nasceu livre e por toda a parte encontra-se a ferros”? A Declaração conserva apenas um eco porque os homens, de fato, não nascem nem livres nem iguais. São livres e iguais com relação a um nascimento ou natureza ideais, que era precisamente a que tinham em mente os jusnaturalistas quando falavam em estado de natureza. A liberdade e a igualdade dos homens não são um dado de fato, mas um ideal a perseguir; não são uma existência, mas um valor; não são um ser, mas um dever ser¹¹.

A percepção dos direitos como fundamentais foi fruto da evolução da própria sociedade. Para Bobbio, estes direitos são derivados de um homem cuja natureza é circunstancial, histórica e mutável. A Declaração Universal representa a consciência que a humanidade tem dos próprios valores fundamentais frutos de conquistas sociais ao longo da história. Na próxima seção examinaremos como se deram essas conquistas, analisando a teoria das gerações (ou dimensões¹²) dos direitos fundamentais.

2. AS DIMENSÕES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Inicialmente, cumpre examinar a Teoria do Status de Jellinek que nos permite compreender a posição jurídica das dimensões dos direitos fundamentais. Esta

¹⁰ *Ibidem*, p. 17.

¹¹ *Ibidem*, p. 18.

¹² O termo geração é mais conhecido e usual, contudo a doutrina tem caminhado para o entendimento que a nomenclatura mais correta seria dimensão. A teoria das gerações está ligada ao surgimento dos direitos fundamentais, de forma que cada geração não substitui a anterior e sim a complementa, por isso a ideia de dimensão seria mais adequada. Ver GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo constitucional e direitos fundamentais**. São Paulo: Celso Bastos, 1999, p. 40.

teoria ensina que estes direitos garantem aos indivíduos determinadas posições jurídicas, denominada *status*, em face do Estado¹³.

O *status negativus* refere-se à esfera de liberdade, nos quais as ações são livres porque não são proibidas. O *status positivus* atribui ao indivíduo capacidades jurídicas para exigir do Estado prestações positivas. O *status passivus* é aquele em que o indivíduo está sujeito à posição de cumprir obrigações impostas pelo Estado. Enquanto que o *status activus* confere ao indivíduo competências para participar do Estado, como exemplo, por meio dos direitos políticos.

Robert Alexy¹⁴, embora reconheça a relevância da teoria de Jellinek para o estudo dos direitos fundamentais, ressalta as deficiências desta teoria que necessitam ser superadas:

Sua debilidade reside no fato de que nem sempre são claras as relações entre as posições elementares e os status nem as que se dão entre as diferentes posições elementares nem sempre são claras. Contudo, esta debilidade pode ser superada se fundamenta a teoria do status sobre uma teoria das posições jurídicas fundamentais.

Para Alexy, os direitos fundamentais, no primeiro momento, buscam proteger o indivíduo do Estado, sendo direitos de defesa do cidadão. Exigem, portanto, uma ação negativa do Estado (abstenções), ou seja, limitam o poder do Estado.

Conforme argumenta Alexy:

De acordo com a interpretação liberal clássica, direitos fundamentais são destinados, em primeira instância, a proteger a esfera de liberdade do indivíduo contra intervenções dos Poderes Públicos; eles são direitos de defesa do cidadão contra o Estado. Direitos de defesa do cidadão contra o Estado são direitos a ações negativas (abstenções) do Estado¹⁵.

Já no segundo momento, os direitos fundamentais passam a exigir do Estado uma ação positiva para que haja a promoção da dignidade da pessoa humana. O referido autor então classifica essa faceta dos direitos fundamentais como direito à prestação Estatal.

O autor prossegue:

¹³ BARROS, Suzana de Toledo. O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais. Brasília: Brasília Jurídica. 2003, p. 135.

¹⁴ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**, 1ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 262.

¹⁵ *Ibidem*, p. 433.

Seu contraponto são os direitos a uma ação positiva do Estado, que pertencem aos status positivo, mais precisamente ao status positivo em sentido estrito. Se se adota um conceito amplo de prestação, todos os direitos a uma ação estatal positiva podem ser classificados como direitos a prestações estatais em um sentido mais amplo; de forma abreviada: como direitos a prestações em sentido amplo. Saber se e em que medida se deve atribuir aos dispositivos de direitos fundamentais normas que garantam direitos a prestações em sentido amplo é uma das questões mais polêmicas da atual dogmática dos direitos fundamentais. Especialmente intensa é a discussão sobre os assim chamados direitos fundamentais sociais, como por exemplo, direitos à assistência social, ao trabalho, à moradia e à educação¹⁶.

Os direitos fundamentais, ditos de primeira dimensão, têm como fator histórico a origem das chamadas revoluções liberais, ocorridas no final do século XVIII, que buscavam o fim do Absolutismo. Um dos objetivos da burguesia na Revolução Francesa era limitar o poder estatal, exigindo um limite na atuação do Estado garantindo precipuamente a liberdade dos indivíduos. É, portanto, na classificação de Robert Alexy um direito de defesa, que objetiva a abstenção do Estado.

Os direitos fundamentais de primeira geração, também conhecidos como as liberdades públicas, ou direitos de defesa, têm como exemplos mais importantes o direito à liberdade de expressão, liberdade de imprensa, liberdade religiosa, liberdade de reunião e direito à propriedade privada.

A segunda geração dos direitos fundamentais está ligada à igualdade material, pois a igualdade formal - que garante a igualdade de tratamento - já havia sido conquistada na primeira geração. Esta igualdade material busca uma atuação estatal que promova a igualdade, de forma a reduzir as desigualdades sociais existentes. São chamados, portanto, de direitos sociais. Seu fator histórico preponderante foi a Revolução Industrial, com a luta do proletariado por direitos sociais, já que a liberdade sem igualdade não teria serventia. Para Alexy, esta geração consagra os direitos a prestações, que exigem uma ação positiva do Estado.

Os direitos fundamentais de terceira geração estão ligados à fraternidade, ou à solidariedade. São direitos transindividuais, alguns coletivos outros difusos, sendo uma categoria heterogênea. São marcados pelas mudanças na conjuntura mundial nas relações econômicas e sociais, como a noção do direito das gerações futuras a um meio ambiente preservado.

¹⁶ *Ibidem*, p. 433.

Nesse sentido, Norberto Bobbio também entende que os direitos de primeira dimensão exigem um “não-agir” do Estado, enquanto que os direitos de segunda dimensão demandam uma ação positiva estatal:

Mais uma prova, se isso ainda fosse necessário, de que os direitos não nascem todos de uma vez. Nascem quando devem ou podem nascer. Nascem quando o aumento do poder do homem sobre o homem — que acompanha inevitavelmente o progresso técnico, isto é, o progresso da capacidade do homem de dominar a natureza e os outros homens — ou cria novas ameaças à liberdade do indivíduo ou permite novos remédios para as suas indigências: ameaças que são enfrentadas através de demandas de limitações do poder; remédios que são providenciados através da exigência de que o mesmo poder intervenha de modo protetor. As primeiras, correspondem os direitos de liberdade, ou um não-agir do Estado; aos segundos, os direitos sociais, ou uma ação positiva do Estado. Embora as exigências de direitos possam estar dispostas cronologicamente em diversas fases ou gerações, suas espécies são sempre — com relação aos poderes constituídos, apenas duas: ou impedir os malefícios de tais poderes ou obter seus benefícios. Nos direitos de terceira e de quarta geração, podem existir direitos tanto de uma quanto de outra espécie¹⁷.

Além disso, o autor ressalta que a igualdade tratada no artigo 1º da Declaração Universal de Direitos do Homem assegura aos indivíduos uma “igual liberdade”, objetivando com isso excluir as discriminações entre homens:

Com relação aos direitos de liberdade, vale o princípio de que os homens são iguais. No estado de natureza de Locke, que foi o grande inspirador das Declarações de Direitos do Homem, os homens são todos iguais, onde por “igualdade” se entende que são iguais no gozo da liberdade, no sentido de que nenhum indivíduo pode ter mais liberdade do que outro. Esse tipo de igualdade é o que aparece enunciado, por exemplo, no art. 1º da Declaração Universal, na afirmação de que “todos os homens nascem iguais em liberdade e direitos”; afirmação cujo significado é que todos os homens nascem iguais na liberdade, no duplo sentido da expressão: “os homens têm igual direito à liberdade”; “os homens têm direito a uma igual liberdade”. São todas formulações do mesmo princípio, segundo o qual deve ser excluída toda discriminação fundada em diferenças específicas entre homem e homem, entre grupos e grupos, como se lê no art. 3º da Constituição italiana, o qual, depois de ter dito que os homens têm “igual dignidade social” — acrescenta, especificando e precisando, que são iguais diante da lei, sem distinção de sexo, de raça, de língua, de religião, de opinião política, de condições pessoais ou sociais. O mesmo princípio

¹⁷ BOBBIO, Norberto. *Op. Cit.*, p. 9.

é ainda mais explícito no art. 2º, I, da Declaração Universal, no qual se diz que “cabe a cada indivíduo todos os direitos e todas as liberdades enunciadas na presente Declaração, sem nenhuma distinção por razões de cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outro tipo, por origem nacional ou social, riqueza, nascimento ou outra consideração”¹⁸.

Entretanto, não basta que os direitos fundamentais sejam adotados mediante documentos escritos, é necessários que sejam efetivos e desfrutados pela sociedade. José Afonso da Silva¹⁹ distingue eficácia social de eficácia jurídica da norma. A primeira se refere a sua aplicação no plano dos fatos (efetividade), já a segunda se relaciona com a capacidade de aplicabilidade jurídica (exigibilidade):

A eficácia social da norma significa a sua efetiva obediência e aplicação no plano dos fatos, correspondendo ao que tecnicamente se chama efetividade. Já a eficácia jurídica designa a qualidade de produzi, em maior ou menor grau, efeitos jurídicos ao regular, desde logo, as situações, relações e comportamentos nele indicados; nesse sentido a eficácia diz respeito à aplicabilidade, exigibilidade, ou executoriedade da norma, como possibilidade de sua aplicação jurídica.

As normas constitucionais, quanto à eficácia jurídica, podem ser divididas em: eficácia plena; de eficácia contida e de eficácia limitada²⁰. As normas de eficácia plena são dotadas de aplicabilidade direta, imediata. As normas de eficácia contida possuem aplicabilidade direta e imediata, mas pode ter o seu alcance restringido em razão da existência na própria norma de uma cláusula expressa de redutibilidade ou em razão dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade. Enquanto não materializado o fator de restrição, a norma tem eficácia plena. E por último, as normas de eficácia limitada são aquelas que necessitam de regulamentação para se tornarem aplicáveis.

Os direitos à prestação impõem uma ação positiva estatal, o que dificulta a aplicabilidade imediata destas normas. Bobbio²¹ alerta sobre a diferença de se proclamar os direitos fundamentais e de fato desfrutá-los efetivamente:

Mas uma coisa é proclamar esse direito, outra é desfrutá-lo efetivamente. A linguagem dos direitos tem indubitavelmente uma grande função prática, que é emprestar uma força particular às reivindicações dos movimentos que demandam para si e para os outros a satisfação de

¹⁸ *Ibidem*, p. 34.

¹⁹ SILVA, José Afonso. Aplicabilidade das normas constitucionais. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 65-66.

²⁰ *Ibidem*, p. 91 e ss.

²¹ BOBBIO, Norberto. *Op. Cit.*, p. 11.

novos carecimentos materiais e morais; mas ela se torna enganadora se obscurecer ou ocultar a diferença entre o direito reivindicado e o direito reconhecido e protegido. Não se poderia explicar a contradição entre a literatura que faz a apologia da era dos direitos e aquela que denuncia a massa dos "sem-direitos". Mas os direitos de que fala a primeira são somente os proclamados nas instituições internacionais e nos congressos, enquanto os direitos de que fala a segunda são aqueles que a esmagadora maioria da humanidade não possui de fato (ainda que sejam solene e repetidamente proclamados).

A Constituição brasileira possui o caráter de vinculação dos direitos fundamentais por meio da força normativa dos princípios constitucionais. Nesse contexto, ao garantir que a saúde é um direito de todos e um dever do Estado em seu artigo 196, reconhece o direito à saúde como um direito social e impõe aos poderes públicos a implementação de políticas públicas capazes de satisfazer esse direito.

É nesse panorama que esta pesquisa se insere, buscando a analisar o controle judicial das políticas públicas e os seus limites. Dentre os argumentos contrários à intervenção judicial²², pode-se ressaltar que alguns direitos sociais estão previstos em normas de eficácia limitada e essas normas teriam apenas uma eficácia negativa, ou seja, podem apenas invalidar a legislação infraconstitucional contrária, mas não poderiam ser aplicadas diretamente ao caso concreto, não sendo, portanto, capazes de direitos subjetivos.

Além disso, outro argumento nesse sentido seria que a intervenção do Judiciário nas políticas públicas é contrária à democracia, já que os poderes Legislativo e Executivo são eleitos pelo povo periodicamente para definir as prioridades na implementação dos direitos sociais, pois estes requerem um custo, e o orçamento público é limitado. A intervenção judicial seria, então, uma afronta ao princípio da separação dos poderes²³.

Dentre os argumentos favoráveis, cabe ressaltar que apesar do Judiciário não possuir a função de definir as prioridades na implementação das políticas públicas, também não pode escusar-se de apreciar qualquer lesão a um direito, conforme defendido por Luís Roberto Barroso²⁴.

²² LOPES, José Reinaldo de Lima. Direito Subjetivo e Direitos Sociais: O Dilema do Judiciário No Estado Social de Direito. (In Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça. Org. José Eduardo Faria). São Paulo: Malheiros, 1998.

²³ BARCELLOS, Ana Paula de. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático. Revista de Direito do Estado. Para, Renovar, n. 3, julho/setembro, 17-54, 2006.

²⁴ BARROSO, Luís Roberto. O Direito Constitucional e a Efetividade de Suas Normas: Limites e Possibilidades da Constituição Brasileira. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

Na próxima seção será analisada a possibilidade de subjetivação dos direitos prestacionais, utilizando-se, para tanto, a teoria de sopesamento de princípios desenvolvida por Robert Alexy.

3. A SUBJETIVAÇÃO DO DIREITO À PRESTAÇÃO

Os direitos sociais, ou direitos às prestações estatais, segundo Robert Alexy²⁵, são aqueles que efetivam a liberdade dos indivíduos. O autor sustenta em sua obra, que a fundamentação do direito à prestação remonta as origens do modelo de Estado Clássico contratualista:

Sua fundamentação no âmbito do modelo de Estado clássico contratualista, que nos últimos tempos tem experimentado um vigoroso renascimento, é praticamente inevitável. A ampla renúncia a direitos à autoproteção efetiva, determinada pela transição (hipotética) de uma situação pré-estatal para uma situação estatal, só pode ser racionalmente fundamentada se o indivíduo receber, por essa renúncia, um direito à proteção estatal efetiva. Que essa ideia tem “assento na realidade” não é, portanto, uma simples construção hipotética, é algo que é possível perceber por meio do fato de que, onde o Estado deixa de ter iniciativa ou força para a satisfação do direito a proteção, não raramente formam-se organizações privadas de proteção, com o intuito de fazer valer direitos individuais.²⁶

A problemática gira em torno de a Constituição ter conferido aos poderes Legislativo e Executivo a competência para estabelecer as prioridades nas prestações, já que são eleitos para esse fim. O Poder Judiciário não poderia entrar no mérito do ato sob pena de violar o princípio da separação dos poderes.

Contudo, Alexy argumenta que a ausência de uma prestação prevista na constituição, ainda que por norma programática, pode gerar um direito subjetivo ao indivíduo de exigí-la. Sendo assim, mesmo quando um direito à prestação é assegurado em nível de princípio e não em uma norma de eficácia plena, existe a possibilidade de, no caso concreto, gerar a obrigatoriedade da prestação:

²⁵ Cumpre ressaltar que a escolha de Robert Alexy como o autor base nesta seção se deu precisamente pela sua concepção de Direito em recorrer a um meta-critério para solução de conflitos entre duas regras constitucionais, fundado na regra de precedência entre os princípios, levando-se em consideração as situações concretas dos casos. Observa-se que a relação elaborada pelo autor entre regras e princípios se mostra adequada a responder a complexidade do Estado contemporâneo.

²⁶ ALEXY, Robert. *Op. Cit.*, p. 455.

Se às normas que conferem um direito prima facie é acrescida uma cláusula de restrição, essas normas adquirem o caráter de normas que, embora carentes de concretização – que ocorre por meio de sopesamentos-, garantem direitos definitivos. Se o suporte fático for preenchido e a cláusula de restrição não for, o titular tem um direito definitivo. Natureza de princípio e exigibilidade perfeita são, portanto, compatíveis. Isso vale tanto para os direitos de defesa quanto para os direitos a prestações.²⁷

Ainda que nem todo direito social seja um direito subjetivo, o artigo 5º, § 1º da CRFB consagrou princípio da máxima efetividade: “§ 1º - As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”. Este artigo habilita todos os direitos sociais candidatos a se tornarem um direito subjetivo, analisado o caso concreto. Para Alexy, as normas definidoras de direitos sociais possuem natureza de princípio:

Não é totalmente excluída a possibilidade de se atribuir aos dispositivos de direitos fundamentais, por meio de interpretação, direitos morais até então não reconhecidamente de nível constitucional, e também no fato de que toda norma objetiva que seja vantajosa para um sujeito de direito é, em princípio, uma candidata a uma subjetivação.

Enquanto direitos subjetivos, todos os direitos a prestação são relações triádicas entre um titular do direito fundamental, o Estado e uma ação estatal positiva. Se o titular do direito fundamental a tem um direito em face do Estado (s) a que o Estado realize a ação positiva h, então, o Estado tem, em relação a a, o dever de realizar h. Sempre que houver uma relação constitucional desse tipo, entre um titular de direito fundamental e o Estado, o titular do direito fundamental tem a competência de exigir judicialmente esse direito. Isso é assim em razão do direito constitucional positivo, por força do art. 19, §4º, 1, da Constituição alemã. Essa exigibilidade, caracterizada por Wolff como “perfeita”, é inteiramente compatível com a possibilidade de que os direitos a prestações, tanto quanto os direitos de defesa, tenham um caráter prima facie, ou seja, natureza de princípios(...)

(...) Se se deixa de lado, em um primeiro momento, a cláusula “em princípio”, que sugere uma vinculação mais ampla, então, no que diz respeito à vinculação do legislador, dessas duas citações decorrem duas proposições: (1) o Estado tem que adotar ao menos uma medida efetiva; e (2) caso há apenas uma medida efetiva, o Estado tem que adota - lá.”(...)²⁸

²⁷ *Ibidem*, p. 446.

²⁸ *Ibidem*, p. 445-446.

Dessa maneira, se seguirmos a teoria de Alexy, fica claro que o indivíduo pode recorrer, em determinadas situações, ao Judiciário para exigir do Estado um direito à prestação consagrado na Constituição. Nesse sentido, sua teoria se mostra de essencial importância para conceituar as constituições contemporâneas, pois neste sistema constitucional não se admite a colisão direta de regras, uma vez que estas possuem idêntica hierarquia. Entretanto, entre princípios se admite a colisão no caso concreto.

Neste ponto, Alexy se aproxima de um conceito de princípio muito próximo ao de Dworkin, pois para ambos os princípios possuem diferentes graus dependendo de cada situação apresentada.

Para Alexy, os princípios determinam que alguma coisa seja concretizada no maior grau possível, dentre as possibilidades reais e jurídicas existentes. Por isso, o autor classifica os princípios como norma de otimização (*Optimierungsgebot*). A diferença entre regra e princípio reside na qualidade especial que os princípios possuem:

*O ponto decisivo para a distinção entre regras e princípios é que os princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes. Portanto, os princípios são 'mandatos de otimização', que estão caracterizados pelo fato de que podem ser cumpridos em diferente grau e que a medida devida de seu cumprimento não só depende das condições reais como das jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado por princípios e regras opostos. Em sentido diverso, as regras são normas que somente podem ser cumpridas ou não. Se uma regra é válida, então deve ser feito exatamente o que ela exige, nem mais nem menos. Portanto, as regras contêm determinações no âmbito do fático e juridicamente possível. Isto significa que a diferença entre regras e princípios é qualitativa e não de grau. Toda norma é ou bem uma regra ou um princípio*²⁹.

Alexy salienta que no caso de colisões de princípios, estas devem ser solucionadas a partir de uma metodologia própria. Muito embora um princípio deva ceder ao outro, isto não significa que este deva ser declarado inválido, e sim que um precedeu ao outro nesta circunstância. O princípio que deve prevalecer é aquele que possui maior peso no caso concreto. Já as regras não permitem este tipo de dimensão baseada em peso:

As colisões de princípios devem ser solucionadas de maneira totalmente distinta. Quando dois princípios entram em colisão – tal como é o caso

²⁹ ALEXY, Robert. *Op. Cit.*, p. 86.

*quando segundo um princípio algo está proibido e, segundo outro princípio, está permitido – um dos dois princípios tem de ceder ao outro. Mas, isto não significa declarar inválido o princípio afastado nem que o princípio afastado tenha de introduzir uma cláusula de exceção. O que sucede em verdade é que, sob certas circunstâncias um dos princípios precede o outro. Sob outras circunstâncias, a questão da precedência pode ser solucionada de maneira diversa. Isto é o que se quer dizer quando se afirma que nos casos concretos os princípios têm diferente peso e que prevalece o princípio com maior peso. Os conflitos de regras se levam a cabo na dimensão da validade; a colisão de princípios – como só podem entrar em colisão princípios válidos – tem lugar mais além da dimensão da validade, na dimensão de peso.*³⁰

O autor desenvolve seu argumento de que toda norma é assentada em um princípio, portanto, quando ocorrem os casos de colisão entre regras constitucionais, é possível que se estabeleça uma ponderação entre os princípios que envolvem o caso concreto. Da obrigação de otimização dos princípios percebe-se que, no caso de colisão entre eles, quanto maior o grau de descumprimento de um princípio, maior deve ser a importância do cumprimento do outro.

No Brasil, seguindo essa mesma linha de entendimento se encontra Barroso³¹, que classifica o direito à saúde como integrantes do direito social baseado em normas constitucionais definidoras de direitos. Dessa forma, estas normas criam para seus beneficiários situações de eficácia imediata, que devem ser materializadas por prestações positivas pelo Estado e, caso não sejam satisfeitas, surge a possibilidade de o cidadão postular seu cumprimento pela via judicial.

O autor salienta ainda que, embora exista o direito subjetivo à saúde, a sua previsão está em normas de natureza programática. Dessa forma, a pronta verificação de seu cumprimento é complexa e se depara com limites de caráter econômico e político.

Ingo Sarlet³² também ressalta a característica programática das normas definidoras de direitos sociais, contudo, avalia também que o cunho programático deste tipo de norma constitucional não impede que delas se retirem direitos subjetivos, inclusive os de natureza prestacional. Para o autor, o artigo 196

³⁰ *Ibidem*, p. 89

³¹ BARROSO, Luís Roberto. *Op.Cit.*, p 39.

³² SARLET, Ingo. A Titularidade Simultaneamente Individual e Transindividual dos Direitos Sociais Analisada à Luz do Exemplo do Direito à Proteção e Promoção da Saúde. In **Direito Sanitário**. Rio de Janeiro: Elsevier, p. 99-116, 2012.

enuncia axiologicamente que a saúde é direito de todos e dever do Estado, e daí deriva a imposição ao poder público de concretização deste direito por meio de uma série de tarefas e diretrizes.

Assim, ratifica-se a subjetividade do direito à saúde, ou seja, o poder de ação de exigir a satisfação de um benefício. Contudo, como salientado por Barroso, é de uma natureza complexa a verificação do cumprimento ou não deste direito social.

Alexy traz um fundamental avanço para a teoria constitucional na medida em que recorre a um meta-critério para solucionar o problema de colisões entre regras e princípios. Neste modelo de Direito, Alexy classifica as normas constitucionais em três níveis: procedimentos, regras e princípios, por meio dos quais busca racionalizar a prática jurídica dentro do Estado Constitucional de Direito:

É, onde e até que ponto são necessários os julgamentos de valor, como deve ser determinado o relacionamento entre estes julgamentos de valor e os métodos de interpretação jurídica, bem como as proposições e conceitos da dogmática jurídica, e como estes julgamentos de valor podem ser racionalmente fundamentados ou justificados. A resposta a estas perguntas é de grande significado teórico e prático. Dela, no mínimo, depende a decisão sobre o caráter científico da jurisprudência. Ela tem um grande peso para o problema da legitimidade da regularização dos conflitos sociais através das sentenças judiciais. Pois se os julgamentos têm como base julgamentos de valor e esses julgamentos de valor não são racionalmente fundamentados, então, no mínimo, em muitos casos as convicções normativas, respectivamente as decisões de um grupo profissional formam a base para essa regularização de conflitos, uma base que não pode nem tem mais nenhuma justificação³³.

Nesta passagem da obra de Alexy, observamos sua preocupação com os limites da intervenção judicial, salientando ainda sua apreensão com uma exagerada valoração na metodologia da interpretação jurídica. Para o autor, o caráter científico da jurisprudência possui grande importância para legitimar racionalmente as decisões.

Pretende-se, neste trabalho, demonstrar que os limites do controle judicial das políticas públicas se relacionam diretamente com os conceitos de democracia. Nesse sentido, esta qualificação de regras e princípios de Robert Alexy se mostra muito importante para atender às complexidades do Estado Contemporâneo,

³³ ALEXY, Robert. Teoria da Argumentação Jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica. São Paulo: Editora Landy, 2001, p. 20.

pois em um sistema onde só existissem regras os juízes não poderiam atender as peculiaridades do caso concreto. Por outro lado, um sistema apenas de princípios levaria ao subjetivismo completo, o que acarretaria uma afronta à democracia representativa, pois os juízes se afastariam da vontade do legislador.

Entretanto, antes de adentrarmos no debate que permeia a intervenção judicial nesses casos, se faz necessário primeiramente tecer algumas considerações no que tange ao processo de formulação de políticas públicas e suas idiossincrasias, para melhor indicar o tipo e o momento adequado de atuação do Poder Judiciário em cada caso concreto.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. Teoria da Argumentação Jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica. São Paulo: Editora Landy, 2001.

_____. Teoria dos Direitos Fundamentais, 1ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

BARCELLOS, Ana Paula de. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático. Revista de Direito do Estado. Para, Renovar, n. 3, julho/setembro, 17-54, 2006.

BARROS, Suzana de Toledo. O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais. Brasília: Brasília Jurídica. 2003.

BARROSO, Luís Roberto. O Direito Constitucional e a Efetividade de Suas Normas: Limites e Possibilidades da Constituição Brasileira. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

BOBBIO, Norberto. A era dos direitos. Rio de Janeiro: Campus, 2004.

LOPES, José Reinaldo de Lima. Direito Subjetivo e Direitos Sociais: O Dilema do Judiciário No Estado Social de Direito. (In Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça. Org. José Eduardo Faria). São Paulo: Malheiros, 1998.

MORAES, Guilherme Peña de. Dos direitos fundamentais – contribuição para uma teoria. São Paulo: LTr, 1997.

SILVA, José Afonso. Aplicabilidade das normas constitucionais. São Paulo: Malheiros, 1999.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

_____. A Titularidade Simultaneamente Individual e Transindividual dos Direitos Sociais Analisada à Luz do Exemplo do Direito à Proteção e Promoção da Saúde. In Direito Sanitário. Rio de Janeiro: Elsevier, p. 99-116, 2012.

A CONVERGÊNCIA ENTRE COOPERAÇÃO PROCESSUAL E CONSENSUALIDADE ADMINISTRATIVA, NA GESTÃO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Jessé Torres Pereira Junior, Desembargador e Professor-coordenador dos cursos de pós-graduação em Direito Administrativo da Escola da Magistratura e da Escola de Administração Judiciária do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro

Thaís Marçal, mestranda em Direito da Cidade pela UERJ, Especialista em Direito Público pela UCAM, Pós-graduada pela EMERJ. Bacharel em Direito pela UERJ.

1. INTRODUÇÃO

As codificações, da antiguidade do Corpus Juris Civilis romano ao Código Civil de Napoleão, no alvorecer do século XIX, sempre pretenderam esgotar o universo das relações do direito sob sua incidência, como resultado do positivismo que caracterizou esse tempo da história do direito. Um dos mais instigantes desafios da interpretação dos códigos é o de deles extrair possíveis interações com direitos externos à sua disciplina, ao se afastar o positivismo exacerbado em homenagem à segurança jurídica que se deve buscar na multiplicidade de fontes e, não, apenas, na norma positivada.

A Lei nº 13.105/2015, que aprovou o novo Código de Processo Civil brasileiro, torna a descoberta dessas interações ainda mais desafiante, tanto que ela própria se lança na construção de pontes integrativas desde a dicção de seus artigos 1º (O processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as

normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código) e 15 (Na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as disposições deste Código lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente).

Ao contrário da presunção da obra perfeita e definitiva, que levou Napoleão a excluir *mon code est perdu!*, ao defrontar-se com os primeiros comentários doutrinários sobre o Código Civil, de Maleville (1804), o novo Código de Processo Civil brasileiro levou em conta debates conduzidos por uma heterogênea Comissão de Juristas (membros da magistratura, do ministério público, da academia, da advocacia). Sua gestação incluiu ampla participação da sociedade civil, de modo a agregar novos pontos de vistas e possibilidades, a partir, como dito no seu art. 1º, dos “valores e normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República”.

A menção a “valores” é distintiva, por isto que a edição da nova lei, ao invés de encerrar os debates, inaugurou outra etapa de diálogo com outros ramos das ciências jurídicas, todos, a seu turno, com raízes naqueles valores e normas constitucionais. Cabe a cada um desses ramos identificar os pontos de interseção e de tangência com o novo Código a partir desses valores, entre os quais o presente texto - não mais do que provocativo - destaca o da cooperação, para nele divisar afinidade com a proposta da consensualidade, que tende a caracterizar o processo administrativo na gestão pública do estado democrático de direito, para cuja construção aponta não menos do que o art. 1º da Carta Fundamental.

2. O PRINCÍPIO DA COOPERAÇÃO

O princípio da cooperação agasalhado pelo novo CPC pode ser conceituado como “o dever de colaboração entre as partes com o juiz a fim de ser prestada a melhor tutela jurisdicional possível”¹.

Para Luiz Guilherme Marinoni, Sergio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero², “a colaboração é um modelo que visa organizar o papel das partes e do juiz na conformação do processo, estruturando-o como uma verdadeira comunidade

¹ FLEXA, Alexandre; MACEDO, Daniel; BASTOS, Fabrício. *Novo Código de Processo Civil*. Salvador: JusPodium, 2015, p. 46.

² MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Processo Civil Comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 100.

de trabalho [...], em que se privilegia o trabalho processual em conjunto do juiz e das partes". E Fredie Didier Junior³ vê na cooperação o modo como o processo civil deve ser estruturado⁴.

José Miguel Garcia Medina⁵ acrescenta que todos os sujeitos processuais (parte e órgão jurisdicional), além dos terceiros, devem colaborar entre si para que o processo alcance o seu objetivo em tempo razoável (não necessariamente célere, com sacrifício da justiça, mas eficiente). Segundo Cassio Scarpinella Bueno⁶, trata-se de modelo com inspiração constitucional, com vistas a efetivar a prestação efetiva da tutela jurisdicional, com ampla participação de todos os sujeitos processuais.

Do art. 6º da Lei nº 13.105/2015 infere-se que o NCPC é um código de sujeitos processuais coparticipativos/cooperativos, afastada a centralidade do juiz ou das partes⁷, daí Marinoni, Arenhart e Mitidiero⁸ sublinharem que o novo modelo processual outorga nova dimensão ao papel do magistrado na condução do processo, isonômico na sua condução e assimétrico quando decide, ou seja, (i) é paritário no diálogo e (ii) assimétrico na decisão⁹. Tanto que, segundo Guilherme Rizzo Amaral¹⁰, o modelo cooperativo pressupõe a efetiva participação das partes na solução do caso, assim como os deveres judiciais: (i) de diálogo; (ii) de auxílio; (iii) e de prevenção.

Este último destaca que o princípio da colaboração traz reflexos concretos, conforme se pode depreender da leitura dos artigos 9º, 373, §1º, 378, 493, 983, da Lei 13.105/2015, além de gerar o direito de as partes participarem efetivamente do processo, em diálogo com o órgão jurisdicional para a construção da solução mais justa para o caso concreto, fato este que traz consigo correspondente dever de exercer tal atividade de forma proba, leal e efetivamente comprometida com a rápida solução da lide. Daí concluir que se o processo for utilizado para protelar

³ DIDIER JUNIOR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*, v. 1. Salvador: JusPodium, 2015, p. 124.

⁴ *Ibidem*, p. 125.

⁵ MEDINA, José Miguel Garcia. *Novo Código de Processo Civil Comentado*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 50.

⁶ BUENO, Cassio Scarpinella. *Novo Código de Processo Civil Anotado*. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 45.

⁷ THEODORO JUNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. *Novo CPC – fundamentos e sistematização*. 2. ed. São Paulo: Forense, 2015, p. 88.

⁸ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *O Novo Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 175.

⁹ *Ibidem*, p. 175.

¹⁰ AMARAL, Guilherme Rizzo. *Comentários às alterações do Novo CPC*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 54.

a solução da lide, o princípio da cooperação poderá justificar a aplicação de sanções processuais.¹¹

O Superior Tribunal de Justiça assim já o percebia na vigência do Código de 1973, vg:

(...) no princípio da cooperação, que “orienta o magistrado a tomar uma decisão de agente-colaborador do processo, de participante ativo do contraditório e não mais de mero fiscal de regras” (Fredie Didier Jr. em Curso de Direito Processual Civil). (omissis). (REsp 1307407/SC, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 22/05/2012, DJe 29/05/2012) – os grifos não constam do original.

3. A ADMINISTRAÇÃO DIALÓGICA

A afinidade do princípio da cooperação processual com a consensualidade na gestão pública do estado democrático de direito também ressaí da doutrina administrativista dita pós-moderna. É que a relação entre a administração pública e o cidadão ganha peculiares contornos no estado democrático de direito, para além do modelo de reforma administrativa gerencial¹².

O estado-dirigente, comprometido com a gestão de resultados que efetivem políticas públicas vinculantes traçadas pela Constituição, substitui a imperatividade¹³ da clássica teoria da tripartição de poderes, que se desenvolveu entre os séculos XVII e XX como dogma balizador do exercício republicano do poder político, dogma esse que deve ceder ante o pluralismo de ideias e interesses que se devem igualmente respeitar no estado democrático de direito¹⁴.

¹¹ Ibidem, p. 55.

¹² DIAS, Maria Tereza Fonseca. Reforma administrativa brasileira sobre o impacto da globalização: uma (re)construção da distinção entre o público e o privado no âmbito da reforma administrativa gerencial In: TELLES, Vera da Silva; HENRY, Etienne (Orgs.). *Serviços Urbanos, Cidade e Cidadania*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 282.

¹³ Por imperatividade entende-se “que os atos administrativos são cogentes, obrigando a todos quantos se encontrem em seu círculo de incidência”. Cf. CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 20. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 116.

¹⁴ PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres e DOTTI, Marinês Restolatti. *Convênios e outros instrumentos de “Administração Consensual” na gestão pública do século XXI: restrições em ano eleitoral*. 3ª ed. Belo Horizonte: Forum, 2015, p. 259. Nesse sentido, confira-se ainda: PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. Presença da Administração Consensual no Direito Positivo Brasileiro. In: FREITAS, Daniela Bandeira de; VALLE, Vanice Regina Lírio do (Coords.). *Direito Administrativo e Democracia Econômica*. Belo Horizonte: Forum, 2012, p. 293-317.

A democracia implica, além da atribuição do poder decisório às maiorias, a instauração de diálogo permanente com as minorias, de respeito pela posição do outro e de garantia dos direitos fundamentais¹⁵, sem exclusão. Por isto que a administração pública dialógica contrasta com a administração pública monológica, refratária esta à instituição e ao desenvolvimento de procedimentos comunicacionais com a sociedade, mercê da multiplicação das redes sociais e de seus instrumentos de comunicação instantânea, em tempo real.

É possível identificar nos modelos dialógicos o princípio da separação de poderes com o sistema de freios e contrapesos, que, “embora seja relativamente recente na Europa Continental, não é propriamente novo nos Estados Unidos”. Globaliza-se o modelo concebido pelos *founding fathers*, em que nenhum dos “poderes” assume a função de exclusivo produtor de normas jurídicas e de políticas públicas; os “poderes” constituem fóruns políticos superpostos e diversamente representativos, cuja interação e disputa pela escolha da norma que regulará determinada situação tende a produzir um processo deliberativo mais qualificado do que a mítica associação de um departamento estatal à vontade constituinte do povo¹⁶.

No universo doutrinário anglo-saxão, há grande número de estudos salientando as vantagens dos modelos teóricos que valorizam diálogos entre órgãos e instituições, como se depreende das pesquisas de Laurence G. Sager¹⁷, Christine Bateup¹⁸, Mark Tushnet¹⁹, Mark C. Miller e Jeb Barnes²⁰. Tal tendência é acompanhada pela doutrina canadense (Peter W. Hogg e Allison A. Bushell²¹).

Janet Hiebert²² sugere que deva ocorrer interação horizontal entre as

¹⁵ SOUZA NETO, Cláudio Pereira. *Teoria Constitucional e Democracia Deliberativa: um estudo sobre o papel do Direito na garantia das condições para cooperação na deliberação democrática*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 302-303.

¹⁶ BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia Judicial versus Diálogos Constitucionais – a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 221.

¹⁷ SAGER, Laurence G. *Justice in Plainclothes: a theory of american constitutional practice*. New Haven: Yale University Press, 2004.

¹⁸ BATEUP, Christine. *The Dialogical Promise: assessing normative potential of theories of constitutional dialogue*. *Brooklyn Law Review*, v. 71, 2006.

¹⁹ TUSHNET, Mark. *Weak Courts, strong rights: judicial review and social welfare right in comparative constitutional law*. Princeton: University Press, 2008.

²⁰ MILLER, Mark C.; BARNES, Jeb (Eds.). *Making police, making law: an interbranch perspective*. Washington D.C: Georgetown University Press, 2004.

²¹ HOGG, Peter W.; BUSHHELL, Allison A. *The charter dialogue between Courts and legislatures (Or Perhaps The Charter Of Rights Isn't Such A Bad Thing After All)*. *Osgood Hall law journal*, vol. 35, n. 1, 1997, p.105.

²² HIEBERT, Janet. *New Constitutional Ideas. But can new parliamentary models resist judicial dominance when interpreting rights?* *Texas: Law Review*, v. 82:7, 2004, p. 1963-1987.

instituições. Assim também Carol Harlow e Richard Rawling²³, ao ressaltarem o desenvolvimento de um processo administrativo por eles definido como “um curso de ação, ou passos na implementação de uma política”, de modo a permitir a concretização da governança em rede²⁴, em busca dos melhores resultados nas escolhas administrativas.

Diogo de Figueiredo Moreira Neto interpreta que tais

“posturas indicam a busca incessante das soluções negociadas, nas quais a consensualidade aplaina as dificuldades, maximiza os benefícios e minimiza as inconveniências para todas as partes, pois a aceitação de ideias e de propostas livremente discutidas é o melhor reforço que pode existir para um cumprimento espontâneo e frutuoso das decisões tomadas. O Estado que substituir paulatinamente a imperatividade pela consensualidade na condução da sociedade será, indubitavelmente, o que garantirá a plena eficiência de sua governança pública e, como consequência, da governança privada de todos os seus setores”²⁵.

Dessa releitura do papel do estado, ainda nas palavras de Moreira Neto, resultam “características distintas das que habitualmente lhe são conotadas e tudo indica que terá como marcas a instrumentalidade, a abertura democrática substantiva, o diálogo, a argumentação, a consensualidade e a motivação”²⁶.

Ou, como pondera Egon Bockmann Moreira²⁷, a participação ou a influência que o cidadão possa verdadeiramente ter na formação da decisão administrativa tende a gerar decisão quase consensual, provida, por isto mesmo, de maiores chances de ser espontaneamente cumprida; o dever de obediência transmuda-se em espontânea aceitação devido à uniformidade de opiniões (ou ao menos devido à participação e ao convencimento recíproco).

Resulta evidenciado que o princípio da cooperação processual mostra intrínseca relação com a administração pública dialógica, tanto no plano judicial como nos meios de auto composição de conflitos, como a mediação, a conciliação

²³ HARLOW, Carol; RAWLINGS, Richard. *Process and procedure in Eu Administration*. London: Hart Publishing, 2014.

²⁴ Governança em rede é o conceito que permite concentrar a atenção sobre a pluralidade de temas, distintos, mas independentes, que participam interativamente na administração europeia.

²⁵ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Poder, Direito e Estado: o Direito Administrativo em tempos de globalização*. Belo Horizonte: Forum, 2011, p. 142-143.

²⁶ *Ibidem*, p. 141.

²⁷ MOREIRA, Egon Bockmann. *Processo administrativo: princípios constitucionais e a Lei 9.784/1999*. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 73.

e a arbitragem, também estimulados pelo novo CPC e que desenham um novo visual para os fóruns judiciais, qual seja o da “justiça multiportas”.

4. SÍNTESE CONCLUSIVA

A democracia pressupõe um espaço dialógico de conciliação de argumentos na gestão de qualquer estrutura organizacional, pública ou privada. A cooperação, para se alcançar a solução mais adequada ao caso concreto, deve ser o meio mais adequado para se atingir consensos, rumo à realização não mais do direito positivado, mas do direito justo, a cada caso.

Arremate-se com (i) Leonardo Greco:

[...] o poder de dirigir o processo é indisponível e indelegável. Em qualquer caso, no curso do processo, velará o juiz para que o auto regramento estabelecido pelas partes respeite a ordem pública processual, não comprometa o equilíbrio entre elas e observe, portanto, todos os requisitos de validade. Se se tratar de regramento que limite os poderes do juiz, ao controle da sua validade deverá acrescer-se o da sua conveniência e adequação e da preservação do cumprimento dos fins essenciais da jurisdição, de tutela justa, efetiva e tempestiva dos direitos dos jurisdicionados e de respeito às garantias indisponíveis do seu exercício por um tribunal independente e imparcial... Solidariedade, interatividade, protagonismo, participação democrática e transparência são palavras da linguagem cotidiana da nossa época, que precisam ser respeitadas no processo judicial, conferindo legitimidade democrática ao exercício da autoridade estatal, fortalecida pela gestão cooperativa dos rumos do próprio processo, que as convenções processuais visam a implementar (in Reflexões sobre o novo Código de Processo Civil, coordenação de Carlos Roberto Jatahy, Diogo Assumpção Rezende de Almeida e Luiz Roberto Ayoub. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2016, p. 146-147).

E, (ii), com Alexandre Câmara:

Os métodos consensuais, de que são exemplos a conciliação e a mediação, deverão ser estimulados por todos os profissionais do Direito que atuam no processo, inclusive durante seu curso (art. 3º, § 3º). É que as soluções consensuais são, muitas vezes, mais adequadas do que a imposição jurisdicional de uma decisão, ainda que esta seja construída democraticamente através de um procedimento em contraditório, com efetiva participação dos interessados. E é fundamental que se busquem soluções adequadas, constitucionalmente legítimas, para os conflitos,

soluções estas que muitas vezes deverão ser consensuais. (O Novo Processo Civil Brasileiro. São Paulo: Editora Atlas, 2015, p. 5).

Ilustra a convergência o disposto na Lei estadual nº 5.427, de 01.04.2009, do processo administrativo fluminense, cujo art. 2º inclui a motivação obrigatória entre os princípios regentes dos processos administrativos de que resultam os atos da gestão pública, no estado democrático de direito, e cujo art. 46 estatui que “No exercício de sua função decisória, poderá a Administração firmar acordos com os interessados, a fim de estabelecer o conteúdo discricionário do ato terminativo do processo, salvo impedimento legal ou decorrente da natureza e das circunstâncias da relação jurídica envolvida, observados os princípios previstos no art. 2º desta Lei, desde que a opção pela solução consensual, devidamente motivada, seja compatível com o interesse público”.

REFERÊNCIAS

- AMARAL, Guilherme Rizzo. Comentários às alterações do Novo CPC. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- BATEUP, Christine. The Dialogical Promise: assessing normative potential of theories of constitutional dialogue. *Brooklyn Law Review*, v. 71, 2006.
- BRANDÃO, Rodrigo. Supremacia Judicial versus Diálogos Constitucionais – a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição? Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.
- BUENO, Cassio Scarpinella. Novo Código de Processo Civil Anotado. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 45.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 20. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- DIAS, Maria Tereza Fonseca. Reforma administrativa brasileira sobre o impacto da globalização: uma (re)construção da distinção entre o público e o privado no âmbito da reforma administrativa gerencial In: TELLES, Vera da Silva; HENRY, Etienne (Orgs.). *Serviços Urbanos, Cidade e Cidadania*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- DIDIER JUNIOR, Fredie. Curso de Direito Processual Civil, v. 1. Salvador: JusPodium, 2015.
- FLEXA, Alexandre; MACEDO, Daniel; BASTOS, Fabrício. Novo Código de Processo Civil. Salvador: JusPodium, 2015.
- HARLOW, Carol; RAWLINGS, Richard. *Process and procedure in Eu Administration*. London: Hart Publishing, 2014.
- HIEBERT, Janet. New Constitutional Ideas. But can new parliamentary models resist judicial dominance when interpreting rights? *Texas: Law Review*, v. 82:7, 2004.

- HOGG, Peter W.; BUSHHELL, Allison A. The charter dialogue between Courts and legislatures (Or Perhaps The Charter Of Rights Isn't Such A Bad Thing After All). *Osgood Hall law journal*, vol. 35, n. 1, 1997.
- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Processo Civil Comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 100.
- _____. *O Novo Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 175.
- MEDINA, José Miguel Garcia. *Novo Código de Processo Civil Comentado*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- MILLER, Mark C.; BARNES, Jeb (Eds.). *Making police, making law: an interbranch perspective*. Washington D.C: Georgetown University Press, 2004.
- MOREIRA, Egon Bockmann. *Processo administrativo: princípios constitucionais e a Lei 9.784/1999*. São Paulo: Malheiros, 2007.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Poder, Direito e Estado: o Direito Administrativo em tempos de globalização*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.
- PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. *Presença da Administração Consensual no Direito Positivo Brasileiro*. In: FREITAS, Daniela Bandeira de; VALLE, Vanice Regina Lírio do (Coords.). *Direito Administrativo e Democracia Econômica*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.
- PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres; DOTTI, Marinês Restolatti. *Convênios e outros instrumentos de "Administração Consensual" na gestão pública do século XXI: restrições em ano eleitoral*. 3ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015.
- SAGER, Laurence G. *Justice in Plainclothes: a theory of american constitutional practice*. New Haven: Yale University Press, 2004.
- SOUZA NETO, Cláudio Pereira. *Teoria Constitucional e Democracia Deliberativa: um estudo sobre o papel do Direito na garantia das condições para cooperação na deliberação democrática*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- THEODORO JUNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. *Novo CPC – fundamentos e sistematização*. 2. ed. São Paulo: Forense, 2015.
- TUSHNET, Mark. *Weak Courts, strong rights: judicial review and social welfare right in comparative constitutional law*. Princeton: University Press, 2008.

SONEGAÇÃO TRIBUTÁRIA E TARIFÁRIA: AINDA A DISTINÇÃO ENTRE TRIBUTO E TARIFA

Leonardo de Medeiros Fernandes - Bacharel em Direito pela UFPE. Professor e Advogado em Brasília

Resumo: Tributos e tarifas são verbas pecuniárias utilizadas na remuneração de serviços públicos. Essas receitas orçamentárias possuem naturezas jurídicas distintas, o que repercute, a princípio, nos casos de sonegação fiscal ou tarifária. O contribuinte do tributo obriga-se, por força de lei, a remunerar serviço público, universal ou singular, utilizado efetiva ou potencialmente, nos termos do Código Tributário Nacional. O pagador da tarifa, que é o consumidor, vincula-se por meio de um contrato ao serviço público singular utilizado apenas efetivamente, estando amparado pelo Código de Defesa do Consumidor. Os regramentos distintos dessas verbas implicam soluções diversas, inclusive nas hipóteses de repetição do indébito e de cobranças criminosas de tributos e tarifas. Em que pese todas as distinções legais e doutrinárias, a recente jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça vem aplicando à sonegação tarifária o mesmo raciocínio adotado para os casos de sonegação fiscal, no sentido de declarar a extinção da punibilidade, na hipótese de acordo celebrado entre o infrator e a concessionária do serviço público, antes do recebimento da denúncia, para parcelamento dos valores e, destarte, pagamento integral da dívida. Para além da distinção clássica entre tributo e tarifa, incursionaremos pela legislação tributária, consumerista, penal e processual, para o deslinde dos problemas propostos à luz da jurisprudência dos Tribunais do país.

Palavras-chave: Direito. Tributário. Penal. Tributo. Tarifa. Sonegação. Jurisprudência.

Abstract: Taxes and fares are financial grants used for the remuneration of public services. These budgetary revenues have different legal natures, which, to start with, impact in the case of fiscal or fare evasion. The taxpayer is obliged by act of law to remunerate public services, be it either universal or singular and used in an effective or potential manner. This relationship is

governed by law in the National Tax Code. The person who pays fares is bound by means of a contract to the singular public service effectively used and, as a consumer, is supported by the Consumer Protection Code. The different regulations of these funds imply distinct solutions even in the event of repetition of undue payments or in case of criminal tax and fare charges. Despite all the legal and doctrinary distinctions, the recent jurisprudence of the Brazilian High Court of Justice has been applying to fare evasion the same rationale of tax evasion in the sense of putting an end to punishment when an agreement between the transgressor and the public service concessionaire to set the installments and, therefore, pay the entire debt is held before the admittance of the accusation. In addition to the classical distinction between tax and fare, the present work examines the tax, consumer, criminal and procedural legislations so as to resolve the proposed problems under the jurisprudence of the Brazilian Courts.

Keywords: Law. Fiscal. Criminal. Tax. Fare. Evasion. Jurisprudence.

INTRODUÇÃO

O presente texto propõe-se, preliminarmente, a explicar a diferença entre tributos e tarifas. Para tratar dos preços públicos e das exações, partiremos de situação hipotética que vem sendo discutida nos Tribunais Superiores e gira em torno da sonegação de verbas tributárias e tarifárias. Daí, desenvolveremos o tema e as consequências práticas dessa importante distinção jurídica, na Constituição da República, nas Leis de Direito Público e Direito Privado e na jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça.

Hipótese: X “puxou” fios de poste de iluminação pública para consumir, clandestinamente, em seu estabelecimento empresarial, energia elétrica fornecida pela Concessionária Y; após alguns meses foi descoberta a “fraude”; a Autoridade Policial prendeu em flagrante X, lavrou o auto de prisão, concedeu-lhe a fiança e, após investigações e relatório, indiciou o suspeito por “furto de energia elétrica”; os autos, por fim, foram enviados à Central de Inquiridos para o oferecimento de denúncia pelo Membro do *Parquet*.

Diante dessa hipótese, questionam-se as soluções jurídicas diante dos seguintes casos: 1) X paga as tarifas de energia elétrica antes do oferecimento da denúncia; 2) X paga as tarifas de energia elétrica até o recebimento da denúncia; 3) X paga as tarifas de energia elétrica antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória; 4) X paga as tarifas de energia elétrica após o trânsito em julgado da

sentença penal condenatória; 5) exigência da contribuição de iluminação pública (CIP) devida ao município; 6) posteriormente, foi apurado que X pagou em excesso a tarifa de energia elétrica à Concessionária Y e também o tributo CIP à Fazenda Municipal; 7) ou então houve cobrança irregular da tarifa e do tributo.

1. AINDA A DISTINÇÃO ENTRE TARIFA E TRIBUTO

É pacífico, na doutrina e na jurisprudência, que não há sinonímia entre tarifas e tributos. Essas prestações não se confundem, embora ambas sejam tratadas sob a rubrica de *receitas públicas orçamentárias* utilizadas, uma ou outra, na remuneração de serviços públicos.

A propósito, o Supremo Tribunal Federal há muito sumulou sua jurisprudência remansosa no enunciado nº 545: *Preços de serviços públicos e taxas não se confundem, porque estas, diferentemente daqueles, são compulsórias...* [e têm sua cobrança condicionada à prévia autorização orçamentária, em relação à lei que as instituiu]¹.

Tanto a taxa quanto o preço público constituem um pagamento realizado em troca da fruição de um serviço ou bem estatal, divisível e específico, sendo a primeira caracterizada pela compulsoriedade, já que resulta de uma obrigação legal, enquanto que o segundo, pela facultatividade, já que decorre de uma relação contratual. Além disso, observou-se que as receitas das taxas ingressam nos cofres do Estado, mas as provenientes dos preços públicos integram patrimônio privado dos entes que atuam por delegação do Estado... RE 576189/RS, rel. Min. Ricardo Lewandowski, 22.4.2009.

As tarifas não possuem definição legal e são regidas pelo Direito do Consumidor, especialmente a Lei nº 8.078/1990 – CDC/1990 – sem exclusão de outras normas decorrentes de tratados internacionais de que o Brasil seja signatário, da legislação interna ordinária, *verbi gratia* CC/2002 e Lei n 8.987/1995², de regulamentos expedidos pelas autoridades administrativas competentes,

¹ Realçamos essa última parte do enunciado porque não tem mais aplicação para nenhum tributo. Trata-se do princípio da anualidade tributária, que vigeu até a CR/1967 (EC 1969), mas, a partir da CR/1988, foi abandonado. Portanto, descabe falar em autorização orçamentária para a cobrança de tributo taxa e, ainda mais, para preço público tarifa. No mesmo sentido, está superado o enunciado no 67 da súmula de jurisprudência do STF, que versava sobre o princípio da anualidade tributária, in verbis “É inconstitucional a cobrança do tributo que houver sido criado ou aumentado no mesmo exercício financeiro”.

² Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175, CR. Serviço adequado é o que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e *modicidade das tarifas* (art. 6º, § 1º, Lei nº 8.997/1995).

bem como das que derivem dos princípios gerais do direito, analogia, costumes e equidade (art. 7º, *caput*).

A definição de tributo, por sua vez, é legal e suas espécies são disciplinadas pelo Direito Tributário posto na CR/1998, na Lei nº 5.172/1966 – CTN/1966 – e respectiva “legislação tributária” – leis, tratados internacionais, decretos, normas complementares (art. 96). O CTN/1996, à luz da EC nº 18/1965 à CR/1946, trouxe a definição jurídica de tributo: *toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada* (art. 3º)³.

Quanto à categoria econômica, as tarifas são *receitas correntes de serviços* e as espécies tributárias possuem rubrica própria nas *receitas correntes tributárias*. As tarifas, portanto, não se enquadram nas taxas. Estas são espécie de tributos e submetem-se aos princípios tributários, *verbi gratia* legalidade e anterioridade, que não limitam os preços públicos.

As tarifas são *preços públicos* e constituem receita originária. São ingresso ou entrada de dinheiro sempre definitivo. Os tributos são *impostos, taxas, contribuições e empréstimos compulsórios*. Todos configuram *receitas derivadas* e apenas os últimos são ingressos provisórios. As tarifas não admitem a repartição direta ou indireta das receitas auferidas. Por outro lado, a CR/1988 às vezes admite a repartição direta ou indireta da receita tributária. Como exemplo, podem ser mencionados os impostos IR e IPI (arts. 157, 158, 159, I, II, CR – EC nº 84/2014).

A instituição de tarifa, receita privada que é, decorre de negócio jurídico bilateral, daí a natureza contratual e o regime predominante de Direito Privado – princípio da autonomia da vontade. A tributação é negócio jurídico unilateral, porque somente a lei *stricto sensu* permite a sua instituição, sendo determinado pelo regime de Direito Público – princípios da supremacia e indisponibilidade do interesse público.

As tarifas servem a remunerar os serviços públicos *uti singuli*. Esses serviços singulares são as utilidades específicas e divisíveis fornecidas por concessionárias ou permissionárias (pessoas jurídicas de Direito Privado) aos usuários, mediante

³ Também a Lei nº 4.320/1964, com fundamento na redação original da CR/1946, definiu tributo: receita derivada instituída pelas entidades de Direito Público, compreendendo os impostos, as taxas e contribuições nos termos da Constituição e das leis vigentes em matéria financeira, destinando-se o seu produto ao custeio de atividades gerais ou específicas exercidas por essas entidades (art. 9º).

celebração de contrato. Daí sempre o preço público gozar de referibilidade, facultatividade e intuito lucrativo.

Os tributos são *retribuições* ou *contribuições* a serviços públicos prestados pela Administração Pública direta ou indireta (órgãos ou pessoas jurídicas de Direito Público) aos usuários. Ou remuneram serviços *uti singuli*, como as taxas, ou aqueles *uti universi*, utilidades inespecíficas e indivisíveis, a exemplo da contribuição de iluminação pública⁴. Poderão, pois, gozar de referibilidade ou não. Os tributos não perseguem lucro, nem são facultativos, pois são obrigações *ex lege*, prestações compulsórias de dinheiro ao Erário Público, obtidas pelo constrangimento de parte do patrimônio do particular pelo Estado no exercício do seu *jus imperii*.

O devedor de tarifas é o usuário (*consumidor*) do serviço e só poderá ser cobrado se efetivamente usar o serviço público, quando por ele usufruído a qualquer título. Quer dizer que, no regime tarifário, não há utilização potencial, em que se presume que o serviço é de uso compulsório. O sujeito passivo do tributo é o *contribuinte* – ou *responsável* – e deverá pagar pela utilização efetiva ou potencial do serviço, mas há outros tributos que são cobrados independentemente disso.

Se o contribuinte não paga o tributo taxa, terá contra si processo de execução fiscal, regido pela Lei nº 6.830/1980. Caso o consumidor seja cobrado judicialmente por dívidas de tarifas, responderá a processo de execução comum, regido pela Lei nº 13.105/2015.

Em tempo: o princípio da capacidade contributiva – *ex vi* § 1º do artigo 145 da CR – é invocado para os impostos, mas vem sendo estendido pela legislação infraconstitucional para outros tributos, a exemplo das taxas, reconhecido como válido pelo STF.

Doutra ponta, o STJ reiteradamente decide pela validade da aplicação dessa norma tributária também às tarifas, em que pese não serem tributos. Isso porque essa sistemática de *progressividade* permite à Administração Pública alcançar o ideal de igualdade material e, destarte, justiça social. Nesses casos, colacionamos as jurisprudências respectivas dos Egrégios STF⁵ e STJ:

⁴ STF Vinculante 41. O serviço de iluminação pública não pode ser remunerado mediante taxa.

⁵ O STF já reconheceu constitucional a aplicação da capacidade contributiva até para penalidades tributárias: A multa moratória de 20% (vinte por cento) do valor do imposto devido, não se mostra abusiva

O fato de um dos elementos utilizados na fixação da base de cálculo do IPTU - a metragem da área construída do imóvel - que é o valor do imóvel (CTN, art. 33), ser tomado em linha de conta na determinação da alíquota da taxa de coleta de lixo, não quer dizer que teria essa taxa base de cálculo igual à do IPTU: o custo do serviço constitui a base imponible da taxa. Todavia, para o fim de aferir, em cada caso concreto, a alíquota, utiliza-se a metragem da área construída do imóvel, certo que a alíquota não se confunde com a base imponible do tributo. Tem-se, com isto, também, forma de realização da isonomia tributária e do princípio da capacidade contributiva: C.F., artigos 150, II, 145, § 1º. R.E. não conhecido. RE 232393, Relator Min. Carlos Velloso, Tribunal Pleno, julgado em 12/08/1999, DJ 05-04-2002.

STJ 407. É legítima a cobrança da tarifa de água fixada de acordo com as categorias de usuários e as faixas de consumo.

O Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento no sentido de que há legalidade na cobrança de tarifa pelo fornecimento de água pelo consumo mínimo e de forma progressiva. Em casos de condomínios, em que existe apenas um hidrômetro a auferir o consumo global de água, deve ser aplicada a tabela progressiva, proporcionalmente ao consumo total medido, a fim de que, quanto maior o consumo, maior a tarifa a ser suportada pelo condomínio, de acordo com o escalonamento preestabelecido. Agravo regimental improvido. AgRg no REsp 997.405/RJ, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 27/10/2009, DJe 09/11/2009.

Ainda a distinção. Embora a questão tributária seja relevante para os contribuintes, a tese jurídica não tem repercussão para a comunidade, ante a especificidade das deduções, o que implica a ilegitimidade do Ministério Público para ajuizar ação civil pública⁶. Aliás, a própria Lei nº 7.347/1985 expressamente dispõe: *Não será cabível ação civil pública para veicular pretensões que envolvam tributos, contribuições previdenciárias, o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS ou outros fundos de natureza institucional cujos beneficiários podem ser individualmente determinados* (art. 1º, parágrafo único).

ou desarrazoada, inexistindo ofensa aos princípios da capacidade contributiva e da vedação ao confisco. Recurso extraordinário não conhecido. RE 239964, Relatora Min. Ellen Gracie, Primeira Turma, julgado em 15/04/2003, DJ 09-05-2003.

⁶ REsp. 178.408/SP, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, Rel. p/ Acórdão Min. Milton Luiz Pereira, 1ª Turma, DJ de 25/10/1999; REsp. 86.381/RS, Rel. Min. Francisco Peçanha Martins, 2ª Turma, DJ de 03/11/1999; REsp. 233.664/MG, Rel. Min. Garcia Vieira, 1ª Turma, DJ de 21/02/2000; REsp 799.780-DF, Segunda Turma, Rel. Min. Eliana Calmon, julgado em 17/5/2007; REsp 878.312-DF, Segunda Turma, Rel. Min. Castro Meira, julgado em 13/5/2008; REsp 914.234-RN, Primeira Turma, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 9/12/2008.

É farta e antiga a jurisprudência deste STJ que reconhece a impossibilidade de o Ministério Público ajuizar demandas discutindo a relação jurídico-tributária. Isso porque “a sujeição passiva da relação jurídico-tributária alterando, por consequência, a sujeição ativa, a sua classificação técnica correta não é a de veiculação de interesse social, mas a de pretensão referente a direito individual homogêneo disponível” (REsp 1541275/PR, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 17/12/2015, DJe 18/12/2015).

Por outro lado, a ação civil pública, nas hipóteses de responsabilização por danos morais e patrimoniais causados ao consumidor ou a qualquer outro interesse difuso ou coletivo, será regida pela Lei nº 7.347/1985 (art. 1º, II, III – incluído pela Lei nº 8.078/1990). Isto posto, ao contrário do parágrafo anterior, o Ministério Público é legitimado para a ação civil pública em defesa de direitos transindividuais (por exemplo, emissão de faturas de consumo de energia elétrica para cobrança de tarifas, ainda que envolva indiretamente o tributo contribuição de iluminação pública).

In casu, concessionária de energia elétrica cobrava, na mesma fatura, a contribuição de iluminação pública com a tarifa de energia elétrica, englobando-as no mesmo código de leitura ótica, sem dar oportunidade ao administrado de optar pelo pagamento individual, o que gerou a propositura de ação civil pública (ACP) pelo Parquet estadual. A Turma conheceu em parte do recurso e, nessa extensão, negou-lhe provimento, reafirmando a legitimatio ad causam do Ministério Público para ajuizamento de ACP em defesa de direitos transindividuais, no caso, a emissão de faturas de consumo de energia elétrica com dois códigos de leitura ótica, informando, de forma clara e ostensiva, os valores correspondentes à contribuição de iluminação pública e à tarifa de energia elétrica. Na espécie, a pretensão intentada na ACP ab origine não revela hipótese de pretensão tributária, pois o que se pretende é resguardar interesses dos consumidores e não dos contribuintes, na medida em que se insurge contra a forma como a concessionária vem cobrando os serviços de energia elétrica e a contribuição de iluminação pública, o que afasta a vedação prevista no art. 1º, parágrafo único, da Lei nº 7.347/1985. Revela-se, assim, interesse nitidamente transindividual, pois o que se pretende alcança uma coletividade, representada por um grupo determinável, ligado pela mesma relação jurídica com a concessionária. Dessarte, o Ministério Público, por força do art. 129, III, da CF/1988, dos arts. 81 e 82 do CDC e do art. 1º da Lei nº 7.347/1985, é legitimado a promover ACP na defesa de direitos transindividuais, nesses incluídos os direitos dos consumidores de energia elétrica, como na hipótese... REsp 1.010.130-MG, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 9/11/2010.⁷

⁷ Precedentes citados do STF: AgRg no RE 424.048-SC, DJ 25/11/2005; do STJ: REsp 435.465-MT, DJe

2. SOLUÇÕES DOS PROBLEMAS

A partir da legislação e jurisprudência atual, as hipóteses 1), 2) e 3) poderão cada uma ter duas soluções distintas. Isso porque dependerá da existência de programa de *parcelamento* de débitos e, nesse caso, deve o “sonegador” reconhecer a dívida e ser incluído, antes da sentença judicial, no referido regime, parcelando o débito das tarifas devidas pela “subtração”.

À semelhança do que ocorre com os tributos federais, nesses casos de preços públicos, tem-se decidido que a pretensão punitiva será suspensa até antes do trânsito em julgado. E, caso não haja adesão a um regime de *parcelamento de tarifa*, temos solução diversa: seguem-se os limites normativos do Código Penal em vigor, se houver a reparação do dano.

Primeiro caso. “X paga as tarifas de energia elétrica antes do oferecimento da denúncia”.

O Superior Tribunal de Justiça decidiu que haverá extinção da punibilidade do agente, na hipótese de *pagamento integral* do débito das tarifas, com parcelamento ou não, antes de o Ministério Público oferecer a exordial. É que, se o pagamento do tributo, antes do oferecimento da denúncia, enseja a extinção da punibilidade nos crimes contra a ordem tributária, o mesmo entendimento deve ser adotado quando há o pagamento do preço público referente à energia elétrica subtraída, sob pena de violação ao princípio da isonomia (HC 252.802/SE, DJe 17/10/2013).

Mais recentemente, a 5ª e 6ª Turmas do STJ reafirmaram essa tese⁸:

FURTO DE ENERGIA ELÉTRICA. ACORDO CELEBRADO ENTRE O INFRATOR E A CONCESSIONÁRIA DE SERVIÇO PÚBLICO. PARCELAMENTO DOS VALORES E PAGAMENTO INTEGRAL ANTES DO RECEBIMENTO DA DENÚNCIA. APLICAÇÃO ANALÓGICA DA LEI N. 9.430/1996 E SUAS ALTERAÇÕES. POSSIBILIDADE. 1. De acordo com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, ao preço público estabelecido como contraprestação ao serviço público de energia elétrica aplicam-se, por analogia, as causas extintivas da punibilidade previstas para os delitos contra a ordem tributária. Precedentes. 2. Na espécie, realizada inspeção na concessionária de

28/9/2009; REsp 806.304-RS, DJe 17/12/2008; REsp 520.548-MT, DJ 11/5/2006; REsp 799.669-RJ, DJe 18/2/2008; REsp 684.712-DF, DJ 23/11/2006, e AgRg no REsp 633.470-CE, DJ 19/12/2005.

⁸ No mesmo sentido: HC 347.353/SP, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 28/06/2016, DJe 01/08/2016; RHC 59.656/MG, Rel. Ministro Rogerio Schietti Cruz, Rel. p/ Acórdão Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 24/05/2016, DJe 07/06/2016; HC 352.328/SP, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 10/05/2016, DJe 23/05/2016.

serviços públicos, foram apuradas irregularidades a serem ressarcidas, correspondentes a R\$ 21.592,76 (vinte e um mil, quinhentos e noventa e dois reais, e setenta e seis centavos). A medição da energia no estabelecimento de propriedade do recorrente foi regularizada por meio da substituição dos equipamentos instalados. Em 12 de maio de 2010, o recorrente reconheceu o débito e firmou Termo de Confissão de Dívida. Neste, os danos foram negociados, estipulando-se o pagamento em 15 (quinze) parcelas, com vencimentos entre 25 de maio de 2010 e 25 de julho de 2011, integralmente quitadas. 3. Recurso ordinário em habeas corpus provido para determinar o trancamento da ação penal nº 0042158-64.2010.8.26.0602, relativamente ao recorrente. RHC 56.505/SP, Rel. Ministro Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, julgado em 09/08/2016, DJe 24/08/2016.

É sabido que os crimes contra a ordem tributária, em sua maioria, especialmente os previstos no artigo 1º da Lei nº 8.137/19919, são crimes materiais, quer dizer, são delitos que exigem, para a sua consumação, a ocorrência de evento naturalístico. Deve existir um dano ao sujeito passivo, in casu, dano ao Erário Público. Caso não se produza o fato, tem-se crime tentado.

Pois bem. A conduta de “subtrair” energias acarreta o apoderamento do bem móvel sem pagamento do referido preço público. Configura espécie de *Crime Contra o Patrimônio*, nesse caso, contra as entidades concessionárias ou permissionárias. Em razão dessa “sonegação de tarifa”, o resultado naturalístico é o prejuízo aos cofres dessas entidades privadas. O Código Penal tipificou¹⁰:

Art. 155. Subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel:

Pena – Reclusão, de um (01) a quatro (04) anos, e multa.

§ 3º Equipara-se à coisa móvel a energia elétrica ou qualquer outra que tenha valor econômico.

Isto posto, ambos os delitos em apreço são crimes materiais e, se realizado o pagamento antes do oferecimento da denúncia, quer dizer que não se configurou a materialidade da infração penal e, destarte, não existe justa causa para a consecução da ação penal, devendo o juiz, de ofício, extinguir a punibilidade, a bem dos princípios da igualdade e da não culpabilidade.

⁹ STF Vinculante 24. Não se tipifica crime material contra a ordem tributária, previsto no art. 1º, incisos I a IV, da Lei nº 8.137/1990, antes do lançamento definitivo do tributo.

¹⁰ Não se trata de furto qualificado. O CP/1940, em sua redação atual, não elencou a figura típica de furto “qualificado” contra o patrimônio de concessionárias de serviços públicos. Aliás, essa qualificadora só surge, sob a rubrica do Título II, nos tipos de dano (cf. art. 163, parágrafo único, III, CP) e receptação (cf. art. 180, § 1º, CP). É furto simples, portanto.

Veja-se que, no HC 252.802, foi concedido *ex officio*, pelo próprio STJ, amparado na remansosa jurisprudência do Excelso STF, bem como da própria Augusta Corte, que há muito já se firmaram no sentido de que o trancamento da ação penal por meio do *habeas corpus* é medida excepcional, que somente deve ser adotada quando, além de incidir uma causa de extinção da punibilidade, também se configurar hipótese de “*inequívoca comprovação da atipicidade da conduta*” ou de “*ausência de indícios de autoria*” ou “*ausência de prova sobre a materialidade do delito*” (HC 349.615/PE, DJe 10/08/2016).

Parece que, com ou sem inclusão no regime de parcelamento, a conduta do agente “X” encaixa-se nessa última hipótese: *inexistência da materialidade do delito*. A eventual denúncia, portanto, será rejeitada pelo Magistrado *ex vi* artigo 395 do CPP. Isto posto, deverá o Julgador, em qualquer grau de jurisdição, decidir pela extinção da punibilidade do agente¹¹. Dispõe a lei:

Art. 395. A denúncia ou queixa será rejeitada quando:

I - for manifestamente inepta;

II - faltar pressuposto processual ou condição para o exercício da ação penal; ou

III - faltar justa causa para o exercício da ação penal.

Art. 61. Em qualquer fase do processo, o juiz, se reconhecer extinta a punibilidade, deverá declará-lo de ofício.

Tem decidido o STJ:

O trancamento de inquérito ou de ação penal só se justifica em face de prova cabal que torne evidente faltar-lhe justa causa, quer pela total ausência de provas sobre a autoria e materialidade, quer pela atipicidade da conduta, ou pela ocorrência de uma causa de extinção da punibilidade. Precedentes do STF e desta Corte... HC 292.858/ES, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 19/11/2015, DJe 26/11/2015.

O trancamento da ação penal é medida excepcional só admitida quando restar provada, de forma clara e precisa, sem a necessidade de exame valorativo do conjunto fático ou probatório, a atipicidade da conduta, a ocorrência de causa extintiva da punibilidade, ou, ainda, a ausência de indícios de autoria ou de prova da materialidade. Pago o débito de energia antes do oferecimento da denúncia, resolvido está o ilícito civil, não se

¹¹ CPP, Art. 581. Caberá recurso, no sentido estrito, da decisão, despacho ou sentença: VIII - que decretar a prescrição ou julgar, por outro modo, extinta a punibilidade;

justificando a persecução penal. Precedentes. Na hipótese, o recorrente celebrou acordo com a concessionária de energia elétrica, parcelando o débito decorrente da subtração de energia elétrica que lhe foi imputada, com o seu posterior adimplemento, circunstância que enseja a extinção de sua punibilidade. Recurso provido para trancar a ação penal instaurada em face do recorrente. RHC 62.437/SC, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 21/06/2016, DJe 01/07/2016.

Anote-se que o STF, em situação parecida, há muito tem assim decidido quanto ao título de crédito *cheque*. Eis a orientação sedimentada no enunciado 544 da súmula ordinária do STF: o ressarcimento do prejuízo antes do recebimento da denúncia enseja a extinção da punibilidade estatal, é dizer, “O pagamento de cheque emitido sem provisão de fundos, após o recebimento da denúncia, não obsta ao prosseguimento da ação penal”.

Quanto aos casos supra referidos 2) e 3), portanto, entendemos que essa fundamentação apenas serve quando o agente estiver incluído no regime de *parcelamento de tarifas*. Isso porque, como decidiu o Egrégio STJ, são casos resolvidos por aplicação analógica *in bonam partem* da Lei nº 10.684/2003¹². Isto posto, na hipótese de o agente não estar incluído no regime de parcelamento, deve-se seguir as regras do Código Penal em vigor.

Segundo caso. “X paga as tarifas de energia elétrica até o recebimento da denúncia”. Em geral, quando o agente repara o dano antes do *recebimento* da exordial, incide a regra do *arrepentimento posterior*, que é definida como causa geral de diminuição da pena, que se impõe, *in verbis*

Art. 16. 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.

Mas a Lei nº 10.684/2003, que dispõe sobre parcelamento de tributos federais, diz:

Art. 9º É suspensa a pretensão punitiva do Estado, referente aos crimes previstos nos arts. 1º e 2º da Lei nº 8.137/1990, e nos arts. 168-A e 337-A do Decreto-Lei nº 2.848/1940, durante o período em que a pessoa jurídica relacionada com o agente dos aludidos crimes estiver incluída no regime de parcelamento.

¹² Altera a legislação tributária, dispõe sobre parcelamento de débitos junto à Secretaria da Receita Federal, à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional e ao Instituto Nacional do Seguro Social.

§ 1º A prescrição criminal não corre durante o período de suspensão da pretensão punitiva.

§ 2º Extingue-se a punibilidade dos crimes referidos neste artigo quando a pessoa jurídica relacionada com o agente efetuar o pagamento integral dos débitos oriundos de tributos e contribuições sociais, inclusive acessórios.

Em conclusão, não havendo parcelamento, deve o juiz aplicar a minorante do arrependimento posterior do Código Penal. Parcelada a dívida, segue-se, por analogia, o regramento da Lei nº 10.684/2003.

Terceiro caso. “X paga as tarifas de energia elétrica antes do trânsito em julgado da sentença penal”. Fora da hipótese de parcelamento, o agente é favorecido pela *circunstância atenuante* disciplinada no Código Penal em vigor, *in verbis*

Art. 65. São circunstâncias que sempre atenuam a pena:

III - ter o agente:

b) procurado, por sua espontânea vontade e com eficiência, logo após o crime, evitar-lhe ou minorar-lhe as consequências, ou ter, antes do julgamento, reparado o dano;

Mas essa solução, como discutido alhures, não se aplica ao caso de agente incluído, antes da sentença judicial, em regime parcelamento de tarifa. Isso porque, nesse caso, a Lei nº 10.684/2003 determina a suspensão da persecução penal até o pagamento integral do débito. Após documentado este, nos autos do processo crime, segue-se a extinção da punibilidade.

Quarto caso. “X paga as tarifas de energia elétrica após a sentença penal condenatória”. Com ou sem parcelamento, o pagamento do débito de tarifa, após o trânsito em julgado da sentença condenatória, não acarretará a extinção da punibilidade, assim como se tem decidido em relação aos tributos. Nesse sentido:

Nos crimes de apropriação indébita previdenciária (art. 168-A do CP), o pagamento do débito previdenciário após o trânsito em julgado da sentença condenatória não acarreta a extinção da punibilidade. O art. 9º da Lei 10.684/2003 dispõe que: “É suspensa a pretensão punitiva do Estado, referente aos crimes previstos nos arts. 1º e 2º da Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e nos arts. 168A e 337A do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, durante o período em que a pessoa jurídica relacionada com o agente dos aludidos crimes estiver incluída no regime de parcelamento. § 1º A prescrição criminal não corre

durante o período de suspensão da pretensão punitiva. § 2º Extingue-se a punibilidade dos crimes referidos neste artigo quando a pessoa jurídica relacionada com o agente efetuar o pagamento integral dos débitos oriundos de tributos e contribuições sociais, inclusive acessórios". O referido dispositivo trata da extinção da punibilidade pelo pagamento da dívida antes do trânsito em julgado da condenação, uma vez que faz menção expressa à pretensão punitiva do Estado. Dessa forma, não há que se falar em extinção da punibilidade pelo pagamento quando se trata de pretensão executória, como na hipótese em análise. Precedente do STJ: RHC 29.576-ES, Quinta Turma, DJe 26/2/2014. Precedente do STF: QO na AP 613-TO, Plenário, DJe 4/6/2014. HC 302.059-SP, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, julgado em 5/2/2015, DJe 11/2/2015.

3. INSIGNIFICÂNCIA DA ENERGIA ELÉTRICA SUBTRAÍDA

É possível, portanto, o reconhecimento da *causa de extinção da punibilidade* nas hipóteses de pagamento integral do débito de tarifa na mesma medida em que a lei permite para os tributos. Mas, assim como se tem reconhecido a atipicidade material da sonegação fiscal por aplicação do postulado da *insignificância*, questiona-se se seria possível estender também o mesmo raciocínio aos débitos tarifários.

A princípio sim. É possível, em tese, invocar o princípio da insignificância ao crime de furto de energia elétrica, quando se evidenciar que o bem jurídico tutelado (o patrimônio, no caso) sofreu mínima lesão e a conduta do agente expressa pequena reprovabilidade e irrelevante periculosidade social. Na hipótese dada, caso o juiz reconheça presentes os requisitos necessários, poderá absolver o agente diante de *causa supralegal de exclusão da tipicidade*.

A jurisprudência do STF apresenta os vetores cumulativos que deverão estar presentes: a) a mínima ofensividade da conduta do agente; b) a nenhuma periculosidade social da ação; c) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento; e d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada. A Corte apoiou-se, em seu processo de formulação teórica, no reconhecimento de que o caráter subsidiário do sistema penal reclama e impõe, em função dos próprios objetivos por ele visados, a intervenção mínima do Poder Público em matéria penal (HC 98.152-MG, DJ 5/6/2009; HC 112.378/SP, DJe 18/9/2012).

O STJ tem decidido no mesmo sentido:

A intervenção do Direito Penal há de ficar reservada para os casos realmente necessários. Para o reconhecimento da insignificância da ação, não se pode levar em conta apenas a expressão econômica da lesão. Todas as peculiaridades do caso concreto devem ser consideradas, como, por exemplo, o grau de reprovabilidade do comportamento do agente, o valor do objeto, a restituição do bem, a repercussão econômica para a vítima, a premeditação, a ausência de violência e o tempo do agente na prisão pela conduta. Nem a reincidência nem a reiteração criminosa, tampouco a habitualidade delitiva, são suficientes, por si sós e isoladamente, para afastar a aplicação do denominado princípio da insignificância. Nesse contexto, não obstante a certidão de antecedentes criminais indicar uma condenação transitada em julgado em crime de mesma natureza, na situação em análise, a conduta do réu não traduz lesividade efetiva e concreta ao bem jurídico tutelado. Ademais, há de se ressaltar que o mencionado princípio não fomenta a atividade criminosa. São outros e mais complexos fatores que, na verdade, têm instigado a prática delitiva na sociedade moderna. HC 299.185-SP, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, julgado em 9/9/2014.¹³

Não se deslembra de uma hipótese diversa, em que o agente, para subtrair energia elétrica, mediante conduta ardilosa, realiza adulteração do medidor de energia elétrica e subtrai *quantum* que extrapola o valor de um salário mínimo. Já decidiu assim o STJ:

As circunstâncias do crime de furto de energia elétrica, mediante a adulteração dos marcadores de leitura, afastam a aplicação do princípio da insignificância, por se tratar de conduta altamente reprovável e, portanto, relevante para o Direito Penal. In casu, não se cuida de conduta de mínima ofensividade, sendo que não se pode considerar como inexpressiva a lesão jurídica provocada, em razão do valor da res furtiva, avaliada em R\$ 825,34, que não pode ser tido por irrisório, porquanto bem superior ao salário mínimo vigente à época, ainda que se leve em conta a capacidade financeira da vítima. Habeas Corpus não conhecido. HC 319.636/MS, Rel. Ministro Ericson Marinho (Desembargador Convocado do TJ/SP), Sexta Turma, julgado em 03/12/2015, DJe 17/12/2015.

Em relação às tarifas, portanto, não se pode adotar o patamar de R\$ 10.000 reais como se tem adotado para os tributos federais. Ainda com maior razão,

¹³ No mesmo sentido: AgRg no RHC 44.461-RS, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, julgado em 27/5/2014; AgRg no REsp 1342213/MT, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 06/05/2014, DJe 13/05/2014.

deve-se afastar o teto absurdo de R\$ 20.000 reais¹⁴ – às vezes reconhecido para sonegação de tributos federais. A propósito, eis a jurisprudência:

Segundo jurisprudência firmada no âmbito do Pretório Excelso - 1ª e 2ª Turmas - incide o princípio da insignificância aos débitos tributários que não ultrapassem o limite de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), a teor do disposto no art. 20 da Lei nº 10.522/02. Muito embora esta não seja a orientação majoritária desta Corte (vide REsp 966077/GO, 3ª Seção, Rel. Min. Laurita Vaz, DJe de 20/08/2009), mas em prol da otimização do sistema, e buscando evitar uma sucessiva interposição de recursos ao c. Supremo Tribunal Federal, em sintonia com os objetivos da Lei nº 11.672/08, é de ser seguido, na matéria, o escólio jurisprudencial da Suprema Corte. Recurso especial desprovido. REsp 1112748/TO, Rel. Ministro Felix Fischer, Terceira Seção, julgado em 09/09/2009, DJe 13/10/2009.

O valor de R\$ 20 mil fixado pela Portaria MF 75/2012 - empregado como critério para o arquivamento, sem baixa na distribuição, das execuções fiscais de débitos inscritos na Dívida Ativa da União - não pode ser utilizado como parâmetro para fins de aplicação do princípio da insignificância aos crimes de descaminho... REsp 1.393.317-PR, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, julgado em 12/11/2014... REsp 1.393.317-PR, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, julgado em 12/11/2014.

4. PECUNIA NON OLET

Quinto caso. Questiona-se, em todos esses casos de “furto simples de energia elétrica”, se será devida a contribuição de iluminação pública (CIP) de que trata o artigo 149-A da CR (incluído pela EC nº 33/2002). O tributo CIP está previsto na CR/1988 da seguinte maneira:

Art. 149-A Os Municípios e o Distrito Federal poderão instituir contribuição, na forma das respectivas leis, para o custeio do serviço de iluminação pública, observado o disposto no art. 150, I e III.

Parágrafo único. É facultada a cobrança da contribuição a que se refere o caput, na fatura de consumo de energia elétrica.

A Lei nº 17.070/2004 do Município do Recife, com a autorização da EC nº 33/2002, por exemplo, alterou o Código Tributário do Recife (Lei Municipal nº 15.563/1991), revogou a *inconstitucional* “taxa de iluminação pública” e instituiu a CIP:

¹⁴ Precedente da 1ª Turma do STF: HC 120617, Rel. Min. Rosa Weber, julgado em 04/02/2014.

Art. 68. A Contribuição para Custeio da Iluminação Pública - CIP tem como fato gerador a prestação de serviços de iluminação pública.

Art. 70. O contribuinte da Contribuição para Custeio da Iluminação Pública - CIP é o consumidor de energia elétrica residente ou estabelecido no território do Município do Recife.

Art. 71. A CIP tem como base de cálculo a Tarifa Convencional de Iluminação Pública...

Art. 73-A. Servirá como título hábil para a inscrição em Dívida Ativa, sessenta (60) dias após a verificação da inadimplência: I - a comunicação do não pagamento efetuada pela concessionária que contenha os elementos previstos no art. 202 e incisos do Código Tributário Nacional;

Em que pese a conduta analisada configurar crime patrimonial de *furto de energia elétrica*, o sujeito também realizou *objetivamente* o fato gerador da contribuição especial CIP e, automaticamente, surgiu a obrigação tributária principal, vinculando o sujeito ativo do delito (agora sujeito passivo tributário) à municipalidade (sujeito ativo tributário).

É a consagrada *teoria objetiva do fato gerador* que, no artigo 118 do CTN/1966, permite a aplicação do princípio *pecunia non olet*, fundado na isonomia fiscal e, destarte, capacidade contributiva, *in verbis*

Art. 118. A definição legal do fato gerador é interpretada abstraindo-se:

I - da validade jurídica dos atos efetivamente praticados pelos contribuintes, responsáveis, ou terceiros, bem como da natureza do seu objeto ou dos seus efeitos;

O STJ vem decidindo:

O art. 118, I, do CTN não pode ser interpretado de forma insulada, porquanto pode trazer sérias contradições aos demais dispositivos legais. O princípio do non olet, expresso no artigo citado, foi criado por Albert Hensel e Otmar Bühler e tem como escopo permitir a tributação das atividades ilícitas. Irrelevante, portanto, para a determinação do fato gerador, a validade jurídica dos atos efetivamente praticados pelos contribuintes... REsp 1493162/DF, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 25/11/2014, DJe 19/12/2014. No mesmo sentido: HC 351.413/DF, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 19/04/2016, DJe 29/04/2016.

Cabe ainda anotar que o princípio *pecunia non olet* não traz prejuízo ao

princípio *nemo tenetur se detegere*. Nem o limita, nem impede a sua aplicação. Aquele é instituto de direito material tributário e tem sede legal, enquanto este último é garantia processual penal de não auto-incriminação com sede constitucional. Nesse sentido, o STJ:

O princípio nemo tenetur se detegere refere-se à garantia da não auto-incriminação, segundo o qual ninguém pode ser forçado, por qualquer autoridade ou particular, a fornecer involuntariamente qualquer tipo de informação ou declaração que o incrimine, direta ou indiretamente. Trata-se de princípio de caráter processual penal, já que intimamente ligado à produção de provas incriminadoras. Já o princípio pecunia non olet carrega consigo a idéia de igualdade de tratamento entre as pessoas que tenham capacidade contributiva semelhante, independentemente da maneira utilizada para alcançar essa disponibilidade econômica, isto é, não importa se o rendimentos tributáveis tenham ou não fonte lícita. Cuida-se de princípio de direito tributário. Tais princípios não se contrapõem, seja pela questão topográfica em que se encontram no direito, seja porque um não limita ou impossibilita a aplicação do outro, até mesmo porque o princípio pecunia non olet despreza a origem da fonte econômica tributável - se lícita ou ilícita. A necessidade de se recolher impostos surge com o fato de se auferir renda, pouco importando se essa renda é lícita ou ilícita, não ensejando, por isso mesmo, qualquer ingerência no princípio da não auto-incriminação, do contrário dificilmente se vislumbraria a prática de crimes contra a ordem tributária, que geralmente estão ligados ao cometimento de outros delitos, como por exemplo, contra o sistema financeiro nacional. Recurso especial desprovido. REsp 1208583/ES, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 04/12/2012, DJe 11/12/2012.

5. COBRANÇAS INDEVIDAS: REPETIÇÃO DE INDÉBITO

Sexto caso. Apurou-se, posteriormente, que o agente X pagou em excesso a tarifa de energia elétrica e também a contribuição especial CIP. Ambos os casos constituem pagamentos *indevidos*, porque o agente pagou mais do que devia. Diante da vedação do enriquecimento sem causa aplicável tanto à Concessionária Y quanto à Fazenda Municipal, X tem direito de receber a diferença paga em excesso. Legítima a *ação de repetição de indébito*.

O contribuinte deve obedecer ao disposto no CTN/1966, quanto ao pagamento em excesso da CIP (tributo). Quanto à tarifa de energia elétrica

(preço público), o consumidor submete-se às regras dispostas no CC/2002 e no CDC/1990¹⁵. As respectivas ações de repetição de indébito acentuam ainda mais as diferenças de tarifa e tributo.

Dispõe o CDC/1990 que o consumidor cobrado em quantia indevida tem direito à repetição do indébito da tarifa, por valor igual ao dobro do que pagou em excesso, *salvo hipótese de engano justificável quando a devolução será simples* (art. 42, parágrafo único). Quer dizer que, apenas no caso de dolo, culpa ou má-fé, haverá a dobra do valor pago indevidamente a título de tarifa. Se houve apenas erro desculpável, a devolução é simples.

Inviável a repetição em dobro do indébito sem prova inequívoca da má-fé do credor, que não pode ser presumida. A verificação da ocorrência de má-fé, a justificar a devolução em dobro dos valores pagos, demanda o reexame da matéria fático-probatória... AgInt no AREsp 779.575/PB, Rel. Ministra Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, julgado em 11/10/2016, DJe 21/10/2016.

Dispõe o CTN/1966, por sua vez, que o contribuinte tem direito à restituição simples do tributo, seja qual for a modalidade do seu pagamento, entre outros casos, quando há cobrança ou pagamento espontâneo de tributo indevido ou maior que o devido em face da legislação tributária aplicável ou da natureza ou circunstâncias materiais do fato gerador efetivamente ocorrido (art. 165, I). Quer dizer que a devolução do indevido a título de tributo será sempre simples, porque não se pode presumir má-fé do Poder Público – presunção de legitimidade dos atos administrativos.

No Direito tributário, o direito de pleitear a restituição de tributo extingue-se com o decurso do prazo de cinco (05) anos, contados da data da extinção do crédito tributário (art. 168, I). No Direito do Consumidor, o STJ entende que o prazo de prescrição para a pretensão da repetição de indébito de tarifas de água e esgoto submete-se ao prazo geral de dez anos fixado no art. 205 do CC/2002, haja vista que o prazo de cinco do art. 27 do CDC/1990 somente se aplica a ações de danos.

A jurisprudência desta Corte Superior é no sentido de que nos tributos em que há o lançamento direto, ou de ofício, como o IPTU e outras taxas municipais, o prazo prescricional para se pleitear a repetição do indébito é de cinco anos, contados a partir da data em que se deu o pagamento do tributo, nos termos do art. 168, I, do CTN. No REsp 947.206/RJ, Rel.

¹⁵ CDC/1990, Art. 42-A. Em todos os documentos de cobrança de débitos apresentados ao consumidor, deverão constar o nome, o endereço e o número de inscrição nos cadastros CPF ou CNPJ do fornecedor do produto ou serviço correspondente. Incluído pela Lei nº 12.039, de 2009.

Ministro Luiz Fux, Primeira Seção, julgado em 13/10/2010, DJe 26/10/2010, submetido ao Colegiado pelo regime da Lei nº 11.672/08 (Lei dos Recursos Repetitivos), que introduziu o art. 543-C do CPC, reafirmou-se o posicionamento acima exposto... AgRg no Ag 1409513/RS, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 18/10/2011, DJe 24/10/2011.

STJ 412. A ação de repetição de indébito de tarifas de água e esgoto sujeita-se ao prazo prescricional estabelecido no Código Civil.

A prescrição quinquenal prevista no art. 27 do CDC somente se aplica às demandas nas quais se discute a reparação de danos causados por fato do produto ou do serviço... AgRg no REsp 1518086/RS, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Terceira Turma, julgado em 06/08/2015, DJe 13/08/2015.

O prazo prescricional da pretensão de ressarcimento por cobrança indevida de coleta de esgoto é de 10 (dez) anos, nos termos do art. 205 do CC. Na oportunidade, registrou-se ser essa a solução por não haver norma específica a reger a hipótese. Inexistindo razões justificadoras de tratamento diferenciado, deve também ser decenal a prescrição para a repetição de valores indevidamente exigidos a título de serviço telefônico. O engano, para o fim de justificar a repetição em dobro do indébito, é assim considerado quando não decorre de dolo ou culpa na conduta do prestador de serviço... AgRg no REsp 1516814/RS, Rel. Ministro Og Fernandes, Segunda Turma, julgado em 06/08/2015, DJe 25/08/2015.

Na repetição do indébito de tarifa, de acordo com o CDC/1990, também serão devidos correção monetária e juros legais (art. 42, parágrafo único). Nesse caso, de acordo com a jurisprudência do STJ, os juros são calculados a partir da citação e a correção monetária será calculada a partir de cada pagamento indevido.

O STJ firmou entendimento no sentido de que, nos casos em que houve repetição de indébito decorrente de majoração da tarifa de energia elétrica, estabelecida pelas Portarias 38/86 e 45/86 do DNAEE, os juros de mora são devidos no percentual de 6% ao ano, a partir da citação; de que não são devidos juros compensatórios; e de que o índice de correção monetária aplicável é o IPC, a partir de cada pagamento indevido... AgRg no REsp 1420956/RS, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 06/08/2015, DJe 17/08/2015.

Na repetição do indébito tributário, a restituição ao contribuinte vence juros não capitalizáveis, a partir do trânsito em julgado da decisão definitiva que a

determinar (art. 167, parágrafo único) e a correção monetária será calculada a partir do pagamento indevido. Nesse sentido, o STJ:

STJ 188. Na repetição do indébito tributário, os juros moratórios são devidos a partir do trânsito em julgado da sentença.¹⁶

STJ 162. Na repetição de indébito tributário, a correção monetária incide a partir do pagamento indevido.

Nessa última hipótese, da decisão final que reconhece o crédito do contribuinte, a Fazenda Pública deverá observar, como regra geral, a sistemática dos precatórios delineada no artigo 100 da CR/1988¹⁷. É reconhecido ao contribuinte beneficiário do indébito o direito de ao invés de receber por precatório, optar pela “compensação tributária”, modalidade de extinção do crédito tributário, desde que, nos autos da execução fiscal que se pretenda aproveitar, seja juntada a certidão do trânsito em julgado daquela sentença.

STJ 461. O contribuinte pode optar por receber, por meio de precatório ou por compensação, o indébito tributário certificado por sentença declaratória transitada em julgado.

“Ocorrido o trânsito em julgado da decisão que determinou a repetição do indébito, é facultado ao contribuinte manifestar a opção de receber o respectivo crédito por meio de precatório regular ou mediante compensação, uma vez que constituem, ambas as modalidades, formas de execução do julgado colocadas à disposição da parte quando procedente a ação” (REsp 653.181/RS, deste relator). “A sentença declaratória que, para fins de compensação tributária, certifica o direito de crédito do contribuinte que recolheu indevidamente o tributo, contém juízo de certeza e de definição exaustiva a respeito de todos os elementos da relação jurídica questionada e, como tal, é título executivo para a ação visando à satisfação, em dinheiro, do valor devido” (REsp 614.577/SC, Ministro Teori Albino Zavascki). Embargos de divergência conhecidos e providos. EREsp 502.618/RS, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Primeira Seção, julgado em 08/06/2005, DJ 01/07/2005.

Ademais, trata-se de exigência legal, porque o CTN/1966, a partir da reforma

¹⁶ STJ 523. *A taxa de juros de mora incidente na repetição de indébito de tributos estaduais deve corresponder à utilizada para cobrança do tributo pago em atraso, sendo legítima a incidência da taxa Selic, em ambas as hipóteses, quando prevista na legislação local, vedada sua cumulação com quaisquer outros índices.*

¹⁷ CR, Art. 100. Os pagamentos devidos pelas Fazendas Públicas Federal, Estaduais, Distrital e Municipais, em virtude de sentença judiciária, far-se-ão exclusivamente na ordem cronológica de apresentação dos precatórios e à conta dos créditos respectivos, proibida a designação de casos ou de pessoas nas dotações orçamentárias e nos créditos adicionais abertos para este fim. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 62, de 2009).

de 2001, determinou ser vedada a compensação mediante o aproveitamento de tributo, objeto de contestação judicial pelo sujeito passivo, antes do trânsito em julgado da respectiva decisão judicial (art. 156, II, art. 170-A). Isso ante a evidente necessidade de se assegurar a indisponibilidade do patrimônio público. Por essa razão, há muito, a jurisprudência afasta a possibilidade de *liminares* – tutelas provisórias – para manejar a compensação de créditos tributários, porque tal medida precária – em procedimento de caráter essencialmente satisfativo – não se presta para afirmação da suficiência, certeza e liquidez dos créditos lançados.

STJ 212. A compensação de créditos tributários não pode ser deferida em ação cautelar ou por medida liminar cautelar ou antecipatória.

Por fim, anote-se que se legitima ao contribuinte o manejo de mandado de segurança para ver *declarado* o seu direito à compensação tributária, desde que preenchidos os requisitos da Lei nº 12.016/2009¹⁸, que, no mesmo sentido, dispõe que *não será concedida medida liminar que tenha por objeto a compensação de créditos tributários* (art. 7º, § 2º). Doutra banda, o juiz que julgar a ação mandamental não poderá determinar a *convalidação* do procedimento compensatório, tendo em vista a necessidade de dilação probatória e por ser essa tarefa reservada à Autoridade Administrativa competente. Nesse sentido:

STJ 213. O mandado de segurança constitui ação adequada para a declaração do direito à compensação tributária.

STJ 460. É incabível o mandado de segurança para convalidar a compensação tributária realizada pelo contribuinte.

A Seção, ao apreciar o REsp como recurso repetitivo (Res. nº. 8/2008-STJ e art. 543-C do CPC), reiterou o entendimento de que, no que se refere a mandado de segurança sobre compensação tributária, a extensão do âmbito probatório está intimamente relacionada com os limites da pretensão nele deduzida. Tratando-se de impetração que se limita, com base na Súm. nº. 213-STJ, a ver reconhecido o direito de compensar (que tem como pressuposto um ato da autoridade de negar a compensabilidade), mas sem fazer juízo específico sobre os elementos concretos da própria compensação, a prova exigida é a da condição de credora tributária. Todavia, será indispensável prova pré-constituída específica quando à declaração de compensabilidade a impetração agrega pedido de juízo sobre os elementos da própria compensação (reconhecimento do indébito tributário que serve de base para a operação de compensação, acréscimos de juros e correção monetária sobre ele

¹⁸ Disciplina o mandado de segurança individual e coletivo.

incidentes, inexistência de prescrição do direito de compensar), ou pedido de outra medida executiva que tem como pressuposto a efetiva realização da compensação (expedição de certidão negativa, suspensão da exigibilidade dos créditos tributários contra os quais se opera a compensação). Nesse caso, o reconhecimento da liquidez e certeza do direito afirmado depende da comprovação dos elementos concretos da operação realizada ou que o impetrante pretende realizar. No caso, foram deduzidas pretensões que supõem a efetiva realização da compensação (suspensão da exigibilidade dos créditos tributários abrangidos pela compensação, até o limite do crédito da impetrante e expedição de certidões negativas), o que torna imprescindível, para o reconhecimento da liquidez e certeza do direito afirmado, a pré-constituição da prova dos recolhimentos indevidos. Precedentes citados: REsp 116.183-SP, DJ 27/4/1998, e REsp 903.367-SP, DJe 22/9/2008. REsp 1.111.164-BA, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, julgado em 13/5/2009.

6. COBRANÇAS IRREGULARES: CRIMES

Por fim, se os prepostos da Concessionária Y ou da Fazenda Municipal cobrarem do sujeito X as tarifas e o tributo CIP, sabidamente incorretos ou utilizarem, na cobrança, meios vexatórios, está-se diante de cobranças *irregulares* – e não *indevidas* – problema resolvido em ação cível pela ação de repetição de indébito explicada acima.

Nessa última hipótese, as cobranças irregulares margeiam a ilicitude penal, podendo, em tese, os referidos “funcionários” responderem, respectivamente, pelos crimes contra as relações de consumo e contra a ordem tributária, ambos punidos necessariamente a título de *dolo*.

Os prepostos da Concessionária Y de energia elétrica que se utilizam, na cobrança da dívida tarifária, de ameaça, coação, constrangimento físico ou moral, afirmações falsas incorretas ou enganosas ou de qualquer outro procedimento que exponha o consumidor X, injustificadamente, a ridículo ou interfira em seu trabalho, descanso ou lazer, incidem nas penas de detenção, de três meses a um ano, e multa, pelo crime de “cobrança irregular de dívida de consumo” do artigo 71 do CDC/1990. Configura-se aqui infração de menor potencial ofensivo e, nos termos da Lei nº 9.099/1995, admite-se a suspensão condicional do processo.

O funcionário da Fazenda Pública Municipal, por seu turno, ao exigir o tributo

CIP que sabe ou deveria saber indevido, ou, quando devido, emprega na cobrança meio vexatório ou gravoso, que a lei não autoriza, responderá pelo crime contra ordem tributária "excesso de exação" do § 1º do artigo 316 do CP/1940, punido com a pena de reclusão, de três a oito anos, e multa. Não constitui infração de menor potencial ofensivo e nem se admite a suspensão condicional do processo.

Por outro lado, a cobrança de eventuais multas tributárias não constitui o crime em apreço. Isso porque, em atenção ao princípio da estreita legalidade (art. 5º, XXXIX, CR/1988) é impossível interpretação extensiva do tipo do § 1º do artigo 316 que, sendo norma penal em branco homogênea, deve ser complementado pelo artigo 3º do CTN/1966. Como já decidiu o Egrégio STJ, *o delito de excesso de exação não é praticado quando há cobrança de multa por meio de auto de infração, na medida em que as multas não se inserem no conceito de tributo. Referida cobrança, nesses casos, é conduta atípica* (REsp 476.315/DF, Rel. Ministro Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ/SP), Sexta Turma, julgado em 17/12/2009, DJe 22/02/2010).

Pelos mesmos motivos, qualquer outra verba pecuniária remuneratória de serviço público, *verbi gratia* preço público, porque não se define como tributo, afasta o enquadramento da conduta ao crime de excesso de exação. Pode configurar, conforme o caso, outro delito.

É incontroverso que os valores exigidos pelos pacientes não possuem previsão legal, característica que afasta, indubitavelmente, a natureza tributária da cobrança. Na medida em que os valores cobrados não se inserem no conceito de tributo, é defeso considerar que sua cobrança, ainda que eventualmente indevida, tenha o condão de configurar o delito de excesso de exação, sob pena de violação ao princípio da legalidade consagrado no art. 5º, XXXIX, da Constituição Federal e no art. 1º do Código Penal. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para absolver os pacientes pelo delito de excesso de exação... HC 259.971/PR, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Quinta Turma, julgado em 09/04/2013, DJe 16/04/2013.

Nesse crime funcional contra a Administração Fazendária, se o funcionário desvia, em proveito próprio ou de outrem, o que recebeu indevidamente para recolher aos cofres públicos, a pena será de reclusão, de dois a doze anos, e multa, conforme § 2º do artigo 316 do CP/1940.

Mas, na hipótese do proposto da Concessionária Y de energia elétrica que se

apodera do que recebeu indevidamente para recolher aos cofres da empresa, comete ele o crime de “apropriação indébita”, punido com pena de reclusão, de um a quatro anos e multa, aumentada de um terço por ter recebido o bem em razão de emprego, tudo de acordo com o *caput* do artigo 168 e seu § 1º do CP/1940.

Em ambos os casos, não constituem os delitos infrações de menor potencial ofensivo (penas máximas são superiores a dois anos), nem se admite a suspensão condicional do processo (as penas mínimas são superiores a um ano).

CONCLUSÃO

Tributos e tarifas são verbas pecuniárias utilizadas na remuneração de serviços públicos. Essas receitas orçamentárias possuem naturezas jurídicas distintas, o que repercute, a princípio, nos casos de sonegação fiscal ou tarifária.

O contribuinte do tributo obriga-se, por força de lei, a remunerar serviço público, universal ou singular, utilizado efetiva ou potencialmente, nos termos do Código Tributário Nacional. O pagador da tarifa, que é o consumidor, vincula-se por meio de um contrato ao serviço público singular utilizado apenas efetivamente, estando amparado pelo Código de Defesa do Consumidor.

Os regramentos distintos dessas verbas implicam soluções diversas, inclusive nas hipóteses de repetição do indébito e de cobranças criminosas de tributos e tarifas. Em que pese todas as distinções legais e doutrinárias, a recente jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça vem aplicando à sonegação tarifária o mesmo raciocínio aplicado para os casos de sonegação fiscal, no sentido de declarar a extinção da punibilidade, na hipótese de acordo celebrado entre o infrator e a concessionária do serviço público, antes do recebimento da denúncia, para parcelamento dos valores e, destarte, pagamento integral da dívida.

DA ABUSIVIDADE DA OBSOLESCÊNCIA PROGRAMADA À LUZ DO CDC

Leonardo Ribeiro Machado¹

CAPÍTULO 1 - INTRODUÇÃO

1.1- Do Papel do Consumo na Sociedade Contemporânea

O mundo está mudando. A vida e o comportamento do ser humano estão a mudar junto com ele. A Revolução Industrial transformou para sempre a forma de o homem viver e refletir acerca de sua própria vida, uma vez que esta passou a girar ao redor de um fator de importância ímpar: o consumo.

Embora a princípio este fosse inicialmente enxergado dentro do binômio consumo-necessidade, tal estrutura modificou-se de modo que consumir passou a ser sinônimo de felicidade². Entretanto, manter o consumidor em estado de constante insatisfação é complicado. Não se pode permitir o esgotamento do desejo de consumir, razão pela qual a indústria visa bombardear de novidades o mercado de forma incansável³. O capitalismo é marcado, portanto, pela instabilidade, pela constante transformação, por um ciclo vicioso responsável pela eterna insatisfação do consumidor.

Conforme o processo industrial promove sua aparentemente infindável expansão, o homem encontra-se cada dia mais a mercê desse “monstro” por

¹ Trabalho orientado pelo Prof. Dr. Pedro Marcos Nunes Barbosa, aprovado com recomendação de publicação junto à Graduação em Direito da PUC-Rio.

² BAUMAN, Zygmunt. *Vida para consumo: a transformação das pessoas em mercadorias*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2008. p.44

³ AMARANTE, Maria Cecília Nunes. *Justiça ou equidade nas relações de consumo*. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 1997. p.14

ele mesmo criado. Esta “criatura”, filha da Revolução Industrial, persegue incansavelmente sua presa em um labirinto no qual esta não possui escapatória. Não existem asas que o ajudem a fugir dessa prisão.

1.2- Da Obsolescência Programada

Conforme explicado, pode se afirmar que o desejo de consumir é o grande motivador do capitalismo pós-moderno. Para proteger o consumidor em uma relação na qual ele encontra-se do lado mais fraco e vulnerável, surgiu o Direito do Consumidor, buscando blindá-lo de imposições abusivas pelos fornecedores.

Dentro de tal contexto, resta claro o entendimento de que é parte natural desse sistema a obsolescência dos produtos. Um produto tornar-se obsoleto incentiva o proprietário deste a substituí-lo por outro, de preferência mais atual. Destarte, as empresas passaram a aproveitar-se de tal situação planejando a redução da vida útil de seus produtos, buscando reduzir cada vez mais o intervalo necessário para a compra de um novo.

Caracteriza-se a obsolescência programada como o conjunto de práticas do produtor que visam tornar seus produtos obsoletos em curto espaço de tempo para obrigar o consumidor a constantemente adquirir novos modelos. Esta é utilizada por diversas empresas para maximizar suas vendas. Existem diversos meios de efetivar tal estratégia, dentre os quais a redução da durabilidade dos produtos, o lançamento de modelos melhorados em um curto período de tempo e a ausência planejada de peças de reposição.

Vale salientar que se distingue a obsolescência programada da simples invasão tecnológica. A segunda é um processo legítimo que inclusive motiva as empresas a se manterem competitivas no mercado⁴. A possibilidade de uma concorrente desenvolver produto de qualidade superior obriga o produtor a sempre atualizar-se e buscar fornecer seu melhor ao consumidor. Não obstante, é de grande importância o incentivo à inovação tecnológica para o desenvolvimento econômico⁵. A Lei 10.973/04, que dispõe sobre incentivos ao

⁴ JÚNIOR, Cildo Giolo. *A vulnerabilidade do consumidor diante da obsolescência programada*. Disponível em <http://cildogiolojunior.jusbrasil.com.br/artigos/121944191/a-vulnerabilidade-do-consumidor-diante-da-obsolescencia-programada>. Acesso em 08 dez. 2015.

⁵ BARBOSA, Denis Borges (org). *Direito de inovação: comentários à Lei Federal de Inovação, Incentivos Fiscais à Inovação, Legislação estadual e local, Poder de Compra do estado (modificações à Lei de*

desenvolvimento científico, em seu art. 2º, IV define a inovação como “introdução de novidade ou aperfeiçoamento no ambiente produtivo ou social que resulte em novos produtos, processos ou serviços”.

A obsolescência programada, por outro lado, embora comum no mercado, recebe severas críticas quanto a sua legalidade, principalmente nas searas ambiental e consumerista. O objetivo do presente artigo é a discussão sobre se esta configura-se ou não como uma prática abusiva aos olhos do CDC, sendo explorados argumentos usados tanto por aqueles que defendem os consumidores quanto pelos empresários.

CAPÍTULO 2 - DAS FORMAS DE OBSOLESCÊNCIA (COMO UM PRODUTO PODE TORNAR-SE OBSOLETO)

Após a Revolução Industrial, o processo de fabricação de produtos tornou-se cada vez mais rápido e simplificado, o que conseqüentemente reduziu os preços destes produtos. A partir daí, cada vez mais se consumia por prazer ao invés de necessidade e este aumento do consumo era a chave para o desenvolvimento econômico. Durante a depressão do fim da década de 1950 ficou imortalizada a declaração do presidente americano Eisenhower quando questionado pela imprensa sobre como o povo poderia combater a crise:

“Resposta - Comprar.”

“Pergunta - Comprar o quê?”

“Resposta – Qualquer coisa.”⁶

A obsessão dos empresários por manter os consumidores em estado de incessante insatisfação levou-os a botarem em prática diversas estratégias. Em sua obra “Estratégia do Desperdício”, Vance Packard ⁷ analisa diversas das ações empresariais utilizadas para impulsionar o consumo de massa, dentre as quais destaca-se a obsolescência programada. Packard faz menção ao desenhista industrial Brooks Stevens, o qual frisou:

“Nós temos bons produtos, induzimos as pessoas a comprá-los e, no ano seguinte, nós deliberadamente apresentamos outro, que tornará aqueles

Licitações). 2ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 04

⁶ PACKARD, Vance. *Estratégia do Desperdício*. São Paulo, IBRASA, 1965. p. 16

⁷ Idem.

produtos antiquados, fora de moda e obsoletos... Não é desperdício organizado. É uma contribuição sadia para a economia americana."

Embora a expressão obsolescência programada tenha apenas se popularizado na década de 1950 após seu uso por Stevens (o qual assumiu claramente o uso da estratégia pela indústria americana) estima-se que tal prática começou a ser aplicada ainda na década de 1920, quando um cartel denominado Phoebus, formado pelos principais fabricantes de lâmpadas da Europa e dos EUA, planejou a redução da durabilidade destas para apenas 1.000 horas⁸ para, com isso, aumentar suas vendas. Segundo o prof. Markus Krajewski⁹: "Queriam que as pessoas comprassem lâmpadas com regularidade. Se as lâmpadas durassem muito era uma desvantagem econômica."

Com o passar dos anos, o planejamento da obsolescência pelos empresários evoluiu, passando a ser aplicado de formas mais diversificadas. Packard distinguiu 3 meios pelos quais um produto pode se tornar obsoleto, quais sejam: 1) a obsolescência de função; 2) de qualidade e 3) de desejabilidade. Serão utilizados mais adiante estes e outros conceitos que serão apresentados no decorrer deste capítulo, tomando tais definições especial relevância quando forem analisadas quais formas de obsolescência afrontam ou não o Direito consumerista brasileiro, quando planejadas pelo empresário.

A obsolescência de função ocorre quando um produto mais antigo torna-se ultrapassado após introduzirem no mercado um que executa de forma aperfeiçoada a mesma função daquele. É o caso da máquina de datilografar que foi substituída pelo computador. A obsolescência de função confunde-se, portanto, com a própria superação tecnológica, sendo muitas vezes desejada pelo próprio consumidor, razão pela qual Annie Leonard¹⁰ denomina a mesma obsolescência tecnológica.

Já a obsolescência de qualidade consiste na quebra ou desgaste do produto em um tempo não muito longo. A obsolescência de qualidade foi a primeira a ser aplicada de forma planejada pelos empresários, criando produtos que duravam propositalmente menos para que fossem substituídos em tempo inferior ao necessário. Lembrando que o fato de a empresa calcular a vida útil do produto

⁸ YOUTUBE. (2013, dezembro 06). A história secreta da obsolescência programada. ["Arquivo de vídeo"] Disponível em <https://www.youtube.com/watch?v=lvEpHaTdimc>. Acesso em 23 nov. 2016.

⁹ Idem.

¹⁰ LEONARD, Annie. A história das coisas: da natureza ao lixo, o que acontece com tudo que consumimos. Rio de Janeiro: Zahar, 2011. p. 174.

não caracteriza necessariamente obsolescência programada de qualidade. Esta somente se caracteriza quando existe uma intenção de fazer com que o produto dure pouco para que seja substituído mais rapidamente¹¹.

Por lesar diretamente o consumidor com a quebra de seu produto e um tempo inferior ao esperado, a obsolescência programada de qualidade torna-se a mais passível de críticas. Todavia, essa técnica evoluiu, após seu surgimento, em larga escala, sendo amplamente utilizado por empresas dos mais diversos ramos nos dias atuais.

A obsolescência de desejabilidade, ou psicológica, por outro lado, mostra-se um pouco mais sofisticada que as demais. A razão dessa maior complexidade está no fato de esta não atuar de forma física, e sim no psicológico do consumidor, ou seja, sobre seus desejos.

Embora o consumidor possua o exemplar de um produto que esteja funcionando perfeitamente, ele deseja adquirir um modelo novo por uma simples questão de inovação. O produto lançamento pode possuir, inclusive, as mesmas propriedades do anterior, entretanto, o consumidor anseia por substituir seu produto “velho” por um “novo”, com design mais moderno e que se enquadre nas tendências do momento. Seria o processo, segundo Packard, de “gastar o produto na mente do proprietário.” Leonard¹² denomina essa mesma forma de obsolescência como percebida.

A indústria da moda é o maior exemplo de aplicação da obsolescência de desejabilidade. Seja por meio de roupas, acessórios ou quaisquer outros elementos visuais, o ser humano expressa, através da moda, sua personalidade e visão do mundo¹³. Tal segmento busca incorporar constantemente o significado buscado por seu consumidor a seus produtos novos, visando tornar obsoletos aqueles lançados anteriormente. Cria-se, deste modo, a ilusão de que os produtos anteriormente lançados não correspondem mais aos ideais buscados pelo cliente, devendo estes buscar os últimos lançamentos da moda para se satisfazer.

A arte de fazer com que os produtos se tornem ultrapassados na mente dos consumidores é o alicerce no qual funda-se a moda, em especial, a feminina.

¹¹ PACKARD, Vance. *Estratégia do Desperdício*. São Paulo, IBRASA, 1965. p.53

¹² LEONARD, Annie. *A história das coisas: da natureza ao lixo, o que acontece com tudo que consumimos*. Rio de Janeiro: Zahar, 2011. p. 175.

¹³ CARVALHAL, André. *A moda imita a vida: como construir uma marca de moda*. São Paulo: Estação das Letras e Cores, Rio de Janeiro, Ed. Senac Rio de Janeiro. 2015. p. 19.

Como observou Charles Revson¹⁴, fundador da Revlon: “As mulheres podem aceitar coisas novas mais depressa que os homens.” Aproveitando-se do fato de elas serem mais adeptas à alterações de estilo, o mercado da moda abusa de mudanças tais quais levantar ou abaixar a barra das saias. Salientou, ainda nos anos 1960 o pesquisador de mercado Louis Cheskin¹⁵: “Toda indústria tenta emular a indústria de modas femininas. Essa é a chave da moderna técnica de venda”. Atualmente, diversos outros segmentos como o tecnológico e automobilístico adotam a mesma estratégia, como será abordado mais adiante.

Annie Leonard¹⁶ ainda acrescenta a estas uma outra modalidade de obsolescência a qual chama instantânea. Esta seria aquela que ocorre aos produtos descartáveis, como absorventes e fraudas. A autora, em sua obra “A história das Coisas” alerta para o fenômeno que vem ocorrendo de transformarem todos os produtos em descartáveis e o enorme impacto que isso vem trazendo ao meio ambiente. É comum atualmente o uso de pratos, talheres e lâminas de barbear descartáveis, por exemplo.

Será dada ênfase no presente artigo às modalidades de qualidade e desejabilidade da obsolescência programada, eis que as mais controversas à luz do Direito Consumerista.

CAPÍTULO 3 - DO ENQUADRAMENTO OU NÃO DA OBSOLESCÊNCIA PROGRAMADA COMO PRÁTICA ABUSIVA

3.1- Das Práticas Abusivas no Código de Defesa do Consumidor

Uma das grandes inovações trazidas pela Lei 8.078/90 foi a vedação às chamadas práticas abusivas. Configuram-se as mesmas como ações ou omissões exercidas pelo fornecedor de serviços em relação ao consumidor, nas quais excede-se manifestamente o limite imposto pela boa-fé objetiva e pelos demais princípios norteadores das relações consumeristas. A sessão IV do Capítulo V do Código de Defesa do Consumidor, que prevê tais práticas, dialoga, deste modo, claramente com o art. 187 do Código Civil, que define o abuso de direito, conduta equiparada ao ato ilícito.

¹⁴ PACKARD, Vance. *Estratégia do Desperdício*. São Paulo, IBRASA, 1965. p.69.

¹⁵ Idem. p. 66.

¹⁶ LEONARD, Annie. *A história das coisas: da natureza ao lixo, o que acontece com tudo que consumimos*. Rio de Janeiro: Zahar, 2011. p. 175.

Os incisos do art. 39 do CDC enumeram diversas práticas consideradas como abusivas aos olhos da Lei. As treze hipóteses previstas nestes incisos não são as únicas previstas no Código, sendo apresentadas outras no decorrer de seu texto, como a publicidade enganosa e abusiva. Insta frisar, ainda, que as condutas apresentadas pela Lei caracterizam-se como meramente exemplificativas, conforme se pode depreender da expressão “dentre outras práticas abusivas” incluída no caput do art. 39 pela Lei 8.884/94¹⁷.

Destarte, uma vez que o rol legal classifica-se como *numerus apertus*, podem ser consideradas abusivas não apenas as condutas elencadas nele, mas também quaisquer outras práticas comerciais que afrontem a base principiológica do Direito Consumerista, ensejando a efetiva reparação destas ao consumidor, além de eventuais sanções administrativas e penais¹⁸.

Apresentar-se-á, portanto, no presente capítulo uma análise acerca do enquadramento ou não da obsolescência programada, tanto de qualidade como de desejabilidade, como uma prática comercial abusiva. Para tal estudo, serão apreciadas decisões judiciais acerca do tema, sendo feitas, ao final, as devidas propostas de intervenção.

3.2- Análise da Lei e Jurisprudência Consumerista sobre a Obsolescência Programada

A primeira decisão que será analisada consiste em um acórdão do STJ, de relatoria do Ministro Luís Felipe Salomão que tem por objeto a discussão de um caso de obsolescência programada de qualidade do produto. Trata-se do REsp 984.106, julgado no decorrer de uma ação indenizatória movida pela Sperandio Máquinas e Equipamentos Ltda em face de Francisco Schlager, no qual aquela é recorrente e este o recorrido:

“EMENTA: DIREITO DO CONSUMIDOR E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO E RECONVENÇÃO. JULGAMENTO REALIZADO POR UMA ÚNICA SENTENÇA. RECURSO DE APELAÇÃO NÃO CONHECIDO EM PARTE. EXIGÊNCIA DE DUPLO PREPARO. LEGISLAÇÃO LOCAL. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 280/STF. AÇÃO DE COBRANÇA AJUIZADA PELO FORNECEDOR. VÍCIO DO PRODUTO. MANIFESTAÇÃO FORA DO PRAZO

¹⁷ NUNES, Rizzatto. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 6ª Ed. São Paulo. Editora Saraiva, 2011. p. 567.

¹⁸ MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 6ª ed. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 840.

DE GARANTIA. VÍCIO OCULTO RELATIVO À FABRICAÇÃO. CONSTATAÇÃO PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. RESPONSABILIDADE DO FORNECEDOR. DOUTRINA E JURISPRUDÊNCIA. EXEGESE DO ART. 26, § 3º, DO CDC.”

Existia relação de consumo entre as partes, uma vez que Schlager havia comprado da empresa um trator, o qual, após o término da garantia, apresentou problemas. Deste modo, o consumidor enviou o produto para reparos na fabricante, a qual efetuou a troca da peça defeituosa. Todavia, foi ajuizada uma ação de cobrança para que aquele arcasse com as despesas do conserto, uma vez que sobreveio o defeito somente 3 anos e 4 meses após a aquisição, tempo bastante superior à garantia contratual de 8 meses ou 1.000 horas de uso.

Em sua defesa, o réu alegou a existência de vício oculto¹⁹, razão pela qual o prazo legal para reclamação só iniciaria sua contagem após a constatação deste (art. 26, §3º do CDC). Explicou, portanto, que havia um erro na fabricação do produto, eis que sua quebra ocorreu em tempo bastante inferior ao esperado, embora tal problema não fosse evidente à época de sua aquisição. Assim, o trator foi utilizado normalmente durante algum tempo sem que tomasse conhecimento da existência do vício redibitório.

Deste modo, caberia à sociedade empresária arcar com o conserto do produto defeituoso, de forma que nada lhe seria devido. Outrossim, caberia a esta provar a inexistência de vício oculto, caso o defeito fosse decorrente de mau uso, uma vez que seria autora do ação que trataria de relação consumerista, militando o ônus da prova a favor do consumidor em decorrência de sua hipossuficiência (art. 6º,VIII do CDC).

A tese da defesa foi acolhida em todas as instâncias, tendo o Recurso Especial interposto pela Sperandio sido conhecido em parte, porém sendo-lhe negado provimento. Em seu voto, o Min. Salomão ainda assevera a adoção pelo CDC do critério da vida útil esperada do produto e não o da garantia a ser aplicado no caso de vícios ocultos:

“No caso concreto, o vício que ensejou a lide foi reconhecido pelas instâncias ordinárias como sendo defeito oculto de fabricação, razão pela qual o prazo decadencial previsto no art. 26, inciso II, do CDC iniciou-se no momento em que ficou evidenciado o vício (§ 3º), pouco importando tenha ele se exteriorizado somente depois de esgotado o prazo de garantia

¹⁹ NUNES, Rizzatto. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 6ª Ed. São Paulo. Editora Saraiva,2011. p. 413

contratual, desde que dentro do que se esperava ser a vida útil do bem durável. Neste ponto, é de se registrar que o bem adquirido pelo autor apresentou o mencionado vício - gravíssimo, ao que parece - com cerca de 3 (três) anos de uso, mas que, conforme apurado nas instâncias ordinárias, "o trator deveria ter uma vida útil de aproximadamente 10.000 horas, que em anos vai depender do uso, mas ficaria em torno de 10 a 12 anos."

O caso expõe, assim, uma clara situação de obsolescência programada de qualidade, uma vez que o trator sobre o qual se discutia a lide apresentou um vício grave pouco tempo após sua compra, obrigando o consumidor à reposição da peça defeituosa em um período de tempo muito inferior ao razoavelmente esperado. Deste modo, embora não adentre o CDC no mérito da legalidade ou não do planejamento da quebra dos produtos, são colocados à disposição do consumidor mecanismos legais para combatê-lo, como o §3º do art. 26.

Imprescindível a aplicação ao presente caso, ademais, do princípio da função social do contrato, o qual pode ser entendido segundo 2 enfoques: um individual, relativo aos contratantes e outro público, concernente ao interesse coletivo no contrato²⁰. Ao analisar o fato narrado, deve se ter em vista o critério individual do princípio exposto, o qual, segundo Carlos Roberto Gonçalves²¹, "tem por escopo promover a realização de uma justiça comutativa, aplainando as desigualdades substanciais entre os contratantes".

Acrescido a este, deve ser também levado em conta o princípio da boa-fé objetiva. Segundo Claudia Lima Marques²²:

*"Boa-fé objetiva significa, portanto, uma atuação "refletida", uma atuação refletindo, pensando no outro, no parceiro contratual, respeitando-o, respeitando seus interesses legítimos, **suas expectativas razoáveis**, seus direitos, agindo com lealdade, sem abuso, sem obstrução, sem causar lesão ou desvantagem excessiva, cooperando para atingir o bom fim das obrigações: o cumprimento do objetivo contratual e a **realização dos interesses das partes.**" (grifos nossos).*

Destarte, resta claro que não foi observada pela autora a expectativa legítima do consumidor de durabilidade do produto comprado. Caso este fosse obrigado a arcar com os gastos decorrentes do conserto do trator, seria consolidada flagrante

²⁰ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro, volume 3: contratos e atos unilaterais*. 9ª edição. São Paulo, Ed. Saraiva, 2012. p.26.

²¹ Idem. p.25.

²² MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 6ª ed. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2011. p.216.

injustiça na relação contratual, violando sua função social, eis que somente uma das partes teria seu interesse satisfeito. Nesse sentido, é de grande importância observar, outrossim, o art. 4º, inciso II, alínea d da mesma Lei, que assegura ao consumidor ações governamentais com o objetivo de zelar pelos padrões de qualidade e durabilidade adequados dos produtos.

No entanto, os dispositivos e princípios expostos não asseguram ao consumidor o direito de reclamar *ad aeternum* de um problema que venha a se apresentar no produto. Simplesmente lhe é conferido o poder de pleitear a reparação durante a vida útil legitimamente esperada deste, caso decorrente de um vício intrínseco a fabricação do produto. Nesse sentido vale observar-se o posicionamento do relator do voto supramencionado:

“Nesse passo, os prazos de garantia, sejam eles legais ou contratuais, visam a acautelar o adquirente de produtos contra defeitos relacionados ao desgaste natural da coisa, como sendo um intervalo mínimo de tempo no qual não se espera que haja deterioração do objeto. Depois desse prazo, tolera-se que, em virtude do uso ordinário do produto, algum desgaste possa mesmo surgir. Coisa diversa é o vício intrínseco do produto existente desde sempre, mas que somente veio a se manifestar depois de expirada a garantia, como é o caso de edifícios de estruturas frágeis que ruínam a partir de certo tempo de uso, mas muito antes do que normalmente se esperaria de um empreendimento imobiliário, de modo a ficar contrariada a própria essência do que seja um “bem durável”.”

Passa-se então para a análise do próximo caso, o qual também acabou por ensejar Recurso Especial ao STJ. A empresa B2W Comércio Global de Varejo S/A foi multada pelo PROCON/DF em razão da recusa na devolução de quantias pagas por consumidor por produto que apresentou vício oculto fora do prazo de garantia. Inconformada, ingressou a empresa com ação judicial requerendo a anulação da multa. Sobreveio sentença de improcedência, razão pela qual a autora recorreu.

A apelação, julgada pela Terceira Turma Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, foi provida. O Tribunal reformou a sentença entendendo que a reclamação por vício oculto somente poderia ser exercida dentro da garantia contratual, eis que caso assim não fosse, tornaria o fornecedor passível de ser eternamente responsabilizado pelo produto posto em circulação:

“Tratando-se de vício oculto, o prazo decadencial para reclamar pelos vícios do produto inicia-se no momento em que ficar evidenciado o defeito, e não na data da aquisição do produto. (Art. 26, 3º, CDC). Contudo, resta

afastada a responsabilidade do fornecedor do produto ou serviço, nos casos em que o defeito for detectado após o escoamento do prazo de garantia legal ou contratual.”

Este entendimento não é isolado, cumprindo ressaltar que é inclusive adotado por parte da doutrina consumerista²³. Insta salientar, todavia, o quão equivocado é o mesmo. Para isso, há de se recorrer a uma interpretação teleológica da regra imposta pelo art. 26,§3º em conjunto com as demais do CDC.

A referida Lei já prevê em seu art. 26 os prazos decadenciais para reclamar-se do vício e no art. 27, o prazo prescricional da pretensão à reparação pelos danos causados pelo fato do produto ou serviço. Não obstante, o art. 50 do Código já explica claramente que a garantia contratual é complementar à legal. Tal entendimento é reafirmado por Leonardo de Medeiros Garcia²⁴: “os prazos contratuais estipulados no art. 26 (chamados por alguns de prazo de garantia legal) só começarão a correr depois do prazo de garantia que o fornecedor oferecer, de livre e espontânea vontade, ao consumidor (garantia contratual).”.

Assim, o consumidor é ciente do seu direito de reclamar dos vícios do produto ou serviço no prazo contratual, sendo este ainda acrescido do prazo legal. Por que, então, acrescentaria o legislador a hipótese de, em caso de vício oculto, o prazo decadencial apenas se iniciar no momento em que este restar evidenciado (ar. 26,§3º)?

Caso aplicada a interpretação dada pelo Tribunal do Distrito Federal e Territórios, poderia se entender que a figura do vício oculto teria sido criada com a exclusiva finalidade de prejudicar o consumidor. Este possuiria, para reclamar do vício oculto do produto, o prazo da garantia, subtraído quantos dias antes do final deste foi descoberto o vício, acrescido da garantia legal dos incisos I ou II do art. 26.

Formulando um exemplo, supor-se-á que o bem em questão trata-se de um produto durável e sua garantia contratual fosse de um ano. Após 9 meses, é evidenciado um vício oculto neste. Segundo a tese aqui confrontada, o prazo de 90 dias (art. 26, II do CDC) passaria a contar a partir deste momento. Deste modo, o consumidor possuiria o prazo de um ano, no total, para reclamar. *A contrario*

²³ DENARI, Zelmo et al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001. p.205.

²⁴ GARCIA, Leonardo de Medeiros. *Direito do consumidor: código comentado e jurisprudência*. 6ª edição. Niterói, Impetus, 2010. p. 302.

sensu, vale ressaltar que se fossem somadas as garantias contratual e legal como preceitua o art. 50 da Lei, o prazo para reclamação seria de um ano e mais 90 dias em caso de vício aparente e, em hipótese de vício oculto, caso fosse aplicado o critério da vida útil para definir o limite da garantia, o prazo se daria até o fim do tempo de duração do bem legitimamente esperado pelo consumidor.

Então, de acordo com a compreensão do TJDF, a previsão do art. 26,§3º não apenas não ampliaria o prazo para que o consumidor reclamasse em caso de vício oculto como restringiria o período já previsto no próprio Código para vícios aparentes. Tal entendimento é, portanto, flagrantemente ilegal, eis que interpreta de forma prejudicial ao consumidor, em total desacordo com toda a principiologia implementada pela Lei 8.078/90, que reconhece este como parte vulnerável na relação contratual.

Destarte, no mesmo sentido das críticas feitas neste trabalho acadêmico, foi interposto pelo PROCON/DF o Recurso Especial nº 1.123.004 – DF, ao qual foi dado provimento pelo STJ, reformando a decisão do Tribunal *a quo* baseado, assim como no primeiro caso, na teoria da vida útil do bem:

“RECURSO ESPECIAL. CONSUMIDOR. VÍCIO OCULTO. PRODUTO DURÁVEL. RECLAMAÇÃO. TERMO INICIAL.

1. Na origem, a ora recorrente ajuizou ação anulatória em face do PROCON/DF - Instituto de Defesa do Consumidor do Distrito Federal, com o fim de anular a penalidade administrativa imposta em razão de reclamação formulada por consumidor por vício de produto durável.

2. O tribunal de origem reformou a sentença, reconheceu a decadência do direito de o consumidor reclamar pelo vício e concluiu que a aplicação de multa por parte do PROCON/DF se mostrava indevida.

3. De fato, conforme premissa de fato fixada pela corte de origem, o vício do produto era oculto. Nesse sentido, o *dies a quo* do prazo decadencial de que trata o art. 26, 3º, do Código de Defesa do Consumidor é a data em ficar evidenciado o aludido vício, ainda que haja uma garantia contratual, sem abandonar, contudo, o critério da vida útil do bem durável, a fim de que o fornecedor não fique responsável por solucionar o vício eternamente. A propósito, esta Corte já apontou nesse sentido.” (*grifos nossos*)

Com base no exposto, pode se entender que a obsolescência programada de qualidade, embora não elencada no rol do art. 39 do CDC, pode ser considerada

uma prática abusiva aos olhos desta Lei, eis que em desconformidade com regras inseridas na mesma, como é o caso do art. 4º, II, d. Não obstante, esta afronta claramente os princípios da boa-fé objetiva e da função social, cuja observância é imprescindível para que se atinja o equilíbrio econômico do contrato.

Ainda que o consumidor não encontre menção expressa à prática no Código, são oferecidos recursos para o combate a esta, como o enquadramento do problema na definição de vício aparente (art.18, *caput*) ou oculto (art.26,§3º). Em caso de manifestação de vício oculto, o prazo a ser considerado para reclamação deve seguir, destarte, o critério da vida útil esperada e não o da garantia contratual, como já se pacificou o entendimento do Superior Tribunal de Justiça.

Se o planejamento da quebra do produto em tempo inferior ao legitimamente esperado mostra-se claramente ilegal aos olhos da lei consumerista, caso diverso é aquele do desgaste psicológico premeditado dos produtos na mente dos usuários. A obsolescência programada de desejabilidade, ao contrário da de qualidade, não confronta, como será exposto adiante, regras do CDC, sendo necessário recorrer a ponderação de princípios contratuais para analisar sua legalidade. Assim, passa-se à discussão acerca dessa segunda modalidade.

A obsolescência de desejabilidade, assim como a de qualidade, não ocorre necessariamente de forma planejada, porém, quando operada desta forma, torna-se alvo de grande polêmica. Se por um lado é um direito da empresa o de lançar novos produtos no mercado com o espaço de tempo que lhe seja conveniente, por outro deve se questionar as consequências de tais lançamentos em tempo inferior ao esperado, fazendo, deste modo, com que produtos antecessores se tornem ultrapassados precocemente. Para melhor compreensão dos valores em discussão será analisada uma ação coletiva movida pelo Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul em face da Fiat Automóveis S/A²⁵.

A parte ré, em maio de 2006, lançou o veículo Palio Fire ano 2006, modelo 2007. Até aí nada há de novidade, eis que é uma prática conhecida pelos consumidores a antecipação da venda de modelos automobilísticos do ano seguinte pelas montadoras. Todavia, em julho do mesmo ano, ou seja, apenas 2 meses após o lançamento mencionado, foi lançada nova versão do automóvel que apresentava uma série de inovações, inclusive visual diferenciado, mas nomeada da mesma forma que seu antecessor.

²⁵ RECURSO ESPECIAL Nº 1.342.899 - RS (2011/0155718-5)

Assim, o veículo lançado em maio de 2006, chamado pela própria montadora de modelo 2007, nem ao menos seria fabricado no ano seguinte tornando-se ultrapassado antes mesmo da chegada do ano previsto como de seu lançamento. Em razão do inconformismo apresentado pelos consumidores que adquiriram tal veículo (sentindo-se ludibriados pela sociedade empresária), propôs o MPERS ação coletiva, com fulcro nos arts. 81, parágrafo único, II e 82, I do CDC, pleiteando compensação por danos morais individuais para cada consumidor lesado, assim como a obrigação de fazer de a empresa abster-se de efetuar tal prática novamente sob pena de multa.

Uma das alegações que embasa o pedido de danos morais seria de que a ré teria feito publicidade enganosa ao anunciar o modelo lançado em maio sem informar ao consumidor que seria lançado em um espaço muito curto de tempo modelo que iria substituí-lo. O consumidor seria, portanto, induzido ao erro não em razão da divulgação de uma informação falsa, mas da supressão de uma informação relevante. Nesse sentido, assevera Claudia Lima Marques²⁶ que “a característica principal da publicidade enganosa, segundo o CDC, é ser suscetível de induzir o consumidor a erro, **mesmo por suas omissões**” (grifos nossos). A publicidade enganosa caracterizaria, destarte, uma violação do dever contratual de informação²⁷, uma das obrigações decorrentes do princípio da boa-fé objetiva.

Outrossim, foi alegado que o lançamento de um segundo modelo 2007, ainda no ano 2006, extinguindo a fabricação do anterior configuraria prática abusiva aos olhos do Código de Defesa do Consumidor, eis que desvalorizaria o modelo anterior em tempo muito inferior ao esperado, ferindo a legítima expectativa do consumidor de adquirir um produto “novo”.

Faz-se mister para análise dessa questão a consciência de que, embora não exista preceito normativo que obrigue o fornecedor a informar a data de seus futuros lançamentos a seus consumidores, as relações contratuais devem ser sempre pautadas pelos princípios da função social²⁸ e da boa-fé objetiva²⁹, sendo imperiosa a observância destes pelas partes.

²⁶ MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 6ª ed. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 831.

²⁷ FROTA, Pablo Malheiros da Cunha. *Os deveres contratuais nas relações civis e de consumo*. Curitiba: Ed. Juruá, 2011. p.220.

²⁸ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil, volume 3: contratos*. 18ª ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense. 2014. p.13

²⁹ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro, v.3: teoria das obrigações contratuais e extracontratuais*. 18ªed. São Paulo: Saraiva. 2003. p. 39

O Juízo de primeira instância julgou improcedente a ação, acolhendo a tese da Fiat de inexistir obrigação da empresa de divulgar a data de seus futuros lançamentos aos fornecedores nem tampouco de se abster de efetuar tais lançamentos em virtude de contratos de venda já realizados. Insatisfeito com a decisão, o MPERS interpôs apelação visando reformá-la.

A 9ª Câmara Cível do TJRS, de forma acertada, reformou a sentença, acolhendo a tese de que a conduta da apelada seria claramente violadora da boa-fé contratual:

“Embora não se desconheça a necessidade de sigilo e a dinâmica do mercado automobilístico, a conduta da ré, especificamente no caso dos autos, extrapolou o que razoavelmente esperavam os consumidores da indústria de automóveis, induzindo-os em erro quando optaram pela aquisição do automóvel em questão. As regras do mercado – calcadas na livre iniciativa e na livre concorrência, é verdade – não podem se sobrepor aos princípios da boa-fé e da eticidade, aniquilando expectativas legítimas dos consumidores, parte indiscutivelmente mais fraca na relação de consumo.”

Nesse sentido, é importante salientar que o art. 170 da Constituição Federal, embora preveja a livre iniciativa como um dos fundamentos da ordem econômica, impõe a observância da defesa do consumidor e outros princípios limitadores do desenvolvimento econômico, devendo estes ser ponderados entre si quando aplicados ao caso concreto³⁰.

Desta forma, foi reconhecida a existência de publicidade enganosa por supressão de informação relevante, assim como de prática abusiva consistente na quebra da expectativa legítima do consumidor por tornar o objeto de compra ultrapassado em tempo muito inferior ao razoavelmente esperado. O acórdão concedeu, então, a compensação por danos morais individuais aos compradores do primeiro modelo 2007, assim como obrigou a apelada a se abster de ofertar veículos fabricados em um ano com modelo do ano seguinte, sem que mantivesse, neste próximo ano, o modelo fabricado no anterior, sob pena de multa.

A FIAT interpôs Recurso Especial³¹ alegando a inexistência de publicidade enganosa, ou qualquer outra prática abusiva, sendo incabida a compensação por danos morais ou qualquer outra sanção. O Ministro Relator Sidnei Beneti,

³⁰ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 35ª Edição. Malheiros Editores, 2012. p.792.

³¹ RECURSO ESPECIAL Nº 1.342.899 - RS (2011/0155718-5)

adotou a linha defendida pelo Tribunal *a quo*, negando seguimento ao Recurso Especial. Quanto à existência ou não das práticas abusivas entendeu o Ministro:

“Como é sabido, a aquisição de um veículo sempre acarreta para o proprietário uma perda em relação ao seu valor de compra, causado pela depreciação natural do bem, ano após ano, razão pela qual, ao adquirir um automóvel, o consumidor, em regra, opta pela compra de um cujo modelo for permanecer por maior tempo no mercado, a fim de minimizar os efeitos dessa desvalorização.”

“No caso em análise, embora o fabricante de automóveis, ora recorrente, não estivesse proibido de antecipar o lançamento de um modelo meses antes da virada do ano, prática que é muito utilizada no país, não se pode admitir que, após divulgar e passar a comercializar o automóvel Pálio Fire ano 2006, modelo 2007, a montadora simplesmente lançasse outro automóvel Pálio Fire modelo 2007, com a alteração de itens, o que leva a concluir ter ela oferecido em 2006, um modelo 2007 que não viria a ser produzido em 2007, ferindo a fundada expectativa de consumo dos seus adquirentes.”

Importa esclarecer que a depreciação configura-se como o método contábil de se avaliar a perda do valor econômico de um bem em razão de seu desgaste natural³². A decisão do Min. Beneti foi correta ao expor que esta desvalorização do produto já é esperada pelo consumidor, porém, a aceleração artificial de tal processo pelo fornecedor no caso em tela se deu de forma abrupta e inesperada para aquele, violando a função sócio-econômica do contrato e sendo, portanto, claramente ilegal.

O voto do relator foi seguido pela Ministra Nancy Andrigui e pelo Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, havendo dissidência somente por parte do Ministro Ricardo Villas Bôas Cuerva, o qual decidiu pelo restabelecimento da sentença de primeiro grau. Em seu voto vencido, o Ministro defendeu a posição estabelecida anteriormente no Tribunal em julgamentos anteriores sobre o tema:

“Trata-se de demanda, não só de um mercado cada vez mais competitivo, mas também de exigência dos próprios consumidores, sempre ávidos por evolução tanto na área tecnológica quando de estilo. Logo, mesmo o consumidor menos atento está ciente de que os modelos de automóveis são modificados, aprimorados e aperfeiçoados constantemente e de que, ao optar pela aquisição de determinado modelo de veículo, não há

³² EHRlich, Pierre Jacques. *Engenharia Econômica: avaliação e seleção de projetos de investimento*. 3ª edição. São Paulo: Editora Atlas, 1983. p. 128.

garantias de que o veículo não sofrerá alterações ou aprimoramentos até o ano seguinte.”

O equívoco deste entendimento, *data vênia*, consiste em ignorar os já mencionados princípios da função social do contrato e da boa-fé. Ao ser pactuada qualquer espécie de contrato, cria-se uma expectativa em relação a este para ambas as partes contratantes. Uma das expectativas que o contrato de compra e venda de qualquer produto lançamento cria para o consumidor é a de torná-lo proprietário de um produto moderno, atual, com alto valor de mercado decorrente destas características. Ferir a expectativa da parte contrária visando benefício próprio, nada mais configura do que a má-fé, podendo ser imputadas as sanções decorrentes desta para a parte que agiu dessa forma. Nesse sentido vale salientar dever correlato à boa-fé, que é o de cooperação³³.

A obrigação de cooperação, assim como a de informação, seria, portanto, violada no caso descrito. Ambas são decorrentes do princípio da boa-fé, evidenciando a função desta como criadora de deveres jurídicos³⁴. Pablo Malheiros da Cunha Frota³⁵ afirma:

*“Existem também deveres anexos, acessórios, conexos ou laterais de conduta ou de consideração que decorrem da boa-fé (TJSP – Apelação Cível 322587-4/0-00), norteiam a relação contratual, excedem o dever principal e detêm função assessoria a este. Não podem ser demandados autonomamente, embora gerem consequências jurídicas se violados. A maioria da doutrina os classifica como: **informação** (STJ – Resp.237.964; REsp 595.631; TJRS – Bem. Inf. 596.234.443), **proteção** (TJRS – Ap. Cív. 591.028.295), **lealdade** (TJRS – Ap. Cív. 700.060.114.062), **cooperação, sigilo, probidade, confiança, respeito, colaboração, razoabilidade, equidade e a boa razão.**”*

O princípio da boa-fé, assim como o da função social do contrato, não anulam, entretanto, o princípio da autonomia privada. Porém, aplicada a ponderação³⁶, devem ser aqueles sobrepostos a este no caso em tela visando o equilíbrio

³³ NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato. Novos paradigmas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. pgs. 122 e 123

³⁴ QUESADA, Ana Ferreira. *Venire contra factum proprium e a boa-fé objetiva: por um exame sistemático*. Disponível em: http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2009_2/ana_quesada.pdf. p.13. Acesso em 07 nov. 2016.

³⁵ FROTA, Pablo Malheiros da Cunha. *Os deveres contratuais nas relações civis e de consumo*. Curitiba: Ed. Juruá, 2011. p.180.

³⁶ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicabilidade dos princípios jurídicos*. 14ª edição. São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 2013. p. 164 e sgts.

contratual, dando efetividade, deste modo, à ideologia imposta às relações consumeristas pelo legislador brasileiro.

É importante frisar, contudo, que a obsolescência programada de desejabilidade não necessariamente há de servir a tal vil finalidade. Não configura-se a má-fé pelo simples fato de se “consumir” o produto na mente do usuário, sendo esta ferramenta comumente esperada pelo consumidor e essencial para a economia de mercado contemporânea, sendo amplamente utilizada pela indústria tecnológica, da moda e automobilística, por exemplo.

O problema se dá no fato de o consumidor ser surpreendido pelo fornecedor, quando este viola suas obrigações de colaboração, lealdade e informação, induzindo aquele ao erro. Nestas situações a prática da obsolescência programada de desejabilidade torna-se claramente abusiva e, portanto, ilegal.

Destarte, tem-se que esta última modalidade não configura, por si só, abusividade, sendo a atribuição de tal característica condicionada a violação de deveres correlatos à boa-fé contratual. O planejamento da obsolescência por meio da avaria, *a contrario sensu*, afronta, por sua própria natureza, os princípios da boa-fé e função social do contrato, além de outros preceitos normativos do CDC, como explicado anteriormente, enquadrando-se sempre no *caput* do art.39. Parte-se então para as considerações finais com as devidas propostas de intervenção.

CAPÍTULO 4 - PROPOSTAS DE INTERVENÇÃO E CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme exposto no decorrer do presente trabalho acadêmico, pode-se entender que a obsolescência programada de qualidade e desejabilidade configuram-se como estratégias bastante controversas sob o ponto de vista jurídico-consumerista. Embora não haja vedação expressa a estas no CDC, a inteligência de preceitos normativos desta Lei leva à compreensão da flagrante abusividade da primeira modalidade, sendo tal entendimento pacífico no Superior Tribunal de Justiça. A legalidade da segunda, como explicado, estaria condicionada ao cumprimento dos deveres correlatos à boa-fé objetiva, assim como da função sócio-econômica do contrato.

Embora o Código ofereça instrumentos que auxiliam no combate à obsolescência programada de qualidade é inegável a insegurança jurídica

na qual encontra-se o consumidor em virtude da inexistência de vedação expressa a esta pelo texto legal. Muitas empresas aproveitam-se de tal omissão, utilizando compulsivamente de tal prática como potencializadora de vendas. O consumidor, por outro lado, acaba por ser constantemente lesado pela aplicação de tal estratégia, eis que poucos são aqueles que a contestam judicial ou extrajudicialmente.

Em razão disso, propõe-se a inserção de novo inciso no art. 39 da Lei 8.078/90 declarando a abusividade da redução artificial da vida útil dos produtos comercializados, a fim de atender a expectativa legítima de qualidade pelo consumidor. A criação do dispositivo não inauguraria um direito do consumidor a ser tutelado, uma vez que a prática, como já exposto, já é ilegal de acordo com os dispositivos vigentes. A enumeração desta no rol exemplificativo da Lei teria por finalidade solucionar um problema de segurança jurídica, conferindo maior suporte para que o consumidor tenha suas garantias protegidas.

Não obstante, deve se incentivar a maior regulamentação técnica por meio de normas administrativas que deem melhores parâmetros para se fiscalizar o cumprimento desse texto legal. Para se conferir efetividade a tal direito é de enorme importância, portanto, o papel do INMETRO e do PROCON na fiscalização do cumprimento dessas normas.

Acerca da obsolescência planejada de desajustabilidade, é importante lembrar que, apesar de também ser alvo de diversas críticas, a mesma consiste, a princípio, em prática legal à luz do direito consumerista e que não existe nenhum preceito que imponha à sociedade empresária os deveres de padronizar o período de lançamento de produtos ou de divulgar as datas de tais futuros lançamentos no mercado. Contudo, deve se atentar para o cumprimento dos deveres contratuais correlatos à boa-fé objetiva, devendo os mesmos serem observados mesmo após a conclusão do contrato, de modo que, caso viole tais deveres, encontra-se o fornecedor passível de ser responsabilizado.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AMARANTE, Maria Cecília Nunes. *Justiça ou equidade nas relações de consumo*. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 1997.
- ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicabilidade dos princípios jurídicos*. 14ª edição. São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 2013.
- BARBOSA, Denis Borges (org). *Direito de inovação: comentários à Lei Federal de Inovação, Incentivos Fiscais à Inovação, Legislação estadual e local, Poder de Compra do estado (modificações à Lei de Licitações)*. 2ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011
- BAUMAN, Zygmunt. *Vida para consumo: a transformação das pessoas em mercadorias*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed.,2008.
- CARVALHAL, André. *A moda imita a vida: como construir uma marca de moda*. São Paulo: Estação das Letras e Cores, Rio de Janeiro, Ed. Senac Rio de Janeiro. 2015.
- DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro, v.3: teoria das obrigações contratuais e extracontratuais*. 18ªed. São Paulo: Saraiva. 2003.
- EHRlich, Pierre Jacques. *Engenharia Econômica: avaliação e seleção de projetos de investimento*. 3ª edição. São Paulo: Editora Atlas, 1983.
- FROTA, Pablo Malheiros da Cunha. *Os deveres contratuais nas relações civis e de consumo*. Curitiba: Ed. Juruá, 2011.
- GARCIA, Leonardo de Medeiros. *Direito do consumidor: código comentado e jurisprudência*. 6ª edição. Niterói, Impetus, 2010
- GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro, volume 3: contratos e atos unilaterais*. 9ª edição. São Paulo, Ed. Saraiva, 2012.
- <http://infoconsumo.gov.br/inmetro/oque.asp>. Acesso em 22 nov. 2016.
- JÚNIOR, Cildo Giolo. *A vulnerabilidade do consumidor diante da obsolescência programada*. Disponível em <http://cildogiolojunior.jusbrasil.com.br/artigos/121944191/a-vulnerabilidade-do-consumidor-diante-da-obsoloscencia-programada>. Acesso em 08 dez. 2015.
- LEONARD, Annie. *A história das coisas: da natureza ao lixo, o que acontece com tudo que consumimos*. Rio de Janeiro: Zahar, 2011.
- MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 6ª ed. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2011.
- NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato. Novos paradigmas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- NUNES, Rizzatto. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 6ª Ed. São Paulo. Editora Saraiva,2011.

PACKARD, Vance. A estratégia do desperdício. São Paulo: Ibrasa, 1965.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de direito civil, volume 3: contratos. 18ª ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense. 2014.

QUESADA, Ana Ferreira. Venire contra factum proprium e a boa-fé objetiva: por um exame sistemático. Disponível em: http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2009_2/ana_quesada.pdf. p.13. Acesso em 07 nov. 2016.

RECURSO ESPECIAL Nº 1.123.004 - DF (2009/0026188-1)

RECURSO ESPECIAL Nº 1.342.899 - RS (2011/0155718-5)

RECURSO ESPECIAL Nº 984.106 - SC (2007/0207915-3)

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 35ª Edição. Malheiros Editores, 2012.

YOUTUBE. (2013, dezembro 06). A história secreta da obsolescência programada. [“Arquivo de vídeo”] Disponível em <https://www.youtube.com/watch?v=lvEpHaTdimc>. Acesso em 23 nov. 2016.

O TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL. ANTECEDENTES. RECEPÇÃO PELO DIREITO INTERNO. COMPETÊNCIA.

*Paulo Roberto Bérenger Alves Carneiro - Procurador da Regional
da República*

Resumo: O presente trabalho objetiva demonstrar a crescente importância que tem se revestido o Tribunal Penal Internacional, por meio da análise de seus antecedentes históricos, da recepção do Estatuto de Roma pelo direito brasileiro e também das hipóteses de competência dos casos que são submetidos à Corte. Estas questões são analisadas, principalmente, à luz da doutrina autorizada e da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Dividimos o presente trabalho em três partes, além da introdução e da conclusão, a saber: antecedentes do tribunal, a recepção do Estatuto de Roma pelo direito interno brasileiro e a competência da Corte. No item antecedentes, recuamos na história o suficiente para entendermos a razão da criação de uma corte permanente. Assim, mencionamos os principais tratados e outras cortes internacionais que podem ser considerados como os antecedentes mais próximos do Tribunal Penal. No item seguinte, quando discorreremos acerca da recepção do Estatuto pelo direito interno, abordamos principalmente a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal mas não deixamos de mencionar a doutrina específica sobre o assunto, pois de nada adiantaria a ratificação do tratado pelo Brasil se a ele não se reconhecesse a possibilidade de modificar normas internas. Finalmente, sobre a competência, esmiuçamos alguns dispositivos do Estatuto, que fazem da Corte um órgão subsidiário ou complementar das jurisdições nacionais quando estas são falhas e não apresentam respostas suficientes para as demandas a elas submetidas.

Palavras-chave: Tribunal Penal Internacional, Antecedentes, Recepção, Competência.

THE INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. BACKGROUND . RECEPTION BY NATIONAL LAW . COMPETENCE.

Abstract. This paper aims to demonstrate the growing importance that has coated the International Criminal Court, through the analysis of its historical background, the reception of the Rome Statute by the Brazilian law and also the chances of competence of the cases that are submitted to the Court. These issues are addressed, particularly in the light of the authorized doctrine and jurisprudence of the Supreme Court.

We have divided this work into three parts, besides the introduction and conclusion, namely: background court, the reception of the Rome Statute by the Brazilian national law and the jurisdiction of the Court. In the item history, we step back in history enough to understand the reason for the creation of a permanent court. Thus, we mentioned the main treaties and other international courts that can be considered as the closest background of the Criminal Court. The next item when we discuss about the reception of the status under national law, mainly address the jurisprudence of the Supreme Court but did not fail to mention the specific doctrine on the subject because of no use to the ratification of the treaty by Brazil if he does not recognize the possibility of modifying internal rules. Finally, on jurisdiction, we have mentioned some of the Statute devices, which make the Court a subsidiary organ or complement national jurisdictions when they are flawed and do not have enough answers for the demands submitted to them.

Key words: International Criminal Court, Background, Reception, Competence.

INTRODUÇÃO

Muito grande tem sido a luta para que seja possível uma efetiva proteção dos direitos do homem e do cidadão no âmbito internacional. Apesar dos esforços contínuos da humanidade para tornar este tipo de proteção algo mais concreto e palpável, ainda há muito o que se fazer.

Na esfera internacional, esta dificuldade ainda mais se acentua posto que há muitos interesses econômicos e financeiros envolvidos e é, justamente nesta área, que a grande diversidade cultural entre os povos se revela mais nitidamente.

Levando estes problemas em consideração, a incursão no presente tema tem por objetivo debater questões que o Brasil não pode e não deve se furtar, tendo que necessariamente fazer parte de uma agenda nacional destinada a discutir temas de interesse da comunidade internacional, pois como parte integrante

dela, deve desejar o respeito e a obediência às normas do direito internacional, seja nas suas relações políticas e diplomáticas com outros Estados, seja nos julgamentos pelos tribunais nacionais. O desrespeito a estas normas não tem outra consequência se não uma marginalização do país e uma exclusão da comunidade internacional já que esta se empenha, mesmo que de maneira vacilante e lenta, no respeito e proteção aos direitos humanos.

A criação do Tribunal Penal Internacional pelo Estatuto de Roma não foi um ato isolado mas fruto de um desenvolvimento histórico que privilegiou a proteção dos direitos humanos. Embora este tribunal não esteja isento de vícios, pois, como muitos outros órgãos internacionais, tendem a diminuir a importância das infrações praticadas por países mais ricos em detrimento de países subdesenvolvidos ou de economia periférica. Basta analisar a sua página eletrônica para verificar este fato¹, pois a maioria dos países que ali sofreram ou sofrem algum tipo de atuação do tribunal são africanos. É certo que os países deste continente têm em seu passado histórias violentas e cruéis mas também não é menos certo que países privilegiados também apresentam desvios de conduta e infrações são praticadas. Apesar destes fatos, o mundo contemporâneo não pode prescindir de um tribunal permanente com objetivo de punir os graves delitos contra os direitos humanos. Busca-se, portanto, com a instituição deste órgão, a pacificação da humanidade, algo desejado e ansiado pela maior parte da população mundial.

1. ANTECEDENTES

A partir do momento em que se reconheceu o homem como sujeito de direitos no âmbito internacional, alargou-se a proteção aos direitos humanos, pois ao indivíduo passou-se a reconhecer o direito de, *sponte propria*, comparecer perante uma Corte Internacional e reclamar proteção contra o seu próprio Estado nacional² e, também, a de responder pessoalmente por crimes punidos pela justiça internacional³.

Destarte, a evolução do Direito Internacional demonstra que o indivíduo é responsável por seus atos perante a comunidade internacional. Não mais se admite que o cidadão possa se esconder por detrás da capa protetora do Estado nacional, apropriando-se do Poder para patrocinar ou estimular condutas antijurídicas.

¹ TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL. Disponível www.icc-cpi.int. Acesso em 28.04.2016.

² CONVENÇÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, arts. 44 ao 51. Disponível em www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Covencion_Americana-sobre-Derechos_Humanos_firmas.htm. Acesso em 28 abr. 2016.

³ TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL. Disponível em www.icty.org. Acesso em 28 abr 2016.

Não mais se entende a soberania dos Estados como absoluta, pelo menos no plano externo, pois esta atualmente se encontra severamente limitada pelos direitos humanos que, internacionalizados, exigem proteção da comunidade internacional. Não se concebe mais que um indivíduo no comando de um determinado Estado nacional cometa as maiores atrocidades contra determinados grupos populacionais e fique impune, sob a alegação de sua soberania, pois além desta se encontra um Tribunal Internacional que, julgando-o responsável pelas atrocidades, poderá declará-lo culpado, mesmo que para isto tenha que agir contrariamente ao próprio Estado nacional do acusado⁴. Por isso, com razão Antônio Augusto Cançado Trindade (2006), quando disse que conferir personalidade jurídica ao homem é ser fiel às origens do Direito Internacional⁵.

Na verdade, o homem, desde há muito tempo, deseja tornar realidade a existência de um Tribunal Internacional⁶, cuja concretização foi tentada tanto no Tratado de Sèvres como no Tratado de Versalhes⁷.

No entanto, devemos considerar o Tribunal Militar Internacional de Nüremberg e o Tribunal para o Extremo Oriente como os antecedentes mais próximos de um Tribunal Penal Internacional.

Ambos os Tribunais foram impostos pelas principais potências vencedoras da II Grande Guerra (Estados Unidos, Grã-Bretanha, França e União Soviética). Finda a guerra, com o saldo terrível de milhões de mortos, com as suas cidades em ruínas, a Europa se preparava para o julgamento dos criminosos de guerra nazistas.

Para tanto, foi elaborada em 8 de agosto de 1945 a Carta de Londres, na qual as principais potências vencedoras já mencionadas resolveram criar um Tribunal

⁴ Para o autor: “Los derechos humanos y, en especial, los delitos de lesa-humanidad y crímenes internacionales, han collevado a plantear el surgimiento de una jurisdicción universal (...) En materia de derechos penal internacional, se establece que la responsabilidad es individual y exclusiva de personas naturales, aunque el Estado puede tener responsabilidades de carácter repartorio” (AFANADOR, 2010, p. 235-249).

⁵ “La contraposition des individus qui s’en plaignent comme victimes de violations des droits de l’homme avec les États mis en cause est de l’essence même de la protection internationale des droits de l’homme. Affirmé la personnalité juridique des êtres humains et leur pleine capacité juridique au niveau internationale pour les violations qu’ils allèguent de leurs droits, c’est être fidèle aux origines historiques du Droit International lui-même (le droit des gens). C’est assurément l’un des plus grands acquis de la protection internationale des droits de l’homme, qui en indique la jurisdictionalization” (TRINDADE, 2006, p. 143, grifo do autor).

⁶ Além de outros antecedentes citados pelo autor, o que parece mais concreto e se aproxima mais de uma tentativa de julgamento internacional é o Tratado de Sèvres, de 10 de agosto de 1920, na qual as potências vencedoras da I Grande Guerra tentaram impor ao turcos um tribunal para julgamento dos crimes de guerra. Tal julgamento jamais chegou a acontecer, pois pelo Tratado de Lausanne, de 24 de agosto de 1924, os criminosos foram anistiados.

⁷ Neste tratado, as potências vencedoras da I Grande Guerra tentaram chamar a julgamento o Kaiser Guilherme II de Hohenzollern, até então Imperador da Alemanha, pelos crimes de guerra praticados. Assim como o Tratado de Sèvres, também não se conseguiu concretizar o julgamento. (MAZUOLLI, 2011)

especificamente para julgar os chefes militares nazistas. Após a confecção do seu estatuto, composto por 30 (trinta) artigos, iniciou-se o julgamento de 22 (vinte e dois) acusados por crimes de guerra e contra a humanidade, na cidade alemã de Nüremberg.

A instauração deste Tribunal não está, no entanto, isenta de críticas. A principal restrição feita pela doutrina especializada ao Tribunal de Nüremberg⁸ é a desobediência ao princípio da reserva legal, pois inexistia este importante princípio do Direito Penal no âmbito internacional uma vez que não havia a previsão das condutas típicas pelas quais os acusados estavam sendo julgados (princípio do *nullo crimen, sine lege*)⁹.

De fato, o Tribunal foi uma resposta que deveria ser dada ao mundo aos horrores nazistas, pois era realmente uma Corte de exceção para julgar vencidos por vencedores. O julgamento se justificava em nome de um sentimento universal de justiça que repudiava que os criminosos nazistas ficassem impunes ou fossem sumariamente executados.

Estes óbices opostos pela crítica mais contemporânea levou Ruti Teitel a repudiar inclusive o seu caráter universal como base para uma justiça de transição, cabendo este mérito somente ao Tribunal Penal Internacional para ex-Iugoslávia¹⁰.

Por outro lado, nos mesmos moldes do Tribunal de Nüremberg, foi criado um Tribunal para o Extremo Oriente, com sede em Tóquio, para punir os criminosos de guerra do Império Japonês. Suas bases já foram lançadas em plena guerra mundial, na Conferência do Cairo, em 1943¹¹, na qual os aliados ali reunidos já

⁸“A questão da irretroatividade da lei penal, no entanto, foi violada em Nuremberg. O direito penal internacional, embora seja uma disciplina autônoma, não pode abrir mão das garantias fundamentais asseguradas pelo direito penal” (JAPIASSÚ, 2004, p. 57).

⁹“Há, no entanto, sérias restrições ao princípio da legalidade, no âmbito do direito internacional, de modo a justificar a sua ausência em diversas convenções e tratados, pois este não deve ser entendido do mesmo modo que no direito interno. A violação da proibição de retroatividade é negada unanimemente, pois não é entendida de modo estritamente formal, isto é, como um princípio que exige um tipo penal escrito, no momento da comissão do fato (...). A proibição da retroatividade, no direito penal internacional, orienta-se conforme a característica de ‘ordenamento jurídico dinâmico’ do direito internacional. Por isso, é suficiente que a ação em questão seja punível segundo os princípios não escritos do direito consuetudinário. Pelo geral, isto é afirmado com o argumento de que os fatos em questão – guerra de agressão, crimes contra a humanidade e crimes de guerra – eram puníveis no momento do fato segundo o costume internacional” (AMBOS, 2008, p. 102, grifos do autor).

¹⁰TEITEL, Ruti. Cornell International Law Journal, The Law Politics of Contemporary Transitional Justice, vol 38, p. 837/858, 2005. “Nüremberg while reflecting an agreement of the four Allies, was ultimately not all that international. Moreover, without a final judgement and confrontation against Hitler, Nüremberg lacked the ultimate symbol of a top political leader in the dock. Seen in the historical light, there is some overstatement in the extension to which the post war trials lay the basis for contemporary transitional justice”.

¹¹YALE LAW SCHOOL. The Avalon Project. Conferência do Cairo. Disponível em: <avalon.law.yale.edu>. Acesso em: 28 abr. 2016.

manifestaram a sua intenção de exigir a “rendição total” das forças japonesas, bem como o julgamento e a punição dos “bárbaros líderes japoneses”.

O primeiro Tribunal Internacional para o julgamento e a punição de criminosos de guerra patrocinado pela Organização das Nações Unidas foi, na verdade, o Tribunal Penal Internacional para a antiga Iugoslávia, destinado a punir os crimes de guerra, de genocídio e contra a humanidade, praticados por integrantes do Governo da antiga Iugoslávia¹².

O Estatuto do Tribunal era composto por 34 (trinta e quatro artigos) e sua competência limitava-se aos casos ali mencionados. Era uma corte temporária e sua jurisdição, posto que limitada no tempo e no espaço, abarcando fatos acontecidos somente após 1991, ano no qual começaram acontecer os movimentos separatistas (art. 1º), cometidos no território da antiga Iugoslávia.

Os artigos 2º, 3º, 4º e 5º previam as seguintes infrações, que deviam ser punidas pelo Tribunal, a saber: sérias violações das Convenções de Genebra de 1949 e

¹²Para entender a instalação deste Tribunal e suas razões é necessário compreender um pouco as causas do conflito que assolou o território das Repúblicas que compunham a República Federalista Socialista da Iugoslávia (Eslovênia, Croácia, Sérvia, Macedônia, Bósnia-Herzegovina e Kosovo, além da região autônoma de Montenegro). O conflito teve o seu início com a assunção ao poder da Sérvia, principal e mais populosa República que formava o território da antiga Iugoslávia, de Slobadan Milosevic, em 1990, Presidente do Comitê Central da Liga dos Comunistas da Sérvia. Centralizador, com a ambição de criar uma Grande Sérvia, na qual esta República teria o papel de líder em uma futura união dos territórios, começou por restringir a autonomia das antigas Repúblicas, autonomia esta que gozavam desde a época do General Josip Broz Tito. Os movimentos separatistas tiveram início na Eslovênia que, após uma rápida guerra contra a Sérvia, obteve sua independência 10 (dez) dias depois, em 1991. Os problemas maiores começaram quando a Croácia também resolveu aderir aos movimentos separatistas da antiga República. Boa parte do território croata era habitada por sérvios que não concordaram com a separação, o que fez com que a situação de guerra perdure até o final da ofensiva bósnia, em 1995. Não satisfeitas com a independência da Croácia, os sérvios declaram independente uma região da Croácia, a República Sérvia de Krejina, que não logrou obter o reconhecimento internacional. Para garantir a independência da jovem república, exércitos sérvios são enviados para aquela região e várias pessoas são mortas, deixando também um incrível saldo de desabrigados. A Organização das Nações Unidas resolve intervir no conflito, impondo sanções econômicas aos sérvios. Ao final do conflito, seiscentos mil croatas sérvios se refugiam na Sérvia, aumentando os problemas econômico-financeiros daquele país. Em seguida, foi a vez da Macedônia, em 1992, porém desta vez não há reação contrária da Sérvia. Logo depois, foi a vez da Bósnia-Herzegovina declarar a sua independência, porém este processo foi mais complicado porque a maioria da população da região era composta de muçulmanos, mas havia também grande número de contingentes sérvios e croatas. Os sérvios-bósnios não aceitaram a formação de um Estado de maioria muçulmana em pleno coração da Europa, havendo o início de uma “limpeza étnica” promovida pela Sérvia. HorrORIZADOS com a situação, que lembrava muito os dias de terror da Segunda Grande Guerra, a OTAN – Organização do Atlântico Norte, bombardeia a Iugoslávia, dando início a um conflito de extensas proporções. Em 1998, há o início da guerra do Kosovo, que também pretende sua independência. Esta região, de maioria albanesa, também é vítima de uma intensa “limpeza étnica” promovida por forças sérvias. Milhares de kosovares-albaneses fogem para os países vizinhos, inclusive para própria Albânia. Após muita luta, o país obtém sua independência em 2008. A última região da antiga Iugoslávia a obter a independência foi Montenegro, que a consegue em 2006, após um referendo popular.

seus Protocolos Adicionais (*Grave breaches of the Geneva Conventions of 1949*); Crimes de Guerra (*Violations of the laws or customs of war*); Genocídio (*Genocide*) e Crimes contra a Humanidade (*Crimes against Humanity*).

Já o Tribunal Penal Internacional para Ruanda, teve a sua sede na Tanzânia, África, e cujo Estatuto foi inspirado no Tribunal Penal Internacional para a antiga Iugoslávia, foi instituído por meio da Resolução nº 955, do Conselho de Segurança das Nações Unidas, datada de 8 de novembro de 1994 para punir os crimes praticados por ruandenses no território de Ruanda no período de 1º de janeiro de 1994 até 31 de dezembro de 1994, consistentes basicamente em crimes de genocídio, tendo em vista o enfrentamento entre duas etnias locais (*tutsis e hutus*).¹³

Estes, no entanto, não foram os únicos Tribunais Internacionais *ad hoc*. Outros existiram e ainda existem, embora menos referenciados. Podemos mencionar o Tribunal Especial para Serra Leoa, criado por meio da Resolução nº 1315 do Conselho de Segurança das Nações Unidas, de 14 de agosto de 2000, e que tinha como objetivo o julgamento dos criminosos que ameaçavam a estabilidade e a implementação da paz naquele país¹⁴. Temos ainda o Tribunal Especial para o Líbano, criado por meio da Resolução do Conselho de Segurança nº 1757, de 23 de janeiro de 2007, e cuja sede se localiza em Leidchendem, próxima a Haia, Holanda. Este Tribunal tinha como objetivo julgar os responsáveis pelos fatos que culminaram no assassinato do Primeiro Ministro Rafiq Hariri e outras 14 (catorze) pessoas ocorridos próximo ao Hotel St. George, em Beirute, Líbano, em 14 de fevereiro de 2005¹⁵.

No entanto, foi somente com o Estatuto de Roma, celebrado na cidade do mesmo nome, Itália, em 17 de julho de 1998, sendo assinado pelo Brasil em 7 de fevereiro de 2000 e ratificado em 20 de junho de 2002, é que se criou um tribunal internacional permanente, com sede em Haia, Holanda, para julgar os crimes contra a humanidade.

O Estatuto de Roma expressamente prevê e distingue os crimes cometidos contra humanidade e os crimes de guerra, ao lado dos crimes de genocídio e de agressão, nestes termos:

¹³TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA RUANDA. Disponível em: <<http://www.unict.org/AboutICTR/GeneralInformation/tabid/101/Default.aspx>>. Acesso em: 28 abr. 2016.

¹⁴TRIBUNAL ESPECIAL PARA SERRA LEOA. Disponível em: <<http://www.sc-sl.org/ABOUT/tabid/70/Default.aspx>>. Acesso em: 28 abr. 2016.

¹⁵TRIBUNAL ESPECIAL PARA O LÍBANO. Disponível em: <<http://www.stl-tsl.org/en/the-cases>>. Acesso em: 28 abr. 2016.

Artigo 5º Crimes de jurisdição da Corte

1. A jurisdição da Corte será limitada aos crimes mais graves ocorridos no seio da comunidade internacional. A Corte tem jurisdição de acordo com o Estatuto no que diz respeito aos seguintes crimes:

(a) O crime de genocídio

(b) Crimes contra a humanidade

(c) Crimes contra a guerra

(d) O crime de agressão.

(...)¹⁶

No art. 7º, §1º, o Estatuto define os crimes contra a humanidade e, entre eles, podemos encontrar os crimes de homicídio (a); extermínio (b); escravidão (c); deportação ou transferência forçada da população (d); encarceramento ou outra grave privação da liberdade física em violação às normas de direito internacional (e); tortura (f); estupro, escravidão sexual, prostituição forçada, gravidez forçada, esterilização forçada ou outra forma de violência sexual de semelhante gravidade (g); prisão ilegal (h); desaparecimento forçado de pessoas (i); crime de “apartheid” (j) e outros atos desumanos (k). Logo em seguida, em seu §2º, define-se o que se deve entender por cada conduta enumerada¹⁷.

¹⁶ No original, em inglês: “Article 5 Crimes within the jurisdiction of the Court I. The jurisdiction of the Court shall be limited to the most serious crimes of concern to the international community as a whole. The Court has jurisdiction in accordance with this Statute with respect to the following crimes: (a) The crime of genocide; (b) Crimes against humanity; (c) War crimes; (d) The crime of aggression.” O conceito de crime de agressão não existia originalmente no Estatuto. Foi criado posteriormente por meio da RC/Res. 6, anexo I, de 11 de junho de 2010, conforme permissivo estatutário do art. 121. Disponível em inglês em ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Estatuto de Roma. Disponível em: <http://treaties.un.org/doc/Treaties/1998/07/19980717%2006-33%20PM/Ch_XVIII_10p.pdf>. Acesso em: 28 abr.2016.

¹⁷ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Estatuto de Roma. “Article 7 Crimes against humanity 1. For the purpose of this Statute, ‘crime against humanity’ means any of the following acts when committed as part of a widespread or systematic attack directed against any civilian population, with knowledge of the attack: (a) Murder; (b) Extermination; (c) Enslavement; (d) Deportation or forcible transfer of population; (e) Imprisonment or other severe deprivation of physical liberty in violation of fundamental rules of international law; (f) Torture; (g) Rape, sexual slavery, enforced prostitution, forced pregnancy, enforced sterilization, or any other form of sexual violence of comparable gravity; (h) Persecution against any identifiable group or collectivity on political, racial, national, ethnic, cultural, religious, gender as defined in paragraph 3, or other grounds that are universally recognized as impermissible under international law, in connection with any act referred to in this paragraph or any crime within the jurisdiction of the Court; (i) Enforced disappearance of persons (j) The crime of apartheid; (k) Other inhumane acts of a similar character intentionally causing great suffering, or serious injury to body or to mental or physical health. 2. For the purpose of paragraph 1: (a) ‘Attack directed against any civilian population’ means a course of conduct involving the multiple commission of acts referred to in paragraph 1 against any civilian population, pursuant to or furtherance of a State or organizational policy to commit such attack; (b) ‘Extermination’ includes the intentional infliction of conditions of life, inter alia the deprivation of access to food and medicine, calculated to bring about the

2. A APLICAÇÃO DO ESTATUTO NO DIREITO INTERNO

A aplicação dos tratados internacionais no direito interno pátrio tem sofrido variações de acordo com as oscilações da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. No entanto, podemos distinguir mais ou menos três fases através das quais a Suprema Corte têm caminhado nesta matéria, fases estas que também não têm seguido uma trajetória retilínea, pois sujeitas a avanços e retrocessos, conforme muda a composição da Corte.

Estes períodos são os seguintes: a) a primeiro, a partir do julgamento do Recurso Extraordinário nº 80.004¹⁸, no qual os tratados internacionais foram equiparados às leis federais, em cuja decisão o Supremo Tribunal Federal aplicou a velha máxima segundo a qual a lei posterior revoga a anterior, se com ela incompatível; b) o segundo período, após o julgamento do HC 72.131-RJ¹⁹,

destruction of part of a population; (c) .. means the exercise of any or of the powers attaching to the right of ownership over a person and includes the exercise of such power in the course of trafficking in persons, in particular women and children; (d) ‘Deportation or forcible transfer of population’ means forced displacement of the persons concerned by expulsion or other coercive acts from the area in which they are lawfully present, without grounds permitted under international law; (e) ‘Torture’ means the intentional infliction of severe pain or suffering, whether physical or mental, upon a person in the custody or under the control of the accused; except that torture shall not include pain or suffering arising only from, inherent in or incidental to, lawful sanctions; (f) ‘Forced pregnancy’ means the unlawful confinement of a woman forcibly made pregnant, with the intent of affecting the ethnic composition of any population or carrying out other grave violations of international law. This definition shall not in any way be interpreted as affecting national laws relating to pregnancy; (g) ‘Persecution’ means the intentional and severe deprivation of fundamental rights contrary to international law by reason of the identity of the group or collectivity; (h) ‘The crime of apartheid’ means inhumane acts of a character similar to those referred to in paragraph 1, committed in the context of an institutionalized regime of systematic oppression and domination by one racial group over any other racial group or groups and committed with the intention of maintaining that regime; (i) ‘Enforced disappearance of persons’ means the arrest, detention or abduction of persons by, or with the authorization, support or acquiescence of, a State or a political organization, followed by a refusal to acknowledge that deprivation of freedom or to give information on the fate or whereabouts of those persons, with the intention of removing them from the protection of those persons, with the intention of removing them from the protection of the law for a prolonged period of time.” (grifo meu)

¹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 80004 / SE – Sergipe Recurso Extraordinário Relator(a): Min. Xavier de Albuquerque Julgamento: 01/06/1977 Órgão Julgador: Tribunal Pleno Publicação DJ 29-12-1977 PP-09433 Ement Vol-01083-04 PP-00915 RTJ Vol-00083-03 PP-00809 Ementa Convenção de Genebra, Lei Uniforme sobre Letras de Câmbio e Notas Promissórias – aval aposto a nota promissória não registrada no prazo legal – impossibilidade de ser o avalista acionado, mesmo pelas vias ordinária. Validade do Decreto-lei nº 427, de 22.01.1969. Embora a Convenção de Genebra que previu uma Lei Uniforme sobre letras de câmbio e notas promissórias tenha aplicabilidade no direito brasileiro, não se sobrepõe às leis do país, disso decorrendo a constitucionalidade e consequente validade do Dec-lei nº 427/69, que instituiu o registro obrigatório da nota promissória em repartição fazendária, sob pena de nulidade do título. Sendo o aval um instituto do direito cambiário, inexistente será ele se reconhecida a nulidade do título cambial a que foi aposto. Recurso Extraordinário conhecido e provido.

¹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas corpus 72131 / RJ - RIO DE JANEIRO HABEAS CORPUS Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO Relator(a) p/ Acórdão: Min. MOREIRA ALVES Julgamento: 23/11/1995 Órgão Julgador: Tribunal Pleno Publicação DJ 01-08-2003 PP-00103 EMENT VOL-02117-40

no qual o Supremo Tribunal Federal decidiu que os tratados internacionais de direitos humanos têm hierarquia supralegal mas infraconstitucional, devendo prevalecer a Constituição Federal no caso de interpretações divergentes, fato este que não se modificou com o julgamento do RE 79.785-RJ²⁰ e c) esta situação, no entanto, veio a se alterar com o julgamento do RE 466343²¹, cujo relator, o ministro Cezar Peluso, reconheceu a insubsistência da prisão civil no caso de alienação fiduciária em garantia. Embora as disposições da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, tenha servido aqui para fundamentar o acórdão não foi ela o fator decisivo da questão mas sim a própria inconstitucionalidade da prisão civil quando analisada à luz dos demais princípios constitucionais.

Neste ponto, é salutar adentrarmos um pouco na velha discussão sobre as teorias monista e dualista²². Neste passo, é preciso ponderar que, apesar do avanço constitucional no que diz respeito à incorporação dos tratados internacionais

PP-08650 EMENTA: “Habeas corpus”. Alienação fiduciária em garantia. Prisão civil do devedor como depositário infiel. - Sendo o devedor, na alienação fiduciária em garantia, depositário necessário por força de disposição legal que não desfigura essa caracterização, sua prisão civil, em caso de infidelidade, se enquadra na ressalva contida na parte final do artigo 5º, LXVII, da Constituição de 1988. - Nada interfere na questão do depositário infiel em matéria de alienação fiduciária o disposto no § 7º do artigo 7º da Convenção de San José da Costa Rica. “Habeas corpus” indeferido, cassada a liminar concedida.

²⁰ Naquilo que interessa: RHC 79785 / RJ - RIO DE JANEIRO RECURSO EM HABEAS CORPUS Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE Julgamento: 29/03/2000 Órgão Julgador: Tribunal Pleno Publicação DJ 22-11-2002 PP-00057 EMENT VOL-02092-02 PP-00280 RTJ VOL-00183-03 PP-01010 “(...) 3. A situação não se alterou, com a incorporação ao Direito brasileiro da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José), na qual, efetivamente, o art. 8º, 2, h, consagrou, como garantia, ao menos na esfera processual penal, o duplo grau de jurisdição, em sua acepção mais própria: o direito de ‘toda pessoa acusada de delito’, durante o processo, ‘de recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior’. 4. Prevalência da Constituição, no Direito brasileiro, sobre quaisquer convenções internacionais, incluídas as de proteção aos direitos humanos, que impede, no caso, a pretendida aplicação da norma do Pacto de São José: motivação (...)”

²¹ Recurso Extraordinário 466343 / SP - SÃO PAULO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Relator(a): Min. CEZAR PELUSO Julgamento: 03/12/2008 Órgão Julgador: Tribunal Pleno Publicação DJe-104 DIVULG 04-06-2009 PUBLIC 05-06-2009 EMENT VOL-02363-06 PP-01106 RTJ VOL-00210-02 PP-00745 RDECTRAB v. 17, n. 186, 2010, p. 29-165 EMENTA: PRISÃO CIVIL. Depósito. Depositário infiel. Alienação fiduciária. Decretação da medida coercitiva. Inadmissibilidade absoluta. Insubsistência da previsão constitucional e das normas subalternas. Interpretação do art. 5º, inc. LXVII e §§ 1º, 2º e 3º, da CF, à luz do art. 7º, § 7, da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica). Recurso improvido. Julgamento conjunto do RE nº 349.703 e dos HCs nº 87.585 e nº 92.566. É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito.

²² Para Kelsen (2009, p. 364): “Toda a evolução técnico-jurídica apontada tem, em última análise, a tendência para fazer desaparecer a linha divisória entre Direito internacional e ordem jurídica do Estado singular (...). A isto se opõe a concepção tradicional que pretende ver no Direito internacional e no Direito de cada Estado dois sistemas de normas diferentes, independentes um do outro, isolados um em face do outro, porque apoiados em duas normas fundamentais diferentes.” Uma das consequências da teoria do dualismo é a “teoria da incorporação”, segundo a qual “ para que uma norma internacional seja aplicada no âmbito interno do Estado, é preciso que este faça primeiro a sua “transformação” em direito interno, incorporando-a ao seu sistema jurídico” (MELLO, 2004, p. 122).

no direito interno, ainda se adota, a nosso ver, nitidamente, uma posição que privilegia a ordem interna em detrimento da prevalência dos tratados e convenções internacionais, isto em franca contradição com a maioria da doutrina nacional que concede prevalência à ordem internacional²³.

Celso Albuquerque D. de Mello²⁴ ressalta o atraso brasileiro, neste passo, em relação aos demais países latino-americanos:

O atraso brasileiro é monumental, sendo suficiente lembrar que a Constituição do Paraguai admite um “ordenamento jurídico supranacional” e os tratados acima das leis e só tendo acima deles a própria Constituição. A constituição da Argentina após 1994 permite tratados de integração e que deleguem competência e jurisdição a organizações supra-estatais, bem como antes desta data a Corte Suprema de Justiça, já afirmava que os tratados estavam acima da lei interna e não revogados por esta. No Uruguai o tratado é equiparado à lei e o mais recente revoga o anterior (MELLO, 2010, p. 130-131).

Por outro lado, a introdução do §3º ao art. 5º da Constituição Federal pela Emenda nº 45/2004 causou uma certa perplexidade na doutrina e na jurisprudência.

Isto porque o §2º do referido dispositivo constitucional já dispunha que os direitos e garantias fundamentais expressos nos incisos do art. 5º não excluíam outros decorrentes de tratados e convenções internacionais dos quais o Brasil era signatário.

O referido dispositivo inserido pela Emenda criou uma dificuldade a mais para introdução de tratados e convenções no direito interno, qual seja, a aprovação em dois turnos e por três quintos dos membros da casa do Congresso dos diplomas internacionais. Realizada a votação, os tratados restariam recebidos com força de Emenda Constitucional.

Criou-se, destarte, uma dicotomia de sistemas de recepção de tratados internacionais no Brasil: ao primeiro sistema pertenceriam aqueles tratados já

²³ Jacob Dolinger, apesar de discorrer sobre a aplicação de tratados comerciais dos quais o Brasil é signatário e não sobre Crimes contra a Humanidade, é uma referência para quem desejar ingressar nas discussões acerca das terias monistas e dualistas. Veja-se trecho do seu excelente artigo: “No Brasil, a maioria dos autores de direito internacional e direito comercial seguem a doutrina do monismo, contra alguns poucos seguidores da teoria dualista. A discussão está concentrada basicamente na literatura de direito internacional, mas alguns autores de direito comercial nela se envolveram por conta das incoerências entre as leis brasileiras sobre letras de crédito, notas promissórias e cheques, e as Convenções de Genebra de 1930/31 sobre estas matérias que o Brasil aprovou (...)” (DOLINGER, 1996, p. 73).

²⁴ MELLO, Celso D. Albuquerque, Curso de Direito Internacional Público, 14ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 127.^a

ratificados e aprovados antes da Emenda nº 45/04 e o segundo regime seria dado por aqueles tratados celebrados após a Emenda. Como exemplo deste último, podemos citar a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, celebrado em Nova York, em 30 de julho de 2007, veiculado por meio do Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2008. Este tratado, portanto, é recebido como Emenda Constitucional, por força de dispositivo expresso da nossa Carta Maior.

No entanto, criou-se um problema para os tratados celebrados anteriormente a Emenda ou que ainda não passaram pelo trâmite constitucional. Qual a hierarquia que eles ocupam atualmente no nosso sistema jurídico-constitucional?

Achamos que não é possível, dado o atual estágio de desenvolvimento da jurisprudência pátria, adotar-se integralmente a solução dada por Flávia Piovesan.²⁵ Esta eminente professora afirma que os tratados internacionais de direitos humanos aprovados e ratificados anteriormente ao art. 5º§3º, acrescentado pela Emenda já citada, tem hierarquia constitucional.

Na verdade, há um regime misto em vigor no Brasil²⁶ no que se refere aos tratados internacionais: o primeiro se refere àqueles tratados celebrados, ratificados e aprovados antes da Emenda Constitucional nº 45/84 ou, caso tenha sido após, não tenham ainda passado pelo novo trâmite constitucional. Para estes, como é o caso do Estatuto de Roma, objeto deste artigo, e publicado por meio do Decreto 4.388/2002, não há equiparação possível com a matéria constitucional, pois não tem força constitucional. Sua aplicabilidade, portanto, fica ainda a depender da interpretação dos dispositivos do tratado a ser dada pelo Supremo Tribunal Federal.

Por outro lado, os novos tratados, que se submeteram ao trâmite referido no novo dispositivo constitucional, como aquele já referido acima, passam a ter força de Emenda Constitucional, incorporando-se definitivamente à Constituição Federal e só se modificando por meio de outra Emenda Constitucional. Estes, além de materialmente, também o são formalmente constitucionais, porque a sua sede se encontra na Constituição.

²⁵ PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p.163.

²⁶ O regime misto a que se refere a professora é substancialmente diferente do que aquele o qual aqui nós apontamos. Veja-se: ‘...o direito brasileiro faz opção por um sistema misto disciplinador dos tratados, sistema que se caracteriza por combinar regimes jurídicos diferenciados: um regime aplicável aos tratados de direitos humanos e outro aplicável aos tratados tradicionais ‘ (Op. cit., p.133). O regime misto a que nos referimos aqui é aquele existente a que estão submetidos todos os tratados, mesmo os que versam sobre os direitos humanos, e aprovados antes da Emenda e os aprovados após, que passam a ter força de Emenda Constitucional.

Vamos a um exemplo final e que reflete bem a oscilação pela qual passa a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que é o caso do julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 153²⁷. Nesta ação, na qual a mais Alta Corte julgou válidas disposições da lei nº 6.683/79 (lei da anistia) não se cogitou sequer de algum controle de convencionalidade, não considerando o fato do Brasil ter ratificado o Pacto de *San José de Costa Rica*.

3. DA COMPETÊNCIA

O Tribunal Penal Internacional somente exercerá sua competência se preenchidos alguns requisitos inseridos no art. 17 do Estatuto, nestes termos:

Artículo 17

Cuestiones de admisibilidad

1. La Corte teniendo en cuenta el décimo párrafo del preámbulo y el artículo 1, resolverá la inadmisibilidad de un asunto cuando:

a) El asunto sea objeto de una investigación o enjuiciamiento por un Estado que tenga jurisdicción sobre él salvo que éste no esté dispuesto a llevar a cabo la investigación o el enjuiciamiento o no pueda realmente hacerlo;

b) El asunto haya sido objeto de investigación por un Estado que tenga jurisdicción sobre él y éste haya decidido no incoar acción penal contra la persona de que se trate, salvo que la decisión haya obedecido a que no esté dispuesto a llevar a cabo el enjuiciamiento o no pueda realmente hacerlo;

c) La persona de que se trate haya sido ya enjuiciada por la conducta a que se refiere la denuncia, y la Corte no pueda adelantar el juicio con arreglo a lo dispuesto en el párrafo 3 del artículo 20;

d) El asunto no sea de gravedad suficiente para justificar la adopción de otras medidas por la Corte.

2. A fin de determinar si hay o no disposición a actuar en un asunto determinado, la Corte examinará, teniendo en cuenta los principios de un proceso con las debidas garantías reconocidos por el derecho internacional, si se da una o varias de las siguientes circunstancias, según el caso:

a) Que el juicio ya haya estado o esté en marcha o que la decisión nacional haya sido adoptada con el propósito de sustraer a la persona de que se trate de su responsabilidad penal por crímenes de la competencia de la Corte, según lo dispuesto en el artículo 5;

²⁷ Trata-se de ação proposta pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil – OAB e outros em face do Presidente da República visando a declaração de inconstitucionalidade de disposições da Lei da Anistia (lei nº 6.683/79). Nesta ação a mencionada lei foi julgada válida tendo em vista que ela foi recepcionada pela Constituição Federal.

b) *Que haya habido una demora injustificada en el juicio que, dadas las circunstancias, sea incompatible con la intención de hacer comparecer a la persona de que se trate ante la justicia;*

c) *Que el proceso no haya sido o no esté siendo sustanciado de manera independiente o imparcial y haya sido o esté siendo sustanciado de forma en que, dadas las circunstancias, sea incompatible con la intención de hacer comparecer a la persona de que se trate ante la justicia.*

3. *A fin de determinar la incapacidad para investigar o enjuiciar en un asunto determinado, la Corte examinará si el Estado, debido al colapso total o sustancial de su administración nacional de justicia o al hecho de que carece de ella, no puede hacer comparecer al acusado, no dispone de las pruebas y los testimonios necesarios o no está por otras razones en condiciones de llevar a cabo el juicio*²⁸.

Destarte, tendo-se o conta o que está acima mencionado, a Corte Penal Internacional somente poderá julgar os casos que tenham preenchidos os seguintes requisitos de admissibilidade, a saber: a) a matéria, objeto de investigação ou julgamento não tenha sido objeto de investigação ou julgamento pelo Estado que tenha jurisdição sobre o fato; b) se o Estado levava a efeito a investigação mas esta tenha sido feita apenas com o único propósito de não se levar o caso a julgamento ou o Estado nacional não tenha condições reais de julgar, o que pode ocorrer, por exemplo, em razão do colapso total da administração pública estatal ou por aquelas outras circunstâncias descritas no art. 17.3 do Estatuto²⁹; c) quando outro Tribunal não tiver julgado a pessoa pelos mesmos fatos ou quando ocorrer uma das situações mencionadas no art. 20.3 do Estatuto.³⁰; d) a matéria tenha gravidade suficiente para justificar a adoção de medidas pela Corte.

²⁸ TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL. Disponível em: <<http://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/ADD16852-AEE9-4757-ABE7-9CDC7CF02886/283783/Compendium3rd01SPA.pdf>>. Acesso em: 1º mai. 2016.

²⁹ TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL. Disponível em: <<http://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/ADD16852-AEE9-4757-ABE7-9CDC7CF02886/283783/Compendium3rd01SPA.pdf>>. Acesso em: 1º mai. 2016. Art. 17.3. A fin de determinar la incapacidad para investigar o enjuiciar en un asunto determinado, la Corte examinará si el Estado, debido al colapso total o sustancial de su administración nacional de justicia o al hecho de que carece de ella, no puede hacer comparecer al acusado, no dispone de las pruebas y los testimonios necesarios o no está por otras razones en condiciones de llevar a cabo el juicio.

³⁰ TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL. Art. 20. 3. “La Corte no procesará a nadie que haya sido procesado por otro tribunal en razón de hechos también prohibidos en virtud de los artículos 6, 7, 8 y 8 bis a menos que el proceso en el otro tribunal: a) Obedeciera al propósito de sustraer al acusado de su responsabilidad penal por crímenes de la competencia de la Corte; o b) No hubiere sido instruido en forma independiente o imparcial de conformidad con las debidas garantías procesales reconocidas por el derecho internacional o lo hubiere sido de alguna manera que, en las circunstancias del caso, fuere incompatible con la intención de someter a la persona a la acción de la justicia.” Disponível em: <<http://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/ADD16852-AEE9-4757-ABE7-9CDC7CF02886/283783/Compendium3rd01SPA.pdf>>. Acesso em: 1º mai. 2016.

Destarte, a jurisdição da Corte será sempre subsidiária às jurisdições nacionais ou a outro tribunal penal internacional, observado o disposto no artigo já mencionado acima e as prescrições especiais referentes aos crimes de agressão previstas nos arts. 15bis e 15ter³¹. Aplica-se, pois, o princípio da complementaridade, que é definido por Carlos Eduardo Japiassú nos seguintes termos: "No caso do Tribunal Penal Internacional, diferentemente do que ocorrera nos diversos Tribunais *Ad Hoc*, optou-se pela complementaridade, que significa que somente estará legitimado o órgão internacional, em tendo havido a inércia dos correspondentes nacionais"³²

³¹ TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL. Artículo 15 bis "Ejercicio de la competencia respecto del crimen de agresión (remisión por un Estado, proprio motu) 1. La Corte podrá ejercer su competencia respecto del crimen de agresión de conformidad con los apartados a) y c) del artículo 13, con sujeción a las disposiciones de este artículo. 2. La Corte únicamente podrá ejercer su competencia respecto de crímenes de agresión cometidos un año después de la ratificación o aceptación de las enmiendas por treinta Estados Partes. 3. La Corte ejercerá su competencia respecto del crimen de agresión de conformidad con el presente artículo, a condición de que se adopte una decisión después del 1º de enero de 2017 por la misma mayoría de Estados Partes que se requiere para la aprobación de una enmienda al Estatuto. 4. La Corte podrá, de conformidad con el artículo 12, ejercer su competencia sobre un crimen de agresión, resultante de un acto de agresión cometido por un Estado Parte, salvo que ese Estado Parte haya declarado previamente que no acepta esa competencia mediante el depósito de una declaración en poder del Secretario. La retirada de esa declaración podrá efectuarse en cualquier momento y será considerada por el Estado Parte en un plazo de tres años. 5. Respecto de un Estado no Parte en el presente Estatuto, la Corte no ejercerá su competencia respecto del crimen de agresión cuando éste sea cometido por los nacionales de ese Estado o en el territorio del mismo. 6. El Fiscal, si llegare a la conclusión de que existe fundamento razonable para iniciar una investigación sobre un crimen de agresión, verificará en primer lugar si el Consejo de Seguridad ha determinado la existencia de un acto de agresión cometido por el Estado de que se trate. El Fiscal notificará al Secretario General de las Naciones Unidas la situación ante la Corte, adjuntando la documentación y otros antecedentes que sean pertinentes. 7. Cuando el Consejo de Seguridad haya realizado dicha determinación, el Fiscal podrá iniciar la investigación acerca de un crimen de agresión. 8. Cuando no se realice dicha determinación en el plazo de seis meses desde la fecha de notificación, el Fiscal podrá iniciar los procedimientos de investigación respecto de un crimen de agresión, siempre y cuando la Sección de Cuestiones Preliminares, de conformidad con el procedimiento contenido en el artículo 15, haya autorizado el inicio de la investigación sobre un crimen de agresión, y el Consejo de Seguridad no haya decidido lo contrario de conformidad con el artículo 16. 9. La determinación de que hubo acto de agresión realizada por un órgano ajeno a la Corte no irá en perjuicio de las propias conclusiones de la Corte en virtud del presente Estatuto. 10. El presente artículo se entenderá sin perjuicio de las disposiciones correspondientes al ejercicio de la competencia respecto de otros crímenes a los que se hace referencia en el artículo 5. Artículo 15 ter Ejercicio de la competencia respecto del crimen de agresión (remisión por el Consejo de Seguridad) 1. La Corte podrá ejercer su competencia respecto del crimen de agresión de conformidad con el apartado b) del artículo 13, con sujeción a las disposiciones de este artículo. 2. La Corte únicamente podrá ejercer su competencia respecto de crímenes de agresión cometidos un año después de la ratificación o aceptación de las enmiendas por treinta Estados Partes. 3. La Corte ejercerá su competencia respecto del crimen de agresión de conformidad con el presente artículo, a condición de que se adopte una decisión después del 1º de enero de 2017 por la misma mayoría de Estados Partes que se requiere para la aprobación de una enmienda al Estatuto. 4. La determinación de que hubo acto de agresión realizada por un órgano ajeno a la Corte no irá en perjuicio de las propias conclusiones de la Corte en virtud del presente Estatuto. 5. El presente artículo se entenderá sin perjuicio de las disposiciones correspondientes al ejercicio de la competencia respecto de otros crímenes a los que se hace referencia en el artículo 5. Disponível em: <<http://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/ADD16852-AEE9-4757-ABE7-9CDC7CF02886/283783/Compendium3rd01SPA.pdf>>. Acesso em: 1º mai 2016.

³² JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. O Tribunal Penal Internacional. Rio de Janeiro: ed. Lumen Juris, 2004.

A previsão deste princípio foi realmente um grande avanço no Direito Internacional, já que confere maior relevo às jurisdições nacionais que têm (ou teriam!) maior interesse em reprimir crimes praticados em seu território.

O art. 9º do Tribunal para a antiga Iugoslávia³³ previa que a jurisdição do Tribunal era concorrente à jurisdição nacional e tinha prioridade sobre esta, podendo o Tribunal requisitar quaisquer processos referentes aos crimes previstos no Estatuto da jurisdição nacional. Disposição semelhante a esta estava prevista no art. 8º do Estatuto do Tribunal Penal Internacional para Ruanda³⁴.

Consideramos absolutamente correta a posição do Tribunal, pois não há razão para se dirigir ao Tribunal Internacional se a jurisdição nacional – desde que isto seja possível e não esteja impedida por forças das exceções previstas no dispositivo estatutário – já estiver investigando ou processando o mesmo caso.

Desde o Tribunal de Nüremberg, passando pelos Tribunais *ad hoc* para a antiga Iugoslávia e para Ruanda, houve uma mudança muito drástica na noção de Justiça internacional. Esta Justiça deixou de ser a principal via de acesso para a investigação e para o processamento dos crimes internacionais e cedeu lugar às justiças nacionais, desde que elas tenham condições para atuar adequadamente, sendo o princípio da *complementaridade* um norte, uma direção na qual a justiça internacional deve se apoiar em seus julgamentos: somente devem ser julgados perante a Justiça Internacional aqueles casos não julgados pelas justiças nacionais, desde que estas o façam adequadamente. Ruti Teitel, ao comentar este princípio, diz que a jurisdição internacional deve ceder à justiça nacional se, e somente se, a justiça nacional não for ineficiente e incapaz³⁵.

Segundo Luciana Boiteaux a jurisdição do Tribunal Internacional será complementar, “pois só será acionada se o tribunal nacional não tiver condições de atuar no caso, devendo o Procurador Geral levar em conta essas limitações na decisão de abertura de uma investigação”³⁶.

³³ TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA A EX-IUGOSLÁVIA. Article 9 Concurrent jurisdiction 1. The International Tribunal and national courts shall have concurrent jurisdiction to prosecute persons for serious violations of international humanitarian law committed in the territory of the former Yugoslavia since 1 January 1991. 2. The International Tribunal shall have primacy over national courts. At any stage of the procedure, the International Tribunal may formally request national courts to defer to the competence of the International Tribunal in accordance with the present Statute and the Rules of Procedure and Evidence of the International Tribunal. Disponível em: <http://www.icty.org/x/file/Legal%20Library/Statute/statute_sept09_en.pdf>. Acesso em: 1º mai 2016.

³⁴ TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA RUANDA. Disponível em: <<http://www.unictr.org/Portals/0/English/Legal/Statute/2010.pdf>>. Acesso em: 1º mai 2016.

³⁵ TEITEL, Ruti. The Law and Politics of Contemporary Transitional Justice. Cornell International Law Journal, vol 38, p.837-856, 2005.

³⁶ BOITEAUX, Luciana. Direito Penal Internacional. Os Princípios Penais do Estatuto do Tribunal

Por sua vez, Carlos Eduardo Adriano Japiassú, no tocante à matéria em questão, diz que o Estatuto confere aos Estados uma presunção relativa de legitimidade, na medida em que reconhece a primazia da jurisdição aos Estados Nacionais³⁷.

Pois bem, quais são as razões que fazem com que os tribunais nacionais percam a primazia da investigação e o procedimento das ações penais? Sempre que os tribunais nacionais forem incapazes ou não tiverem vontade de investigar ou julgar os fatos.

E os tribunais nacionais serão incapazes de julgar nos seguintes casos, mencionados no art. 17 (2): a) se os tribunais nacionais atuarem no sentido de proteger o acusado; b) se os tribunais demorem injustificadamente na condução da investigação e no processo; c) se os tribunais nacionais não se conduzirem com independência e imparcialidade³⁸.

O procurador da Corte pode, segundo o art. 18 e seus parágrafos, ao receber as peças de informação, notificar o Estado, que teria jurisdição sobre os crimes cometidos, sobre o início das investigações. O Estado interessado, então, poderá informar à Procuradoria que o caso já está sob sua investigação ou processamento. Seis meses depois deste fato, o procurador poderá pedir novas informações ao Estado interessado sobre o estado das investigações e, após isto, requererá periodicamente informações sobre o caso. De posse destas informações, poderá decidir se as investigações ou os processos continuarão com o Estado interessado ou ele mesmo assumirá a direção dos trabalhos, concluindo que, por falta de vontade ou incapacidade do Estado de conduzir o feito adequadamente, passará a conduzi-lo, avocando-o para si e transferindo-o para a Corte Internacional.

Este, portanto, é um momento no qual se exige grande sensibilidade do procurador para que possa detectar o problema, pois é a ele que cabe distinguir

Internacional à Luz do Direito Brasileiro. In: JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano (org). Direito Penal Internacional. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, pp. 96/97, 101.

³⁷ Idem nota 31

³⁸ TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL. Art. 17. 2. A fin de determinar si hay o no disposición a actuar en un asunto determinado, la Corte examinará, teniendo en cuenta los principios de un proceso con las debidas garantías reconocidos por el derecho internacional, si se da una o varias de las siguientes circunstancias, según el caso: a) Que el juicio ya haya estado o esté en marcha o que la decisión nacional haya sido adoptada con el propósito de sustraer a la persona de que se trate de su responsabilidad penal por crímenes de la competencia de la Corte, según lo dispuesto en el artículo 5; b) Que haya habido una demora injustificada en el juicio que, dadas las circunstancias, sea incompatible con la intención de hacer comparecer a la persona de que se trate ante la justicia; c) Que el proceso no haya sido o no esté siendo sustanciado de manera independiente o imparcial y haya sido o esté siendo sustanciado de forma en que, dadas las circunstancias, sea incompatible con la intención de hacer comparecer a la persona de que se trate ante la justicia. Disponível em: <<http://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/ADD16852-AEE9-4757-ABE7-9CDC7CF02886/283783/Compendium3rd01SPA.pdf>>. Acesso em: 1º mai 2016.

se o Estado pode continuar a investigar os delitos contra a humanidade ou, ao contrário, se mostra inadequado, pelas razões indicadas no art. 17 (2) do diploma internacional, cabendo a decisão final à Sala de Questões Preliminares³⁹.

Passemos para o caso brasileiro: A Comissão Interamericana de Direitos Humanos, órgão previsto na Convenção Interamericana de Direitos Humanos ou Pacto de *San José de Costa Rica* e destinado a examinar casos a serem submetidos à Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), submeteu a esta última uma demanda que se originou de uma petição dirigida à Comissão pelo Centro de Justiça e Direito Internacional (CEJIL) e pela *Human Rights Watch/Americas*, acerca dos desaparecidos políticos da Guerrilha do Araguaia e de seus familiares.

Uma das razões pelas quais a Comissão Interamericana de Direitos Humanos submeteu o caso da Guerrilha do Araguaia à Corte Interamericana foi justamente porque “o Estado não realizou uma investigação penal com a finalidade de julgar e punir as pessoas responsáveis pelo desaparecimento forçado de 70 vítimas e a execução extrajudicial de Maria Lúcia Petit da Silva (...)”⁴⁰.

Destarte, não temos dúvidas em afirmar que podendo o Tribunal Penal Internacional conhecer de casos que implicam graves violações de direitos humanos e diante da omissão e inércia brasileiras poderia aquela Corte conhecer de casos passados durante a ditadura brasileira uma vez que a decisão da Corte

³⁹TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL. “Art. 18.2. Dentro del mes siguiente a la recepción de dicha notificación, el Estado podrá informar a la Corte que está llevando o ha llevado a cabo una investigación en relación con sus nacionales u otras personas bajo su jurisdicción respecto de actos criminales que puedan constituir crímenes contemplados en el artículo 5 y a los que se refiera la información proporcionada en la notificación a los Estados. A petición de dicho Estado, el Fiscal se inhibirá de su competencia en favor del Estado en relación con la investigación sobre las personas antes mencionadas, a menos que la Sala de Cuestiones Preliminares decida, a petición del Fiscal autorizar la investigación.” Disponível em: <<http://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/ADD16852-AEE9-4757-ABE7-9CDC7CF02886/283783/Compendium3rd01SPA.pdf>>. Acesso em: 1º mai 2016.

⁴⁰CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Gomes Lund vs Brasil. Sentença de 24 de novembro de 2010, série C nº 219: “(...) Conforme salientou a Comissão, a demanda se refere à alegada ‘responsabilidade [do Estado] pela detenção arbitrária, tortura e desaparecimento forçado de 70 pessoas, entre membros do Partido Comunista do Brasil [...] e camponeses da região, [...] resultado de operações do Exército brasileiro empreendidas entre 1972 e 1975 com o objetivo de erradicar a Guerrilha do Araguaia, no contexto da ditadura militar do Brasil (1964–1985)’. A Comissão também submeteu o caso à Corte porque, ‘em virtude da Lei No. 6.683/79 [...], o Estado não realizou uma investigação penal com a finalidade de julgar e punir as pessoas responsáveis pelo desaparecimento forçado de 70 vítimas e a execução extrajudicial de Maria Lúcia Petit da Silva [...]’; 40. Ao contrário, as alegações relativas à Arguição de Descumprimento, à Ação Civil Pública (Veja-se a Ação nº 2001.39.01.000810-5, interposta pelo Ministério Público Federal e a Ação Ordinária n. 82.00.024682-5), à possibilidade de interposição de uma ação penal subsidiária e às diversas iniciativas de reparação, foram expostas pelo Brasil, pela primeira vez, como parte de uma exceção preliminar por falta de esgotamento dos recursos internos em sua contestação à demanda, aproximadamente nove anos e oito meses depois de adotada a decisão de admissibilidade por parte da Comissão Interamericana, ou seja, de maneira extemporânea. Por esta razão, não corresponde admitir estes argumentos.” Disponível em: <http://www.corteideh.or.cr/docs/caos/articulos/serie_219_por.pdf>. Acesso em: 1º mai 2016.

Interamericana de Direitos Humanos não é substitutiva do Tribunal Internacional, já que aquela processa Estados, e esta última, pessoas, cidadãos nacionais, responsáveis por violações contra os direitos humanos.

CONCLUSÃO

É crucial que o Brasil respeite as normas do direito internacional, honrando os tratados e convenções que ratificou. Para que isto aconteça é necessário que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal evolua no sentido de conferir prioridade aos tratados e convenções dos quais o país é parte integrante para que os crimes contra os direitos humanos sejam efetivamente punidos e o país não tenha que ser responsabilizado perante cortes internacionais. O mundo de hoje não mais admite que um Estado nacional possa justificar desvios de condutas e atos infracionais punidos internacionalmente e se proteja com a aplicação da legislação nacional e das decisões dos tribunais, pois é necessário manter a devida coerência com o que o país se comprometeu no plano internacional.

BIBLIOGRAFIA

- AFANADOR, Walter Cadena. El Principio de la Jurisdicción Universal de los Derechos Humanos desde la Globalización y el Constructivismo. Prolegomenos. Derechos y Valores de la Facultad de Derechos. Colômbia, 2010, vol. 13, p. 235-249.
- AMBOS, Kai. A Parte Geral do Direito Penal Internacional. São Paulo: ed. Revista dos Tribunais, 2008, p. 102.
- BOITEAUX, Luciana. Direito Penal Internacional. Os Princípios Penais do Estatuto do Tribunal Internacional à Luz do Direito Brasileiro. In: JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano (org). Direito Penal Internacional. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, pp. 96/97, 101.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas corpus 72131 / RJ - RIO DE JANEIRO HABEAS CORPUS Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO Relator(a) p/ Acórdão: Min. MOREIRA ALVES Julgamento: 23/11/1995 Órgão Julgador: Tribunal Pleno Publicação DJ 01-08-2003 PP-00103 EMENT VOL-02117-40 PP-08650
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RHC 79785 / RJ - RIO DE JANEIRO RECURSO EM HABEAS CORPUS Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE Julgamento: 29/03/2000 Órgão Julgador: Tribunal Pleno Publicação DJ 22-11-2002 PP-00057 EMENT VOL-02092-02 PP-00280 RTJ VOL-00183-03 PP-01010
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 80004 / SE – Sergipe Recurso Extraordinário Relator(a): Min. Xavier de Albuquerque Julgamento: 01/06/1977 Órgão Julgador: Tribunal Pleno Publicação DJ 29-12-1977 PP-09433 Ement Vol-01083-04 PP-00915 RTJ Vol-00083-03 PP-00809.

- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 466343 / SP - SÃO PAULO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Relator(a): Min. CEZAR PELUSO Julgamento: 03/12/2008 Órgão Julgador: Tribunal Pleno Publicação DJe-104 DIVULG 04-06-2009 PUBLIC 05-06-2009 EMENT VOL-02363-06 PP-01106 RTJ VOL-00210-02 PP-00745 RDECTRAB v. 17, n. 186, 2010, p. 29-165 EMENTA: PRISÃO CIVIL.
- CONVENÇÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, Disponível em www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Covencion_Americana-sobre-Derechos_Humanos_firmas.htm. Acesso em 28 abr.2016.
- DOLINGER, Jacob. As Soluções da Suprema Corte Brasileira para os Conflitos entre o Direito Interno e o Direito Internacional. Rio de Janeiro: Revista Forense, vol 334, p. 73.
- JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. O Tribunal Penal Internacional. Rio de Janeiro: ed. Lumen Juris, 2004, p. 57.
- KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. 8ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009, 364.
- MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Curso de Direito Internacional Público. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 6ª ed..São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p.54.
- MELLO, Celso D. de Albuquerque. Curso de Direito Internacional Público. 14ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, 127.
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Estatuto de Roma. Disponível em: <http://treaties.un.org/doc/Treaties/1998/07/19980717%2006-33%20PM/Ch_XVIII_10p.pdf>. Acesso em: 28 abr.2016.
- PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e o Direito Constitucional internacional.15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p.133 e 163.
- TEITEL, Ruti. Cornell International Law Journal, The Law Politics of Contemporary Transitional Justice, vol 38, p. 837/858, 2005.
- TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL. Disponível <<http://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/ADD16852-AEE9-4757-ABE79CDC7CF02886/283783/Compendium3rd01SPA.pdf>>. Acesso em 28.04.2016.
- TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA A EX-IUGOSLÁVIA. Disponível em: <http://www.icty.org/x/file/Legal%20Library/Statute/statute_sept09_en.pdf>. Acesso em: 1º mai 2016.
- TRIBUNAL ESPECIAL PARA O LÍBANO. Disponível em: <<http://www.stl-tsl.org/en/the-cases>>. Acesso em: 28 abr. 2016.
- TRIBUNAL ESPECIAL PARA SERRA LEOA. Disponível em: <<http://www.sc-sl.org/ABOUT/tabid/70/Default.aspx>>. Acesso em: 28 abr. 2016.
- TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA RUANDA. Disponível em: <<http://www.unict.org/AboutICTR/GeneralInformation/tabid/101/Default.aspx>>. Acesso em: 28 abr. 2016.
- TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. A Humanização do Direito Internacional. Belo Horizonte: ed. Del Rey, 2006, p.143.
- YALE LAW SCHOOL. The Avalon Project. Conferência do Cairo. Disponível em: <avalon.law.yale.edu>. Acesso em: 28 abr. 2016.

A FUNÇÃO SOCIAL E A USUCAPIÃO DOS BENS PÚBLICOS: UMA RELEITURA A PARTIR DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO ORDENAMENTO JURÍDICO

Rafael Carvalho Rezende Oliveira¹ e Thaís Boia Marçal²

Resumo: A possibilidade de usucapião de bens públicos enseja uma releitura dos dispositivos constitucionais e legais sobre o tema sob o prisma dos princípios constitucionais da unidade e da proporcionalidade, de modo a se obter o resultado do processo de ponderação em consonância com a função social da propriedade proposta pelo texto constitucional.

Palavras-Chaves: Bens Públicos. Usucapião. Função social da posse e da propriedade. Ponderação. Proporcionalidade. Interpretação sistemática da Constituição Federal.

Abstract: The possibility of adverse possession of public belongings entails a reinterpretation of constitutional and legal provisions on the subject in the light of constitutional principles of unity and proportionality, in order to obtain the result of the weighting process in line with the social function proposed by text constitutional.

Keywords: Public belongings. Adverse possession. Social function of ownership and property. Weighting. Proportionality. Systematic interpretation of the Federal Constitution.

¹ Pós-Doutor em Direito pela Fordham University School of Law (NY). Doutor em Direito pela UVA/RJ. Mestre em Teoria do Estado e Direito Constitucional pela PUC-RJ. Pós-graduado em Direito do Estado pela UERJ. Procurador do Município do Rio de Janeiro. Ex-Defensor Público da União. Professor do IBMEC, da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro (EMERJ) e dos cursos de Pós-Graduação da FGV/RJ e UCAM. Membro do Instituto de Direito Administrativo do Estado do Rio de Janeiro (IDAERJ). Autor de livros e artigos jurídicos. Consultor jurídico. www.professorrafaeloliveira.com.br

² Mestranda em Direito da Cidade pela UERJ. Especialista em Direito Público pela UCAM. Pós-graduada pela EMERJ. Ex-assessora no TRF2. Advogada no Rio de Janeiro. E-mail: thaismarcal@adv.oabrj.org.br

1. NOTAS GERAIS ACERCA DOS BENS PÚBLICOS

1.1. Conceito

O Estado exerce uma relação de supremacia geral, por meio do poder de polícia administrativa e demais modalidades de intervenção do Estado sobre todos os bens que se encontram sobre o seu território, seja os que são de sua propriedade, da propriedade de particulares ou mesmo os inapropriáveis (*res nullius*).³

A partir de tal noção, criaram-se o chamado domínio nacional, o qual se revela suscetível de apropriação privada; e o domínio público⁴ inerente ao uso de todos e ao serviço geral⁵, englobando os de uso comum do povo e os de uso especial, enquanto os bens dominicais estariam abrangidos na noção de bens de domínio privado do Estado.⁶

Há quem prefira adotar a noção domínio eminente para fazer referência ao poder político que permite ao Estado, de forma geral, submeter à sua vontade todos os bens situados em seu território.⁷

Nesta linha de raciocínio, o domínio eminente abrangeria três categorias de bens: (i) os bens públicos; (ii) os bens privados; e (iii) os bens não sujeitos ao regime normal da propriedade, como, por exemplo, o espaço aéreo e as águas.⁸

Desse aspecto político, que é inerente ao sentido de domínio eminente, defluem todas as formas de investida que o Estado emprega em relação à propriedade privada.⁹⁻¹⁰

³ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Curso de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 469.

⁴ Segundo Di Pietro, “bens de domínio público do Estado admitem vários significados: em sentido muito amplo, é utilizado para designar o conjunto de bens pertencentes às pessoas jurídicas de direito público interno, políticas e administrativas (União, Estados, Municípios, Distrito Federal, territórios e autarquias). Em sentido menos amplo, utilizado na referida classificação do direito francês, designa os bens afetados a um fim público, os quais, no direito brasileiro, compreendem os de uso comum do povo e os de uso especial. Em sentido restrito, fala-se em bens do domínio público para designar apenas os destinados ao uso comum do povo, correspondendo ao *demânio* do direito italiano, como não eram considerados por alguns autores, como pertencentes ao Poder Público, dizia-se que estavam no domínio público, o seu titular seria, na realidade, o povo.” Cf. DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Direito Administrativo*. 25ª ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 726-728.

⁵ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Op. Cit.*, p. 725.

⁶ Insta esclarecer que no momento em que se “estuda este tema, no direito estrangeiro, verifica-se que os autores tratam, em geral, em capítulos à parte, dos bens do domínio público e dos bens do domínio privado, precisamente pela diversidade de regime jurídico que os caracteriza.” Cf. DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Op. Cit.*, p. 726-728.

⁷ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 20ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 1.047.

⁸ *Ibidem*, p. 1.049.

⁹ *Ibidem*, p. 1.048.

¹⁰ Lúcia Valle de Figueiredo sustenta que o domínio eminente teria surgido na época feudal, com vistas

De modo a permitir uma correta compreensão dos conceitos atuais, impõem-se algumas considerações cunho histórico. Senão, veja-se.

Inicialmente, ainda na Antiguidade, existiam as assim designadas coisas públicas, as quais, nas comunidades rurais eram as ruas e os caminhos, sendo certo que tais áreas não pertenciam a ninguém em particular, mas a toda coletividade. A autoridade era responsável pela conservação e boa ordem no uso dessas áreas. Em tempo, quando do surgimento das cidades apareceram novos tipos de bens públicos, como fontes, praças, de uso de todos; outros bens, sem estarem liberados ao uso de todos, serviam a toda a comunidade, como os portos e muralhas.¹¹

No Brasil, durante o período colonial, existia a seguinte distinção: (i) bem reais, pertencentes ao rei; (ii) bens da Coroa, que o rei administrava; (iii) bens fiscais, pertencentes ao erário. No período imperial, em decorrência da influência francesa, surgiu a tripartição: domínio do Estado, domínio da coroa, domínio público.¹²

O Código Civil de 1916 estabeleceu divisão dos bens públicos em bens de uso comum, bem de uso especial e bens dominicais, classificação esta que o Código Civil de 2002 reproduziu em seu art. 99.¹³

Atualmente, considera-se que o conjunto de bens públicos forma o chamado 'domínio público', que inclui tanto bens imóveis quanto móveis.¹⁴ ou seja, os bens públicos podem ser dotados ou não de existência física, sendo, portanto, aqueles aptos a se tornar objeto de uma relação jurídica.¹⁵

No entanto, não há consenso doutrinário sobre o conceito de bens públicos.

De acordo com o art. 98 do CC, que adota o critério subjetivo (ou da titularidade), os bens públicos seriam aqueles integrantes do patrimônio de pessoas jurídicas de direito público (entes federados, autarquias e fundações estatais de direito público).¹⁶

a atribuir à Coroa a propriedade de todas as coisas. Cf. FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 359-360.

¹¹ MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 16ª Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 267.

¹² *Ibidem*, p. 268.

¹³ *Ibidem*, p. 268.

¹⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 27ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 913.

¹⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 7ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 1.023.

¹⁶ Art. 98 do CC: "Art. 98. São públicos os bens do domínio nacional pertencentes às pessoas jurídicas de direito público interno; todos os outros são particulares, seja qual for a pessoa a que pertencerem."

Por outro lado, parcela da doutrina adota a concepção material (ou funcionalista) para afirmar que os bens públicos são aqueles afetados à finalidade pública e que geram utilidades para coletividade. Em consequência, além dos bens integrantes das pessoas jurídicas de direito público, também seriam considerados bens públicos aqueles integrantes das pessoas jurídicas de direito privado afetados à prestação de serviços público.¹⁷ Seria possível dividir os bens públicos em duas categorias: bens públicos estatais (integrantes do patrimônio das entidades da Administração Pública Direta e Indireta) e bens públicos não estatais (pertencentes às concessionárias e permissionárias de serviços públicos, afetados à prestação do serviço público).

Não obstante a controvérsia doutrinária, o conceito adotado pelo legislador (art. 98 do CC) leva em consideração a respectiva titularidade, razão pela qual somente serão considerados bens formalmente públicos aqueles integrantes das pessoas jurídicas de direito público.

Em consequência, os bens integrantes das entidades administrativas de direito privado (empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações estatais de Direito Privado) e das demais pessoas jurídicas de direito privado serão considerados bens privados.

É oportuno notar, contudo, que os bens das pessoas jurídicas de direito privado, inclusive as concessionárias e permissionárias, que estiverem vinculados à prestação do serviço público sofrerão a incidência de algumas limitações inerentes aos bens públicos (ex: impenhorabilidade), tendo em vista o princípio da continuidade do serviço público, com derrogação parcial do regime de direito privado, o que permite qualificá-los como bens materialmente públicos ou “quase-públicos”.¹⁸

Por esta razão, quanto às empresas estatais, executoras de atividades econômicas ou prestadoras de serviços públicos, os bens devem ser considerados privados, na forma do art. 173, § 1º, II da CRFB e art. 98 do CC, parte final. No entanto, no tocante às estatais prestadoras de serviços públicos, os bens afetados à prestação dos referidos serviços sofrerão a incidência de restrições

¹⁷ Nesse sentido, por exemplo: MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Op. Cit.*, p. 88; GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*, 15ª ed., São Paulo: Saraiva, 2010, p. 811-812; MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*, 14ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 342.

¹⁸ Juarez Freitas utiliza a nomenclatura “bens quase-públicos” para os bens das entidades privadas afetados à utilidade pública ou publicizados. Cf. FREITAS, Juarez. *Estudos sobre Direito Administrativo*, São Paulo: Malheiros, 1995, p. 70.

normalmente aplicadas aos bens públicos.¹⁹ A mesma conclusão pode ser aplicada aos bens das concessionárias e permissionárias afetados à prestação do serviço público (bens reversíveis).

Cabe ressaltar que não há regime jurídico uniforme para todos os bens públicos. O ordenamento jurídico estabelece regras diferenciadas para as diversas categorias de bens públicos, variando de intensidade a aplicação do regime de direito público. Assim, por exemplo, ao contrário dos bens de uso comum do povo e dos bens de uso especial, os bens públicos dominicais, preenchidos os requisitos legais, podem ser alienados.

A existência dos bens públicos é justificada por sua instrumentalidade, em razão da necessidade de bens para o exercício das atividades administrativas. Em razão da estreita vinculação com as finalidades públicas e a promoção dos direitos fundamentais, os bens públicos possuem atributos, utilidades ou condições especiais, que exigem a aplicação de regime jurídico distinto do regime aplicado aos bens privados em geral.²⁰

É incompatível com a constitucionalização do Direito Administrativo, a concepção de bens públicos como uma espécie de patrimônio sagrado/intocável, desvinculado da necessidade de satisfação das necessidades humanas.²¹ Ao revés, os bens públicos devem guardar relação estreita com a promoção e defesa dos direitos fundamentais e com as demais finalidades públicas.

Destaca-se, aqui, o próprio caráter instrumental do Estado, bem como o aspecto finalístico da função pública, que deve ser exercida com o objetivo de satisfazer o interesse público.

Desta forma, não se pode admitir a ociosidade de bens públicos, mesmo dominicais. O Estado deve aplicar todos os seus recursos móveis e imóveis para promover o desenvolvimento, incentivar a atividade econômica e assegurar a obtenção de recursos para implantar um amplo conjunto de atividades necessárias ao bem estar da comunidade, conforme restará melhor demonstrado ao longo do presente estudo.²²

¹⁹ Conforme demonstrado no capítulo relativo às empresas estatais, os respectivos bens somente poderão ser alienados se atendidos os requisitos do art. 17 da Lei nº 8.666/93 e os bens afetados aos serviços públicos são considerados impenhoráveis, com fundamento no princípio da continuidade do serviço público, mas a jurisprudência do STJ tem admitido a prescrição aquisitiva (usucapião) de tais bens, o que permite concluir que os bens não são propriamente públicos.

²⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 7ª Edição. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 1.024.

²¹ Sobre o tema, vide: OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *A constitucionalização do Direito Administrativo*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

²² JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 7ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 1.025-1.026.

1.2. Características

Tradicionalmente, a doutrina e a jurisprudência apresentam as seguintes características dos bens públicos: (i) alienação condicionada ou inalienabilidade, (ii) impenhorabilidade, (iii) imprescritibilidade e (iv) impossibilidade de oneração.²³

Em relação à primeira característica, a alienação de bens públicos depende do cumprimento dos requisitos específicos elencados pelo ordenamento jurídico, especialmente aqueles previstos nos arts. 100 e 101 do CC24 e art. 17 da Lei nº 8.666/93.²⁵ Em síntese, os requisitos podem ser assim elencados: a) desafetação: apenas os bens dominicais, que não se encontram afetados a nenhuma finalidade pública primária, podem ser alienados; b) motivação: interesse público justificado; c) avaliação prévia; d) licitação: concorrência para os bens imóveis, salvo as exceções do art. 19 da Lei nº 8.666/93, e leilão para os bens móveis, ressalvadas as hipóteses de licitação dispensada; e e) autorização legislativa: exclusivamente para alienação dos bens imóveis das pessoas jurídicas de direito público.

Quanto à segunda característica, os bens públicos são impenhoráveis, em virtude do princípio da continuidade do serviço público. A eventual constrição judicial do bem público, afetado ao serviço público, colocaria em risco a sua continuidade e acarretaria, por conseguinte, prejuízos à coletividade.²⁶

Ademais, no tocante às pessoas de direito público, a impenhorabilidade dos respectivos bens públicos seria, também, justificada pela submissão à regra constitucional do precatório (art. 100 da CRFB) e pelo procedimento diferenciado de execução promovida em face da Fazenda Pública (arts. 730 e 731 do CPC).

A terceira característica dos bens públicos é a imprescritibilidade, ou seja, a

²³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 25ª ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 731-732.

²⁴ Código Civil: “Art. 100. Os bens públicos de uso comum do povo e os de uso especial são inalienáveis, enquanto conservarem a sua qualificação, na forma que a lei determinar. Art. 101. Os bens públicos dominicais podem ser alienados, observadas as exigências da lei.”

²⁵ Art. 17. A alienação de bens da Administração Pública, subordinada à existência de interesse público devidamente justificado, será precedida de avaliação e obedecerá às seguintes normas: I - quando imóveis, dependerá de autorização legislativa para órgãos da administração direta e entidades autárquicas e fundacionais, e, para todos, inclusive as entidades paraestatais, dependerá de avaliação prévia e de licitação na modalidade de concorrência, dispensada esta nos seguintes casos: (...) II - quando móveis, dependerá de avaliação prévia e de licitação, dispensada esta nos seguintes casos: (...).

²⁶ A impenhorabilidade alcança os bens integrantes das pessoas de direito público e os bens das pessoas de direito privado afetados ao serviço público. STF, AC nº 669/SP, Rel. Min. Carlos Britto, Tribunal Pleno, DJ 26/05/2006, p. 7 (Informativo de Jurisprudência do STF nº 404); STF, REExt nº 220.906/DF, Rel. Min. Maurício Corrêa, Tribunal Pleno, DJ 14/11/02, p. 15 (Informativo de Jurisprudência do STF nº 213).

impossibilidade de usucapião de bens públicos, na forma dos arts. 183, §3º, e 191, parágrafo único, da CRFB27 e art. 102 do CC.²⁸

A quarta e última característica dos bens públicos é a impossibilidade de oneração. Afirma-se, tradicionalmente, que os bens públicos não podem ser objetos de garantia real, tendo em vista a necessidade de pagamento dos débitos, oriundos de sentença judicial transitada em julgada, por meio de precatório, bem como o disposto no art. 1420 do CC que somente permite penhor, hipoteca e anticrese em relação aos bens que podem ser alienados.

Entendemos, no entanto, que a impossibilidade de oneração de bem público não alcança os bens dominicais que, após o cumprimento dos requisitos legais, podem ser alienados.²⁹ Conforme assinalado anteriormente, os bens alienáveis podem ser dados em garantia real. Desta forma, nada impede, por exemplo, que bens dominicais sejam dados em garantia nos contratos celebrados pela Administração Pública, desde que haja avaliação prévia do bem, justificativa, realização de licitação (obrigatória para celebração do próprio contrato) e, no caso de imóveis, prévia autorização legislativa.

No presente ensaio, o enfoque é estudo da imprescritibilidade dos bens públicos e a sua relativização a partir da interpretação sistemática da Constituição da República.

A imprescritibilidade tem sido consagrada, tradicionalmente, em diversos diplomas legais, tais como o Decreto nº 22.785/1933, o Decreto-Lei nº 710/1938 e o Decreto-Lei nº 9.760/1946.

As Constituições de 1934, 1937 e 1946 admitiram exceções à imprescritibilidade ao estabelecerem a denominada usucapião pro labore, cujo objetivo era assegurar o direito de propriedade àquele que cultivasse a terra com o próprio trabalho e o de sua família. Contudo, por oportunidade da entrada em vigor da Constituição de 1967, não mais foi contemplada esta modalidade de usucapião

²⁷ Art. 183, §3º da CRFB: “Aquele que possuir como sua área urbana de até duzentos e cinquenta metros quadrados, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural. (...) §3º - Os imóveis públicos não serão adquiridos por usucapião.” Art. 191, parágrafo único, da CRFB: “Aquele que, não sendo proprietário de imóvel rural ou urbano, possua como seu, por cinco anos ininterruptos, sem oposição, área de terra, em zona rural, não superior a cinquenta hectares, tornando-a produtiva por seu trabalho ou de sua família, tendo nela sua moradia, adquirir-lhe-á a propriedade. Parágrafo único – Os imóveis públicos não serão adquiridos por usucapião.”

²⁸ Art. 102 do CC: “Os bens públicos não estão sujeitos a usucapião.”

²⁹ Em sentido semelhante, vide: MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Bens públicos: função social e exploração econômica: o regime jurídico das utilidades públicas*. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 299.

no ordenamento jurídico pátrio, mas foi prevista a legitimação de posse e o direito de preferência à aquisição de até cem hectares de terras públicas por aqueles que as tornarem produtivas com o seu trabalho e de sua família (art. 164 da Constituição de 1967 e art. 171 da Emenda Constitucional nº 1, de 1969).³⁰ Da mesma forma, a Lei nº 6.969/1981 admitia a usucapião de terras devolutas situadas na área rural.

Atualmente, conforme verificado anteriormente, a imprescritibilidade dos bens públicos é consagrada na Constituição (arts. 183, §3º, e 191, parágrafo único, da CRFB) e na legislação infraconstitucional (art. 102 do CC).

Tem prevalecido, na doutrina, a tese de que a imprescritibilidade alcança todos os bens públicos (de uso comum, de uso especial e os dominicais), uma vez que o ordenamento jurídico, ao consagrar a tese da imprescritibilidade dos bens públicos, não fez qualquer distinção ou restrição quanto à sua incidência.

Perfilhando este entendimento o STF, por meio do enunciado sumular nº 340, consagrou a idéia de que “desde a vigência do Código Civil, os bens dominicais, como os demais bens públicos, não podem ser adquiridos por usucapião”. No entanto, o referido entendimento merece ser objeto de algumas considerações, como se passa a demonstrar.

Inicialmente, é importante notar que os bens públicos, assim como os bens privados, devem cumprir a sua função social. A função social não admite bens públicos ociosos e revela a sua natureza instrumental para a realização dos fins impostos ao Estado.

Desta forma, excluídos os bens destinados à preservação, todo o restante do patrimônio estatal deve ser explorado do modo mais intenso possível, devendo ser realizada a exploração econômica do patrimônio estatal, segundo a natureza, a função e a destinação própria de cada bem, inclusive com a cessão, em sentido amplo, do uso de seus terrenos dominicais ociosos.³¹

De modo a permitir uma melhor abordagem acerca do cumprimento da função social pelos bens públicos, é oportuno analisar algumas de suas classificações.

³⁰ Nesse sentido: DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Op. Cit.*, p. 735; ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. *Função social da propriedade pública*, São Paulo: Malheiros, 2005, p. 147

³¹ JUSTEN FILHO, Marçal. *Op. Cit.*, p. 1.026.

1.3. Classificação dos bens públicos

Os bens públicos podem ser classificados a partir de diversos critérios, a saber: (i) quanto à sua natureza: bens corpóreos e incorpóreos; bens imóveis, móveis e semoventes; bens fungíveis e infungíveis; (ii) quanto aos aspectos geográficos: bens terrestres, bens hídricos (marítimos, fluviais) e lacustres; (iii) quanto ao modo de formação: bens naturais e artificiais; (iv) quanto aos titulares: federais, estaduais e municipais; (v) quanto à destinação: bem público de uso comum do povo (art. 99, I, CC); bem público de uso especial³² (art. 99, II, CC) e bem público dominical³³ (art. 99, III, CC).³⁴

Juarez Freitas propõe uma nova forma de classificação de bens públicos, de modo a compatibilizar as limitações e prerrogativas da Administração Pública com os princípios estruturantes que a referida se subordina por imposição constitucional. Assim, propõe dividi-los em: (i) bens públicos; (ii) bens quase-públicos ou publicizados³⁵; e (iii) bens privados ou de afetação menos pública³⁶.

Insta esclarecer que afetação é atribuição, a um bem público, de sua destinação específica, o que pode ocorrer de modo explícito ou implícito. Entre os meios de afetação explícita estão a lei, o ato administrativo e o registro de projeto de loteamento (art. 17 e 22 da Lei 6.766/1979). Implicitamente, a afetação se dá quando o Poder Público passa a utilizar um bem para certa finalidade, sem manifestação formal prévia (ex: desapropriação indireta). Com a afetação, atribui-se ao bem uma destinação pública, transformando-o em bem de uso comum do povo ou bem de uso especial.

A desafetação, por sua vez, é a retirada da destinação pública do bem. De regra, a desafetação acarreta a transformação dos bens de uso comum do povo e dos bens de uso especial em bens dominicais, com o intuito de viabilizar a sua alienação. A desafetação, assim como a afetação, pode advir de manifestação

³² “São as coisas móveis e imóveis utilizáveis na prestação dos serviços públicos”. Cf. GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 940.

³³ “Também são chamados de bens disponíveis, bens do patrimônio disponível, bens patrimoniais disponíveis, bens do patrimônio fiscal, bens patrimoniais do Estado, bens do domínio privado do Estado”. Cf. CRETELLA JUNIOR, José. *Dicionário de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 107.

³⁴ MEDAUAR, Odete. *Op. Cit.*, p. 269-272.

³⁵ Segundo o autor, se enquadram na categoria de bens quase-públicos aqueles que, embora não contemplados pela classificação civilista, são especializados por uma afetação pública, sem alteração de titularidade que permanece particular, ou seja, fazem-se como que publicizados, sem serem propriamente integrantes do domínio público. Cf. FREITAS, Juarez. *Estudos sobre Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 70.

³⁶ São os bens que possuem titularidade privada, sendo certo que também deverão cumprir a sua função social.

explícita (ex: lei que retira a destinação pública do imóvel público e autoriza a sua alienação) ou implícita (ex: incêndio de biblioteca pública que impossibilita a continuidade da atividade anteriormente exercida no local).³⁷

As operações de afetação e desafetação são da competência única e exclusiva da pessoa política proprietária do bem, a quem também se reconhece a competência exclusiva para dizer se e quando um bem que integra o seu patrimônio poderá ser afetado ou desafetado.³⁸

Como o objeto deste estudo diz respeito à possibilidade de usucapião de bens dominicais, passa-se a uma análise mais detida acerca do referido bem.

De plano, cumpre definir o bem dominical como sendo aquele que não é nem necessário nem útil à fruição conjunta do povo nem se constitui em instrumento por meio do qual se desenvolve uma atuação estatal. Trata-se de bens móveis e imóveis que se encontram na titularidade estatal, mas que não se constituem em efetivo instrumento de satisfação de necessidades coletivas. Tem-se de reputar que se enquadram nesta categoria também os resultados que geram resultados econômicos para o Estado.³⁹

Tal classe de bens comporta uma função patrimonial ou financeira, porque se destinam a assegurar rendas ao Estado, em oposição aos demais bens.⁴⁰

A função patrimonial ou financeira diz respeito ao fato dos referidos assegurarem rendas ao Estado, em oposição aos demais bens públicos, que são afetados a uma destinação de interesse geral; o que implica como consequência disto a gestão dos bens dominicais não ser considerada serviço público, mas uma atividade privada da Administração. Além disso, submetem-se a um regime jurídico de direito privado, pois a Administração Pública age, em relação a eles, como um proprietário privado.⁴¹

Contudo, estas duas características já foram alteradas sensivelmente.

³⁷ MEDAUAR, Odete. *Op. Cit.*, p. 273; GASPARINI, Diógenes. *Op. Cit.*, p. 942. Frise-se que, existe tese doutrinária no sentido de que, apesar de considerar cabível a desafetação por fato jurídico, não seria possível que a mera ação dos administrados afete ou desafete um bem, exemplificando que “a passagem das pessoas por determinado bem dominical não o torna, *ipso facto*, rua.” Cf. ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Curso de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 475-476.

³⁸ GASPARINI, Diógenes. *Op. Cit.*, p. 942.

³⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. *Op. Cit.*, p. 1.045.

⁴⁰ DI PIETRO. Maria Sylvia Zanella. *Op. Cit.*, p. 733-734.

⁴¹ *Ibidem*, p. 733-734.

Atualmente, afirma-se que a natureza desses bens não é exclusivamente patrimonial, permitindo que a sua administração vise, paralelamente, a objetivo de interesse geral. Além disso, a própria administração financeira constitui objetivo apenas imediato, pois em uma perspectiva mais ampla, atende a fins de interesse geral. Esse novo modo de encarar a natureza e função dos bens dominicais leva alguns autores a considerar a sua administração como serviço público sob regime de gestão privada. O duplo aspecto dos bens dominicais justifica a sua submissão a regime jurídico de direito privado parcialmente derogado pelo direito público.⁴²

2. A IMPORTANTE FUNÇÃO DESEMPENHADA PELA USUCAPIÃO NO CUMPRIMENTO DA FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE

É oportuno esclarecer, de plano, que o fundamento da usucapião é a obtenção da segurança e estabilidade das relações jurídicas, notadamente do possuidor, com a concretização da função social da posse e da propriedade. A razão essencial da usucapião é o bem comum, já que é-lhe atribuída uma chancela de legitimidade deferida pela própria comunidade àquela que aproveita econômica e socialmente a coisa.⁴³

Nessa linha de raciocínio, a retenção de terras como forma de acumulação de capital não atende a função social da propriedade. O proprietário tem o poder-dever de conferir destinação social ao seu bem.⁴⁴

Assim, percebe-se que o proprietário cumpre com a função social da propriedade imóvel quando exerce a posse com função social. Com isso, no confronto entre posse e propriedade em torno da função social prevalece o instituto que preserve valores essenciais do ser humano, como a vida, a saúde, a moradia, o trabalho. A posse de *per se* ou a propriedade com função social possibilitam o atendimento dos princípios fundamentais do sistema, dentre eles o de maior densidade, a dignidade da pessoa humana. O proprietário do bem imóvel, urbano ou rural, que não cumpre sua função social perde a proteção do sistema, afasta-se assim a tutela possessória do desforço imediato e da via

⁴² *Ibidem*, p. 733-734.

⁴³ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Direito Reais*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 319.

⁴⁴ TORRES, Marcos Alcino de Azevedo. *A propriedade e a posse – um confronto em torno da função social*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 436.

interdita e a tutela reivindicatória, ambas por força do encobrimento da eficácia do direito de propriedade causado pela posse funcionalizada exercida por outrem sobre o objeto de sua titularidade.⁴⁵

É possível afirmar que a posse com função social prevalece sobre a propriedade sem função social, porque possibilita a proteção efetiva e imediata do ser. Necessário, portanto, é reconhecer que o conflito posse-propriedade, em razão da função social, atrai a aplicação direta da Constituição Federal, porque envolve direitos fundamentais da primeira e segunda dimensão: direitos fundamentais individuais e direito fundamental social, dando margem a uma postura hermenêutica epistemologicamente diversa a hermenêutica tradicional, porque busca o resultado de maior maximização dos princípios e valores constitucionais, mediante o menor sacrifício do direito que cede, em razão da relação de precedência a outro de maior peso. Na questão posse-propriedade, em razão da função social, a colisão de princípios constitucionais, cuja solução se resolve mediante juízo de ponderação de bens, fundado no princípio da proporcionalidade⁴⁶, busca sempre o resultado que dê eficácia ao princípio da dignidade da pessoa humana e ao direito fundamental prevalente. A posse qualificada pela função social deverá prevalecer sobre a propriedade sem função social: primeiro porque a ausência de função social na propriedade configura desrespeito a um dever constitucionalmente estabelecido; segundo porque a posse funcionalizada atende ao direito fundamental de moradia e de trabalho, circunstância que deverá ser aferida pelo operador no caso concreto, mediante um processo dialético-argumentativo.⁴⁷

3. DA POSSIBILIDADE DE USUCAPIÃO DE BENS FORMALMENTE PÚBLICOS

A absoluta impossibilidade de usucapião sobre bens públicos merece ser superada em respeito ao princípio constitucional da função social da posse e ao princípio da proporcionalidade, haja vista que, como já mencionado, os

⁴⁵ *Ibidem*, p. 436.

⁴⁶ Luís Roberto Barroso propõe a análise dos seguintes subprincípios quando da realização do teste da proporcionalidade: (a) da adequação, que exige que as medidas adotadas pelo Poder Público se mostrem aptas à atingir os objetivos pretendidos; (b) da necessidade ou exigibilidade, que impõe a verificação da inexistência de meio menos gravoso para implementação dos fins visados; e da (c) proporcionalidade em sentido estrito, que é a ponderação entre o ônus imposto e o benefício trazido para constatar se é justificável a interferência da esfera dos direitos do cidadão. Cf.: BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 209.

⁴⁷ TORRES, Marcos Alcino de Azevedo. *Op. Cit.*, p. 438.

bens públicos são detentores de proteção especial não apenas por integrarem o patrimônio estatal, pois isto por si só seria traduzido em um privilégio odioso. A sua imprescritibilidade tem como finalidade permitir que o Estado desempenhe o seu papel de principal protagonista na implementação dos direitos fundamentais.

Com fundamento no atendimento da função pública, os bens públicos podem ser divididos em duas categorias: (i) bens formalmente públicos: aqueles registrados em nome da pessoa jurídica de direito público, porém excluídos de qualquer forma de ocupação, seja para moradia ou exercício de atividades produtivas; e (ii) bens materialmente públicos: aqueles aptos a preencher critérios de legitimidade e merecimento, pontos dotados de alguma função social.⁴⁸

Nesse sentido, o bem formalmente público seria passível de usucapião, quando satisfeitos os demais requisitos. Por outro lado, os bens materialmente públicos não poderiam ser objeto de usucapião.⁴⁹

Tal idéia se coaduna com o fato de que se a inércia e o descompromisso do proprietário privado com a função social de seus bens, inclusive com a possibilidade de usucapião, bem como as sanções delineadas no Estatuto da Cidade, insustentável defender que a Administração Pública possa descumprir a função social de seus bens públicos.⁵⁰

Nesse sentido, Sílvio Luís Ferreira da Rocha admite a prescritibilidade de bens públicos dominicais com fundamento na função social da propriedade. Todavia, o referido autor condiciona a usucapião de bens públicos dominicais às modalidades de usucapião que denotem proteção imediata de interesses sociais e juridicamente relevantes (usucapião urbana: art. 183 da CRFB, art. 9º da Lei nº 10.257/01 e art. 1240 do CC; usucapião rural: art. 191 da CRFB e art. 1.239 do CC; e usucapião coletiva: art. 10 da Lei nº 10.257/01), excluída a possibilidade de usucapião ordinária (art. 1.238 do CC) e extraordinária (art. 1.242 do CC).⁵¹

⁴⁸ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direitos Reais*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 267-268.

⁴⁹ A tese foi apresentada em outra obra: OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Administração Pública, concessões e terceiro setor*, 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 61-62. Em sentido semelhante: FREITAS, Juarez. Usucapião de terras devolutas em face de uma interpretação constitucional teleológica. *Revista Trimestral de Jurisprudência dos Estados*, v. 18, n. 121, fev. 1994; FORTINI, Cristiana. A função social dos bens públicos e o mito da imprescritibilidade. *Revista Brasileira de Direito Municipal (RBDM)*, n. 12, p. 113-122, abr.-jun. 2004; ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. *Função social da propriedade pública*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 153-159.

⁵⁰ FORTINI, Cristiana. *Op. Cit.*, p. 120.

⁵¹ ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. *Op. Cit.*, p. 153-159.

Entendemos, no entanto, que todas as modalidades de prescrição aquisitiva devem ser aplicadas aos bens dominicais, privilegiando a necessidade de cumprimento da função social dos bens públicos.

Dessa forma, é possível concluir que a Constituição Federal, ao afastar a possibilidade de usucapião de bens públicos, pretendeu acautelar os bens materialmente públicos, ou seja, aqueles que, pela função a que se destinam, exijam proteção, sob pena de sacrificar o interesse público. Qualquer interpretação a *contrario sensu* se distancia da correta exegese da Carta Magna, pois implicaria na mitigação da exigência constitucional de que a propriedade pública e a privada cumpram função social.⁵²

Destarte, o condicionamento da imprescritibilidade ao cumprimento de finalidades públicas representa um repúdio à tese que propugna pela proteção privilegiada e desproporcional do bem público sem função social.⁵³

3.1. A presunção relativa de cumprimento da função social pelos bens formalmente públicos

Firmadas tais premissas, percebe-se que o fato de um bem estar na titularidade de pessoa jurídica de direito público enseja uma presunção de que este cumpre a sua função social, pois não se pode presumir que o Estado quede-se inerte no seu dever institucional de promover direitos fundamentais.

Contudo, esta presunção é relativa, pois se analisado, diante de um caso concreto que o bem não está cumprindo a sua função social (qual seja, implementar direitos fundamentais – mediata ou imediatamente) resta consentâneo com o princípio constitucional da proporcionalidade, bem como respeito ao princípio da função social da propriedade, a possibilidade do particular usucapir o bem, desde que este venha a ser empregado para implementar direitos fundamentais, tais como o direito à moradia e o direito ao trabalho⁵⁴.

⁵² FORTINI, Cristiana. Op. Cit., p. 120.

⁵³ MONIZ, Ana Raquel Gonçalves. *O domínio público: o critério e o regime jurídico da dominialidade*. Coimbra: Almedina, 2006 *apud* MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Bens Públicos: função social e exploração econômica: o regime jurídico das utilidades públicas*. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 304.

⁵⁴ Quando se remete à noção do direito ao trabalho, se pretende fazer referência àquele desempenhado pelo próprio particular, não sendo possível a usucapião de áreas com vistas, por exemplo, a privilegiar um conglomerado industrial, sob o argumento de que se estaria gerando emprego de diversas pessoas. Não fosse o suficiente, para a concessão da usucapião resta necessário o preenchimento dos demais requisitos aplicáveis

Frise-se que não seria compatível com as premissas aqui defendidas, permitir que o particular exerça o direito de usucapião apenas para agregar bens ao seu patrimônio, pois, do contrário, se estaria prestigiando o interesse econômico do particular sobre o interesse econômico do Poder Público.

Com a possibilidade de usucapião de bens públicos, pretende-se apenas e tão somente permitir efetiva preferência pela implementação de direitos fundamentais, haja vista que, sob o prisma axiológico, tal categoria de direitos detém maior peso.

Em síntese, percebe-se que em um conflito entre o direito ao trabalho e o direito à moradia de um lado e o direito de propriedade desfuncionalizado, em processo de ponderação, deve-se privilegiar aqueles.

3.2. A impossibilidade de legitimação de privilégio a bens formalmente públicos: descumprimento da função social e o princípio da eficiência

A atribuição de proteção diferenciada aos bens públicos é justificada pela função social e a estrita relação com as finalidades públicas que devem ser desempenhadas pelo Poder Público.

Por esta razão, os bens públicos dominicais são passíveis de aquisição por meio da prescrição aquisitiva, especialmente pela máxima de que “o direito não socorre a quem dorme”. A ausência de exploração direta ou indireta do bem, por meio, por exemplo, da autorização, permissão ou concessão de uso, bem como o descumprimento da função social demonstram que os referidos bens não são utilizados como instrumentos para implementação dos direitos fundamentais.

Ressalte-se que a prescrição aquisitiva dos bens privados das estatais, independentemente da atividade desempenhada, foi reconhecida pelo Superior Tribunal de Justiça.⁵⁵ Isto quer dizer que os bens, ainda que utilizados para a prestação de serviços públicos, podem ser adquiridos por usucapião, uma vez que o requisito temporal, necessário à consumação da usucapião, demonstra que o bem não é imprescindível à continuidade dos serviços.⁵⁶

aos particulares, quais sejam, que a pessoa não seja titular de nenhuma outra propriedade, exerça a posse durante o lapso temporal previsto na legislação, de acordo com a área que o imóvel ocupa, bem como que este não ultrapasse a metragem da área passível de usucapião.

⁵⁵ Tal entendimento restou consagrado no Superior Tribunal de Justiça. Confira-se: STJ, REsp. nº 647.357/MG, Rel. Min. Castro Filho, Terceira Turma, DJ 23/10/2006, p. 300. Vide: Informativo de Jurisprudência nº 297 do STJ, Resp nº 120.702/DF, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, Quarta Turma, DJ 20/8/2001.

⁵⁶ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *A Administração Pública, Concessões e Terceiro Setor*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 129.

Verifica-se, desta forma, uma íntima relação entre o cumprimento da função social e o princípio da eficiência consagrado no art. 37 da CRFB.⁵⁷

A ideia de eficiência está intimamente relacionada com a necessidade de obter os resultados elencados pelo texto constitucional de maneira célere. Os agentes públicos têm o dever-poder de desempenharem a função pública de forma eficiente, com o intuito de satisfazerem as necessidades da população. Nesse contexto, pode ser destacado o art. 5.º, LXXVIII, da CRFB, inserido pela EC 45/2004, que assegura às pessoas, no âmbito judicial e administrativo, a duração razoável do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

No âmbito da denominada “Administração de Resultados”, a interpretação e a aplicação do Direito não podem se afastar das consequências geradas pelas escolhas que são efetivadas pelas autoridades estatais. Sem deixar de lado a importância de certas formalidades, estritamente necessárias à formação legítima da vontade estatal, o Direito passa a se preocupar de maneira preponderante com os resultados impostos pelo texto constitucional.⁵⁸ O resultado destaca-se como um novo paradigma do Direito Administrativo: a legitimidade da ação estatal não se resume ao respeito aos procedimentos formais, mas, principalmente, ao alcance dos resultados delimitados pelo texto constitucional.

Vale ressaltar, todavia, que a eficiência não pode ser analisada exclusivamente sob o prisma econômico, pois a Administração tem o dever de considerar outros aspectos igualmente fundamentais: qualidade do serviço ou do bem, durabilidade, confiabilidade, universalização do serviço para o maior número possível de pessoas etc. Nem sempre a medida mais barata será a mais eficiente (“o barato pode custar caro”). A medida administrativa será eficiente quando implementar, com maior intensidade e com os menores custos possíveis, os resultados legitimamente esperados.

Nesse contexto, a ausência de destinação pública aos bens integrantes do patrimônio estatal revela omissão ineficiente, razão pela qual os bens dominicais

⁵⁷ Sobre o princípio da eficiência, vide: OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Princípios do Direito Administrativo*, 2ª ed., São Paulo: Método, 2013, p.112-122.

⁵⁸ No Direito Comparado, a análise do resultado já pode ser encontrada em estudos monográficos recentes, com destaque para duas obras italianas: SORRENTINO, Giancarlo. *Diritti e partecipazione nell'amministrazione di risultato*, Napoli: Editoriale Scientifica, 2003; e SPASIANO, Mario R. *Funzione amministrativa e legalità di risultato*, Torino: Giappichelli, 2003. No Brasil, o estudo do resultado como novo paradigma do Direito Administrativo foi destacado por Diogo de Figueiredo Moreira Neto na obra: *Quatro paradigmas do direito administrativo pós-moderno*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

não merecem a mesma proteção prevista para os demais bens públicos afetados à finalidade pública.

3.3. Por uma interpretação sistemática da Constituição Federal de 1988

O tradicional princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, que tem justificado diversas prerrogativas estatais, tem sido relativizado por parcela da doutrina atual. Isto porque não há uma prevalência *a priori* do interesse público sobre os interesses particulares, tendo em vista a existência de uma pluralidade de interesses públicos e privados que devem ser ponderados pela Administração Pública.⁵⁹

É inegável que hoje o conceito de interesse público não se opõe, necessariamente, ao de interesse privado. A aproximação entre Estado e sociedade demonstra bem isso, notadamente quando se verifica que a atuação do Poder Público deve pautar-se pela defesa e promoção dos direitos fundamentais e, obviamente, pelo respeito à dignidade humana. Quando o Estado promove direitos fundamentais de determinados cidadãos, está ele satisfazendo finalidades públicas estabelecidas pela própria Constituição.⁶⁰

E isso se dá porque, em verdade, nunca existiu um único “interesse público” e nem, tampouco, um interesse privado, concebidos abstratamente e de forma cerrada. Muito ao contrário, em uma sociedade pluralista, existem diversos interesses públicos e privados em constante conexão, de modo que, naturalmente, poderão emergir eventuais conflitos entre interesses considerados públicos (ex.: a criação de uma hidrelétrica e a necessidade de desmatamento de área florestal de conservação permanente), entre interesses denominados privados (ex.: o direito à intimidade e o direito à liberdade de expressão) e entre interesses públicos e privados (ex.: a servidão administrativa de passagem

⁵⁹ Sobre a releitura do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, vide: ÁVILA, Humberto. Repensando o “princípio da supremacia do interesse público sobre o particular”, *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo: Malheiros, n. 24, p. 159-180, 1998; SARMENTO, Daniel (Org.). *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Princípios do Direito Administrativo*, 2ª ed. São Paulo: Método, 2013, p.129-136.

⁶⁰ OLIVEIRA, Rafael carvalho Rezende. *Princípios do Direito Administrativo*, 2ª ed. São Paulo: Método, 2013, p. 133; ÁVILA, Humberto. “Repensando o ‘princípio da supremacia do interesse público sobre o particular’”. In: SARMENTO, Daniel (org.). *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 190-191.

estabelecida em imóvel particular para utilização de ambulâncias de determinado nosocômio público). Fato é que, mesmo nos conflitos citados acima, não estaríamos necessariamente diante de um verdadeiro confronto dicotômico entre interesse público, de um lado, e o interesse privado, de outro. Mesmo naquelas situações em que o interesse público é promovido, o interesse privado também será atendido. Em uma desapropriação, por exemplo, se é verdade que o direito fundamental de propriedade de um particular é excepcionado para se atender ao interesse público, tal interesse público vai passar pela satisfação de outros direitos fundamentais (a construção de uma escola, que justifica, em tese, a desapropriação, acaba por propiciar o direito à educação para diversas pessoas). Na realidade, o direito fundamental de propriedade de um particular, *in casu*, seria suprimido para se garantirem outros direitos fundamentais titularizados por outras pessoas.

Com base em tais afirmações, a doutrina debate o que se convencionou chamar de “princípio da supremacia do interesse público”, pois, se fosse um princípio “supremo”, na prática não seria sequer um princípio jurídico, porque estes admitem ponderação⁶¹ e podem deixar de incidir, ou incidir com menor intensidade, à luz dos diferentes casos concretos e dos princípios e regras com os quais se contrapõem.

Tal idéia se confirma ao se perceber que as situações disciplinadas pelo direito público são muito mais complexas do que aquela que poderia ser resolvida por abstrata e geral prevalência do interesse público sobre o interesse privado. A questão das restrições aos direitos fundamentais justificadas com base no interesse público não pode ser enfrentada com soluções simplistas, com fundamento na suposta supremacia abstrata do interesse público sobre o particular.

Da análise do ordenamento jurídico pátrio, não se encontra uma norma geral

⁶¹ A este respeito, observa-se que, sob este prisma, “o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular, ao afirmar a superioridade *a priori* de um dos bens em jogo sobre o outro, elimina qualquer possibilidade de sopesamento premiando de antemão, com a vitória completa e cabal, o interesse público envolvido independentemente das nuances do caso concreto, e impondo o consequente sacrifício do interesse privado contraposto. Ao invés da procura racional de solução equilibrada entre os interesses públicos e privado implicados no caso, prestigia-se apenas um dos polos da relação, o que se afigura incompatível, ademais, com o princípio de hermenêutica constitucional da concordância prática que obriga o intérprete a buscar, em casos de conflitos, solução jurídica que harmonize, na medida do possível, os bens jurídicos constitucionalmente protegidos, sem optar pela realização integral de um, em prejuízo do outro.” Cf. SARMENTO, Daniel. Interesses públicos vs. Interesses privados na perspectiva da teoria e da filosofia constitucional. In: SARMENTO, Daniel. *Livre e Iguais: Estudos de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 83.

constitucional ou legal de prevalência absoluta do interesse público. O que ocorre é que, muitas vezes, a própria Constituição ou as leis previamente ponderam os interesses envolvidos dando preponderância ao interesse público. Nessas hipóteses foi a lei ou a Constituição que preestabeleceram a preponderância do interesse público sobre o interesse do particular, preponderância que não pode ser *a priori* estendida automaticamente a circunstância para a qual não houve esta “pré-ponderação” constitucional ou legal.⁶² No caso dos artigos constitucionais e legais, que positivaram a impossibilidade de usucapião de bens públicos, tem-se que esta hipótese como uma demonstração da pré-ponderação legislativa. Contudo, esta pré-ponderação deve ser restrita aos bens públicos materialmente públicos, diante da sua importância para a satisfação dos direitos fundamentais.

Nas hipóteses de restrições não expressamente autorizadas, a justificativa para a limitação ao direito fundamental deve ser a proteção de algum bem jurídico também dotado de envergadura constitucional – seja ele outro direito fundamental, seja algum interesse do Estado ou da coletividade, o que não permite concluir que o direito de propriedade desfuncionalizado pelo simples fato de estar na gama do patrimônio estatal deva prevalecer sobre a posse funcionalizada pela moradia e/ou trabalho, pois se estaria diante de um interesse meramente econômico da Administração em confronto com a implementação de um direito fundamental.

Os direitos fundamentais, pela sua própria natureza, objetivam resguardar para os particulares certos bens jurídicos considerados essenciais para a promoção da sua dignidade e que devem, por isso, beneficiar-se de vigorosa proteção diante dos poderes públicos, inclusive quando estes afirmem estar perseguindo interesses da coletividade.⁶³

Nesse passo, o princípio da “concordância prática” ou da “harmonização” propõe que seja feita uma coordenação/cominação dos bens jurídicos em conflito de forma a evitar o sacrifício (total) de uns em relação aos outros.⁶⁴ Assim, como o princípio da unidade da Constituição impõe a otimização dos bens em conflito, o que somente é alcançado mediante uma delimitação recíproca, à luz

⁶² ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Curso de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 83.

⁶³ SARMENTO, Daniel. Interesses públicos vs. Interesses privados na perspectiva da teoria e da filosofia constitucional. In: SARMENTO, Daniel. *Livre e Iguais: Estudos de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 84.

⁶⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2010, p. 1.225.

das peculiaridades do caso concreto e por meio da observância dos critérios de proporcionalidade, de modo que as delimitações não devem ir além do necessário para produzir a concordância entre ambos os bens jurídicos.⁶⁵

Em consequência, na hipótese em que o particular preenche os requisitos para adquirir o bem público dominical por meio da usucapião, verificamos o conflito entre interesses que devem ser ponderados pelo intérprete a partir do princípio da proporcionalidade: de um lado, o reconhecimento da propriedade ao particular efetivaria o princípio da dignidade da pessoa humana e direito constitucional à moradia, integrantes do denominado interesse público primário; de outro lado, a manutenção da propriedade pública sobre o bem dominical seria justificada pelo potencial econômico do bem em caso de eventual alienação, o que demonstra a presença do interesse público secundário em favor do Estado.⁶⁶ Nesse caso, o interesse público primário deve prevalecer sobre o interesse público secundário, o que justifica a possibilidade de usucapião dos bens dominicais.⁶⁷

4. A IMPORTÂNCIA DO CUMPRIMENTO DE FATO DA FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE PELOS BENS PÚBLICOS

A função social da propriedade tornou-se uma exigência da vida em sociedade, pois da mesma forma que é importante a defesa dos direitos individuais dos titulares da propriedade, é fundamental que se exija do proprietário a observância

⁶⁵ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luis Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 209.

⁶⁶ Tradicionalmente, a doutrina diferencia o interesse público primário e o secundário da seguinte forma: (i) interesse público primário: relaciona-se com a necessidade de satisfação de necessidades coletivas (justiça, segurança e bem-estar). O interesse público primário envolve a satisfação dos direitos fundamentais por meio de atividades administrativas prestadas à coletividade (serviços públicos, poder de polícia, fomento e intervenção na ordem econômica). (ii) interesse público secundário: é o interesse do próprio Estado, enquanto sujeito de direitos e obrigações, ligando-se fundamentalmente à noção de interesse do erário. Envolve, normalmente, as atividades administrativas instrumentais necessárias para o atendimento do interesse público primário, tais como as relacionadas ao orçamento, aos agentes público e ao patrimônio público. Nesse sentido: ALESSI, Renato. *Sistema istituzionale del diritto amministrativo italiano*, 2ª ed. Milão: Giuffrè, 1960, p. 197.

⁶⁷ No sentido da prevalência do interesse público primário, refutando qualquer tipo de primazia do interesse público secundário, vide: OSÓRIO, Fabio Medina. Existe uma supremacia do interesse público sobre o privado no Direito Administrativo brasileiro?. *Revista de Direito Administrativo*, n. 220, Rio de Janeiro, pp. 69-107, abr./jun., 2000; BORGES, Alice Gonzalez Borges. “Supremacia do interesse público: desconstrução ou reconstrução?”. *Revista Interesse Público*, n. 37, Porto Alegre, pp. 29-48, mai./jun., 2006; BARROSO, Luís Roberto. O Estado contemporâneo, os direitos fundamentais e a redefinição da supremacia do interesse público. Prefácio ao livro *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

das potencialidades econômicas e sociais dos bens que deverão ser revertidos em benefício da sociedade,⁶⁸ sendo certo que o direito de propriedade dissociado de sua utilidade social constitui abuso do direito, na forma dos arts. 187, 188, I, e 1.228, §2º, ambos do Código Civil de 2002.⁶⁹

Por esta razão, apenas a propriedade que cumpre a sua função social é que poderia ser considerada como dotada de fundamentalidade, considerando, assim, que a função social seria o próprio conteúdo do direito de propriedade, na forma do art. 5º, XXII e XXIII da CRFB.⁷⁰ Tal idéia decorre, segundo Guilherme Calmon Nogueira da Gama⁷¹, da concepção da tutela e promoção da pessoa humana como centro de preocupação do ordenamento jurídico, orientando funcionalização das situações patrimoniais em proveito das situações existenciais⁷², principalmente no âmbito das relações voltadas à tutela de bens essenciais à pessoa humana, como a habitação, o trabalho, o projeto familiar, dentre outros.

Assim, quando a propriedade não cumpre a sua função social não poderia ser tutelada pelo ordenamento jurídico.⁷³ Entretanto, adotar tal posição poderia levar a conclusão de que, no caso de um proprietário adentrar no terreno de uma fazenda limítrofe a sua, sob o argumento de que esta não cumpre a sua função social, tal situação não poderia ser tutelada pela via judicial, fato este que daria margem ao abuso de direito, pois o próprio particular estaria se imiscuindo na análise do cumprimento da função social de determinada propriedade. Em que pese às ocupações, tanto rurais como urbanas, levarem em consideração o descumprimento da função social de determinado imóvel para promover a sua ocupação, percebe-se que a análise pelo Judiciário não pode ser afastada, vez que esta serviria até mesmo de argumento de reforço a legitimação daquela posse.

⁶⁸ MELLO, Marco Aurélio Bezerra de. *Direito das Coisas*. 2ª Edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 89.

⁶⁹ CHALHUB, Melhin Namem. *Da incorporação imobiliária*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, pp. 51-52.

⁷⁰ PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil – Introdução ao Direito Civil Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 228-229.

⁷¹ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Usucapião especial coletiva, entidades familiares e acesso de posses. *Revista da Escola da Magistratura Regional Federal da 2ª Região*, v. 14, p. 15, nov., 2010.

⁷² No tocante à dimensão existencial da propriedade, Luiz Edson Fachin sustenta que esta seria tocada pela proteção constitucional reforçada por se tratar de parte integrante do seria o patrimônio mínimo, o qual poderia ser entendido como sendo a titularidade geral sobre bens ou coisas, não necessariamente fundada na apropriação formal ou registral como tradicionalmente prevista nas codificações civis, com vistas à realização de necessidades fundamentais do indivíduo. FACHIN, Luiz Edson. *Estatuto jurídico do patrimônio mínimo*, 2ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

⁷³ TEPEDINO, Gustavo. Contornos constitucionais da propriedade privada. In: *Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 282.

Com isso, percebe-se que não é adequado considerar que a propriedade desfuncionalizada não goza de proteção jurídica, devendo-se classificá-la apenas e tão somente com um direito desprovido de fundamentalidade.⁷⁴

5. SÍNTESE CONCLUSIVA

A nova missão do Estado já não poderia mais se restringir tautologicamente à simples manutenção da legalidade – ou seja, criar a lei e aplicá-la -, mas tornar-se plenamente referida a uma realização dos valores fundantes e permanentes da sociedade que lhe são imanentes (e não apenas àqueles conjunturalmente impostos por governantes ou por eventuais maiorias plebiscitárias). A legitimidade da ação estatal depende do respeito à lei e ao Direito, naquilo que se convencionou chamar de juridicidade.⁷⁵

Do mesmo modo resta parcialmente prejudicada a premissa de que “Decisão judicial não se discute, se cumpre”, uma vez que a decisão judicial, sobretudo do Supremo Tribunal Federal, deve ser necessariamente discutida, sendo papel da doutrina – mas não só da doutrina – debater e, quando for o caso criticar as referidas decisões, pois numa democracia, nenhum órgão que exerça poder está acima do escrutínio público.⁷⁶

O Direito Constitucional e o Direito Administrativo possuem origem e objetivos comuns, dentre outros limitação do poder do Estado,⁷⁷ devendo-se empreender meios para a promoção da dignidade da pessoa humana, esta entendida como qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer

⁷⁴ MARÇAL, Thaís. *Direito Fundamental Social à Moradia*. Rio de Janeiro: LerFixa, 2011, p. 111-112.

⁷⁵ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. “Uma primeira lição de direito”. In: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Poder, Direito e Estado: o direito administrativo em tempos de globalização* – in memoriam de Marcos Juruena Villela Souto. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 50; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *A constitucionalização do direito administrativo: o princípio da juridicidade, a releitura da legalidade administrativa e a legitimidade das agências reguladoras*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

⁷⁶ SARMENTO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang. Apresentação. In: SARMENTO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang (Coords.). *Direitos Fundamentais no Supremo Tribunal Federal: balanço e crítica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. XXI-XXII.

⁷⁷ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 2ª ed. São Paulo; Saraiva, 2010, p. 373-374.

ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável.⁷⁸

Não se revela possível, portanto, que se faça uma interpretação de dispositivos legais e constitucionais em dissonância com os preceitos fundamentais apregoados pelo ordenamento jurídico pátrio, devendo-se buscar, sempre que possível, os objetivos que justificaram a criação daquela regra.

No tocante à possibilidade de usucapião de bens públicos, pode-se entender que os diversos dispositivos que vedaram a sua ocorrência visaram apenas e tão somente resguardar os bens afetos à promoção dos direitos fundamentais (mediata e imediatamente).

Não se pode atribuir a mesma proteção dos bens públicos de uso comum e de uso especial, afetados ao interesse público, aos bens dominicais desvinculados das finalidades públicas.

Em conclusão, apesar do entendimento amplamente dominante da doutrina e na jurisprudência, entendemos ser possível a prescrição aquisitiva (usucapião) dos bens públicos dominicais ou formalmente públicos, tendo em vista os seguintes argumentos: a) esses bens não atendem à função social da propriedade pública, qual seja, o atendimento das necessidades coletivas (interesses públicos primários), satisfazendo apenas o denominado interesse público secundário (patrimonial) do Estado; b) em razão da relativização do princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado por meio do processo de ponderação de interesses, pautado pela proporcionalidade, a solução do conflito resultaria na preponderância concreta dos direitos fundamentais do particular (dignidade da pessoa humana e direito à moradia) em detrimento do interesse público secundário do Estado (o bem dominical, por estar desafetado, não atende às necessidades coletivas, mas possui potencial econômico em caso de eventual alienação).

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALESSI, Renato. Sistema istituzionale del diritto amministrativo italiano, 2ª ed. Milão: Giuffrè, 1960.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. Curso de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

ÁVILA, Humberto. "Repensando o 'princípio da supremacia do interesse público sobre o particular'"Revista Trimestral de Direito Público, n. 24, p. 159-180.

⁷⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 5ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 62.

- BARROSO, Luís Roberto. "O Estado contemporâneo, os direitos fundamentais e a redefinição da supremacia do interesse público". Prefácio ao livro *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- _____. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 2ª ed. São Paulo; Saraiva, 2010.
- _____. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- BORGES, Alice Gonzalez Borges. "Supremacia do interesse público: desconstrução ou reconstrução". *Revista Interesse Público*, n. 37, p. 29-48.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2010.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 20ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- CHALHUB, Melhin Namem. *Da incorporação imobiliária*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- CRETELLA JUNIOR, José. *Dicionário de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1978.
- _____. *Tratado de Domínio Público*. Rio de Janeiro: Forense, 1984.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 25ª ed. São Paulo: Atlas, 2012.
- FACHIN, Luiz Edson. *Estatuto jurídico do patrimônio mínimo*, 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direitos Reais*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 1995.
- FORTINI, Cristiana. A função social dos bens públicos e o mito da imprescritibilidade. *Revista Brasileira de Direito Municipal (RBDM)*, nº 12, pp. 113-122.
- FREITAS, Juarez. "Usucapião de terras devolutas em face de uma interpretação constitucional teleológica". *Revista Trimestral de Jurisprudência dos Estados*, vol. 18, n. 121, p. 49-59
- _____. *Discrecionalidade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública*. São Paulo: Malheiros, 2007.
- _____. *Estudos sobre Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 1995.
- GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. "Usucapião especial coletiva, entidades familiares e acessão de posses". *Revista da Escola da Magistratura Regional Federal da 2ª Região*, v. 14, p. 13-39.
- _____. *Direito Reais*. São Paulo: Atlas, 2011.

- GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*, 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 7ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011.
- MARÇAL, Thaís. *Direito Fundamental Social à Moradia*. Rio de Janeiro: LerFixa, 2011.
- MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Bens públicos: função social e exploração econômica: o regime jurídico das utilidades públicas*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.
- MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 16ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 38ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 27ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010.
- MELLO, Marco Aurélio Bezerra de. *Direito das Coisas*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008
- _____. *Legitimação de Posse dos Imóveis Urbanos e o Direito à Moradia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- MONIZ, Ana Raquel Gonçalves. *O domínio público: o critério e o regime jurídico da dominalidade*. Coimbra: Almedina, 2006.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. "Uma primeira lição de direito". In: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Poder, Direito e Estado: o direito administrativo em tempos de globalização – in memoriam de Marcos Juruena Villela Souto*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.
- _____. *Quatro paradigmas do direito administrativo pós-moderno*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.
- _____. *Curso de Direito Administrativo*, 14ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- NEVES, Daniel Amorim Assumpção; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Manual de improbidade administrativa: direito material e processual*. São Paulo: Método, 2012.
- OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *A constitucionalização do Direito Administrativo*, 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- _____. *Administração Pública, concessões e terceiro setor*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- _____. *Princípios do Direito Administrativo*. 2ª ed. São Paulo: Método, 2013.
- OSÓRIO, Fabio Medina. "Existe uma supremacia do interesse público sobre o privado no Direito Administrativo brasileiro?" *Revista de Direito Administrativo*, n. 220, p. 69-107.
- PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil – Introdução ao Direito Civil Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. *Função social da propriedade pública*, São Paulo: Malheiros, 2005.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 5ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

- ____; MARINONI, Luis Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.
- SARMENTO, Daniel (Org.). Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- ____. Interesses públicos vs. Interesses privados na perspectiva da teoria e da filosofia constitucional. In: SARMENTO, Daniel. Livre e Iguais: Estudos de Direito Constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 23-116.
- ____; SARLET, Ingo Wolfgang. Apresentação. In: SARMENTO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang (Coords.). Direitos Fundamentais no Supremo Tribunal Federal: balanço e crítica. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. XXI-XXII.
- SORRENTINO, Giancarlo. Diritti e partecipazione nell'amministrazione di risultato, Napoli: Editoriale Scientifica, 2003.
- SPASIANO, Mario R. Funzione amministrativa e legalità di risultato, Torino: Giappichelli, 2003.
- TEPEDINO, Gustavo. Contornos constitucionais da propriedade privada. In: Temas de Direito Civil. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- TORRES, Marcos Alcino de Azevedo. A propriedade e a posse – um confronto em torno da função social. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- TORRES, Ricardo Lobo. Curso de Direito Financeiro e Tributário. 16ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

OPERAÇÃO LAVA-JATO: O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO EM XEQUE NOS PAÍSES DE MODERNIDADE PERIFÉRICA

Raquel de Lima Mendes¹

Resumo: O estudo analisa os principais traçados, sobretudo a partir da visão de Marcelo Neves, em sua obra “Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil”, que podem ser feitos e considerados negativos para a efetiva realização do Estado Democrático de Direito na modernidade periférica. A relação é tida principalmente quanto aos limites à autoreferência dos sistemas político e jurídico. Serão confrontadas as teorias de Luhmann e Habermas, feitas em países de modernidade central e sua suposta aplicabilidade em países de modernidade periférica. O estudo propõe análise além da teoria de Marcelo Neves, pois, será abordado o contexto da operação Lava Jato.

Palavras-chave: Modernidade periférica; Modernidade Central; autorreferência; operação Lava Jato; Estado Democrático de Direito.

Abstract: The study is based on the ideas of Marcelo Neves, in his work “Between Têmis and Leviatã: a difficult relation”, considered negative for an effective realization of the Democratic State of Right in the peripheral modernity. There is a relation between the limits to the self-referencing of political and legal systems. They will be confronted as the theories of Luhmann and Habermas, made in countries of central modernity and their supposed applicability in countries of peripheral modernity. The study proposes analysis beyond the theory of Marcelo Neves, because, are addressed or the context of the operation Lava Jato.

Keywords: Peripheral modernity; Central Modernity; Self-reference; Operation Lava Jet; Democratic state

¹ Aluna Doutoranda do PPGSD-UFF. Professora na Universidade Veiga de Almeida. Advogada militante. Contato: raquelmendesadv@yahoo.com.br

1. INTRODUÇÃO

O presente estudo visa analisar os principais traçados, sobretudo a partir da visão de Marcelo Neves, em sua obra “Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil”, que podem ser feitos e considerados negativos para a efetiva realização do Estado Democrático de Direito na modernidade periférica, na qual está inserido o Brasil. Isto porque, relacionam-se antes de tudo com os limites à autoreferência dos sistemas político e jurídico.

A situação ganha escopo e torna-se grave, quando se identifica que emergem relevantes problemas de heterorreferência do Estado em uma sociedade mundial supercomplexa e, simultaneamente, persistem destrutivamente os bloqueios generalizados à reprodução autônoma dos sistemas jurídico e político, minando a Constituição como acoplamento estrutural entre ambos e como intermediação sistêmico-procedimental da esfera pública pluralista.

Para abordar este problema, algumas considerações a respeito das características estruturais da reprodução da sociedade na modernidade periférica serão analisadas. Duas frentes de pensamento se levantam e tomam evidência.

De acordo com o modelo sistêmico luhmanniano, a sociedade moderna caracteriza-se pela hipercomplexidade, indissociavelmente vinculada à diferenciação funcional, que se realiza plenamente com a emergência de subsistemas autópoiéticos.

Já conforme o modelo habermasiano, a modernidade estaria mais diretamente relacionada à superação pela moral convencional pré-moderna e ao advento de uma consciência universalista (“pós-convencional”), que importaria a construção de uma esfera pública autônoma.

Essas duas concepções, que encontram plausibilidade no que concerne aos “países centrais”, compreendem apenas parcialmente a modernidade. A elevada complexidade social e o desaparecimento de uma moral conteudístico-hierárquica diretamente válida em todas as esferas do agir e do vivenciar ou, na terminologia habermasiana, a superação da “moral convencional”, podem ser definidos como traços característicos da sociedade moderna.

Indo mais além, analisa-se a aplicabilidade dessas duas concepções frente à realidade brasileira, e será verificada a funcionabilidade dos modelos neste contexto.

Após análise do contexto brasileiro feito pelo autor, será verificada se o Brasil ainda se movimenta neste sentido, ou se já encontra-se em momento afrente à época estudada por Marcelo Neves.

O contexto da Lava Jato será estudado como uma hipótese de rompimento do modelo proposto por Marcelo Neves, o que permitiria uma nova visão acerca das perspectivas de futuro para o Brasil.

2. OBJETIVOS

2.1 Objetivos gerais

Analisar alguns elementos capazes de afetar não apenas o Estado Democrático de Direito em países de modernidade central, mas que influenciam aos países de modernidade periférica.

Identificar os principais fatos geradores da teoria de Lhumman e Habermas muito conhecidas e aplicadas aos países de modernidade central;

Demonstrar a grande importância da promoção de políticas públicas principalmente quanto as questões éticas que abarcam a transformação da máquina pública como se privadas fossem;

Demonstrar como o Estado Democrático de Direito sofre os revezes da má administração de pessoas que consideram a coisa pública como se particular fosse e sua consequente e suposta impunidade.

2.2 Objetivos específicos

Colher e apreciar as posições dos principais estudiosos das questões em tela no artigo;

Apresentar sugestões quanto à solução das questões objeto da pesquisa.

Demonstrar que a organização do Estado Democrático Brasileiro e suas finalidades de modo a contrapor com a realidade encontrada;

Demonstrar que a máquina pública é do coletivo e que se é usada para satisfação de interesses pessoais, os envolvidos merecem punição, mas, analisar-se-á se esta acontece na prática.

3. METODOLOGIA

O presente estudo pretende realizar e propor uma reflexão quanto à possibilidade real de se assegurar uma melhor funcionamento do Estado Democrático de Direito em países de modernidade periférica como o Brasil, partindo inclusive para análise exclusiva deste quando considerada a Operação Lava jato. Serão considerados seus reflexos na na atividade econômica do país como resultado de maior desenvolvimento socioeconômico de seus cidadãos, contextualizando esta perspectiva com a efetiva viabilidade dos direitos sociais previstos na Constituição da República Federativa do Brasil.

E ainda, pretende demonstrar a importância do Estado Democrático de Direito não apenas em quanto organização Estatal mas também a sua efetiva necessidade de realização na prática.

A pesquisa será bibliográfica e serão utilizadas fontes oficiais de órgãos públicos como o Ministério Público Federal, com a finalidade de estudar e investigar previamente elementos que poderão dar uma visão avançada e atual no estudo, permitindo uma análise da legislação, nacional e sobretudo constitucional, relativamente ao problema da particularização da máquina estatal para atender benefícios de caráter pessoal dos políticos envolvidos, bem como dos prejuízos causados ao Brasil pela falta, ou irrisória punição.

A análise de dados envolverá aspectos qualitativos e quantitativos, utilizando-se os procedimentos estatísticos adequados.

A pesquisa se desenvolverá nas seguintes fases:

1. Pesquisa bibliográfica em autores nacionais e internacionais especializados no assunto;
2. Pesquisa através de meios eletrônicos, considerando-se: Internet e outros similares.
3. Busca em arquivos, a fim de averiguar se existem, ou existiram, políticas de incentivo do Estado brasileiro em prol da questão abordada no projeto quanto à tutela da permanência e efetividade do Estado Democrático de Direito.
4. Comparar questões já colocadas por outros autores a fim de embasar a pesquisa e construir entendimento necessário para a aplicação das teorias do Direito na realidade brasileira.

4. DESENVOLVIMENTO DA PESQUISA

4.1 Generalidades e peculiaridades entre Têmis e Leviatã

Inicialmente analisaremos a imagem de Têmis e Leviatã proposta como um duelo entre dois titãs que estão constantemente se enfrentando, em um primeiro momento em países em que existe a modernidade central e que como veremos ao longo do estudo não se adequam aos países em que há a modernidade periférica.

Entende-se por Têmis, de forma metafórica, os mecanismos de referências para além daquela que são sistematicamente organizadas, e em contrapartida, entende-se por Leviatã, igualmente de forma metafórica, o constante esforço do estado na pretensão de expansão do seu poder.

Ou seja, o que se pretende é o estudo de uma construção de uma representação constitucional concreta dentro de um período histórico buscando equacionar o poder do estado e os mecanismos alternativos de dominação.

Para explicar a construção dessa representação constitucional, serão observadas duas espécies de recusa. Uma no sentido de reprodução automática e mecânica de determinadas teorias diferentes dos moldes brasileiros e que supostamente muitas vezes são pensadas dentro do contexto brasileiro.

Para tanto são eleitos Luhmann e o Habermas para serem interlocutores, de maneira a permitir o diálogo com suas respectivas teorias, contudo, não feitas de forma mecânica, mas, sim utilizadas com adaptação para que possam ter um sentido e significado em realidades distintas das quais foram pensadas.

A segunda recusa seria no sentido de não assumir uma posição particularista no sentido de apontar que determinada teoria do direito deve ser produzida no Brasil e, portanto, ser genuinamente nacional, pois, é possível dialogar com referências externas, como as propostas por Luhmann e por Habermas, desde que sejam reconfiguradas, ou seja, repensadas a partir da realidade local a qual se propõe a serem analisadas.

Em suma, a ideia é que cientificamente falando, é possível, dentro da análise de um determinado contexto histórico, observar a realidade brasileira a partir de referências externas desde que sejam adaptadas ao contexto brasileiro, ainda que o ponto de partida seja uma realidade estrangeira.

Luhmann trabalha com a ideia de subsistemas, em que está presente uma diferença paradigmática entre o binômio sistema e meio ambiente. Ou seja, os sistemas são fechados, mas, ao mesmo tempo integrantes de um sistema maior e mais complexo, o que significa dizer que estão construídos de forma operacional, mas, que se inserem em um contexto, o sistema é apenas uma especialização desenvolvida em um meio.

Já Habermas trabalha com a reconfiguração de pluralismo moral, procedural que se propõe como um horizonte de sistemas. Ou seja, trata-se do binômio sistemas e mundo da vida, em que existem sistemas que se diferenciam, contudo, todos eles têm um pano de fundo comum que é o mundo da vida. Isto significa dizer que se trata do espaço em que as pessoas tematizam sobre suas questões, suas referências e são capazes de construir sob a perspectiva do entendimento também uma lógica de agir, que é a lógica comunicacional e não impositiva. Em razão de todo esse encadeamento, estaríamos diante de uma lógica sistêmica, que nada mais reluz do que o Luhmannian.

Ao falar de estado democrático de direito duas perspectivas emergem neste contexto, uma, presente em Luhmann a luz da teoria dos sistemas e outra presente em Habermas a luz da teoria do discurso.

A proposta é ir além de Luhmann e Habermas propondo um modelo de estado democrático de direito, capaz de equacionar, ou pelo menos propor a equação entre o Têmis e o Leviatã. Para tanto, a ideia central estaria pautada em que o estado democrático de direito permite o dissenso conteudístico, ou seja, não se centram em um ponto tradicional (carisma, religião...) mas, observa-se que na modernidade, são encontrados uma série de valores que podem pautar as ações daqueles que integram determinada sociedade.

Assim é possível partir de um dissenso conteudístico, permitindo que o estado democrático de direito viabilize o consenso procedimental.

Nota-se que a ideia de dissenso é fundamental no pensamento de Luman, e não existe nenhum tipo de garantia prévia dos comportamentos, o que se garante, frise-se, é a expectativa de comportamento.

Por outro lado, com Habermas é possível observar que o consenso é possível em termos de conteúdo com os argumentos estruturados, valorização de procedimentos, que permitem a organização dos valores sociais enquanto integrantes de determinada sociedade.

Por via de consequência, é possível pensar que o modelo do estado democrático de direito não necessariamente reproduz os pressupostos de democracia identificados nos países de modernidade central, haja vista a existência de fatores “problemáticos” que limitam esta visão. Então algumas condições de operação são analisadas e pensa-se em um ideal de funcionamento a partir da análise da realidade concreta e as suas reais possibilidades de aplicação.

Ressalta-se que o grande mote da definição do direito em Luhmann e em Habermas segue no sentido que em Luhmann implica em uma especialização funcional de um sistema criando mecanismos de produção e reprodução independente em relação ao meio, ou seja, o sistema autopoietico. Neste sistema, se estabelece um código capaz de definir o que é legal e ilegal, observa-se que é o próprio direito quem cria o paradigma de legalidade capaz de ser reconhecido por todo o sistema.

Assim, se alguma coisa não se organiza como legal ou ilegal o sistema jurídico não é capaz de reconhecê-lo. A guisa de exemplo, a ação de escovar os dentes, ao direito, não gera nenhum reconhecimento. Neste patamar, para Luhmann, deve-se considerar empiricamente formas de funcionamento do direito para verificar se corresponde a essa leitura. Conforme o trecho transcrito:

“Cada pessoa encerra um sistema psíquico como sistema autopoietico diferente dos sistemas sociais. Seus elementos não são comunicações, senão consciência (Bewusstsein). O sistema psíquico não persegue nada que não possua a forma de consciência. Os sistemas sociais, enquanto tais, e seus elementos, lhe são alheios, são seu meio.” (NAUD, LOPES:2004,326)

Já em Habermas o direito não funciona apenas em torno de subsistemas como também, a partir de uma resgatabilidade discursiva em espaços em que este direito é imposto para os cidadãos e constantemente tematizados independentemente da força e do poder. A imposição é feita na forma de objeto de discussão, ou seja, este espaço é diferenciado do espaço sistêmico, em que o direito é fruto do entrelaçamento entre política, direito e moral, conforme segue:

“... é difícil imaginar que nesta constelação, o direito pudesse ser assimilado inteiramente pela política ou, ao contrário, ser separado completamente dela. Além disso, é possível mostrar que determinadas estruturas da consciência moral devem ter desempenhado um papel importante na sibirose entre direito e poder do Estado... Esse momento de indisponibilidade, que o direito moderno forma um contrapeso

evidente à instrumentalização política do medium do direito, resulta do entrelaçamento entre política, direito e moral. (HABERMAS:1997,234)

Esses pressupostos trazidos por Luhmann e Habermas são fundamentais para situar o direito na modernidade, isto porque com a identificação de regiões em que estes pressupostos estão presentes são chamadas de regiões de modernidade central. E ao identifica-los pode-se dizer que estão presentes pressupostos que não apenas orientam como também correspondem ao funcionamento do direito.

Por outro lado, existem outras regiões territoriais no planeta que esses pressupostos não correspondem ao funcionamento do direito. Assim, em contrário sensu, se o direito funciona sem corresponder a esses pressupostos, há o que se chamou de modernidade periférica.

A modernidade periférica ou negativa não tem o condão de atribuir valor pejorativo, mas, sim, apenas de não corresponder aos pressupostos das teorias Luhmannianas e Habermasianas.

Assim, o conceito de modernidade central e periférica não é a reprodução de um conceito. Ocorre que à luz de certos pressupostos que são fundamentais para se definir o direito e o estado, em Luhmann e em Habermas, certas regiões territorialmente definidas no planeta, correspondem a certos pressupostos e outros não, e isso irá diferenciar modernidade central e periférica, conforme passaremos a analisar a seguir.

4.2 Corrupção da Autonomia Sistêmica do Direito

O problema proposto a partir de Marcelo Neves está no fato de que, em determinadas regiões estatalmente político-jurídicas mais delimitadas, denominadas de “países periféricos”, em relação a outros tradicionalmente estudados, como a Alemanha, não são encontradas de maneira alguma, a efetivação suficiente da autonomia sistêmica de acordo com o princípio da diferenciação funcional, tampouco a construção de uma esfera pública pluralista fundada na generalização institucional da cidadania, que constituem supostamente características sociais de outras regiões estatalmente organizadas, denominadas de “países centrais”.

Tendo em vista a referida insuficiência de autonomia sistêmica e a não construção de uma esfera pública pluralista, fundada, como vimos, na generalização institucinal da cidadania, Marcelo Neves define a modernidade periférica pelo que chamou de modernidade negativa.

Frise-se que o uso da terminologia negativa não se realciona com um suposto peso pejorativo que o termo poderia atribuir como significancia, mas, sim, utilizou a palavra “negativa” no sentido de ausência, ou seja, da não identificação das características identificadas nos sistemas Luhmanniano e Habermasiano tradicionalmente estudados nos países que chamou de países centrais.

Isto equivale a dizer que, nos países de modernidade periférica, as relações referentes à amizade e ao poder privatizado sobrepõem-se difusamente ao direito, heteronomizando-lhe a reprodução operativa e corrompendo-lhe a autonomia sistêmica.

Assim sendo, a legalidade como generalização igualitária de conteúdos jurídicos é deturpada no processo de concretização do direito. Prevaecem formas unilaterais de legalismo e de impunidade em uma relação paradoxal de complementaridade.

A ideia é de que o estado democrático de direito seria uma questão geral, mais ampla, e que os modelos Luhmanniano e Habermasiano não se reproduziriam perfeitamente na realidade de países de modernidade periférica porque sofrem duas grandes pressões:

A primeira em razão da mundialização, em que o estado nacional progressivamente teria cada vez mais problemas de funcionamento e concretização de políticas públicas, ou seja de efetivação de suas decisões em razão da globalização, refletindo na internacionalização do capital estrangeiro, etcetera.

Significa dizer que o estado vai perdendo força, uma vez que sofre a influência de níveis supra-estatais, refletindo na capacidade de controle dos fluxos próprios da globalização e agrava-se na medida em que também não encontra novos paradigmas capazes de exercer este fluxo estatal. Neste ponto o leviatã vai se tornando impotente. E esses fluxos acabam se imponto a este leviatã.

Neste sentido, Marcelo Neves considera que:

“A dificuldade de impor decisões políticas e aplicar normas jurídicas às relações e organizações econômicas transnacionais resulta em limites

à realização do Estado Democrático de Direito. O código binário “lícito/ilícito” e também o código “poder/não-poder” apresentam-se frágeis para enfrentar a ação restritiva ou destrutiva dos interesses econômicos sobre os sistemas jurídicos delimitados territorialmente em Estados. Não se trata simplesmente de autopoiese da economia em face da política e do direito, antes de hipertrofia do código econômico em prejuízo dos códigos jurídico e político.” (NEVES:2006,218-219)

A segunda razão seria a pressão e os questionamentos que ocorrem dentro do estado que são os particularismos locais e religiosos. Toda a modernidade organizou-se em torno de conflitos de interesses, passíveis de organização por meio de negociação. Essa identidade estruturada em elementos locais não é passível de acordo e gera um problema muito grande em relação ao estado nação. Pois, criam resistência e não se propõe a algum tipo de transação através da composição de acordo.

Neste sentido, Marcelo Neves reflete que:

“O Estado Democrático de Direito pressupõe a tolerância: respeito recíproco e simétrico às diferenças. Isso importa hoje “multiculturalismos” na esfera pública pluralista. A generalização e fortificação de formas de intolerância ético-culturais e religiosas no seu âmbito de vigência político-jurídica são fatores de corrosão do Estado Democrático de Direito, constituindo-lhe uma ameaça de destruição. Diferentemente dos /‘conflitos triviais’ na medida em que são passíveis de mediação, seguem daí formas destrutivas, não triviais de conflito...” (NEVES:2006,223-224)

Vale aqui frisar pontualmente que embora Marcelo Neves apresente uma realidade fática e empírica de que existe um conflito radical entre a modernidade que nega a estrutura originária do Estado Democrático de Direito, o autor não aborda as razões dos conflitos estarem se colocando desta maneira.

Entretanto, o fato é que o Estado Democrático de Direito estaria sofrendo esta dupla pressão apresentando problemas diferentes em países de modernidade central e periférica.

Na central em razão da heterorreferência, isto é, o problema não estaria no funcionamento do estado, mas, sim, no fato em que o modelo de cidadãos que, por exemplo, a França pensou em determinado momento, na atualidade, apresenta-se de forma completamente diferente. Trata-se de uma abertura cognitiva do estado em relação ao seu entorno. Em função disso resta presente o problema de legitimação na comunidade que se insere.

Já na periférica os obstáculos estariam pautados na autorreferência, no qual a dinâmica seria que o estado não consegue se constituir como sistema operacionalmente fechado, haja vista que o próprio estado é apropriado de forma privada pelo meio no qual se constitui, razão pela qual não consegue se legitimar.

Paralelo a este modelo encontra-se o Brasil. O estado não se diferencia do seu meio, isto é, conhece o entorno, contudo, produz direito com relação a ele mesmo e não em relação ao seu entorno.

Nessas circunstâncias, os procedimentos predominantemente jurídicos do Estado Democrático de Direito, tais como o jurisdicional e o administrativo de estrita execução da lei, sobretudo o policial, são invadidos por critérios extrajurídicos que de forma incontrolável corrompem o processamento de casos jurídicos de acordo com critérios generalizados de constitucionalidade e legalidade, concretizados jurisdicional e administrativamente.

Marcelo Neves chega a considerar que é ingênua a interpretação de que se trata aqui de uma ampla abertura cognitiva do direito aos interesses sociais. Isto porque do ponto de vista sistêmico, a abertura cognitiva pressupõe fechamento operacional ou normativo. Portanto, antes se trata de quebra do fechamento operacional, por força da qual se diluem as fronteiras entre o “campo jurídico” e outras esferas de comunicação. (NEVES:2006,240)

Disso resulta que, o direito nos países de modernidade periférica, encontra-se permanentemente em crises de identidade, muito mais acentuadas do que as crises de adaptação que por ventura possa passar o sistema jurídico no Estado Democrático de Direito da modernidade central. Além do mais, cabe advertir que não se trata simplesmente de fenômenos localizados de “corrupção sistêmica” em detrimento dos acoplamentos estruturais, a questão vai mais além.

A chamada “corrupção sistêmica” apresenta tendência à generalização em experiências jurídicas típicas da modernidade periférica, atingindo o próprio princípio da diferenciação funcional e resultando na alopoiese do direito.

Assim, Marcelo Neves considera que o problema central não reside na produção de mais ou menos textos normativos, mas sim na superação das condições desjuridizantes que determinam a colonização do direito pela sociedade.

Contudo, o problema não fica adstrito à “violação” de Têmis pela sociedade desestruturada em virtude da insuficiente diferenciação funcional e da carência

de uma esfera pública fundada na universalização da cidadania. A questão abrange também mecanismos sociais destrutivos da autonomia operacional da política. São relevantes aqui as invasões dos procedimentos eleitorais e legislativos pelo código econômico e por particularismos relacionais.

Com referência ao processo eleitoral, comenta o autor que muitas vezes, o procedimento é de tal maneira deturpado que se transforma em um mero ritual: “não há incerteza quanto aos resultados”. A eleição afasta-se assim radicalmente do seu modelo constitucional e legal inicialmente estabelecido. (NEVES:2006,242)

Além dos obstáculos à realização do Estado Democrático de Direito por fatores da sociedade envolvente, evidencia-se na modernidade periférica uma relação destrutiva interna entre Têmis e Leviatã. Embora essa situação envolva bloqueios recíprocos entre política e direito, apresenta-se basicamente como sobreposição destrutiva do código do poder sobre o que seria “lícito/ilícito”. Assim, este se caracteriza, como um código frágil, uma vez que não é complementado por critérios e programas suficientemente institucionalizados para enfrentar a força do código político.

4.3 A Experiência Brasileira

A experiência brasileira enquadra-se como um caso típico de modernidade periférica, isto porque a crescente complexidade e o desaparecimento do moralismo tradicional não têm sido acompanhados de maneira satisfatória pela diferenciação funcional e pelo surgimento de uma esfera pública fundada institucionalmente na universalização da cidadania.

Isso implica obstáculos graves à realização do Estado Democrático de Direito. Não se refere o autor às experiências autoritárias de 1937-45 e 1964-84, que foram os períodos ditatoriais brasileiros. (NEVES:2006,245)

Nesses casos, trata-se de uma negação direta e expressa do Estado de Direito, estando a subordinação de Têmis a Leviatã prescrita claramente nas próprias leis constitucionais. No presente trabalho, interessam especialmente as situações em que o modelo textual de Constituição do Estado Democrático de Direito é adotado, contudo, carece amplamente de concretização.

Pode-se afirmar que, conforme o modelo textual das Constituições de 1824, 1891, 1934, 1946 e 1988, teria havido um inquestionável desenvolvimento do Estado de Direito no Brasil, que não se distinguiria basicamente dos seus congêneres na Europa Ocidental, e na América do Norte.

No entanto, no plano da concretização, não se observou um correspondente desenvolvimento: o Estado permanece sendo amplamente bloqueado pela sociedade envolvente, e Têmis, frequentemente é impunemente “violada” por Leviatã à autonomia operacional do direito e atingida generalizadamente por intrusões do código político.

Contudo, cabe aqui acrescentar que, por sua vez, a política, enquanto não está vinculada à diferença “lícito/ilícito” como seu segundo código, também sofre graves limitações no concernente à autopoiese: é sistematicamente bloqueada por pressões imediatas advindas do ambiente social do Estado, distanciando-se do modelo procedimental previsto no texto da Constituição.

Nessa oportunidade, pretendemos considerar alguns aspectos particulares que se relacionam com a questão da alopoiese de política e direito na experiência brasileira, mas, que exigem um tratamento além do paradigma sistêmico, pois, envolvem o problema da insuficiente construção de uma esfera pública pluralista.

Não aceitando a idéia Habermasiana de consenso racional, Marcelo Neves argumenta que todas as intervenções no direito, inclusive aquelas que resultam de sua instrumentalidade sistêmica, devem estar legitimadas juridicamente por procedimentos que, sem parcialidade, “exclusões” e privilégios, permaneçam abertos à esfera pública como conexão comunicacional de cidadãos juridicamente iguais. Além do mais, os fundamentos constitucionais da pluralidade procedimental e da institucionalização da cidadania tornam-se sobretudo indisponíveis para o poder. (NEVES:2006,246)

A questão do direito não está relacionado ao funcionamento do sistema autopoietico, ou seja, o direito é produzido pelo seu em relação ao sistema social, isto porque, o direito que funciona no Brasil seria alopoiético, em que há a existência do binômio legal e ilegal, mas não é produzido pelo próprio direito, mas por outro lado é determinado por códigos sociais, culminando em problemas na própria especialização do direito que ele próprio produz. Isto significa dizer que o código ter ou não ter da economia é hipertrofiado, gerando problemas, pois é determinado por interesses econômicos, morais e políticos.

Esta hipertrofia do código ter ou não ter, ou seja o modelo marxista é incompatível com a leitura luhmanniana. Isto porque, como vimos o direito no Brasil é alopoiético. Não se trata de considerá-lo mais ou menos aberto, mas sim que ele não se fecha operacionalmente.

O fato é que se não existe uma construção de uma esfera de legalidade que seja própria, também não há como considerar em pensar um direito alternativo, pois para isso teria que pensar que a esfera de legalidade está constituída. Em suma, para se pensar em pluralismo jurídico, é preciso pensar que existe um paradigma estatal.

Não se pode conceber uma alternativa a legalidade, vez que ela é inexistente no Brasil. E pensar justamente em construir uma legalidade determinado pelas questões econômicas paralelas, seria justamente uma alternativa, que poderia ser mais ou menos aplicada nas relações em que o direito dialoga enquanto sistema social.

Diante desta abordagem temos que a legalidade no Brasil não se constitui como realidade tópica, pois, é captada por interesses econômicos, e diante desses aspectos abrem-se duas frentes, de um lado temos a Jurisdicização das relações sociais, em que, observa-se um número crescente de relações sociais que vão sendo reguladas pelo direito, ou seja, atribui-se a isto um número maior de leis, de ações propostas nos tribunais, etcetera. E, a outra frente seria a desjurisdicização fática, em que ilustra a existência no Brasil de um número cada vez maior de leis que vigoram, contudo, carecem de efetividade, pois, muitas das vezes não são socialmente respeitadas.

Tal fato, a guisa de exemplo e empiricamente tratando, pode ser facilmente constatado, que na justiça do trabalho na prática, as leis constantemente são violadas pelos empregadores. Ou seja, embora na teoria haja um maior aumento das normas, o que aparentemente significaria maior rigidez do sistema jurídico, na pratica é flexível. Todo o sistema trabalhista representa ao empregador um incentivo à burla ao direito trabalhista, visto que, na hora da jurisdicização economicamente para o empregador é mais vantajoso.

Se existe uma jurisdicização do ponto de vista formal, quanto à sua efetividade ela não produz seus efeitos, ou seja, a legalidade é frágil, em razão de problemas operacionais que produzam efeitos do ponto de vista prático.

Diante destes aspectos, ao analisar genuinamente as teorias de Luhmann e Habermas, do ponto de vista luhmanniano, no Brasil, o estado não funciona por ele mesmo, enquanto sistema. E do ponto de vista habermaziano, o que teríamos inicialmente que estado/direito vem colonizando os espaços de resistência do mundo da vida pelo estado, no Brasil a lógica se inverte, isto porque, no mundo da vida capturam parcelas do estado e gerenciam essa ideia como se privado fosse a partir de elementos de corrupção sistêmica, que como vimos traz elementos capazes de gerenciar o estado de forma privada.

Em suma, ambos não correspondem aos pressupostos do Brasil, por isso é chamado de modernidade periférica, visto que o direito, em razão dos interesses econômicos que determinam os mecanismos da política, não é possível identificar os paradigmas do direito observados por Luhmann e Habermas.

Evidentemente, a experiência brasileira marca-se por formas de instrumentalização política, econômica e relacional de mecanismos jurídicos, apontando no sentido inverso à indisponibilidade do direito. Há uma forte tendência a desrespeitar o modelo procedimental previsto no texto da Constituição, de acordo com conformações concretas de poder, conjunturas econômicas específicas e códigos relacionais. Isso está associado à persistência de privilégios e “exclusões” que obstaculizam a construção de uma esfera pública universalista como espaço de comunicação de cidadãos iguais.

4.4 Subintegração e Sobreintegração

Um dos obstáculos que mais dificultam a realização do Estado Democrático de Direito na modernidade periférica, destacadamente no Brasil, é a generalização de relações de subintegração e sobreintegração, definindo a inclusão como *acesso e dependência* aos sistemas sociais”. Falta nesse caso, uma das duas dimensões do conceito.

Não se trata, a rigor, de relações alopatáticas de exclusão entre grupos humanos no espaço social, antes de formas subordinadas ou sobreordenadas de integração social. Aqui interessa, sobretudo, o problema da falta generalizada de inclusão no sistema jurídico, no sentido da ausência de direitos e deveres partilhados reciprocamente.

Isso significa inexistência de cidadania como mecanismo de integração jurídico-política igualitária da população na sociedade. Isto é, se a cidadania se configura a partir da igualdade de seus cidadãos isso é inexistente no Brasil.

Do lado dos subintegrados, generalizam-se situações em que não têm acesso aos benefícios do ordenamento jurídico estatal, mas, dependem de suas prescrições impositivas. Portanto, os “subcidadãos” não estão inteiramente excluídos, embora lhes faltem às condições reais de exercer os direitos fundamentais constitucionalmente declarados, não estão liberados dos deveres e responsabilidades impostas pelo aparelho coercitivo estatal, submetendo-se radicalmente às suas estruturas punitivas. (NEVES:2006,249-250)

Trocando em miúdos, cidadania subintegrada é a cidadania que incorpora a igualdade de direito, e constantemente os cidadãos têm seus direitos mais fundamentais violados para grupos de cidadãos sobreintegrados, tais como direito à saúde, educação, privacidade, abordagem policial, direitos esses que são formalmente assegurados pela constituição.

Uma reflexão é que se essas pessoas são chamadas de cidadãos subintegrados aos sistemas, isto significa dizer que eles estão no sistema, e portanto se integram ao sistema sobretudo por estruturas punitivas do estado, como por exemplo a criminalização da pobreza. Ou seja, determinadas pessoas que detém a cidadania subintegrada, integram a sociedade no âmbito jurídico, não pelo exercício de direitos, mas, por uma ordem jurídica punitiva, e são cobrados apenas pelos seus deveres olvidando-se dos seus direitos.

Para os subintegrados, os dispositivos constitucionais têm relevância quase exclusivamente em seus efeitos restritivos de liberdade, os direitos fundamentais não desempenham nenhum papel significativo no seu horizonte de agir e vivenciar, inclusive no concernente à identificação de sentido das respectivas normas constitucionais. Sendo a Constituição a estrutura normativa mais abrangente nas dimensões temporal, social e material do direito, isso vale para todo o sistema jurídico: aqueles que pertencem às camadas sociais “marginalizadas” são integrados ao sistema jurídico, em regra, como devedores, indiciados, denunciados, réus, condenados etc., não como detentores de direitos, credores ou autores, capazes também de usufruir dos benefícios da norma.

Porém, é no campo constitucional que o problema da subintegração ganha um significado especial, na medida em que, com relação aos membros das camadas socialmente subalternas, as ofensas aos direitos fundamentais são praticadas principalmente nos quadros da atividade repressiva do “aparelho estatal”, isso significa dizer das ações violentas ilegais da polícia.

Ressalva-se, entretanto, que evidentemente, a situação inverte-se no âmbito da justiça do trabalho, mas, para o “subcidadão” trata-se, nesse caso, de uma luta por bagatelas.

A subintegração é inseparável da sobreintegração. Esta se refere à prática de grupos privilegiados que, principalmente com o apoio da burocracia estatal, desenvolvem suas ações a partir da reprodução do direito.

Os sobreintegrados, em princípio, são titulares de direitos, competências, poderes e prerrogativas, mas, não se subordinam regularmente à atividade punitiva do Estado no que se refere aos deveres e responsabilidades. Sua postura em relação à ordem jurídica é eminentemente instrumental: usam, desusam ou abusam-na conforme as constelações concretas e particularistas dos seus interesses. (NEVES:2006,253)

Significa dizer que entende-se por cidadania sobreintegrada um grupo de cidadãos que constantemente manipulam esses direitos fundamentais de forma estratégica, se beneficiando e escapando das estruturas punitivas do estado e seus deveres por meio de mecanismos como fraude, sonegação, etcetera. Os direitos fundamentais são mecanismos de proveito próprio, enquanto grande parte da população, em seu cotidiano não gozam desses direitos. Capturam o estado de forma a patrimonializá-lo e privatizá-lo utilizando-o como mecanismo de proveito próprio para satisfação de interesses individualizados.

Nesse contexto, o direito não se apresenta como horizonte do agir o vivenciar político-jurídico do sobrecidadão, mas, antes, como um meio de consecução de seus objetivos econômicos, políticos e relacionais.

Portanto, caso se pretenda insistir no termo “exclusão”, não apenas o subintegrado estaria “excluído”, mas também o sobreintegrado: este estaria “acima” do direito, aquele, “abaixo”.

No âmbito da sociedade mundial supercomplexa do presente, ninguém é absolutamente subintegrado ou sobreintegrado, pois, as posições correspondentes não se baseiam em princípios ou normas firmes como nas sociedades pré-modernas. Eventualmente, o subcidadão pode ser um sobreintegrado, ofendendo, com expectativas seguras de impunidade, os direitos de outros e, vice-versa, o, sobrecidadão pode encontrar-se excepcionalmente como subintegrado, especialmente quando sofre a ofensa impune de agentes estatais.

Além do mais, não se pode excluir uma esfera pública *restrita* de cidadãos, que se encontram regularmente em situações de integração simétrica na ordem jurídica, no entanto, a generalização de relações de subintegração e sobreintegração, fazem implodir a Constituição como ordem básica da comunicação jurídica e também como acoplamento estrutural entre política e direito.

Esta mecânica tem efeitos alopoiéticos, especialmente com relação à esfera jurídica. De fato, a diferenciação funcional e a auto-referência sistêmica implicam a inclusão generalizada da população nos diversos subsistemas da sociedade.

Também em perspectiva diversa do modelo de subintegração e sobreintegração, partindo primariamente da dependência. deveres, responsabilidades etecetera, e não do acesso direitos, ações etecetera, como dois aspectos do conceito de inclusão, Luhmann faz distinção, em sua obra tardia, entre “setor de inclusão”, no qual “os homens contam como pessoas” e “setor de exclusão”, no qual “os homens não são mais percebidos como pessoas, mas sim como corpos”, sustentando que o primeiro seria menos integrado e o segundo superintegrado; nos termos dessa formulação, a integração é compreendida “como redução dos graus de liberdade de subsistemas” ou “como limitação dos graus de liberdade para seleções”. (NEVES:2006,252-253)

Segundo Marcelo Neves, subintegração e sobreintegração implicam a insuficiente inclusão, seja, respectivamente, por falta de acesso, de integração positiva, ou de dependência, de integração negativa, constituindo posições hierárquicas facticamente condicionadas e não classificações baseadas em princípio, a saber, o fato de ser integrado nos sistemas funcionais “por baixo” ou “por cima”. (NEVES:2006,253)

Em ambas as direções, para “baixo” ou para “cima”, trata-se de limitação e unilateralidade na capacidade de imputação dos sistemas sociais em suas referências a pessoas.

No âmbito do direito, isso significa que os sobreintegrados têm acesso aos direitos e, portanto, às vias e garantias jurídicas, sem se vincularem efetivamente aos deveres e às responsabilidades impostas pelo sistema jurídico; os subintegrados, ao contrário, não dispõem de acesso aos direitos, às vias e garantias jurídicas, embora permaneçam rigorosamente subordinados aos deveres, às responsabilidades e às penas, restritivas de liberdade.

Daí por que tanto os subcidadãos quanto os sobrecidadãos são carentes de cidadania que, como mecanismo político-jurídico de inclusão social, pressupõe igualdade não apenas em relação aos direitos, mas, também, a respeito dos deveres, envolvendo uma relação sinalagmática de direitos e deveres fundamentais generalizados.

Neste sentido, considera o autor que a rigidez legalista, parcial e discriminatória, contraria a própria legalidade, que implica a generalização de conteúdos e procedimentos da ordem jurídica em termos isonômicos. (NEVES:2006,255)

De outro lado, a relação entre direito e realidade social no Brasil tem sido marcada pela impunidade. Com freqüência, observa-se que ilícitos os mais diversos, principalmente na área criminal, não são seguidos das sanções preestabelecidas juridicamente.

Seria possível afirmar se que a impunidade sistemática estaria em contradição com o legalismo, em uma análise mais cuidadosa, porém, verifica-se que essa contradição é apenas aparente.

Enquanto a inflexibilidade legalista dirige-se primariamente aos subintegrados, a impunidade está vinculada ao mundo de privilégios dos sobreintegrados juridicamente. Estes podem orientar suas expectativas e conduzir suas ações contando com a grande probabilidade de que não serão punidos em caso de transgressões à ordem jurídica. A conexão entre legalismo e impunidade obstaculiza a estruturação de uma esfera pública de legalidade e, portanto, a realização do Estado Democrático de Direito.

4.5 Lava jato: Um ponto crítico para a teoria de Marcelo Neves

Enquanto a teoria de Marcelo Neves articula seus fundamentos na impunidade vinculada ao mundo de privilégios dos sobreintegrados juridicamente em detrimento dos subintegrados, a operação investigativa chamada de “Lava Jato” atualmente sendo realizada no Brasil, contraria os argumentos da teoria de Marcelo Neves.

No primeiro período das investigações, ocorrido a partir de março de 2014, através da Justiça Federal, em Curitiba, quatro organizações criminosas lideradas

por doleiros, que são operadores do mercado paralelo de câmbio, foram investigadas e processadas.

A partir de então o Ministério Público Federal conseguiu provas de um enorme esquema criminoso que envolvia a Petrobrás há pelo menos 10 anos. O esquema consistia em grandes empreiteira organizadas de cartel, pagando propina a altos executivos da estatal e a outros agentes públicos. O montante pago girava em torno de 1% a 5% do total dos contratos bilionários e superfaturados. Os operadores financeiros do esquema, incluindo os doleiros investigados eram quem distribuíam a propina.

Em suma, de acordo com os dados atualizados até o dia 19 de dezembro de 2016, colhidos do site do Ministério Público Federal, encontra-se o seguinte cenário para os casos funcionando em sede de 1ª instância:

1.434 procedimentos instaurados, 730 buscas e apreensões, 197 conduções coercitivas, 79 prisões preventivas, 103 prisões temporárias e 6 prisões em flagrante, 120 pedidos de cooperação internacional, sendo 98 pedidos ativos para 31 países, 71 acordos de colaboração premiada firmados com pessoas físicas, 7 acordos de leniência e 1 termo de ajustamento de conduta, 56 acusações criminais contra 259 pessoas (sem repetição de nome), sendo que em 24 já houve sentença, pelos seguintes crimes: corrupção, crimes contra o sistema financeiro internacional, tráfico transnacional de drogas, formação de organização criminosa, lavagem de ativos, entre outros. 7 acusações de improbidade administrativa contra 38 pessoas físicas e 16 empresas pedindo o pagamento de R\$ 12,5 bilhões. Valor total do ressarcimento pedido (incluindo multas): R\$ 38,1 bilhões. Os crimes já denunciados envolvem pagamento de propina de cerca de R\$ 6,4 bilhões R\$ 10,1 bilhões são alvo de recuperação por acordos de colaboração, sendo R\$ 756,9 milhões objeto de repatriação R\$ 3,2 bilhões em bens dos réus já bloqueados. Até o momento são 120 condenações, contabilizando 1257 anos, 2 meses e 1 dia de pena. (Site: MPF: 1ª Instância)

Os resultados são ainda mais expressivos quando da apreciação de envolvidos pelo STF. Tudo começou quando o Procurador Geral da República, Rodrigo Janot, pediu para abrir 28 inquéritos no STF. O maior dele tratava do esquema de pagamento de propina a agentes públicos que eram responsáveis pela indagação de integrantes de 3 diretorias da Petrobrás.

O PGR desde então pretende investigar a participação de pessoas que gozam de privilégios em razão da prerrogativa de foro. Ou seja, a atuação da PGR na Lava Jato se deu pelo envolvimento de pessoas que gozam de prerrogativa de foro e que foram citadas nos depoimentos do ex-diretor de abastecimento da Petrobrás, Paulo Roberto Costa e do operador financeiro Alberto Youssef.

Diante deste cenário corruptivo, se fossemos nos ater a teoria de Marcelo Neves, seria inconcebível a operação lava jato no Brasil, pois, para o autor as classes mais favorecidas não seriam capazes de serem punidas e sofrerem sanções que, em regra, são sofridas pelos menos favorecidos.

E dados de realidade revelam que no Brasil, um raio vivido de amor e de esperança à terra desce, pois, através da operação lava jato, mostrou-se possível o processamento e julgamento daqueles que não só são economicamente favorecidos, como gozam de prerrogativa de função, o que lhe atribuiria melhores condições de julgamento. Alguns, inclusive, já tendo perdido tal prerrogativa para julgamento em primeira instância.

Quanto aos resultados da operação lava jato no STF temos os seguintes números atualizados até o dia 22 de setembro de 2016: 1.337 Manifestações, 162 busca e apreensões, 147 quebras de sigilo fiscal, 168 quebras de sigilo bancário, 121 quebras de sigilo telefônico, 3 quebras de sigilo telemático, 2 quebras de sigilo de dados, 16 sequestros de bens, 4 5sequestro de valores, 81 inquéritos com 364 investigados entre pessoas físicas e jurídicas, 14 denúncias em 18 inquéritos com 48 acusados, 3 ações penais, 41 acordos de colaboração premiada homologados perante o STF R\$ 79 milhões repatriados. (Site: MPF, STF)

Michel Miaille (1994,75) acevera a importancia de instancias autônomas de forma a não reduzir a sociedade à mecanismos automáticos, pois é necessário explicar, construir uma representação intelectual da realidade, capaz de dar conta da complexidade efetiva desta realidade.

E para encerrar este breve estudo, ficamos com o pensamento de (MACPHERSON:1979,19-20)

“A hipótese de que um escritor foi coerente dentro dos limites de sua visão é útil, menos como um modo de solucionar incoerências do que como um iniciador da direção e dos limites de visão desse pensador, as quais podem então ser estabelecidas por outras provas”

Em outras palavras, não pretende-se buscar a solução de quaisquer maselas sociais, mas se conseguirmos contribuir para o desenvolvimento do pensamento e do conhecimento, já teremos cumprido a missão acadêmica.

5. CONCLUSÃO

Ainda que brevemente, o presente estudo procurou trazer os principais tópicos da teoria de Marcelo Neves em sua análise dos países que compõem a chamada modernidade periférica e a forma de funcionamento do Estado Democrático de Direito.

As teorias de Luhmann e Habermas foram estudadas e contrapostas aos critérios de autorreferência dos países de modernidade periférica, especialmente o Brasil. Marcelo Neves conclui pela inaplicabilidade das teorias Luhmanniana e Habermasianas e propõe nova teoria para explicar o processo de impunidade de pessoas que integram as camadas mais favorecidas da sociedade, que ele chamou de sobreintegrados, vez que a impunidade estaria vinculada ao mundo de privilégios.

O autor, nessas circunstâncias, considera que a cultura dominante é a da ilegalidade. Por conseguinte, cabe antes falar da legalidade como uma alternativa. O Estado Democrático de Direito não se realiza pela simples declaração constitucional dos procedimentos legitimadores.

A concretização constitucional deles é imprescindível, mas depende de um conjunto de variáveis complexas, sobretudo de fatores socioeconômicos e culturais que possam viabilizar a desprivatização do Estado e a superação de relações de subintegração e sobreintegração. Impõe-se assim enfrentar conseqüentemente a conexão paradoxal de legalismo e impunidade, no sentido da construção de um espaço público de legalidade e constitucionalidade, como também na perspectiva da generalização da cidadania.

De fato, o problema vai muito além das variáveis político-jurídicas; assenta-se em pressupostos sociais os mais abrangentes e, por fim, é dependente de condições determinadas pela sociedade mundial.

Em todo caso, sua solução não redundará na procura de alternativas à legalidade, pois, esta - entendida como modelo geral e efetivo de estruturação das ações e

comunicações jurídicas e políticas - ainda não é dominante no Brasil (por falta de generalidade da lei em relação à prática dos agentes estatais, indivíduos e organizações). Mas poderia, ao contrário, afirmar-se que a legalidade (efetiva, a saber, dependente da concretização de uma ordem constitucional democrática) constitui uma alternativa para a cultura dominante da ilegalidade; com efeito, uma alternativa cuja consecução no contexto brasileiro exigiria e implicaria uma transformação social no plano estrutural.

Prefere-se, neste contexto, considerar a operação com olhar otimista, talvez a Lava Jato seja o início da redemocratização e aplicação das leis para todos, sem distinção, de modo que possa deixar de existir, ou ao menos reduzir os subentegrados e os sobrentegrados.

REFERÊNCIAS

- MACPHERSON. C. B. A teoria política do individualismo possessivo de Hobbes até Locke. Rio de Janeiro: Paz e Terra. 1979.
- MIAILLE. Michel. Introdução crítica ao direito. Lisboa: Ed. Estampa. 1994.
- NAUD. A. J. E LOPES JR, D. Niklas Luhmann: do sistema social à sociologia jurídica. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2004.
- NEVES. Marcelo. Entre Têmis e Leviatã: Uma relação difícil: O Estado democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas. São Paulo: Martins Fontes. 2006.
- HABERMAS. Jürgen. Direito e democracia entre facticidade e validade II. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro. 1997.
- Site MPF, 1ª instância: Disponível em: <http://lavajato.mpf.mp.br/atuacao-na-1a-instancia/resultados/a-lava-jato-em-numeros-1> Acesso em: 26/01/2017.
- Site MPF, STF: Disponível em: <http://lavajato.mpf.mp.br/atuacao-no-stj-e-no-stf/resultados-stf/a-lava-jato-em-numeros-stf> Acesso em: 26/01/2017.

A TUTELA DO MEIO AMBIENTE NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: ESTUDO DE CASOS CONCRETOS

*Reis Friede**

Resumo: O Supremo Tribunal Federal (STF) é o guardião do Texto Magno (art. 102, *caput*, da Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988). Neste sentido, entende-se pertinente estudar como a Suprema Corte brasileira vem decidindo assuntos dotados de assento constitucional, especialmente os inerentes à tutela do meio ambiente, analisando as considerações adotadas em cada *case* destacado. Com efeito, o presente estudo objetiva analisar, particularmente, três relevantes casos concretos submetidos à ótica do STF: as tradicionais “brigas de galos”, a importação de pneus usados e remoldados e a responsabilidade penal da pessoa jurídica na questão ambiental. O estudo traz à tona as diversas interpretações e pontos de vista debatidos quando dos julgamentos proferidos pela Corte, possibilitando a identificação de um panorama político-jurídico sobre tão importante matéria.

Palavras-chave: Direito ambiental. Desenvolvimento sustentável. Responsabilidade socioambiental.

Abstract: The Supreme Federal Court (STF) is the guardian of the Constitution of Brazil (article 102, *caput*, Constitution of the Federative Republic of Brazil, 1988). Accordingly, we understand it is appropriate to study how the Brazilian Supreme Court has been judging specific subjects regarding constitutional matters, especially the ones inherent to the protection of the environment, analyzing the solutions which were adopted in each highlighted case. Indeed, the current article aims to analyze three relevant real cases in particular, which were all examined by the Supreme Court: the traditional “cockfights”, the import of used and remolded tires and the Criminal Responsibility of the Juridical Person in what regards the protection of the environment. To accomplish it, we also

* Mestre e Doutor em Direito Público pela UFRJ. Pesquisador do Programa de Pós-Graduação em Desenvolvimento Local da UNISUAM. Desembargador Federal do Tribunal Regional Federal da 2ª Região.

bring to light the variety of assertions used when these cases were judged by the Court, allowing, thus, the identification of a Political-Legal view over this very important subject.

Keywords: Environmental law. Sustainable development. Social and environmental responsibility.

Resumen: El Supremo Tribunal Federal (STF) es el guardián del texto magno (artículo 102, *caput*, de la Constitución de la República Federativa de Brasil, de 1988). En este sentido, se cree pertinente estudiar como la Suprema Corte brasileña decide temas dotados de cuño constitucional, especialmente los inherentes a la tutela del medio ambiente, analizando las consideraciones adoptadas en cada case destacado. De hecho, el presente estudio busca analizar, particularmente, tres relevantes casos concretos sometidos a la óptica del STF: las tradicionales “riñas de gallo”, la importación de neumáticos usados y remoldados y la responsabilidad criminal de la persona jurídica en la cuestión ambiental. El estudio saca a la luz las variadas interpretaciones y puntos de vista debatidos mientras estaba en curso uno de los juzgados proferidos por la Corte, posibilitando la identificación de un panorama político y jurídico acerca de tan importante tema.

Palabras clave: Derecho ambiental. Desarrollo sostenible. Responsabilidad social y ambiental.

1. INTRODUÇÃO

O Direito Ambiental tem gerado a concretização de numerosos e significativos tratados sobre biossegurança, espécies ameaçadas, mudanças climáticas e biodiversidade. Além disso, como afirma Duarte (2003), os protocolos adicionais às convenções traduzem os vagos princípios em metas concretas e permitem elaborar novas salvaguardas domésticas e internacionais.

O Brasil possui, em virtude da riqueza e da diversidade de seu território, lugar assegurado nas discussões internacionais sobre meio ambiente, mas a tradução das possibilidades do país depende das políticas elaboradas para lidar com os grandes desafios internos e externos. A trajetória do Brasil como ator ambiental global confunde-se em parte com a emergência da própria temática ecológica no cenário mundial. Como afirma Horta (2002), em matéria de proteção ao meio ambiente a legislação federal brasileira, posterior aos debates da Conferência de Estocolmo, percorreu três etapas importantes a partir de 1975.

A primeira, ainda segundo Horta (2002), é caracterizada por uma política preventiva, exercida, predominantemente, por órgãos da administração federal.

A segunda coincide com a formulação da Política Nacional do Meio Ambiente, a previsão de sanções e a introdução do princípio da responsabilidade objetiva, independentemente da culpa, para indenização ou reparação do dano causado. Já a terceira, conforme destaca o estudioso, representa dupla inovação: a criação da ação civil pública de responsabilidade “por danos causados ao meio ambiente, sob a jurisdição do Poder Judiciário, e a atribuição ao Ministério Público da função de patrono dos interesses difusos da coletividade no domínio do meio ambiente” (Horta, 2002, p. 270).

A Constituição Federal (Brasil, 1988) dedicou ao tema um capítulo (Capítulo VI - Do Meio Ambiente, Título VIII - Da Ordem Social) inteiramente destinado a assegurar tal proteção, conforme previsão contida no art. 225, em que preceitua o direito de todos os brasileiros ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, considerado um bem de uso comum do povo. O mesmo artigo também é enfático ao determinar que cabe ao poder público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

Cumprir registrar, todavia, que mesmo antes da Constituição Federal a Lei nº 6.938, de 31.8.1981 (Brasil, 1981) já tratava da Política Nacional do Meio Ambiente. Tal norma define, em seu artigo art. 3º, I, o meio ambiente como sendo o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas. No plano doutrinário, Silva (2004) apresenta-nos a seguinte definição acerca da expressão meio ambiente:

[...] a interação do conjunto de elementos naturais, artificiais e culturais que propiciam o desenvolvimento equilibrado da vida em todas as suas formas. A integração busca assumir uma concepção unitária do ambiente, compreensiva dos recursos naturais e culturais. Por isso é que a preservação, a recuperação e a revitalização do meio ambiente hão de constituir uma preocupação do Poder Público e, conseqüentemente, do Direito, porque ele forma a ambiência na qual se move, desenvolve, atua e se expande a vida humana. (p. 20)

Consoante a doutrina do Direito Ambiental, o art. 225 da Constituição Federal (Brasil, 1988) acolheu o denominado princípio da *responsabilidade intergeracional*, na medida em que o Constituinte não apenas se preocupou com a preservação do direito ao meio ambiente equilibrado para a geração presente, mas, igualmente, para as futuras. Trata-se de regra reveladora de indiscutível carga ética, uma vez que a Lei Maior, pensando no futuro, determina providências a serem tomadas pelo poder público (leia-se, o Estado) já no presente.

Ademais, consagrou-se, no mesmo dispositivo, o princípio do *desenvolvimento sustentável*, estabelecido pelo princípio 4 da Declaração do Rio de Janeiro sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, aprovada pela Conferência das Nações Unidas, realizada em junho de 1992 na cidade de mesmo nome, assim transcrito: “Para alcançar o desenvolvimento sustentável, a proteção ambiental constituirá parte integrante do processo de desenvolvimento e não pode ser considerada isoladamente deste” (ONU, 1992).

Pode-se inferir que do conceito de *desenvolvimento sustentável* extrai-se que o tão almejado crescimento econômico não pode olvidar da correspondente e igualmente importante preservação do meio ambiente, seja para a presente, seja para as futuras gerações. Assim, com razão adverte Kiss (2004) que “a riqueza que nós herdamos das gerações precedentes não deve ser dissipada para nossa (exclusiva) conveniência e prazer, mas passada adiante, na medida do possível, para aqueles que nos sucederão” (p. 3).

Para Alves (2011), a constitucionalização da proteção ambiental trouxe dois outros importantes reflexos: “a garantia do mínimo essencial ecológico e a garantia de se evitar o retrocesso ecológico [...], procurando, assim, rechaçar qualquer prejuízo ao ambiente” (p. 84).

Da mesma forma, o art. 225, § 1º, V, da Constituição Federal (Brasil, 1988) também sinaliza a relevância do *princípio da precaução*, na medida em que impõe ao Estado a obrigação de adotar providências com o objetivo de controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente. O princípio da precaução está em harmonia com o princípio 15 da Declaração do Rio de Janeiro sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, que afirma que os Estados devem estar atentos à ameaça de danos graves ou irreversíveis e que “a ausência de certeza científica absoluta não será utilizada como razão para o adiamento de medidas economicamente viáveis para prevenir a degradação ambiental” (ONU, 1992).

Empreendendo-se ampla leitura da Carta Magna, nota-se que as premissas protetivas enunciadas no seu art. 225 (Brasil, 1988) não se encontram isoladas, mas reforçadas por diversas normas espalhadas pelo corpo constitucional, das quais podemos citar: *a)* o art. 5º, LXXIII, que dispõe sobre o manejo da ação popular diante da prática de ato lesivo ao meio ambiente; *b)* o art. 170, VI, que

aponta o meio ambiente como um dos princípios da ordem econômica; c) os arts. 21, 22, 23 e 24, que elencam um rol de competências (nos planos político, administrativo e legislativo) comuns ou concorrentes inerentes à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios em matéria ambiental, reforçando, assim, a tutela jurídica; d) o art. 129, III, que trata do inquérito civil público e da ação civil pública como instrumentos de proteção do meio ambiente, a serem movidos pelo Ministério Público; e) o art. 216, V, que relaciona os sítios ecológicos no rol do patrimônio cultural brasileiro.

É possível inferir que o detalhado tratamento constitucional concedido à temática ambiental sinaliza uma tendência exclusiva das constituições contemporâneas, elaboradas em momento de profunda reflexão e consciência, revelando, outrossim, a intenção do Constituinte de dar uma resposta à complexa questão, *mens* que, por óbvio, deve inspirar não apenas o legislador, mas, igualmente, o Poder Judiciário quando da apreciação dos frequentes conflitos intersubjetivos. Na mesma linha de pensamento, aduz Milaré (2011) que a inserção da temática ambiental na Lei Maior configura um marco histórico de indiscutível valor, constituindo-se num dos fatos mais significativos dos trabalhos da Constituinte.

Com efeito, sendo o Supremo Tribunal Federal o guardião do Texto Magno, incumbe-lhe conferir àquela que é considerada a principal regra destinada à proteção jurídica do meio ambiente, qual seja, o art. 225 da Constituição Federal (Brasil, 1988), uma interpretação que garanta tão relevante direito, caracterizado, segundo pacífica posição doutrinária (Mukai, 2002), por sua natureza *difusa* e de *terceira geração*.

Antunes (2009) aduz que a jurisprudência tem um papel relevantíssimo na proteção do meio ambiente, pois se trata da aplicação concreta das normas jurídicas. O papel da jurisprudência, ainda segundo o estudioso, avulta no Direito Ambiental, na medida em que as matérias são decididas na base do caso a caso, pois muito raramente se pode tratar de uma *repetição* de ações ambientais, “visto que as circunstâncias particulares de cada hipótese tendem a não se reproduzir” (p. 23). Por outro lado, ainda que a produção legislativa cresça em velocidade exponencial, ela não tem capacidade de dar conta das diferentes situações que surgem no dia a dia, o que revela a importância da jurisprudência ambiental.

Tendo em vista a relevância diagnosticada por Antunes (2009), e estando de acordo com ela, entende-se pertinente analisar alguns casos concretos

submetidos ao crivo da Suprema Corte nos últimos anos, ponderando, pois, as considerações adotadas em cada *case*. Com tal compilação jurisprudencial, espera-se contribuir para a consolidação do Direito Ambiental enquanto ramo autônomo do Direito, regido que é por diversos princípios que lhe são próprios, os quais lhe conferem incontestáveis alicerces teóricos.

2. CASOS CONCRETOS

Os julgados do Supremo Tribunal Federal analisados a seguir encontram-se expostos tematicamente, cada um deles pertinente a um *case* específico, de modo a facilitar a compreensão do leitor.

2.1. “Briga de galos” (Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.856/Rio de Janeiro)

Caso de notável relevância para o meio ambiente, em seu sentido ampliado, abordou a constitucionalidade da denominada “briga de galos”, assunto submetido ao crivo do Plenário do Supremo Tribunal Federal a partir do ajuizamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 1.856/RJ (Brasil, 2011), proposta pelo procurador-geral da República, tendo como relator o ministro Celso de Mello, demanda julgada em 26.5.2011, quando se decidiu que a referida prática configura crime¹ previsto no art. 32 da Lei nº 9.605/98, de 12.2.1998 (Brasil, 1998), sendo, ainda, atentatória à própria Constituição da República, não configurando simples manifestação cultural, mas inquestionável ato de crueldade contra os animais empregados na disputa, cuja proteção jurídica, com nítido escopo socioambiental, encontra amparo na Lei Fundamental.

Resumidamente, no voto proferido pelo ministro relator, Celso de Mello (Brasil, 2011), reconheceu-se o impacto negativo que a legislação atacada representaria para a incolumidade do patrimônio ambiental dos seres humanos e para a preservação da fauna, razão pela qual se reconheceu a existência de conflito entre a Lei nº 2.895, de 20 de março de 1998 (Estado do Rio de Janeiro, 1998), a

¹ Art. 32. Praticar ato de abuso, maus-tratos, ferir ou mutilar animais silvestres, domésticos ou domesticados, nativos ou exóticos:

Pena - detenção, de três meses a um ano, e multa.

§ 1º Incorre nas mesmas penas quem realiza experiência dolorosa ou cruel em animal vivo, ainda que para fins didáticos ou científicos, quando existirem recursos alternativos.

§ 2º A pena é aumentada de um sexto a um terço, se ocorre morte do animal.

qual admitia e até mesmo regulava a chamada “briga de galos”), e a regra prevista no art. 225, *caput*, e § 1º, VII, da Constituição Federal (Brasil, 1988), dispositivo que veda qualquer crueldade contra os animais. Celso de Mello (Brasil, 2011), citando balizada doutrina da área ambiental, lembrou que o Constituinte, ao proteger a fauna e vedar práticas que submetam os animais a atos crueldade, objetivou tornar efetivo o direito fundamental à *preservação da integridade do meio ambiente*, aduzindo, ainda, o seguinte:

[...] a cláusula inscrita no inciso VII do § 1º do art. 225 da Constituição da República, além de veicular conteúdo impregnado de alto significado ético-jurídico, justifica-se em função de sua própria razão de ser, motivada pela necessidade de impedir a ocorrência de situações de risco que ameacem ou que façam periclitare todas as formas de vida, não só a do gênero humano, mas, também, a própria vida animal, cuja integridade restaria comprometida por práticas aviltantes, perversas e violentas contra os seres irracionais. (p. 20-21)

Da mesma forma, Celso de Mello (Brasil, 2011) pontuou a indiscutível relação que há entre o dever ético-jurídico de preservar a fauna e a subsistência do ser humano em um ambiente ecologicamente equilibrado, realçando, assim, a importância das previsões contidas no art. 225 da Constituição Federal (Brasil, 1988), caracterizadas que estão pelo aspecto da *metaindividualidade*, ao afirmar que o direito à integridade do meio ambiente constitui prerrogativa jurídica de titularidade coletiva.

Na ocasião, o ministro citou diversos julgados nos quais o STF reconheceu que a prática da “briga de galos” configura verdadeira afronta à Constituição Federal: *a)* o Recurso Extraordinário nº 153.531/Santa Catarina, em que se discutiu a denominada “farra do boi”, relator para o acórdão o ministro Marco Aurélio; *b)* ADI nº 2.514/Santa Catarina, relatada pelo ministro Eros Grau, julgado em que se afirmou que a sujeição da vida animal à crueldade não é compatível com a Constituição do Brasil; *c)* ADI nº 3.776/Rio Grande do Norte, relatada pelo ministro Cezar Peluso, quando foi declarada a inconstitucionalidade da Lei nº 7.380/98, do Estado do Rio Grande do Norte, que regulamentava as denominadas “rinhas” ou “brigas de galo”.

Cumpra registrar que o ministro Celso de Mello (Brasil, 2011), interpretando extensivamente o termo *fauna*, previsto no art. 225, § 1º, VII, da Constituição Federal (Brasil, 1988), asseverou que a proteção conferida aos animais através dessa regra constitucional abrange os animais silvestres, domésticos ou

domesticados, incluídos, nesta última categoria, os galos utilizados em rinhas. Interessante registrar, ainda, a interpretação externada, quando de seu voto, pelo ministro Ayres Britto (Brasil, 2011) a respeito da mencionada regra constitucional:

Se prestarmos bem atenção ao texto [...] vamos perceber [...] que ele faz parte de todo um contexto constitucional, que principia com o próprio preâmbulo da nossa Magna Carta, que fala de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos. E fraternidade aqui evoca, em nossas mentes, a ideia de algo inconvivível com todo tipo de crueldade, mormente aquelas que desembocam em derramamento de sangue, mutilação de ordem física e, até mesmo, na morte do ser torturado. (p. 49)

Nota-se, portanto, que Ayres Britto (Brasil, 2011), quando de sua manifestação sobre o caso, citou como alicerce decisório a regra constitucional que proíbe a tortura (art. 5º, XLIII), assentando que a prática impugnada (“briga de galos”) caracteriza nítida hipótese de tortura contra os animais participantes da peleja, cuja finalidade última seria “a morte de um dos contendores, de um dos galos” (p. 51).

Vê-se que o Plenário da Suprema Corte, ao declarar a inconstitucionalidade da Lei nº 2.895/98 (Estado do Rio de Janeiro, 1998), abrigou o entendimento predominante na doutrina brasileira, conforme preconizado por Machado (2011):

Atos praticados ainda que com caráter folclórico ou até histórico, como a “farra do boi”, estão abrangidos pelo art. 32 da Lei 9.605/98, e devem ser punidos não só quem os praticam, mas também, em coautoria, os que os incitam, de qualquer forma. A utilização de instrumentos nos animais, quando da realização de festas ou dos chamados “rodeios” ou “vaquejadas”, tipifica o crime comentado, pois concretiza maus-tratos contra os animais. [...] Da mesma forma, e sem qualquer dúvida, todas as atividades que fizerem os animais enfrentar-se em luta ou disputa. As “brigas de galo” são consideradas atos de crueldade contra animais. (p. 885)

Por sua vez, esclareceu o ministro Cezar Peluso (Brasil, 2011) que a regulamentação preconizada na impugnada lei fluminense não é apenas proibida pela regra insculpida no art. 225 da Constituição Federal, mas, além disso, pelo princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da Lei Maior), uma vez que a prática da “rinha de galos” implica, de certo modo, num estímulo aos impulsos mais primitivos do ser humano, qual seja, a tortura. Noutras palavras, afirmou Peluso (Brasil, 2011) que a Lei Fundamental veda “práticas que promovem, estimulam e incentivam ações e reações que diminuem o ser humano como tal” (p. 62).

A intervenção manifestada por Peluso mostrou-se pertinente, sobretudo por invocar a noção consubstanciada no *princípio da dignidade da pessoa humana*, o qual, segundo Sarlet (2008) deve ser ampliada, de modo a se reconhecer a existência de uma dignidade da vida não-humana, ensejando “uma releitura do clássico contrato social em direção a uma espécie de contrato socioambiental (ou ecológico), com o objetivo de contemplar um espaço para tais entes naturais no âmbito da comunidade estatal” (p. 203).

Na mesma esteira trilhada pelo ministro Peluso, aduz Fiorillo (2011) que a contemporânea interpretação dos bens ambientais superou a visão de que o meio ambiente configura mero patrimônio público, sendo considerado bem fundamental à garantia da dignidade da pessoa humana num Estado Democrático de Direito.

Deste modo, o STF, ao julgar procedente a ADI proposta, conferiu efetividade ao direito constitucional ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, vedando, por conseguinte, conduta que, longe de caracterizar direito cultural, nega veementemente a essência ecológica presente no tecido constitucional.

2.2. Importação de pneus usados e remoldados (Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 101/Distrito Federal)

Caso emblemático que também chegou ao Supremo refere-se à importação, pelo Brasil, de pneus usados e remoldados. Na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 101/DF (Brasil, 2009), relatada pela ministra Cármen Lúcia, julgada em 24.6.2009, afirmou-se que diversas decisões judiciais estavam sendo proferidas em contrariedade a determinadas portarias do Departamento de Operações de Comércio Exterior (DECEX) e da Secretaria de Comércio Exterior (SECEX), bem como em relação a certas resoluções do Conselho Nacional do Meio Ambiente (CONAMA), além de vários decretos federais que, expressamente, vedavam (e ainda vedam) a importação de pneus usados e remoldados. E que decisões proferidas por juízes federais e Tribunais Regionais Federais descumpriam preceitos fundamentais previstos nos arts. 196 e 225 da Constituição Federal (Brasil, 1988), notadamente por autorizarem a importação dos mencionados produtos. A questão subjacente envolvia, ainda, interesses empresariais em aparente contraposição a interesses coletivos consubstanciados

no direito à saúde e ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, polaridade que demandou profunda análise por parte dos ministros do STF, como sinalizou a ministra Cármen Lúcia (Brasil, 2009):

Enão se pretenda seja essa questão simples, pois, de um lado, empresas defendem o direito – que, segundo elas, seria o da liberdade de iniciativa - de se utilizarem daquele resíduo para os seus desempenhos, do que advém, inclusive emprego para muitas pessoas, e, de outro, há os princípios constitucionais fundamentais da proteção à saúde e da defesa do meio ambiente saudável em respeito até mesmo às gerações futuras. (p. 88)

O presente caso, por envolver questões relativas ao comércio internacional e à proteção do meio ambiente, além de uma sorte de decisões judiciais referentes à importação de pneus usados e remoldados, bem demonstra o peso da palavra do Supremo Tribunal Federal sobre determinados temas, o que efetivamente aconteceu quando do julgamento da ADPF ora analisada. Sobre a necessidade de uma tomada de posição por parte do STF, Cármen Lúcia (Brasil, 2009) observou que tal pendência impunha ao Colegiado uma decisão, pois:

[...] o resultado a que chegarmos, no plano internacional, justificaria a derrocada das normas proibitivas sobre a importação de pneus usados, pois, para o Órgão de Apelação da OMC, se uma parte do Poder Judiciário brasileiro libera empresas para importá-los, a despeito da vigência das normas postas, é porque os objetivos apresentados pelo Brasil, perante o órgão internacional do comércio, não teriam o fundamento constitucional que as justificariam e fundamentariam. (p. 66)

De início, analisando o eventual benefício a ser obtido pela reutilização de pneus importados e os prejuízos causados à saúde e ao meio ambiente, consignou Cármen Lúcia (Brasil, 2009):

De se afirmar, portanto, que se há mais benefícios financeiros no aproveitamento daqueles resíduos na produção do asfalto borracha ou na indústria cimenteira, há de se ter em conta que o preço industrial a menor não pode se converter em preço social a maior, a ser pago com a saúde das pessoas e com a contaminação do meio ambiente, tal como comprovadamente ocorre. A Constituição brasileira – como todas as que vigoram, democraticamente, hoje – não confere direitos mediante fatura a ser paga com vidas humanas. (p. 87)

Prosseguindo no seu voto, Cármen Lúcia (Brasil, 2009) fez referência, ainda, ao *princípio da prevenção* (prevenção contra riscos conhecidos), distinguindo-o

do *princípio da precaução* (prevenção contra riscos incertos): “O princípio da precaução vincula-se, diretamente, aos conceitos de necessidade de afastamento de perigo e necessidade de dotar-se de segurança os procedimentos adotados para garantia das gerações futuras” (p. 97), tornando-se efetiva a sustentabilidade ambiental das ações humanas. Nesse particular, as reflexões da ministra vão em direção ao posicionamento de Fernandes (2011) para quem, diante de incertezas científicas sobre os efeitos de determinado produto à saúde humana, deve-se conferir preponderância à não exposição dos trabalhadores a tais agentes.

Assim, com amparo nos citados princípios, o Estado brasileiro, cumprindo com o seu dever de garantir a todos o direito à saúde e ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, corretamente editou um conjunto de normas destinadas à proibição da importação de tais produtos. Cármen Lúcia (Brasil, 2009) relatou que a “a importação de pneus usados ou remoldados é [...] gerador de mais danos que de benefícios, em especial aos direitos à saúde e ao meio ambiente ecologicamente equilibrado” (p. 108).

O ministro Carlos Britto (Brasil, 2009), em seu voto sobre a questão, realçou a importância do tema, lembrando que o meio ambiente é “matéria de preocupação invariável de todos os ordenamentos jurídicos” (p. 225). Disse também que a democracia, a ética, a quebra de preconceitos e a preservação do meio ambiente são temas planetários, e que “o meio ambiente passou de fato a se inserir nas preocupações do mundo, como condição de sustentabilidade do planeta, a se impor à própria liberdade de comércio” (p. 225).

Assim, ao final do julgamento da ADPF, o Plenário do STF, compreendendo a dimensão do problema inerente à correta destinação de resíduos perigosos, entendeu pela constitucionalidade dos atos normativos exarados pelo Estado brasileiro, os quais proíbem a importação de pneus usados e remoldados, notadamente a partir das seguintes considerações, expostas em resumo: *a*) a importação de pneus usados e remoldados configura afronta aos princípios constitucionais da saúde e do meio ambiente ecologicamente equilibrado; *b*) a ausência de eliminação total dos efeitos nocivos da destinação dos pneus usados acarreta malefícios ao meio ambiente; *c*) a reciclagem de pneus usados e remoldados caracteriza violação aos princípios constitucionais do desenvolvimento sustentável e da responsabilidade intergeracional; *d*) é preciso compatibilizar o crescimento econômico com o desenvolvimento sustentável; *e*) deve-se atender ao princípio da precaução, dotado de *status* constitucional,

harmonizado com os demais princípios da ordem social e econômica; f) a importação de pneus usados e remoldados atenta contra os preceitos constitucionais da saúde e do meio ambiente ecologicamente equilibrado.

2.3. Responsabilidade penal da pessoa jurídica independente da pertinente à pessoa física (Recurso Extraordinário nº 548.181/Paraná)

No que se refere ao tema, é preciso anotar que, antes do advento da Carta Constitucional de 1988, era pacífico, pelo menos para a doutrina nacional, que o Direito Penal apenas cuidava de comportamentos humanos. Na ocasião, não se concebia qualquer possibilidade de vir a pessoa jurídica figurar como sujeito ativo de condutas delituosas. Atualmente, tendo em vista o disposto no art. 225, § 3º, da Constituição Federal (Brasil, 1988), cujo teor afirma que as condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados, e mesmo diante da regulamentação estabelecida pela Lei nº 9.605/98 (Brasil, 1998), o assunto ainda comporta alguma controvérsia.

O segmento doutrinário favorável à responsabilização penal afirma que o princípio da culpabilidade, quando inerente à pessoa jurídica, não apresenta os mesmos contornos exigidos para a pessoa física. Segundo tal ótica, em se tratando de entes morais, a culpabilidade deve ser analisada sob o prisma *social*. Assim, por exemplo, ao descumprir regras relativas à preservação ambiental, gerando resultados lesivos à sociedade, a *culpabilidade social* da pessoa jurídica resta configurada, podendo, então, ser penalmente responsabilizada.

Logo, de acordo com esse raciocínio, uma indústria química pode vir a ser penalmente responsabilizada por ter poluído um rio, uma vez que a exploração da atividade econômica impõe-lhe a observância dos princípios estabelecidos na Carta Constitucional. Ademais, argumenta-se que a previsão contida no art. 225, § 3º, da Constituição Federal (Brasil, 1988) reflete uma tendência observada nos ordenamentos modernos, qual seja, a extensão da responsabilização penal às pessoas jurídicas, não raro utilizadas como forma de encobrir certas práticas delituosas.

Não obstante a tese favorável, há quem defenda a impossibilidade de uma pessoa jurídica vir a delinquir (*societas delinquere non potest*). Dentre outros, um dos argumentos invocados guarda relação com a vedação constitucional da

responsabilidade penal objetiva, cuja premissa básica inadmite possa alguém vir a ser penalmente responsabilizado sem que tenha atuado dolosa ou culposamente. Tendo em vista a impossibilidade de uma pessoa jurídica agir (ou deixar de agir) com dolo ou culpa, parte da doutrina penalista rejeita-lhe a condição de sujeito ativo de crime, mesmo diante do quadro legal estabelecido pela Lei nº 9.605/98 (Brasil, 1988).

À guisa de exemplo, cite-se a posição de Bitencourt (2011), contrária à responsabilidade penal da pessoa jurídica:

No Brasil, a obscura previsão do art. 225, § 3º, da Constituição Federal, relativamente ao meio ambiente, tem levado alguns penalistas a sustentarem, equivocadamente, que a Carta Magna consagrou a responsabilidade penal da pessoa jurídica. No entanto, a responsabilidade penal ainda se encontra limitada à responsabilidade subjetiva e individual. (p. 274-276)

Afirma-se, ainda, que o Direito Penal somente deve intervir diante da constatação de que outros ramos do Direito são insuficientes para a proteção do bem jurídico; no caso em foco, o bem ambiental. Desta maneira, em se tratando de pessoa jurídica, aduz-se que o Direito Administrativo já possui instrumentos capazes de regular e coibir eventuais danos ao meio ambiente. Assevera-se, outrossim, que as sanções penais previstas nos arts. 21, 22 e 23 da Lei nº 9.605/98² (Brasil, 1998), aplicáveis às pessoas jurídicas, são, na sua grande maioria, de caráter administrativo, evidenciando a desnecessidade de se lançar mão do Direito Penal, ramo sabidamente subsidiário.

² Art. 21. As penas aplicáveis isoladas, cumulativa ou alternativamente às pessoas jurídicas, de acordo com o disposto no art. 3º, são:

I - multa;

II - restritivas de direitos;

III - prestação de serviços à comunidade.

Art. 22. As penas restritivas de direitos da pessoa jurídica são:

I - suspensão parcial ou total de atividades;

II - interdição temporária de estabelecimento, obra ou atividade;

III - proibição de contratar com o Poder Público, bem como dele obter subsídios, subvenções ou doações.

§ 1º A suspensão de atividades será aplicada quando estas não estiverem obedecendo às disposições legais ou regulamentares, relativas à proteção do meio ambiente.

§ 2º A interdição será aplicada quando o estabelecimento, obra ou atividade estiver funcionando sem a devida autorização, ou em desacordo com a concedida, ou com violação de disposição legal ou regulamentar.

§ 3º A proibição de contratar com o Poder Público e dele obter subsídios, subvenções ou doações não poderá exceder o prazo de dez anos.

Art. 23. A prestação de serviços à comunidade pela pessoa jurídica consistirá em:

I - custeio de programas e de projetos ambientais;

II - execução de obras de recuperação de áreas degradadas;

III - manutenção de espaços públicos;

IV - contribuições a entidades ambientais ou culturais públicas.

Apesar do debate (ainda) travado no seio doutrinário, a jurisprudência brasileira reconheceu a perfeita aplicabilidade do disposto no art. 225, § 3º, da Constituição Federal (Brasil, 1988), consoante a regra do art. 3º da Lei nº 9.605/98 (Brasil, 1998):

Art. 3º As pessoas jurídicas serão responsabilizadas administrativa, civil e penalmente conforme o disposto nesta Lei, nos casos em que a infração seja cometida por decisão de seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado, no interesse ou benefício da sua entidade.

Parágrafo único. A responsabilidade das pessoas jurídicas não exclui a das pessoas físicas, autoras, coautoras ou partícipes do mesmo fato.

Desdobrando-se o dispositivo legal anterior, nota-se que o legislador ordinário exigiu, no que concerne à responsabilidade penal da pessoa jurídica por crime ambiental, dois requisitos: *a)* que a infração penal (ambiental) seja cometida por decisão de seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado; *b)* que a infração penal (ambiental) seja cometida no interesse ou benefício do ente moral.

O Superior Tribunal de Justiça (STJ), interpretando o art. 225, § 3º, da Constituição Federal, c/c art. 3º da Lei nº 9.605/98, firmou a posição retratada no Recurso Especial nº 610.114/Rio Grande do Norte, Quinta Turma, relator o ministro Gilson Dipp, julgado em 17.11.2005, cuja ementa está assim sintetizada (Brasil, 2005):

I. [...] possibilidade de penalização criminal das pessoas jurídicas por danos ao meio ambiente.

[...].

III. A responsabilização penal da pessoa jurídica pela prática de delitos ambientais advém de uma escolha política [...].

[...].

V. Se a pessoa jurídica tem existência própria no ordenamento jurídico e pratica atos no meio social através da atuação de seus administradores, poderá vir a praticar condutas típicas e, portanto, ser passível de responsabilização penal.

VI. A culpabilidade, no conceito moderno, é a responsabilidade social [...].

VII. A pessoa jurídica só pode ser responsabilizada quando houver intervenção de uma pessoa física, que atua em nome e em benefício do ente moral.

VIII. [...] a pessoa jurídica deve ser beneficiária direta ou indiretamente pela conduta praticada por decisão do seu representante legal ou contratual ou de seu órgão colegiado.

[...].

XIII. A pessoa jurídica só pode ser responsabilizada quando houver intervenção de uma pessoa física, que atua em nome e em benefício do ente moral.

[...]. (p. 1-2)

E tudo caminhava exatamente como estabelecido no julgado acima, até que a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, apreciando o Recurso Extraordinário nº 548.181 (Brasil, 2013), relatado pela ministra Rosa Weber, julgado em 6.8.2013, trouxe à tona a questão (constitucional) relativa à possibilidade de haver (ou não) condenação de uma pessoa jurídica pela prática de delito ambiental, mesmo diante da absolvição da pessoa física detentora de cargo de direção inerente à ela.

Cumpra registrar que, no caso sob exame, o Superior Tribunal de Justiça, seguindo aquela orientação predominante na Corte, havia excluído a imputação quanto ao crime³ tipificado no art. 54 da Lei nº 9.605/98 (Brasil, 1998) relativa aos dirigentes da pessoa jurídica, determinando, por conseguinte, o trancamento da ação penal no tocante ao ente moral, evidenciando a adoção da teoria da dupla imputação. Eis a ementa do decisum proferido pela Sexta Turma do STJ no Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 16.696/Paraná, relator o ministro Hamilton Carvalhido, julgado em 9.2.2006, cuja ementa transcreve-se (Brasil, 2006):

³ O delito de poluição encontra-se tipificado da seguinte forma:

Art. 54. Causar poluição de qualquer natureza em níveis tais que resultem ou possam resultar em danos à saúde humana, ou que provoquem a mortandade de animais ou a destruição significativa da flora:

Pena - reclusão, de um a quatro anos, e multa.

§ 1º Se o crime é culposo:

Pena - detenção, de seis meses a um ano, e multa.

§ 2º Se o crime:

I - tornar uma área, urbana ou rural, imprópria para a ocupação humana;

II - causar poluição atmosférica que provoque a retirada, ainda que momentânea, dos habitantes das áreas afetadas, ou que cause danos diretos à saúde da população;

III - causar poluição hídrica que torne necessária a interrupção do abastecimento público de água de uma comunidade;

IV - dificultar ou impedir o uso público das praias;

V - ocorrer por lançamento de resíduos sólidos, líquidos ou gasosos, ou detritos, óleos ou substâncias oleosas, em desacordo com as exigências estabelecidas em leis ou regulamentos:

Pena - reclusão, de um a cinco anos.

§ 3º Incorre nas mesmas penas previstas no parágrafo anterior quem deixar de adotar, quando assim o exigir a autoridade competente, medidas de precaução em caso de risco de dano ambiental grave ou irreversível.

1. Admitida a responsabilização penal da pessoa jurídica, por força de sua previsão constitucional, requisita a **actio poenalis**, para a sua possibilidade, a imputação simultânea da pessoa moral e da pessoa física que, mediata ou imediatamente, no exercício de sua qualidade ou atribuição conferida pelo estatuto social, pratique o fato-crime, atendendo-se, assim, ao princípio do **nullum crimen sine actio humana**.

2. Excluída a imputação aos dirigentes responsáveis pelas condutas incriminadas, o trancamento da ação penal, relativamente à pessoa jurídica, é de rigor.

[...]. (p. 1-2)

Não obstante a transcrita posição do Superior Tribunal de Justiça, a Primeira Turma do STF, por maioria, conhecendo (em parte) do Recurso Extraordinário nº 548.181, deu-lhe provimento e cassou o acórdão proferido no Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 16.696. Para tanto, afirmou que condicionar a persecução penal relativa às pessoas jurídicas à concomitante descrição e imputação de uma ação humana individual viola a regra consagrada no art. 225, § 3º, da Constituição Federal (Brasil, 1988).

O presente julgado, conforme se verifica, difere da jurisprudência pacificada até então no STJ, podendo vir a ser um novo paradigma para a matéria. De qualquer forma, se a questão inerente à constitucionalidade da responsabilização penal da pessoa jurídica já era controvertida no seio doutrinário, mais combustível haverá ante o que restou decidido no bojo do Recurso Extraordinário nº 548.181.

Diante do quadro atual, da atmosfera de riscos, sobretudo gerados pela atividade econômica de grandes empresas, negar a previsão do art. 225, § 3º, da Constituição Federal não se apresenta como reflexão lúcida, na medida em que é o Direito Penal, como acontece com todo e qualquer ramo do Direito, que deve se adaptar ao Texto Maior, e não o contrário.

Com efeito, Dias (2001) assinala a importância de se discutir (e construir), dogmaticamente, a questão da responsabilidade penal das pessoas jurídicas. A lúcida contribuição de Dias aplica-se ao momento atual, quando o Supremo Tribunal Federal, por intermédio do Recurso Extraordinário nº 548.181, mergulha fundo na análise da questão inerente à responsabilidade penal da pessoa jurídica (e suas implicações jurídico-penais). Consoante o referido autor:

[...] não vale sequer a pena pensar em assinalar ao direito penal a mínima capacidade de contenção dos mega-riscos próprios da sociedade de risco se, do mesmo passo, se persistir em manter o dogma da individualização da responsabilidade penal. (Dias, 2001, p. 178-179)

A partir disso, entende-se que a Constituição Federal de 1988 efetivamente previu, no art. 225, § 3º, a possibilidade de responsabilização penal de uma pessoa jurídica por crimes contra o meio ambiente, cuja regulamentação veio à lume a partir da Lei nº 9.605/98, não estando esta, por absoluta lógica, condicionada à simultânea responsabilização da pessoa física dirigente daquela. Tendo em vista a importância conferida ao bem ambiental pela Carta atual, conclui-se que a efetiva responsabilização penal do ente moral demanda uma nova arquitetura jurídico-penal, elaborada de modo independente daquela pertinente à pessoa física, razão pela qual a teoria da dupla imputação, até o momento adotada pelo STJ (e posta em destaque pelo STF), necessita ser revista.

3. CONCLUSÃO

Os extratos jurisprudenciais trazidos à reflexão traduzem o entendimento do Supremo Tribunal Federal em *cases* diferentes, relativos a três temáticas distintas, todas inerentes ao Direito Ambiental. Nota-se, em todos eles, um dado comum: a importância conferida pela Suprema Corte brasileira ao bem ambiental e à necessidade de preservá-lo para as presente e futura gerações, exatamente como determina o Texto Magno no art. 225 da Constituição Federal.

Não restam dúvidas, portanto, que a atual Constituição - interpretada em última instância judicial - conferiu à tutela do meio ambiente uma nova e reconhecidamente inédita dimensão sociopolítica, consagrando, em definitivo, importantes princípios balizadores do Direito Ambiental, tais como os relativos à *responsabilidade socioambiental intergeracional*, ao *desenvolvimento sustentável*, à *precaução* concernente à proteção ambiental. A análise dos casos selecionados, em sua riqueza jurisprudencial, revela-se em mais um importante indicativo do reconhecimento quanto à notável importância que o meio ambiente representa para toda a humanidade que, em última análise, dela participa na qualidade de parte integrante e indissociável.

4. REFERÊNCIAS

ALVES, Elizabete Lanzoni. *Direito ambiental na sociedade de risco: a hora e a vez da ecopedagogia*. In Revista direito ambiental e sociedade/Universidade de Caxias do Sul. Vol. 1, n. 1 (jan./jun. 2011). Caxias do Sul: Educus, 2011.

ANTUNES, Paulo de Bessa. *Meio ambiente geral e meio ambiente do trabalho: uma visão sistêmica*. São Paulo: LTr, 2009.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal, parte geral*. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 1.

BRASIL. Congresso Nacional. Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981. *Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências*. Diário oficial de 2 set. 1981, p. 16.509. Brasília, DF, 1981. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6938compilada.htm>. Acesso em: 30 abr. 2014.

_____. Congresso Nacional. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Diário oficial de 5 out. 1988, p. 1 (anexo). Brasília, DF, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 30 abr. 2014.

_____. Congresso Nacional. Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998. *Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências*. Diário Oficial de 13 fev. 1998, p. 1. Brasília, DF, 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9605.htm>. Acesso em: 30 abr. 2014.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 610.114/RN. Relator: ministro Gilson Dipp. Data de decisão: 17 nov. 2005. Data de publicação: 19 dez. 2005. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=1791277&sReg=200302100870&sData=20051219&sTipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 21 abr. 2014.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 16.696/PR. Relator: ministro Hamilton Carvalhido. Data de decisão: 9 fev. 2006. Data de publicação: 13 mar. 2006. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=2237356&sReg=200301136144&sData=20060313&sTipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 21 abr. 2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.856/RJ. Relator: ministro Celso de Mello. Data de decisão: 26 mai. 2011. Data de publicação: 14 out. 2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628634>>. Acesso em: 15 abr. 2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 101/DF. Relatora: ministra Cármen Lúcia. Data de decisão: 24 jun. 2009. Data de publicação: 4 jun. 2012. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=629955>>. Acesso em: 15 abr. 2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 548.181/PR. Relatora: ministra Rosa Weber. Data de decisão: 14 mai. 2013. Data de publicação: 19 jun. 2013. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=402623>>. Acesso em: 16 abr. 2014.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Temas básicos da doutrina penal*. Coimbra: Editora Coimbra, 2001.

DUARTE, Lilian Cristina Burlamaqui. *Política externa e meio ambiente*. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 2003.

- ESTADO DO RIO DE JANEIRO. Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro. Lei nº 2895, de 20 de março de 1998. *Autoriza a criação e a realização de exposições e competições entre aves das raças combatentes (fauna não silvestre) para preservar e defender o patrimônio genético da espécie gallus-gallus*. Rio de Janeiro, RJ, 1998. Disponível em: <<http://alerjln1.alerj.rj.gov.br/CONTLEI.NSF/bff0b82192929c2303256bc30052cb1c/345541152a607a28032565e800666424?OpenDocument>>. Acesso em: 25 abr. 2014.
- FERNANDES, Fábio. *Direito ambiental*. 13. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011.
- FIORILLO, Celso A. *O bem ambiental pela Constituição Federal de 1988 como terceiro gênero de bem, a contribuição dada pela doutrina italiana e a posição do Supremo Tribunal Federal em face do HC 89.878/10*. In Revista direito ambiental e sociedade/Universidade de Caxias do Sul. Vol. 1, n. 1 (jan./jun. 2011). Caxias do Sul: Educs, 2011.
- HORTA, Raul Machado. *Direito constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.
- KISS, Alexandre. *Os direitos e interesses das gerações futuras e o princípio da precaução*. In VARELLA, Marcelo Dias Varella; PLATIAU, Ana Flávia Barros. *Princípio da Precaução*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.
- MILARÉ, Edis. *A importância dos estudos de impacto ambiental*. In MILARÉ, Edis; MACHADO, Paulo Affonso Leme. Organizadores. *Coleção doutrinas essenciais, Direito ambiental*. São Paulo: RT, 2011. v. 4.
- MUKAI, Toshio. *Direito ambiental sistematizado*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2002.
- ONU. Declaração do Rio de Janeiro sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, aprovada pela Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, em 1992. Disponível em: <<http://www.onu.org.br/rio20/img/2012/01/rio92.pdf>>. Acesso em: 21 abr. 2014.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *Algumas notas sobre a dimensão ecológica da dignidade da pessoa humana e sobre a dignidade da vida em geral*. In A Dignidade da vida e os direitos fundamentais para além dos humanos. Brasília: Fórum, 2008.
- SILVA, José Afonso da. *Direito ambiental constitucional*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

A CLÁUSULA CONSTITUCIONAL DE PROIBIÇÃO DE PARTIDOS POLÍTICOS TOTALITÁRIOS

Viviane Pleyzy¹

1. INTRODUÇÃO

A constitucionalização dos Partidos Políticos teve seu início no período do pós-2ª Guerra Mundial com a Constituição Italiana de 1947 e a Constituição Alemã de 1949.² Atentos ao legado deixado pela 2ª Guerra Mundial, período “negro” da História, que assistiu a chegada ao Poder de Partidos Políticos de cunho totalitário aliado ao fim de regimes ditatoriais que se prosseguiu em alguns países, as Constituições passaram a incluir em seus textos cláusulas proibitivas de formação e funcionamento de Partidos Políticos Totalitários.

O reconhecimento estatal dos Partidos Políticos através da sua constitucionalização revela o reconhecimento da sua importância para a Democracia, uma vez que são considerados intermediários entre a vontade popular e o acesso e exercício dos cargos políticos, tendo em vista que possuem o monopólio sobre as candidaturas.

A Democracia transformou-se, então, em Democracia de Partidos em que a existência de Partidos Políticos representantes das diversas vontades presentes em uma sociedade pluralista é condição vital do regime Democrático.

¹ Viviane Pleyzy. Mestre em Direito Constitucional pela Universidade de Coimbra. Especialista em Direito Constitucional pela Universidade Estácio de Sá. Especialista em Direito Eleitoral pela Universidade Cândido Mendes. Assessora jurídica do Tribunal Regional Eleitoral do Estado do Rio de Janeiro.

² Nos Estados Unidos da América, os Partidos Políticos surgiram em meados do século XIX e foram legalizados rapidamente. Nos países da Europa, o surgimento de Partidos Políticos ocorreu no mesmo período, mas a sua legalização foi tardia, somente ocorrida após a 2ª Guerra Mundial. (URBANO, Maria Benedita. Representação Política e Parlamento: Contribuindo para uma Teoria Político-Constitucional dos Principais Mecanismos de Protecção do Mandato Parlamentar. Coimbra, Almedina, 2009, p. 54 e 55).

A Democracia, portanto, assenta-se no pluralismo político existente em uma sociedade. Nesse ponto, uma indagação se impõe: Em que medida uma cláusula constitucional proibitiva da existência e funcionamento de Partidos pelo fato destes defenderem uma ideologia totalitária é legítima tendo em vista que Democracia significa, em larga escala, pluralismo político, liberdade de associação e expressão?

Em outras palavras, é possível que a Democracia Constitucional proíba a existência de Partidos totalitários, sendo a Democracia a sedimentação de um pluralismo político consubstanciada na convivência de ideologias políticas diferentes?

A ideologia totalitária se caracteriza, principalmente, pela vontade de por termo a uma Democracia instaurada estabelecendo um regime contrário ao pluralismo, autoritário em que o homem é reduzido a um mero objeto. Segundo Paulo Otero, *“o totalitarismo é, deste modo, a ideologia por excelência de um Estado desumano ou contrário à dignidade da pessoa humana”*.³

A experiência alemã durante o período da 2ª Guerra Mundial demonstra que Partidos totalitaristas chegaram ao poder por vias democráticas, ou seja, Partidos Políticos que objetivavam por fim a Democracia se aproveitaram do próprio jogo democrático para aniquilá-la, instaurando um regime ditatorial, um dos mais universalmente repudiados devido às atrocidades cometidas.

Nessa senda, haverá um direito de defesa da Democracia, no sentido de proibir que se aproveite do próprio sistema democrático para destruí-la? Será um direito ou será um paradoxo?

São esses questionamentos que se busca responder nas próximas linhas. Para tanto, analisar-se-á o regime constitucional dos Partidos Políticos em diversos países e o Acórdão nº 17/94 proferido pelo Tribunal Constitucional de Portugal, cujo objeto foi o julgamento de uma associação política que defendia uma ideologia totalitária.

2. O REGIME CONSTITUCIONAL DOS PARTIDOS POLÍTICOS NO DIREITO COMPARADO

A Constituição Portuguesa de 1976 reconhece a liberdade de formação dos Partidos Políticos como um direito fundamental (art. 51º. 1)⁴. A liberdade de

³ OTERO, Paulo. A democracia Totalitária: Do Estado Totalitário à Sociedade Totalitária. A influência do Totalitarismo na Democracia do Século XXI. Cascais: PRINCIPIA, Publicações Universitárias e Científicas, 2001, p. 19.

⁴ “Art. 51.1. A liberdade de associação compreende o direito de constituir ou participar em associações e partidos políticos e de através deles concorrer democraticamente para a formação da vontade popular e a organização do poder político”.

fundação e de atuação partidária constitui a liberdade externa dos Partidos no sentido de protegê-los contra possíveis ingerências estaduais. Há, porém, limites a liberdade externa dos Partidos Políticos relativos à sua extinção e suspensão. O art. 46.º 4 da Constituição da República Portuguesa (CRP)⁵ proíbe a organização de associações racistas ou que perfilhem ideologia fascista. De acordo com o art. 104.º, da Lei Orgânica do Tribunal Constitucional (LTC), cabe ao Tribunal Constitucional ordenar a extinção de um partido político.⁶

Em Portugal, a Lei nº 64/78 regula a proibição de organizações que perfilhem a ideologia fascista. Podemos afirmar que o grande avanço desta lei consiste na amplitude do conceito de organizações fascistas que abrange, de acordo com o art. 2.º 1, *“qualquer concentração ou conjugação de vontades ou esforços, com ou sem auxílio de meios materiais, com existência jurídica, independente da forma, ou apenas de facto, de carácter permanente ou apenas eventual”*. Acrescenta, ainda, a referida lei, conforme o art. 2.º 2, que são considerados *“organizações ou associações, ainda que sem personalidade jurídica, os partidos e movimentos políticos, as comissões especiais, as sociedades e as empresas”*. Logo, pode-se concluir que o controle almejado pela lei recai inclusive sobre as associações de fato, as que embora não possuindo existência jurídica, existem no plano social.

A liberdade interna dos Partidos Políticos significa a proibição de um controle ideológico-programático e a não admissibilidade de controle sobre a sua organização interna. O art. 51.º 5 da CRP⁷ impõe, no entanto, limites a liberdade interna dos Partidos Políticos no sentido de obediência ao Princípio Democrático. De acordo com o Dr. Canotilho *“deu-se, assim, guarida à idéia, defendida por alguns autores, de que a democracia de partidos postula a democracia nos partidos”*⁸.

A democracia interna do Partido Político veda a adesão ao princípio do chefe, ou seja, todos os membros do Partido devem ter atuação efetiva corroborando para a formação da vontade partidária possuindo liberdade de expressão, direito à oposição e direito à igualdade de tratamento.

⁵ “Art. 46.º 4. Não são consentidas associações armadas nem de tipo militar, militarizadas ou paramilitares, nem organizações racistas ou que perfilhem a ideologia fascistas”.

⁶ Nesse sentido, CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e teoria da constituição. Almedina, 7 ed., 2010, p. 317 e 318.

⁷ Art. 51.º 5. Os partidos políticos devem reger-se pelos princípios da transparência, da organização e da gestão democráticas e da participação de todos os seus membros”.

⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e teoria da constituição. Almedina, 7 ed., 2010, p. 319.

De acordo com o Dr. Paulo Otero, uma das características do regime totalitário é a *“fulanização do exercício do poder através de um líder forte cuja vontade arbitrária vale como lei”*⁹, ou seja, *“todo o modelo totalitário assenta, por conseguinte, na existência de um chefe forte e carismático que, encarnando os desejos da colectividade e protagonizando as suas profundas aspirações, se transforma em alma de todo um povo, vocacionado que está, por direito próprio, para apontar caminhos e conduzir todos em busca dos ideais comuns”*¹⁰.

Nesse sentido, afirmamos que o dever de obediência à Democraticidade interna e, conseqüentemente, a proibição do princípio do chefe, constitui, também, uma cláusula de salvaguarda da Democracia, uma blindagem do Regime Democrático.

Na Itália também é possível observar a existência de disposição constitucional de proibição de Partidos Políticos de índole totalitária. Nos termos *“da disposição XII das normas transitórias da Constituição de 1947, proíbe-se a reorganização, sob qualquer forma, do partido fascista que havia sido dissolvido, cumprindo-se, em consequência, a obrigação assumida pelo Estado italiano no artigo 17.º do Tratado de Paz”*¹¹.

A Constituição Francesa no seu art. 4º também limita a constituição e o exercício das atividades partidárias ao respeito aos Princípios da Soberania Nacional e da Democracia¹².

Na Grécia, a Constituição prevê no seu art. 29.1 que a organização e o funcionamento dos Partidos Políticos devem servir ao livre funcionamento do sistema democrático¹³.

Na Alemanha, o direito dos Partidos Políticos foi profundamente marcado por experiências históricas. Vale lembrar que a primeira República Alemã (1918-

⁹ OTERO, Paulo. A democracia Totalitária: Do Estado Totalitário à Sociedade Totalitária. A influência do Totalitarismo na Democracia do Século XXI. Cascais: PRINCIPIA, Publicações Universitárias e Científicas, 2001, p. 38.

¹⁰ OTERO, Paulo. A democracia Totalitária: Do Estado Totalitário à Sociedade Totalitária. A influência do Totalitarismo na Democracia do Século XXI. Cascais: PRINCIPIA, Publicações Universitárias e Científicas, 2001, p. 39.

¹¹ OTERO, Paulo. A democracia Totalitária: Do Estado Totalitário à Sociedade Totalitária. A influência do Totalitarismo na Democracia do Século XXI. Cascais: PRINCIPIA, Publicações Universitárias e Científicas, 2001, p. 231.

¹² CAMBY, Jean Pierre. L'article 4 de la constitution: d'une reconnaissance de la liberté des partis politiques à des exigences de droit in Revue Du Droit et de la Science Politique en France et à L'Étranger, n. 2, 1998.

¹³ FORURIA, Eduardo Virgala. Los Partidos políticos ilícitos tras la LO 6/2002 in Teoría y Realidad Constitucional, nº 10-11. Universidad Nacional de Educación a Distancia: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 2002-2003, p. 214.

1933) assistiu a chegada ao Poder de Partidos Políticos radicais que destruíram a Democracia e possibilitou a instauração da ditadura nacional-socialista. Por isso a Lei Fundamental alemã prevê no seu art. 21º que *“os partidos colaboram na formação da vontade política do povo”* sendo livre a sua formação, mas impõe alguns limites de obediência ao Princípio Democrático quanto a sua organização interna e proíbe a existência de Partidos inconstitucionais, mediante decisão do Tribunal Constitucional Federal¹⁴.

De acordo com Otto Bachof, *“a razão de ser de toda esta regulamentação reside na idéia de que um Estado democrático não pode ser governado por partidos com uma estrutura antidemocrática. Partidos dotados de uma estrutura interna antidemocrática serão sempre tentados a conduzir o poder público de forma também antidemocrática”*¹⁵.

Partidos inconstitucionais são aqueles que por seus objetivos ou pelas suas atitudes tentam prejudicar ou eliminar a ordem fundamental democrática e livre ou pôr em perigo a existência da República Federal da Alemanha. A disposição constitucional proibitiva de Partidos inconstitucionais rompe com o pensamento dominante na Primeira República de que a Democracia podia suprimir a si mesma de forma legal, uma Democracia relativista, optando pela Democracia militante, que permite a defesa do Estado Democrático através da proibição de Partidos totalitários. A Democracia relativista do período da Primeira República Alemã preconizava que *“se a Democracia consiste em fazer valer a vontade do povo, esta teria que ser respeitada mesmo que se propusesse eliminar a Democracia anulando para o futuro a validade da própria vontade popular”*¹⁶.

Na Alemanha, a proibição de partidos de índole totalitária foi utilizada em dois casos. Em 1952, em relação ao Partido Imperial Socialista, uma organização de extrema direita de inspiração nacional-socialista que foi declarada inconstitucional; e em 1956, da mesma forma, foi proibido o funcionamento do Partido Comunista da Alemanha. Neste último caso, o Tribunal entendeu que um Partido não é inconstitucional apenas por não reconhecer os Princípios que regem a Ordem Democrática, para o reconhecimento da inconstitucionalidade de um Partido é necessária uma atitude belicosa ativa e agressiva perante a

¹⁴ BACHOF, Otto. O direito eleitoral e o direito dos partidos políticos na República Federal da Alemanha. (Tradução do Dr. Renato Correia). Coimbra, 1982, p. 16.

¹⁵ BACHOF, Otto. O direito eleitoral e o direito dos partidos políticos na República Federal da Alemanha. (Tradução do Dr. Renato Correia). Coimbra, 1982, p. 18 e 19.

¹⁶ BACHOF, Otto. O direito eleitoral e o direito dos partidos políticos na República Federal da Alemanha. (Tradução do Dr. Renato Correia). Coimbra, 1982, p. 19.

Ordem vigente e que suas atividades sejam dirigidas ao combate da Ordem Democrática livre.

Nesta decisão, o Tribunal Constitucional Alemão excluiu do âmbito de abrangência da norma o mero controle ideológico dos objetivos do Partido ao afirmar que a decisão de inconstitucionalidade incide sobre as atitudes políticas, uma interpretação restritiva do preceito constitucional. Apesar desta proibição, existe, hoje, uma organização sucedânea do Partido extinto, o Partido Comunista Alemão. Embora a lei proíba taxativamente a formação de uma organização em substituição a um Partido que tenha sido considerado inconstitucional, não há qualquer objeção à fundação do novo Partido. Tal postura demonstra uma preferência dos órgãos dos Estados em evitar que o Partido organize e efetive suas atividades na clandestinidade, pois dessa forma é possível auferir o quanto insignificante é sua representatividade política. Atuando na ilegalidade, o Partido poderia afirmar possuir mais partidários do que realmente possui.

No ordenamento jurídico espanhol, os Partidos Políticos possuem expressa previsão constitucional no art. 6º, CE¹⁷ em que são considerados a expressão do pluralismo político e instrumento fundamental da participação política. Acrescenta o referido artigo que a criação e o exercício da sua atividade são livres dentro do respeito à Constituição e da lei e que a sua estrutura e funcionamento internos devem ser democráticos. Por serem considerados associações, os Partidos Políticos também se submetem aos limites fixados a elas no art. 22, CE¹⁸. De acordo com o art. 22.2, CE, as associações que possuem objetivos e utilizem meios tipificados como delitos pelo Código Penal devem ter declarada a sua ilegalidade por delito associativo. Portanto, embora a Constituição fale de ilegalidade, é o Código Penal que descreve as condutas tipificadas como tal, por isso I. Otto Pardo afirma que a legislação penal é o único limite da atuação dos Partidos Políticos.

No mesmo sentido, Jiménez Campo entende que no ordenamento espanhol não há que se falar em partidos inconstitucionais, porque se trataria de um controle ideológico sobre os Partidos Políticos que carece de fundamentação constitucional. Segundo o autor, somente a dignidade humana possui o condão

¹⁷ “Art. 6 – Los Partidos Políticos expresan el pluralismo Político, concurren a la formación de la voluntad popular y son instrumento fundamental para la participación política. Su creación y el ejercicio de su actividad son libres dentro del respeto a la Constitución y a la ley. Su estructura interna y funcionamiento deberán ser democráticos.”

¹⁸ “Artículo 22.

1. Se reconoce el derecho de asociación.

2. Las asociaciones que persigan fines o utilicen medios tipificados como delito son ilegales.”

de limitar as atividades e o programa partidário. De acordo com A. Rodriguez, a cláusula de respeito à Constituição possui caráter meramente pedagógico.

Contudo, filiamo-nos a tese defendida por Eduardo Vírgala Foruria de que a Constituição não estabelece que o único limite aos Partidos Políticos sejam as restrições de cunho penal. O exercício da atividade partidária é livre dentro do respeito à Constituição, logo cabe um controle da ideologia, bem como das atividades, de um Partido. Conforme o autor, não é possível a defesa de uma ideologia que preconize uma ordem constitucional radicalmente diversa da vigente; os Partidos Políticos possuem um dever genérico de obediência ao ordenamento jurídico espanhol e adesão aos postulados ideológicos contidos na Constituição, este é o sentido da democracia militante que não permite a modificação do ordenamento constitucional.

Conforme o Professor Javier Tajadura Tejada, o legislador pode impor mais limites a atividade dos partidos do que as previstas na lei penal. O constituinte, ao regular os Partidos Políticos no art. 6º, CE, impôs limites adicionais aos previstos para as associações no art. 22º, CE, e esses limites não tem que forçosamente se consubstanciar em normas penais. Defender o contrário implica em renúncia expressa da própria defesa da Constituição.

O Tribunal Constitucional teve a oportunidade de se manifestar sobre a matéria através da ação de inconstitucionalidade STC 48/2003 interposta pelo governo da Comunidade autônoma Vasca que recaía sobre a Lei Orgânica 6/2002, que diz no seu preâmbulo e no art. 9º¹⁹ que a sua finalidade é assegurar o respeito dos Partidos aos princípios democráticos e aos direitos humanos.

A ação se referia a uma suposta percepção de que a lei recorria a um modelo de democracia militante, em virtude da qual se imporia como limite aos partidos a necessidade de comungar com um determinado regime e sistema político e respeitar o texto constitucional.

O Tribunal decidiu que a lei não acolhe o modelo de democracia militante. Distinguiu as ideias e os fins proclamados por um Partido de suas atividades, destacando que os únicos fins explicitamente vetados são aqueles que incorrem

¹⁹ “Art. 9 – Los partidos políticos ejercerán libremente sus actividades. Deberán respetar em las mismas los valores constitucionales, expressados em los principios democráticos y em los derechos humanos. Desarrollarán las funciones que constitucionalmente se les atribuyen de forma democrática y com pleno respeto al pluralismo”.

em ilícito penal, de sorte que qualquer objeto e objetivo são compatíveis com a Constituição sempre e quando não se defenda uma atividade que vulnere os princípios democráticos e os direitos fundamentais dos cidadãos. Contudo, contraditoriamente, o Tribunal deixou muito claro que os preceitos da lei incidem sobre a atividade dos Partidos e não sobre o seu programa.

O professor Oscar Alzaga defende que o artigo 6º, CE, permite um controle externo (atividades contrárias à lei), outro controle ideológico-programático (na medida em que se atente contra o texto ideológico da Constituição), e, por último, um controle estrutural e funcional que permita exigir uma democracia interna.

Igualmente compreensivos com o estabelecimento de limites aos fins dos Partidos, tem se mostrado os professores Morodo e Lucas Murillo, que entendem ser o Código Penal a barreira principal do controle jurisdicional sobre os Partidos, porém esse controle não exclui a existência de formas de controle da constitucionalidade que alcancem seus fins. Cabe, no entanto, esclarecer que essa posição é minoritária, o que tem prevalecido majoritariamente na doutrina constitucional espanhola é a ilegitimidade constitucional do estabelecimento de qualquer tipo de controle sobre os fins dos Partidos Políticos.

De acordo com o Professor Javier Tajadura Tejado, o Estado Constitucional é legitimado a defender-se dos seus inimigos, expulsando da vida política e do mundo do direito aqueles que aspiram à substituição da ordem política baseada na dignidade do homem e no direito a sua autodeterminação individual. Isso implica em optar por uma concepção ampla da dimensão externa do princípio da constitucionalidade dos Partidos. Uma concepção que não reduza o alcance do controle dos Partidos a suas atividades, mas que amplie esse controle também aos seus fins. Conforme leciona o mencionado professor, *"o que está em jogo não é o caráter militante ou não da Democracia, e sim o fundamento axiológico do conceito político de Constituição"*²⁰.

O Tribunal Europeu dos Direitos Humanos (TEDH) também se pronunciou algumas vezes a respeito da matéria. Todas as sentenças do TEDH relativas a Partidos Políticos tiveram origem nas dissoluções ocorridas na Turquia, tendo em conta que este país havia proibido o funcionamento de quinze Partidos antes de 2001. O art.

²⁰ TAJADURA TEJADA, Javier. La dimension externa del principio de constitucionalidad de los partidos políticos em el ordenamiento jurídico español in Teoria Y Realidad Constitucional, n. 12/13, 2003-2004, p. 249.

11²¹ da Convenção Européia de Direitos Humanos (CEDH) somente faz referência ao direito de associação dos sindicatos, mas o TEDH tem decidido que se trata de um rol exemplificativo e nada impede sua aplicação aos Partidos Políticos devido a seu caráter essencial para o adequado funcionamento da Democracia e, principalmente, em vista da importância da Democracia para o sistema da Convenção.

Segundo as decisões do TEDH, de acordo com o art. 11.2 CEDH, são necessários três requisitos para a dissolução de um partido: a previsão em norma jurídica escrita, finalidade legítima e a real necessidade para o bom andamento e continuidade da Democracia²². E acrescenta, ainda, que sempre que um Partido Político cuja liderança incite a utilização de violência e defenda uma política incompatível com as regras da Democracia tendo como objetivo a sua destruição e vulneração dos direitos e liberdades, não pode reclamar a proteção da Convenção contra as sanções impostas por estas razões²³.

No direito brasileiro, a CRFB assegura aos Partidos Políticos autonomia para definir sua estrutura interna e funcionamento (art. 17, CRFB). Porém, *“a autonomia partidária não poderá realizar-se sem observância dos princípios básicos enunciados na Constituição, especialmente o respeito à soberania nacional, o regime democrático, o pluripartidarismo e os direitos fundamentais da pessoa humana”*²⁴.

Dessa forma, afirmamos que também o Direito Brasileiro optou por uma cláusula de salvaguarda do regime democrático, contudo o assunto carece de tratamento jurisprudencial, desenvolvimento doutrinário e regulamentação

²¹ “Artigo 11.º

(Liberdade de reunião e de associação)

1. Qualquer pessoa tem direito à liberdade de reunião pacífica e à liberdade de associação, incluindo o direito de, com outrem, fundar e filiar-se em sindicatos para a defesa dos seus interesses.

2. O exercício deste direito só pode ser objecto de restrições que, sendo previstas na lei, constituírem disposições necessárias, numa sociedade democrática, para a segurança nacional, a segurança pública, a defesa da ordem e a prevenção do crime, a protecção da saúde ou da moral, ou a protecção dos direitos e exercício destes direitos aos membros das forças armadas, da polícia ou da administração do Estado”.

²² SSTEDH Partido comunista da Turquia de 1998, ponto 37; Partido socialista de Turquia e outros v. Turquia de 25 de maio de 1998, ponto 31; Partido da Liberdade e da Democracia v. Turquia de 8 de dezembro de 1999, ponto 28; Partido do bem estar da Turquia de 2001, ponto 36; Partido do Trabalho e do Povo de Turquia de 2002, ponto 34 apud FORURIA, Eduardo Vírgala. Los Partidos políticos ilícitos tras la LO 6/2002 in Teoría y Realidad Constitucional, nº 10-11. Universidad Nacional de Educación a Distancia: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 2002-2003, p. 216.

²³ SSTEDH Partido do Bem estar de Turquia de 2001, ponto 47; Partido do Trabalho e do Povo de Turquia de 2002, ponto 49 apud FORURIA, Eduardo Vírgala. Los Partidos políticos ilícitos tras la LO 6/2002 in Teoría y Realidad Constitucional, nº 10-11. Universidad Nacional de Educación a Distancia: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 2002-2003, p. 216.

²⁴ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Editora Saraiva, 2º Ed., 2008, p. 126.

aprofundada, pois embora a Lei 9096/95, Lei dos Partidos Políticos, estabeleça a competência do TSE para o julgamento de ação que vise à extinção dos Partidos Políticos (art. 28, Lei 9096/95) e que deve ser precedida de processo regular que assegure ampla defesa (art. 28, Lei 9096/95) fica a dúvida se, conforme o modelo português, o conceito de Partido Político será abrangente o suficiente para abarcar as associações políticas de fato.

A delimitação do conceito de Partido Político para fins de extinção é importante, uma vez que no direito brasileiro a existência jurídica de um partido ocorre com o seu registro no Cartório de Registro Civil das Pessoas Jurídicas da Capital Federal (art. 8º da Lei 9096/95) e posterior arquivamento do seu estatuto perante o TSE (art. 9º da Lei 9096/95). Se considerarmos que somente pode ser alvo de ação de extinção, os Partidos Políticos que possuem existência jurídica na forma da lei, o preceito não abarcará as associações políticas que possuem vida na clandestinidade e, conseqüentemente, a Justiça Eleitoral não será competente para decidir tal ação.

Defendemos uma interpretação extensiva do termo Partido Político, nos moldes do direito português, pois não há dúvida de que na maioria das vezes as associações políticas antidemocráticas possuem existência à margem da legalidade. Não podemos, também, deixar de recorrer à interpretação teleológica do preceito, uma vez que a vontade do legislador constituinte certamente foi a de expurgar da vida social associações que objetivem pôr fim ao Regime Democrático Constitucional. Não faz sentido restringir o alcance da norma apenas a Partidos Políticos com existência jurídica. Contudo, como já dito anteriormente, o assunto carece de um tratamento adequado na doutrina e na jurisprudência.

Em que pese a carência de tratamento aprofundado do assunto, não podemos deixar de mencionar e aplaudir a escolha do legislador ao optar por um rol de legitimados para propor ação que vise a extinção de Partido Político que abrange qualquer eleitor, representante de partido e o Procurador-Geral Eleitoral (art. 28, § 2º, da Lei 9096/95).

Diante de todo o exposto concluímos que os países citados optaram por um direito de defesa do Regime Democrático. Apesar de haver uma tendência reducionista deste direito, como vimos no julgamento do Partido Comunista Alemão e na ação de inconstitucionalidade da Lei Ordinária nº 6/2002 pelo Tribunal Constitucional Espanhol, no sentido de somente alcançar as atividades do Partido, defendemos uma interpretação extensiva do direito de forma a abarcar também um controle ideológico.

3. BREVE ANÁLISE DO ACÓRDÃO Nº 17/94 PROFERIDO PELO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PORTUGUÊS

O Acórdão nº 17/94 foi proferido no Processo nº 364/91 em que o Procurador-Geral da República requereu a declaração de extinção da organização denominada MOVIMENTO DE ACÇÃO NACIONAL – M.A.N., por se tratar de uma “organização que perfilha a ideologia fascista”, com base no art. 46º, nº 4, da Constituição da República Portuguesa (CRP) e dos artigos 1º a 8º da Lei nº 64/78.

A organização denominada “M.A.N.” foi criada no ano de 1985 por um grupo de jovens residentes na área da Amadora com objetivo de atuar ativamente na política nacional, *“desencadeando um processo revolucionário que culminaria com o derrube do sistema político-constitucional vigente e a instrução de um modelo de Estado, designado de Estado Nacionalista”*.²⁵

A organização utilizava um periódico para divulgar seus objetivos e filosofia, um jornal nacionalista de combate ao sistema. Dos textos publicados resulta que o “M.A.N.” se autodefinia como uma organização cultural e política caracterizada por uma Terceira Atitude que se coloca em oposição ao Capitalismo e ao Socialismo e como um movimento antidemocrático.

Tendo como finalidade o derrube por via revolucionária do regime democrático instaurado em Portugal, os membros do “M.A.N.” formavam militantes, *“aos quais incute a exaltação da colectividade nacional, a sobreposição dos interesses desta aos dos indivíduos, o culto da pureza da raça e do corpo, da ordem, da disciplina e da hierarquia”, possuindo “como modelos inspiradores a Alemanha sob a direcção de Hitler, a Itália sob a direcção de Mussolini e Portugal sob a direcção de Oliveira Salazar”*²⁶.

O M.A.N. e os seus militantes defendiam a não coexistência de diferentes raças no mesmo espaço territorial e eram contrários a miscigenação, pois significa a degradação da cultura própria de cada raça. Dos jornais publicados pelo “M.A.N.” extraem-se trechos em que se defende o repatriamento dos *“negros, indianos e outros de origem não europeia”* para assegurar *“a sobrevivência da Nação Portuguesa”*, e se combate *“a entrada de imigrantes de cor no nosso País*

²⁵ Trecho retirado do Acórdão nº 17/94 do Tribunal Constitucional de Portugal, Disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19940017.html>. Acesso em 05 de abril de 2010.

²⁶ Trecho retirado do Acórdão nº 17/94 do Tribunal Constitucional de Portugal, Disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19940017.html>. Acesso em 05 de abril de 2010.

e nos restantes Países Europeus", por não se poder aceitar que "gente de outras raças ocupe os nossos postos de trabalho" e nos "obrigue a seguir os seus próprios costumes tribais", nem que "os culpados pelo envenenamento e assassinato de uma juventude da nossa raça, através do tráfico de droga e da retransmissão do vírus da SIDA, circulem à vontade nas ruas das nossas cidades"²⁷.

No mesmo jornal utilizado pela organização política foi publicado artigo de cunho antisemita.

O "M.A.N." condenava comportamentos diferenciados, principalmente o consumo de droga, a prostituição e a homossexualidade.

Embora não tenha restado comprovada a intenção de uma captação global do movimento "Skin Head" pelo "M.A.N.", vários elementos deste movimento filiaram-se a organização.

Alguns membros do "M.A.N." se envolveram em ações violentas: um confronto físico com cidadãos cabo verdianos em novembro de 1988; um conflito que resultou na morte de uma pessoa que ocorreu diante da sede do Partido Socialista Revolucionário em outubro de 1989; a agressão a dois de nacionalidade espanhola sob o pretexto de que estes se encontrariam a consumir substâncias entorpecentes em novembro de 1989; a agressão a dois casais de raça negra em dezembro de 1989; e no decurso de uma ação policial levada a efeito pelo PSP em que ocorreu a morte de uma pessoa, alguns integrantes do "M.A.N." foram encontrados portando instrumentos de agressão.

Cabe esclarecer que não foi comprovado que os atos de violência resultaram de apelos feitos pelo "M.A.N." ou seus dirigentes, ou que foram previstos e desejados por eles.

Por ocasião da realização de diligências no âmbito do inquérito e da investigação policial em fevereiro de 1991, os dirigentes do Movimento decidiram dissolvê-lo, pondo fim a sua atividade, sem intenção de retomá-la.

Como já dito anteriormente, o art. 46º da CRP reconhece a todos os cidadãos "o direito de, livremente e sem dependência de qualquer autorização, constituir associações, desde que estas não se destinem a promover a violência e os respectivos fins não sejam contrários à lei penal", e acrescenta o nº 4 do mesmo artigo que

²⁷ Os trechos do jornal foram retirados do Acórdão nº 17/94 do Tribunal Constitucional de Portugal, Disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19940017.html>. Acesso em 05 de abril de 2010.

“não são consentidas associações armadas nem de tipo militar, militarizadas ou paramilitares, nem organizações que perfilhem a ideologia fascista”.

A Lei nº 64/78 regulamenta o art. 46, nº 4, CRP no tocante a proibição das organizações fascistas. O art. 1º²⁸ do Diploma reproduz a proibição do art. 46, nº 4, CRP; o art. 2º²⁹ define o conceito de organizações fascistas e o art. 3º³⁰ descreve as características destas organizações.

O art. 4º do referido diploma trata das consequências jurídicas do descumprimento da proibição, *“consequências essas que serão de duas ordens: por um lado, a extinção, no mesmo acto em que sejam objecto dessa qualificação, das organizações judicialmente declaradas como perfilhando a ideologia fascista, com o impedimento do exercício, por si ou através de qualquer dos seus membros, directamente ou através de qualquer organização sucedânea, de toda e qualquer actividade e, bem assim, com a perda dos seus bens patrimoniais a favor do Estado, sem prejuízo dos direitos de terceiros de boa fé”*³¹.

O disposto no art. 4º da Lei 64/76 não exclui a punição criminal dos fundadores, responsáveis, bem como daqueles que participaram das atividades ilícitas, que, segundo o art. 5º do referido diploma, poderá ser de dois a oito anos de prisão.

Embora a lei separe processualmente o reconhecimento judicial de uma organização como perfilhando a ideologia fascista e a sua extinção das

²⁸ *“São proibidas as organizações que perfilhem a ideologia fascista.”*

²⁹ *“1 – Para o efeito do disposto no presente decreto, considera-se que existe uma organização sempre que se verifique qualquer concertação ou conjugação de vontades ou esforços, com ou sem auxilio de meios materiais, com existência jurídica, independentemente da forma, ou apenas de facto, de carácter permanente ou apenas eventual.*

2 – Consideram-se, nomeadamente, como constituindo organizações ou associações, ainda que sem personalidade jurídica, os partidos e movimentos políticos, as comissões especiais, as sociedades e as empresas.”

³⁰ *“1 – Para o efeito do disposto no presente decreto, considera-se que perfilham a ideologia fascista as organizações que, pelos seus estatutos, pelos seus manifestos e comunicados, pelas declarações dos seus dirigentes ou responsáveis ou pela sua actuação, mostrem adoptar, defender, pretender difundir ou difundir efectivamente os valores, os princípios, os expoentes, as instituições e os métodos característicos dos regimes fascistas que a História regista, nomeadamente o belicismo, a violência como forma de luta política, o colonialismo, o racismo, o corporativismo ou a exaltação das personalidades mais representativas daqueles regimes.*

2 – Considera-se, nomeadamente, que perfilham a ideologia fascista as organizações que combatam por meios antidemocráticos, nomeadamente com recurso à violência, a ordem constitucional, as instituições democráticas e os símbolos da soberania, bem como aquelas que perfilhem ou difundam ideias ou adoptem formas de luta contrária à unidade nacional.”

³¹ Trecho retirado do Acórdão nº 17/94 do Tribunal Constitucional de Portugal, Disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19940017.html>. Acesso em 05 de abril de 2010.

consequências jurídico-criminais, há uma relação necessária de dependência e complementaridade entre os dois institutos. Isso porque *“a decisão judicial que qualifique uma organização como perfilhando a ideologia fascista é ‘condição de punibilidade’ dos fundadores, responsáveis, membros ou simples participantes na atividade dessa organização”*³².

Ao debruçar-se sobre a questão se o Movimento de Acção Nacional constitui verdadeiramente uma “organização”, o Tribunal Constitucional alerta que o que o art. 46, nº 4, CRP proíbe não é *“a adesão individual à ideologia fascista, nem toda e qualquer forma de manifestação pública, defesa ou propaganda dessa ideologia; é tão só, a existência de ‘organizações’ que se proponham tal objeto ou finalidade”*³³.

A Lei 64/76 traz um conceito muito amplo de “organização”, um conceito de cunho sociológico, ou seja, de “organização” como sistema social. Desta forma, é irrelevante à configuração jurídica da entidade em causa, sendo suficiente, de acordo com a lei, “qualquer concertação de vontades ou esforços” para sua caracterização.

O Tribunal Constitucional de Portugal decidiu que *“não sofre dúvida que o Movimento de Acção Nacional – M.A.N. constituía uma “organização”, tal como esta realidade é concebida no preceito legal ora em causa. É essa, na verdade, uma conclusão que seguramente se impõe, face, por um lado, a quanto vem de dizer-se sobre o sentido e alcance do mesmo preceito e, por outro, à matéria de facto que o Tribunal deu oportunamente como provada”*³⁴.

Quanto à qualificação jurídica do “M.A.N”, o Tribunal Constitucional de Portugal dispôs que: *“É certo que o Movimento de Acção Nacional nunca assumiu a ‘forma’ de uma pessoa jurídica (naturalmente de índole associativa), mantendo-se sempre como mero ‘ente de facto’, e que é justamente a este ‘ente de facto’ – e não, importa sublinhá-lo aqui, à associação juridicamente ‘formalizada’ – que lhe serviu de instrumento: a ‘Associação Cultural Acção Nacional’ – que reporta o pedido de qualificação e declaração de extinção formulado no presente processo. Tal circunstância, porém, é irrelevante, pois, como se viu, a configuração jurídica*

³² Trecho retirado do Acórdão nº 17/94 do Tribunal Constitucional de Portugal, Disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19940017.html>. Acesso em 05 de abril de 2010.

³³ Trecho retirado do Acórdão nº 17/94 do Tribunal Constitucional de Portugal, Disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19940017.html>. Acesso em 05 de abril de 2010.

³⁴ Trecho retirado do Acórdão nº 17/94 do Tribunal Constitucional de Portugal, Disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19940017.html>. Acesso em 05 de abril de 2010.

da entidade social que, em cada caso, esteja em questão é de todo indiferente para incluí-lo ou subsumi-la no âmbito do artigo 2º da Lei nº 64/78”³⁵.

Nesse diapasão, o Tribunal Constitucional decidiu que o Movimento de Acção Nacional constituía uma “organização”, do tipo “movimentos políticos”, nos moldes do previsto no art. 2º, nº 1 da Lei nº 64/78.

Após concluir pela tipificação do “M.A.N”, como “organização”, o Tribunal seguiu a um segundo problema, qual seja, o de saber se a organização constituída pelo “M.A.N” deve ser qualificada como “perfilhando a ideologia fascista”.

Certamente a definição de “ideologia fascista” é uma tarefa complexa. Para tanto, o Tribunal utilizou o Parecer nº 11/77 da Comissão Constitucional, que diz, para efeito da Lei nº 64/78, “*considera-se que perfilham a ideologia fascista as organizações que, pelos seus estatutos, pelos seus manifestos e comunicados, pelas declarações dos seus dirigentes ou responsáveis ou pela sua actuação, mostrem adoptar, defender, pretender difundir ou difundir efectivamente os valores, os princípios, os expoentes, as instituições e os métodos característicos dos regimes fascistas que a História regista, nomeadamente o belicismo, a violência como forma de luta política, o colonialismo, o racismo, o corporativismo ou a exaltação das personalidades mais representativas daqueles regimes*”³⁶.

E acrescenta, ainda, o referido parecer: “*Considera-se, nomeadamente, que perfilham a ideologia fascista as organizações que combatam por meios antidemocráticos, nomeadamente com recurso à violência, a ordem constitucional, as instituições democráticas e os símbolos da soberania, bem como aquelas que perfilhem ou difundam idéias ou adoptem formas de luta contrária à unidade nacional*”³⁷.

Embora o Tribunal tenha afirmado que algumas características do “M.A.N.” se aproximam ou correspondem efetivamente ao referido no art. 3º da Lei nº 64/78, foi questionado, tendo em vista que não se provou o carácter violento da organização que perfilhe ideologia fascista”, para os efeitos da Lei nº 64/78.

³⁵ Trecho retirado do Acórdão nº 17/94 do Tribunal Constitucional de Portugal, Disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19940017.html>. Acesso em 05 de abril de 2010.

³⁶ Trecho retirado do Acórdão nº 17/94 do Tribunal Constitucional de Portugal, Disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19940017.html>. Acesso em 05 de abril de 2010.

³⁷ Trecho retirado do Acórdão nº 17/94 do Tribunal Constitucional de Portugal, Disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19940017.html>. Acesso em 05 de abril de 2010.

Contudo, o Tribunal Constitucional não respondeu a referida questão por considerá-la desnecessária face à comprovada dissolução definitiva do Movimento, antes, inclusive, do requerimento introdutório da ação. Dessa forma, o decretamento da extinção deixa de ter sentido, uma vez que a organização se encontrava extinta.

Esse ponto do acórdão que julgou desnecessária a caracterização de “organização que perfilhe a ideologia fascista”, na nossa humilde visão, reside a fragilidade da decisão, pois não foi levado em consideração que a decisão que declara a extinção de uma organização é “condição objetiva de punibilidade” dos crimes previstos na Lei nº 64/76, o caráter pedagógico de um acórdão dessa natureza e, principalmente, o seu alcance que proíbe a formação de organização sucedânea.

O Tribunal Constitucional decidiu pela improcedência, pelo fato da organização, Movimento de Ação Nacional, se encontrar dissolvida, o que tornou a ação carecedora de objeto.

4. CONCLUSÃO

Os principais regimes totalitários nasceram e tiveram seu fim durante o século XX, o que não nos permite afirmar que o totalitarismo seja uma realidade completamente afastada ou superada. O xenofobismo, o nacionalismo étnico e o fundamentalismo são uma ameaça para o Estado Constitucional.

O atual regime chinês, em que pese uma progressiva abertura econômica, talvez mais por razões de sobrevivência num mundo capitalista globalizado, demonstra a existência de um regime situado entre o marxismo-leninismo e o maoísmo, de matriz totalitária inquestionável.

O sistema político existente em diversos Estados africanos e asiáticos, mesmo que sob uma roupagem formal de democracia, revelam a existência da ameaça totalitária.

A Europa, durante os anos 80 e 90, assistiu o enaltecimento de movimentos políticos extremistas herdeiros de modelos totalitários do passado.

Ocorre que na atualidade, a defesa do totalitarismo encontra-se arraigada em partidos e movimentos políticos dos Estados pluralistas, ou seja, inseridos no sistema democrático. Esse fenômeno é definido por Paulo Otero como “*democratização formal de partidos dotados de uma orientação ideológica não democrática*”³⁸.

³⁸ OTERO, Paulo. A democracia Totalitária: Do Estado Totalitário à Sociedade Totalitária. A influência do

Assim como sucedeu com o fascismo na Itália e o nazismo na Alemanha, os Partidos Políticos extremistas procuram combater o sistema se aproveitando dele. Submetem-se ao sufrágio eleitoral e procuram captar *“os desiludidos do sistema democrático, especialmente através da repescagem dos abstencionistas”*³⁹.

Nesse ponto, cabe ponderar se o Estado deve ou não adotar uma postura de afastar da política os partidos e as organizações políticas que objetivem eliminar a Democracia através da própria Democracia.

Afinal, haverá um direito de defesa da Democracia?

Otto Bachof alerta *“que se trata de uma arma perigosa. A possibilidade da proibição de partidos poderia induzir um governo à tentação de eliminar partidos oponentes sob o pretexto de inconstitucionalidade”*.⁴⁰

Não se pode olvidar que este tipo de proibição implica em discriminação ideológica, uma aparente violação do princípio da igualdade e da própria democraticidade do sistema, além de limitar a liberdade de associação política. Eis aqui um paradoxo: a Democracia garante os seus valores através de derrogações não democráticas do princípio democrático.

Contudo, em que pese tais argumentos, com Dr. Paulo Otero, afirmamos que *“a tolerância e o pluralismo político garantidos por uma Constituição não podem ser usados para destruir a própria Constituição e a ordem de valores por ela garantida em torno da tolerância e do pluralismo”*⁴¹.

A interpretação de um preceito constitucional objetivando extrair dele um direito que justifique a destruição dos valores basilares da própria ordem constitucional constitui *“abuso de Constituição”* ou *“abuso de Democracia”*. Desta forma, aproveitar-se da Democracia para destruí-la é sempre um ato ilícito e, portanto, constitucionalmente inadmissível.

A defesa da Constituição é, nesse contexto, legítima e necessária.

Totalitarismo na Democracia do Século XXI. Cascais: PRINCIPIA, Publicações Universitárias e Científicas, 2001, p. 149.

³⁹ OTERO, Paulo. A democracia Totalitária: Do Estado Totalitário à Sociedade Totalitária. A influência do Totalitarismo na Democracia do Século XXI. Cascais: PRINCIPIA, Publicações Universitárias e Científicas, 2001, p. 150 e 151.

⁴⁰ BACHOF, Otto. O direito eleitoral e o direito dos partidos políticos na República Federal da Alemanha. (Tradução do Dr. Renato Correia). Coimbra, 1982, p. 19 e 20.

⁴¹ OTERO, Paulo. A democracia Totalitária: Do Estado Totalitário à Sociedade Totalitária. A influência do Totalitarismo na Democracia do Século XXI. Cascais: PRINCIPIA, Publicações Universitárias e Científicas, 2001, p. 269.

5. BIBLIOGRAFIA

- Acórdão nº 17/94 do Tribunal Constitucional de Portugal, Disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19940017.html>. Acesso em 05 de abril de 2010.
- BACHOF, Otto. O direito eleitoral e o direito dos partidos políticos na República Federal da Alemanha. (Tradução do Dr. Renato Correia). Coimbra, 1982.
- BIEZEN, Ingrid Van. Sobre o equilíbrio interno do poder: as organizações partidárias nas novas democracias in *Análise Social*, Vol 33, n. 148, 1998.
- CAMBY, Jean Pierre. L'article 4 de la constitution: d'ue reconnaissance de la liberte des partis politiques à des exigences de droit in *Revue Du Droit et de la Science Politique en France et à L'Étranger*, n. 2, 1998.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e teoria da constituição. Almedina, 7. ed., 2010.
- Constitución Española. Disponível em http://em.wikipedia.org/wiki/Spanish_Constituição_of_1978. Acesso em 05 de abril de 2010.
- Constituição da República Portuguesa. Disponível em <http://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>. Acesso em 11 de abril de 2010.
- FOFURIA, Eduardo Vírjala. Los Partidos políticos ilícitos tras la LO 6/2002 in *Teoria y Realidad Constitucional*, nº 10-11. Universidad acional de Educación a Distancia: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 2002-2003.
- GARCÍA GUERRERO, José Luís. Algunas cuestiones sobre la constitucionalización de los partidos políticos in *Revista de Estudios Politicos*, n. 70, 1990.
- Lei nº 28/82, Sobre Organização, Funcionamento e Processo do Tribunal Constitucional. Disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/legislacao0101.html#art104>. Acesso em 11 de abril de 2010.
- Lei nº 64/78. Disponível em http://www.igf.min-financas.pt/inflegal/bd_legis_feral_docs/LEI_064_78.htm. Acesso em 05 de abril de 2010.
- Lei nº 9096/95. Disponível em http://www.amperj.org.br/store/legislacao/eleitorais/L9096-partidos_politicos.pdf. Acesso em 13 de abril de 2010.
- MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocência Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Editora Saraiva, 2º Ed., 2008.
- MORAES, Guilherme Peña. Constituição da República Federativa do Brasil. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007.

OTERO, Paulo. A democracia Totalitária: Do Estado Totalitário à Sociedade Totalitária. A influência do Totalitarismo na Democracia do Século XXI. Cascais: PRINCIPIA, Publicações Universitárias e Científicas, 2001.

PINTO, Djalma. Direito Eleitoral: Improbidade Administrativa e Responsabilidade Fiscal. São Paulo: Editora Atlas, 4. Ed, 2008.

STERNHELL, Zeev. O Eterno Retorno Contra a Democracia a Ideologia da Decadência. Lisboa: Editorial Bizâncio, 1999.

TAJADURA TEJADA, Javier. La dimension externa del princípio de constiutucionalidad de los partidos políticos em el ordenamiento jurídico español in Teoria Y Realidad Constitucional, n. 12/13, 2003-2004.

Impressão e acabamento:
CPGRAF/SED
TRF 2ª Região

Rua Acre, 80 - 22º andar ♦ Centro ♦ Rio de Janeiro ♦ RJ
☎ (0xx21) 2282-8304 ♦ 2282-8530 ♦ 2282-8599 ♦ 2282-8465
Fax: 2282-8449 ♦ <http://emarf.trf2.jus.br/site/>

