

BOLETIM CONTEÚDO JURÍDICO N. 892

(Ano XI)

(09/02/2019)

ISSN - 1984-0454



BRASÍLIA - 2019

Conselho Editorial

MARCELO FERNANDO BORSIO (MG): Pós-doutor em Direito da Seguridade Social pela Universidade Complutense de Madrid. Pós-Doutorando em Direito Previdenciário pela Univ. de Milão. Doutor e Mestre em Direito Previdenciário pela Pontifícia Universidade Católica/SP.

FRANCISCO DE SALLES ALMEIDA MAFRA FILHO (MT): Doutor em Direito Administrativo pela UFMG.

RODRIGO LARIZZATTI (DF/Argentina): Doutor em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidad del Museo Social Argentino - UMSA.

MARCELO FERREIRA DE SOUZA (RJ): Mestre em Direito Público e Evolução Social u, Especialista em Direito Penal e Processo Penal.

KIYOSHI HARADA (SP): Advogado em São Paulo (SP). Especialista em Direito Tributário e em Direito Financeiro pela FADUSP.

SERGIMAR MARTINS DE ARAÚJO (Montreal/Canadá): Advogado com mais de 10 anos de experiência. Especialista em Direito Processual Civil Internacional. Professor universitário.

País: **Brasil**. Cidade: **Brasília – DF**. Endereço: SIG SUL, Q. 01, lote 495, sala 236, Ed. Barão do Rio Branco, CEP. 70610-410. Tel. (61) 991773598

Contato: editorial@conteudojuridico.com.br
WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR

SUMÁRIO

COLONISTA DA SEMANA



04/02/2019 Alexandre Santos Sampaio

» [A necessidade de relativização do bem de família de alto valor](#)

ARTIGOS

08/02/2019 Emmanuel Teófilo Furtado Filho

» [Por que estudamos direito comparado?](#)

08/02/2019 Vanessa Jéssica Mansur Silva

» [A evolução do ativismo judicial: o papel do Judiciário como legislador positivo](#)

08/02/2019 Renata Simonetto Gonçalves

» [A ultraceleridade na operação Lava Jato](#)

07/02/2019 Valdinei Cordeiro Coimbra

» [A rigidez do princípio da presunção de inocência na ADPF 144 versus sua relativização na ADC 30 após a Lei da Ficha Limpa](#)

07/02/2019 José Galbio de Oliveira Júnior

» [O juízo arbitral e o controle de constitucionalidade difuso](#)

07/02/2019 Emmanuel Teófilo Furtado Filho

» [Da incompatibilidade do trabalho intermitente regulamentado pela Lei nº 13.467 de 2017 com a Constituição Federal de 1988](#)

07/02/2019 Tauã Lima Verdán Rangel

» [A responsabilidade civil do Estado pela ineficiência da preservação do patrimônio cultural da humanidade: o reconhecimento da ofensa à coletividade humana](#)

06/02/2019 Thiago Castro Praxedes

» [O conceito material da culpabilidade: do vínculo psicológico à reprovabilidade.](#)

06/02/2019 Matheus de Almeida

» [Movimentos sociais na luta por direitos: os pensamentos críticos de Karl Marx e Niklas Luhmann](#)

05/02/2019 Alessandro Dorigon

» [O princípio da insignificância e sua aplicação nos crimes de improbidade administrativa](#)

05/02/2019 Reginaldo Miranda Vieira

» [Tempo, duração razoável do processo e prisão preventiva](#)

05/02/2019 Eduardo Luiz Santos Cabette

» [O decreto do Presidente Bolsonaro sobre posse de armas de fogo: algumas questões pontuais](#)

05/02/2019 Tauã Lima Verdán Rangel

» [A participação da sociedade civil como instrumento de fiscalização dos contratos públicos: pequenas reflexões aos princípios da eficiência, da publicidade e da audiência pública como paradigma de controle](#)

04/02/2019 Fabio Martins Di Jorge

» [O que mudou ou foi incluído no novo decreto sobre armas?](#)

04/02/2019 Tauã Lima Verdán Rangel

» [A Lei de acesso à informação em destaque: ponderações ao reconhecimento do direito à informação como fundamental à luz da moldura constitucional](#)

04/02/2019 Mylena Devezas Souza

» [Servidor público grevista: uma comparação entre Brasil e Colômbia](#)

A NECESSIDADE DE RELATIVIZAÇÃO DO BEM DE FAMÍLIA DE ALTO VALOR

ALEXANDRE SANTOS SAMPAIO:

Advogado. Mestre em Direito pelo UniCEUB - Centro Universitário de Brasília. Especialista em Direito Público pela Associação Educacional Unyahna. Especialista em Direito Civil pela Universidade Federal da Bahia. Bacharel em Direito pela Universidade Católica do Salvador. Bacharel em Administração pela Universidade do Estado da Bahia.

Neste breve texto procurar-se-á analisar sobre os limites da impenhorabilidade do bem de família^[1], uma proteção que decorre dos direitos fundamentais, de índole constitucional, de propriedade e de moradia. Buscar-se-á definir as balizas da proteção conferida ao devedor e quando será possível ocorrer a penhora do único imóvel familiar, mais especificamente nos grandes e suntuosos imóveis urbanos.

Isso porque nem a lei nem a jurisprudência definem a contento em que situações um imóvel de grande valor pode ser, por exemplo, fracionado ou levado a leilão para saldar dívidas dos credores. Prepondera, atualmente, a regra da impenhorabilidade absoluta do bem de família^[2], salvo em casos específicos, como no caso de fiador em contrato de locação residencial^[3].

Assim cabe indagar: até que ponto proprietário de mansão pode ter protegido o seu patrimônio em detrimento de dívidas inadimplidas, algumas, até mesmo, de natureza alimentar, como débitos trabalhistas, que também merecem proteção?

É indubitável que se faz necessário garantir um patrimônio mínimo ao devedor e, também, manter a sua dignidade como ser humano, que não pode ser despido, totalmente, de suas posses, principalmente quando está em situação financeira delicada, com várias dívidas vencidas.

No entanto, não parece adequado que tal devedor tenha uma proteção exacerbada de imóvel de grande valor enquanto há dívidas que podem ser

saldadas, ainda que parcialmente, caso o imóvel venha a ser fracionado ou levado a leilão com parte do produto da venda destinado para outro imóvel de menor valor.

O imóvel urbano de grande valor, denominado de mansão e enquadrável como bem de família, é protegido pela Constituição Federal e pela Lei nº 8.009/90 da mesma que um casebre diminuto e de pouca relevância financeira. Esta ausência de limites para qualquer bem de família parece, deveras, exagerada. Isso porque não há um disciplinamento específico, nem legal ou jurisprudencial, versando sobre bens imóveis de grande valor.

Já houve uma tentativa de disciplinar imóveis de grande valor, mas o projeto de lei, na parte em que versava sobre a possibilidade de penhora de imóveis suntuosos, foi vetado ao argumento de quebraria “o dogma da impenhorabilidade absoluta do bem de família”. De igual forma, às vezes que o Poder Judiciário se debruçou sobre o tema prevaleceu a impenhorabilidade absoluta do bem de família. É necessário, portanto, propor alternativas e soluções.

Em verdade, a lei não faz ressalva na impenhorabilidade do imóvel onde reside a família e a jurisprudência, quando foi instada a se manifestar sobre o tema, foi comedida, como dito, preferindo proteger o devedor inadimplente, mesmo quando possuidor de imóvel familiar suntuoso.

A Lei nº 8009/90, em seu art. 2º, garante também a impenhorabilidade dos móveis que guarnecem a casa, mas excepciona as obras de arte e adorno suntuosos. De igual modo, o art. 833, inciso II, do Código de Processo Civil, garante os móveis que guarnecem a residência do executado, mas afasta a proteção dos móveis de elevado valor que ultrapassem as necessidades comuns correspondentes a um médio padrão de vida.

Não obstante, a Lei não excepciona a proteção da impenhorabilidade de imóveis de elevado valor, notadamente aqueles que extrapolam o padrão de vida do brasileiro mediano.

A própria origem do instituto de bem de família decorre de uma exceção criada no direito norte-americano, conhecido como “Homestead Exemption Act”, de 1839, que dava proteção para a pequena propriedade. Vê-se

que, em seu nascedouro, buscava-se proteger a pequena propriedade e não grandes imóveis.

É nessa senda que se questiona: será possível levantar a proteção de um direito fundamental de moradia? Até que ponto eventual atingimento de um bem de família pode significar a violação do direito fundamental de moradia e da dignidade da pessoa humana?

Diante do ordenamento jurídico pátrio é indubitável que existe um patrimônio mínimo intocável, um núcleo essencial, que deve ser protegido mesmo em caso de atingimento de um bem de família, mas o excesso de proteção, sem ressalvas, acaba por privilegiar em demasia o devedor em detrimento do credor que também deve ter seu direito protegido frente a abusos, em especial diante daqueles que possuem patrimônio elevando, ainda que considerado imóvel de bem de família.

Nessa linha, da mesma forma que é certo que um devedor não pode pagar suas dívidas em detrimento de sua dignidade e sua integridade física, como na obra de Shakespeare, o mercador de Veneza, em que o cobrador exigia uma libra de carne do devedor inadimplente, certo também é que o crédito deve ser satisfeito na medida do possível, contanto que seja protegido o núcleo patrimonial mínimo do devedor.

Ainda mais quando o devedor possui, por exemplo, um único imóvel que vale milhões. Neste caso, ainda que seja o único imóvel, o seu fracionamento ou até mesmo a sua venda para saldar as dívidas é medida salutar que vai ao encontro de um direito contratual saudável, amparado na boa-fé.

Claro que o devedor não poderá ser deixado desprotegido, ao relento, sem uma moradia, mas esta pode ser de valor inferior, dentro de padrões medianos de mercado, da mesma forma que ocorre com os móveis que guarnecem a casa.

Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco^[4] explicam que o direito à moradia integra o rol de direitos sociais:

O direito à moradia passou a integrar o rol dos direitos sociais do art. 6º em 14 de fevereiro de 2000, por meio da

Emenda Constitucional n. 26. Sua introdução ao texto constitucional reflete entendimento já externado pelo Estado brasileiro no plano internacional.

A essencialidade do direito à moradia é proclamada, por exemplo, na Declaração Universal dos Direitos da Pessoa Humana (art. 25) e no Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (art. 11).

Continuam os mencionados doutrinadores^[5] discorrendo que “como direito fundamental, o direito à moradia possui tanto natureza negativa quanto positiva. Em relação à natureza negativa, ou seja, direito de defesa, o direito à moradia impede o indivíduo de ser arbitrariamente privado de possuir uma moradia digna. Merece destaque, nesse aspecto, a proibição de penhora do chamado bem de família (Lei n. 8.009/90)”.

É certo que o instituto do bem de família visa resguardar o devedor de ter constricto a integralidade de seu patrimônio, mas o ordenamento jurídico também visa resguardar o credor. Portanto, a solução para este impasse seria a utilização do instituto do patrimônio mínimo do devedor. Ele teria a proteção de um patrimônio mínimo, que garanta a sua dignidade, mas não a integralidade do seu patrimônio, de alto valor. Assim, haveria uma harmonização entre a proteção do devedor e a satisfação do credor.

Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald^[6] explicam que a Constituição Federal propõe uma releitura dos institutos clássicos fundamentais do estatuto patrimonial, funcionalizando-os para a promoção da dignidade da pessoa humana e da solidariedade social.

Apontam que a garantia de um patrimônio mínimo se relaciona à própria dignidade da pessoa humana, constituindo como um aspecto essencial para o reconhecimento da dignidade. E o aspecto mais contundente desta busca de proteção ao patrimônio mínimo é o bem de família. Tal garantia, ponderam os autores, podem sofrer variação a depender das circunstâncias pessoais de cada titular.

A de se ressaltar também que a nebulosidade da Lei e da Jurisprudência, no que tange aos limites de proteção do bem de família, gera uma insegurança entre credores e devedores, ambos aflitos em buscar no ordenamento um porto seguro para os seus conflitos.

Diante do imbróglio entre devedor e credor, é necessário, sempre, razoabilidade e bom senso, como tudo na vida, em especial no Direito. A justa medida é, como diria Aristóteles na ética a Nicômaco, o meio termo entre o excesso e a carência^[7].

Se há excesso de patrimônio do devedor inadimplente e carência de pagamento para o credor, deve-se buscar um meio termo para que, ambas as partes, saiam, ainda que parcialmente, com suas necessidades atendidas.

Do exposto, conclui-se que pode e deve ser relativizado o bem de família, ainda que sem expressa autorização legal, na hipótese de bem imóvel de grande valor, mesmo que bem de família, sem descurar de, no caso concreto, buscar equilíbrio entre a garantia do devedor de ter sua moradia e dignidade resguardada e o direito do credor de receber o que lhe é devido.

Referências

BIELSCHOWSKY, Raoni Macedo. Notas sobre a jusfundamentalidade: ou apontamentos sobre o problema de todo direito ser considerado fundamental. Revista RIL Brasília, n. 208, out./dez. 2015, p. 81-100.

CAVALCANTE FILHO, João Trindade. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. Disponível

em: <[ndadade_teorias_geral_dos_direitos_fundamentais.pdf>. Acesso em: 15/01/2018.](http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portaltvjustica/portaltvjusticanoticia/anexo/joao_tri</p></div><div data-bbox=)

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. 4ª ed. Salvador: JusPodivm, 2010.

Declaração Universal dos Direitos Humanos. Disponível em: <http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf>. Acesso em: 15/01/2019.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2014.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito Civil: Teoria Geral*. 8ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

FIUZA, César. *Direito Civil*. 8ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. *Notas sobre o direito constitucional norte-americano*. Disponível em: <http://www.arnaldogodoy.adv.br/publica/notas_sobre_o_direito_constitucional_norte_americano.html>. Acesso em: 15/01/2019.

MARMELSTEIN, George. *Curso de Direitos Fundamentais*. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2014.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

MORAES, Alexandre de. *Direitos Humanos Fundamentais*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 1998.

PEREIRA, Luciano Meneguetti. *As dimensões de direitos fundamentais e a necessidade de sua permanente reconstrução enquanto patrimônio de todas as gerações*. Disponível em: <[http://www.aems.com.br/conexao/edicaoatual/Sumario-2/downloads/2013/3/1%20\(35\).pdf](http://www.aems.com.br/conexao/edicaoatual/Sumario-2/downloads/2013/3/1%20(35).pdf)>. Acesso em: 15/01/2019.

VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil*, 4.ª edição, Atlas, 2004.

NOTAS:

[1] Art. 1º da Lei 8.009/90: "O imóvel residencial próprio do casal, ou da entidade familiar, é impenhorável e não responderá por qualquer tipo de dívida civil, comercial, fiscal, previdenciária ou de outra natureza, contraída pelos

cônjuges ou pelos pais ou filhos que sejam seus proprietários e nele residam, salvo nas hipóteses previstas nesta lei. Parágrafo único. A impenhorabilidade compreende o imóvel sobre o qual se assentam a construção, as plantações, as benfeitorias de qualquer natureza e todos os equipamentos, inclusive os de uso profissional, ou móveis que guarnecem a casa, desde que quitados”.

[2] STF. RE 605709. 1ª Turma. Redatora para o Acórdão Ministra Rosa Weber. Julgamento em: 12/06/2018.

[3] Súmula 549 do STJ: “É válida a penhora de bem de família pertencente a fiador de contrato de locação”. (Súmula 549, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 14/10/2015, DJe 19/10/2015)

[4] MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015. Pág. 657.

[5] MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015. Pág. 658.

[6] FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Direito Civil: Teoria Geral. 8ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. Pág. 454-455.

[7] ARISTÓTELES. Tradução de L. Vallandro e G. Bornheim da versão inglesa de W. D. Ross. São Paulo, Abril, 1987. (Coleção Os Pensadores).

POR QUE ESTUDAMOS DIREITO COMPARADO?

EMMANUEL TEÓFILO FURTADO FILHO:

Professor Universitário. Doutor em direito.

RESUMO^[1]: O presente artigo destina-se a desenvolver, a partir de pesquisa bibliográfica, um panorama do estado atual do que se entende por Direito Comparado atualmente na doutrina dos países europeus, buscando contribuir para a discussão do tema no Brasil.

PALAVRAS-CHAVE: Direito comparado. Objeto. Procedimentos. Finalidade.

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO. 2 DESENVOLVIMENTO. 2.1 Objeto e procedimentos do direito comparado. 2.2 Finalidade do Direito Comparado. 3 CONCLUSÃO. 4 REFERÊNCIAS

1 INTRODUÇÃO

Em tempos de abolição das fronteiras comunicacionais entre as diversas regiões do mundo, e de reforço das relações internacionais entre estados, sociedades, instituições, empresas, etc, o estudo do direito comparado passa a ganhar uma nova importância nas manifestações práticas e teóricas do direito.

Também têm dado impulso a novos questionamentos de matiz comparatista a ascensão de organizações internacionais com vocação de auto-afirmarem-se supranacionais e evidentemente construir um direito supranacional, fenômeno protagonizado pela União Europeia. Isso porque, como é evidente, construir um direito supranacional reclama compreender *a priori* o todo dos direitos internos dos países envolvidos, o que estimula a proliferação de pesquisas e práticas de direito comparado, em seus mais diversos aspectos: direito comparado como disciplina jurídica, como prática jurídica, como objeto de ensino, como razão de ser de diversas instituições, etc. Mas não só: a busca por uma renovação de categorias ou conceitos jurídicos e por sua adequação à realidade social, econômica, política, humana; o interesse no enriquecimento da reflexão sobre o direito, como melhoria de regras e práticas jurídicas nacionais, têm levado a uma acentuação da abordagem comparativa do direito. Diante disso, não é

exagero afirmar-se que, se um dia foi tido como uma disciplina secundária, desde pelo menos a partir da segunda metade do século XX, o direito comparado tem sido considerado uma das vias essenciais de acesso à realidade jurídica, seja em sua dimensão prática seja em sua dimensão teórica.

Hoje há unanimidade em entender o direito comparado como disciplina científica que busca conhecer e sobretudo compreender os direitos estrangeiros.^[2] E para alcançar esse conhecimento e essa compreensão dos direitos estrangeiros, mas também para evitar certos riscos de erro, o direito comparado implementa diversos métodos. Esses métodos são tão essenciais ao direito comparado que essa disciplina, no fundo e antes de tudo, se apresenta ela mesma como um método de aproximação desses direitos (embora quanto a isso não haja mais unanimidade^[3]). Portanto, a maior parte dos comparatistas parece estar de acordo em considerar que, se o direito comparado é vocacionado ao conhecimento de direitos estrangeiros, a própria essência desse processo reside em seu método.^[4]

Ocorre que esse método não é pensado de uma maneira coletiva e deliberada. Dispomos apenas de reflexões esparsas e de grande qualidade sobre métodos do direito comparado. Se observarmos os trabalhos de direito comparado, perceberemos que não há consenso nem sequer uma segmentação clara de opiniões anunciadas na doutrina que respondam claramente a questões essenciais daqueles que se lançam em uma empreitada comparatista.

O que devemos comparar exatamente: sistemas, ramos do direito, disciplinas jurídicas ou regras? Em que, no fundo, consiste a comparação e como se deve proceder? Seria mais conveniente insistir nas semelhanças e diferenças ou só nas diferenças? Qual a razão de ser ou o interesse do direito comparado? Serve para para difusão do estrangeiro interno no estrangeiro, sua harmonização, ou mesmo sua unificação? Quais são os procedimentos ou as técnicas aptas para se alcançarem os diversos objetivos possíveis? O direito comparado deve ser tido como uma disciplina específica, autônoma ou cada disciplina do direito nacional deve individualmente se abrir para comportar dimensões comparatistas? Qual é, no fundo, a finalidade última e essencial do direito comparado? Todas essas perguntas, que o comparatista encontra a cada giro de seu trabalho, permanecem normalmente sem uma resposta geral, o que traz a falsa sensação de que todas

as posições poderiam ser admitidas. De que todas as posições seriam a priori aptas a originar trabalhos de mesmo valor.

Isso porém não é uma conclusão verdadeira. O que pretendemos aqui é, portanto, apresentar, no estado atual das discussões, o que há de uniformidade quanto ao método e à finalidade do direito comparado, contribuindo assim para estimular um retorno às discussões sobre a essência do direito comparado.

Sob o título “Por que estudamos o direito comparado?”, queremos mostrar, num primeiro momento, o que é o direito comparado, a partir do estudo do que hoje se entende serem seu objeto e seus procedimentos (item 2.1), para, num segundo momento, responder mais especificamente à pergunta principal lançada, apresentando o que se busca ou o que se deve buscar alcançar empreendendo em um trabalho de direito comparado à luz do estado atual dos estudos em matéria de fundamentos do direito comparado (item 2.2). Antes, porém, uma explicação para situar o que quero dizer ao me referir ao estado atual das discussões.

2. DESENVOLVIMENTO

2.1 OBJETO E PROCEDIMENTOS DO DIREITO COMPARADO

A pergunta “por que estudamos direito comparado” foi o que desencadeou e o que conduziu os debates do Primeiro Congresso Internacional de Direito Comparado, realizado em 1900, em Paris.^[5] Não que antes não se fizesse direito comparado. Basta lembrar que as duas primeiras faculdades de direito do Brasil (a de Olinda e a de São Paulo 1827) dispunham, em sua grade curricular, ainda no século XIX, de uma disciplina dedicada ao tema, tendo como “Lentes” Clóvis Bevilacqua e João Monteiro^[6]. Também na França, por exemplo, em 1830, já havia no tradicional College de France a disciplina “História Geral e Filosofia da Legislação Comparada”, conduzida por Leminier.^[7]

Mas no Congresso, houve uma internacionalização do movimento. Foi um primeiro estímulo ao estudo do objeto e das metodologias do direito comparado. De lá para cá, foram relevantes os trabalhos produzidos pela Revista Internacional de Direito Comparado, fundada em 1949, e - por que não? - também local e internacionalmente os publicados pelo Instituto Brasileiro de Direito comparado.

Um grande volume de trabalhos acerca da metodologia do direito comparado tem sido publicado desde então. Ao tratar do estado atual dos debates acerca dos fundamentos do direito comparado, apresento um apanhado do que é consideravelmente uniforme dentre os mais relevantes trabalhos produzidos desde última década do século XX até hoje, pois notei que, a partir de tal período, a doutrina parece ter voltado a se questionar sobre os fundamentos do direito comparado, trazendo uma renovação da reflexão metodológica comparativa.

O direito comparado constitui esta disciplina científica que busca conhecer e sobretudo compreender os direitos estrangeiros. Falar sobre o objeto do direito comparado é dizer, primeiro, o que pode ser considerado como direito estrangeiro e, segundo, como um trabalho de direito comparado pode apreender esses direitos estrangeiros. A palavra “estrangeiros” deve ser entendida em sentido amplo: ela cobre efetivamente todos os outros direitos, especialmente os direitos nacionais, mas também supranacionais, e até mesmo internacional, se eles são estudados à luz de um outro direito, em particular, um direito interno.^[8]

Ao comparatista, o adjetivo deve ser compreendido como todos os direitos que não são o seu próprio. Interessando-se aos estudo esses direitos, os comparatistas tendem necessariamente a relacionar o que eles não sabem ainda ou não compreenderam ainda àquilo que já sabem ou já compreenderam de seu próprio sistema jurídico.

Seu direito serve, portanto, como referência. É a partir dessa referência e em relação a ela, que é conhecida, que podemos caminhar nos direitos desconhecidos. Um trabalho de direito comparado pode apreender os direitos estrangeiros de três maneiras bem distintas: a) Globalmente, como sistemas jurídicos ou conjuntos jurídicos, quando se objetiva a evidenciar características gerais e especificidades^[9]; b) Sistemáticamente, para escolher contudo não ordens jurídicas no seu conjunto, mas, dentro dessas ordens jurídicas, um corpo completo de regras^[10]; c) Pontualmente, considerando somente, esta ou aquela norma particular, de uma ou algumas ordens jurídicas estrangeiras para confrontá-las, mas as aproximando do contexto proveniente.^[11]

Essas comparações podem assim, em cada caso, operar ora entre dois ou várias ordens jurídicas estrangeiras, ou mesmo na quase totalidade dos principais

entre eles. Quanto mais ordens jurídicas, mais ambiciosa será a empreitada comparatista. No geral, atualmente, fazem um recorte regional, ou um recorte de países membros de determinada organização internacional.

A unanimidade quanto ao procedimento reside na certeza da diferença entre direito comparado e direito estrangeiro. Todo conhecimento procede em maior ou menor grau da comparação: o frio não se revela que se já provamos do calor; não sabemos o que é o vermelho, se já não nos tivermos deparado com o amarelo ou o verde. Mas para se considerar direito comparado, o estudo não pode se resumir ao exame de uma legislação ou de legislações estrangeiras.

O direito comparado é essencialmente comparativo na medida em que ele não descreve um direito estrangeiro por ele mesmo, mas sempre em relação a um outro direito: ele é como uma introdução aos outros direitos, destinada àqueles que, tendo em vista sua cultura jurídica já adquirida, entendem o compreender a partir do que já sabem ou já compreenderam do direito, do seu direito ou dos direitos que conhecem.

Uma vez que um jurista não conhece outro direito, ele vai tender naturalmente a abordar suas regras com referência às suas. A própria noção de direito comparado comporta, portanto, uma dimensão relativa: um inglês que estuda o direito inglês, por exemplo, não faz direito comparado. Um francês que estuda o direito francês não faz direito comparado. Eles estão a instruir-se apenas de seus próprios direitos respectivos.

A descoberta do direito inglês só se revela como direito comparado se ela for empreendida por um jurista não inglês, que tende a compreender e a explicar em função de seu próprio aparelho conceitual e cultural. Ou ainda quando um jurista inglês ou francês tenta fazer compreender seu próprio direito a juristas não ingleses ou não franceses, colocando-se em seu lugar.

Nós somos espontaneamente conduzidos a tentar aproximar o desconhecido ou o mal conhecido ao conhecido; o diferente ou análogo ao idêntico. Assim, o comparatista apresenta-se como uma espécie de tradutor. Ou, mais exatamente, um tradutor-intérprete. Sua arte não se aplica somente às línguas em que experimenta os direitos considerados, o que deve ser efetivamente

objeto de tradução: se aplica sobretudo aos direitos eles mesmos, que pretendem ser revelados.

Em suma, o estudo da legislação estrangeira pode fazer parte da abordagem comparatista, mas com ela não se confunde; o comparatista deve buscar comparar a legislação estrangeira com o próprio direito; um direito conhecido com pelo menos um direito desconhecido; deve ser estruturado de forma a torná-lo acessível aos juristas de outras culturas; aliás, recomenda-se que os trabalhos partam de uma referência inicial ao direito conhecido, como um trampolim, facilitando o salto ao desconhecido. Isso porque, se assim não proceder, o processo comparatista não alcançará sua finalidade.

2.2 FINALIDADE DO DIREITO COMPARADO

Tendo tratado brevemente do que se tem como consenso quanto a elementos definidores do direito comparado relacionados ao seu objeto e ao seu procedimento, trataremos da sua finalidade. Traduzindo o que se quer dizer com a finalidade do direito comparado, podemos formular a seguinte indagação: o que se espera obter como resultado quando se lança a uma empreitada comparatista?

É um truísmo dizer que o direito comparado permite de compreender melhor os outros direitos. Também é evidente que o direito comparado mostra-se importante para melhorar as relações entre as sociedades. Mas o direito comparado vai além desses fins. Para obter qualquer verdade sobre mim mesmo, é indispensável passar pelo outro. O outro “é o mediador indispensável entre o mim e o mim mesmo”^[12]. Nesse sentido, o direito comparado permite compreender melhor não apenas os outros direitos, mas o seu próprio direito. Esse é, na verdade, o interesse essencial do direito comparado, que tem, como efeitos, o de esclarecer o direito de referência - que se supunha conhecer.

A empreitada comparatista permite, pelo menos a certo estado do processo, relativizar o valor do próprio direito: onde nós somos naturalmente levados a crê-lo como universal, natural, necessário, tanto que nós não conhecemos senão ele, a comparação o releva, de uma certa maneira, pelo menos, particular, relativo, convencional. E buscando explicar as características relativas dos direitos, o direito permite de melhor penetrar no seu próprio direito. Podemos dizer que a utilidade que se busca nas pesquisas de direito comparado é de se sentir um pouco deslocado no estrangeiro, no desconhecido, para se encontrar

um pouco em si mesmo.^[13] É o de tentar compreender em que e até que ponto essa ordem jurídica outra permanece outra.

É importante saber também dar o devido valor às divergências entre os direitos. O contrário de um erro não é necessariamente uma verdade. Pode ser um outro erro, diferente do precedente. No entanto, a utilidade do direito comparado, segundo algumas concepções, vai ainda mais além. Não só permite compreender melhor os outros direitos. Não só contribui para melhorar as relações entre as sociedades. Não só viabiliza uma melhor compreensão do próprio direito. Ele permite revelar que, paralelamente aos direitos que podem ser relativamente estrangeiros uns aos outros, existe um outro direito, para o qual os direitos nacionais não são algumas de suas encarnações particulares.^[14]

Esse outro direito não é um direito completo que, em todos seus princípios, regras ou normas, será totalmente e tecnicamente operatório: não é também um direito obrigatório da mesma forma que são os direitos positivos. É um direito que se impõe aos direitos internos a partir de seu próprio interior. Porque eles não poderiam ser admitidos como direito se eles não respondessem de determinada forma.^[15]

Por exemplo, o direito comparado permite concluir que, quaisquer que sejam as infinitas variações dos direitos nacionais, não haveria processo digno deste nome se as partes não puderem debater contraditoriamente os fatos da causa e as regras aplicáveis no litígio; e não haveria verdadeiro contraditório se as partes não pudessem, nesse debate, dispor de liberdade de manifestação e igualdade em forma mínima. Permite perceber que não se pode haver uma democracia digna deste nome sem liberdade de voto, sem pluralismo político, sem liberdade de opinião, sem liberdade de informação.

Ora, o direito é também uma linguagem e como tal, todo direito deve materializar e materializar-se uma comunicação. Toda linguagem, para que seja linguagem, deve obedecer a certas condições. O direito comparado não é apenas um método de aproximação dos direitos estrangeiros uns aos outros. Ele tende também a revelar que existe o direito independentemente de suas manifestações particulares; permite demonstrar que não podemos chamar democracias ou estados de direito os regimes que, fundamentalmente, desprezam a vontade popular ou esmagam a dignidade da pessoa.

3 CONCLUSÃO

Ao tentar responder a pergunta que intitula este texto, concluiu-se que o direito comparado tem por finalidade, a partir do estudo de um sistema estrangeiro, permitir a compreensão do próprio direito tido como referência, além de conduzir o comparatista à percepção de um direito que existe além dos ordenamentos estatais.

4 REFERÊNCIAS

BEVILAQUA, Clóvis. **Historia da Faculdade de Direito do Recife**: 11 de agosto de 1827 - 11 de agosto de 1927 . Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1927. 2v, p. 49.

BLAGOJEVIC, Borislav T. Droit comparé- méthode ou science. **Revue Internationale de Droit Comparé**, Paris, v. 5, n. 4, p. 649-657. 1953.

CARPANO, Eric; MAZUYER, Emmanuelle. **Les grands systèmes juridiques étrangers**: Allemagne, Arabie Saoudite, Brésil, Chine, Egypte, Etats-Unis, Inde, Royaume-Uni. Paris: Gualino-Lextenso, 2009.

DAVID, René; GORÉ, Marie; JAUFFRET-SPINOSI, Camille. **Les grandes systèmes de droit contemporains**. 12. ed. Paris: Dalloz, 2016.

FICKER, Hans. L'état du droit comparé en Allemagne. **Revue Internationale de Droit Comparé**, Paris v. 110, n. 4, p. 701-718. 1958.

FURTADO FILHO, Emmanuel T. **Combate à discriminação racial no Brasil e na França**: estudo comparado da efetivação das ações afirmativas. 1. ed. São Paulo: LTR, 2013.

_____. **Les pouvoirs de l'employeur face aux TIC: perspectives de protection des données personnelles des salariés en Droit du travail brésilien à partir d'une analyse de Droit comparé**. 2018. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade de Paris V e Universidade Federal do Ceará, 2018.

GLENN, Patrick. Quel droit comparé ? **Revue de droit de l'université de Sherbrooke**, Sherbooke, v. 43, p. 23-44. 2013.

JALUZOT, Béatrice. Méthodologie du droit comparé, bilan et prospective. **Revue Internationale de Droit Comparé**, Paris, v. 57, n. 1, p. 29-48. 2005.

LEGRAND, Pierre. **Le droit comparé**. Paris: Presses Universitaires de France, 2016), 45-46.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1988. v 1.

PICARD, Étienne. L'état du droit comparé en France en 1999. **Revue Internationale de Droit Comparé**, Paris, v. 51, n. 4, p. 898-901. 1999.

REIMANN, Mathias. The Progress and Failure of Comparative Law on the Second Half of the Twentieth Century. **The American Journal of Comparative Law**, Oxford, v. 50, n. 4, p. 671-700. 2002.

WATT, Horatia Muir. La fonction subversive du droit comparé. **Revue Internationale de Droit Comparé**, Paris, v. 52, n. 3, p. 503-527. 2000.

NOTAS:

^[1] Este trabalho é baseado em palestra proferida pelo autor no ano de 2016 na Université du Havre (França).

^[2] JALUZOT, Béatrice. Méthodologie du droit comparé, bilan et prospective. **Revue Internationale de Droit Comparé**, Paris, v. 57, n. 1, p. 29-48. 2005.

^[3] BLAGOJEVIC, Borislav T. Droit comparé- méthode ou science. **Revue Internationale de Droit Comparé**, Paris, v. 5, n. 4, p. 649-657. 1953.

^[4] GLENN, Patrick. Quel droit comparé ? **Revue de droit de l'université de Sherbrooke**, Sherbooke, v. 43, p. 23-44. 2013.

^[5] LEGRAND, Pierre. **Le droit comparé**. Paris: Presses Universitaires de France, 2016), 45-46.

^[6] É como se vê relatado em BEVILAQUA, Clóvis. **Historia da Faculdade de Direito do Recife: 11 de agosto de 1827 - 11 de agosto de 1927**. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1927. 2v, p. 49.

^[7] PICARD, Étienne. L'état du droit comparé en France en 1999. **Revue Internationale de Droit Comparé**, Paris, v. 51, n. 4, p. 898-901. 1999.

^[8] BLAGOJEVIC, Borislav T. Droit comparé- méthode ou science. **Revue Internationale de Droit Comparé**, Paris, v. 5, n. 4, p. 649-657. 1953.

^[9] Como em: DAVID, René; GORÉ, Marie; JAUFFRET-SPINOSI, Camille. **Les grandes systèmes de droit contemporains**. 12. ed. Paris: Dalloz, 2016. Também em: CARPANO, Eric; MAZUYER, Emmanuelle. **Les grands systèmes juridiques étrangers: Allemagne, Arabie Saoudite, Brésil, Chine, Egypte, Etats-Unis, Inde, Royaume-Uni**. Paris: Gualino-Lextenso, 2009.

^[10] Como em: MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1988. v 1.

^[11] Como em FURTADO FILHO, Emmanuel T. **Les pouvoirs de l'employeur face aux TIC: perspectives de protection des données personnelles des salariés en Droit du travail brésilien à partir d'une analyse de Droit comparé**. 2018. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade de Paris V e Universidade Federal do Ceará, 2018. Também em: FURTADO FILHO, Emmanuel T. **Combate à discriminação racial no Brasil e na França: estudo comparado da efetivação das ações afirmativas**. 1. ed. São Paulo: LTR, 2013.

^[12] WATT, Horatia Muir. La fonction subversive du droit comparé. **Revue Internationale de Droit Comparé**, Paris, v. 52, n. 3, p. 503-527. 2000.

^[13] Nesse sentido, PICARD, Étienne. L'état du droit comparé en France en 1999. **Revue Internationale de Droit Comparé**, Paris, v. 51, n. 4, p. 898-901. 1999.

^[14] FICKER, Hans. L'état du droit comparé en Allemagne. **Revue Internationale de Droit Comparé**, Paris v. 110, n. 4, p. 701-718. 1958.

^[15] PICARD, Étienne. L'état du droit comparé en France en 1999. **Revue Internationale de Droit Comparé**, Paris, v. 51, n. 4, p. 898-901. 1999.

A EVOLUÇÃO DO ATIVISMO JUDICIAL: O PAPEL DO JUDICIÁRIO COMO LEGISLADOR POSITIVO

VANESSA JÉSSICA MANSUR SILVA: Bacharel em Direito pelo Centro de Ensino Superior do Pará - CESUPA; Especialista em Direito Processual Civil e Direito Público. Mestranda em Direito Processual Constitucional pela Universidad Lomas de Zamora- Argentina. Advogada licenciada. Servidora Pública do Tribunal de Justiça do Estado do Pará.

Resumo: Este artigo busca tecer considerações sobre o ativismo judicial, registrando a evolução e o papel do judiciário como legislador positivo e ainda, os limites e as críticas feitas a essa atividade quando a inercia dos demais poderes no cumprimento das disposições constitucionais. Destarte, entende-se a atuação do Judiciário como fundamental na busca da superação das desigualdades sociais e regionais, e para a concretização dos direitos fundamentais, de modo a não constituir uma usurpação de funções públicas em direção ao arbítrio. Teve-se por finalidade analisar o papel do Judiciário, ao lado dos demais poderes quando omissos em suas funções, de modo que, diante de tal inação inconstitucional, o Judiciário possa interpretar a Constituição garantindo maior efetividade às suas normas que versam sobre direitos fundamentais.

Palavras-chave: Ativismo judicial. Evolução. Judiciário. Legislador Positivo.

Abstract: This article seeks to make considerations about judicial activism, recording the evolution and the role of the judiciary as a positive legislator, and also the limits and criticisms made to this activity when the inertia of the other powers in compliance with constitutional provisions. It is understood that the Judiciary acts as fundamental in the search for overcoming social and regional inequalities, and for the realization of fundamental rights, so as not to constitute a usurpation of public functions towards arbitration. The purpose of this study was to analyze the role of the Judiciary, alongside other powers when they are absent from their functions, so that, in the face of such unconstitutional inaction, the Judiciary can interpret the Constitution guaranteeing greater effectiveness to its norms that deal with fundamental rights.

Keywords: Judicial activism. Evolution. Judiciary. Positive Legislator.

Sumário: Introdução; 1 Desenvolvimento; 1.1 Evolução do Ativismo Judicial; 1.2 Limites; 1.3 Críticas; 1.4 Equilíbrio; 2 Poder Judiciário como Legislador Positivo; 2.1 Efeito Backlash das decisões judiciais; 2.2. Doutrina da última palavra constitucional; Considerações Finais; Referências.

INTRODUÇÃO

Aborda-se no presente estudo, o ativismo judicial, com a intenção de registrar a importância do Poder Judiciário atuar ativamente, situação que é denominada de ativismo judicial, o que se dá com o intuito de garantir a efetividade dos direitos fundamentais assegurados pela Constituição, diante da inércia dos Poderes Executivo e Legislativo.

Assim, a justificativa para a elaboração deste artigo foi de aprofundar conhecimentos sobre o tema, especialmente pelo fato de a Constituição Federal de 1988 conter em seu bojo uma quantidade significativa de direitos e garantias fundamentais, e da mesma forma em relação às normas programáticas, as quais requerem a criação de leis e normas, e conseqüentemente a definição de políticas públicas para que as decisões daí provenientes sejam concretizadas, funções cometidas aos Poderes Legislativo e Executivo.

A partir do momento em que esses dois Poderes se mostram inertes, o Poder Judiciário tem condições de se tornar ativo, atuando no sentido de assegurar a efetividade de direitos fundamentais, com o intento de proteger ou expandir esses direitos, por intermédio da adoção de decisões judiciais que, posteriormente, passam a integrar o ordenamento jurídico brasileiro sob a forma de normas ou constituem políticas públicas, atribuições específicas do Legislativo e do Executivo (LENZA, 2013).

Nesse sentido, observa-se que, ao longo da História do Brasil o Poder Judiciário assumiu papel de destaque político, histórico e social na estrutura institucional brasileira, eis que, um Estado despojado de um Judiciário independente e forte tende a encontrar maiores dificuldades em fazer valer os direitos e conservar a liberdade de seus cidadãos, motivo pelo qual o ativismo judicial mostra-se necessário quando os demais Poderes se omitem.

Dessa forma, este estudo teve como objetivo maior comentar o ativismo judicial e sua importância, registrando os benefícios que podem ser auferidos pela sociedade no seu todo com a contribuição que o Poder Judiciário pode proporcionar aos Poderes Legislativo e Executivo, em especial na efetivação dos direitos e garantias fundamentais, o que ocorre devido a ausência de leis claras ou de políticas públicas de inclusão social, o que o Judiciário faz por intermédio da tomada de decisões com aplicação de princípio constitucionais de abertura argumentativa, que concorrem para efetivar esses direitos, ainda que, para isso, seja necessária uma atuação de vanguarda e a contragosto do interesse das maiorias.

Buscou-se, também, registrar que os três Poderes podem existir de forma harmônica, ressaltando que nas situações em que o Judiciário adota postura ativista, o faz apenas com a finalidade específica de contribuir para a defesa do texto constitucional. Nesse contexto, busca-se também analisar a aptidão do Judiciário em criar norma jurídica no momento em que aponta soluções para tornar efetivos os preceitos constitucionais ainda não implementados ou regulamentados.

Tendo por base a abordagem indutiva, questionou-se a legitimidade do Poder Judiciário, especialmente do Supremo Tribunal Federal - STF, para decidir sobre questões ainda não eficazmente normatizadas em âmbito parlamentar e dos planos de governo, de modo a assegurar a efetividade de direitos fundamentais dos cidadãos brasileiros.

1 DESENVOLVIMENTO

1.1 EVOLUÇÃO DO ATIVISMO JUDICIAL

No âmbito da História da Humanidade, a expressão ativismo judicial, tem origem a partir de seu emprego pelo historiador Arthur M. Schlesinger, em artigo publicado na revista Fortune, ao qual intitulou The Supreme Court, onde comentou a atuação da Suprema Corte dos Estados Unidos sob a presidência de Earl Warren, no período entre os anos de 1954 e 1969. Nesse contexto o historiador classificou os juizes em dois grupos; os conservadores e os ativistas, sendo os primeiros responsáveis apenas pela aplicação da lei posta, enquanto os outros visavam o bem estar social gerado pela decisão. Sobre as ocorrências desse período, Barroso (2009, p.9) emitiu o seguinte registro: "*Ao longo desse período,*

ocorreu uma revolução silenciosa em relação a inúmeras práticas políticas nos Estados Unidos, conduzida por uma jurisprudência progressista em matéria de direitos fundamentais, sem qualquer ato do Congresso ou decreto presidencial. A partir daí, por força de uma reação conservadora, o termo ativismo judicial assumiu uma conotação negativa, equiparada ao exercício impróprio do poder judicial."

O advento do ativismo judicial foi fundamental na consolidação dos precedentes acerca dos direitos fundamentais nos sistemas jurídicos que adotam a Common Law, e em menor expressão, mas não menos importante nos sistemas jurídicos de Civil Law em atuação complementar à legislante instituídas pelas constituições positivadas com ideais de ampla garantia de direitos.

Não adentrando pela discussão da ideologia reinante na época ao ativismo judicial norte-americano, entende-se que, na atualidade, a expressão apresenta conotação de uma ação mais intensa do Poder Judiciário na consecução dos valores constitucionais.

A esse respeito, refere-se que Barroso (2009) registra a existência de dois motivos que levam o ativismo judicial a encontrar espaço no âmbito brasileiro, quais sejam: a) a nova composição do STF, ou seja, por Ministros bastante preocupados com a concretização dos valores e princípios constitucionais; e b) crise de funcionalidade do Poder Legislativo, que estimula tanto a emissão de Medidas Provisórias pelo Executivo como o ativismo judicial do Judiciário.

No Brasil, segundo Barroso (2009, p. 11), existem inúmeros precedentes de postura ativista do STF: a) *"a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário, como se passou em casos como o da imposição de fidelidade partidária e o da vedação do nepotismo; b) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição, de que são exemplos as decisões referentes à verticalização das coligações partidárias e à cláusula de barreira; c) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, tanto em caso de inércia do legislador – como no precedente sobre greve no serviço público ou sobre criação de município – como no de*

políticas públicas insuficientes, de que têm sido exemplo as decisões sobre direito à saúde."

Barroso (2009, p.11) afirma que em todas as situações de ativismo judicial por parte do STF, pode-se constatar um distanciamento "de juízes e tribunais de sua função típica de aplicação do direito vigente e os aproxima de uma função que mais se assemelha a de criação do próprio direito".

De acordo com Gomes (2009, p.01), o ativismo judicial possui duas espécies: "*há o ativismo judicial inovador (criação, ex novo, pelo juiz de uma norma, de um direito) e há o ativismo judicial revelador (criação pelo juiz de uma norma, de uma regra ou de um direito, a partir dos valores e princípios constitucionais ou a partir de uma regra lacunosa, como é o caso do art. 71 do CP, que cuida do crime continuado). Neste último caso o juiz chega a inovar o ordenamento jurídico, mas não no sentido de criar uma norma nova, sim, no sentido de complementar o entendimento de um princípio ou de um valor constitucional ou de uma regra lacunosa. "*

Entende-se, portanto, que existe um ativismo inovador, constatado nas situações em que o juiz introduz uma inovação no sistemas de normas, e um ativismo revelador, quando a decisão proferida traz luz a uma norma existente, cujo aspecto adotado ainda não havia sido normatizado.

1.2 LIMITES DO ATIVISMO JUDICIAL

De acordo com Leite (2014, p.110), o Brasil, desde seu descobrimento, retrata um modelo histórico de autoritarismo, no qual vivenciou o absolutismo, o patrimonialismo, o coronelismo, o que concorre para que o ativismo não seja visto bem visto por alguns, que temem que o Judiciário incorra por esse viés como uma forma de autoritarismo.

Sobre esse aspecto, o art. 2º do Código Processual Civil, que dispõe sobre o princípio da inércia da jurisdição, se contrapõe ao ativismo judicial devido à terminologia de "ativismo" ter sua utilização criticada por alguns, uma vez que significaria um comportamento espontâneo e impetuoso. De fato, há uma face negativa do ativismo. Na democracia os Poderes se controlam mutuamente, sendo indesejável que haja um Poder mais hegemônico que os Em verdade, todavia, se deve ter em mente é que o ativismo é uma atuação proativa e expansiva do

Judiciário com vistas à salvaguarda da Constituição e efetivação dos direitos fundamentais (LEITE, 2014).

Segundo Silva (2016), uma das características dos direitos fundamentais é a historicidade, que se define como sendo a modificação dos referidos direitos com o passar do tempo, já que o direito é uma ciência social, isto é, se modifica e se molda com o decurso dos anos e com o desenvolvimento do meio social. Portanto, os direitos fundamentais são modificados com o passar do tempo, ganham nova hermenêutica. Há 20 (vinte) anos os direitos fundamentais não eram os mesmo de hoje, sendo que já não eram os mesmo de 40 anos atrás e assim sucessivamente (SILVA, 2016).

Diante desse contexto, é correto afirmar que o ativismo judicial não possui limites temporais, decerto sempre estará presente ante a modificação do direito e a morosidade dos poderes políticos (SILVA, 2016).

O Legislativo e o Executivo, poderes políticos por excelência, muitas vezes, não conseguem atuar para atender as demandas sociais a tempo (LUSTOSA, 2015). Porém, no regime democrático, o interessante é que se preserve a competência política destes, cujos membros foram eleitos pelo voto da população e têm a capacidade, portanto, para representar as maiorias.

Lustosa (2015) refere que o fenômeno do ativismo não pode dar ao Judiciário um crescimento ilimitado em detrimento dos demais Poderes. Muitas vezes, o magistrado não é o profissional mais capacitado para se imiscuir em determinadas questões, devendo ser deferente com as escolhas legislativas ou a atuação discricionária da administração, desde que ambas sejam razoáveis.

Os estudiosos têm registrado que os limites são inúmeros, ao procederem a análise da possibilidade de intervenção dos magistrados nos atos normativos que implementam as políticas públicas, entre eles, uma possível intervenção descabida, e, portanto, antidemocrática, nos critérios subjetivos dos agentes políticos eleitos exatamente para viabilizar as tais políticas de lastro constitucional através de mecanismos eleitos em seus programas governamentais.

O sistema de controle de constitucionalidade brasileiro também favorece o ativismo judicial na medida em que permite que todos os tribunais e juízes sejam capazes de declarar a inconstitucionalidade de uma lei (SALGADO, et al, 2015).

Sobreleva dizer, assim, que o Judiciário deve agir sempre dentro dos parâmetros da razoabilidade, esse é o seu limite. A razoabilidade e a própria Constituição, já que é dela que se emanam os fundamentos essenciais de uma sociedade e do ser humano.

1.3 CRÍTICAS AO ATIVISMO JUDICIAL

As críticas ao ativismo residem na questão de que juízes e Tribunais não têm legitimidade democrática para, em suas decisões, insurgirem-se contra atos legalmente instituídos pelo poder eleito pelo povo.

Não fosse suficiente a crítica quanto a acepção, o ativismo judicial é, ainda, considerado de forma negativa por determinados doutrinadores que o entendem como uma forma atípica e desenfreada de criação de normas pelos membros do Judiciário, usurpando a função legítima conferida pela Carta Magna ao Legislativo e, muitas vezes, influenciando em competências próprias do Executivo de organização econômico-financeira e políticas públicas (PAULA, 2012).

Advoga-se, ainda, que ao contrário do que se poderia imaginar, o ativismo não se cuida de um reforço da figura do direito e do magistrado, mas sim o oposto, ocasiona uma erosão da juridicidade configurada numa crescente incerteza advinda pelo emprego de cláusulas gerais às lides, o que acaba por transformar os membros do Judiciário em concorrentes diretos do legislador dos espaços deixados em aberto (LEAL, 2011).

Assim, a crítica também se alastra numa discussão insegurança jurídica, onde se alega que o ativismo judicial poderia ferir o princípio da segurança jurídica, de modo que cada vez mais não seria possível prever qual seria o posicionamento a ser adotado pelo juiz diante de um caso concreto, já que com o ideal ativista o julgador estaria se distanciando das disposições expressas da lei e, conseqüentemente, dando guarida a princípios gerais e normas abstratas de ordem constitucional (LEAL, 2011).

No entanto, considera-se necessário registrar, por outro lado, que características inerentes ao Judiciário, restringem sua capacidade de criar políticas

públicas ou corrigir o rumo de decisões tomadas pelos outros Poderes. Fazê-lo, solicita o concurso de ações legislativas ou administrativas para as quais os tribunais não são capacitados nem vocacionados. Ainda pior, sempre haverá o risco de juízes modificarem para pior, programas que, embora imperfeitos, foram concebidos por indivíduos eleitos – com maior legitimidade, portanto (PAULA, 2012).

1.4 EQUILÍBRIO DO ATIVISMO JUDICIAL

O ministro do STF Luís Roberto Barroso (2010) é assertivo ao asseverar que a inércia do Congresso Nacional, por vezes, oferece riscos à democracia. Com essa afirmação buscou justificar a atuação do STF em casos nos quais a decisão da corte parece extrapolar os limites da interpretação e invadir uma esfera que seria própria do Legislativo.

De acordo com Barroso (2010), com esse procedimento, o STF pode recolocar a reforma política na pauta do Congresso. Seria uma forma de o Judiciário “empurrar a história”. A tese pode parecer sedutora, sobretudo quando se trata de sugerir aprimoramentos ao sistema político brasileiro. Não se pode deixar de observar, contudo, que esse ativismo do Judiciário também carrega seu feixe de ameaças ao funcionamento da democracia – e não são poucas nem desprezíveis.

Com a sanção da Constituição Federal de 1988, aumentou muito a chamada judicialização da política no Brasil, a tal ponto abrangente que passou a afetar desde as regras eleitorais até programas de governo – como as privatizações –, e políticas públicas – como acesso à saúde, à educação e à moradia (BARROSO, 2010).

Não se pode deixar de reconhecer que é função do Judiciário garantir a efetividade dos direitos políticos, econômicos e sociais, sempre que o Legislativo e o Executivo deixarem de cumprir suas obrigações, ou seja, quando se abstiverem, se tornarem inertes. Assim, diante da omissão dos outros Poderes, um juiz não pode ser passivo sem com isso abdicar de sua principal missão.

De resto, como as demandas que chegam às cortes são, em sua maioria, individuais, as intervenções judiciais contêm um efeito perverso em potencial: sem conseguirem medir ou antecipar os impactos distributivos de suas decisões, juízes podem privilegiar aqueles que, por terem recursos para pagar um advogado, puxam para si o cobertor curto das políticas públicas (BARROSO, 2010).

Em democracias consolidadas, tribunais se pautam pelo equilíbrio entre ativismo e autocontenção. Na jovem democracia brasileira, a busca por essa fórmula está em curso e dependerá, em boa medida, do sucesso (ou fracasso) de decisões adotadas nos casos em que houve necessidade de ser aplicado o ativismo judiciário e da razoabilidade dos ministros do Supremo Tribunal Federal.

2 PODER JUDICIÁRIO COMO LEGISLADOR POSITIVO

Quando se observa a positiva e crescente evolução do Poder Judiciário, vislumbra-se em sua inteireza uma atuação positiva, fator que mais ainda predomina diante das deficientes ou ausentes produções legislativas, as quais são almejadas pela sociedade, mas que sequer são buscadas, pelos legisladores que estão no mandato, que por outro lado, de mesmo modo, chegam a alcançar os que entrarão no próximo mandato, com o que, se estabelece a descrença no legislativo (VITÓRIO, 2011).

Todavia ao se cuidar do Pretório Excelso, que é formado por uma composição híbrida, qual certa o é com escopo de garantir a diversidade de posicionamentos. Porém observa-se muitas vezes a manutenção seu caráter conservador, emboratambém seja dotado de ministros que atendam o caráter inovador do direito. Assim, pois, quando mais se trata de equilíbrio em relação ao tema estudado, singular é de mesmo modo que a Corte Constitucional brasileira, qual permite manter os padrões constitucionais moderados e de mesma proporção inovar em suas decisões atendendo o fator social do direito (ZAGREBELSKY, 2011).

Entretanto, nem mesmo diante de seu aspecto diversificado, o Pretório Excelso consegue legitimar sem críticas sua Atuação Legislativa Positiva, pois, verdadeiramente se tal ocorresse concretizaria uma ruptura expressa da Ordem Constitucional, por afronta expressa a Separação das Funções Estatais (BULLOS, 2011).

Independente da situação exposta, diante de inúmeros temas que inovam no mundo Constitucional, não nos é por bem dado atermos a fatos deveras abstratos, porém, nos prenderemos a Efetividade das Normas Constitucionais, qual é tema por demais relevante, pois, aquele que busca a tutela jurisdicional não lhe exige um nome ou prenome para que sua lide seja de justeza favorável, requer tão somente uma efetividade na busca pela justiça, mesmo que essa não venha

de forma expressa ou não reconhecida, mas que satisfaça seu direito, sendo então por demais, bem vinda (BULLOS, 2011).

Na atualidade, vivencia-se um período que perdura um respeitável lapso temporal democrático, destarte valores principiológicos como da Máxima Efetividade, ou da Interpretação Efetiva, no que tange aos direitos fundamentais são expostos ao modo mais favorável a concretude função socializadora almejada pelo direito, porquanto, por vezes, para que o poder judiciário possa garantir essa maior interpretação efetiva para alcançar ou preservar os direitos fundamentais, ora garantidores, ora limitadores, busca-se uma interpretação de maior amplitude, mas que seja favorável a eficiência da ordem democrática, qual deve ter como parâmetro certa presunção de liberdade em prol do cidadão, que facilmente pode ser inteligível através do brocardo jurídico “in dubio pro libertate” (ZAGREBELSKY, 2011).

Contudo, o envolvimento com o Direito Constitucional Contemporâneo, não permite afastar a emoção, porque não aludir a respeito do Princípio da Justeza. Deveras oportuno, pois, com sua ausência poder-se-ia gerar ocorrência de um vácuo de prejudicialidade imensurável. Portanto, nem somente quando se cuida da Separação de Funções Estatais deve-se direcionar todos os sentidos aos poderes em si, mas também, como em uma simetria vertical, necessário aplicar-se em conformidade com as atuações funcionais, no sentido de não ocorrências permissivas de que órgãos incumbidos na Interpretação Constitucional alcancem um resultado subvertido ou ate mesmo perturbador da esquemática organizatória funcional em seu aspecto constitucional, portanto, essa essência principiológica zela pela não ruptura estabelecida pela ordem constitucional, mesmo que visto em termos da atuação administrativa (NOVELINO, 2010).

Todavia, a inegável realidade positiva do poder judiciário, mesmo que em caráter teórico seja intrinsecamente implícito, é uma constante no mundo jurídico e seu acontecimento se traduz na lógica qual se deixa de fazer, poder legislativo, recorre-se ao judiciário; que pelo seu princípio basilar da inafastabilidade, diz o direito mesmo que o tema ja lacunoso ou obscuro. Se este fato jurídico-positivo ocorre com maior frequência do que em tempos anteriores, vislumbra-se que de modo geral a população tem corroborado e confiado com maior intensidade nesse poder. Essa confiança depositada no Poder Judiciário é um reflexo do maior acesso a esse poder que hoje pode ser visto como real garantidor das normas

pragmáticas, e que também tem efetivas condições de fazer valer o direito quando da eficácia dessas normas (BARROSO, 2009).

Nestes termos, ao se tratar de “população” não se almeja apenas a abordagem conceitual de cidadão, mas, como em verdade, de todos aqueles que compõem, mesmo que transitoriamente, a República Federativa do Brasil, dessa forma não há mais a necessidade de manter, mesmo que remotamente, o antigo brocardo jurídico ‘o tribunal esta fechado para os pobres’, já que, na atualidade, se tal provérbio prosperasse, falar-se-ia em, não democracia, pois, nem todos participariam da vontade estatal, que hoje, o povo latente em seu Poder Constituinte Originário, por meio de associações, sindicatos, classes ou qualquer outro meio de fortalecimento político, não somente participa dessa vontade política, mas também vontade que tem cunho social e porque não jurídico este em especial, que tem demonstrado sua segurança, mesma que faz transparecer a fortalecimento por interveniência da confiabilidade no judiciário (NOVELINO, 2010).

Temas relevantes têm feito fluir, positivamente, para o fortalecimento do poder judiciário, dentre estes aquele que mais se destaca é o maior acesso e a própria atual facilidade de acesso ao poder judiciário, onde legislações como a Lei nº 9.099/95, Juizados Especiais Cíveis e Criminais, órgãos da Justiça Ordinária, em especial, os Juizados Especiais Cíveis, onde devem ser protocoladas causas de menor complexidade, foram efetivamente instituídos, tornando palpável a efetivo acesso ao poder judiciário, que em verdade é uma modalidade que acontece em respeito a um direito fundamental, seja, liberdade de acesso ao poder judiciário (BULLOS, 2011).

De mesma forma, a atuação positiva do judiciário, por vezes foi também reconhecida através da Eficácia Horizontal Direta dos Direitos Fundamentais, nestes termos, Marcelo Novelino (2010, p.360), verbis; "nos termos dessa concepção a incidência dos direitos fundamentais deve ser estendida às relações entre particulares, independente de qualquer intermediação legislativa, ainda que não se negue a existência de certas especificidades nesta aplicação, bem como a necessidade de ponderação dos direitos fundamentais com a autonomia da vontade. (grifo nosso)"

Posto que, a vinculação de particulares aos direitos fundamentais, em especial nas suas relações jurídico privadas, deve também ser observada, pois sua projeção deve ser de igual teor quando se refiram a particulares, porquanto seria de proteção deficiente que o poder judiciário afastasse ao amparo aqueles que necessitassem de proteção fundamental pelo simples fato que, cuida-se de relações particulares, quais atualmente é onde ocorre maior numero de violações aos direitos constitucionais.

Se desta forma ocorresse, se estaria diante de uma limitação constitucional que causaria uma desconformidade aos direitos fundamentais, porquanto, se fundamentais, o são ao homem, não a sua condição de servidor público ou funcionário particular. Não devendo ser considerado apenas se o Estado esta ou não envolvido na relação potencialmente violadora de direitos fundamentais, vez que esse mesmo em uma relação privada deve ser o garantir de direitos essenciais. No mais, não há falar em somente limitações estatais, porque imposições constitucionais, em especial aquelas que cuidam dos direitos fundamentais, são aplicáveis a toda ordem social pela simples condição de ser humano, a contrario "sensu", estaríamos diante de uma ofensa a dignidade da pessoa humana, tamanha ofensividade por decorrência de sua atribuição profissional, consequência legalista inspirada nos direitos humanos (BARROSO, 2009).

Ao se cuidar da atuação positiva do poder judiciário e de maneira indireta da sua peculiar condição por seu consequente fortalecimento, tal não seria possível de houvesse uma abstenção, um não expressar a respeito da Interpretação Conforme a Constituição e concomitantemente cuidássemos do termo Mutaçao Constitucional, em virtude de suas intrínsecas ligações com a capacidade de aumentar a discricionariedade do poder judiciário (NOVELINO, 2010).

Desta forma, ambos têm a capacidade de, não destoar o texto escrito, mas, de dar-lhe aplicação devida em conformidade com o anseio social e tornar eficaz um direito fundamental através de uma interpretação que seja de acordo com o texto fundamental por meio da aplicação dos princípios constitucionais de natureza argumentativa com o objetivo concretizador da norma constitucional. De modo concreto, torna-se inviável o não reconhecimento de que a capacidade interpretativa com poder de dizer o direito é uma força inigualável, pois que, por decorrência do caráter abstrato das Normas Constitucionais, se inexistisse tal

interpretação ou sequer ocorresse o termo Mutação Constitucional; ambas sem altera o na letra da lei poder-se-ia ocorrer um engessamento da aplica o da Constitui o Federal (CUNHA JUNIOR, 2012).

Com escopo de facilitar a aplicabilidade e promover a estabilidade dos entendimentos judiciais, a Emenda Constitucional 45/2004 introduziu as súmulas vinculantes no ordenamento jurídico brasileiro como um dos instrumentos de vincula o de precedentes judiciais. Os enunciados de súmulas de natureza vinculante garantem uma maior segurança jurídica e otimiza o da aplica o da leis em situa oes concretas, movimento este de fortalecimento dos precedentes judiciais seguido inclusive pelo Código de Processo Civil de 2015.

Termos jurídicos como Judicializa o Social ou Política também   de relevante valor contributivo para a atua o do poder judiciário como Legislador Positivo, pois, de fato questões que antes permaneciam no seio administrativo ou político, atualmente são levadas ao conhecimento do poder judiciário, que não se afasta de julgar, temas esses que em sua maioria são dotados de muita relevância, a exemplo fidelidade partidária, verticaliza o, limite da CPI, cláusula de barreira, dentre outros (BULLOS, 2011).

De mesmo modo ocorre com a Judicializa o social, porquanto, do implemento de maior acesso ao judiciário, como a exemplo da lei dos Juizados Especiais, já acima explicitada, onde ocorreu uma maior procura a tutela jurisdicional, temas antes não vislumbrados ou até mesmo de pequena relevância para o direito são levados ao poder judiciário para que satisfaça a pretensão. Indubitavelmente, hoje, se se tem maior acesso ao poder judiciário e este   mais acessível a questões políticas, reflete-se então no ideal de sua força jurídica através de sua credibilidade (BULLOS, 2011).

Diante de argumentos jurídicos de grande monta e aparentemente intermináveis, não haveria de ausentar referência ao poder judiciário como legislador positivo ao que tange as súmulas, independente se seu caráter ser uniformizador, normatizador, impeditivo e até mesmo, mas não menos ou mais importante, vinculante. Pois que, essa pode ser talvez a maior causa de atribui o do poder judiciário, de um caráter legislador, ao passo que os tribunais superiores adotam entendimentos que por vezes massificam julgamentos de modo que determinados casos, quando se tratem de certa legisla o, são tratados através

de entendimento já sumulados, seja, “antevendo” a lide o poder judiciário prevê objetivamente a forma como será julgada. (CUNHA JUNIOR, 2012).

Vale ressaltar ainda que, os enunciados sumulares de natureza vinculante tem alcance quanto o Judiciário e toda a Administração Pública direta e indireta na esfera federal, estadual e municipal, porém não alcança o Poder Legislativo, sob pena de macular a separação de poderes, cláusula pétrea prevista no § 4º do artigo 60, da CF/88.

A atribuição formal ao poder judiciário de “legislador positivo”, deveras não é ao acaso, é por certo decorrência de um longo período de ineficiência legislativa do órgão competente, qual não poderia ensejar um abandono dos Direitos e Garantias Fundamentais do cidadão. Deste modo, aqueles que não encontram amparo legal para satisfazer seu direito recorrem como última medida, ao judiciário, este que visa amparar a pretensão até então omissa e protegida de forma deficiente pelo poder legislativo que tende a ter-se como inerte, enquanto essa postura não lhe é intrínseca (NOVELINO, 2010).

Assim, reconhecidamente, ou não pelo Pretório Excelso, impossível e inegável é a sapiência do poder constituinte que diante do caráter abstrato normativo da constituição iniciou e corroborou, mas que só efetivado em sua potencialidade por “mora deliberandi” do próprio legislativo, para a Eficácia dos Direitos Constitucionais através atuação judiciária, de modo que as novidades a busca pelo amparo do poder judiciário foi continuado por fatores sociais. Tal como remete o doutrinador Miguel Reale (2002, p.65), em sua teoria tridimensional do direito: "onde quer que haja um fenômeno jurídico, há, sempre e necessariamente, um fato subjacente (fato econômico, geográfico, demográfico, de ordem técnica etc.); um valor que confere determinada significação a esse fato, inclinando ou determinando a ação dos homens no sentido de atingir ou preservar certa finalidade ou objetivo; e, finalmente, uma regra ou norma, que representa a relação ou medida que integra um daqueles elementos ao outro, o fato ao valor [...] e norma."

2.1 EFEITO BACKLASH DAS DECISÕES JUDICIAIS

Quanto ao tema é oportuno tratar ainda do instituto do backlash. A doutrina aponta-o como originário do Direito norte americano que teve seu

advento no caso Furman x Georgia, no ano de 1972, onde se discutia a compatibilidade ou não da pena de morte com a emenda oito da constituição norte americana a qual proibia as penas cruéis. Em um julgamento apertado de 5 votos contra 4, a pena de morte foi declarada incompatível com o ordenamento jurídico pela Suprema Corte dos Estados Unidos. Ocorre que tal decisão acarretou uma reação social ativa de movimentos contrários, ou seja, a favor da pena de morte, que assim ganharam força e conseguiram posteriormente aprovar leis tratando com maior rigor o tema, em sentido oposto à decisão judicial.

Ou seja, o chamado efeito backlash consiste em uma resposta social antagonica às decisões do Poder Judiciário em temas sensíveis em que se interpreta a constituição agindo de maneira ampliativa com a finalidade de concretizar direitos fundamentais, muitas vezes tendo como "efeito colateral" o desencadeamento da atividade legiferante no sentido de agir contrariamente à decisão proferida.

Sobre o tema dispõe o autor conceituando o efeito backlash (MARMELSTEIN, n.p)"Efeito colateral das decisões judiciais em questões polemicas, decorrente de uma reação do poder politico contra a pretensão do poder jurídico em contorna-la."

O fenômeno se mostra temerário quando tratamos de ativismo judicial, pois pode acarretar um retrocesso no assunto tratado pela decisão caso não haja apoio popular. Todavia, entende-se que não se pode enfraquecer a atuação judicial em razão do receio deste efeito, pois atualmente vive-se um Constitucionalismo Democrático, oposto ao dito Constitucionalismo Popular, em que se deve portanto ampliar a legitimidade democrática garantindo os direitos não apenas da maioria como igualmente e talvez principalmente das minorias.

2.2. DOCTRINA DA ÚLTIMA PALAVRA CONSTITUCIONAL

A doutrina da "última palavra constitucional" se baseia na polêmica de a quem deve ser atribuída a decisão acerca da interpretação e aplicação do alcance das normas constitucionais.

Nesse contexto observa-se uma tensão entre os poderes Legislativo e Judiciário no que tange o tema pois indaga-se acerca da existência da supremacia judicial ou legislativa para tanto.

No caso brasileiro, seria o Supremo Tribunal Federal ou o Congresso Nacional o órgão responsável por em "última instância" declarar o alcance ou forma de interpretação de uma norma? Para discutir esse questionamento é oportuno discorrer também sobre a Teoria do Diálogo Institucional.

A Teoria do Diálogo Institucional teve origem no Direito Canadense onde foi positivado por meio da Carta de Direitos e Liberdades de 1982 que institucionalizou o diálogo entre a Corte Constitucional e o Parlamento daquele país. No documento canadense ficou abolido o judicial review no molde norte americano e se institucionalizou um sistema onde o legislativo podia selecionar sob critério de razoabilidade normas que estariam afastadas do controle judicial na perspectiva de declaração de sua inconstitucionalidade. Essa foi a experiência canadense e doutrinariamente a inauguração dos moldes teórico do diálogo.

Teoria esta que hoje pode ser conceituada como a otimização racional e razoável da atividade estatal visando atribuir aos poderes os temas a quem tem melhores condições/capacidade/legitimidade para solucionar. Difícil se mostra como aplicar no ordenamento brasileiro uma atuação dialógica entre os poderes, pois a Constituição Federal aparentemente prevê como interprete final o Poder Judiciário por meio do STF, porém ao mesmo tempo não vincula a atividade legislativa contrária as decisões judiciais ou declaratorias de inconstitucionalidade, salvo quanto à propostas tendentes a abolir as clausulas pétreas.

Quanto aos principais argumentos dos poderes quanto a atribuição para si do poder de ditar a "última palavra constitucional" é pelo judiciário de que este é despedido de interesses políticos em razão de sua composição e permanência vitalícia dos seus membros, o que gera imparcialidade política e circunstancial e o legislativo de que este possui legitimidade democrática para representar os verdadeiros anseios do povo.

Por fim, a doutrina da última palavra traz um bom debate teórico sobre a questão, que por um lado o instituto do judicial review prega a supremacia judicial no tema e por outro lado a teoria do diálogo institucional defende uma atuação judiciária não exclusiva e sim complementar à legislativa com implementação de técnicas como de aconselhamento judicial e construção coordenada de decisões, o que esta teoria defende como divisão de tarefas, há críticas que seria uma interferência no Poder Judiciário ferindo o sistema de freios e contrapesos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Tratando do ativismo judicial, não se pode deixar de registrar que no país existe um sistema misto de controle de constitucionalidade, mas, ao mesmo tempo, refere-se que a agenda do Direito têm se tornado dominante no plano da política e na vida social.

Fato que justifica a importância do assunto ante a relevância social, cultural e política em que as decisões judiciais atuais operam. A realidade suscita um norte a solucionar tais questões expostas no presente estudo que ora se legitimam no âmbito da conjuntura do ordenamento jurídico brasileiro.

A guarda e cumprimento das disposições constitucionais, de acordo com o art. 102 da CF/1988, assegura que “compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição” (BRASIL, 1988). No contexto dessa assertiva, o vocábulo “precipuamente” pode apresentar duas interpretações. A primeira é que a função principal do STF é proteger a Constituição Federal, interpretando-a adequadamente, mas não seria o único Poder autorizado a fazê-lo, o que corrobora a Teoria Dialógica. A segunda possibilidade é a de que, dentre todos os Poderes, o intérprete principal e preponderante da Constituição Federal seria o Poder Judiciário, em especial o STF, que teria a última palavra na matéria, como prevê o instituto do judicial review.

Apesar do debate teórico, é realidade que o sistema brasileiro de revisão judicial não prevê mecanismos imediatos que possam cancelar decisões do STF que sejam consideradas como antidemocráticas. Como já mencionado, as decisões definitivas de mérito do STF, proferidas em ações diretas de inconstitucionalidade e em ações declaratórias de constitucionalidade produzem eficácia imediata contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.

Isto posto, o Parlamento brasileiro, apesar da decisão do STF, não se encontra vinculado à mesma, podendo legislar contrariamente ao que foi decidido. Contudo, a nova legislação (inclusive emendas constitucionais) poderá ser questionada perante o STF, que dará a última palavra sobre a constitucionalidade da mesma, ficando o Poder Legislativo ao fim do processo legislativo refém da decisão novamente.

Desta feita, a atuação ativista do Poder Judiciário deve ser feita com razoabilidade e proporcionalidade, devendo haver certa deferência do Poder Judiciário com as escolhas realizadas pelo Parlamento e pelo Poder Executivo, sob pena de desconsiderar a legitimidade democrática advinda do voto popular, na medida que não se pode atribuir exclusivamente a um único poder, inclusive não eleito, todas as decisões sensíveis do país.

De igual modo, não se pode concordar que apenas o Parlamento seja dotado de competência e conhecimento para proceder reformulação de uma legislação perfeita e acabada, que seja capaz de suprir a totalidade das necessidades de uma sociedade dinâmica como a atual. Nesse contexto, a produção judicial do Direito pode ser um mecanismo eficaz na concretização dos valores explícitos e implícitos da Constituição, devendo o Legislativo exercer o controle de garantia majoritária enquanto o Judiciário deve assegurar o exercício do controle contra-majoritário.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROSO, Luís Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. Revista de direito do estado, n. 16, out./dez. 2009.

_____. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. Disponível em: . Acesso em 20 de dezembro de 2018.

BUNCHAFT, Maria Eugênia. Constitucionalismo democrático versus minimalismo judicial. Direito, Estado e Sociedade, Rio de Janeiro, n. 38, p. 154-180, jan./jun. 2011. Disponível em: . Acesso em: 9 de janeiro de 2019.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Diário Oficial de 5 de outubro de 1988. Disponível em: www.mec.gov.br/legis/default.shtm. Acesso em: 20 de dezembro de 2018.

BULLOS, Uadi Lammego. Curso de Direito Constitucional. 6ª ed. Saraiva, 2011.

DWORKIN, Ronald M. O Império do Direito. São Paulo: Martins Fontes, 2017.

FAORO, Raymundo. Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro. São Paulo: Globo; Publifolha, 2009.

GOMES, Luiz Flávio. O STF está assumindo um ativismo judicial sem precedentes?. Jus Navigandi, Teresina, ano 14, n. 2164, 4 jun. 2009. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/12921/o-stf-esta-assumindo-um-ativismo-judicial-sem-precedentes>. Acesso em: 20 de dezembro de 2018.

LEAL, Mônica Clarissa Henning. Ativismo judicial e déficits democráticos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

LEITE, Roberto Basilone. O papel do juiz na democracia: ativismo judicial político x ativismo judicial jurisdicional. São Paulo: LTr, 2014.

LENZA, Pedro. Direito Constitucional esquematizado. 17ª edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Saraiva, 2013.

LUSTOZA, Helton Kramer. Eficiência administrativa e ativismo judicial. Curitiba: Editora Íthala, 2015, pp. 239-252.

MARMELSTEIN, George. Efeito Backlash da Jurisdição Constitucional: reações políticas à atuação judicial. Acesso em: 12 de janeiro de 2019.

NOVELINO, Marcelo. Direito Constitucional. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2010.

PAULA, Alexandre Sturion de. Ativismo judicial no processo civil: limites e possibilidades constitucionais. Campinas: Servanda, 2012.

PIMENTEL, Mariana Barsaglia. Backlash a?s decis?es do Supremo Tribunal Federal sobre unia?o homoafetiva. Revista de Informac?a?o Legislativa: RIL, v. 54, n. 214, p. 189-202, abr./ jun. 2017. Disponi?vel em: Acesso em: 12 de janeiro de 2019.

REALE, Miguel. Lições preliminares de Direito. São Paulo: Saraiva, 2002.

SALGADO, Maria José...[et.al.]: El control de constitucionalidade en la democracia. dirigido por Osvaldo A. Gozáini. 1ª ed. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Ediar, 2015.

SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 39^a ed. São Paulo: Malheiros, 2016. 936p.

VITÓRIO, Teodolina Batista da Silva Cândido. O ativismo judicial como instrumento de concreção dos direitos fundamentais no Estado Democrático de direito: uma leitura à luz do pensamento de Ronald Dworkin. 2011. 255f. Tese (Doutorado) - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte.

ZAGREBELSKY, Gustavo. A crucificação e a democracia. Tradução de Mônica de Sanctis Viana. São Paulo: Saraiva, 2011.

A ULTRACELERIDADE NA OPERAÇÃO LAVA JATO

RENATA SIMONETTO GONÇALVES:

advogada criminal no escritório El Tasse Advogados localizado na cidade de Curitiba/PR. Graduada pelo Centro Universitário Autônomo do Brasil - UniBrasil. Especialista em Ciências Penais pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná - PUCPR. Membro do Núcleo de Estudos Avançados em Ciências Criminais - NEACCRIM.

RESUMO: Verificar se no decorrer da Operação Lava Jato houve violações aos princípios constitucionais, bem como analisar se houve isonomia no trâmite processual na referida operação aos demais processos judiciais do país. No presente artigo foi utilizado a metodologia bibliográfica e empírica, uma vez que foi realizado por meio de pesquisas bibliográficas de livros acerca da violação aos princípios constitucionais na Operação Lava Jato, além do tratamento diferenciado para determinados réus e partidos políticos. Após a tramitação dos processos da referida operação, houve redução significativa dos direitos e garantias dos réus nos demais processos julgados no país.

Palavras-Chave: Lava Jato. Ultraceleridade. Seletividade. Princípios Constitucionais. Garantias Fundamentais.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. A ultraceleridade na Operação Lava Jato. 3. Conclusão. 4. Referência.

1. INTRODUÇÃO

A Operação Lava Jato teve início no Estado do Paraná em 17 de março de 2014 sendo considerada a maior investigação de corrupção e lavagem de dinheiro que o Brasil já teve. Foi descoberta a presença de um vasto esquema de corrupção na Petrobras, maior empresa estatal do país, envolvendo políticos de vários partidos políticos e algumas das maiores empresas públicas e privadas do Brasil, principalmente empreiteiras.

A Operação Lava Jato trouxe diversos aspectos negativos à sociedade brasileira, pois houve uma relevante seletividade nos réus envolvidos na referida operação, criminalizando determinados partidos e políticos como forma de

mediação social; banalização da prisão como instrumento de coerção; bem como a aceitação de um estado de exceção jurídico, onde os magistrados atuaram como legisladores e julgadores proferindo certas decisões conforme seus entendimentos e não aos princípios constitucionais.

2. A ULTRACELERIDADE NA OPERAÇÃO LAVA JATO

A Operação Lava Jato teve início no Estado do Paraná em 17 de março de 2014, sendo considerada a maior investigação de corrupção e lavagem de dinheiro já havida no Brasil. As investigações indicaram a existência de um grupo brasileiro especializado no mercado ilegal de câmbio (negociação de moeda). O nome da operação deve-se ao uso de um posto de combustível para movimentar recursos ilícitos de uma das organizações investigadas inicialmente. Desde então, foi descoberta a presença de um vasto esquema de corrupção na Petrobras, maior empresa estatal do país, envolvendo políticos de vários partidos e algumas das maiores empresas públicas e privadas do Brasil, principalmente empreiteiras.

Em um primeiro momento a Operação Lava Jato foi muito bem recebida pela população brasileira, uma vez que foi afirmado que a sua finalidade era combater a corrupção do país investigando as pessoas mais poderosas, ou seja, que a apuração visava principalmente os políticos e grandes empresários. No entanto, com o passar do tempo ficou muito claro a seletividade em termos de escolha de quem seriam os alvos das investigações, tão verdade que não houve qualquer redução da corrupção no Brasil. [1]

No decorrer da Operação Lava Jato foi possível observar o descontrole por parte do poder punitivo estatal, eis que os próprios magistrados que estão atuando no presente caso passaram a se tornar uma espécie de legisladores/julgadores, em razão de estarem desprezando totalmente as diretrizes normativas, bem como a própria Constituição Federal, decretando prisões preventivas em excesso, além de aplicarem penas elevadíssimas em delitos cometidos sem ao menos grave ameaça ou violência física, destruindo todas as conquistas alcançadas pelo Código Penal. [2]Essas pessoas têm pleno conhecimento de que a prisão processual é a *ultima ratio*, ainda mais em delitos que sequer estão incluídos no rol dos hediondos ou equiparados, além de terem ciência da superlotação das unidades prisionais o que vem ocasionando grandes rebeliões atualmente, devido a omissão do Estado perante aqueles detentos,

contudo, a ambição de punir integrantes da classe anteriormente selecionada prevaleceu aos ditames do direito.

A sociedade, a partir dos argumentos manipuladores da mídia a respeito da suposta impunidade do país, aplaudiu as decisões proferidas pelos juízes, pois, segundo eles, quanto mais aprisionamentos e quanto mais tempo perdurar as prisões dessas pessoas selecionadas mais segurança será gerada à coletividade, muito embora não haja fundamentos concretos para tais conclusões, não tendo noção de que todo esse acontecimento simplesmente faz parte da derrubada do governo, o que acabou resultando no golpe em 2016.

Vale destacar a ultraceleridade extremamente atípica que aconteceu na referida operação, logo em um país que a justiça é marcada pela morosidade e burocratização na prestação jurisdicional. Celeridade esta que ocorreu tanto no trâmite processual quanto para o cumprimento de ordens como mandado de prisão, por exemplo, aparentemente com o objetivo de buscar a punição de um dos acusados, Luiz Inácio Lula da Silva, ocasionando evidente violação ao Princípio da Isonomia, que é uma garantia fundamental de qualquer cidadão, em razão do processo do Ex Presidente ter sido tratado de forma totalmente desigual aos demais integrantes da mesma operação e também em relação aos demais processos julgados no país.

A finalidade dita pela Lava Jato de combater a corrupção do país somente trouxe violação às garantias fundamentais, bem como rememorou a aplicação de um processo penal autoritário, onde os magistrados ignoraram os princípios basilares do direito penal, bem como a legislação vigente, para atuarem como sábios legisladores/julgadores decretando prisões sem qualquer fundamento, além de desrespeitar o devido processo legal e a presunção de inocência, gerando relevante antecipação de aprisionamento. Ademais, houve expressa perda de credibilidade econômica do país tanto na esfera nacional quanto na esfera internacional, em razão das diversas paralisações de setores que possuíam vasto peso nos investimentos totais da economia além de demissões de vários trabalhadores, aumentando o desemprego e a inflação, ocasionando relevante instabilidade no país.

Portanto, a Operação Lava Jato apenas foi uma forma de camuflar a intenção de uma organização em conseguir estabelecer uma nova estrutura governamental no Estado brasileiro.

3. CONCLUSÃO

A finalidade dita pela Operação Lava Jato de combater a corrupção do país somente trouxe violação às garantias fundamentais, além de rememorar a aplicação de um processo penal autoritário, onde os magistrados ignoraram princípios basilares do Direito Penal, bem como a legislação vigente, para atuarem como sábios legisladores/julgadores decretando prisões sem qualquer fundamento, além de desrespeitar o devido processo legal e a presunção de inocência, gerando relevante antecipação de aprisionamento.

4. REFERÊNCIA

TASSE, Adel El. **Contra Lava Jato**. Curitiba: Núcleo de Estudos Avançados em Ciências Criminais, 2018.

NOTAS:

[1] "Há em verdade uma ação de seletividade sobre a corrupção, escolhendo atores que deverão responder por atos comprovados ou não, enquanto um grande universo de pessoas, as quais se têm a certeza e provas de que praticaram a corrupção, permanecerão impunes. Isso claramente não pode ser entendido como enfrentamento à seletividade, mas sua utilização programada para atingir objetivos em relação à estrutura do poder do Estado (...) A corrupção seletiva, então, foi perfeita para produzir a caçada aos que foram convertidos em inimigos da nação, pois a corrupção como problema histórico do Brasil é facilmente apontável em quaisquer estruturas de poderes na nação, sendo que a população sempre teve relação contraditória com ela e com a classe política, rechaçando ambas fortemente, mas delas sempre desejando fazer parte". (TASSE, 2018. p. 59 e 61).

[2] "A verdade é que com isso, o poder punitivo descontrolou-se, o que fez com que houvesse um retorno ao modelo anterior ao iluminismo e, na medida em que a sociedade *lavajatizada* se reafirma com a necessidade de prisão como contraposição à impunidade, mais expressiva é a pena fixada e mais se tem a sensação de que a impunidade está sendo vencida. Dessa sorte, a opinião pública, a partir da interiorização do discurso "Lava Jato", insistentemente repetido pelos grandes meios de comunicação em massa, passa a se comprazer com o

aprisoneamentos, os quais sejam elevados com tendência a sua eternização, e, assim, é réplica nos cárceres brasileiros a lógica do Estado Nazista". (TASSE, 2018, p. 18).

A RIGIDEZ DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA NA ADPF 144 VERSUS SUA RELATIVIZAÇÃO NA ADC 30 APÓS A LEI DA FICHA LIMPA

VALDINEI CORDEIRO COIMBRA: Advogado exercendo o cargo de Assessor de Procurador-Geral da CLDF. Mestre em Direito Penal Internacional pela Universidade de Granada - Espanha. Mestrando em Direito e Políticas Públicas pelo UNICEUB. Especialista em Direito Penal e Processo Penal pelo ICAT/UDF. Pós-graduado em Gestão Policial Judiciária pela ACP/PCDF-FORTIUM. Professor Universitário de Direito Penal e Orientação de Monografia. Delegado de Polícia da PCDF (aposentado)¹.

RESUMO: trata-se de artigo que tem por objetivo analisar a rigidez dada ao princípio da presunção de inocência quando do julgamento da ADPF N. 144, antes da Lei da Ficha Limpa (Lei complementar n. 135/2010) e, após a Lei da Ficha Limpa, a sua relativização no julgamento da ADC N. 30, pelo Supremo Tribunal Federal, com vistas a tonar inelegíveis os condenados criminalmente, ainda que sem trânsito em julgado, ocasião e que se discutiu, também a irradiação do princípio da presunção de inocência para o campo do Direito Eleitoral.

Palavras-chave: Direito Constitucional. Presunção de Inocência. Irradiação. Relativização.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO. 2. A ADPF N. 144: A RIGIDEZ DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. 3 - A ADC 30: A RELATIVIZAÇÃO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA APÓS A LEI DA FICHA LIMPA. 4. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

¹ Já exerceu os cargos de Coordenador da Polícia Legislativa da Câmara Legislativa do Distrito Federal (COPOL/CLDF), Chefe de Gabinete da Administração do Varjão-DF. Chefe da Assessoria para Assuntos Especiais da PCDF. Chefe da Assessoria Técnica da Cidade do Varjão - DF; Presidente da CPD/CGP/PCDF. Assessor Institucional da PCDF. Secretário Executivo da PCDF. Diretor da DRCCP/CGP/PCDF. Diretor-adjunto da Divisão de Sequestros. Chefe-adjunto da 1ª Delegacia de Polícia. Assessor do Departamento de Polícia Especializada - DPE/PCDF. Chefe-adjunto da DRR/PCDF. Analista Judiciário do TJDF. Agente de Polícia Civil do DF. Agente Penitenciário do DF. Policial Militar do DF.

1. INTRODUÇÃO

O princípio da presunção de inocência expresso na Constituição Federal com a dicção de que "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória" (Art. 5, inc. LVII, CF), não encontra resistência doutrinária e jurisprudencial quanto a sua aplicação no âmbito criminal. Em regra, as discussões sobre a presunção de inocência estão relacionadas com a inversão do ônus da prova em matéria penal, as cautelares que podem restringir a liberdade do indivíduo e a execução provisória da pena, institutos que não serão abordados neste artigo, uma vez que o objetivo é analisar a interpretação dada à presunção de inocência nos julgados da ADP n. 154, que ocorreu em 2008, portanto antes da Lei da Ficha Limpa (Lei Complementar n. 135/2010)[1] e a sua flexibilização quando do julgamento da ADC 30 junto ao Supremo Tribunal Federal, ocasião em que se discutiu a radiação para o direito extrapenal.

O princípio da presunção de inocência surgiu em favor do indivíduo contra ações do Estado[2], especialmente na esfera penal, em face do seu *jus puniendi*. Isso porque a partir da ocorrência do delito, o Estado, com sua força soberana, passa a buscar a autoria e materialidade, utilizando-se de todos os recursos legais disponíveis, dentre eles, a busca e apreensão domiciliar, prisões cautelares, quebra de sigilos (fiscal, bancário, telefônico, correspondência), investigações diversas com aparato policial, incluindo a realização de perícias variadas, enfim, tudo que for legal e possível para identificação do autor e a coleta das provas suficientes para desencadear uma condenação, demandando ações no âmbito policial, Ministério Público e Poder Judiciário.

Além disso, o princípio da presunção de inocência configura um direito constitucional fundamental, ou seja, está inserido no rol dos direitos e garantias fundamentais da pessoa (art. 5.º). Do ponto de vista intrínseco é um direito de natureza predominantemente processual, com repercussões claras e inequívocas no campo probatório, das garantias e de tratamento do acusado. No entanto, cuida-se de uma presunção *iuris tantum*, significando dizer que admite prova em sentido contrário. Assim, uma das consequências imediata da presunção de inocência é a vinculação de todos (poderes públicos e particulares)[3].

A doutrina aponta que o princípio da presunção de inocência surgiu em 1215, com a Magna Carta *Libertatum*, imposta ao rei inglês João-sem-terra[4], representando uma vitória da liberdade e a valorização da pessoa em relação ao Estado, uma vez que no seu art. 39, reconheceu que os "homens livres devem ser

julgados pelos seus pares e de acordo com a lei da terra [distanciando progressivamente da crença de que os homens deveria ser julgados pelo Ser superior, entidade divina], como ditame originário da presunção de inocência, do contraditório, da ampla defesa, e da proibição de provas ilícitas"[5] Mas, também é certo que alguns autores registram que a presunção de inocência remonta ao direito romano.[6]

A presunção de inocência surge em reação a um processo penal de caráter inquisitivo, que vigorou em certo período da história da humanidade, onde o direito penal foi utilizado "como instrumento de perseguição, com prisões com base em boatos, condenações infundadas baseadas em revanchismo ou oportunismo dos que manipulavam o poder"[7], ou seja, época de um direito penal inquisitivo em que vigorava o segredo e o emprego da tortura, contrariando os ditames da dignidade humana, pregado nos ensinamentos de Cesare Beccaria, na sua obra *Dos Delitos e das Penas* (1764), tempo em que criticou ferrenhamente as acusações secretas, os juramentos, a tortura e a pena de morte, propondo a humanização das penas e a sua proporcionalidade, além de sugerir a introdução de um tratamento humano aos processados[8]. Dizia Beccaria: "um homem não pode ser tido como culpado antes que a sentença do juiz o declare; e a sociedade apenas lhe pode retirar a proteção pública depois que seja decidido que ele tenha violado as normas que tal proteção lhe foi dada".[9]

A Declaração de Direitos do Bom Povo da Virginia, uma das treze colônias inglesas na América e datada de 12 de janeiro de 1776, já contemplava institutos que reforçaram a presunção de inocência, uma vez que abarcava "o direito de defesa nos processos criminais, bem como julgamento célere por júri imparcial, posto que ninguém seria privado de sua liberdade, exceto por lei da terra ou julgamento de seus pares"[10], ou seja, havia um abrandamento da norma, pela presunção de que possivelmente o cidadão poderia ser inocente de imputações feitas em face da sua pessoa.

Com a eclosão da Revolução Francesa, pela primeira vez, o princípio da presunção de inocência foi positivado no art. 9º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, com a dicção de que: "Todo o homem presume-se inocente enquanto não houver sido declarado culpado; por isso, se julgar indispensável a sua prisão: todo rigor necessário, empregado a efetuar, deve ser severamente reprimido pela lei"[11]. Neste sentido, "fica evidenciada a clara intenção dos revolucionários iluministas em estabelecer outro eixo para o processo penal, qual seja, a abolição da presunção de culpa e a fixação da presunção de inocência para todos os imputados",

conforme afirma Moraes[12]. Assim, a Declaração Francesa acabou por influenciar que o indivíduo investigado pela prática de crime, no decurso do processo ou do inquérito policial deveria ser tratado com o mínimo de dignidade, evitando-se sua submissão a institutos ou condições que o equiparasse como culpado[13].

A partir daí, a tutela normativa da presunção de inocência passa a constar em diversos documentos internacionais[14], sendo que na Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), adotada nas Organizações das Nações Unidas (ONU), trouxe em seu artigo 11 que: "todo homem acusado de um ato delituoso tem o direito de ser presumido inocente até que sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa". Já O Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, de 1966, estabeleceu no seu art. 14, item 2, que "toda pessoa acusada de um delito terá direito a que se presuma sua inocência enquanto não for legalmente comprovada sua culpa". Mas antes disso, na Europa, em 1950, a Convenção Europeia sobre Direitos Humanos[15] trouxe no seu art. 6º, item 2, a regra de que "qualquer pessoa acusada de uma infração presume-se inocente enquanto a sua culpabilidade não tiver sido legalmente provada". Por sua vez, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, (Pacto de São José da Costa Rica), carrega consigo que "toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa".

Agora mais recente, o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional, ratificado pelo Brasil no Decreto[16] n. 4.388, de 25 de setembro de 2002, criado para julgar os crimes de guerra, agressão, contra a humanidade e de genocídio, assim como os crimes contra o próprio tribunal, também contemplou o princípio da presunção de inocência, na medida em que no seu art. 66, garantiu que:

1. Toda a pessoa se presume inocente até prova da sua culpa perante o Tribunal, de acordo com o direito aplicável.
2. Incumbe ao Procurador o ônus da prova da culpa do acusado.
3. Para proferir sentença condenatória, o Tribunal deve estar convencido de que o acusado é culpado, além de qualquer dúvida razoável.

Como se pode ver, os documentos internacionais apontados utilizam as expressões "delito" ou "infração", gênero da espécie crime, o que justifica a sua utilização na esfera criminal, sem nenhum questionamento, especialmente, com o instituto da prisão que deve ser sempre o último instrumento coercitivo a ser utilizado pelo Estado. E é neste sentido que a nossa Constituição somente autoriza a prisão por ordem judicial, salvo a prisão em flagrante (art. 5º, inc. LXI) e as cautelares, demonstrando que, mesmo antes de uma sentença penal condenatória definitiva, é possível a prisão de alguém, o que em tese, tornam as prisões cautelares (preventiva e temporária) como constitucionais, implicando dizer que o princípio da presunção de inocência é flexibilizado dentro da sua própria esfera de aplicação que é o direito criminal.

Por outro lado, o teor literal do texto constitucional de que "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória" (Art. 5, inc. LVII, CF), não dá margem a garanti-lo em áreas extrapenal, uma vez que está ligado à exigência de uma "sentença penal" condenatória definitiva.

Ocorre que no Brasil, o princípio da presunção de inocência acabou por irradiar para outras áreas do direito, especialmente no Direito Administrativo Disciplinar que é muito similar ao Direito Criminal, cabendo ao Estado o ônus da prova, que irá ilidir a presunção de inocência.

Mattos^[17] para justificar a aplicação do princípio da presunção de inocência no direito administrativo disciplinar, faz um relato histórico deste princípio desde o seu surgimento com os ideais da Revolução Francesa (1789-1799) até os dias atuais, passando pelos principais documentos internacionais, já mencionados anteriormente. Segundo ele:

O processo disciplinar atinge também um *status* de realidade permanente, onde o Estado assume a obrigação de estabelecer o princípio da certeza, através da apuração da verdade. Sendo certo, que a verdade está abrigada na prova, pois sem ela, não há plausibilidade para se levar a efeito uma punição disciplinar^[18].

A presunção de inocência no Direito Administrativo é tão sólida que foi reconhecida expressamente no art. 20 da Lei n. 8.429/92, que trata da improbidade administrativa, ao dispor que: "a perda da função pública e a suspensão dos direitos

políticos só se efetivam com o trânsito em julgado da sentença condenatória”, como bem lembrado por Mattos afirmando ainda que:

[...] **O Estado Democrático de Direito não permite a aplicação de graves sanções, com a condenação preliminar do acusado, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória**, tendo em vista a possibilidade de reversibilidade do que foi determinado: [...] (**negritei**)[\[19\]](#)

Também na área de concursos públicos, onde se analisa a vida pregressa de candidatos, tem se reconhecido o princípio da presunção de inocência, conforme se vê da ementa de julgado do Superior Tribunal de Justiça:

ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. REPROVAÇÃO. SINDICÂNCIA. VIDA PREGRESSA. CANDIDATO. DESCUMPRIMENTO. REQUISITO. BOA CONDUTA. VERIFICAÇÃO. AÇÃO PENAL. RÉU. CRIME CONTRA O PATRIMÔNIO. INEXISTÊNCIA. CONDENAÇÃO. ILEGALIDADE. ATO ADMINISTRATIVO. ELIMINAÇÃO. ÓBICE. POSSE. JURISPRUDÊNCIA. STF. STJ. 1. A simples existência de inquérito policial ou de ação penal instaurados contra o candidato aprovado em concurso público não tem aptidão para configurar conduta social desabonadora e impeditiva do seu provimento no cargo público, sob pena de ofensa ao postulado constitucional da presunção de inocência, à míngua de condenação com trânsito em julgado. 2. Agravo regimental não provido. (AgRg no RMS 46.893/SP, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 10/02/2015, DJe 18/02/2015)[\[20\]](#)

Além disso, simples anotações relacionadas à prática de delitos, sejam em inquéritos policiais, sejam em ações penais, sem condenações com trânsito em julgado, não tem servido para afastar candidatos dos concursos públicos, conforme já manifestou o Supremo Tribunal Federal, nos julgados abaixo:

EMENTA: CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. POLÍCIA MILITAR. CANDIDATO.

ELIMINAÇÃO. INVESTIGAÇÃO SOCIAL. ART. 5º, LVII, DA CF. VIOLAÇÃO. I - Viola o princípio constitucional da presunção da inocência, previsto no art. 5º, LVII, da Constituição Federal, a exclusão de candidato de concurso público que responde a inquérito ou ação penal sem trânsito em julgado da sentença condenatória. Precedentes. II - Agravo regimental improvido. (RE 559135 AgR, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Primeira Turma, julgado em 20/05/2008, DJe-107 DIVULG 12-06-2008 PUBLIC 13-06-2008 EMENT VOL-02323-06 PP-01131)[21] **No mesmo sentido: ARE 733.957-AgR**, rel. min. **Celso de Mello**, decisão monocrática, julgamento em 6-12-2013, *DJE* de 12-12-2013 e **AI 855.448**, rel. min. **Luiz Fux**, decisão monocrática, julgamento em 31-5-2012, *DJE* de 6-6-2012;

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. POLÍCIA CIVIL DO DISTRITO FEDERAL. MAUS ANTECEDENTES. PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. PRECEDENTES. O Supremo Tribunal Federal fixou entendimento no sentido de que a eliminação do candidato de concurso público que esteja respondendo a inquérito ou ação penal, sem pena condenatória transitada em julgado, fere o princípio da presunção de inocência. Agravo regimental a que se nega provimento. (AI 741101 AgR, Relator(a): Min. EROS GRAU, Segunda Turma, julgado em 28/04/2009, DJe-099 DIVULG 28-05-2009 PUBLIC 29-05-2009 EMENT VOL-02362-12 PP-02281) [22]

No RE 634.224/DF, o STF decidiu que “A exclusão de candidato regularmente inscrito em concurso público, motivada, unicamente, pelo fato de haver sido instaurado, contra ele, procedimento penal, sem que houvesse, no entanto, condenação criminal transitada em julgado, vulnera, de modo frontal, o postulado constitucional do estado de inocência, inscrito no art. 5º, inciso LVII, da Lei Fundamental da República” [23].

Interessante notar que até mesmo a inscrição na OAB, não escapou à observância do princípio da presunção de inocência, conforme decisão do STJ:

ADMINISTRATIVO. INSCRIÇÃO DEFINITIVA NA OAB. INCIDENTE DE INIDONEIDADE MORAL. SUPOSTA PRÁTICA DE CRIME INFAMANTE. AÇÃO PENAL DE COMPETÊNCIA DO JÚRI EM FASE DE INSTRUÇÃO. HOMICÍDIO QUALIFICADO. INEXISTÊNCIA DE SENTENÇA COM TRÂNSITO EM JULGADO. PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. 1. Na origem, o recorrido impetrou mandado de segurança contra o Presidente da Comissão de Seleção e Inscrição da OAB/SP, aduzindo direito líquido e certo à inscrição definitiva nos quadros da OAB/SP. A autarquia indeferiu a inscrição por ser o impetrante corréu em ação penal pública, na qual está incurso, por doze vezes, nas penas do art. 121, § 2º, incs. II, III e IV, do CP (homicídio qualificado decorrente de sua atuação como policial militar no "Caso Castelinho"). 2. A inscrição como advogado requer, entre outros requisitos, idoneidade moral, a qual não será atendida se houver condenação por crime infamante, ressalvada a reabilitação judicial (art. 8º, inc. VI, § 4º, do Estatuto da OAB). 3. Por ora, não há sentença penal condenatória transitada em julgado contra o recorrido, e sim ação penal de competência do júri na fase de instrução, de modo que não se pode predizer sua culpa. 4. No ordenamento jurídico pátrio, tem primazia o princípio da presunção de inocência, segundo o qual "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória" (art. 5º, LVII, da CF/1988). 5. A OAB, dentro da capacidade de autotutela que lhe é conferida, tem autoridade para cancelar, posteriormente, a inscrição do profissional que vier a perder qualquer um dos requisitos para a inscrição (art. 11, inc. V, do Estatuto da OAB). 6. A alteração das conclusões que levaram as instâncias ordinárias a aferir a existência de direito líquido e certo a amparar a ordem mandamental exige revolvimento do conjunto fático-probatório dos autos, providência vedada pela Súmula 7/STJ. Recurso especial conhecido em parte e improvido. (REsp 1482054/SP, Rel.

Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 04/11/2014, DJe 14/11/2014)[24]

No entanto, em virtude da independência das instâncias (penal e administrativa), o fato de não existir ainda uma sentença penal condenatória, não impede a instauração de processo administrativo disciplinar.

Não há dúvida de que são independentes as instâncias penal e administrativa, só repercutindo aquela nesta quando ela se manifesta pela inexistência material do fato ou pela negativa de sua autoria. Assim, a administração pública, para punir por falta disciplinar que também pode configurar crime, não está obrigada a esperar a decisão judicial, até porque ela não pune pela prática de crime, por não ter competência para impor sanção penal, mas pela ocorrência de infração administrativa que pode, também, ser enquadrada como delito. Por outro lado, e em razão mesmo dessa independência de instâncias, o princípio constitucional de que 'ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória' (art. 5º, LVII) não se aplica ao âmbito administrativo para impedir que a infração administrativa que possa também caracterizar crime seja apurada e punida antes do desfecho do processo criminal. (**MS 21.545**, voto do Rel. Min. **Moreira Alves**, julgamento em 11-3-1993, Plenário, DJ de 2-4-1993.)[25] **No mesmo sentido: AI 747.753-AgR**, Rel. Min. **Ayres Britto**, julgamento em 14-9-2010, Segunda Turma, DJE de 28-10-2010.[26]

Assim, podemos afirmar que o princípio da presunção de inocência, apesar de o seu texto literal demonstrar que foi cunhado para a área criminal, observamos que a jurisprudência e a doutrina brasileira, acabaram por entender que ele se irradia para outras esferas do direito, especialmente para o Direito Administrativo, tendo ainda sido prescrito na Lei de Improbidade Administrativa, restando agora analisar o referido princípio a luz do Direito Eleitoral, o que restou bem delineado nos casos a seguir (ADPF 144 e ADC 30).

2 A ADPF N. 144: A RIGIDEZ DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

No dia 06 de agosto de 2008, o Supremo Tribunal Federal (STF) julgou a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, distribuída sob o n. 144[27], proposta pela Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB), que, entre várias questões, postulava que fosse declarada, a não recepção de "parte das alíneas "d" "e", "g" e "H" do inciso I, do art. 1º, e parte do art. 15, todos da Lei Complementar n. 64, de 18 de maio de 1990, que dispõe sobre as hipóteses de inelegibilidade no Brasil, argumentando que a emenda constitucional n. 4/94 teria revogado implicitamente os referidos dispositivos, não se exigindo mais o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, para caracterização de vida pregressa desfavorável, para considerar uma pessoa inelegibilidade". Peticionou ainda que se afastasse a interpretação dada pelo Tribunal Superior Eleitoral (TSE), no sentido de que o §9º do art. 14 da CF não fosse mais autoaplicável, uma vez que exigiria a elaboração de Lei Complementar para estabelecer outros casos de inelegibilidade, conforme se depreende da ementa[28], vez que, segundo a AMB, a exigência do trânsito em julgado impedia que a Justiça Eleitoral reconhecesse a inelegibilidade, tornando-a uma norma inócua.

O julgado resultou em 298 laudas e teve como relator o Ministro Celso de Melo, e, no mérito, o Tribunal, sob a presidência do Ministro Gilmar Mendes, presentes os Ministros Marco Aurélio, Ellen Gracie, Cezar Peluso, Carlos Britto, Joaquim Barbosa, Eros Grau, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia e Menezes Direito, por maioria, entendeu improcedente a ADPF, sendo vencidos os senhores Ministros Carlos Britto e Joaquim Barbosa. Pela Procuradoria-Geral da República, atuou o Dr. Antônio Fernando Barros e Silva de Souza.

O voto do relator Ministro Celso de Mello, sinteticamente, trouxe três teses principais, para considerar improcedente a pretensão da autora: a) necessidade de uma Lei Complementar para tipificar as causas de inelegibilidades; b) que não caberia ao Judiciário substituir o legislador, em face do princípio da separação dos poderes; c) que seria perfeitamente constitucional a norma que exige o trânsito em julgado para considerar o candidato inelegível, pois em consonância com o princípio da presunção de inocência que irradia para o campo do direito eleitoral.

Primeiramente o relator discorreu sobre necessidade de submissão de todos os candidatos a cargos eletivos aos princípios que derivam da ética republicana e a integral exposição de seu comportamento individual, profissional e social, incluindo sua vida pregressa, para que os eleitores disponham de elementos de informação necessários à prática responsável do poder-dever de eleger os seus representantes, afirmando ainda que "somente os eleitores dispõem de poder soberano e de

legitimidade para rejeitar, pelo exercício do direito de voto, candidatos ímprobos, desonestos e moralmente desqualificados”, ou seja, não se admitindo que a vida pregressa dos candidatos seja mantida em sigilo e inacessíveis aos cidadãos.

Ao enfrentar a questão da irradiação do princípio da presunção de inocência para o direito eleitoral, o relator rememora a Constituição de 1969 (com suas alterações), que dava primazia à probidade administrativa (art. 151, II) e a moralidade para o exercício do mandato (art. 151, IV), noticiando que para regulamentar este preceito constitucional, “foi editada a Lei Complementar n. 05/70, que, dentre as várias hipóteses de inelegibilidade, previu a perda da capacidade eleitoral passiva em decorrência da mera Instauração de processo judicial contra qualquer potencial candidato que houvesse incidido em suposta prática de determinadas infrações penais”, relatando ainda que na época, esta cláusula legal provocou amplo debate no TSE, citando o REspe 4.221/RS e o Recurso Ordinário n2 4.189/RJ, que julgou inconstitucional o dispositivo da Lei Complementar n. 05/70, por ferir o princípio da presunção de inocência, invocando o art. 11 da Declaração Universal dos Direitos do Homem, do qual o Brasil é signatário. No entanto, rememora que após tal decisão o Supremo Tribunal Federal, ao julgar o RE 86.297/SP, Rei. Min. Thompson Flores, proclamou a validade constitucional da referida Lei Complementar n. 05/70.

Não obstante, observou que posteriormente, o Supremo Tribunal Federal ao julgar o RE 99.069/BA entendeu por decidir, em face da alteração promovida pela Lei Complementar n. 42/82, que para afastar a capacidade eleitoral passiva, seria exigível o trânsito em julgado das sentenças penais condenatórias. Prosseguiu citando os fundamentos expostos no RO 1.069/RJ pelos Ministros Marco Aurélio e Cezar Peluso, bem como na Consulta n. 1.621/PB, junto ao TSE, pelo Ministro Eros Grau, direcionando seu voto para o não acolhimento da pretensão deduzida pela Associação da Magistratura Brasileiro (AMB), em homenagem ao princípio da presunção de inocência, o qual, segundo ele, “se dirige ao Estado, para lhe impor limitações ao seu poder, qualificando-se, sob tal perspectiva, como típica garantia de índole constitucional, e que também se destina ao indivíduo, como direito fundamental por este titularizado - representa uma notável conquista histórica dos cidadãos, em sua permanente luta contra a opressão do poder”.

Para demonstrar a sedimentação da presunção de inocência, fez um resgate histórico, voltando ao sec. XVIII, citando Beccaria, assim como São Tomás de Aquino e sua obra “Suma Teleológica”, mencionando a Carta Magna Inglesa de 1215, perpassando pela Declaração de Direitos do Bom Povo da Virgínia (1776), tomando

rumo à Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789 e em seguida a Declaração Universal de Direitos da Pessoa Humana, promulgada em 10/12/1948. Prossegue o seu voto fazendo menção a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (Bogotá, 1948, Artigo XXVI), a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (São José da Costa Rica, 1969, Artigo 8º, § 2º), a Convenção Europeia para Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais (Roma, 1950, Artigo 6º, § 2B), a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (Nice, 2000, Artigo 48, § 1º), a Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos /Carta de Banjul (Nairóbi, 1981, Artigo 7º, § 1º, "b") e a Declaração islâmica sobre Direitos Humanos (Cairo, 1990, Artigo 19, "e") e outros, de caráter global, como o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (Artigo 14, § 2a), adotado pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 1966.

Ressaltou o conflito ideológico entre o valor da presunção de inocência e o desvalor do postulado autocrático que privilegia a onipotência do Estado, que, segundo o relator, se revelou muito nítido na Itália, utilizando os ensinamentos de Antônio Magalhães Gomes Filho, rememorando as três escolas que surgiram a partir do século XIX:

A Escola Clássica, cujos maiores expoentes foram FRANCESCO CARRARA E GIOVANNI CARMIGNANI, que sustentavam, inspirados nas concepções iluministas, o dogma da presunção de inocência, a que se seguiram os adeptos da **Escola Positiva**, como ENRICO FERRI e RAFFAELE GAROFALO, que preconizavam a ideia de que é mais razoável presumir a culpabilidade das pessoas, e, a refletir o espírito do tempo" (Zeitgeist) que tão perversamente buscou justificar visões e práticas totalitárias de poder, **a Escola Técnico-Jurídica**, que teve, em EMANUELÉ CARNEVALE e em VINCENZO MANZINI, os seus corifeus, responsáveis, dentre outros aspectos, pela formulação da base doutrinária que deu suporte a uma noção que prevaleceu ao longo do regime totalitário fascista - a noção de que não tem sentido nem é razoável presumir-se a inocência do réu!!!

Relembra que a Constituição brasileira de 1988, fundada em bases democráticas, é contrária ao absolutismo do Estado e a força opressiva do poder, em

face do contexto histórico que justificou, em nosso processo político, a ruptura com paradigmas autocráticos do passado que:

[...] baniu, por isso mesmo, no plano das liberdades públicas, qualquer ensaio autoritário de uma inaceitável hermenêutica de submissão, somente justificável numa perspectiva "*ex parte principis*", cujo efeito mais conspícuo, em face da posição daqueles que presumem a culpabilidade do réu, ainda que para fins extrapenais, será a virtual esterilização de uma das mais expressivas e historicamente significativas conquistas dos cidadãos, que é a de jamais ser tratado, pelo Poder Público, como se culpado fosse!

Afirmou, em seu voto, que presunção de inocência, embora historicamente vinculada ao processo penal, também irradia os seus efeitos, sempre em favor das pessoas, contra o abuso de poder e a prepotência do Estado, demonstrando ainda que a irradiação da presunção de inocência ocorre ainda em outros países, ou seja, que não é criação brasileira, citando a Corte Portuguesa:

[...] o Tribunal Constitucional português, examinando a validade jurídica de certo diploma normativo, declarou-o inconstitucional na parte em que determinava a perda total, pelo servidor, de sua remuneração, em decorrência de suspensão preventiva resultante da mera instauração de processo disciplinar, sequer concluído.

Esse julgamento, realizado em 1990 (Acórdão n. 198/90, Relator Conselheiro Monteiro Diniz, "in" "Acórdãos do Tribunal Constitucional", vol. 16/473), acha-se consubstanciado em decisão assim ementada: I - O princípio da presunção de inocência do arguido é, no seu núcleo essencial, aplicável ao processo disciplinar. II - Este princípio ilegítima a imposição de qualquer ônus ou restrição de direitos ao arguido que representem a antecipação de condenação. III - é, pois, inconstitucional a norma que consente a perda total de vencimento do funcionário desligado ao serviço em virtude de processo disciplinar, por se traduzir na antecipação de um

quadro de efeitos semelhantes ao da pena disciplinar de demissão. [...].

Citou o julgamento do plenário (RE 482.006/MG, Rel. Min. Ricardo Lewandowski), ocasião em que o Supremo Tribunal, interpretando a Constituição da República, reconheceu que a presunção constitucional de inocência também alcança o domínio extrapenal explicitando que "esse postulado constitucional alcança quaisquer medidas restritivas de direitos, independentemente de seu conteúdo ou do bloco que compõe, se de direitos civis ou de direitos políticos". Afirmou ainda que:

[...] no ordenamento positivo brasileiro, não existe qualquer possibilidade de o Poder Público, por simples presunção ou com fundamento em meras suspeitas, reconhecer, sem prévia decisão judicial condenatória irrecorrível, a culpa de alguém, especialmente quando, para além da gravíssima privação da liberdade individual - ou da atribuição da qualidade de "improbus administrator" resultar, ainda, dentre outras sérias consequências, a suspensão temporária da cidadania, em particular do direito de Ser votado.

Alertou sobre a relevância da coisa julgada, uma vez que propicia a estabilidade das relações sociais e a superação dos conflitos, consagrando a segurança jurídica, "que traduz, na concreção de seu alcance, valor de transcendente importância política, jurídica e social, a representar um dos fundamentos estruturantes do próprio Estado democrático de direito".

Mencionou o art. 20, *caput*, da Lei de Improbidade Administrativa (8.429/92), que exige o trânsito em julgado nas ações civis, para privar temporariamente os direitos políticos do *improbus administrator*, aduzindo que:

[...] O legislador, no desempenho dessa verdadeira delegação constitucional, prescreveu, de modo plenamente legítimo, que a suspensão dos direitos políticos, nos processos civis instaurados por improbidade administrativa, efetivar-se-á "com o trânsito em julgado da sentença condenatória" (art. 20, "caput"). A Lei de Improbidade Administrativa, dessa maneira, em atenção ao princípio da segurança jurídica (que tem, na formação da coisa julgada, a causa visível de sua concretização) condicionou a adoção daquela medida restritiva de direitos

políticos, à existência de uma situação juridicamente consolidada, que representa - tal a importância de que se revestem os direitos políticos em nosso sistema constitucional - uma garantia de preservação de sua integridade.

Já os votos vencidos, Ministros Carlos Britto e Joaquim Barbosa, optaram por fazer a separação dos direitos individuais, sociais e políticos, no sentido que o objeto da ADPF 144 se restringiria aos direitos políticos e que a presunção de inocência se restringe aos direitos individuais, não alcançando a esfera eleitoral, cujo conteúdo é de direitos políticos, o que foi criticado no voto do Ministro Eros Grau sob o argumento de que "não se interpreta a Constituição em tiras, aos pedaços, mas sim na sua totalidade". Tendo ainda o Ministro Joaquim Barbosa advertido que "não existem direitos fundamentais de caráter absoluto".

Importa salientar que o a presunção de inocência foi tratada na ADPF n. 144, não como regra, mas como princípio constitucional. Se fosse regra, estaria limitada ao direito penal, o que impediria a sua irradiação para o direito eleitoral. Já os princípios, por serem "mandamentos de otimização", que segundo Alexy "são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes", ou seja, que podem ser satisfeitos em graus variados, que além de depender de possibilidades fáticas, também dependem das possibilidades jurídicas^[29], ou seja, o seu alcance é bem maior do que as regras.

Neste sentido, justifica-se o argumento do relator de que a presunção de inocência "projeta-se para além de uma dimensão estritamente penal, alcançando quaisquer medidas restritivas de direitos, independentemente de seu conteúdo, ainda que em sede administrativa", o que foi confirmado no voto do Ministro Gilmar Mendes quando afirmou que "a garantia da presunção de não-culpabilidade não se restringe ao âmbito do direito e do processo penais. Sua abrangência é ampla o suficiente para abarcar todo comportamento do poder público tendente à sanção de indivíduos investigados, denunciados ou acusados, com repercussão em diversos âmbitos do direito", sendo que os demais Ministros Marco Aurélio, Ellen Gracie, Cezar Peluso, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia e Menezes Direito, acompanharam o voto do relator, trazendo ainda outros fundamentos para reforçar a sua tese, sejam eles de cunho jurisprudencial ou doutrinário, julgando improcedente a pretensão da AMB.

Ocorre que, com o surgimento da Lei Complementar n. 135/2010 (Lei da Ficha Limpa), o Supremo Tribunal Federal foi novamente acionado a se manifestar sobre o

princípio da presunção de inocência, uma vez que a referida Lei Complementar, cumprindo o comando inserto no §9º do art. 14 da CF, criou algumas causas de inelegibilidade, dentre elas, a condenação por órgão colegiado, sem a exigência do trânsito em julgado, a fim de proteger a probidade administrativa, a moralidade para exercício de mandato, conforme passamos a analisar no próximo tópico.

3. A ADC 30: A RELATIVIZAÇÃO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA APÓS A LEI DA FICHA LIMPA

No dia 16 de dezembro de 2012, o Supremo Tribunal Federal (STF) ao julgar a Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 30, proposta pelo Conselho Federal da OAB^[30], optou por julgar em conjunto a ADC de nº 29, proposta pelo Partido Popular Socialista e a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4578, de autoria da Confederação Nacional das Profissões Liberais – CNPL, uma vez que tratavam do mesmo assunto, qual seja, os dispositivos da Lei Complementar n. 135, de 04 de junho de 2010, apelidada de Lei da Ficha Limpa. As ações declaratórias foram julgadas procedentes, considerando-se constitucionais os dispositivos da Lei da Ficha Limpa, enquanto que a ação de inconstitucionalidade foi considerada improcedente. A relatoria foi do Ministro Luiz Fux, tendo a sessão funcionada sob a presidência do Ministro Cezar Peluso, presentes os Ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Carlos Ayres Britto, Joaquim Barbosa, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia, Dias Toffoli, e Rosa Weber. Pela Procuradoria-Geral da República falou o Dr. Roberto Monteiro Gurgel Santos.

Registra-se que, em relação ao julgamento da ADPF n. 144, houve uma singela alteração no corpo da corte constitucional, com o ingresso dos novos Ministros Luiz Fux, Dias Toffoli e Rosa Weber, sendo que em virtude da complexidade e dos diversos temas enfrentados nas três ações submetidas ao plenário do STF, em um mesmo contexto fático, a ementa foi redigida em várias laudas, motivo pelo qual optamos por não a colocá-la neste artigo ^[31].

Importa mencionar que o julgado resultou em 375 laudas, enfrentando várias questões, dentre elas o princípio da proporcionalidade, o juízo de ponderação, a cumulação entre inelegibilidade e suspensão dos direitos políticos, a retroatividade das inexigibilidades trazidas pela Lei Complementar n. 135/2010, rejeição de contas relativas ao exercício de cargo ou função pública (necessariamente colegiadas, porquanto prolatadas pelo Legislativo ou por Tribunal de Contas, conforme o caso); perda de cargo (eletivo ou de provimento efetivo), incluindo-se as aposentadorias compulsórias de magistrados e membros do Ministério Público e, para os militares, a

indignidade ou incompatibilidade para o oficialato; a renúncia a cargo público eletivo diante da iminência da instauração de processo capaz de ocasionar a perda do cargo; exclusão do exercício de profissão regulamentada, por decisão do órgão profissional respectivo, por violação de dever ético-profissional, mas principalmente, as condenações judiciais (eleitorais, criminais ou por improbidade administrativa) proferidas por órgão colegiado, como causa de inexigibilidade, o que em tese, constitui infringência ao princípio da presunção de inocência, alvo de análise neste artigo.

Adentrando ao mérito, no tratamento do princípio da presunção de inocência, o relator Luiz Fux inicia com o seguinte questionamento: “é razoável a expectativa de candidatura de um indivíduo já condenado por decisão colegiada? A resposta há de ser negativa”. Para o relator não seria razoável entender que um indivíduo condenado em segunda instância ou por um colegiado no exercício da competência de foro por prerrogativa de função, por rejeição de contas públicas, perda de cargo público ou impedimento do exercício de profissão por violação de dever ético-profissional possa exercer mandato eletivo, uma vez que contraria a exigência constitucional de moralidade (art. 14, § 9º), afirmando ainda que a presunção constitucional de inocência não poderia figurar como óbice à validade da Lei da Ficha Limpa, alertando que o debate perpassaria pela ADPF n. 144 (Rel. Min. Celso de Mello), além de outros julgados do STF que reconheceu a irradiação da presunção de inocência para o Direito Eleitoral, como foi o caso do RE482.006 (Rel. Min. Ricardo Lewandowski) [32].

Justificou que o caso em julgamento seria diferente do julgado na ADPF n. 144, uma vez naquela época se pretendia a criação de novas hipóteses de inelegibilidade ao arripio da exigência constitucional de lei complementar, bem como a questão da violação do princípio constitucional da presunção de inocência, dotado de eficácia irradiante para além dos domínios do processo penal, conforme já se havia estabelecido na jurisprudência do STF, o qual, no caso em julgamento, deve ser balizado (ponderado)[33] com os princípios da moralidade e da probidade administrativa, bem como da vedação ao abuso do poder econômico, além a vontade social e o fato de que a inelegibilidade prevista na Lei da Ficha Limpa, em virtude de condenações judiciais recorríveis, decorreria de decisão proferida por órgão colegiado, cujas decisões são atacáveis, via de regra, por recursos que não geram reexame de matéria fática nem possuem efeito suspensivo, como o Recurso Especial e o Extraordinário.

Alertou ainda que após a ADPF 144, a sociedade se organizou com uma mobilização social que culminou na reunião de mais de dois milhões de assinaturas e a apresentação do Projeto de Lei Complementar nº 518/09 que acabou por cunhar a Lei Complementar nº 135/10. Argumentou:

[...] impõe-se considerar que o acórdão prolatado no julgamento da ADPF 144 reproduziu jurisprudência que, se adequada aos albos da redemocratização, tornou-se um excesso neste momento histórico de instituições politicamente amadurecidas, notadamente no âmbito eleitoral. Já é possível, portanto, revolver temas antes intocáveis, **sem que se incorra na pecha de atentar contra uma democracia** que – louve-se isto sempre e sempre – já está solidamente instalada. **A presunção de inocência, sempre tida como absoluta, pode e deve ser relativizada para fins eleitorais ante requisitos qualificados como os exigidos pela Lei Complementar nº 135/10.**

Para o Ministro Luiz Fux, em virtude do novo panorama social exigindo probidade no trato com a coisa pública, “em outras palavras, ou bem se realinha a interpretação da presunção de inocência, ao menos em termos de Direito Eleitoral, com o estado espiritual do povo brasileiro, ou se desacredita a Constituição”.

Rememorou que entre o julgamento da ADPF. 144 e a ADC 30, houve o julgamento do RE 633.703 (Rel. Min. Gilmar Mendes)^[34], sobre a aplicação da Lei da Ficha Limpa, ao processo eleitoral de 2010, sem aguardar a vigência de um ano da Lei, conforme determina o art. 16 da CF, ocasião em que o STF entendeu pela sua não aplicação, causando uma reação social contrária, fato que foi retratado em “fortes cores pela crítica impressa de todo o país”, advertindo ainda uma crescente e considerável crítica contra as decisões do Judiciário, na resistência da relativização da presunção de inocência, para fins de estabelecer as hipóteses de inelegibilidades. Por conseguinte, reafirmou a condição contramajoritária do STF na proteção dos direitos fundamentais e do regime democrático, mas que “a própria legitimidade democrática da Constituição e da jurisdição constitucional depende(ria), em alguma medida, de sua responsividade à opinião popular”, afirmando que:

[...] não cabe a este Tribunal desconsiderar a existência de um descompasso entre a sua jurisprudência e a hoje fortíssima opinião popular a respeito do tema “ficha limpa”, sobretudo

porque o debate se instaurou em interpretações plenamente razoáveis da Constituição e da Lei Complementar nº 135/10 – interpretações essas que ora se adotam. Não se cuida de uma desobediência ou oposição irracional, mas de um movimento intelectualmente embasado, que expõe a concretização do que PABLO LUCAS VERDÚ chamara de sentimento constitucional, fortalecendo a legitimidade democrática do constitucionalismo. A sociedade civil identifica-se na Constituição, mesmo que para reagir negativamente ao pronunciamento do Supremo Tribunal Federal sobre a matéria.

Sendo assim, a ampliação do seu espectro de alcance operada pela jurisprudência do Supremo significou verdadeira interpretação extensiva da regra, segundo a qual nenhuma espécie de restrição poderia ser imposta a indivíduos condenados por decisões ainda recorríveis em matéria penal ou mesmo administrativa. O que ora se sustenta é o movimento contrário, comparável a uma redução teleológica, mas, que, na verdade, só reaproxima o enunciado normativo da sua própria literalidade, da qual se distanciou em demasia.

[...] não há como sustentar, com as devidas vênias, que a extensão da presunção de inocência para além da esfera criminal tenha atingido o grau de consenso básico a demonstrar sua radicação na consciência jurídica geral. Antes o contrário: a aplicação da presunção constitucional de inocência no âmbito eleitoral não obteve suficiente sedimentação no sentimento jurídico coletivo – daí a reação social antes referida – a ponto de permitir a afirmação de que a sua restrição legal em sede eleitoral (e frise-se novamente, é apenas desta seara que ora se cuida) atentaria contra a vedação de retrocesso.

Assim, apesar do relator ter trazido vários argumentos para relativizar o princípio da presunção de inocência, deixa transparecer que o ponto de maior relevo no seu voto, foi a pressão social que acabou por motivá-lo a criar justificativa jurídica para prestigiar a solução legislativa, que admitiu, para o preenchimento do conceito de vida pregressa do candidato, a consideração da existência de condenação judicial não definitiva, a rejeição de contas, a renúncia abusiva ou perda de cargo.

Acompanhando o relator, o Min. Joaquim Barbosa faz uma defesa da constitucionalidade da Lei da Ficha Limpa, trazendo um apanhado histórico dos critérios de probidade, moralidade, normalidade e de legitimidade das eleições, desde a Constituição de 1967, relembrando a mobilização social que reuniu assinaturas para apresentar o projeto da Lei da Ficha Limpa, exigindo-se ilibada vida pregressa dos candidatos. E que tal atitude por parte da sociedade:

[...] revela, sobretudo, um despertar de consciência a respeito do real significado da democracia e de um dos seus elementos constitutivos essenciais que é a representação política. Sem dúvida, há na sociedade brasileira um clamor pela superação do nosso passado clientelista e patrimonialista e pela transição para um futuro de virtude e de coparticipação. O que se busca é o abandono da complacência e da conivência com a falta de moral, de honestidade, que aqui e ali ganham foros de aceitação até mesmo pela via de expressões jocosas que não raro caem no gosto popular, como é o caso da execrável "ROUBA MAS FAZ". O objetivo é avançar rumo a uma exigência efetiva de ética e transparência no manejo da "coisa pública", da res pública.

Joaquim Barbosa registrou que mesmo na esfera criminal, o princípio da presunção de inocência sofre restrições, citando o HC 69.964 (rel. min. Ilmar Galvão, DJ 18.12.1992), entre outros, afirmando que na jurisprudência do STF, o princípio da presunção de inocência ou da não culpabilidade cedia diante de decisão condenatória proferida por órgão colegiado.

O Ministro Dias Toffoli saiu em defesa do princípio da presunção de inocência, utilizando os fundamentos da ADPF n. 144, inclusive rememorando o voto do Ministro Celso de Melo no referido julgamento, assim como fez o Ministro Gilmar Mendes, o qual resgata os tratados internacionais sobre o princípio da presunção de inocência, dizendo ainda que apesar de a Lei da Ficha Limpa ter iniciativa popular, não teria peso suficiente para minimizar ou restringir o papel contramajoritário da Jurisdição Constitucional, afirmando que:

Não cabe a esta Corte fazer "relativizações" de princípios constitucionais visando atender ao anseio popular. É preciso garantir e efetivar tais princípios, fazendo valer sua força normativa vinculante, dando-lhes aplicação direta e imediata,

ainda que isso seja contra a opinião momentânea de uma maioria popular. Certamente, a decisão desta Corte que aplica rigorosamente a Constituição poderá desencadear um frutífero diálogo institucional entre os poderes e um debate público participativo em torno dos temas nela versados. A história nos demonstra que as decisões contramajoritárias das Cortes Constitucionais cumprem esse importante papel, uma função que, em verdade, é eminentemente democrática.

Gilmar Mendes advertiu pela existência de meios de controle para evitar que candidatos fichas sujas pudessem chegar ao poder, dentre eles o voto, que é livre e secreto e obriga o Estado a tomar inúmeras medidas com o objetivo de oferecer as garantias adequadas ao eleitor. Além disso outro controle seria a escolha de candidatos no âmbito interno dos próprios partidos políticos, uma vez que caberia às agremiações políticas a eleição de candidatos cuja vida pregressa os qualifiquem para exercer, com probidade e moralidade, determinada função pública.

Quanto à morosidade do Judiciário para justificar a relativização do princípio da presunção de inocência, afirmou que “as mazelas do Poder Judiciário não podem ser suplantadas com o sacrifício das garantias constitucionais, sob pena de se descumprir duas vezes a Constituição: violando-se o princípio da celeridade e o princípio da presunção de inocência”.

A Ministra Rosa Weber, em síntese, acompanhou o relator. Fez um histórico sobre o princípio da presunção de inocência, mas sob um enfoque no processo penal, entendendo que apesar de irradiar para outras áreas do direito, como o eleitoral, comportaria restrições, uma vez que até no processo penal é flexibilizado. Além disso, a inelegibilidade decorrente de uma condenação proferida por um órgão colegiado oferece maior segurança quanto à correção da decisão, alegando ainda que na seara eleitoral, precisamente no campo das inelegibilidades, deve prevalecer os princípios da proteção do público e da coletividade em detrimento do individual e do privado, motivo pelo qual não afrontaria o princípio da não culpabilidade a dispensa do trânsito em julgado na hipótese de decisão colegiada, para tornar ilegível, homenageando os princípios da moralidade e da probidade administrativa, assim como ao da soberania, princípio fundamental da República Federativa do Brasil.

Já o Ministro Ricardo Lewandowski, defendeu a Lei da Ficha Limpa, trazendo mais um argumento para o julgado, tendo por referência o princípio republicano

inserido no art. 1º da Constituição Federal, de modo que o interprete forçosamente teria que passar por ele, para interpretar qualquer dispositivo constitucional, reafirmando que a Lei da Ficha Limpa “buscou resguardar a ‘probidade administrativa, a moralidade para o exercício do mandato, considerada a vida pregressa do candidato’, valores constitucionais do mais alto quilate”. Fez uma comparação aos casos de exercício da magistratura junto aos Tribunais que exige ficha ilibada, inclusive que nos autos da Reclamação n. 5.413/SP, candidato ao quinto constitucional teve recusado o seu nome porque respondia a processo criminal, ou seja, “se não pode exercer função de magistrado junto aos tribunais, também não poderia exercer cargo eletivo”, julgando procedente a ação para declarar a constitucionalidade da Lei Complementar 135/2010.

O Ministro Carlos Ayres Brito, como já era esperado, pois na ADPF 144 defendeu a flexibilização do princípio da presunção de inocência, acompanhou o relator, afirmando que a Lei da Ficha Limpa tem a “ambição de mudar uma cultura perniciosa, deletéria, de maltrato, de malversação da coisa pública para implantar no país o que se poderia chamar de qualidade de vida política, pela melhor seleção, pela melhor escolha dos candidatos”. Mencionou que na elaboração da Constituição, o deputado Délio Braz (Comissão da Soberania e dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher), tentou emenda-la para ampliar ao máximo o princípio da presunção de inocência, no sentido de romper com os “diques do direito penal e processual penal para derramar por todo e qualquer ramo do Direito, retirando a palavra penal”, de forma a “considerar inocente todo cidadão até o trânsito em julgado”, mas tal emenda foi rejeitada e foi colocada a palavra penal para restringir, adstringir, circunscrever, limitar o âmbito da proteção do indivíduo à matéria penal e não à matéria política.

O Ministro Marco Aurélio teve seu voto bastante interrompido pelos demais ministros, no entanto, acompanhou o relator, pela procedência das ADC’s e improcedência da ADI., fazendo uma curta referência à falência das convenções dos partidos políticos, na escolha dos candidatos, que deixaram de implementarem a almejada triagem, a partir do perfil daqueles que se apresentam para concorrer a cargos eletivos. Além disso, reafirmou que o comando constitucional é preservar a coisa pública, quando inseriu a necessidade de Lei Complementar para proteger a proibidade administrativa e a moralidade para o exercício do mandato. Praticamente nada tratou sobre o princípio da presunção de inocência, passando a discutir a opção político-normativa que dilatou o prazo, que era de três anos subsequentes ao término do mandato, alusivo à perda do cargo, para oito anos, o que não é objeto do presente trabalho.

Por fim, o Ministro Cezar Peluso profere o seu voto que inicialmente fez uma defesa do princípio da presunção de inocência, sob um enfoque da dignidade da pessoa, afirmando que “não é por ser réu que o acusado perde sua dignidade de pessoa, e, por isso mesmo, o ordenamento jurídico não está autorizado a impor-lhe medidas gravosas ou lesivas de qualquer natureza, pelo só fato de estar respondendo a um processo penal que ainda não terminou”, não importando que seja sob um enfoque penal ou não criminal. Assim, seguiu a mesma linha de decisão dos Ministros Dias Toffoli e Gilmar Mendes.

Neste segundo julgado, observamos que o STF deixou passar a oportunidade de utilização da técnica de sopesamento (ponderação) de Robert Alexy, especialmente na discussão sobre o princípio da presunção de inocência *versus* princípio da moralidade administrativa, apesar de o Ministro Ricardo Lewandowski, durante os debates, ter alertado ao pleno que estavam diante de uma hipótese de ponderação de valores de mesma natureza constitucional e do mesmo nível, argumentando que teriam que proteger a Lei Complementar n. 135, para proteger os valores que estavam abrigados no artigo 14, § 9º da Constituição, e, que são, exatamente, os valores da probidade administrativa, da moralidade para o exercício de mandato considerada a vida pregressa do candidato, e que, na visão dele, “são valores de igual dignidade e peso constitucional”, ou seja, estavam diante de um “direito individual a ser sopesado contra um direito coletivo, que também tem abrigo na Constituição, e que se espraia por vários dispositivos da Constituição, a começar do artigo 37, caput, que fala da moralidade”, no entanto, sua voz não foi suficiente para a utilização da técnica do sopesamento de Robert Alexy^[35], conforme mencionado anteriormente.

5. CONCLUSÃO

Assim, concluímos o presente trabalho, acreditando ter cumprido o objetivo proposto na introdução, uma vez que após discorrer sobre os antecedentes históricos do princípio constitucional da presunção de inocência e sua sedimentação em documentos internacionais ratificados pelo Brasil e o seu acolhimento no, inc. LVII, do art. 5º da Constituição Federal (“ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória”), foi possível confirmar que mesmo na sua esfera de criação, a presunção de inocência sofre restrições, vez que a Constituição Federal autoriza a decretação de medidas cautelares, antes de uma sentença penal condenatória com trânsito em julgado.

Ademais, é possível concluir que a flexibilização da presunção de inocência, não impede a sua aplicação nas outras áreas do direito, especialmente porque restou comprovado que o princípio da presunção de inocência, apesar de ter sido cunhado para a esfera do direito criminal, como deixa transparecer o texto constitucional (art. 5º, inc. LVII), acabou por irradiar para outros ramos do direito, e isso ocorreu, justamente por se tratar de um princípio e não de uma regra, conforme exaustivamente demonstrado com argumentos doutrinários e jurisprudenciais, identificando ainda que é mais comum a sua utilização no direito administrativo, em sede de processo administrativo disciplinar, bem como na área de concursos públicos.

Também foi possível confirmar a sua irradiação para o campo do direito eleitoral, especialmente no julgamento da ADPF 144, em 2008, pois naquela época, por não existir Lei Complementar que fixasse as regras de caracterização de vida pregressa, para fins de inelegibilidade, conforme comando do §9º, do Art. 14, da Constituição, o Supremo Tribunal Federal entendeu que sem a referida Lei, a presunção de inocência não poderia ser flexibilizada, mesmo que fosse para garantir a moralidade administrativa. Além disso, a flexibilização da presunção de inocência, sob o argumento da morosidade do Judiciário ou a existência de arsenal de recursos, tornando as causas de inelegibilidade inócuas, se mostrava temerária, uma vez que fragilizava uma garantia constitucional, expressa no título dos direitos e garantias fundamentais, sedimentada no ordenamento jurídico brasileiro.

No entanto, a decisão do Supremo Tribunal Federal não foi bem acolhida pela sociedade brasileira, que naquela época (e ainda hoje) clamava pela moralidade no trato com o bem público, surgindo movimentos sociais que culminou com a criação da Lei da Ficha Limpa (Lei Complementar n. 135/2010), que acabou por afrontar o princípio da presunção de inocência, quando considerou como causa de inelegibilidade, entre outras, a condenação penal por órgão colegiado, sem exigir o trânsito em julgado.

Assim, mais uma vez o Supremo Tribunal Federal teve de se manifestar sobre o tema da presunção de inocência e sua flexibilização, mas agora com sua composição alterada, diante de uma Lei Complementar recomendada pela Constituição Federal, bem como os reclames sociais pela probidade administrativa, motivando que o resultado final fosse pela Constitucionalidade da Lei, de forma que, pelo menos na área do Direito Eleitoral, o princípio da presunção de inocência restou flexibilizado, para garantir o princípio da moralidade administrativa.

Os fundamentos utilizados na ADPF 144, se mostraram mais consistente em relação aos utilizados na ADC 30, isto porque foram baseados em decisões já sedimentadas na Suprema Corte. No entanto, apesar do papel contramajoritário do STF, os argumentos utilizados por alguns ministros na ADC 30, visando atender os reclames sociais e garantir a moralidade administrativa, além de traçar novos rumos para o enfrentamento de temas que possam flexibilizar as garantias fundamentais, expressas na Constituição Federal, pelo menos por ora, evitará que candidatos fichas sujas não possam mais exercer funções importante em um país que se constitui em um Estado Democrático de Direito.

Por fim, acreditamos que, além dos argumentos utilizados para declarar a constitucionalidade da Lei da Ficha Limpa, poderia o Supremo Tribunal, ter seguido a mesma linha do Tribunal Constitucional da Alemanha para dirimir conflitos entre princípios, uma vez que na ADC 30 restou caracterizado o conflito entre os princípios constitucionais (princípio da presunção de inocência *versus* princípio da moralidade administrativa), cuja melhor regra de solução seria a técnica de sopesamento, de forma que no caso concreto, um princípio deveria ceder diante do outro, e, no caso *sub examinem*, a proteção ao erário e princípios da administração pública (art. 37 da CF), deveria prevalecer sobre a presunção de inocência, porque nenhuma garantia individual pode ser usada como escudo para a prática de crimes ou contra a coletividade, entendimento este já pacificado no STF, primando pela prevalência da supremacia do interesse público sobre o privado.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed. 3ª tiragem. São Paulo: Malheiros. 2014, p. 90.

ANTUNES, Flávio Augusto. **Presunção de inocência e direito penal do inimigo**. Porto Alegre: Núria Fabris, 2013. p. 44.

ARANTES FILHO, Marcio Geraldo Britto. **Notas sobre a tutela jurisdicional da presunção de inocência e sua repercussão na conformação de normas processuais penais à Constituição brasileira**. Revista Liberdades - nº 4 - maio-agosto de 2010. Disponível em: <http://revistaliberdades.org.br/_upload/pdf/5/_artigo2.pdf>. Acesso em: 21 mar. 2015.

BATISTI, Leonir. **Presunção de inocência. Apreciação dogmática e nos instrumentos internacionais e Constituições do Brasil e Portugal.** Curitiba: Juruá, 2009.

BENTO, Ricardo Alves. **Presunção de inocência no Direito Processual Penal Brasileiro.** São Paulo: Quartier Latin. 2007. p. 39.

BONESANA, Cesare (Beccaria). **Dos delitos e das Penas.** Trad. Alexis Augusto Couto Brito, São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 22-50.

BRASIL, Presidência da República Federativa. **Código de Processo Penal - CPP - Decreto-Lei nº 3.689, 3.10.1941.** Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 06 ago. 2008. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=712.20072>>. Acesso em: 21 mar. 2015.

_____, Presidência da República Federativa. **Decreto n. 4.388, de 25 de setembro de 2002. Promulga o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional.** Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 10 maio 2010. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=712.26785>>. Acesso em: 21 mar. 2015.

_____, Presidência da República Federativa. **Lei Complementar n. 135,** de 04 de junho de 2010. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp135.htm>. Acesso em 21 mar. 2015.

_____, Presidência da República. **Lei de introdução do Código Penal. Decreto-lei n. 3.914, de 9 de dezembro de 1941.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3914.htm>. Acesso em: 21 mar. 2015.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **ArRg RMS Nº 46.893 – SP.** Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=44433915&num_registro=201402956266&data=20150218&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 03 abr. 2015.

_____, Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1482054/SP,** Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 04/11/2014, DJe 14/11/2014 Disponível em:

<

https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201402369626&dt_publicacao=14/11/2014>. Acesso em 03 jan.2015.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **AI 741101 AgR**, Relator(a): Min. EROS GRAU, Segunda Turma, julgado em 28/04/2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000087982&base=baseAcordaos>>. Acesso em 03 abr. 2015.

_____, Supremo Tribunal Federal. **AI 747.753-AgR**, Rel. Min. Ayres Britto, julgamento em 14-9-2010, Segunda Turma, DJE de 28-10-2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=616063>>. Acesso em: 02 jan.2015.

_____, Supremo Tribunal Federal. **MS 21.545**, voto do Rel. Min. Moreira Alves, julgamento em 11-3-1993, Plenário, DJ de 2-4-1993. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=85545>>. Acesso em: 05 jan. 2015.

_____, Supremo Tribunal Federal. Ministro Celso de Melo. **RE 634.224/DF. Administrativo. Investigação social. Vida pregressa do candidato. Presunção Constitucional de Inocência . Concurso Público. Aplicabilidade**, julgado em 14 de março de 2011, decisão publicada no DJe de 21.3.2011. Conteudo Juridico, Brasília-DF: 16 nov. 2011. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=6.34173&seo=1>>. Acesso em: 02 fev. 2015.

_____, Supremo Tribunal Federal. **RE 482006**, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno, julgado em 07/11/2007, DJe-162 DIVULG 13-12-2007 PUBLIC 14-12-2007 DJ 14-12-2007 PP-00050 EMENT VOL-02303-03 PP-00473 RTJ VOL-00204-01 PP-00402. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=500990>>. Acesso em: 30 maio 2015.

_____, Supremo Tribunal Federal. **RE 559135 AgR**, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Primeira Turma, julgado em 20/05/2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000089663&base=baseAcordaos>>. Acesso em 03 abr. 2015.

_____, Supremo Tribunal Federal. **RE 633703**, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 23/03/2011, REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-219 DIVULG 17-11-2011 PUBLIC 18-11-2011 RTJ VOL-00221- PP-00462 EMENT VOL-02628-01 PP-00065. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=629754>>. Acesso em: 30 maio 2015.

_____, Supremo Tribunal Federal. **ADC 30. Ementa**. Relator(a): Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 16/02/2012, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-127 DIVULG 28-06-2012 PUBLIC 29-06-2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000189704&base=baseAcordaos>> . Acesso em: 17 abr. 2015.

_____, Supremo Tribunal Federal. **ADPF 144**. Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 06/08/2008, DJe-035 DIVULG 25-02-2010 PUBLIC 26-02-2010 EMENT VOL-02391-02 PP-00342 RTJ VOL-00215- PP-0003. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000165287&base=baseAcordaos>. Acesso em: 18 abr. 2015.

GABINETE DE DOCUMENTAÇÃO DE DIREITO COMPARADO (GDDC). Conselho da Europa. **Convenção para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais**. Disponível em: < <http://www.gddc.pt/direitos-humanos/textos-internacionais-dh/tidhregionais/conv-tratados-04-11-950-ets-5.html> >. Acesso em: 21 mar. 2015.

GOMES, Luiz Flávio. **Sobre o Conteúdo Processual Tridimensional do Princípio da Presunção de Inocência**. Revista dos Tribunais | vol. 729, p. 377. Jul: 1996.

MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. **O Limite da Improbidade Administrativa: O Direito dos Administrados dentro da Lei nº 8.429/92**. 3ª. ed, Rio de Janeiro: América Jurídica, 2006. p.734-736.

_____, Mauro Roberto Gomes de. **Tratado de Direito Administrativo** Disciplinar. 2ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 77-85.

MEIRA, José de Castro. **O ilícito civil e o ilícito penal**. Disponível em: < <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/181275/000390322.pdf?sequence=3> >. Acesso em: 21 mar. 2015.

MORAES, Maurício Zanoide de. **Presunção de Inocência no Processo Penal Brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para decisão judicial.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 77.

RAMOS, Gisela Gondin. **O princípio da presunção de inocência.** In: Interesse público, v. 15, n. 77, jan./fev. Belo Horizonte: Forum: 2013. p. 173-181

NOTAS:

[1] Brasil, Presidência da República Federativa. **Lei Complementar n. 135**, de 04 de junho de 2010. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp135.htm >. Acesso em 21 mar. 2015.

[2] Segundo Bento, o princípio da presunção de inocência desdobra-se em três momentos necessários para a investigação científica, quais sejam: [...] primeiro, quanto ao tratamento dispensado ao cidadão submetido a uma investigação policial, onde deve ser preservado o estado inicial em que se encontrava antes do início da persecução penal, qual seja inocente; segundo momento, quanto à utilização das prisões provisórias que, dependendo do caso, pode refletir como uma antecipação de pena; e terceiro momento, quanto à valoração de provas na instrução criminal, implicando até em absolvição plena do que em absolvição por insuficiência de provas, que poderá ser uma ação civil de indenização pelo cometimento do pretense crime, e reiniciando a fase probatória. BENTO, Ricardo Alves. Presunção de inocência no Direito Processual Penal Brasileiro. São Paulo: Quartier Latin. 2007. p. 26.

[3] GOMES, Luiz Flávio. **Sobre o Conteúdo Processual Tridimensional do Princípio da Presunção de Inocência.** Revista dos Tribunais | vol. 729 | p. 377 | Jul / 1996.

[4] RAMOS, Gisela Gondin. O princípio da presunção de inocência. In: Interesse público, v. 15, n. 77, jan./fev. Belo Horizonte: Forum: 2013. p. 173-181

[5] BENTO, Ricardo Alves. Presunção de inocência no Direito Processual Penal Brasileiro. São Paulo: Quartier Latin. 2007. p. 27.

[6] Merecendo destaque a obra de Maurício Morais, que realizou um profundo estudo a respeito da presunção de inocência com vista à elaboração legislativa e as decisões judiciais, perpassando o período da inexistência da presunção de inocência até a sua inscrição na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão. MORAES, Maurício Zanoide de. Presunção de Inocência no Processo Penal Brasileiro: análise de

sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para decisão judicial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 1-94.

[7][7] BATISTI, Leonir. **Presunção de inocência. Apreciação dogmática e nos instrumentos internacionais e Constituições do Brasil e Portugal**. Curitiba: Juruá, 2009.

[8] BONESANA, Cesare (Beccaria). **Dos delitos e das Penas**. Trad. Alexis Augusto Couto Brito, São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 22-50.

[9] BECCARIA, Cesare. Op. citatum, p. 63.

[10] BENTO, Ricardo Alves. **Presunção de inocência no Direito Processual Penal Brasileiro**. São Paulo: Quartier Latin. 2007. p. 37.

[11] ANTUNES, Flávio Augusto. **Presunção de inocência e direito penal do inimigo**. Porto Alegre: Núria Fabris, 2013. p. 44.

[12] MORAES, Maurício Zanoide de. **Presunção de Inocência no Processo Penal Brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para decisão judicial**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 77.

[13] BENTO, Ricardo Alves. **Presunção de inocência no Direito Processual Penal Brasileiro**. São Paulo: Quartier Latin. 2007. p. 39.

[14] ARANTES FILHO, Marcio Geraldo Britto. **Notas sobre a tutela jurisdicional da presunção de inocência e sua repercussão na conformação de normas processuais penais à Constituição brasileira**. Revista Liberdades - nº 4 - maio-agosto de 2010. Disponível em: <http://revistaliberdades.org.br/_upload/pdf/5/_artigo2.pdf>. Acesso em: 21 mar. 2015.

[15] GABINETE DE DOCUMENTAÇÃO DE DIREITO COMPARADO (GDCC). Conselho da Europa. Convenção para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais. Disponível em: < <http://www.gddc.pt/direitos-humanos/textos-internacionais-dh/tidhregionais/conv-tratados-04-11-950-ets-5.html> >. Acesso em: 21 mar. 2015.

[16] BRASIL, Presidência da República Federativa. **Decreto n. 4.388, de 25 de setembro de 2002. Promulga o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional**. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 10 maio 2010. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=712.26785>>. Acesso em: 21 mar. 2015.

[17] MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. **Tratado de Direito Administrativo Disciplinar**. 2ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 77-85.

[18] MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. Op. cit. p. 79.

[19] MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. **O Limite da Improbidade Administrativa: O Direito dos Administrados dentro da Lei nº 8.429/92**. 3ª. ed, Rio de Janeiro: América Jurídica, 2006. p.734-736.

[20] BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no RMS 46.893/SP**, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 10/02/2015, DJe 18/02/2015. Disponível em: <
https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=44433915&num_registro=201402956266&data=20150218&tipo=5&formato=PDF >. Acesso em: 03 abr. 2015.

[21] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 559135 AgR, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Primeira Turma, julgado em 20/05/2008. Disponível em: <
<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000089663&base=baseAcordaos> >. Acesso em 03 abr. 2015.

[22] BRASIL, Supremo Tribunal Federal. AI 741101 AgR, Relator(a): Min. EROS GRAU, Segunda Turma, julgado em 28/04/2009. Disponível em: <
<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000087982&base=baseAcordaos> >. Acesso em 03 abr. 2015.

[23] BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Ministro Celso de Melo. RE 634.224/DF. Administrativo. Investigação social. Vida pregressa do candidato. Presunção Constitucional de Inocência . Concurso Público. Aplicabilidade, julgado em 14 de março de 2011, decisão publicada no DJe de 21.3.2011. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 16 nov. 2011. Disponível em: <
<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=6.34173&seo=1>>. Acesso em: 02 fev. 2015.

[24] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1482054/SP, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 04/11/2014, DJe 14/11/2014 Disponível em: <
https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201402369626&dt_publicacao=14/11/2014>. Acesso em 03 jan.2015.

[25] BRASIL, Supremo Tribunal Federal. MS 21.545, voto do Rel. Min. Moreira Alves, julgamento em 11-3-1993, Plenário, DJ de 2-4-1993. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=85545>>. Acesso em: 05 jan. 2015.

[26] BRASIL, Supremo Tribunal Federal. AI 747.753-AgR, Rel. Min. Ayres Britto, julgamento em 14-9-2010, Segunda Turma, DJE de 28-10-2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=616063>>. Acesso em: 02 jan.2015.

[27] Inteiro teor publicado no DJe nº 35 Divulgação 25/02/2010 Publicação 26/02/2010 Ementário nº 2391 – 2. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608506>. Acesso em: 03 mar. 2015.

[28] Em virtude da sua extensão, optamos por não colacioná-la neste artigo, no entanto encontra-se disponível para consulta no seguinte endereço: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000165287&base=baseAcordaos>. Acesso em: 18 abr. 2015.

[29] ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed. 3ª tiragem. São Paulo: Malheiros. 2014, p. 90.

[30] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADC 30. Ementa. Relator(a): Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 16/02/2012, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-127 DIVULG 28-06-2012 PUBLIC 29-06-2012 Inteiro teor disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2243411>. Acesso em 17 abr. 2015.

[31] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADC 30. Ementa. Relator(a): Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 16/02/2012, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-127 DIVULG 28-06-2012 PUBLIC 29-06-2012. Ementa Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000189704&base=baseAcordaos>> . Acesso em: 17 abr. 2015.

[32] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 482006, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno, julgado em 07/11/2007, DJe-162 DIVULG 13-12-2007 PUBLIC 14-12-2007 DJ 14-12-2007 PP-00050 EMENT VOL-02303-03 PP-00473 RTJ VOL-00204-01 PP-00402. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=500990>> . Acesso em: 30 maio 2015.

[33] Neste ponto, deu a impressão que o relator iria utilizar a técnica do sopesamento, para dirimir o conflito entre o princípio da presunção de inocência *versus* princípio da moralidade administrativa, técnica esta conhecida da jurisprudência e doutrina alemã, conforme os ensinamentos de Robert Alexy, até porque, o STF vem se utilizando dos ensinamentos deste autor, uma vez que em uma busca no site do STF, foi possível identificar pelo menos 49 documentos fazendo referência ao alemão. (ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed. 3ª tiragem. São Paulo: Malheiros. 2014, p. 91-103).

[34] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 633703, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 23/03/2011, REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-219 DIVULG 17-11-2011 PUBLIC 18-11-2011 RTJ VOL-00221- PP-00462 EMENT VOL-02628-01 PP-00065. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=629754>>. Acesso em: 30 maio 2015.

[35] ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed. 3ª tiragem. São Paulo: Malheiros. 2014, p. 91-103.

O JUÍZO ARBITRAL E O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DIFUSO

JOSÉ GALBIO DE OLIVEIRA JÚNIOR:

Pós-graduando em nível de especialização em Direito Público pela Universidade Cândido Mendes. Especialista em Direito Tributário pela PUC-MG. Graduado em Direito pela UEMS. Servidor Público do TRT da 24ª Região. Assistente Especializado.

INTRODUÇÃO

A arbitragem é tema de grande relevância no direito pátrio, ocupando posição de destaque com o advento do novo código de processo civil. Ainda, com a recente reforma trabalhista, realizada pela lei nº 13.467, este meio alternativo de solução de conflitos passa a ser aplicado em seara até então de duvidosa aceitação.

O sistema jurídico, aliado ao cada vez maior interesse dos indivíduos por meios alternativos ao poder judiciário para resolver conflitos, ora buscando agilidade, especialização, ou flexibilização, tem ampliado cada vez mais o uso da arbitragem.

Seja nos processos judiciais, seja nos processos arbitrais, a Constituição Federal irradia seus efeitos (posição ativa), devendo-se observância aos seus princípios, como o devido processo legal e todos os seus consectários. E no sentido inverso, no processo arbitral a Constituição Federal encontra a mesma proteção (posição passiva) que no processo judicial, em que o magistrado realiza o controle de constitucionalidade difuso, afastando normas incompatíveis com a *lex legum*?

Em outros termos, o processo arbitral é um campo aonde a Constituição Federal deve ser observada e protegida com o mesmo ferramental que há no processo judicial no controle de constitucionalidade difuso, ou seria legítimo defender que a proteção ao texto maior é mitigado quando a dicção do direito no caso concreto é imputado ao juízo arbitral?

1. ARBITRAGEM E JURISDIÇÃO

A arbitragem é técnica para solução de conflitos relacionados a direitos disponíveis, por meio do qual se submete a sua solução a um terceiro imparcial, que não o estado-juiz, dando-se à decisão eficácia equivalente à de uma sentença judicial.

Tal meio de heterocomposição é regulada pela lei n. 9.307/1996, constituída por um negócio jurídico processual prévio, que, na forma do art. 3º da referida lei, poderá ser por cláusula compromissória[1] ou compromisso arbitral[2].

Questionamento fundamental para análise do objeto do presente estudo é acerca da natureza jurídica da arbitragem. Ou seja, questiona-se se a arbitragem é manifestação de jurisdição, de equivalente jurisdicional, ou se apenas um negócio jurídico.

A jurisdição, na lição de Fredie Didier é[3]:

A função atribuída a terceiro imparcial de realizar o direito de modo imperativo e criativo, reconhecendo / efetivando / protegendo situações jurídicas concretamente deduzidas, em decisão insuscetível de controle externo e com aptidão para tornar-se indiscutível.

Feito o cotejo entre o conceito de jurisdição e a arbitragem, é de rigor a conclusão de que a sua natureza jurídica é de jurisdição, conforme propõe a teoria publicista:

A teoria publicista ou jurisdicionalista confere à arbitragem a natureza jurisdicional. E assim se entende por considerar que o Estado, por meio de disposições legais, outorga poderes ao juiz e ao árbitro para resolver conflitos de interesses. Os árbitros, assim, são verdadeiros juízes, pois lhes é atribuída a autoridade para resolver o litígio[4].

Nesse sentido, com o advento da lei n. 9.307/1996, sendo a sentença arbitral considerada título executivo judicial, dispensando-se a homologação pelo poder judiciário, e, atribuindo-se ao árbitro os atributos de juiz, as teses contrárias

ao reconhecimento da natureza jurídica de jurisdição da arbitragem perderam força. Ademais, relevante a própria previsão da arbitragem no texto da Constituição Federal (art. 114, §2º), e no art. 3º do Código de Processo Civil, ao dispor que não será excluída da apreciação jurisdicional a ameaça ou lesão a direito, não subsumindo a sua apreciação ao poder judiciário, como o fez o art. 5º, XXXV, do texto Constitucional[5].

Bem estabelecido que na atualidade a arbitragem é compreendida indubitavelmente como manifestação da jurisdição, é cediço que existem limitações diversas a este modelo: a arbitragem depende de prévia pactuação entre as partes de um negócio jurídico, a convenção de arbitragem; o objeto da arbitragem deve ser um direito disponível; as partes devem ser capazes etc. Ainda, existem limitações à competência do árbitro, como o fato de que não pode executar suas decisões, cabendo tal providência ao magistrado integrante do poder judiciário.

Quanto à tutela de urgência, o árbitro ou o tribunal arbitral têm competência para processar e julgar o pedido, todavia, o cumprimento das medidas é competência do poder judiciário[6].

Diante de tal quadro, questão das mais interessantes, e objeto do presente estudo é se o árbitro poderia realizar o controle de constitucionalidade, ou se tal atividade seria exclusiva do poder judiciário.

Para responder a questão é relevante tecer breves considerações acerca da posição das Constituições no ordenamento jurídico brasileiro, sua eficácia, e como se dá o controle de constitucionalidade no Brasil.

2. O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL

O movimento constitucionalista bem sedimentou a Constituição como a norma jurídica que ocupa o ápice de todo o arcabouço jurídico dos estados democráticos de direito. Por consequência, o ordenamento jurídico não deve, em regra, admitir normas que em desconformidade com o bloco de constitucionalidade, devendo ser extirpada do ordenamento jurídico, declarando-se a sua nulidade, em regra, ou anulabilidade, a depender de outras circunstâncias do caso concreto.

Tal providência é fundamental para o reconhecimento da supremacia da Constituição no estado moderno. Conforme aduz Gilmar Ferreira Mendes, "é inegável, todavia, que a ausência de sanção retira o conteúdo obrigatório da Constituição, convertendo o conceito de inconstitucionalidade em simples manifestação de censura ou crítica" [7].

O Brasil, sempre aberto a adoção de teses gestadas em outros países, consolidou um sistema de controle de constitucionalidade bastante peculiar, conjugando diversos métodos para a defesa da *lex legum*. Desse modo, não há no Brasil um legítimo tribunal constitucional [8], havendo uma conjugação de controle concentrado e difuso de constitucionalidade.

Quanto ao controle difuso, que interessa para os objetivos deste estudo, reconhece-se a competência para análise da constitucionalidade das leis ao juiz da causa, alargando sobremaneira os legitimados para a defesa da Constituição. Sem dúvidas, esse modelo simplifica e potencializa a fiscalização constitucional.

Por tal meio, em que o controle difuso é cometido ao juiz da causa, tal espécie de controle é realizado de forma incidental, ou seja, a validade de determinada norma a luz da Constituição é feita como questão prejudicial, e não como o objeto principal da ação. A declaração de inconstitucionalidade da norma pode ser feita ainda de ofício, bem como é possível realizar a modulação dos efeitos da declaração de nulidade da norma, de modo a conferir segurança jurídica a depender das circunstâncias específicas do caso concreto.

Em rápido aporte teórico, portanto, ante o consenso doutrinário do quadro atual, o reconhecimento da inconstitucionalidade implica em regra a nulidade, mas também a anulabilidade a depender do caso concreto. Outrossim, o controle pode ser realizado de forma abstrata e concentrada, no STF e nos Tribunais de Justiça locais, ou difuso e concreto [9], tendo competência para tanto o juiz da causa.

3. O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO JUÍZO ARBITRAL

Como se viu, o controle de constitucionalidade no âmbito de um processo judicial pode se dar de forma principal ou incidental. Enquanto o controle

de constitucionalidade principal se dá em regra de forma concentrada, o controle incidental se dá de forma difusa, competindo tal poder a todos os juízes em geral, porquanto atividade inerente à jurisdição.

Considerando que a Constituição Federal é a norma que rege todo o ordenamento jurídico, ocupando posição central no edifício normativo interno, não apenas é um poder do magistrado afastar a aplicação no caso concreto das normas incompatíveis com ela, como também é um dever. Como bem afirmado por Bonizzi^[10], "não se coaduna com o estado democrático de direito a possibilidade de que a supremacia da lei maior seja desconsiderada por quem detém poder de aplicar o direito, em manifesto prejuízo à segurança jurídica".

Assim, em sendo o árbitro juiz de fato e de direito (art. 18 da lei 9.307), este detém poderes para não apenas dizer o direito, julgando a causa sob análise, como também todos aqueles poderes correlacionados, dentre eles, o de fazer aplicar a constituição, afastando as normas que com ela sejam incompatíveis.

Essa é, ademais, a conclusão de Nelson Nery Junior^[11]:

Se o árbitro pode decidir por equidade, até *contra legem*, quando investido do poder de "compositor amigável", por que não poderia deixar de aplicar lei inconstitucional, declarando-a apenas ineficaz na hipótese submetida a seu julgamento? Ressalte-se que o controle da constitucionalidade das leis pode ser feito pelo juiz estatal e pelo árbitro, *incidenter tantum*, valendo apenas para o caso concreto. O que o árbitro não possui, isto sim, é jurisdição para decidir em abstrato sobre a constitucionalidade de lei, porque neste caso a decisão teria eficácia *erga omnes*, transcendendo os limites do compromisso, restrito às partes.

Com efeito, é pacífico no atual estágio da ciência do direito que a Constituição em Estados de direito, como o Brasil (art. 1º da Constituição Federal) possui eficácia irradiante, aplicando-se em todos os âmbitos da realização do direito. Assim, se uma lei é inconstitucional, tal vício ocorre em sua própria existência ou da norma que se extrai dela em qualquer âmbito de aplicação, e, negar-se ao árbitro a realização do controle de constitucionalidade de forma incidental na apreciação do conflito submetido ao seu julgamento, em última

análise, seria concluir que naquele campo a constituição surtiria seus efeitos de forma mitigada, prevalecendo a presunção da constitucionalidade da lei. Ou seja, admitir-se-ia, embora jamais seria colocado em tais termos, que a Constituição é aplicável até mesmo nas relações privadas entre particulares, podendo o estado se imiscuir em tais searas e afastar negócio jurídico incompatível com a *lex legum*, assim como nas relações entre particulares e o Estado, ou até mesmo em relações entre entes estatais, mas quando uma lide fosse submetida à apreciação de um árbitro, a normatividade da Constituição seria enfraquecida, ante a ausência de quem a pudesse aplicar e defender em tal foro.

Tal conclusão, a toda evidência, viola o princípio da máxima eficácia^[12] da Constituição, motivo pelo qual deve ser rejeitada.

Nesse sentido, a aplicação da Constituição por quem tem o poder de dizer o direito, com aptidão para a coisa julgada, tem, de forma indissociável, o poder dever de afastar as normas incompatíveis com ela.

Analisando a questão no direito comparado, Marcelo José Magalhães Bonizzi e Olavo Augusto Vianna Alves Ferreira^[13] aduzem que mesmo nos países em que não é dado ao árbitro a competência para o controle de constitucionalidade, tal ocorre em geral pois até mesmo no poder judiciário há tal limitação, adotando-se unicamente o controle concentrado:

os doutrinadores estrangeiros adeptos da tese que veda aos árbitros a declaração de inconstitucionalidade baseiam-se em sistemas jurídicos distintos do brasileiro, que adotam o controle concentrado de constitucionalidade exclusivo, razão pela qual esta tese não encontra defensores no Brasil, já que a adoção de institutos estrangeiros deve se adequar ao nosso sistema constitucional, tal como alertava Saulo Ramos, evitando-se a importação de teorias, conceitos, princípios e regras.

Para além do que até aqui afirmado, e corroborando que não é apenas um poder, mas efetivamente um dever de o árbitro exercer *ex officio* o controle de constitucionalidade incidental, é que, a despeito de ausência específica nesse sentido, corrente doutrinária advoga no sentido de que seria nula a sentença que aplicasse norma inconstitucional.

De acordo com tal entendimento, se o legislador demonstrou preocupação com a proteção da ordem pública interna, impedindo a homologação de sentença arbitral estrangeira que a viole, não há razão para menor proteção diante de sentença arbitral interna.

A ordem pública, cláusula geral^[14], é assim definida por Manuel Pereira Barrocas^[15]:

(...) a ordem pública relevante em arbitragem constitui um corpo indefinido, embora definível, de princípios fundamentais da ordem jurídica de um determinado estado que integra os valores essenciais de ordem ética, econômica e social próprios desse estado.

Nesse sentido, sem dúvida a Constituição Federal positiva diversos elementos decorrentes de valores sociais e econômicos, de modo que a violação daquela, em geral culmina em algum grau, violação a estes.

Vê-se, portanto, que se o árbitro aplica norma inconstitucional, abre-se a possibilidade de posterior anulação da sentença arbitral por violação à ordem pública, demonstrando-se que em verdade é um dever do árbitro realizar tal controle, sob pena de desfazimento posterior de sua decisão.

Sob uma perspectiva mais ampla, a própria utilidade da arbitragem seria enfraquecida, dado que somente seria seguro levar determinados conflitos a tal procedimento se não houvesse naquele momento nenhuma controvérsia no meio jurídico sobre a constitucionalidade das leis que incidem no caso concreto.

É certo, porém, que o tema ainda merece aprofundamento e maior assimilação pela doutrina nacional, dado que, a despeito da notória importância da questão, é ainda pouco tratada nos manuais e revistas especializadas.

CONCLUSÃO

A posição de centralidade da Constituição no estado moderno tem como consequência necessária a existência de mecanismos de proteção da sua integridade. Sob outro ponto de vista, a declaração da invalidação das normas inconstitucionais é condição necessária à afirmação da supremacia da Constituição.

Desta constatação circular não se furta o juízo arbitral, que também tem o poder-dever de declarar a invalidade da norma inconstitucional de forma incidental.

Retirar do árbitro a competência para tal atividade equivale, em última instância, a afirmar que em tal seara, a Constituição tem sua proteção, e por consequência, sua normatividade, mitigada.

Ademais, dado que a decisão arbitral tem aptidão para a coisa julgada, e que o próprio sistema normativo prevê a possibilidade de anulação da sentença arbitral que viola a ordem pública, em que aqui está contida a decisão que aplica norma inconstitucional, ao fim e ao cabo, não conferir ao árbitro a competência para o controle difuso esvazia sobremaneira a segurança jurídica que buscam as partes que submetem o seu litígio a esta forma de solução de conflitos.

Portanto, em prestígio à segurança jurídica, e à força normativa da Constituição, deve-se reconhecer a competência do juízo arbitral para o controle de constitucionalidade difuso.

BIBLIOGRAFIA

BARROCAS, Manuel Pereira. A Ordem Pública na Arbitragem. Revista de Arbitragem e Mediação. São Paulo, v. 54, jul-set, 2017.

BERNARDES, Juliano Taveira. FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves. Direito Constitucional. Tomo I – teoria da constituição. Salvador: Juspodivm, 2016.

BONIZZI, Marcelo José. FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves. Declaração de Inconstitucionalidade pelo Árbitro: vedação ou dever. Revista de Processo. São Paulo, v. 274, 2017.

DIDIER, Fredie. Curso de Direito Processual Civil. Vol. 1. 19. Ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

CAHALI, Francisco José. Curso de Arbitragem. Mediação, conciliação, tribunal multiportas. 6.ed. em e-book, baseada na 7.ed. impressa. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

CARRETEIRO, Mateus Aimoré. Tutelas de Urgência e Processo Arbitral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. ed. 12. São Paulo: Saraiva, 2017.

NERY Jr. Nelson. Princípios do Processo na Constituição Federal. 2.ed. em e-book baseada na 12.ed. impressa. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

NOTAS:

[1] “é a convenção em que as partes decidem, prévia e abstratamente, que as divergências oriundas de certo negócio jurídico serão resolvidas pela arbitragem; as partes, antes do litígio surgir, determinam que, uma vez ele ocorrendo, a sua solução, qualquer que seja o conflito, desde que decorra de certo negócio jurídico, dar-se-á pela arbitragem” (DIDIER, Fredie. Curso de Direito Processual Civil. Vol. 1. 19. Ed. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 192).

[2] “é o acordo de vontades para submeter uma controvérsia concreta, já existente, ao juízo arbitral, prescindindo do Poder Judiciário” (DIDIER, Fredie. *op. cit.* p. 192).

[3] *Op.cit.* p. 173.

[4] CAHALI, Francisco José. Curso de Arbitragem. Mediação, conciliação, tribunal multiportas. 6.ed. em e-book, baseada na 7.ed. impressa. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

[5] Para um aprofundamento da tese acerca da defesa da natureza jurisdicional da arbitragem, remete-se o leitor à lição de Fredie Didier, no volume 1 de seu Curso.

[6] CARRETEIRO, Mateus Aimoré. Tutelas de Urgência e Processo Arbitral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

[7] MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. ed. 12. São Paulo: Saraiva, 2017. p.937.

[8] BERNARDES, Juliano Taveira. FERREIRA. Olavo Augusto Vianna Alves. Direito Constitucional. Tomo I – teoria da constituição. Salvador: Juspodivm, 2016.

[9] Além do que é o mais comum, o controle concreto e difuso, ou o controle abstrato e concentrado, ainda é possível que o controle seja feito de forma

concreta concentrada, como no mandado de segurança impetrado por congressista no bojo do processo legislativo, no STF.

[10] BONIZZI, Marcelo José. FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves. Declaração de Inconstitucionalidade pelo Árbitro: vedação ou dever. Revista de Processo. São Paulo, v. 274, 2017.

[11] NERY Jr. Nelson. Princípios do Processo na Constituição Federal. 2.ed. em e-book baseada na 12.ed. impressa. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

[12] "Chamado por Hesse de critério interpretativo relativo à força normativa da Constituição, consiste em atribuir à norma (ou melhor, ao dispositivo) o sentido que mais lhe dê eficácia, segundo as circunstâncias de cada caso" (BERNARDES, Juliano Taveira. FERREIRA. Olavo Augusto Vianna Alves. Direito Constitucional. Tomo I – teoria da constituição. Salvador: Juspodivm, 2016).

[13] BONIZZI. *op. cit.*

[14] "Cláusula geral é uma espécie de texto normativo, cujo antecedente (hipótese fática) é composto por termos vagos e o consequente (efeito jurídico) é indeterminado. Há, portanto, uma indeterminação legislativa em ambos os extremos da estrutura lógica normativa" (DIDIER, Fredie. 2017. p. 60)

[15] BARROCAS, Manuel Pereira. A Ordem Pública na Arbitragem. Revista de Arbitragem e Mediação. São Paulo, v. 54, jul-set, 2017.

DA INCOMPATIBILIDADE DO TRABALHO INTERMITENTE REGULAMENTADO PELA LEI Nº 13.467 DE 2017 COM A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

EMMANUEL TEÓFILO FURTADO FILHO:

Professor Universitário. Doutor em direito.

RESUMO: O presente trabalho pretende analisar a modalidade de contratação intermitente inserida no ordenamento jurídico brasileiro pela Lei 13.467 de 2017 e verificar a sua compatibilidade com a Constituição Federal de 1988, sendo justificado pelas próprias polêmicas que essa novidade tem apresentado no pensamento jurídico-trabalhista nacional, utilizando-se de técnicas de pesquisa bibliográfica. Pretende-se demonstrar que a Lei nº 13.467 de 2017, introduzindo o trabalho intermitente no Brasil, não é compatível materialmente com a Constituição de 88, vez que mitiga a essência do direito fundamental do trabalho.

PALAVRAS-CHAVE: Trabalho intermitente. Reforma trabalhista. Precarização do trabalho. Inconstitucionalidade.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO. 2. DESENVOLVIMENTO. 2.1 A REGULAMENTAÇÃO DO CONTRATO DE TRABALHO INTERMITENTE PELA LEI Nº 13.467 DE 2017. 2.2 O TRABALHO INTERMITENTE PREVISTO PELA LEI 13.467 DE 2017 É COMPATÍVEL COM A CONSTITUIÇÃO DE 1988 E COM O REGIME DEMOCRÁTICO? 3. CONCLUSÃO.

1. INTRODUÇÃO

Dentre o conjunto de dispositivos da Lei 13.467 de 2017 embebidos de vícios de ordem não só constitucional mas epistemológica, protagoniza-se a figura infincada nos arts. 443 § 3º; e 452-A da CLT, sob o *nomen juris* "contrato de trabalho intermitente", modalidade de contratação do trabalho, em que há intervalos de atividade e inatividade, correspondendo a remuneração nesse parâmetro de contrato ao quantitativo de horas efetivamente trabalhadas. A avidez pela consumação do *iter* legislativo da reforma trabalhista no Brasil engoliu do jurista qualquer possibilidade de digestão das modificações legais antes da publicação do texto definitivo do projeto de lei ou mesmo de seu esguio período de *vacatio legis*. Foi, em verdade, apenas após a publicação do projeto de lei que

se produziram as principais ponderações acadêmicas sobre o instituto até o momento.

O presente artigo se propõe a demonstrar que o trabalho intermitente é incompatível com a ordem constitucional vigente. O texto se estrutura em duas partes: na primeira, é explorada a figura jurídica do trabalho intermitente tal como inserida na CLT pela 13.467 de 2017; na segunda, é demonstrada sua incompatibilidade com a Constituição Federal de 1988 e com o regime democrático.

2. DESENVOLVIMENTO

2.1 O TRABALHO INTERMITENTE REGULAMENTADO PELA LEI Nº 13.467 DE 2017

A Constituição de 1988 inaugurou novo modelo de proteção ao trabalho, dando forças às normas trabalhistas infraconstitucionais já existentes e devidamente recepcionadas na ordem constitucional concebida, conformando-o como direito social no artigo 6º. O artigo 7º, no que lhe concerne, definiu regras específicas para a salvaguarda do trabalho como, por exemplo, proteção do trabalho face à dispensa arbitrária e sem justa causa; salário mínimo; irredutibilidade do salário, ressalvados os casos de acordo ou convenção coletiva; preservação do salário, não inferior ao mínimo, nos casos de jornada laboral variável; licença maternidade; direito de associação; e, direito de greve^[1].

Ocorre que, nos últimos anos, setores da sociedade passam a sustentar que a resposta ao aumento expressivo de ações judiciais trabalhistas e as altas taxas de desemprego não dependeria somente de um crescimento na economia, mas também de “[...] reformas estruturantes [para] a retomada do crescimento, reformas como, por exemplo, a da legislação trabalhista [...]”^[2].

A reclamação por reformas tornou-se pauta do Executivo Federal e traduziu-se na aprovação da Lei nº 13.467 de 2017, em cujo bojo o trabalho intermitente encontrou previsão. No artigo 443 da CLT, a referida lei inseriu o parágrafo 3º, que aduz que “o contrato de trabalho no qual a prestação de serviços, com subordinação, não é contínua”^[3], contando desse modo, com intercalação de períodos de trabalho e inatividade, independente do tipo de

atividade desempenhada pelo empregado, com exceção aos aeronautas, por força de regulamento distinto. O artigo 452-A, a seu turno, determina que este tipo de contrato seja firmado por escrito, onde constará o valor da hora trabalhada, que não poderá ser ífero ao valor horário tomando como padrões o salário mínimo, ou, a remuneração devida aos empregados que desempenham no estabelecimento empregador a mesma função. Nesse ritmo, previu igualmente, que o empregador deverá fazer a convocação por qualquer meio de comunicação que tenha eficácia; se houver aceite, ocorrendo o não comparecimento do empregado, este está sujeito ao pagamento de multa; o empregado pode prestar serviços a outros empregadores; receberá, a termo, férias proporcionais, acrescidas de um terço, décimo terceiro proporcional, repouso semanal remunerado, e, adicionais legais; já o recolhimento de contribuição previdenciária e Fundo de Garantia do Tempo de Serviço – FGTS serão proporcionais aos valores obtidos pelo empregado a título de remuneração mensal^[4].

Da verificação dos termos, é possível inferir que há notadamente uma contradição entre a modalidade de contrato de trabalho intermitente e a Constituição Federal de 1988 – CF/88. A Constituição^[5], no artigo 6º, traz o trabalho enquanto um direito fundamental social, traduzindo-o em condição imperiosa para a concretização de condições materiais de vida para preservação da dignidade do trabalhador. Seguindo esse direcionamento, o art. 7º estipula que são direitos dos trabalhadores o salário mínimo, capaz de suprir suas necessidades básicas; a garantia de um salário, não inferior ao mínimo previsto em lei, nos casos dos empregados que percebem remuneração variável; e, também, a proteção do salário mínimo.

Realizando-se uma interpretação teleológica e sistemática dos artigos 6º e 7º do Texto Constitucional, e, ao final, comparando-os com a alteração promovida pela reforma trabalhista, é evidente a inconstitucionalidade, aliás, essa é inconteste. O que aconteceu de fato, no plano infraconstitucional da proteção ao trabalho, foi uma “precarização legal” das condições laborativas. O salário mínimo, que representa verdadeiro direito trabalhista fundamental, inclusive para aqueles que recebem remuneração variável, foi atacado diretamente, sendo resultados imediatos desse ataque a diminuição e o óbice à construção e corporificação de condições materiais básicas para a sobrevivência e dignidade do empregado.

O trabalho deve ser tomado enquanto direito fundamental social. Nessa toada, Ingo Sarlet^[6] explica que a fundamentalidade dos direitos sociais, notadamente aqueles inscritos no artigo 6º da CF/88, é clara, apesar de existirem teorias questionando essa caracterização^[7]. Desse modo, o trabalho é direito fundamental social, estando ligado diretamente ao princípio da dignidade humana, o que lhe confere tratamento particular, não constituindo mera norma de conduta inexigível, mas antes, requisito para a conformação da dignidade do ser humano, conforme prescreve a Constituição de 1988. Robert Alexy, ao tratar dos direitos fundamentais, especificamente dos direitos à prestação, pontua que o Estado deve atuar, sob a ótica processual e organizacional, para promover direitos prestacionais, evitando que esses direitos sejam mitigados dentro da esfera jurídica^[8].

Analisando, então, o trabalho intermitente sob a perspectiva dos direitos fundamentais, é possível constatar verdadeira violação dos preceitos constitucionais referentes àqueles direitos, pois a atividade legiferante que resultou na aprovação da Lei nº 13.467/2017 encerra um movimento de enfraquecimento da proteção dos trabalhadores.

No capitalismo organizado, a relação de trabalho é orientada por determinações legais. No caso brasileiro, a relação trabalhista concentra sua orientação nos pilares fixados no artigo 2º combinado com o artigo 3º da CLT, que são: não eventualidade, subordinação, a pessoalidade do serviço prestado e a onerosidade^[9]. Em vista disso, com o contrato de trabalho intermitente, a não eventualidade é perdida, bem como, a onerosidade, enquanto elemento subjetivo que favorece o empregado, é fragilizada.

A disciplina lançada pela Lei nº 13.467/2017^[10], prevê a prevalência do negociado sobre o legislado. O artigo 611-A assevera que “a convenção coletiva e o acordo coletivo de trabalho têm prevalência sobre a lei”, enumerando em seus incisos várias hipóteses de ocorrência desse fenômeno, abarcando nesse rol o trabalho intermitente. Ora, já não fosse suficiente agressão ao trabalho tal como direito fundamental social, há ainda, na realidade hodierna instalada pela reforma trabalhista, a abertura expressa para que a negociação coletiva se sobreponha à lei, determinando as circunstâncias do trabalho intermitente, retirando do Direito pátrio a oportunidade de proteção do trabalhador face a possíveis abusos por parte do patronato.

Insta salientar ainda, que há um grave risco de enfraquecimento da seguridade social, prevista no artigo 194 da CF/88. Isso ocorre porque, como o recolhimento da contribuição previdenciária e do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço - FGTS são proporcionais aos valores auferidos no trabalho intermitente, logo, “a reforma trabalhista [...] tende a prejudicar a arrecadação [...], ampliando a pressão pela redução de direitos presentes na Constituição Federal de 1988”^[11].

Na União Europeia, constatou-se a diminuição de salários e flexibilização de regras trabalhistas, tal como no Brasil, com intuito de auxiliar os países a “modernizarem” o direito do trabalho, colaborando com o desenvolvimento das economias em crise. Esse movimento abriu portas para o surgimento de contratos atípicos, consistindo esses em modalidades contratuais onde não há segurança na permanência no emprego, contam com baixa remuneração, há impacto negativo na proteção e nos benefícios sociais, além da ausência de definições de condutas claras e objetivas que instruem o comportamento dos empregadores nessas circunstâncias^[12].

Segundo Ulf Öberg e Magnus Schamauch^[13], a União Europeia reconheceu que a flexibilização das normas trabalhistas (1) não gerou reflexos positivos no crescimento dos postos de trabalho, e conseqüente melhora na economia, ou, (2) o crescimento dos níveis de emprego foram verificados apenas com contratos atípicos, gerando então empregos precários. Na Itália e na Espanha, não houve redução do desemprego. Já na Alemanha, os contratos realizados após a flexibilização de normas trabalhistas, foram, sobretudo, atípicos, abalando negativamente a proteção dos empregados^[14].

O que se pode observar no Brasil, é a conjugação dos dois efeitos constatados na União Europeia, tomando em conta as experiências da Itália, Espanha e Alemanha. De acordo com a Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua – Trimestral^[15], realizada pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatísticas – IBGE e divulgada no dia 27 de abril de 2018, o nível de desemprego subiu no país no primeiro trimestre de 2018, chegando à marca de 13,7%, superando o percentual identificado no último trimestre de 2017, que era de 11,8%. Em razão disso, assim como na Itália e na Espanha, o modelo de contrato intermitente não contribuiu para a redução do índice de desemprego no Brasil, e, como na Alemanha, apenas serviu de base para a precarização do trabalho.

Além de conflitante com a ordem constitucional brasileira, o trabalho intermitente viola as Convenções nº 95 – Proteção ao salário – e nº 131 – Fixação de salários mínimos, especialmente nos países em desenvolvimento – da Organização Internacional do Trabalho – OIT^{[16][17]}, ratificadas pelo Brasil.

A Convenção nº 95 determina que o salário será fixado em torno do contrato de serviço, não podendo o salário sofrer qualquer tipo de ameaça, ou ainda, que não seja utilizado para restringir a liberdade do empregado. Já a Convenção nº 131, no plano do Direito Internacional do Trabalho, sustenta que cada Membro da OIT deverá designar um sistema de salário mínimo, levando em consideração as necessidades dos empregados e fatores de ordem econômica. Nessa mesma toada, assegura que os salários mínimos terão força de lei, não podendo serem diminuídos. Com o advento da Lei nº 13.467/2017^[18], a Convenção da OIT aqui exposta tornou-se inobservada no país.

Pelo exposto, a existência da modalidade de trabalho intermitente na Consolidação das Leis Trabalhistas – CLT brasileira viola a ordem jurídica constitucional vigente, ofende diretamente os direitos fundamentais expressos no artigo 6º e 7º da CF/88, e a previdência social, o que gerou inclusive a proposição de Ações Diretas de Inconstitucionalidade – ADIs, perante o Supremo Tribunal Federal – STF, como, por exemplo, a ADI nº 5826 e ADI nº 5829.

O trabalho intermitente agride, similarmente, a Convenção nº 131 da OIT, ratificada pelo Brasil, bem como as orientações daquela instituição internacional. Ademais, a possibilidade do novo tipo de contrato não representou, pelo menos ainda, efeitos positivos na diminuição do índice de desemprego, conforme se depreende da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua – Trimestral, do IBGE, apenas abriu caminho para a precarização do trabalho, seguindo o Brasil o mesmo rumo dos países da União Europeia que flexibilizaram normas trabalhistas e não obtiveram resultados positivos observáveis.

2.2 O TRABALHO INTERMITENTE PREVISTO PELA LEI 13.467 de 2017 É COMPATÍVEL COM A CONSTITUIÇÃO DE 1988 E COM O REGIME DEMOCRÁTICO?

Bruce Ackerman^[19] delinea um conceito de democracia dualista, para o autor, o processo democrático envolve dois momentos distintos que, cada um a

seu modo, revelam a soberania do povo. Sobre o povo, Ackerman entende que esse não se confunde com seus representantes, dessa forma, os representantes são escolhidos pelo povo para atuarem, mas, de fato, suas decisões em determinadas circunstâncias não podem ser concebidas como escolhas do povo^[20].

Em Ackerman, são identificados dois momentos democráticos: (a) o momento constitucional, onde a soberania do povo se manifesta extraordinariamente, definindo as bases para fundação do Estado, por assim dizer; e, o (b) momento de política ordinária, no qual os representantes do povo, no cotidiano democrático, passam a decidir politicamente questões relevantes para a comunidade^[21].

No momento constitucional (primeiro momento) há grande e incontestável manifestação da vontade soberana do povo, esse fenômeno se explica pelas dificuldades de consenso em relação a temas difíceis e, concomitantemente, pela complexidade de estruturação de decisões com ampla aquiescência social, que tornam o momento constitucional um momento extraordinário. Nessa perspectiva, a política ordinária (segundo momento), posterior ao momento constitucional, deve respeitar as escolhas feitas pelo povo extraordinariamente, que funcionam como critérios de orientação para as decisões políticas realizadas pelos representantes do povo.

Assim, ainda que pesem críticas à teoria dualista de Ackerman – o que não constitui objeto dessa pesquisa, é necessário analisar os impactos da reforma trabalhista, particularmente no que se refere ao trabalho intermitente, dentro do contexto democrático do Brasil.

Mesmo que a estrutura dual da democracia tenha sido evidenciada no cenário americano, no Brasil é possível perceber esses dois momentos detectados por Ackerman^[22]. À vista disso, no que toca a reforma trabalhista, é perceptível violação ao momento constitucional da jovem democracia que se instalou em 1988.

A Lei nº 13.467/2017^[23], ao prever a possibilidade de contrato atípico, intermitente, reduzindo o valor das remunerações, ataca as disposições dos artigos 6º e 7º da Constituição de 88, além das Convenções nº 95 e 131, da Organização Internacional do Trabalho, como já fora constatado anteriormente,

sujeitando inequivocamente o empregado e sua segurança aos desejos do mercado, gerando fluidez de valores e vulnerabilidade nas relações sociais^[24], inclusive fluidez e vulnerabilidade com relação aos preceitos da Constituição de 88.

É, sem dúvidas, nesse plano, que o legislador infraconstitucional praticamente enfraqueceu o conteúdo do Texto Constitucional vigente, sobrepondo, de modo explícito, disposições legais que não beneficiam o trabalhador frente àquelas que consagram o princípio protetivo no Direito do Trabalho pátrio, especialmente ao trabalho e ao salário mínimo enquanto direitos fundamentais, determinando ainda, no âmbito da reforma trabalhista, a superação do negociado pelo legislado em tema de trabalho intermitente, no artigo 611-A, VIII, da CLT, alterado pela Lei nº 13.467/2017.

Nessa lógica, estar-se a admitir que o legislador infraconstitucional, no subterfúgio do mandato eletivo – o que em tese o legitima para a efetivação de escolhas relevantes socialmente –, pode atuar para transformar as configurações constitucionais, sem que, necessariamente, haja uma modificação formal da Constituição de 88.

Como bem ensina Bruce Ackerman^[25], o povo não se confunde com seus representantes, muito menos as decisões equivocadas dos representantes do povo podem ser entendidas como a sua vontade soberana. Isto posto, é axiomático inferir que quando as decisões de política ordinária não coincidem ou não respeitam os limites impostos pelo momento constitucional, há grave ilegitimidade da atuação legiferante, estando essa marca latente no âmago do trabalho intermitente, incompatível com a ordem jurídica constitucional vigente.

Ingo Wolfgang Sarlet^[26], ao tratar de direitos fundamentais sociais e do retrocesso social, certifica que a preocupação com a proteção desses direitos é uma constante na perspectiva “[...] de todo e qualquer Estado que tenha a pretensão de merecer o título de Estado de Direito”^[27], para o autor, essa proteção converte-se na proibição do retrocesso social, que significa “[...] proteção de direitos fundamentais em face de medidas do Poder Público, com destaque para o legislador e o administrador que tenham por escopo a supressão ou mesmo a restrição de direitos fundamentais[...]”^[28]. Para Sarlet, o princípio do não retrocesso social está implícito no Texto Constitucional, e fundamenta-se no (1) princípio do

Estado Democrático e Social de Direito; (2) princípio da dignidade humana, que demanda a satisfação de condições materiais para uma vida condigna; (3) princípio da máxima eficácia e efetividade das normas estabeledoras de direitos fundamentais; e (4) na máxima da segurança jurídica. Portanto, não é adequado no âmbito brasileiro a legislação que permita o trabalho intermitente, pois configura a desconstrução de condições sociais definidas constitucionalmente (o trabalho e a proteção do salário mínimo).

Mesmo existindo um espaço de liberdade legislativa, não é uma opção do legislador ordinário “precarizar” as condições de trabalho no país, nem mesmo criar caminhos para que a precarização seja concretizada, isso equivale à transgressão do princípio do não retrocesso social. Nessa orientação, Cristina Queiroz^[29] e Jorge Reis Novais^[30] lecionam que a liberdade legiferante não poderá, em hipótese alguma, converter-se em território para esvaziamento de valores jurídicos dos direitos sociais ou de sua própria fundamentalidade.

A aferição de agressão ao princípio do não retrocesso social implica, diretamente, na constatação de ofensa ao princípio da dignidade humana, princípio este que, apesar de polissêmico, é tido como “básico e ao mesmo tempo supremo”^[31], fortalecendo a ideia de dignidade humana contra as históricas violações de direitos^[32].

O princípio da dignidade humana exige, a seu turno, que o Estado atue conservando e promovendo prestações para a manutenção da vida dos cidadãos, tanto numa dimensão negativa quanto numa positiva, nesse lastro, há a proteção dos direitos fundamentais e do mínimo existencial, entendido esse como a articulação de prestações que tornam possível uma vida saudável e digna.

A reforma trabalhista, inserindo o trabalho intermitente no Brasil, efetivamente avaria o mínimo existencial do trabalho, a própria dignidade humana. A possibilidade de trabalho atípico, com menor remuneração, mesmo a Constituição garantindo e protegendo o salário mínimo, e a maior insegurança quanto à continuidade do vínculo empregatício, configuram, por conseguinte, o desmonte de condições de trabalhos já fixadas no patamar constitucional, infraconstitucional e internacional.

Por todo exposto, a proteção do trabalho, com o advento da Lei nº 13.467 de 2017, introduzindo o trabalho intermitente no Brasil, viola a Democracia,

considerando o conceito dualista de Ackerman, assim como manifesta verdadeira agressão ao princípio do não retrocesso social, desmantelando direitos e garantias fundamentais, enfraquecendo a proteção ao trabalho e ao salário mínimo no Estado Democrático e Social de Direito.

3 CONCLUSÃO

As ideias de modernização da legislação trabalhista, no Brasil, vinham sendo ventiladas há tempos, até que se tornou uma forte pauta do Executivo Federal no fim do ano de 2016. A justificativa para a reformulação das bases legais de proteção do trabalho se fundou na necessidade de crescimento da economia, essa estava imersa em uma grave crise nos últimos anos. Nesse sentido, a flexibilização do ordenamento jurídico trabalhista funcionaria como fator decisivo para o crescimento do número de empregos disponíveis, e conseqüentemente, de renda, impactando positivamente na economia do país, e simultaneamente, seria forma de privilegiar a “sustentabilidade” do setor empresarial.

À vista disso, projeto de lei foi apresentado ao Congresso Nacional nos derradeiros dias de 2016, vindo a ser aprovado em julho de 2017, convertendo-se na Lei nº 13.467 de 2017, que alterou em vários pontos a Consolidação das Leis Trabalhistas - CLT. O referido instrumento normativo passou a vigorar em novembro de 2017, gerando grandes expectativas na seara econômica.

A reforma trabalhista, encampada pela Lei nº 13.467/17, inseriu no ordenamento jurídico pátrio a figura do contrato de trabalho intermitente, caracterizado por intervalos de atividade e inatividade, bem como pela remuneração por hora trabalhada. Comparando esse novo instituto, tipo de contrato atípico, com o Texto Constitucional de 1988, é de clareza solar a incompatibilidade existente. De plano, o trabalho intermite traduz-se na mitigação da proteção do trabalho enquanto direito fundamental social inscrito no artigo 6º da Constituição Federal de 1988, bem como, é conflitivo, similarmente, com as disposições constitucionais do contidas no artigo 7º da CF, que se referem ao salário mínimo como direito e a sua proteção, ainda para aqueles que tenham remuneração variável. A antinomia do trabalho intermitente e a Constituição Federal de 1988 é indiscutível.

O trabalho intermitente, entendido como contrato atípico, somente pode “precarizar” a relação de trabalho, especialmente a proteção do empregado. A experiência da União Europeia, que também adotou medidas de flexibilização das normas jurídico-laborativas, demonstra que não há qualquer relação de medidas reformistas com o crescimento do número de empregos, mas pelo contrário, há tão somente a precarização. Na Itália e na Espanha, o desemprego não diminuiu, não houve impacto positivo na economia. Já na Alemanha, os postos de trabalho que surgiram foram, sobretudo, os que contam com contratos atípicos, ou seja, com menor proteção do empregado.

No Brasil, considerando os dados referentes ao nível de desemprego, coletados pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatísticas – IBGE, por intermédio da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua – Trimestral, não é possível sentir benefícios da reforma trabalhista, particularmente no que concerne ao aumento de contratos de trabalho. No último trimestre de 2017, já com a Lei nº 13.467/2017 em vigor, o desemprego chegou ao nível de 11,8%. Em 2018, no primeiro trimestre, a taxa de desemprego aumentou, alcançando a marca de 13,7%. Em vista desses dados empíricos secundários, é possível inferir que o trabalho intermitente, como parte de uma reforma “revolucionária e necessária” não teve nenhuma repercussão, salvo a de fragilização do princípio protetor no Direito Trabalhista brasileiro.

Para além da fragmentação da proteção do trabalho – enquanto direito fundamental – resultante da maior insegurança quanto à continuidade do emprego e à remuneração, é preciso destacar ainda a reverberação negativa na Previdência Social e no Fundo de Garantia por Tempo de Serviço – FGTS. Se a remuneração, no trabalho intermitente, é diminuída, da mesma forma o recolhimento das contribuições previdenciária e de FGTS será, prejudicando a proteção social do empregado, e, em outra perspectiva, reforçará o discurso da necessidade de minoração de direitos em função da diminuta arrecadação pelo Estado.

Do panorama democrático, considerando a estrutura dualista de Democracia de Bruce Ackerman, é notório que a atividade de política ordinária não respeitou o momento constitucional do povo brasileiro, expresso na Constituição de 1988. Ademais, a legislação infraconstitucional modificadora da

CLT esvaziou, de certo modo, o conteúdo jurídico do trabalho enquanto direito fundamental social.

O trabalho intermitente representa patente ofensa ao princípio do não retrocesso social, princípio este implícito na Constituição Federal de 88. A verificação de tal violação pode ser diagnosticada a partir do fato de que há uma desconstrução de condições jurídicas estabelecidas previamente, como o salário mínimo, por exemplo, interferindo na dignidade dos trabalhadores e no mínimo existencial do direito fundamental social ao trabalho, além de estimular “legalmente” a prática do *dumping* social, na medida em que empregadores que contratam na modalidade intermitente podem praticar preços mais em conta, em prejuízo de outros empregadores que assim não podem se portar, por preferir contratos não intermitentes.

Por todo o exposto, o trabalho intermitente, no âmbito da reforma trabalhista posta em prática pela Lei nº 13.467/2017, é um paradoxo na ordem constitucional brasileira, pois vai de encontro ao núcleo do trabalho na qualidade de direito fundamental social e da própria Democracia brasileira.

REFERÊNCIAS

ACKERMAN, Bruce. *We the people – foundations*. Cambridge : Harvard University Press, 1993.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008.

ATRIA, Fernando. Existem direitos sociais?. In: MELLO, Cláudio A. (Coord.). **Os desafios dos direitos sociais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

BARANZKE, Heike. *Menschenwürde zwischen pflicht und recht: zum ethischen gehalt eines umstrittenen begriffs*. In: ANGST, Doris et al (Orgs). **Philosophie der menschenwürde**. Schwalbach: Wochenschau Verlag, 2010.

BRASIL. **Consolidação das leis do trabalho**. 10ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2017.

BRASIL. **Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em:

< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 25 abr. 2018.

BRASIL. Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017. **Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei no 5.452, de 1º de maio de 1943, e as Leis nos 6.019, de 3 de janeiro de 1974, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.212, de 24 de julho de 1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2017/lei/l13467.htm. Acesso em: 27 abr. 2018.

BRASIL. Medida provisória nº 808, de 14 de novembro de 2017. **Altera a Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2017/Mpv/mpv808.htm. Acesso em: 27 abr. 2018.

CONFEDERAÇÃO NACIONAL DO TRANSPORTE. **Agenda CNT – Modernização trabalhista.** Disponível em: < http://cms.cnt.org.br/Imagens%20CNT/Site%202015/Arquivos/Cartilha_Moderniza%C3%A7%C3%A3o_Trabalhista_web.pdf>. Acesso em: 25 abr. 2018.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho.** 17ª Edição. São Paulo: LTr, 2018.

GIMENEZ, Charlise P. C.; DEL'OLMO, Florisbol de S.; ANGELIN, Rosângela. Dos direitos humanos e dos conflitos na sociedade líquida pós-moderna. **Nomos – Revista do curso de mestrado em Direito da UFC.** Vol. 37. Nº 2. P. 259-279. 2017.

IBGE. **Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua – Trimestral.** Disponível em: < https://ww2.ibge.gov.br/home/estatistica/indicadores/trabalhoerendimento/pnad_continua/default.shtm>. Acesso em: 28 abr. 2018.

JAEHRLING, Karen. *The atypical and gendered 'employment miracle' in Germany: a result of employment protection reforms or long term structural changes?* In: PIASNA, Agnieszka; MYANT,

Martin. *Myths of employment deregulation: how it neither creates jobs nor reduces labourmarket segmentation*. Brussels: ETUI, 2017.

MALUSCHKE, Günther. A dignidade humana como princípio ético-jurídico. **Nomos – Revista do curso de mestrado em Direito da UFC**. Vol. 37. Nº 1. P. 95-117. 2017.

NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos fundamentais sociais: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais**. Coimbra: Coimbra Editora S.A., 2010.

ÖBERG, Ulf.; SCHMAUCH, Magnus. *Prekäre Beschäftigung und Unionsrecht*. Stockholm: Europäische Kommission, 2016.

OIT. Convenção nº 131. **Convenção sobre fixação de salários mínimos, com referência especial aos países em desenvolvimento**. Disponível em: <http://www.trtsp.jus.br/geral/tribunal2/LEGIS/CLT/OIT/OIT_131.html>. Acesso em: 28 abr. 2018.

OIT. Convenção nº 95. **Proteção do salário**. Disponível em: http://www.ilo.org/brasil/convencoes/WCMS_235184/lang--pt/index.htm. Acesso em: 28 abr. 2018.

OPUSZKA, Paulo R. Os fundamentos das relações jurídicas de trabalho: direito do trabalho, direito ao trabalho, regulação das relações laborais, possibilidades e desafios. In: OPUSZKA, Paulo Ricardo (Org.). **Direito do trabalho – temas clássicos, problemas contemporâneos**. Curitiba: CRV, 2017.

QUEIROZ, Cristina. **Direitos fundamentais sociais**. Coimbra: Coimbra Editora S. A., 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. Proibição de retrocesso, dignidade da pessoa humana e direitos sociais: manifestação de um constitucionalismo dirigente possível. **Revista Páginas de Direito**. Porto Alegre, ano 6, nº 371, 17 de janeiro de 2006. P. 1-34. Disponível em: <http://www.tex.pro.br/home/artigos/93-artigos-jan-2006/4613-proibicao-de-retrocesso-dignidade-da-pessoa-humana-e-direitos-sociais-manifestacao-de-um-constitucionalismo-dirigente-possivel-formato-pdf>. Acesso em: 29 abr. 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang. Segurança social, dignidade da pessoa humana e proibição do retrocesso social: revisitando o problema da proteção dos direitos fundamentais sociais. In: CANOTILHO, J. J. G.; CORREIA, Marcus O. G.; CORREIA, Érica P. B. **Direitos fundamentais sociais**. São Paulo: Saraiva, 2015.

NOTAS:

[1] BRASIL. **Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm > . Acesso em: 25 abr. 2018.

[2] CONFEDERAÇÃO NACIONAL DO TRANSPORTE. **Agenda CNT – Modernização trabalhista**. Disponível em: < http://cms.cnt.org.br/Imagens%20CNT/Site%202015/Arquivos/Cartilha_Moder_niza%C3%A7%C3%A3o_Trabalhista_web.pdf > . Acesso em: 25 abr. 2018, p. 06. O parecer continua: “Há bastante tempo o Brasil já precisava ter [...] esse desafio, pois o principal instrumento legal trabalhista brasileiro, a CLT, criada na década de 1940, apesar de sua motivação e importância na época para consolidar direitos e proteger os trabalhadores, há muito não atendia às demandas das novas formas de trabalhar e produzir surgidas nesses mais de 70 anos.”

[3] BRASIL. **Consolidação das leis do trabalho**. 10ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2017, p 147.

[4] BRASIL. **Consolidação das leis do trabalho**. 10ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2017.

[5] BRASIL. **Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm > . Acesso em: 25 abr. 2018.

[6] SARLET, Ingo Wolfgang. Proibição de retrocesso, dignidade da pessoa humana e direitos sociais: manifestação de um constitucionalismo dirigente possível. **Revista Páginas de Direito**. Porto Alegre, ano 6, nº 371, 17 de janeiro de 2006. P. 1-34. Disponível em: <http://www.tex.pro.br/home/artigos/93-artigos-jan-2006/4613-proibicao-de-retrocesso-dignidade-da-pessoa-humana-e-direitos->

[sociais-manifestacao-de-um-constitucionalismo-dirigente-possivel-formato-pdf](#).

Acesso em: 29 abr. 2018.

[7] ATRIA, Fernando. Existem direitos sociais?. In: MELLO, Cláudio A. (Coord.). **Os desafios dos direitos sociais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

[8] ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008.

[9] DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 17ª Edição. São Paulo: LTr, 2018.

[10] BRASIL. *Op. Cit.*

[11] WELLE, Arthur.; ARANTES, Flávio.; MELLO, Guilherme.; MOREIRA, Juliana.; ROSSI, Pedro. **Reforma trabalhista e financiamento da previdência social**: simulação dos impactos da pejetização e da formalização. Campinas: Centro de Estudos Sindicais e de Economia do Trabalho, 2017.

[12] ÖBERG, Ulf.; SCHMAUCH, Magnus. **Prekäre Beschäftigung und Unionsrecht**. Stockholm: Europäische Kommission, 2016.

[13] *Ibid.*

[14] JAEHRLING, Karen. *The atypical and gendered 'employment miracle' in Germany: a result of employment protection reforms or long term structural changes?*. In: PIASNA, Agnieszka; MYANT, Martin. **Myths of employment deregulation: how it neither creates jobs nor reduces labourmarket segmentation**. Brussels: ETUI, 2017.

[15] IBGE. **Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua – Trimestral**. Disponível em: < https://ww2.ibge.gov.br/home/estatistica/indicadores/trabalhoerendimento/pnad_continua/default.shtm >. Acesso em: 28 abr. 2018.

[16] OIT. Convenção nº 95. **Proteção do salário**. Disponível em: http://www.ilo.org/brasilia/convencoes/WCMS_235184/lang--pt/index.htm. Acesso em: 28 abr. 2018.

[17] OIT. Convenção nº 131. **Convenção sobre fixação de salários mínimos, com referência especial aos países em desenvolvimento.** Disponível em: <http://www.trtsp.jus.br/geral/tribunal2/LEGIS/CLT/OIT/OIT_131.html>. Acesso em: 28 abr. 2018.

[18] BRASIL. *Op. cit.*

[19] ACKERMAN, Bruce. ***We the people – foundations.*** Cambridge: Harvard University Press, 1993.

[20] ACKERMAN, Bruce. *Op. cit.*

[21] ACKERMAN, Bruce. *Op. cit.*

[22] ACKERMAN, Bruce. *Op. cit.*

[23] BRASIL. *Op. cit.*

[24] GIMENEZ, Charlise P. C.; DEL'OLMO, Florisbol de S.; ANGELIN, Rosângela. Dos direitos humanos e dos conflitos na sociedade líquida pós-moderna. **Nomos – Revista do curso de mestrado em Direito da UFC.** Vol. 37. Nº 2. P. 259-279. 2017.

[25] ACKERMAN, Bruce. *Op. cit.*

[26] SARLET, Ingo Wolfgang. Segurança social, dignidade da pessoa humana e proibição do retrocesso social: revisitando o problema da proteção dos direitos fundamentais sociais. In: CANOTILHO, J. J. G.; CORREIA, Marcus O. G.; CORREIA, Érica P. B. **Direitos fundamentais sociais.** São Paulo: Saraiva, 2015.

[27] SARLET, Ingo W. *Op. cit.*, p. 70.

[28] SARLET, Ingo W. *Op. cit.*, p. 72.

[29] QUEIROZ, Cristina. **Direitos fundamentais sociais.** Coimbra: Coimbra Editora S. A., 2006.

[30] NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos fundamentais sociais: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais.** Coimbra: Coimbra Editora S.A., 2010.

[31] MALUSCHKE, Günther. A dignidade humana como princípio ético-jurídico. **Nomos – Revista do curso de mestrado em Direito da UFC**. Vol. 37. Nº 1. P. 95-117. 2017, p. 105.

[32] BARANZKE, Heike. *Menschenwürde zwischen pflicht und recht: zum ethischen gehalt eines umstrittenen begriffs*. In: ANGST, Doris et al (Orgs). **Philosophie der menschenwürde**. Schwalbach: Wochenschau Verlag, 2010.

A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO PELA INEFICIÊNCIA DA PRESERVAÇÃO DO PATRIMÔNIO CULTURAL DA HUMANIDADE: O RECONHECIMENTO DA OFENSA À COLETIVIDADE HUMANA

TAUÃ LIMA VERDAN RANGEL: Doutorando vinculado ao Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito da Universidade Federal Fluminense (UFF), linha de Pesquisa Conflitos Urbanos, Rurais e Socioambientais. Mestre em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal Fluminense (UFF). Especializando em Práticas Processuais - Processo Civil, Processo Penal e Processo do Trabalho pelo Centro Universitário São Camilo-ES. Bacharel em Direito pelo Centro Universitário São Camilo-ES. Produziu diversos artigos, voltados principalmente para o Direito Penal, Direito Constitucional, Direito Civil, Direito do Consumidor, Direito Administrativo e Direito Ambiental.

Resumo: Cuida salientar que o meio ambiente cultural é constituído por bens culturais, cuja acepção compreende aqueles que possuem valor histórico, artístico, paisagístico, arqueológico, espeleológico, fossilífero, turístico, científico, refletindo as características de uma determinada sociedade. Ao lado disso, quadra anotar que a cultura identifica as sociedades humanas, sendo formada pela história e maciçamente influenciada pela natureza, como localização geográfica e clima. Com efeito, o meio ambiente cultural decorre de uma intensa interação entre homem e natureza, porquanto aquele constrói o seu meio, e toda sua atividade e percepção são conformadas pela sua cultural. O conceito de patrimônio histórico e artístico nacional abrange todos os bens moveis e imóveis, existentes no País, cuja conservação seja de interesse público, por sua vinculação a fatos memoráveis da História pátria ou por seu excepcional valor artístico, arqueológico, etnográfico, bibliográfico e ambiental. Sendo assim, o presente propõe em analisar a caracterização da responsabilidade do Estado pela omissão na preservação do patrimônio cultural tombado. A metodologia empregada na construção do presente foi o método dedutivo, auxiliada de revisão bibliográfica sistemática como técnica de pesquisa.

Palavras-chaves: Meio Ambiente Cultural. Tombamento. Omissão do Estado. Responsabilidade Estatal.

Abstract: Take care to note that the cultural environment is made up of cultural goods, whose sense comprises those that have historical, artistic, landscape, archaeological, speleological, paleontological, tourism, scientific value, reflecting the characteristics of a given society. Alongside this, it is important to note that culture identifies human societies, being formed by history and massively influenced by nature, such as geographical location and climate. Indeed, the cultural environment stems from an intense interaction between man and nature, for he builds his environment, and his whole activity and perception are shaped by their cultural. The concept of historical and artistic heritage comprises all movable and immovable property, existing in the country, whose conservation is in the public interest, for their connection to memorable facts of history homeland or for exceptional artistic, archaeological, ethnographic, bibliographic and environmental. Thus, the present proposes to analyze the characterization of the responsibility of the State for the omission in the preservation of the listed cultural patrimony. The methodology used in the construction of the present was the deductive method, aided by systematic bibliographic review as a research technique.

Keywords: Cultural Environment. Tombamento. Omission of the State. State Responsibility.

1 INTERVENÇÃO DO ESTADO NA PROPRIEDADE: BREVE ESCORÇO HISTÓRICO

Em uma primeira plana, o tema concernente à intervenção do Estado na propriedade decore da evolução do perfil do Estado no cenário contemporâneo. Tal fato deriva da premissa que o Ente Estatal não tem suas ações limitadas tão somente à manutenção da segurança externa e da paz interna, suprimindo, via de consequência, as ações individuais. “Muito mais do que isso, o Estado deve perceber e concretizar as aspirações coletivas, exercendo papel de funda conotação social”, como obtempera Carvalho Filho (2011, p. 711).

Nesta esteira, durante o curso evolutivo da sociedade, o Estado do século XIX não apresentava essa preocupação; ao reverso, a doutrina do *laissez faire* assegurava ampla liberdade aos indivíduos e considerava intocáveis os seus direitos, mas, concomitantemente, permitia que os abismos sociais se tornassem, cada vez mais, profundos, colocando em exposição os inevitáveis conflitos oriundos da desigualdade, provenientes das distintas camadas sociais.

Quadra pontuar que essa forma de Estado deu origem ao Estado de Bem-estar, o qual utiliza de seu poder supremo e coercitivo para suavizar, por meio de uma intervenção decidida, algumas das consequências consideradas mais penosas da desigualdade econômica. “O bem-estar social é o bem comum, o bem do povo em geral, expresso sob todas as formas de satisfação das necessidades comunitárias” (MEIRELLES, 2012, p. 661), compreendo, aliás, as exigências materiais e espirituais dos indivíduos coletivamente considerados.

Com realce, são as necessidades consideradas vitais da comunidade, dos grupos, das classes que constituem a sociedade. Abandonando, paulatinamente, a posição de indiferente distância, o Estado contemporâneo passa a assumir a tarefa de garantir a prestação dos serviços fundamentais e ampliando seu espectro social, objetivando a materialização da proteção da sociedade vista como um todo, e não mais como uma resultante do somatório de individualidades.

Neste sentido, inclusive, o Ministro Luiz Fux, ao apreciar o Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo N° 672.579/RJ, firmou entendimento que “ainda que seja de aplicação imediata e incondicional a norma constitucional que estabeleça direitos fundamentais, não pode o Ente Estatal beneficiar-se de sua inércia em não regulamentar, em sua esfera de competência, a aplicação de direito constitucionalmente garantido” (BRASIL, 2012). Desta feita, para consubstanciar a novel feição adotada pelo Estado, restou necessário que esse passasse a se imiscuir nas relações dotadas de aspecto privado. “Para propiciar esse bem-estar social o Poder Público pode intervir na propriedade privada e nas atividades econômicas das empresas, nos limites da competência constitucional atribuída” (MEIRELLES, 2012, p. 662), por meio de normas legais e atos de essência administrativa adequados aos objetivos contidos na intervenção dos entes estatais.

Com efeito, nem sempre o Estado intervencionista ostenta aspectos positivos, todavia, é considerado melhor tolerar a hipertrofia com vistas à defesa social do que assistir à sua ineficácia e desinteresse diante dos conflitos produzidos pelos distintos grupamentos sociais. Neste jaez, justamente, é que se situa o dilema moderno na relação existente entre o Estado e o indivíduo, porquanto para que possa atender os reclamos globais da sociedade e captar as exigências inerentes ao interesse público, é carecido que o Estado atinja alguns interesses individuais. Ao lado disso, o norte que tem orientado essa relação é a da supremacia do interesse público sobre o particular, constituindo verdadeiro postulado político da intervenção do Estado na propriedade.

2 PATRIMÔNIO CULTURAL COMO FACETA DO MEIO AMBIENTE

Em sede de comentários introdutórios, cuida salientar que o meio ambiente cultural é constituído por bens culturais, cuja acepção compreende aqueles que possuem valor histórico, artístico, paisagístico, arqueológico, espeleológico, fossilífero, turístico, científico, refletindo as características de uma determinada sociedade. Ao lado disso, quadra anotar que a cultura identifica as sociedades humanas, sendo formada pela história e maciçamente influenciada pela natureza, como localização geográfica e clima.

O meio ambiente cultural decorre de uma intensa interação entre homem e natureza, porquanto aquele constrói o seu meio, e toda sua atividade e percepção são conformadas pela sua cultura. "A cultura brasileira é o resultado daquilo que era próprio das populações tradicionais indígenas e das transformações trazidas pelos diversos grupos colonizadores e escravos africanos" (BROLLO, 2012, p. 15-16). A proteção do patrimônio cultural se revela como instrumento robusto da sobrevivência da própria sociedade.

Nesta toada, ao se analisar o meio ambiente cultural, enquanto complexo macrossistema, é perceptível que é algo incorpóreo, abstrato, fluído, constituído por bens culturais materiais e imateriais portadores de referência à memória, à ação e à identidade dos distintos grupos formadores da sociedade brasileira. Meirelles anota que

[...] o conceito de patrimônio histórico e artístico nacional abrange todos os bens moveis e imóveis, existentes

no País, cuja conservação seja de interesse público, por sua vinculação a fatos memoráveis da História pátria ou por seu excepcional valor artístico, arqueológico, etnográfico, bibliográfico e ambiental (MEIRELLES, 2012, p. 634).

Quadra anotar que os bens compreendidos pelo patrimônio cultural compreendem tanto realizações antrópicas como obras da Natureza; preciosidades do passado e obras contemporâneas. Nesta esteira, é possível subclassificar o meio ambiente cultural em duas espécies distintas, quais sejam: uma concreta e outra abstrata. Neste passo, o meio-ambiente cultural concreto, também denominado material, se revela materializado quando está transfigurado em um objeto classificado como elemento integrante do meio-ambiente humano.

Assim, é possível citar os prédios, as construções, os monumentos arquitetônicos, as estações, os museus e os parques, que albergam em si a qualidade de ponto turístico, artístico, paisagístico, arquitetônico ou histórico. Os exemplos citados alhures, em razão de todos os predicados que ostentam, são denominados de meio-ambiente cultural concreto. Acerca do tema em comento, é possível citar o robusto entendimento jurisprudencial firmado pelo Ministro Ruy Rosado de Aguiar, ao apreciar o Recurso Especial N° 115.599/RS:

Ementa: Meio Ambiente. Patrimônio cultural. Destruição de dunas em sítios arqueológicos. Responsabilidade civil. Indenização. O autor da destruição de dunas que encobriam sítios arqueológicos deve indenizar pelos prejuízos causados ao meio ambiente, especificamente ao meio ambiente natural (dunas) e ao meio ambiente cultural (jazidas arqueológicas com cerâmica indígena da Fase Vieira). Recurso conhecido em parte e provido. (Superior Tribunal de Justiça – Quarta Turma/ REsp 115.599/RS/ Relator: Ministro Ruy Rosado de Aguiar/ Julgado em 27.06.2002/ Publicado no Diário da Justiça em 02.09.2002, p. 192).

Diz-se, de outro modo, o meio-ambiente cultural abstrato, chamado, ainda, de imaterial, quando este não se apresenta materializado no meio-ambiente humano, sendo, deste modo, considerado como a cultura de um povo ou mesmo de uma determinada comunidade. Assim, são alcançados por tal

acepção a língua e suas variações regionais, os costumes, os modos e como as pessoas relacionam-se, as produções acadêmicas, literárias e científicas, as manifestações decorrentes de cada identidade nacional e/ou regional.

Neste sentido, é possível colacionar o entendimento firmado pelo Tribunal Regional Federal da Segunda Região, quando, ao apreciar a Apelação Cível N° 2005251015239518, firmou entendimento que “expressões tradicionais e termos de uso corrente, trivial e disseminado, reproduzidos em dicionários, integram o patrimônio cultural de um povo” (BRASIL, 2007). Esses aspectos constituem, sem distinção, abstratamente o meio-ambiente cultural. “O patrimônio cultural imaterial transmite-se de geração a geração e é constantemente recriado pelas comunidades e grupos em função de seu ambiente” (BROLLO, 2006, p. 33), decorrendo da interação com a natureza e dos acontecimentos históricos que permeiam a população.

O Decreto N°. 3.551, de 04 de agosto de 2000, que institui o registro de bens culturais de natureza imaterial que constituem patrimônio cultural brasileiro, cria o Programa Nacional do Patrimônio Imaterial e dá outras providências, consiste em instrumento efetivo para a preservação dos bens imateriais que integram o meio-ambiente cultural. Como aponta Brollo (2006, p. 33), o aludido decreto não instituiu apenas o registro de bens culturais de natureza imaterial que integram o patrimônio cultural brasileiro, mas também estruturou uma política de inventariança, referenciamento e valorização desse patrimônio.

Ejeta-se, segundo o entendimento firmado por Fiorillo (2012, p. 80), que os bens que constituem o denominado patrimônio cultural consistem na materialização da história de um povo, de todo o caminho de sua formação e reafirmação de seus valores culturais, os quais têm o condão de substancializar a identidade e a cidadania dos indivíduos inseridos em uma determinada comunidade. O meio-ambiente cultural, conquanto seja artificial, difere-se do meio-ambiente humano em razão do aspecto cultural que o caracteriza, sendo dotado de valor especial, notadamente em decorrência de produzir um sentimento de identidade no grupo em que se encontra inserido, bem como é propiciada a constante evolução fomentada pela atenção à diversidade e à criatividade humana.

3 COMENTÁRIOS INTRODUTÓRIOS AO INSTITUTO DO TOMBAMENTO: ACEPÇÃO CONCEITUAL E FONTE NORMATIVA

O tombamento se apresenta como a forma de intervenção na propriedade, por meio da qual o Poder Público objetiva proteger o patrimônio cultural brasileiro. Neste sentido, já firmou entendimento o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais que “o tombamento é ato administrativo que visa à preservação do patrimônio histórico, artístico ou cultural das cidades, de modo a impedir a destruição ou descaracterização de bem a que for atribuído valor histórico ou arquitetônico” (MINAS GERAIS, 2008).

Com realce, o instituto em comento se revela, em sede de direito administrativo, como um dos instrumentos criados pelo legislador para combater a deterioração do patrimônio cultural de um povo, apresentando, em razão disso, maciça relevância no cenário atual, notadamente em decorrência dos bens tombados encerrarem períodos da história nacional ou, mesmo, refletir os aspectos característicos e identificadores de uma comunidade.

É cediço que quando o Estado intervém na propriedade privada para proteger o patrimônio cultural, busca preservar a memória nacional. Ao lado disso, o instituto em comento permite que o aspecto histórico seja salvaguardado, eis que constitui parte da própria cultura do povo e representa a fonte sociológica de identificação de vários fenômenos sociais, políticos e econômicos existentes na atualidade. “A escolha do bem de patrimônio cultural que será tombado com precedência aos demais se relaciona com o juízo de conveniência e oportunidade, e não é passível de análise judicial” (RIO GRANDE DO SUL, 2010).

Desta feita, o proprietário não pode, em nome de interesses particulares, usar ou fruir de maneira livre seus bens, se estes se traduzem em interesse público por atrelados a fatores de ordem histórica, artística, cultural, científica, turística e paisagística. “São esses bens que, embora permanecendo na propriedade do particular, passam a ser protegidos pelo Poder Público, que, para esse fim, impõe algumas restrições quanto a seu uso pelo proprietário” (CARVALHO FILHO, 2011, p. 734).

Os exemplos de bens a serem tombados são extremamente variados, sendo os mais comuns os imóveis que retratam a arquitetura de épocas passadas na história pátria, dos quais podem os estudiosos e pesquisadores extrair diversos

meios de conhecimento do passado e desenvolver outros estudos com vistas a proliferar a cultura do país. Além disso, é possível evidenciar que é corriqueiro o tombamento de bairros ou até mesmo cidades, quando retratam aspectos culturais do passado. Com o escopo de ilustrar o expandido, mister se faz colacionar o aresto jurisprudencial que acena:

Ementa: Direito Constitucional - Direito Administrativo - Apelação - Preliminar de não conhecimento - Inovação Recursal - Ausência de Documentos Indispensáveis para propositura da Ação - Não Configuração - Pedido de Assistência Judiciária - Indeferimento - Ação Civil Pública - Dano ao Patrimônio Histórico e Cultural - Edificação em imóvel localizado no Conjunto Arquitetônico de Ouro Preto - Tombamento - Aprovação do IPHAN - Inexistência. - Embora a apelante tenha feito diversas alegações que deixaram de ser levantadas na contestação, foi questionada, na apelação, parte da matéria tratada na peça de defesa, além de terem sido atacadas, em alguns pontos, questões examinadas na sentença, de forma que não se sustenta a preliminar de não conhecimento do recurso. - O pedido de assistência judiciária deve ser indeferido, pois a apelante efetuou o preparo do recurso, gerando não apenas presunção, mas certeza de sua capacidade de custear a demanda sem prejuízo do próprio sustento e de familiares. Além disso, não foi juntada a declaração de pobreza a que se refere a lei 1.060/50, o que leva ao indeferimento do pedido. - O Município de Ouro Preto foi erigido a Monumento Nacional pelo decreto nº. 22.928, de 12/06/33, e inscrito pela UNESCO na lista do Patrimônio Mundial, Cultural e Natural em 21/09/80, e a cidade teve todo o seu Conjunto Arquitetônico tombado. Trata-se de fato notório, conhecido pela apelante e por qualquer pessoa, de forma que não se pode afirmar que o processo de tombamento do Conjunto Arquitetônico do referido Município seja um documento indispensável para a propositura da presente ação civil pública. - O imóvel que faz parte do Conjunto

Arquitetônico de Ouro Preto, e integra o Patrimônio Mundial, Cultural e Natural da cidade, deve ser conservado por seu proprietário, e qualquer obra de reparo de tal bem deve ser precedida de autorização do IPHAN, sob pena de demolição. (Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais – Quarta Câmara Cível/ Apelação Cível 1.0461.03.010271-3/001/ Relator: Desembargador Moreira Diniz/ Julgado em 12.06.2008/ Publicado em 26.06.2008).

Ementa: Ação popular. Instalação de quiosques no entorno de praças municipais. Tombamento preservado. Inocorrência de ofensa ao patrimônio ambiental cultural. O fato de as praças municipais serem tombadas, como partes do Patrimônio Histórico e Cultural do Município de Paraisópolis, não podendo, conseqüentemente, serem ocupadas ou restringidas em sua área, para outras finalidades (Lei Municipal n. 1.218/89) não impede a instalação, ao arredor delas, de quiosques de alimentação, porquanto o tombamento se limitou às praças, e não ao entorno delas. Assim, não há ofensa ao patrimônio ambiental cultural. A instalação dos referidos quiosques não configura abalo de ordem ambiental, visto que não houve lesão aos recursos ambientais, com conseqüente degradação - alteração adversa - do equilíbrio ecológico do local. (Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais – Quinta Câmara Cível/ Apelação Cível/Reexame Necessário N° 1.0473.03.000617-4/001/ Relatora: Desembargadora Maria Elza/ Julgado em 03.03.2005/ Publicado em 01.04.2005).

É verificável que a proteção dos bens de interesse cultural encontra respaldo na Constituição da República Federativa do Brasil, que impõe ao Estado o dever de garantir a todos o exercício de direitos culturais e o acesso às fontes da cultura nacional. “Por outro lado, nela se define o patrimônio cultural brasileiro, composto de bens materiais e imateriais necessários à exata compreensão dos vários aspectos ligados os grupos formadores da sociedade brasileira” (CARVALHO FILHO, 2011, p. 735).

O Constituinte, ao insculpir, a redação do §1º do artigo 216 da Carta de Outubro estabeleceu que o Poder Público, com a colaboração da comunidade, promoverá e protegerá o patrimônio cultural brasileiro, por meio de inventários, registros, vigilância, tombamento e desapropriação, e de outras formas de acautelamento e preservação. “Independentemente do tombamento, o patrimônio cultural e histórico merece proteção, e, neste caso, ainda que precária - até definitiva solução da questão em exame - essa proteção, se não for dada, inviabilizará qualquer ação futura, pois a demolição é irreversível” (MINAS GERAIS, 2007).

Resta patentemente demonstrado que o tombamento é uma das múltiplas formas utilizadas na proteção do patrimônio cultural brasileiro. Como bem anota Meirelles (2012, p. 635), “tombamento é a declaração do Poder Público do valor histórico, artísticos, paisagístico, turístico, cultural ou científico de coisas ou locais que, por essa razão, devam ser preservados, de acordo com a inscrição em livro próprio”. O tombamento é um dos institutos que têm por objeto a tutela do patrimônio histórico e artístico nacional, que implica na restrição parcial do imóvel, conforme se verifica pela legislação que o disciplina. Com o escopo de explicitar a proeminente natureza do instituto em comento, é possível transcrever os arestos que se coadunam com as ponderações estruturadas até o momento:

Ementa: Constitucional e Administrativo. Mandado de segurança. Imóvel. Valor histórico e cultural. Declaração. Município. Tombamento. Ordem de demolição. Inviabilidade. São deveres do Poder público, nos termos dos arts. 23, III e IV; 30, I e IX e 216, §1º, da Constituição Federal, promover e proteger o patrimônio cultural, artístico e histórico, por meio de tombamento e de outras formas de acautelamento e preservação, bem como impedir a evasão, a destruição e a descaracterização de bens de valor histórico, artístico e cultural. Demonstrada, no curso do mandado de segurança, a conclusão do procedimento administrativo de tombamento do imóvel, com declaração do seu valor histórico e cultural pelo Município, inviável a concessão de ordem para sua demolição. Rejeita-se a preliminar e nega-se provimento ao recurso. (Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais – Quarta Câmara Cível/ Apelação Cível

1.0702.02.010330-6/001/ Relator:Desembargador Almeida Melo/ Julgado em 15.04.2004/ Publicado em 18.05.2004).

Ementa: Tombamento - Patrimônio Histórico e Cultural - Imóvel reputado de valor histórico pelo município onde se localiza - Competência Constitucional dele para aferi-lo e tombá-lo. Nada impede que o Município, mediante tombamento, preserve imóvel nele situado e que considere de valor histórico-cultural, ""ex vi"" do art. 23, inciso III, da Lei Fundamental da República, que a ele - Município, atribui a competência para fazê-lo. Ademais, a cada comunidade, com seus hábitos e culturas próprios, cabe aferir, atendidas as peculiaridades locais, acerca do valor histórico-cultural de seu patrimônio, com o escopo, inclusive, de também preservá-lo. (Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais – Quarta Câmara Cível/ Embargos Infringentes 1.0000.00.230571-2/001/ Relator: Desembargador Hyparco Immesi/ Julgado em 09.10.2003/ Publicado em 03.02.2004)

O diploma infraconstitucional que versa acerca do tombamento é o Decreto-Lei N° 25, de 30 de novembro de 1937, que organiza a proteção do patrimônio histórico e artístico nacional, trazendo à baila as disposições elementares e a fisionomia jurídica do instituto do tombamento, inclusive no que toca aos registros dos bens tombados. Sobreleva anotar que o diploma ora aludido traça tão somente as disposições gerais aplicáveis ao fato jurídico-administrativo do tombamento. Entrementes, este se consumará por meio de atos administrativos específicos, destinados a propriedades determinadas.

4 FUNDAMENTO DO TOMBAMENTO

Tal como ocorre com as demais espécies de intervenção na propriedade, o tombamento tem por fundamento a necessidade de adequar o domínio privado às necessidades de interesse público. Por mais uma vez, com realce, é possível verificar a materialização da premissa que o interesse público prevalece em relação aos interesses dos particulares. É por tal motivo que, ainda em relação ao presente instituto, se pode invocar as disposições contidas nos artigos 5º, inciso XXIII^[1], e

170, inciso III[2], ambos da Constituição Federal, os quais objetivam assegurar que a propriedade alcance sua função social.

Com efeito, a defesa do patrimônio cultural se apresenta como matéria dotada de interesse geral da coletividade. Assim, “para que a propriedade privada atenda a essa função social, necessário se torna que os proprietários se sujeitem a algumas normas restritivas concernentes ao uso de seus bens, impostas pelo Poder Público” (CARVALHO FILHO, 2011, p. 736). Uma vez obtida essa proteção, a propriedade estará cumprindo o papel para o qual a Constituição Federal a destinou.

Destarte, é possível evidenciar que o tombamento encontra escora na necessidade de adequação da propriedade à correspondente função social e esta, por sua vez, se consubstancia na necessidade de proteção ao patrimônio cultural, histórico, artístico, paisagístico e científico. Ao lado disso, com destaque, a Emenda Constitucional N° 48, de 10 de agosto de 2005, que, ao acrescentar o §3° ao artigo 215 da Constituição Federal[3], estabeleceu que diploma legislativo criasse o Plano Nacional de Cultura, de duração plurianual, com o escopo principal de fomentar o desenvolvimento cultural do País, tal como a interação de ações do Poder Público para a defesa e a valorização do patrimônio cultural brasileiro, produção, promoção e difusão de bens culturais e outras ações do gênero. Salta aos olhos o intuito de atribuir, cada vez mais, realce aos valores culturais do País.

Tem se tornado corriqueiro, entretanto, o tombamento de imóveis urbanos para o fito de obstar suas demolições e evitar novas edificações ou, mesmo, edificações em determinadas áreas urbanas, cuja demanda de serviços públicos e equipamentos urbanos se apresente como incompatível com a oferta possível no local. “Com tal objetivo, certas zonas urbanas têm sido qualificadas como ‘áreas de proteção ao ambiente cultural’, e nelas se indicam os imóveis sujeitos àquelas limitações” (CARVALHO FILHO, 2011, p. 736). Transparece, nesses atos, notório desvio da perspectiva, porquanto são flagrantemente ilegais e não apresentam qualquer conexão com o real motivo apresentado pelo instituto do tombamento. O fundamento real deste instituto está assentado na preservação do patrimônio público, contudo, naquelas áreas inexistente qualquer ambiente cultural que reclama preservação do Poder Público.

Com realce, o que se objetiva é a instituição de limitações administrativas urbanísticas, cujo sedimento, diametralmente diverso, está arrimado na mudança de estratégia da política urbana e na carência de alteração de critérios para edificação, sendo valorada a preservação da ordem urbanística, e não da ordem cultural. As limitações administrativas urbanísticas, enquanto conjunto de institutos jurídicos que afetam, de maneira direta, qualquer dos aspectos característicos desse direito, encontram, *in casu*, substrato nas normas e princípios que orientam o Direito Municipal e Urbanístico, porquanto servem de instrumento de atuação e materialização urbanística. Ora, se a Administração Pública ambiciona alterar critérios de edificação, a exemplo de natureza e objetivos de prédios, pode fazer utilizando instrumentos urbanísticos, mas não por meio do tombamento que, tal como visto até o momento, apresenta fito distinto.

O instituto do tombamento, consoante expressa dicção do artigo 1º do Decreto-Lei N° 25, de 30 de novembro de 1937, que organiza a proteção do patrimônio histórico e artístico nacional, incide sobre bens móveis e imóveis. É imperioso frisar que os bens suscetíveis de tombamento são aqueles que traduzem aspectos de relevância para a noção de patrimônio cultural brasileiro. Neste passo, claro é o diploma aludido acima, porquanto faz expressa menção a bens do patrimônio histórico e artístico. “Ultimamente o tombamento tem sido utilizado para proteger florestas nativas. Há equívoco nesse procedimento. O tombamento não é o instrumento adequado para a preservação da flora e da fauna” (MEIRELLES, 2012, p. 636).

Cuida salientar que as florestas são bens de interesse comum e estão condicionadas ao regime legal especial estabelecido em diploma específico, o qual indica o modo de preservação de determinadas áreas florestadas. O mesmo ocorre com a fauna, que está orientada pelas disposições do Código de Caça e pelo Código de Pesca, os quais acenam como preservas as espécies silvestres e aquáticas. Desta feita, a preservação das florestas e da fauna silvestre tem que ser protegida por meio da criação de parques nacionais, estaduais e municipais ou mesmo reservas biológicas, e não por tombamento como, de maneira equivocada, tem se observado no cenário atual, eis que desvirtua o fito a que se destina o instituto ora mencionado.

Acalorados são os debates que discutem a natureza jurídica do instituto do tombamento, entretanto, a doutrina mais abaliza sustenta que se trata de

instrumento especial de intervenção restritiva do Estado na propriedade privada, dotado de fisionomia própria e impassível de confusão com as demais espécies de intervenção (CARVALHO FILHO, 2011, p. 738). Afora isso, apresenta natureza concreta e específica, motivo pelo qual, diversamente das limitações administrativas, se apresenta como uma restrição ao uso da propriedade. Neste alarimé, é forçoso frisar que a natureza jurídica do tombamento é a de se qualificar como meio de intervenção do Estado, consistente na restrição ao uso de propriedades determinadas.

No que se refere à natureza do ato, em que pesem às ponderações que orbitam acerca de ser ele vinculado ou discricionário, cuida fazer uma clara distinção quanto à natureza do ato e quanto aos motivos do ato. Sob o aspecto de que o tombamento deve apresentar como pressuposto a defesa do patrimônio cultural, o ato se revela como sendo vinculado, porquanto o autor do ato não pode praticá-lo ostentando motivo distinto. Desta sorte, o ato está vinculado à razão nele constante. Entrementes, no que concerne à valoração da qualificação do bem como de natureza histórica, artística, cultural, paisagística, etc. e da necessidade de sua proteção, o ato é discricionário, eis que essa avaliação é privativa da Administração. "A escolha do bem de patrimônio cultural que será tombado com precedência aos demais se relaciona com o juízo de conveniência e oportunidade, e não é passível de análise judicial" (RIO GRANDE DO SUL, 2010). Assente é o entendimento jurisprudencial que sedimenta as ponderações vertidas até o momento:

Ementa: Mandado de Segurança - Tombamento de bem imóvel - Ilegitimidade ativa - Constituição há menos de um ano - Artigo 5º, LXX, alínea 'b' da Constituição Federal - Poder discricionário da Administração para decretar o tombamento - Processo extinto - Art. 267, VI do CPC. A Constituição Federal exige expressamente a constituição de Associação há pelo menos um ano para que possa legitimamente ajuizar mandado de segurança coletivo, em defesa dos interesses dos seus membros ou associados. O tombamento de prédio considerado de interesse histórico, artístico ou cultural, é ato discricionário do Administrador, sendo descabida a intervenção do Poder Judiciário no processo de tombamento, quando não demonstrada a

ilegalidade do mesmo. Apelo improvido. (Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais – Segunda Câmara Cível/ Apelação Cível 1.0145.03.094392-5/003/ Relator: Desembargador Jarbas Ladeira/ Julgado em 14.12.2004/ Publicado em 30.12.2004).

Ementa: Agravo. Liminar em mandado de segurança. Tombamento de bem imóvel. O poder discricionário da autoridade administrativa vale, na medida em que o ordenamento jurídico concede ao administrador a prerrogativa de agir movido pelos critérios de oportunidade e conveniência, sopesados com parcimônia para que o fim último seja alcançado. Descabimento da intervenção do Judiciário no processo de tombamento, indemonstrada, ""prima facia"", irregularidade no mesmo. Agravo provido, para cassar a liminar. (Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais – Segunda Câmara Cível/ Agravo de Instrumento 1.0145.03.094392-5/001/ Relator: Desembargador Jarbas Ladeira/ Julgado em 03.02.2004/ Publicado em 20.02.2004).

Da mesma forma, é cabível, ainda, a observação de que o tombamento constitui um ato administrativo, sendo imperioso, por via de consequência, que apresente todos os elementos necessários para materializar a moldura de legalidade. O tombamento, enquanto instituto do direito administrativo, não acarreta a produção de todo um procedimento; ao contrário, é efetivamente um ato só, um ato administrativo único. O que ocorre é que aludido ato resulta necessariamente de procedimento administrativo e corresponde ao desfecho de toda a sua tramitação. Assim, o ato não pode ser perpetrado em uma única ação, ao revés, reclama todo um sucedâneo de formalidades prévias.

Do ato de tombamento resulta um sucedâneo de efeitos de maciça importância, no que toca ao uso e à alienação do bem tombado. Como o tombamento acarreta restrição ao uso da propriedade privada, deve esse fato ser levado a registro no Cartório de Registro de Imóveis respectivo, sendo devidamente averbado ao lado da transcrição do imóvel. Caso o bem seja alienado, o adquirente tem a incumbência de levar ao Registro de Imóveis a escritura pública, ou o termo de contrato, se for o caso, tendo o prazo de trinta

dias para fazê-lo sob pena de multa correspondente a dez por cento do valor da avença pactuada, tal como para comunicar a transferência ao órgão público cultural competente.

“É vedado ao proprietário, ou ao titular de eventual direito de uso, destruir, demolir ou mutilar o bem tombado” (CARVALHO, 2011, p. 743). Da mesma sorte, somente é autorizado a reparar, pintar ou restaurar o bem, desde que com prévia autorização especial do Poder Público, nos termos do artigo 17 do Decreto-Lei N° 25, de 30 de novembro de 1937. Cabe ao proprietário o dever de conservar o bem tombado, a fim de mantê-lo dentro de suas características culturais. Entretanto, se não dispuser de recursos financeiros para realizar as obras de conservação e reparação, deve, carecidamente, comunicar o fato ao órgão que decretou o tombamento, o quando mandará executá-las a suas expensas.

Em se tratando de caso de urgência, independentemente de comunicação, tem o Estado o poder de tomar a iniciativa e providenciar as obras destinadas à conservação. Existem restrições também para a vizinhança do prédio tombado, porquanto sem que haja autorização do órgão competente, é vedado fazer qualquer construção que impeça ou mesmo reduza a visibilidade em relação ao prédio sob proteção, tal como nele colocar cartazes ou anúncios. Caso tal situação ocorra, é possível que seja determinada a destruição da obra ou a retirada do cartaz ou anúncio, podendo, até mesmo, ser aplicada multa, em razão da infração perpetrada.

A obrigação de reparar o bem tombado é do particular, contudo, na sua impossibilidade, essa obrigação é transferida ao Poder Público. Sendo assim, em consonância com o preceito da eficiência, insculpido no *caput* do artigo 37 da Constituição Federal, incumbe ao Estado atuar em prol da preservação e reparação do bem tombado.

Com efeito, o Poder Público possui a discricionariedade de escolher se prestar o serviço de forma direta ou mediante a contratação de pessoa natural ou jurídica para a realização do respectivo serviço ou obra. Comumente, a prestação se dará por empresa especializada no ramo e a contratação desta poderá se enquadrar nas hipóteses de inexigibilidade de licitação, em decorrência do disposto no inciso II do artigo 25 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.

Dessa forma, se a prestação se der de forma direta pelo Estado, este possui o dever de indenizar os danos morais e materiais sofridos pela coletividade em seu patrimônio histórico e cultural. Neste caso, de acordo com o §6º do artigo 37 da Constituição Federal dita que a responsabilidade será objetiva. Entretanto, caso o Estado contrate um terceiro para a prestação do serviço, a responsabilidade pelos danos causados será do particular, que ocorrerá de forma subjetiva, em atenção à disposição civilista vigente.

De todo o exposto, no tema em debate há que se ter sempre em pauta a essência do instituto do tombamento, seu fim próprio e o regime jurídico de proteção do patrimônio cultural ao qual o mesmo se encontra sujeito. Contudo, em se tratando de patrimônio cultural da humanidade, subsiste questões tormentosas a serem enfrentadas, o que se fará na seção abaixo.

5 A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO PELA INEFICIÊNCIA DA PRESERVAÇÃO DO PATRIMÔNIO CULTURAL DA HUMANIDADE: O RECONHECIMENTO DA OFENSA À COLETIVIDADE HUMANA

Em consonância com as ponderações apresentadas, denota-se que a problemática está cingida ao tema da responsabilidade do Estado por dano ao patrimônio cultural. Neste contexto, a expressão *patrimônio cultural* está associada à ideia de nacionalidade do bem cultural. Neste sentido, o artigo 4º da Convenção de Paris de 1970 estabelece que o titular do patrimônio cultural é o Estado, logo, não pode ser interpelado pela comunidade internacional por atos contra seu próprio patrimônio, porquanto são atos de sua soberania. Assim,

Artigo 4º Os Estados-Partes na presente Convenção reconhecem que, para os efeitos desta, fazem parte do patrimônio cultural de cada Estado os bens pertencentes a cada uma das seguintes categorias:

a) os bens culturais criados pelo gênio individual ou coletivo de nacionais do Estado em questão, e bens culturais de importância para o referido Estado criados, em seu território, por nacionais de outros Estados ou por apátridas residentes em seu território;

b) bens culturais achados no território nacional;

c) bens culturais adquiridos por missão arqueológica, etnológica ou de ciências naturais com o consentimento das autoridades competentes do país de origem dos referidos bens;

d) bens culturais que hajam sido objeto de um intercâmbio livremente acordado;

e) bens culturais recebidos a título gratuito ou comprados legalmente com o consentimento das autoridades competentes do país de origem dos referidos bens (UNESCO, 1970) (negrito nosso).

A partir da convenção supracitada, é ofuscante o entendimento que o patrimônio cultural pertence ao Estado. Contudo, o debate se funda na titularidade do patrimônio cultural da humanidade. Logo, de acordo com Avanci (2011), duas hipóteses emergem sobre o debate. A primeira diz que o termo *patrimônio cultural da humanidade* nada mais é do que o *status* conferido a um determinado bem cultural, quando de sua inscrição na Lista do Patrimônio Cultural Mundial ou, ainda, na Lista do Patrimônio Cultural Mundial em Risco, ambas da UNESCO. Em tal concepção, o bem não passa a constituir o domínio da humanidade, todavia permanece sendo propriedade de um Estado.

A segunda hipótese, porém, afiança que, no momento em que o Estado inscreve um bem cultural na Lista do Patrimônio Cultural Mundial ou, ainda, na Lista do Patrimônio Cultural Mundial em Risco e essa inscrição é aceita pela Comissão da UNESCO, “há uma transferência *ipso facto* à coletividade humana do referido bem cultura. Em outras palavras: o Estado dispõe de seu patrimônio em favor da coletividade humana” (AVANCI, 2011, p. 145). Sendo assim, em razão da transferência da propriedade que a segunda hipótese sustenta, assume o Estado o papel de “depositário” do bem cultural, sendo, portanto, responsável por todos os danos ocorridos contra o referido bem.

Na hipótese supramencionada, não há que se falar em responsabilidade internacional, mas sim responsabilidade estatal, alicerçada em ato ilícito por conduta não permitida. Tratando-se, pois, de responsabilidade estatal, cuida apurar a hipótese de responsabilidade, quer seja objetiva, quer seja subjetiva. A primeira parte do artigo 4º da Convenção de Paris de 1972, bem como o artigo 7º

alínea “b”, item “ii”, da Convenção de Paris de 1970 são capazes de trazer lume sobre a questão tormentosa, consoante se extrai,

Cada um dos Estados parte na presente Convenção deverá reconhecer que a obrigação de assegurar a identificação, protecção, conservação, valorização e transmissão às gerações futuras do património cultural e natural referido nos artigos 1.º e 2.º e situado no seu território constitui obrigação primordial. Para tal, deverá esforçar-se, quer por esforço próprio, utilizando no máximo os seus recursos disponíveis, quer, se necessário, mediante a assistência e a cooperação internacionais de que possa beneficiar, nomeadamente no plano financeiro, artístico, científico e técnico (UNESCO, 1972) (negrito nosso).

Artigo 7º **Os Estados-Partes na presente Convenção, se comprometem a: [...] (ii) tomar as medidas apropriadas, mediante solicitação do Estado de origem Parte na Convenção, para recuperar e restituir quaisquer bens culturais roubados e importados após a entrada em vigor da presente Convenção para ambos os Estados interessados, desde que o Estado solicitante pague justa compensação a qualquer comprador de boa fé ou a qualquer pessoa que detenha a propriedade legal daqueles bens.** As solicitações de recuperação e restituição serão feitas por via diplomática. A parte solicitante deverá fornecer, a suas expensas, a documentação e outros meios de prova necessária para fundamentar sua solicitação de recuperação e restituição. As partes não cobrarão direitos aduaneiros ou outros encargos sobre os bens culturais restituídos em conformidade com este artigo. Todas as despesas relativas à restituição e à entrega dos bens culturais serão pela parte solicitante (UNESCO, 1970) (negrito nosso).

Ambos os documentos internacionais são ofuscantes ao determinar que, independentemente da culpa do Estado, deverá este restituir os bens culturais adquiridos indevidamente ao Estado de origem. A partir de uma

hermenêutica, conquanto nenhuma das convenções aborde o tema de responsabilidade sobre o patrimônio da humanidade, “por meio destas duas normas, é possível construir a existência do dever de reparar danos ao patrimônio cultural da humanidade” (AVANCI, 2011, p. 146).

Diante de tal cenário, em se recepcionando a segunda hipótese, sendo o patrimônio da humanidade, compete o direito de ingresso em Tribunal Internacional a qualquer dos países signatários das Convenções de Paris de 1970 e de 1972. Com efeito, a UNESCO seria a mais capacitada para propor tal demanda internacional não apenas em decorrência da função de logística apropriada e de conhecimentos técnicos e científicos, mas também por ser parte neutra e interessada somente em manter a integridade do bem que lhe incumbe à fiscalização. Todavia, em razão do conteúdo da Carta das Nações Unidas e do Estatuto da Corte Internacional de Justiça não esparecem sobre a participação, como parte, em processo judicial internacional de organismos da ONU, a função terá de ser exercida por um dos membros signatários dos tratados supra.

Assim, de maneira similar do que ocorre no direito interno, conjectura-se a possibilidade de existir dois pedidos possíveis: a cominação e a indenização. No que atina à obrigação de fazer ou não fazer, não são desafiadas maiores dúvidas: cuidar de determinado bem cultural ou se abster de realizar uma determinada obra que seja capaz de prejudicar o bem cultural. Avanci (2011) observa que o Tratado de Paris de 1972 não menciona punição alguma contra o descumprimento de seus preceitos, sendo a única medida a exclusão de um bem da Lista da UNESCO. “Eis que o ajuizamento deste tipo de ação cominatória parece mais eficaz do que simplesmente retirar o bem cultural da Lista de Patrimônio Cultural Mundial ou da Lista de Patrimônio Cultural Mundial em Perigo” (AVANCI, 2011, p. 147).

No que atina a possível pedido de indenização, reconhece-se que a temática passa a se travestir de maior grau de complexidade. A indenização é passível de ser invocada quando: (i) houver perecimento definitivo do bem cultural; (ii) houver perecimento parcial do bem cultural; e (iii) a cominação for realizada às expensas de outro Estado. Ora, em se tratando da terceira hipótese, o *quantum* de indenização será restituído a quem dele primeiro despendeu, isto é, ao Estado que antecipou o gasto. Todavia, na primeira e na segunda hipótese a quem caberia o recebimento dos valores estabelecidos?

Com o escopo de responder a tal questionamento, o artigo 15 da Convenção de Paris de 1972 instituiu um Fundo para a proteção do Patrimônio Mundial Cultural e Natural de Valor Universal Excepcional, denominado de “Fundo do Patrimônio Mundial”. Com efeito, no direito brasileiro, em se tratando de questões de cunho ambiental, também há a previsão do fundo de recebimento de valores advindos de indenização extrapatrimonial ou moral. “Assim, em sendo o patrimônio pertencente à humanidade afetado, a indenização deve ser paga a um órgão que efetivamente represente os interesses da humanidade enquanto sujeito de direitos. Este órgão, o Fundo do Patrimônio Mundial” (AVANCI, 2011, p. 148).

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS: A ZONA CINZENTA DA QUANTIFICAÇÃO DO DANO EXTRAPATRIMONIAL ADVINDO DA RESPONSABILIDADE ESTATAL PELA INEFICIÊNCIA DA PRESERVAÇÃO DO PATRIMÔNIO CULTURAL DA HUMANIDADE

Considerando as disposições do direito pátrio ambiental, é possível extrair algumas respostas em relação à quantificação do dano extrapatrimonial. Com efeito, a doutrina nacional emprega as normas já existentes no ordenamento nacional, em especial as disposições insculpidas no Código Civil de regência, nos artigos 927 a 943, bem como as disposições específicas relacionadas à indenização, constantes dos artigos 944 a 954. Nesta linha, o artigo 944, *caput*, é claro ao estabelecer que “a indenização mede-se pela extensão do dano” (BRASIL, 2002) e, para aquilatar tal extensão, será necessário se valer de estudos e perícias técnicas.

Neste sentido, Avanci (2011) observa que o arbitramento de valor ao dano moral individual, o entendimento pretoriano nacional construiu uma combinação de critérios: (i) a intensidade da culpa ou do dolo; (ii) extensão do prejuízo; (iii) capacidade econômica e cultural do responsável; e (iv) necessidade de ser desestimulada a reiteração da ilicitude. Sendo assim, diante do entendimento consolidado, inexistente a necessidade de maiores inovações para a construção de critérios sobre a temática.

Contudo, incumbe ao magistrado a aferição: (i) da extensão do prejuízo ambiental; (ii) a intensidade da responsabilidade pela ação ou omissão, inclusive pelo exame do proveito do agente com a degradação; a condição econômica e cultural do degradador; e (iv) o valor suficiente para prevenção de futuros danos

ambientais. Assim, a dificuldade em se avaliar os danos extrapatrimoniais, quer seja na modalidade individual, quer seja na modalidade coletiva, não pode constituir óbice para não se indenizar, sendo, pois, imprescindível o estabelecimento da extensão do dano, com o escopo de estabelecer a responsabilidade do Estado pela ineficiência da proteção do patrimônio cultural incluído Lista do Patrimônio Cultural Mundial ou, ainda, na Lista do Patrimônio Cultural Mundial em Risco.

Neste quadrante, com o escopo de trazer maior clareza à temática, sobretudo no que concerne à fixação de critérios objetivos de afixação da responsabilidade estatal do Estado que se revela ineficiente na proteção do patrimônio cultural da humanidade, podem, à luz do contexto pretoriano e doutrinário, fixar os seguintes critérios: (i) circunstâncias relativas ao Estado autor do ilícito: intensidade do dolo ou culpa; capacidade econômica; (ii) circunstâncias relativas ao bem cultural: extensão do prejuízo; importância do bem cultural; (iii) caráter educacional-sancionador: desestímulo àquela conduta danosa.

REFERÊNCIAS

AVANCI, Thiago Felipe S. A responsabilidade do Estado por danos ao patrimônio cultural como ofensa à coletividade humana. In: **Revista do Curso de Direito da FGS**, Caxias do Sul, a. 5, n. 9, jan.-jun. 2011, p. 137-151. Disponível em:

<http://e-revista.unioeste.br/index.php/csaemrevista/article/view/5304>. Acesso em 18 nov. 2018.

BRASIL. **Constituição (1988). Constituição (da) República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br>. Acesso em 18 nov. 2018.

_____. **Decreto N° 3.551, de 04 de Agosto de 2000**. Institui o Registro de Bens Culturais de Natureza Imaterial que constituem patrimônio cultural brasileiro, cria o Programa Nacional do Patrimônio Imaterial e dá outras providências. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br> . Acesso em 18 nov. 2018.

_____. **Decreto-Lei N° 25, de 30 de novembro de 1937.** Organiza a proteção do patrimônio histórico e artístico nacional. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br> . Acesso em 18 nov. 2018.

_____. **Superior Tribunal de Justiça.** Disponível em:

www.stj.jus.br . Acesso em 18 nov. 2018.

_____. **Supremo Tribunal Federal.** Disponível em:

www.stf.jus.br. Acesso em 18 nov. 2018.

_____. **Tribunal Regional Federal da Segunda Região.** Disponível em:

www.trf2.jus.br. Acesso em 18 nov. 2018.

BROLLO, Sílvia Regina Salau. **Tutela Jurídica do meio ambiente cultural: Proteção contra a exportação ilícita dos bens culturais.** 106f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2006. Disponível em:

http://www.biblioteca.pucpr.br/tede/tde_arquivos/1/TDE-2006-10-05T061948Z-421/Publico/SilviaDto.pdf . Acesso em 18 nov. 2018.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo.** 24 ed, rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris.

FACIN, Andréia Minussi. Meio-ambiente e direitos humanos. **Jus Navigandi**, Teresina, a. 7, n. 60, 01 nov. 2002. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=3463>>. Acesso em 18 nov. 2018.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro.** 13 ed., rev., atual e ampl. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**, 38 ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2012.

MINAS GERAIS (ESTADO). **Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais**. Disponível em:

www.tjmg.jus.br. Acesso em 18 nov. 2018.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração da Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento**. Disponível em: <http://www.onu.org.br>. Acesso em 18 nov. 2018.

RIO GRANDE DO SUL (ESTADO). **Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul**. Disponível em:

www.tjrs.jus.br . Acesso em 18 nov. 2018.

THOMÉ, Romeu. **Manual de Direito Ambiental**: Conforme o Novo Código Florestal e a Lei Complementar 140/2011. 2 ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2012.

UNESCO. **Convenção Relativa às medidas a serem adotadas para proibir e impedir a importação, exportação e transferência de propriedade ilícitas dos bens culturais**. Paris, 12-14 de novembro de 1970. Disponível em:

<http://unesdoc.unesco.org/images/0016/001606/160638por.pdf>. Acesso em 18 nov. 2018.

_____. **Convenção para a proteção do Patrimônio Mundial, Cultural e Natural**. Conferência Geral da Organização das Nações Unidas para a Educação, Ciência e Cultura, reunida em Paris de 17 de outubro a 21 de novembro de 1972. Disponível em: . Acesso em 18 nov. 2018.

NOTAS:

[1] BRASIL. **Constituição (1988). Constituição (da) República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: . Acesso em 18 nov. 2018: "Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (omissis) **XXIII** - a propriedade atenderá a sua função social".

[2] Ibid. “**Art. 170.** A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: (omissis) **III** - função social da propriedade”.

[3] Ibid: “**Art. 215.** O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais. (omissis) **§3º** A lei estabelecerá o Plano Nacional de Cultura, de duração plurianual, visando ao desenvolvimento cultural do País e à integração das ações do poder público que conduzem à: **I** defesa e valorização do patrimônio cultural brasileiro; **II** produção, promoção e difusão de bens culturais; **III** formação de pessoal qualificado para a gestão da cultura em suas múltiplas dimensões; **IV** democratização do acesso aos bens de cultura; **V** valorização da diversidade étnica e regional”.

O CONCEITO MATERIAL DA CULPABILIDADE: DO VÍNCULO PSICOLÓGICO À REPROVABILIDADE.

THIAGO CASTRO PRAXEDES: Advogado. Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Ceará (UFC). Pós-graduado em Ciências Criminais pela Universidade Estácio de Sá do Rio de Janeiro. Aprovado nos concursos públicos de Promotor de Justiça do estado de Rondônia, de Defensor Público dos estados de Santa Catarina, de Alagoas e do Espírito Santo, de Consultor Legislativo da Câmara Municipal do Recife, de Oficial de Justiça do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, de Analista Processual do Ministério Público do estado do Rio de Janeiro e de Analista Judiciário do Tribunal de Justiça do estado do Piauí.

RESUMO: A presente pesquisa tem por finalidade a investigação do conteúdo material da culpabilidade, terceiro substrato do crime, buscando, por meio de um processo de revisão bibliográfica, a compreensão evolutiva do seu conceito. Para tanto, investigar-se-ão, de início, as circunstâncias do surgimento das teorias da culpabilidade no âmbito das ciências criminais, centralizando-se o estudo na Teoria Psicológica da culpabilidade; posteriormente, analisar-se-á a Teoria Psicológico-Normativa, e, ao final, estudar-se-á a Teoria Normativa Pura da culpabilidade, perquirindo-se, em todos os casos, as alterações efetivadas por tais teorias na estrutura dogmática do crime.

Palavras-chave: Culpabilidade. Teoria Psicológica da Culpabilidade. Teoria Psicológico-Normativa da Culpabilidade. Teoria Normativa Pura da Culpabilidade.

RESUMEN: El presente artículo científico tiene por finalidad la investigación del contenido material de la culpabilidad, tercer sustrato del crimen, buscando, por intermedio de un proceso de revisión bibliográfica, la comprensión evolutiva de su concepto. Para eso, se investigarán de inicio las circunstancias del surgimiento de las teorías de la culpabilidad en el ámbito de las ciencias criminales, centralizándose el estudio en la Teoría Psicológica de la culpabilidad; a

continuación, se analizará la Teoría Normativa y al final se estudiará la Teoría Puramente Normativa de la culpabilidad, analizándose, en todos los casos, las alteraciones efectuadas por estas teorías en la estructura dogmática del crimen.

Palabras clave: Culpabilidad. Teoría Psicológica de la Culpabilidad. Teoría Normativa de la Culpabilidad. Teoría Puramente Normativa de la Culpabilidad.

SUMÁRIO: Introdução; 1 A Teoria Psicológica da Culpabilidade; 2 A Teoria Psicológico-Normativa da Culpabilidade; 3 A Teoria Normativa Pura da Culpabilidade; 4 O conceito e o fundamento material da Culpabilidade sob o prisma da Teoria Normativa Pura; Conclusão; Referências.

INTRODUÇÃO

Por meio de uma apreciação sensitiva do ambiente externo, observa-se que inúmeros fatos se desenlaçam a todo instante, percebendo-se a existência tanto de acontecimentos produzidos sem intervenção humana quanto de situações concretizadas por meio de sua ação. Dentre a variedade de fatos realizados pelo homem, alguns são taxados pela sociedade de criminosos enquanto outros não recebem tal alcunha, mantendo-se alheios ao sistema de repressão e de controle social estruturado por meio do Direito Penal. Nesse contexto, por intermédio da Teoria Geral do Delito, estudam-se os atributos necessários à demarcação de um fato como infração penal^[1], reconhecendo-se, no arcabouço conformacional do crime, um geminado juízo de desvalor, o primeiro incidente sobre certa obra humana, e o segundo, sobre o autor do referido ato; a este conceito se lhe atribui a designação culpabilidade; àquele, injusto penal.^[2]

Nesse sentido, a despeito de Juarez Cirino dos Santos, seguindo parcela da doutrina alemã, compreender o injusto penal como um ente conceitual essencialmente unitário^[3], a maioria^[4] dos doutrinadores brasileiros o desconjunta nos elementos da tipicidade e da antijuridicidade, os quais, somados à culpabilidade, formam a concepção tripartida do delito.^[5] A culpabilidade é, portanto, ao lado da tipicidade e da antijuridicidade, um dos elementos conformadores do conceito analítico ou anatômico do crime, passando a

eskorreita compreensão dessa espécie de fato humano pela análise de cada um de seus elementos.

Sem se adentrar, todavia, à análise dos atributos da tipicidade e da antijuridicidade, o presente artigo tem por finalidade a investigação do conteúdo material da culpabilidade, terceiro substrato do crime, buscando-se, por meio de um processo de revisão bibliográfica, a compreensão evolutiva do seu conceito. Para tanto, investigar-se-ão, de início, as circunstâncias do surgimento das teorias da culpabilidade no âmbito das ciências criminais, centralizando-se o estudo na Teoria Psicológica da culpabilidade; posteriormente, analisar-se-á a Teoria Psicológico-Normativa e, ao final, estudar-se-á a Teoria Normativa Pura da culpabilidade, perquirindo-se, em todo caso, as alterações efetivadas por tais teorias em relação à estrutura dogmática do crime.

1 A TEORIA PSICOLÓGICA DA CULPABILIDADE

Segundo Cezar Roberto Bitencourt, a antijuridicidade e a culpabilidade encontravam-se inicialmente imersas sob o mesmo manto organizador da então vigente noção de crime, somente tendo a culpabilidade passado a se enquadrar como um elemento autônomo do delito com o desenvolvimento da dogmática jurídico-penal ocidental a partir de meados do século XIX.^[6] Conforme as lições do citado professor, mesmo antes de atingir esse grau de importância dentro da teoria geral do delito, a concepção de culpabilidade já havia ganhado distantes traçados de estruturação teórica no período da concretização do Direito Penal italiano da Baixa Idade Média, tendo passado pelos ideais de Direito Natural de Puffendorf, até desembocar em sua sistematização conceitual contemporânea, iniciada por Adolf Merkel e por Binding.^[7]

Nesse contexto, foi precisamente com a decadência da concepção natural de culpabilidade que se tornou possível o aparecimento da Teoria Psicológica, a primeira das clássicas teorias da culpabilidade a ser sistematizada:

Na segunda metade do século XIX, a teoria da liberdade de vontade entra em franco declínio, tornando insustentável o conceito de culpabilidade do Direito Natural, abrindo, assim, a oportunidade para o surgimento da concepção

psicológica da culpabilidade, característica da atitude do positivismo de orientação fática.^[8]

Encontrando seu fundamento no positivismo científico do século XIX^[9], a Teoria Psicológica utilizava, como alicerce conceitual, o entendimento causal de Liszt e de Beling sobre a ação, considerando ser o delito dividido em duas estruturas bem delineadas, uma de caráter externo ao agente, composta pelo fato típico e pela antijuridicidade, e outra de âmbito interno, a culpabilidade, que consistiria no vínculo psicológico entre o fato e o seu autor.^[10] Desse modo, assumindo o conceito mecanicista da ação, o qual estabelecia que a conduta, integrante do aspecto objetivo do delito, poderia ser inicialmente definida um movimento humano modificador do mundo exterior, a Teoria Psicológica exigia, para a justificação da responsabilização do causador de tal alteração, a existência do componente subjetivo representado pela ligação essencialmente psicológica entre o fato exteriorizado e o seu agente realizador.^[11]

Sobre o tema, o professor Miguel Reale Jr. assevera:

De acordo com a teoria causal da ação, o resultado é fruto de um movimento muscular dominado pela força psíquica que o impele. Seriam, então, dois elementos diversos e que distintamente devem ser analisados: o elemento exterior, causador do resultado, em virtude do qual a ação é juridicamente relevante; e o elemento interior, que torna a ação atribuível a alguém. É a separação total entre a realização da vontade e o conteúdo da vontade. [...] A teoria tradicional considera a culpabilidade como vínculo psicológico que une o autor ao delito e em razão do que é responsável pelo mesmo.^[12]

Para o referido modelo de sistematização do delito, consubstanciar-se-ia o vínculo psicológico entre o fato e o seu autor no dolo, denotativo da consciência e da vontade de produzir o resultado, e na culpa, denotativa de negligência ou de imprudência, formando-se, com tais conceitos, a culpabilidade. Segundo tal compreensão, portanto, o aludido substrato possuiria como espécies apenas o dolo e a culpa, aos quais se deveria acrescentar ainda um pressuposto de aferição, a imputabilidade.^[13]

Acerca do assunto, Rogério Sanches Cunha aduz:

A teoria psicológica é aplicável apenas no âmbito do causalismo e sustenta, em resumo, que a culpabilidade consiste na relação psíquica entre o autor e o resultado, na forma de dolo ou culpa, sendo seu único pressuposto a imputabilidade.^[14]

Ratificando a compreensão exposta, de modo a designar a imputabilidade não como um elemento, mas sim como uma condição de aferição da culpabilidade, o professor Miguel Reale Jr. a define como a aptidão do agente de entender o caráter antijurídico do fato e de determinar-se em conformidade com esse entendimento:

A imputabilidade 'como capacidade de entender o caráter criminoso do fato e determinar-se de acordo com esse entendimento' é condição da culpabilidade, cujo conteúdo se exaure no dolo e na culpa.^[15]

No mesmo sentido, com base na Teoria Psicológica, Ronaldo Tanus Madeira descreve a imputabilidade como um pressuposto de existência do liame psicológico do agente com o injusto penal por ele praticado, devendo-se-lhe outorgar a consideração jurídica, portanto, de condição de culpabilidade:

Um doente mental jamais poderá agir com dolo ou culpa, porque, sem a capacidade psíquica para a compreensão do ilícito, não há nenhuma relação psíquica relevante para o Direito Penal, entre o agente e o fato. Sem a imputabilidade, não se perfaz a relação subjetiva entre a conduta e o resultado. Não se pode falar em dolo ou culpa de um doente mental. O dolo e a culpa, como formas de exteriorização da culpabilidade em direção à causação do resultado, pressupõem a imputabilidade do agente.^[16]

Desse modo, deve-se reconhecer que a Teoria Psicológica, com base no positivismo científico do século XIX^[17], rechaçava a existência de qualquer elemento axiológico no conceito de culpabilidade, considerando-a como o elemento subjetivo fundamentalmente psicológico responsável pela congregação

do fato humano exteriorizado e de seu agente, sendo a imputabilidade um mero pressuposto lógico de sua aferição, e não um de seus elementos estruturantes.

2 A TEORIA PSICOLÓGICO-NORMATIVA DA CULPABILIDADE

Empós inicial êxito, a Teoria Psicológica restou sobrepujada pela Teoria Normativa ou Psicológico-Normativa da Culpabilidade, a qual teve como principais elaboradores Reinhard Frank, James Goldschmidt, Berthold Freudenthal e Edmund Mezger.[18] Concretizou-se, nesse momento, a revolução científica engendrada pela *metodologia neokantiana*, ou (re)valorativa, na concepção clássica do delito, nela se incluindo estruturas de natureza normativa.[19] O professor Miguel Reale Jr., decompondo a progressão axiológica realizada sobre a então aceção da culpabilidade, assevera que Reinhard Frank inseriu, em seu conceito, a necessidade de aferição da reprovabilidade do agente pela ação perpetrada, estabelecendo uma primeira compreensão não puramente psicológica para o terceiro substrato do delito:

O primeiro jurista a inserir, na estrutura do delito, a normatividade da culpabilidade foi Frank. Para Frank a culpabilidade não se restringe à verificação da existência de liame psicológico, ou de ausência de diligência, mas exige, além desses elementos, o da reprovabilidade.[20]

Conforme os ensinamentos de Miguel Reale Jr., a partir do baldrame conceitual de culpabilidade edificado por Reinhard Frank, que vislumbrou a reprovabilidade em sua formulação estrutural, Berthold Freudenthal estatuiu a *exigibilidade de outra conduta* como o fundamento material para a aferição da censurabilidade comportamental do agente[21]:

Considera Freudenthal que a culpabilidade é reprovação ao agente, por ter agido contra o direito, quando poderia não o ter feito. A culpabilidade é a reprovação por ser exigível um comportamento diverso e é pela análise do poder do agente que se realiza o juízo de reprovação.[22]

A Teoria Psicológico-Normativa, portanto, foi responsável por fazer da culpabilidade um conceito mais abrangente que o até então estabelecido pela Teoria Psicológica, trazendo para junto do *dolo* e da *culpa*, antes espécies únicas da culpabilidade, o componente introduzido por Freudenthal para a aferição da

reprovabilidade da conduta perpetrada pelo agente: *a exigibilidade de outra conduta*.^[23] A Teoria Psicológico-Normativa transformou ainda a compreensão dogmática da *imputabilidade*, antes mero pressuposto de reconhecimento da culpabilidade, elencando aquela dentre os elementos conformadores desta.^[24] O terceiro substrato do delito, desse modo, passou a ser constituído pelo elemento psicológico do agente, *dolo* ou *culpa*, e por dois elementos normativos: *a exigibilidade de conduta diversa* e *a imputabilidade*.

Ademais de propiciar a multiplicação dos elementos do referido substrato, a Teoria Psicológico-Normativa demudou a estruturação material do dolo, parcela subjetiva da culpabilidade, inserindo-lhe um novo componente, *a consciência atual da ilicitude*, elemento de natureza puramente normativa.^[25] Aflorou-se então a suplantação da concepção puramente psicológica do dolo, conceituado como *consciência e vontade de produzir o resultado*, pela sua acepção híbrida, com o acréscimo da *consciência atual da ilicitude do fato*, mantendo-se a sua localização estrutural no terceiro substrato do crime ^[26]:

Enfim, a partir desta teoria normativa, dolo e culpa deixam de ser considerados como espécies de culpabilidade [...] Passam a constituir, necessariamente, elementos da culpabilidade, embora não suficientemente. [...] o dolo que era puramente psicológico, passa a ser também um dolo normativo, o *dolus malus*, constituído de vontade, previsão e consciência da ilicitude, os dois primeiros elementos psicológicos, e o último, normativo.^[27]

De fato, se, sob o fundamento da teoria vigente no período clássico, o dolo possuía somente elementos psicológicos (*consciência e vontade de produzir o resultado*), com o advento da Teoria Psicológico-Normativa, o dolo, tornando-se híbrido, passou a ser composto também por um elemento de natureza axiológica autorizador da reprovabilidade do agente, a *consciência atual da ilicitude do fato*. Rogério Greco, elucidando o conceito de *dolo híbrido* a partir do reconhecimento conjunto dos seus elementos psicológicos e normativos, outorga-lhe a alcunha *dolus malus*.

De mera relação psicológica entre o agente e o fato, a culpabilidade passou a constituir-se de um juízo de censura ou reprovação pessoal, com base em elementos psiconormativos. [...] Dolo seria a vontade e a consciência de realizar o fato proibido pela lei [...] O dolo passou a ser entendido como *dolus malus*, exigindo-se para a sua caracterização, além da vontade de realizar o fato típico, o conhecimento sobre a ilicitude do fato.^[28]

Efetivamente, segundo a acepção de culpabilidade determinada pelos padrões axiológicos da Teoria Psicológico-Normativa, mostrar-se-ia criminalmente incensurável o indivíduo que agisse sem a compreensão racional da antijuridicidade ou da ilegalidade de sua conduta. O dolo, portanto, junto aos demais elementos introduzidos pela referida teoria no terceiro substrato do delito, passou a compor o núcleo material de censurabilidade do comportamento típico e antijurídico do agente. Nesse contexto, em virtude das alterações de viés axiológico concretizadas na gênese estrutural do conceito de culpabilidade do Classicismo então vigente, a Teoria Psicológico-Normativa deu início ao cognominado Sistema Neoclássico, o qual, ainda atrelado às bases do Causalismo Mecanicista^[29], somente seria suplantado pelo afloramento do Sistema Final da Ação de Hans Welzel.

3 A TEORIA NORMATIVA PURA DA CULPABILIDADE

Segundo Rogério Greco, Hans Welzel, estremecendo as bases da dogmática criminal mecanicista vigente à sua época, reconheceu a inteligência humana como fator de determinação causal dos acontecimentos produzidos pelo homem.^[30] De fato, ao admitirem a ação penalmente relevante como mero ato voluntário gerador de modificação exterior, os sistemas clássico e neoclássico abdicavam de utilizar a racionalidade consequencial humana como elemento estruturante de sua definição.

Sobre o tema, Rogério Greco assevera:

Conforme bem destacou Paz Aguado, 'Welzel abandonou o pensamento abstrato e logicista próprio da teoria neoclássica para investigar a essência real da ação humana'. Redefiniu o conceito de ação de um ponto de vista

ontológico, quer dizer, buscando as estruturas reais do ser. A ação, agora, não é concebida como mero ato voluntário que venha causar uma modificação no mundo exterior. Conforme observou Fernando Galvão [...] Welzel passa a analisar o delito utilizando-se como 'pressuposto o fato de que a causalidade é obra da inteligência humana'.^[31]

Efetivamente, tratando-se o ser humano de ente racional e mostrando-se-lhe intelectivamente possível a realização da previsão dos resultados advindos de seus comportamentos, observa-se que o artefato orientador de suas ações não pode ser outro que não a própria finalidade por ele almejada. Nesse sentido, segundo Hans Welzel, o homem somente obraria, causando modificações no mundo exterior, por lhe terem sido lógica e previamente aferíveis, ainda que minimamente, as consequências dos determinantes causais por si próprio perpetrados:

A ação humana é exercício de atividade final. A ação é, por isso, acontecer 'final', não somente 'causal'. A finalidade ou o caráter final da ação se baseia em que o homem, graças a seu saber causal, pode prever, dentro de certos limites, as consequências possíveis de sua atividade, estabelecendo, portanto, fins diversos e dirigir sua atividade, conforme o seu plano, a consecução desses fins. Em virtude de seu saber causal prévio, pode dirigir os distintos atos de suas atividades de tal modo que oriente o acontecer causal exterior a um fim e assim o determine finalmente. Atividade final é um agir orientado conscientemente ao fim, enquanto que o acontecer causal não está dirigido ao fim, senão que é resultante dos componentes causais existentes em cada caso. Por isso a finalidade é vidente, a causalidade, cega.^[32]

Com a superação dos sistemas mecanicistas da ação pela doutrina finalista de Hans Welzel, ao demover-se conceitualmente o elemento subjetivo, antes alocado na culpabilidade, para a estrutura conformacional da conduta típica, abriu-se o caminho teórico para a reformulação analítico-estrutural do terceiro substrato do delito, originando-se a denominada Teoria Normativa Pura da Culpabilidade. De fato, com o deslocamento da finalidade do agente para o núcleo

do injusto penal e com a conseqüente extração da culpabilidade de todas as suas estruturas psicológicas, mantiveram-se, na estrutura deste substrato, somente os elementos normativos condicionantes da reprovabilidade do comportamento humano, o que explica o título de Teoria Normativa *Pura*.^[33]

Ademais de tanto, cumpre salientar que, no deslocamento da finalidade do agente da culpabilidade para a conduta típica, o componente normativo do dolo (*a consciência da ilicitude do fato*) restou mantido no terceiro substrato do crime, volvendo o referido elemento subjetivo a se revelar genuinamente naturalístico, porquanto constituído, ao contrário da culpabilidade, exclusivamente de elementos psicológicos.^[34] Relatando as movimentações estruturais ocorridas no conceito analítico de crime, Rogério Greco assevera:

A teoria finalista modificou profundamente o sistema causal. A começar pela ação, como vimos, que agora não mais podia dissociar-se da sua finalidade. Toda conduta humana vem impregnada de finalidade, seja esta lícita ou ilícita. Partindo dessa premissa, o dolo não mais podia ser analisado em sede de culpabilidade. Welzel o transportou para o tipo, dele afastando sua carga normativa, isto é, a consciência sobre a ilicitude do fato. O dolo finalista é um dolo natural, livre da necessidade de se aferir a consciência sobre a ilicitude do fato para a sua configuração. Na verdade, o elemento subjetivo foi conduzido para a ação. É através da ação que percebemos a finalidade do agente. A adequação da conduta ao modelo abstrato previsto pela lei penal (tipo) somente pode ser realizada com perfeição se conseguirmos visualizar a finalidade do agente.^[35]

Sendo assim, sob o domínio do Finalismo de Hans Welzel e da conseqüente compreensão estrutural de culpabilidade delineada pela Teoria Normativa Pura, deve-se reconhecer, no terceiro substrato do crime, a existência de três estruturas constitutivas: *a exigibilidade de conduta diversa*, núcleo da censurabilidade, *a potencial consciência da ilicitude*, mantida no terceiro substrato apesar do deslocamento do componente subjetivo para a ação típica, e *a imputabilidade*, representativa da capacidade de reprovabilidade.

4 O CONCEITO E O FUNDAMENTO MATERIAL DA CULPABILIDADE SOB O PRISMA DA TEORIA NORMATIVA PURA

Nesse contexto, reconhecendo somente elementos normativos na conformação da culpabilidade, Rogério Sanches Cunha lhe estabelece uma concepção de natureza axiológica, definindo-a como o “juízo de reprovação que recai na conduta típica e ilícita que o agente se propõe a realizar”^[36]. Segundo a sua compreensão, não se constituindo em mero pressuposto de aplicação da sanção criminal, mas sim em um elemento do arcabouço conceitual analítico do delito, a culpabilidade deve ser considerada um juízo de censura incidente sobre o autor de um injusto penal:

A culpabilidade deve ser tratada como terceiro substrato do crime, com seu juízo de reprovação extraído da análise sobre como o sujeito ativo se situou e posicionou diante do episódio com o qual se envolveu.^[37]

Em reforço à compreensão exarada, André Carlos e Reis Friede conceituam a culpabilidade como o “juízo de reprovação pessoal que recai sobre a conduta daquele que praticou um injusto penal”^[38], não se revelando aferível criminalmente a censurabilidade de comportamentos atípicos ou lícitos. De fato, como afirma Francisco de Assis Toledo, a incidência concreta do juízo de exprobração pessoal “pressupõe a existência de um ilícito penal, pois não é pensável um juízo de reprovação endereçado ao comportamento lícito, reto”^[39].

Aprofundando o tema, César Roberto Bittencourt define a culpabilidade como a “reprovação pessoal que se faz contra o autor pela realização de um fato contrário ao direito, embora tivesse podido atuar de modo diferente de como o fez”^[40]. O referido substrato, portanto, representa um juízo de desvalor juridicamente determinado e incidente sobre alguém que age ilicitamente a despeito de poder assim não agir, fundamentando-se a reprovabilidade do agente nessa possibilidade de atuação diversa decorrente de sua liberdade de ação, ou seja, fundamentando-se a reprovabilidade do agente em seu livre-arbítrio.^[41]

Proveniente das teses desenvolvidas pela Escola Clássica, a Teoria do Livre-Arbítrio estabelece que o homem é moralmente livre para escolher seu

modo de agir perante os fatos da vida em sociedade, fundamentando-se a responsabilidade penal do indivíduo em sua própria responsabilidade moral.^[42] Explicando a utilização do livre-arbítrio como baldrame material da reprovabilidade criminal e, conseqüentemente, da punibilidade do autor de um injusto penal, o professor Antônio Moniz Sodré de Aragão assevera:

Este livre arbítrio é que serve, portanto, de justificação às penas que se impõem aos delinquentes como um castigo merecido, pela ação criminosa e livremente voluntária. Só é punível o que é moralmente livre e, por conseguinte, moralmente responsável, porque só estes podem ser autores de delitos. Se o homem cometeu um crime, deve ser punido porque estava em suas mãos abster-se ou, se o quisesse, praticar ao invés dele um ato meritório.^[43]

Segundo a lição destacada, portanto, a efetivação do juízo de admoestação depende da possibilidade de ação diversa por parte do agente do comportamento desvirtuado, reprimindo-se aquele que, por livre vontade, pratica o injusto penal. Deveras, não estando a não realização da conduta típica e antijurídica sob o campo decisório do indivíduo, deve-se-lhe negar, pela concretização do ato, a exprobração criminal, obstando-se a infligção de sanções morais ou institucionais ao agente. Nesse contexto, tendo por base a Teoria Normativa Pura, deve-se precisar a definição de culpabilidade como o juízo de reprovação pessoal incidente sobre aquele que realiza um comportamento típico e antijurídico a despeito de possuir a liberdade de agir de outro modo, em conformidade com o Direito.

CONCLUSÃO

Em busca da compreensão do conteúdo material da culpabilidade, terceiro substrato da formação analítica do crime, realizou-se, no presente artigo, uma investigação bibliográfica acerca da evolução histórica de seu conceito. Inicialmente, observou-se o surgimento da Teoria Psicológica, que, tendo por base o conceito causal-naturalista ou mecanicista de conduta, exigia, para a justificação da responsabilização penal do autor de um fato típico e ilícito, a existência uma ligação psicológica entre o fato exteriorizado e o seu agente realizador, sendo esse liame subjetivo, representado pelo dolo e pela culpa, a própria culpabilidade.^[44]

Posteriormente, em decorrência da influência de ideais *neokantianos* ou (re)valorativos sobre as ciências sociais, observou-se o surgimento da Teoria Psicológico-Normativa, incluindo-se, na culpabilidade, estruturas de natureza axiológica[45], como a reprovabilidade do agente.[46] O terceiro substrato do delito, então, passou a ser constituído pelo elemento psicológico do agente, *dolo* ou *culpa*, e pelos elementos normativos definidores da sua reprovabilidade, a *exigibilidade de conduta diversa* e a *imputabilidade*.

Finalmente, a partir da superação do sistema mecanicista da ação pela doutrina finalista de Hans Welzel, com a extração dos elementos subjetivos, *dolo* e *culpa*, da culpabilidade para o fato típico, observou-se o surgimento da Teoria Normativa Pura da Culpabilidade, mantendo-se, em sua estrutura, somente os elementos normativos condicionantes da reprovabilidade do comportamento humano: a exigibilidade de conduta diversa, a potencial consciência da ilicitude, e a imputabilidade.

Nesse contexto, tendo por base a construção histórica que acarretou o surgimento da Teoria Normativa Pura, estabeleceu-se uma compreensão não psicológica de culpabilidade, precisando-se o seu conceito como o juízo de reprovação pessoal incidente sobre aquele que realiza um comportamento típico e antijurídico a despeito da possibilidade de agir em conformidade com o Direito, fundamentando-se a sua reprovabilidade no livre-arbítrio.

REFERÊNCIAS

BITENCOURT, Cezar Roberto; CONDE, Francisco Muñoz. Teoria geral do delito. Espanhol/Português. São Paulo: Saraiva, 2000.

BITENCOURT, Cezar Roberto. Teoria Geral do Delito. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

_____. Tratado de direito penal: parte geral. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BRANDÃO, Cláudio. Teoria Jurídica do Crime. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2003.

CARLOS, André, FRIEDE, Reis. Teoria Geral do Delito: Primeiras Lições. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos Editora. 2015.

CUNHA, Rogério Sanches. Manual de direito penal: parte geral. 3. ed. Salvador: Jus Podivm, 2015.

DOS SANTOS, Juarez Cirino. Direito penal: parte geral. 6. ed. atualizada e ampliada. Curitiba: ICPC. 2014.

GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal: Parte Geral. 16. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2014.

MADEIRA, Ronaldo Tanus. A estrutura jurídica da culpabilidade. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.

REALE JÚNIOR, Miguel. Teoria do Delito. 2. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

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

NOTAS:

[1] BITENCOURT, Cezar Roberto; CONDE, Francisco Muñoz. **Teoria geral do delito**. Espanhol/Português. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 01.

[2] BITENCOURT, Cezar Roberto; CONDE, Francisco Muñoz. **Teoria geral do delito**. Espanhol/Português. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 01-03

[3] DOS SANTOS, Juarez Cirino. **Direito penal**: parte geral. 6. ed. atualizada e ampliada. Curitiba: ICPC. 2014, p. 79.

[4] CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de direito penal**: parte geral. 3. ed. Salvador: Jus Podivm, 2015, p. 172

[5] BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 438.

[6] BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: Parte Geral. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 436

[7] BITENCOURT, Cezar Roberto; CONDE, Francisco Muñoz. **Teoria Geral do Delito**. Espanhol/Português. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 348

[8] BITENCOURT, Cezar Roberto. **Teoria Geral do Delito**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 160

[9] BITENCOURT, Cezar Roberto. **Teoria Geral do Delito**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. P .161

[10] GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. 16. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2014. p. 382

[11] REALE JÚNIOR, Miguel. **Teoria do Delito**. 2. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 125

[12] REALE JÚNIOR, Miguel. **Teoria do Delito**. 2. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 124

[13] BITENCOURT, Cezar Roberto. **Teoria Geral do Delito**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 161-162

[14] CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de Direito Penal: Parte Geral**, volume único. 3. ed. Salvador: Jus Podivm, 2015. p. 273

[15] REALE JÚNIOR, Miguel. **Teoria do Delito**. 2. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 124

[16] MADEIRA, Ronaldo Tanus. **A estrutura jurídica da culpabilidade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999, p. 86.

[17] BITENCOURT, Cezar Roberto. **Teoria Geral do Delito**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 161

[18] BITENCOURT, Cezar Roberto. **Teoria Geral do Delito**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 163-166

[19] BITENCOURT, Cezar Roberto. **Teoria Geral do Delito**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 163-166

[20] REALE JÚNIOR, Miguel. **Teoria do Delito**. 2. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 131

[21] REALE JÚNIOR, Miguel. **Teoria do Delito**. 2. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 131-136

[22] REALE JÚNIOR, Miguel. **Teoria do Delito**. 2. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 135-136

[23] BITENCOURT, Cezar Roberto. **Teoria Geral do Delito**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 166

[24] BITENCOURT, Cezar Roberto. **Teoria Geral do Delito**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 166

[25] BITENCOURT, Cezar Roberto. **Teoria Geral do Delito**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 166

[26] BITENCOURT, Cezar Roberto. **Teoria Geral do Delito**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 166

[27] BITENCOURT, Cezar Roberto. **Teoria Geral do Delito**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 166

[28] GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. 16. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2014. p. 384-386

[29] CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de Direito Penal: Parte Geral**. 3. ed. Salvador: Jus Podivm, 2015. p. 273

[30] GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. 16.ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2014. p. 386-387

[31] GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. 16.ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2014. p. 386-387

[32] WELZEL, Hans *Apud*: GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. Rio de Janeiro: Impetus, 2014. p. 387

[33] BITENCOURT, Cezar Roberto; CONDE, Francisco Muñoz. **Teoria Geral do Delito**. Espanhol/Português. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 322

[34] BRANDÃO, Cláudio. **Teoria Jurídica do Crime**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2003. p. 143.

[35] GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. 16. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2014. p. 387-388

[36] CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de Direito Penal**: Parte Geral, volume único. 3. ed. Salvador: Jus Podivm, 2015, p. 271

[37] CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de Direito Penal**: Parte Geral, volume único. 3. ed. Salvador: Jus Podivm, 2015, p. 272

[38] CARLOS, André, FRIEDE, Reis. **Teoria Geral do Delito**: Primeiras Lições. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos Editora. 2015, p. 285.

[39] TOLEDO, Francisco de Assis. Princípios básicos de direito penal. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 310

[40] BITENCOURT, Cezar Roberto; CONDE, Francisco Muñoz. **Teoria geral do delito**. São Paulo: Saraiva, 2000. Espanhol/Português, p. 323

[41] BITENCOURT, Cezar Roberto; CONDE, Francisco Muñoz. **Teoria geral do delito**. São Paulo: Saraiva, 2000. Espanhol/Português, p. 01-03.

[42] GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. Rio de Janeiro: Impetus, 2014. p. 379

[43] ARAGÃO, Antonio Moniz Sodré de. **As três escolas penais**. p. 72
APUD: GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. Rio de Janeiro: Impetus, 2014. p 380

[44] REALE JÚNIOR, Miguel. **Teoria do Delito**. 2. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 125

[45] BITENCOURT, Cezar Roberto. **Teoria Geral do Delito**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 163-166

[46] REALE JÚNIOR, Miguel. **Teoria do Delito**. 2. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 131

MOVIMENTOS SOCIAIS NA LUTA POR DIREITOS: OS PENSAMENTOS CRÍTICOS DE KARL MARX E NIKLAS LUHMANN

MATHEUS DE ALMEIDA: Bolsista CNPq. Doutorando em Filosofia do Direito - PUC/SP. Graduado e Mestre em Teoria do Direito e do Estado - Centro Universitário Eurípides de Marília - UNIVEM. Advogado.

Resumo: O estudo apresenta duas análises críticas do direito, inspiradas nos estudos de Karl Marx e Niklas Luhmann, com objetivo principal de fazer uma crítica jurídico-política aos movimentos sociais que lutam somente pela via do direito, desconsiderando a luta política. Traz também um objetivo secundário, visando expor os pensamentos desses autores que não são ensinados como complemento na formação jurídica da ciência pura do direito, ou seja, os juristas contemporâneos são formados somente com uma visão lógica da ciência do Direito. Desta forma, o artigo se propõe a apresentar uma crítica construtiva com a finalidade de demonstrar os limites da democracia ao qual o direito se propõe a assegurar, com efeito de enriquecer os debates dentro dos movimentos sociais, para que a transformação social não fique somente na via burocrática positivada, e sim no real combate à desigualdade social, construindo um saber coletivo. Conclui-se o estudo voltando a importância de se resgatar os debates relacionados as lutas de classes, que é desconsiderada pela ciência jurídica contemporânea.

Abstract: The study presents two critical analyzes of law, inspired by the studies of Karl Marx and Niklas Luhmann, with the main objective of making a legal-political critique of social movements that fight only by way of law, disregarding the political struggle. It also has a secondary objective, in order to expose the thoughts of these authors who are not taught as a complement in the legal formation of the pure science of law, that is, contemporary jurists are formed only with a worldview. In this way, the article proposes to present a constructive critique with the purpose of demonstrating the limits of the democracy to which the law proposes to ensure, in order to enrich the debates within the social movements, so that social transformation is not only on the road bureaucratic, but in the real fight against social inequality, building a collective knowledge. The study concludes by highlighting the importance of rescuing the debates related to class struggles, which is disregarded by contemporary legal science.

Palavras-chave: Filosofia do Direito. Teoria crítica do direito; Marxismo e direito; Luhmann e direito; Direito e política.

Keywords: Philosophy of law. Critical theory of law; Marxism and law; Luhmann and law; Law and politics.

Sumário: Introdução; 1. Movimentos de luta por direitos: sob enfoque da crítica marxista; 2. Crítica dos movimentos de protestos no pensamento de Niklas Luhmann; Considerações finais; Referências.

Introdução

De um lado, pode-se dizer que o Brasil é um dos países mais ricos do mundo, sendo hoje, ano de 2018, a nona maior economia (NAKAGAWA, 2016), mas já chegou a ser a sexta maior economia no ano de 2011 - com projeções na época para ser a quinta maior economia no ano de 2020 (COSTA, 2011) o que possivelmente não se concretizará devido à crise política instaurada no ano de 2016. Por outro lado, encontra-se a miséria, diante do risco do país voltar para o mapa mundial da fome (NASSIF, 2017), além disso, no nível de distribuição de renda está na décima posição como o mais desigual do mundo (CORRÊA, 2017). Dados como os citados, são reflexo do sistema capitalista no Brasil, em que se concentra cada vez mais riquezas nas mãos de poucas pessoas, semelhante ao que ocorre em todos os outros países, pois segundo pesquisa da Oxfam, 1% dos mais ricos concentram metade da riqueza do mundo (REUBEN, 2016), bem como, somente oito pessoas concentram mesma riqueza que a metade mais pobre da população mundial (PRESSE, 2017).

Neste sentido, analisando a história do Brasil, denota-se que a desigualdade social sempre esteve presente. Como tentativa de solucionar essa desigualdade, a quase três décadas, no ano de 1988, a sociedade brasileira por meio da Constituição Federal resolveu adotar o modelo de Estado Social, dando aos direitos sociais a qualidade de direitos humanos fundamentais, ou seja, no plano teórico avanços significativos para que se possa trazer uma melhora na qualidade de vida da população, afim de tornar o dia-a-dia das pessoas mais dignos. Deste modo, os direitos sociais podem até serem considerados recentes no Brasil, já que três décadas de existência é um período pequeno para os 517

anos de história do país. Contudo, do ponto de vista de avanço civilizatório, o discurso dominante é que, em quase três décadas de avanços tecnológicos o Brasil poderia ter conquistado sólidas bases por meio de políticas públicas para promover a igualdade social, e não, como mostram os números supracitados: um país onde os ricos marcham para o acúmulo de riqueza infundável e pouco se faz para uma justa distribuição de renda.

Como solução para essa desigualdade o método proposto pela população é sempre a via do direito, quanto mais aumenta a desigualdade, mais direitos nascem para tentar suprir essa deficiência. E, atualmente, o instrumento utilizado pela população para se exigir mais direito, são os protestos por meio de movimentos sociais, sindicatos, etc., que unidos, algumas vezes até conseguem alcançar avanços jurídicos, ou evitar retrocessos, mas, questiona-se: É possível alterar a exploração do homem pelo homem, pela via do direito?

Para responder essa questão, como orientação principal desse artigo, utiliza-se as obras de Pachukanis, para refletir sobre o método de Marx aplicado ao direito; bem como, utiliza-se da obra de Bachur, para fazer uma aproximação da teoria dos sistemas de Luhmann com Marx, que diz: "Capital e autopoiese são gêmeos siameses: ambos representam circuitos operativos fechados, lógicas objetivas de auto-referência estruturadas por processos de produção, circulação e acumulação". (BACHUR, 2010, p. 257)

Assim, inicia-se o debate a seguir, com uma abordagem simples, para que o leitor compreenda de modo mais didático os pensamentos de Karl Marx e Niklas Luhmann, que trabalham em seus estudos uma crítica ao direito:

1. Movimentos de luta por direitos: sob enfoque da crítica marxista.

Para entender o pensamento de Marx, *a priori* é necessário compreender a metodologia utilizada, que é o materialismo histórico/dialético, pressupondo dois momentos inseparáveis: a investigação (pesquisa analítica, reflexiva, do objeto, antes de sua exposição metódica) e a exposição (apresentação crítica do objeto com base em suas contradições), ou seja, reconstruindo criticamente, buscando compreender o movimento real, no qual o desenvolvimento histórico se apresenta sob tensão de forças opostas, geradas nas condições materiais da vida em sociedade, segundo Meksenas (2011, p. 88):

O método de Marx concebe os fenômenos em análise como sendo históricos, dotados de materialidade e movidos pela contradição: afirmação-negação- nova afirmação. Desse método resulta a tese que concebe o conhecimento como um movimento que se dá no marco da *luta de classes* e, assim, a ciência e a pesquisa afirmam-se como fenômenos que contribuem para a manutenção da atual sociedade capitalista. Por outro lado, as classes trabalhadoras e aquela intelectualidade que se aliar a seus interesses tornar-se-ão os sujeitos da contradição dessa sociedade também no campo do conhecimento, isto é, capacitar-se-ão a estabelecer uma nova afirmação: a luta por uma nova ciência e por pesquisas comprometidas com os valores populares.

O pensamento de Marx está ligado a materialidade econômica e é assim que ele irá iniciar seus estudos interpretando as relações jurídicas, além disso, deve-se acrescentar que ao contrário da ciência iluminista que ronda o saber jurídico até hoje, o autor não coloca o indivíduo como sendo o centro do mundo, dotado de uma consciência que vem de dentro, natural do espírito humano, apartado da sociedade; ao contrário, ele defende que até a consciência humana é formada pelo contexto da vida material, das relações de produção e convivência social, as pessoas são submetidas a terem vidas já pré-definidas desde seu nascimento, por exemplo, a criança que nasce no seio de uma família privilegiada, terá uma educação superior a uma criança filha de um desempregado, meios de vida diferenciado, e até forma de pensamento diferenciados, no caso na criança privilegiada, será educada à manter as bases sociais, políticas, jurídicas e econômicas, para defender sua forma de vida. Desta forma, o Estado nada mais é do que uma construção dos burgueses para manter os seus privilégios e suas propriedades:

Cheguei também à conclusão de que a anatomia da sociedade burguesa deve ser procurada na Economia Política. (...) O resultado geral a que cheguei é que, uma vez obtido, serviu-me de guia para meus estudos, pode ser formulado, resumidamente, assim: *na produção social da própria existência, os homens entram em relações*

determinadas, necessárias, independentes de sua vontade; essas relações de produção correspondem a um grau determinado de desenvolvimento de suas forças produtivas materiais. A totalidade dessas relações de produção constitui a estrutura econômica da sociedade, a base real sobre a qual se eleva uma superestrutura jurídica e política e à qual correspondem formas sociais determinadas de consciência. O modo de produção da vida material condiciona o processo de vida social, política e intelectual. Não é a consciência dos homens que determina o seu ser; ao contrário, é o seu ser social que determina sua consciência. (MARX, 2008, p.47) (grifo nosso)

Assim, com base em estudos marxistas, quem melhor inicia a aplicação do método de Marx na Teoria do Direito é Pachukanis (2017, p.124), que atribui ao direito a possibilidade da circulação da mercadoria, em celebre passagem: “O fetichismo da mercadoria”^[1] é completado pelo fetichismo jurídico”, levando a uma reflexão crítica para a sociedade que busca resolver os conflitos sociais criando leis, e na prática, as leis acabam sendo a estrutura do Estado que permitem os excessos, pois como mencionado, o Estado é uma forma de dominação da sociedade burguesa. Nesse mesmo sentido, diz um importante pensador marxista, que as formas de igualdade determinadas pelo direito, têm um campo muito reduzido, seria uma igualdade formal, dada somente no papel, e é dessa forma que ele entende a igualdade jurídica, não como uma igualdade material de colocar trabalhadores e capitalistas com o mesmo nível de força:

Devemos tomar cuidado com o uso dos direitos do homem! Se num primeiro momento, e num curto período, eles podem constituir uma base para a luta, se, em certo sentido, a extensão dos direitos aos trabalhadores pode significar um “progresso”, esse “progresso” carrega seus próprios limites. Porque a reivindicação de igualdade que não deixa o campo do direito não pode ir além da igualdade jurídica, logo das relações de produção capitalistas. (EDELMAN, 2016, p.76)

Em relação a questão das classes sociais, não se pode reduzir toda complexidade somente em duas classes, por isso Marx trabalha com a divisão mais

oposta e conflitante que existe dentro da sociedade capitalista, os detentores dos meios de produção – burgueses; e, os expropriados dos meios de produção – trabalhadores. Dentro dessa oposição social, constata que o trabalhador é obrigado a vender sua força de trabalho (mercadoria), se quiser sobreviver. Com isso surge o trabalho não pago, ou seja, a forma que o capitalista irá transformar valor em mais-valor, sua fonte principal é no processo de produção. Assim, no meio desse processo de produção, onde o burguês paga ao trabalhador por sua força de trabalho (mercadoria) um valor menor pelo que ele vende o produto final (mercadoria), com isso o burguês extrai do trabalhador, trabalho não pago. Esse processo produtivo é a base de toda a sociedade capitalista, o que permite a existência do processo de valorização do valor:

No trabalho escravo, mesmo a parte da jornada de trabalho em que o escravo repõe o valor de seus próprios meios de subsistência, em que, portanto, ele trabalha, de fato, para si mesmo, aparece como trabalho para seu senhor. Todo seu trabalho aparece como trabalho não pago. No trabalho assalariado, ao contrário, mesmo o mais-trabalho ou o trabalho não pago, aparece como trabalho pago. No primeiro caso, a relação de propriedade oculta o trabalho escravo para si mesmo; no segundo, a relação monetária oculta o trabalho gratuito do assalariado (MARX, 2017, p. 610).

Compreendido o pensamento metodológico de Marx de uma forma resumida, volta-se para o objeto desse estudo, ou seja, os movimentos sociais, para apresentar uma crítica marxista desses movimentos que lutam por direitos sociais no Brasil, é necessário trazer algumas das várias constatações que Marx aborda em suas obras sobre o direito. Nesse sentido, a relação jurídica contratual para Marx está entrelaçada com a relação econômica, ou seja, o processo de produção e a mais-valia:

Para relacionar essas coisas umas com as outras como mercadorias, seus guardiões têm de estabelecer relações uns com os outros como pessoas cuja vontade reside nessas coisas e agir de modo tal que só pode se apropriar da mercadoria alheia e alienar a sua própria mercadoria em concordância com a vontade do outro, portanto, por meio

de um ato de vontade comum a ambos. Têm, portanto, de se reconhecer mutuamente como proprietários privados. Essa relação jurídica, cuja forma é o contrato, seja ela legalmente desenvolvida ou não, é uma relação volitiva, na qual se reflete a relação econômica (MARX, 2017, p.159).

A teoria do direito marxista expõe que essa relação de exploração econômica, gera uma tensão constante entre essas classes, por isso precisa ser institucionalizada uma pacificidade por meio da forma jurídica, pois o burguês - detentor dos meios de produção - necessita que sua propriedade não seja reivindicada por outros, e assim surge a figura do Estado, para que proteja as suas posses, além de garantir que ele compre a força de trabalho (mercadoria), e assim consiga, por meio dos seus meios de produção, produzir mais mercadorias (produtos). Deste modo surge a figura do "sujeito de direito":

Assim, o sujeito de direito é um possuidor de mercadorias abstrato e ascendido aos céus. Sua vontade, entendida no sentido jurídico, tem um fundamento real no desejo de alienar ao adquirir e adquirir ao alienar. Para que esse desejo se efetive, é indispensável que a vontade do possuidor de mercadorias vá ao encontro de um desejo de outro proprietário de mercadorias. Juridicamente, essa relação se expressa na forma do contrato ou do acordo entre vontades independentes. Por isso o contrato é uma parte constitutiva da ideia de direito (PACHUKANIS, 2017, p.127).

O ponto chave desse modelo de sociedade, é que o trabalhador não tem uma liberdade real, a única liberdade que tem, é de qual força de trabalho que ele irá vender para conseguir sobreviver, já que ele não é detentor de nenhum meio de produção. Nas palavras de Marx (2017, p.648): "O escravo romano estava preso por grilhões a seu proprietário; o assalariado o está por fios invisíveis. Sua aparência de independência é mantida pela mudança constante dos padrões individuais e pela *fictio juris* do contrato". Acrescenta Pachukanis (2017, p.118):

O trabalhador assalariado surge no mercado como um livre vendedor de sua força de trabalho porque a relação capitalista de exploração é mediada pela forma jurídica do contrato. Acredita-se que esses exemplos sejam suficientes

para se admitir o significado decisivo da categoria de sujeito para a análise da forma jurídica (PACHUKANIS, 2017, p.118).

Em outras palavras, o trabalhador, por meio da venda de força de trabalho, torna-se mercadoria:

Na realidade o trabalhador pertence ao capital ainda antes de vender-se ao capitalista. Sua servidão econômica é a um só tempo meada e escondida pela renovação periódica de sua venda de si mesmo, pela mudança de seus padrões individuais e pela oscilação do preço de mercado do trabalho (MARX, 2017, pp. 652-653).

Com isso, a igualdade jurídica pela análise marxista, é uma igualdade formal, pois, garante apenas a igualdade de venda e aquisição de mercadorias, mas, aquele que detém os meios de produção, podem vender a mercadoria (produto), enquanto os expropriados só podem vender sua força de trabalho (mercadoria), com isso, não é possível uma igualdade material para essas classes econômicas distintas. Deste modo, os direitos sociais têm por finalidade, assegurar a igualdade formal, de uma sociedade desigual, já que poucos são compradores e muitos vendedores de força de trabalho.

Parafraseando um dos pontos da teoria marxista, sobre a *aparência* e a *essência* dos objetos de estudo, pode-se dizer que na teoria crítica marxista para o direito, entende-se que o modo de se distribuir riqueza realizado pelo Estado Social Democrático - modelo ainda contemporâneo - não é o modo mais eficaz para transformar as desigualdades sociais existentes, pois, traz a *aparência* de que o Estado se propõe a reduzir desigualdades, de modo que essas mudanças sempre ficam para o futuro e nunca realmente são concretizadas, sendo que, em sua *essência*, mantém uma passividade entre os não detentores dos meios de produção, pois a classe trabalhadora que luta somente para a positividade de leis em relação aos direitos sociais, pode até concretizar suas pautas e tornar as reivindicações em lei vigente, porém, a sua aplicabilidade e efetividade sempre dependerá das formas econômicas-políticas.

Assim, toda vez que sociedade, por meio de movimentos sociais, luta por direitos, está lutando pela forma jurídica capitalista, ou seja, continua mantendo a mesma forma Estatal, permitindo a continuação da venda da força de trabalho e

a exploração do mais-valor, mantendo um Estado que foi criado para atender os anseios da burguesia, e que sempre irá colocar a questão econômica-política como prioridade em relação aos direitos sociais, que acabaram sendo apenas normas positivadas formalmente, nunca concretizadas.

2. Crítica dos movimentos de protestos no pensamento de Niklas Luhmann

Por um outro ponto de vista crítico em relação a luta por direitos, Niklas Luhmann traz a teoria dos sistemas sociais, ou seja, uma nova metodologia para se analisar a sociedade, diferente das teorias tradicionais que partem da análise de sujeito/objeto, Luhmann irá utilizar a comunicação como elemento principal de sua teoria, sendo a comunicação uma operação única, que se autoreproduz, mas que, mantém a diferenciação entre sistema/ambiente – que será explicado a seguir –, de modo que:

A teoria dos sistemas deve então poder tudo explicar (“universalidade”), inclusive o próprio teorizar (“reflexividade”), o que faz explicando tudo como sendo sistema (“auto-referência”) + o que não é esse sistema: o *meio circundante ou ambiente (Umwelt)*. A “diferenciação sistêmica” entre “sistema” e “ambiente” é o artifício básico empregado pela teoria, diferenciação essa que é trazida “para dentro” do próprio sistema, de modo que o sistema total, a sociedade, aparece como “ambiente” dos próprios sistemas parciais, que dele (e entre si) se diferenciam por reunirem certos *elementos*, ligados por *relações*, formando uma *unidade* (GUERRA FILHO; CARNIO, 2009, p. 208).

Sua teoria compreende que existem basicamente três tipos diferentes de sistemas, o sistema biológico, o psíquico e o social. No caso do sistema social, Luhmann não trabalha com a diferenciação de sujeito/objeto, ou seja, o autor acredita que as consciência e inconsciência de um indivíduo são formadas pelo coletivo, e não por um espírito interno, pela naturalização das coisas, os indivíduos compõe um todo, assim, têm que analisar o coletivo como sistemas, e esses são sistemas autopoieticos, que reproduzem a si mesmo. Nas palavras de Luhmann (2011, p. 293):

A teoria geral dos sistemas autopoieticos exige que se indique exatamente a operação realizada pela autopoiese do sistema, delimitando assim, o sistema em relação ao restante. No caso dos sistemas sociais, isso ocorre mediante a comunicação. Exclui-se, com isso, toda determinação psicológica da unidade dos elementos dos sistemas sociais. Tais sistemas não constam de sistemas psíquicos e, muito menos, de seres humanos de carne e osso.

Com isso, a sociedade moderna se apresenta com uma função diferenciada, em outras palavras, atitudes isoladas de certas pessoas – subsistemas - não podem alterar um sistema, pois:

As sociedades estruturadas a partir da diferenciação funcional – sociedades modernas – diferenciam-se em subsistemas funcionais que são autopoieticos e auto-referenciais, nos quais o que importa para a construção do sistema não é mais a posição de cada subsistema, mas sim a função que cada um desempenha na sociedade. (BÔAS FILHO, 2009, p. 105)

Nesse sentido a teoria do Luhmann visa reduzir a complexidade existente na sociedade apresentando um paradoxo, de um lado, reduzindo os conflitos existentes; de outro lado, permitindo que os conflitos existam dentro do sistema, para que o sistema não se altere diante de provocações, sendo o sistema do conflito, semelhante ao direito, um sistema imunológico:

Tem-se conflito sempre que uma comunicação é contraditada ou quando uma contradição é comunicada: só há conflito quando se comunicam expectativas e, em função disso, também a não-aceitação dessas expectativas. A importância da contradição como forma semântica está em preservar temporariamente expectativas incompatíveis: ela aumenta a complexidade do sistema ao permitir um excesso de possibilidades em uma situação de pressão por seleção. Por essa razão, a contradição é instável e não pode ser reproduzida indefinidamente, exige a diferenciação de um sistema específico. Esse sistema é justamente o conflito. As

contradições funcionam como um sistema imunológico dentro de um determinado sistema autopoiético, disparando a necessidade de redução de complexidade (BACHUR, 2010, p. 242-243).

De forma mais simplificada, pode-se dizer que um sistema só continua existindo se ele permitir que exista mudanças superficiais, por exemplo a Constituição Federal de 1988 foi concebida com uma série de artigos, mas não eram todos artigos cláusulas pétreas, a própria Constituição Federal, estabeleceu a existência de sua renovação e transformação, para que ela continuasse sobrevivendo durante os anos, sem alterar a sua essência principal. E, dentro desses últimos 30 anos, a Constituição Federal realizou várias autopoiese, ou seja, trocou vários artigos seus, sem trocar a forma social ao qual ela foi concebida para guardar, o capitalismo.

Compreendido o método de Luhmann, entende-se que, os movimentos sociais que exigem mais direitos, se apresentam como uma forma de conflito dentro do sistema jurídico, contribuindo para manter a sociedade funcionalmente diferenciada, pois o fazem de modo suportável pela sociedade, não há uma violência que pleiteia uma nova forma de sociedade, mas sim, uma luta para conquistar mais espaço dentro da sociedade já posta, acrescenta Bachur (2010, p. 251):

O paradoxo dos movimentos de protestos está no fato de que eles tentam mobilizar a sociedade contra ela mesma, a partir de dentro dela mesma, mas como se estivessem fora ou acima da sociedade (...) os movimentos de protestos fazem com que a reação da sociedade e suas contradições internas reforce as estruturas contraditórias da própria sociedade, bloqueando a passagem a modos de vida autenticamente novos.

Vale ressaltar, que esses novos movimentos sociais, que buscam direitos, são diferentes dos movimentos de outrora, defendido pela teoria da revolução marxista, que propõe uma nova forma social. O conflito existente nos movimentos que lutam por direitos, são atitudes já previstas pelo sistema funcionalmente diferenciado, não nega o sistema, mas como já mencionado, contribui para sua existência:

Nesse sentido, o conflito, só pode existir como conflito (de antemão) negado porque se torna fundamento de uma decisão: uma contradição – que poderia significar a negação da sociedade funcionalmente diferenciada – é assim convertida em um momento de sua afirmação. Isso ajuda a entender o porque o espírito do partido comunista, o espírito da revolução, rondava a Europa: a revolução somente poderia ser pensada como um conflito generalizado para todas as dimensões simbólicas da vida – uma revolução social, como fala Marx n’*O Dezoito de Brumário*. (BACHUR, 2010, 249)

Esses novos movimentos sociais se apresentam nos mais variados tipos de grupos fracionados, como: movimento para reduzir passagem de ônibus, direitos trabalhistas e previdenciários, grupos feministas, contra o racismo, etc. Todos contribuem para gerar um debate social, isso é inegável, mas não tem força para alterar a sociedade materialmente, assim:

Os movimentos sociais fazem a crítica da sociedade. Logo, seus alvos são as lacunas, as inconsistências, as perversões, o mau funcionamento e os efeitos do próprio funcionamento dos sistemas de função. A sociedade que provoca a mobilização dos movimentos sociais é uma sociedade diferenciada funcionalmente. É nesse ambiente que os protestos são construídos (CAMPILONGO, 2012, p. 63).

Ressalta-se, os novos movimentos sociais são fracionados, lutam por questões pontuais, e são incapazes de se unirem para uma causa maior e de fato coletiva, como por exemplo, a emancipação material e intelectual da classe trabalhadora sobre a exploração do homem pelo homem:

(...) os movimentos sociais são radicalmente individualistas (...) este engajamento se dá antes em bases rigorosamente individuais, relativas a problemas contemporâneos de busca de sentido e de auto-realização pessoal. (...). Os novos movimentos sociais não são rigorosamente sociais porque não estão plenamente

constituídos na esfera objetiva de generalização simbólica e produção de sentido; pois sua manifestação, nessa esfera, tem recorrentemente de ser recuperada e imputada ao comprometimento obtido na esfera da consciência individual (BACHUR, 2010, p. 251).

Pode-se citar o exemplo dos movimentos sociais que ocorrem no Brasil em 2013, onde os movimentos sociais reivindicavam não fazer parte da política, tinham como bandeira principal não serem partidários, inclusive rasgavam e queimavam bandeiras de partidos e expulsavam militantes políticos de suas manifestações. Esses movimentos não almejam ter o poder o Estado, mas provocam os partidos para que eles abraçassem as suas reivindicações:

Os movimentos de protestos introduzem uma diferença centro/periferia, mas se localizam na periferia, notadamente na periferia do sistema político. A periferia protesta contra o centro do sistema, exigindo dele que a leve a sério (...). Isso o diferencia da oposição partidária: esta última faz parte do sistema político e se caracteriza não por ser contra o governo, mas pela prontidão em assumir o poder ou, pelo menos em influenciar e co-determinar os rumos do governo. (BACHUR, 2010, p. 252-253)

Assim, pode-se dizer que os movimentos sociais que lutam por direitos, são uma parte da sociedade funcionalmente diferenciada, que em nada alterará de forma substancial, pois as suas reivindicações, são para serem reconhecidas as suas pautas dentro do Estado, para que os partidos políticos façam suas pautas virarem leis, uma mudança de dentro do sistema. Não levam em consideração que tipo de Estado é, qual a sua origem, a quem ele serve, e desconhece totalmente o papel das classes sociais e a influência econômica material da vida coletiva.

Considerações finais

Conclui-se que somente o direito não pode alterar a sociedade. Sendo assim, constatou-se que os movimentos sociais, frutos da sociedade moderna fracionada e individualizada, não consegue construir uma força de luta que coloque em xeque o sistema de exploração existente, pelo contrário, a sociedade moderna de certa forma, de modo "consciente" ou "inconsciente", acaba

aceitando a exploração do homem pelo homem, mas prefere adotar a narrativa de lutas imediatas, mais fáceis de se lutar, que não cause tanto atrito, que luta dentro da passividade que o sistema permite para que continue realizando sua autopeiose e se reproduzindo sem ameaças.

Por fim, o que os movimentos sociais que lutam por direitos buscam, é a inclusão no sistema, seja representativo para grupos de minorias, seja para uma inclusão social no consumo de produtos, mas se limitam a lutar isoladamente, ou seja, um avanço social somente para a inclusão de seus membros, de modo a não compreender ou não se interessar por uma nova forma social, uma forma que abarque todos seres humanos, preferem a luta por direitos, do que partirem para uma mudança transformadora.

Referências

BACHUR, João Paulo: **Às portas do labirinto**: para uma recepção crítica da teoria social de Niklas Luhmann. Rio de Janeiro: Beco do Azougue, 2010.

BÔAS FILHO, Orlando Villas. **Teoria dos sistemas e o direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2009.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Interpretação do direito e movimentos sociais**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

CORRÊA, Marcello. Brasil é o 10º país mais desigual do mundo. **O Globo**. 2017. Disponível em > <https://oglobo.globo.com/economia/brasil-o-10-pais-mais-desigual-do-mundo-21094828>> Acesso em 15 de dez. 2018.

COSTA, Antonio Luiz M. C. Brasil: sexta economia do mundo. **Carta Capital**. 2011. Disponível em > <https://www.cartacapital.com.br/economia/brasil-sexta-economia-do-mundo> > Acesso em 20 de dez. 2018.

EDELMAN, Bernard. **A legalização da classe operária**. Trad. Marcus Orione. São Paulo: Boitempo, 2016.

GUERRA FILHO, Willis Santiago; CARNIO, Henrique Garbellini. **Teoria da Ciência Jurídica**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

LUHMANN, NIKLAS. **Introdução a teoria dos sistemas**. Trad. Ana Cristina Arantes Nasser. 3.ed. Petrópolis – RJ: Vozes, 2011.

MARX, K.; ENGELS, F. **Manifesto do partido comunista**. Edições Progresso, 1987. Impresso na URSS.

MARX, Karl. **O Capital: O processo de produção do capital (Livro I)**. Trad. Rubens Enderle. São Paulo: Boitempo, 2017.

MARX, Karl.; **Contribuição à crítica da economia política**. Trad. Florestan Fernandes. 2.ed. São Paulo: Expressão Popular, 2008.

MEKSENAS, Paulo. Considerações a Respeito do Método. In: _____. **Pesquisa Social e Ação Pedagógica: conceitos, métodos e práticas**. 2 ed. São Paulo: Loyola, 2011.

NAKAGAWA, Fernando. Brasil cai para a posição de 9ª economia do mundo. **Exame.abril**. 2016. Disponível em > <http://exame.abril.com.br/economia/pib-em-dolar-cai-25-e-brasil-cai-para-a-posicao-de-9a-economia-do-mundo/> > Acesso em 20 de dez. 2018.

NASSIF, Luís. Governo Temer empurra Brasil de volta ao mapa mundial da fome. **Jornal GGN**. 2017. Disponível em > <http://jornalgggn.com.br/noticia/governo-temer-empurra-brasil-de-volta-ao-mapa-mundial-da-fome>> Acesso em 20 de dez. 2018.

PACHUKANIS, E. B. **Teoria geral do direito e marxismo**. Trad. Paula Vaz de Almeida. São Paulo: Boitempo, 2017.

PRESSE, France. Oito pessoas concentram mesma riqueza que a metade mais pobre da população mundial, diz ONG britânica. **G1.globo**. 2017. Disponível em < <http://g1.globo.com/economia/noticia/oxfam-critica-concentracao-indecendente-riqueza-no-mundo.ghtml>> Acesso em 20 de dez. 2018.

REUBEN, Anthony. 1% da população global detém mesma riqueza dos 99% restantes, diz estudo. **BBC**. 2016. Disponível em Acesso em 20 de dez. 2018.

NOTA:

[1] Em Marx a célula fundamental do capitalismo é a mercadoria, que passa por dois processos, o da produção e o da circulação. O fetichismo é um valor simbólico atribuído a uma mercadoria, que excede a sua utilidade real, fazendo que seja necessário para o homem o consumo desse valor simbólico, ocultando a forma como esse produto foi produzido. Para Marx (2017, pp.147-148): "O caráter misterioso da forma-mercadoria consiste, portanto, simplesmente no fato de que ela reflete aos homens os caracteres sociais de seu próprio trabalho como caracteres objetivos dos próprios produtos do trabalho, como propriedades sociais que são naturais a essas coisas e, por isso, reflete também a relação social dos produtores com o trabalho total como uma relação social entre os objetos, existente à margem dos produtores. É por meio desse quiproquó que os produtos do trabalho se tornam mercadorias, coisas sensíveis-suprassensíveis ou sociais. A impressão luminosa de uma coisa sobre o nervo óptico não se apresenta, pois, como um estímulo subjetivo do próprio nervo óptico, mas como forma objetiva de uma coisa que está fora do olho. No ato de ver, porém, a luz de uma coisa, de um objeto externo, é efetivamente lançada sobre outra coisa, o olho. Trata-se de uma relação física entre coisas físicas. Já a forma-mercadoria e a relação de valor dos produtos do trabalho em que ela se representa não tem, ao contrário, absolutamente nada a ver com sua natureza física e com as relações materiais [*dinglichen*] que dela resultam. É apenas uma relação social determinada entre os próprios homens que aqui assume, para eles, a forma fantasmagórica de uma relação entre coisas. Desse modo, para encontrarmos uma analogia, temos de nos refugiar na região nebulosa do mundo religioso. Aqui, os produtos do cérebro humano parecem dotados de vida própria, como figuras independentes que travam relação umas com as outras e com os homens. Assim se apresentam, no mundo das mercadorias, os produtos da mão humana. A isso eu chamo de fetichismo, *que se cola aos produtos do trabalho tão logo eles são produzidos como mercadorias e que, por isso, é inseparável da produção de mercadorias*". (Grifo nosso).

O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA E SUA APLICAÇÃO NOS CRIMES DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

ALESSANDRO DORIGON: Mestre em direito pela Universidade Paranaense; Especialista em direito e processo penal pela Universidade Estadual de Londrina; Professor das disciplinas de direito e processo penal da Universidade Paranaense; Advogado criminalista.

Resumo: O presente trabalho se trata de um estudo sobre o Princípio da Insignificância, bem como, a sua aplicação nos crimes que tem como sujeito passivo a administração pública, mais especificamente nos crimes cometidos por funcionários públicos, chamados de crimes de improbidade administrativa. A possibilidade de aplicação de tal excludente de tipicidade é bem discutida na jurisprudência, havendo uma grande divergência entre os Tribunais superiores, devido ao caráter da moralidade, que deve reger todos os atos da administração pública.

Palavras-chave: Princípio da Insignificância; Excludente de Tipicidade; Administração Pública; Improbidade Administrativa; Bem Jurídico.

Abstract: The present work is a study about the Principle of Insignificance, and its application in crimes that have as subject to the government, more specifically the crimes committed by public officials, called for administrative misconduct crimes. The possibility of applying such exclusionary typicality is well discussed in the case law, there is a wide divergence between the higher courts, due to the nature of morality, which must govern all acts of public administration.

Keywords: Principle of Insignificance; Exclusive of Typicality; Public Administration; Administrative Misconduct; Asset Legal.

Sumário: 1. Introdução – 2. Princípio da Insignificância: 2.1. Conceito e Natureza Jurídica do Princípio da Insignificância. 2.2. Requisitos para aplicação do Princípio da Insignificância - 3. Da aplicação do Princípio da Insignificância aos crimes de Improbidade Administrativa - 4. Conclusão - 5. Referências Bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO.

O Princípio da Insignificância, classificado pela doutrina como uma excludente de tipicidade, é aplicado no direito penal, principalmente nos crimes contra o patrimônio, que não tenham violência e grave ameaça.

Para o senso comum, tal excludente é muito controvertida e não deveria ser aceita no direito penal, pois a sociedade o vê como uma absolvição para o criminoso ou, pior ainda, um incentivo à criminalidade.

Mas para os estudiosos do direito, o crime de bagatela, como também é chamado, não deve ser motivo para a atuação do direito penal, que deve somente proteger os bens jurídicos mais relevantes para sociedade, cabendo aos outros ramos do direito cuidar dos demais bens.

Tal artigo nasceu da ideia de se comentar uma decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, onde se aplicou tal excludente em um crime de improbidade administrativa cometido por um prefeito.

A decisão foi proferida pelo Supremo Tribunal Federal em 03 de maio de 2011, no julgamento do habeas corpus nº 104.286, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, sendo partes como Paciente Petronílio José Vilela e como Impetrante Luiz Manoel Gomes Júnior.

O caso se refere a uma infração ao disposto no artigo 1º, inciso II, do Decreto-Lei nº 201/1967, que reza: *"Art. 1º São crimes de responsabilidade dos Prefeitos Municipal, sujeitos ao julgamento do Poder Judiciário, independentemente do pronunciamento da Câmara dos Vereadores: II - utilizar-se, indevidamente, em proveito próprio ou alheio, de bens, rendas ou serviços públicos;"*

Narrou a denúncia do caso que o Paciente, ex-prefeito do Município de Taquaral-SP, tinha utilizado máquinas e caminhões de propriedade da prefeitura daquele município, na sua propriedade particular, para efetuar serviços de terraplanagem no terreno de sua residência.

Em tal processo, em data de 23 de junho de 2009, a 15ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, por unanimidade de votos,

condenou o Paciente à pena de 02 anos de detenção, em regime inicial aberto, por tal infração, sendo que tal pena foi substituída por pena restritiva de direito, consistente em prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas.

Além de tal pena, como efeito extrapenal, a referida decisão decretou a perda do mandato e a inabilitação, pelo prazo de cinco anos, para o exercício de cargo ou função pública.

Ante a tal decisão, foi ingressado com um pedido de habeas corpus perante o Superior Tribunal de Justiça, com a fundamentação de que a conduta descrita nos autos era insignificante e que, diante disso, não houve ato ilícito passível de punição. Tal pedido de habeas corpus foi denegado por unanimidade em 31 de maio de 2010.

Insistindo no pleito indeferido, foi ingressado com o pedido de habeas corpus perante o Supremo Tribunal Federal, sendo aduzido que o ato do Paciente não causou significativa lesão ao bem jurídico tutelado, dado que os serviços prestados não ultrapassaram o valor de R\$ 40,00 (quarenta reais).

Tal tese foi muito bem sucedida, pois resultou pelo provimento do habeas corpus e pelo reconhecimento do Princípio da Insignificância no caso, sendo que tal decisão foi totalmente inovadora, modificando um entendimento pacificado há muitos anos em nosso Ordenamento Jurídico.

E ao ver de muitos juristas, tal entendimento proferido pelo Supremo Tribunal Federal está de acordo com o que prescreve nossos Princípios Constitucionais e Penais, tendo em vista o caráter subsidiário e fragmentário do direito penal, onde somente deverá atuar quando se verificar uma notável e grave ofensa a bem jurídico, bem como, quando outros ramos do direito não forem suficientes para resolver o problema.

2. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA.

O princípio da insignificância, também conhecido como crime de bagatela, vem sendo reconhecido por nossa doutrina e jurisprudência há muitos anos. Teve início com o Direito Civil, sendo incorporado ao Direito Penal na década de 1970 pelos estudos de Claus Roxin.^[1]

Mas, para um profundo estudo sobre tal princípio, devemos estudar primeiramente sobre os fundamentos teóricos e iniciais da tipicidade e do conceito analítico de crime, com o fim de demonstrar sua real natureza jurídica e seus requisitos para sua aplicação do direito penal brasileiro.

2.1. Conceito e Natureza Jurídica do Princípio da Insignificância.

O princípio da insignificância decorre diretamente do princípio da intervenção mínima do direito penal, que descreve que o direito penal somente "deve atuar na defesa dos bens jurídicos imprescindíveis à coexistência pacífica dos homens e que não podem ser eficazmente protegidos de forma menos gravosa. Isso porque a sanção penal reveste-se de especial gravidade, acabando por impor as mais sérias restrições aos direitos fundamentais." [2]

O próprio instituidor do princípio da insignificância no direito penal, Claus Roxin, traz uma concepção definidora acerca do caráter subsidiário do Direito Penal: "O Direito Penal é de natureza subsidiária. Ou seja: somente se podem punir as lesões de bens jurídicos e as contravenções contra fins de assistência social, se tal for indispensável para uma vida em comum ordenada. Onde bastem os meios do Direito Civil ou do Direito Público, o Direito Penal deve retirar-se." [3]

Assim, o direito penal não deve ser utilizado para punir qualquer lesão ou perigo de lesão a um bem jurídico, pois, se diante de tal infração outros ramos do direito forem suficientes para a resolução do problema, deve-se deixar o direito penal sem ser utilizado, tendo em vista que sua punição é, nos dias de hoje, a maior punição do ordenamento jurídico pátrio, qual seja, a privação da liberdade.

Como bem se sabe, em tempos de paz, não se pode a aplicação da pena de morte no direito brasileiro, sendo que são também vedadas as penas de caráter perpétuo, trabalhos forçados, banimento e cruéis, por imposição do artigo 5º, inciso XLVII, da Constituição Federal.

Diante deste dispositivo legal, a pena mais grave ao cidadão brasileiro, em tempos de paz, é a pena privativa de liberdade, que, em regra, só pode ser imposta pelo direito penal, com exceção do caso de prisão por dívida alimentícia.

Assim, diante do princípio da intervenção mínima, deve ser utilizado o direito penal em último caso, ou seja, "quando for absolutamente necessário para a sobrevivência da comunidade - como ultima ratio legis -, ficando reduzida a um mínimo imprescindível. E, de preferência, só deverá fazê-lo na medida em que for capaz de ter eficácia."[\[4\]](#)

Tal concepção do caráter subsidiário do direito penal está estampado também no direito penal de outros países, dentre eles na Espanha, conforme cita o doutrinador espanhol José Cerezo Mir: "La teoría del carácter secundario, accesorio o meramente sancionatorio del Derecho penal tiene un rancio abolengo histórico. Su versión moderna ha sido expuesta y defendida especialmente pro Grispiñi y Maurach. Al Derecho penal no le correspondería, según estos autores, una función valorativa, sino puramente sancionadora. Las normas (mandatos y prohibiciones) del Derecho penal podrían ser deducidas en su totalidad de los preceptos de otros sectores del ordenamiento jurídico. Al Derecho penal le correspondería exclusivamente una función protectora del resto del ordenamiento jurídico, que constituiría su prius lógico. Los preceptos jurídico-penales no extenderían la amenaza de la pena sino a las formas más graves de lo ilícito civil, administrativo, etc."[\[5\]](#)

Assim, sempre deve-se pensar em um direito penal de caráter subsidiário, pois, se os outros ramos do direito (administrativo e civil) forem suficientes para coibir e reparar lesões a bens jurídicos, deve-se deixar o direito penal de lado, com o único objetivo de resolver ou tentar resolver os problemas mais graves da sociedade.

Para que um fato seja considerado criminoso, há a necessidade de vários elementos formadores. Tais elementos se constituem entre fato típico, antijurídico e culpável.

Discute-se muito sobre estes elementos que fazem parte do conceito analítico do crime, sendo que alguns autores reduz tal conceito somente ao fato típico e antijurídico, pois fundamentam que a culpabilidade se trata de um pressuposto da pena. Mas tal discussão, ao ver de muitos doutrinadores, já está superada, sendo quase pacífico hoje que o conceito analítico de crime se dá pelo fato típico, antijurídico e culpável.[\[6\]](#)

No mesmo sentido, dispõe Zaffaroni e Pierangeli: “O conceito de delito como conduta típica, antijurídica e culpável – que desenvolvemos – elabora-se conforme um critério sistemático que corresponde a um critério analítico que primeiro observa a conduta e depois o seu autor: delito é uma conduta humana individualizada mediante um dispositivo legal (tipo) que revela sua proibição (típica), que por não estar permitida por nenhum preceito jurídico (causa de justificação) é contrária à ordem jurídica (antijurídica) e que, por ser exigível do autor que agisse de maneira diversa diante das circunstâncias, é reprovável (culpável). O injusto (conduta em si, enquanto a culpabilidade é uma característica que a conduta adquire por uma especial condição do autor (pela reprovabilidade), que do injusto se faz ao autor.”^[7]

O que mais importa para nosso estudo é a questão do fato típico, pois é onde ingressa a discussão sobre o princípio da insignificância, sendo considerado pelos doutrinadores como uma excludente de tipicidade, conforme afirma Luiz Regis Prado: “A irrelevante lesão do bem jurídico protegido não justifica a imposição de uma pena, devendo excluir-se a tipicidade da conduta em caso de danos de pouca importância.”^[8] (destaque nosso).

O fato típico, de acordo com uma visão finalista, é dividido em quatro elementos, quais sejam: Conduta; Resultado; Nexos de Causalidade entre a conduta e o resultado; e Tipicidade.

A conduta é representada por uma ação ou omissão humana, consciente e voluntária, dirigida a um fim, consistente em produzir um resultado tipificado em lei como crime ou contravenção penal. Resultado é a consequência provocada pela conduta do agente. Nexos causal, também conhecido como relação de causalidade, é o vínculo formado entre a conduta praticada por seu autor e o resultado por ele produzido.^[9]

Já a tipicidade “é a adequação do comportamento humano ao tipo de ilícito contido na norma incriminadora. Ou, em outras palavras: é a conformidade do fato à imagem diretriz traçada na lei, a característica que apresenta o fato quando realiza concretamente o tipo legal (Bruno, ob. E loc. Cit.)”^[10]

Para o nosso estudo, com o fim de conceituar o princípio da insignificância, deve-se analisar profundamente o quarto elemento do fato típico, qual seja, tipicidade.

Sobre a tipicidade, é importante destacar o conceito prescrito pelo escritor Argentino Luis Jiménez de Asúa: “La vida diaria nos presenta una serie de hechos contrarios a la norma y que por deñar en alto grado la convivencia social, se sancionan con una pena. El Código o las leyes los definen, los concretan, para poder castigarlos. Esa descripción legal, desprovista de carácter valorativo -según el creador de la teoría- es lo que constituye la tipicidad. Por tanto, el tipo legal es la abstracción concreta que ha trazado el legislador, descartando los detalles innecesarios para la definición del hecho que se cataloga en la ley como delito.”^[11]

Diante disso, verifica-se que a tipicidade nada mais é que uma descrição legal de uma conduta, que merece ser penalmente reprimida.

A tipicidade, como elemento do fato típico, divide-se em formal e material. “Formal é o juízo de subsunção entre a conduta praticada pelo agente no mundo real e o modelo descrito pelo tipo penal (“adequação ao catálogo”).”^[12]

Desmistificando tal conceito, tipicidade formal se dá quando um fato humano se encaixa perfeitamente em uma conduta descrita na lei como crime ou contravenção penal. Como exemplo, o fato de alguém pegar para si um relógio de outra pessoa se encaixa perfeitamente na conduta descrita no artigo 155^[13] do Código Penal.

Diante disso, é fácil a constatação da tipicidade formal, sendo que, se analisarmos as condutas humanas e o que a lei prevê, estará caracterizada a tipicidade, podendo ser imputado ao agente que agiu daquela forma as penas cominadas em tal legislação.

Mas, com base nos princípios da intervenção mínima, subsidiariedade e lesividade, tal tipicidade não bastaria para a aplicação correta do direito penal, pois deve ser necessária também uma lesão relevante ao bem jurídico da vítima.

Assim, a doutrina criou também a tipicidade material, que prescreve: “é a lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico penalmente tutelado em razão da prática

da conduta legalmente descrita. A tipicidade material relaciona-se intimamente com o princípio da ofensividade (ou lesividade) do Direito Penal, pois nem todas as condutas que se encaixam nos modelos abstratos e sintéticos de crimes (tipicidade formal) acarretam dano ou perigo ao bem jurídico.”^[14]

Ante isso, esmiuçando tal conceito, utilizando o exemplo do furto acima descrito, se analisaria que não há tipicidade material em um furto de um relógio de brinquedo que vale R\$ 5,00 (cinco reais), por exemplo. Deve-se verificar a lesão causada à vítima para se ter a completa tipicidade.

Em outras palavras: “Além da necessidade de existir um modelo abstrato que preveja com perfeição a conduta praticada pelo agente, é preciso que, para que ocorra essa adequação, isto é, para que a conduta do agente se amolde com perfeição ao tipo penal, seja levada em consideração a relevância do bem que está sendo objeto de proteção. Quando o legislador penal chamou a si a responsabilidade de tutelar determinados bens – por exemplo, a integridade corporal e o patrimônio -, não quis abarcar toda e qualquer lesão corporal sofrida pela vítima ou mesmo todo e qualquer tipo de patrimônio, não importando o seu valor. [...]. O bem juridicamente protegido pelo Direito Penal deve, portanto, ser relevante, ficando afastados aqueles considerados inexpressivos.”^[15]

E concordando com o estudo doutrinário efetuado acima, voltando ao caso concreto, que tem o objetivo de esmiuçar e estudar o acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal, se faz válido citar o que o Ministro relator dispôs sobre tal assunto:

“Impede destacar que o princípio da bagatela, como postulado hermenêutico voltado à descriminalização de condutas formalmente típicas, atua, exatamente, sobre a tipicidade. Nesse sentido, embora admita que a tipicidade penal deva ser vista sob o prisma formal, assevero, todavia, que, hodiernamente, ganha relevo a denominada tipicidade material, consoante frisou o Ministro Celso de Mello, ao deferir a ordem do HC n. 98.152/MG (DJe de 5.6.2009): “É importante assinalar, neste ponto, por oportuno, que o princípio da insignificância – que deve ser analisado em conexão com os postulados da fragmentariedade e da intervenção mínima do Estado em matéria penal – tem o sentido de excluir ou de afastar a própria tipicidade penal, examinada na perspectiva de seu caráter material [...].”

Assim, para que seja razoável concluir, em caso concreto, no sentido da tipicidade, mister se faz a conjugação da tipicidade formal com a material. Nesses termos, o aplicador do direito, ao constatar a presença da tipicidade formal, mas a ausência da material, encontrar-se-á diante de caso manifestamente atípico.”^[16]

Assim, pelo fato do princípio da insignificância estar atrelado à tipicidade material, há de se concluir que sua natureza jurídica é de atipicidade do fato, ou seja, de excludente de tipicidade.

Isto se dá pelo fato que, como o fato típico é composto pela tipicidade, sendo que a tipicidade se divide em formal e material, retirando a tipicidade material pelo princípio da insignificância, restaria ausente a tipicidade do fato típico, resultado em uma excludente de tipicidade que, por conseguinte, não estaria configurado o crime.

Diante disso, sabendo sua real natureza jurídica, conceitua-se o princípio da insignificância como uma excludente de tipicidade em razão da ausência ou ínfima lesão ao bem jurídico da vítima, causa por uma conduta descrita em um tipo penal.

Nas palavras de Carlos Vico Mañas, “o princípio da insignificância pode ser definido como instrumento de interpretação restritiva, fundado na concepção material do tipo penal, por intermédio do qual é possível alcançar, pela via judicial e sem macular a segurança jurídica do pensamento sistemático, a proposição político-criminal da desnecessidade de descriminalização de condutas que, embora formalmente típicas, não atingem de forma socialmente relevante os bens jurídicos protegidos pelo direito penal.”^[17]

Verificando isso, tal princípio em estudo está bem enraizado em nosso ordenamento jurídicos, sendo amplamente aceito por nossa doutrina e por nossos tribunais, servindo para auxiliar os aplicadores do direito quando da análise do tipo penal, prescrevendo que devem ser excluídas, das condutas penalmente tipificadas, as situações consideradas como ínfimas e insignificantes, que não causam lesão ou perigo de lesão a bem jurídico relevante.

Mas para que tal princípio possa ser aplicado, não basta somente que o bem jurídico tutelado pela aquela conduta seja ínfimo, sendo que se concretizou um entendimento pacífico sobre alguns requisitos de aplicabilidade, conforme se dispõe à seguir.

2.2. Requisitos para aplicação do Princípio da Insignificância.

Desde a sua criação e implementação no direito brasileiro, o princípio da insignificância sempre teve grande discussão na doutrina e jurisprudência, especialmente no que concerne a seus requisitos de ordem objetiva e subjetiva.

Segundo Guilherme de Souza Nucci, devem ser seguidas três regras para a aplicação de tal princípio: "1ª) Consideração do valor do bem jurídico em termos concretos; 2ª) Consideração da lesão ao bem jurídico em visão global; e 3ª) Consideração particular aos bens jurídicos imateriais de expressivo valor social." [18]

Ante estes três requisitos mencionados pelo citado doutrinador, para se configurar o princípio da insignificância, deve-se verificar, em caráter primordial, o bem jurídico protegido, no que concerne à vítima, ao agressor e à sociedade. Em outras palavras, deve ser verificado qual lesão a bem jurídico da vítima tal conduta causou, bem como, se tal bem jurídico tem valor para o agressor e para a sociedade.

Assim, uma folha de papel não pode ser considerado um bem jurídico relevante para qualquer das pessoas interessadas, muito menos para a sociedade. Já, no caso de uma foto dos pais da vítima, pode-se verificar que para o agressor não há qualquer relevância, sendo que, para a vítima, tal foto pode ter uma relevância muito grande, não podendo ser considerada insignificância o ato de furtar ou destruir tal fotografia.

Ademais, um bem pode ser relativamente insignificante para o agressor e vítima, como o caso de um anel no valor de R\$ 1.000,00 (mil reais), para pessoas muito ricas. Mas tal anel não pode ser considerado insignificante para a sociedade brasileira de hoje.

Assim, na visão de Nucci, o bem jurídico protegido pela lei deve ser insignificante para todas as pessoas envolvidas, ou seja, para o agressor, vítima e sociedade.

O segundo requisito acima descrito, diz respeito à consideração da lesão ao bem jurídico em visão global. Isso quer dizer que não se deve analisar somente

aquela conduta perpetuada pelo agente, mas sim, se houverem, outras condutas por ele praticadas. Isto nada mais é a verificação dos antecedentes do agressor e da vítima.

Em um exemplo de um grande supermercado, o furto de uma barra de chocolate pode ser insignificante. Mas se todos os dias tal supermercado tiver uma barra de chocolate furtada, com certeza sofrerá prejuízos relevantes, não podendo ser considerado insignificante.

Ademais, se o agressor já tem antecedentes, principalmente em furtos insignificantes, não se pode deixar de punir tais condutas, sob pena do princípio da insignificância perder a sua essência e representar um incentivo ao crime.

E, por fim, o terceiro requisito diz respeito à consideração particular aos bens jurídicos imateriais de expressivo valor social. É o caso de se analisar a conduta tipificada que protege bens jurídicos coletivos, como o caso de crimes contra a administração pública, meio ambiente, incolumidade pública, dentre outros.

Deve-se analisar concretamente os casos, pois há crimes que caberiam sim o princípio da insignificância, como no caso do acórdão em comento, onde se deu pela aplicação de tal excludente de tipicidade nos crimes de improbidade administrativa. Outro exemplo seria a aplicação também em crimes ambientais, como no exemplo de cortar um galho de uma árvore nativa. Mas, nestes casos, deve-se ter muito cuidado, tendo em vista que algumas condutas podem parecer ínfimas, mas, na realidade, são muito lesivas à sociedade em geral, como, por exemplo, no caso de corrupção passiva de um agente público que deixa de cumprir sua função, mediante o pagamento de uma propina de R\$ 50,00 (cinquenta reais). O valor da propina pode até ser considerado pequeno, mas seu ato gera um prejuízo muito grande para a sociedade.

Diante disso, verifica-se que Nucci traz de forma muito técnica, o seu ponto de vista diante dos requisitos para aplicação de tal excludente de tipicidade. Mas tais requisitos não são os requisitos utilizados pela jurisprudência nos dias de hoje.

Ainda, sobre o assunto, é válido citar os requisitos apontados pelo doutrinador Luiz Regis Prado, que, diferentemente do doutrinador acima citado, conclui que o princípio da insignificância somente pode ser aplicado a alguns crimes e mediante alguns requisitos.

Assim cita Prado sobre o assunto: “De qualquer modo, a restrição típica decorrente da aplicação do princípio da insignificância não deve operar com total falta de critérios, ou derivar de interpretação meramente subjetiva do julgador, mas ao contrário há de ser resultado de uma análise acurada do caso em exame, com o emprego de um ou mais teores – v.g., valoração socioeconômica média existente em determinada sociedade, culpabilidade, personalidade, conduta social, antecedentes – tidos como necessários à determinação do conteúdo da insignificância. Isso do modo mais coerente e equitativo possível, com o intuito de afastar eventual lesão ao princípio da segurança jurídica.”[\[19\]](#)

Interessante tal pensamento, pois tal doutrinador trouxe à baila cinco requisitos para aplicação do princípio da insignificância, sendo analisada a culpabilidade, personalidade, conduta social e antecedentes do infrator, requisitos que estão descritos no artigo 59 do Código Penal, que tem o fim de auferir a dosimetria da pena base para aplicação da sanção penal.

Ainda, sobre tais requisitos, não poderia ser deixado de fora a posição do Superior Tribunal de Justiça, tendo em vista a sua competência para julgar matérias infraconstitucionais, ou seja, julgar os crimes e os princípios penais que devem ser aplicados.

Assim dispõe alguns julgados de tal Tribunal Superior: “Há que se conjugar a importância do objeto material para a vítima, levando-se em consideração a sua condição econômica, o valor sentimental do bem, como também as circunstâncias e o resultado do crime, tudo de modo a determinar subjetivamente, se houve relevante lesão.”[\[20\]](#)

E citando tal Tribunal Superior, descreve Cleber Masson: “Exemplificativamente, o Superior Tribunal de Justiça não admitiu a incidência desse princípio na tentativa de furto de cartucho de tina para a impressora, avaliado em R\$ 27,50, haja vista que, no caso concreto, “não obstante o ínfimo valor do bem que se tentou subtrair, o alto grau de reprovação da conduta não permite a aplicação do princípio da insignificância, pois perpetrada dentro da penitenciária em que o agente cumpria pena por crime anterior, o que demonstra seu total desrespeito à atuação estatal.”[\[21\]](#)

Assim, verifica-se que o Superior Tribunal de Justiça, consagra requisitos de ordem objetiva e subjetiva para a incidência do princípio da insignificância, sendo que, analisa profundamente o requisito de ordem subjetiva da culpabilidade, ou seja, o grau de reprovabilidade da conduta praticada pelo agente, além os de ordem objetiva, como a mínima ofensividade da conduta e o valor do bem.

Ademais, Zaffaroni e Pierangeli trazem um importante pensamento sobre os requisitos do princípio da insignificância: "A insignificância da afetação exclui a tipicidade, mas só pode ser estabelecida através da consideração conglobada da norma: toda a ordem normativa persegue uma finalidade, tem um sentido, que é a garantia jurídica para possibilitar uma coexistência que evite a guerra civil (a guerra de todos contra todos). A insignificância só pode surgir à luz da finalidade geral que dá sentido à ordem normativa, e, portanto, à norma em particular, e que nos indica que essas hipóteses estão excluídas de seu âmbito de proibição, o que não pode ser estabelecido à simples luz de sua consideração isolada."^[22]

Vendo isso, verifica que os doutrinadores internacionais não relatam a necessidade de requisitos para a aplicação da insignificância, sendo que sua posição é que o crime deve ser analisado no caso concreto, verificando todas as normas do direito (análise conglobante) e analisando se aquela infração causa ou não lesão significativa a algum bem jurídico.

E por fim, analisando tais requisitos, importante mencionar o primeiro julgamento que delimitou os requisitos para a aplicação do princípio da insignificância no Supremo Tribunal Federal, que se segue:

"PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA - IDENTIFICAÇÃO DOS VETORES CUJA PRESENÇA LEGÍTIMA O RECONHECIMENTO DESSE POSTULADO DE POLÍTICA CRIMINAL - CONSEQÜENTE DESCARACTERIZAÇÃO DA TIPICIDADE PENAL EM SEU ASPECTO MATERIAL - DELITO DE FURTO - CONDENAÇÃO IMPOSTA A JOVEM DESEMPREGADO, COM APENAS 19 ANOS DE IDADE - "RES FURTIVA" NO VALOR DE R\$ 25,00 (EQUIVALENTE A 9,61% DO SALÁRIO MÍNIMO ATUALMENTE EM VIGOR) - DOUTRINA - CONSIDERAÇÕES EM TORNO DA JURISPRUDÊNCIA DO STF - PEDIDO DEFERIDO. O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA QUALIFICA-SE COMO FATOR DE DESCARACTERIZAÇÃO MATERIAL DA TIPICIDADE PENAL. - O princípio da insignificância - que deve ser analisado em conexão com os postulados da fragmentariedade e da intervenção mínima do Estado em matéria penal - tem o

sentido de excluir ou de afastar a própria tipicidade penal, examinada na perspectiva de seu caráter material. Doutrina. Tal postulado - que considera necessária, na aferição do relevo material da tipicidade penal, a presença de certos vetores, tais como (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 - 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. O POSTULADO DA INSIGNIFICÂNCIA E A FUNÇÃO DO DIREITO PENAL: "DE MINIMIS, NON CURAT PRAETOR". - O sistema jurídico há de considerar a relevantíssima circunstância de que a privação da liberdade e a restrição de direitos do indivíduo somente se justificam quando estritamente necessárias à própria proteção das pessoas, da sociedade e de outros bens jurídicos que lhes sejam essenciais, notadamente naqueles casos em que os valores penalmente tutelados se exponham a dano, efetivo ou potencial, impregnado de significativa lesividade. O direito penal não se deve ocupar de condutas que produzam resultado, cujo desvalor - por não importar em lesão significativa a bens jurídicos relevantes - não represente, por isso mesmo, prejuízo importante, seja ao titular do bem jurídico tutelado, seja à integridade da própria ordem social." [23]

Tal posição do Supremo Tribunal Federal já está totalmente consolidada em vários acórdãos, inclusive no acórdão em discussão: "O princípio da insignificância - que deve ser analisado em conexão com os postulados da fragmentariedade e da intervenção mínima do Estado em matéria penal - tem o sentido de excluir ou de afastar a própria tipicidade penal, examinada na perspectiva de seu caráter material. Tal postulado - que considera necessária, na aferição do relevo material da tipicidade penal, a presença de certos vetores, tais como (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 - apoiou-se, em seu processo de formulação teoria, 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." [24]

Analisando tais requisitos, primeiramente, verifica-se que a posição do Tribunal constitucional é no sentido de que se trata de requisitos cumulativos, ou seja, o caso concreto deve se adequar perfeitamente em todos os quatro requisitos descritos, sob pena de não ser aplicado o instituto de excludente de tipicidade.

O primeiro requisito se trata da “mínima ofensividade da conduta do agente”. Tal requisito se refere à conduta do agente, ou seja, como ele agiu para cometer o crime, sendo que entende-se que se for de modo que ofenda bem jurídicos relevantes, não há como aplicar a insignificância. Por esta razão, o entendimento pacífico é que não se pode falar em insignificância para crimes pluriofensivos. Assim, a conduta do agente deve ter uma possibilidade de ofensa muito pequena, ou seja, irrisória, sem poder de afetar significativamente um bem jurídico penalmente tutelado.

O segundo requisito apontado pelo Tribunal supremo se refere a “nenhuma periculosidade social da ação”. Tal requisito está ligado à circunstância do crime cometido pelo agente, ou seja, a ação do agente não pode ser considerada perigosa e nem atingir diretamente a sociedade em seus bens jurídicos. Vale dizer que, por esta razão, não se pode falar em princípio da insignificância em crimes que tenham violência e grave ameaça.

O terceiro requisito se refere ao “reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento”, significando que o comportamento do agente não pode ser considerado reprovável aos olhos da sociedade. Todo o crime é reprovável, mas somente os que ofendem bem jurídicos relevantes, pois, de consequência, se não ofender bem jurídico algum, poderá ser considerado de pouca reprovabilidade.

E por último, o quarto requisito se refere a “inexpressividade da lesão jurídica provocada”, ou seja, a lesão ao bem jurídico da vítima deve ser inexpressiva, irrisória, insignificante.

Somado estes quatro requisitos, segundo o Supremo Tribunal Federal, deverá ser aplicado ao caso a excludente de tipicidade do princípio da insignificância, extinguindo o crime imputado ao agente infrator.

Isso não quer dizer que tal infrator ficará impune, podendo a vítima buscar os meios legais para uma possível indenização ou reparação de danos no âmbito civil, bem como, se cabível, uma pena administrativa.

Apesar dos entendimentos, ainda assim tais requisitos não são vinculados, pois tais critérios e requisitos valem somente como norte para o julgador, devendo, como já dito e frisado pela doutrina, ser analisado cada caso concreto, incluindo também outros requisitos, como a análise do bem jurídico ameaçado ou lesado, extensão da lesão e do perigo, local da infração, circunstâncias do crime, consequências morais para a vítima, dentre outros.

Verificando isso, o princípio da insignificância pode ser aplicado em qualquer crime que tenha compatibilidade com os requisitos e não apenas aos crimes contra o patrimônio. Assim, passamos a aplicação de tal instituto de exclusão do crime nos crimes de improbidade administrativa.

3. DA APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA AOS CRIMES DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA.

Conforme já estudado acima, para que o princípio da insignificância possa ser aplicado, há somente a necessidade de adequação de seus requisitos e a compatibilidade com o crime praticado, tendo em vista que o princípio da insignificância atua na tipicidade material.

Sobre sua aplicação é importante frisar o pensamento de Rogério Greco: "Obviamente que nem todos os tipos penais permitem a aplicação do princípio, a exemplo do que ocorre com o delito de homicídio. No entanto, existem infrações penais em que a sua aplicação afastará a injustiça do caso concreto, pois a condenação do agente, simplesmente pela adequação formal do seu comportamento e determinado tipo penal, importará em gritante aberração."^[25]

Quando se fala nos tipos de crimes que se pode aplicar o princípio da insignificância, com certeza estamos falando em lesão ao bem jurídico. E, com mais certeza ainda, não se pode falar em lesão insignificante a perda de uma vida. Assim, em casos em que se tem como bem jurídico protegido a vida, é evidente a impossibilidade de aplicação.

Mas os crimes que protegem a vida, mesmo que de forma indireta como o latrocínio, são poucos em nosso ordenamento. Por outro lado, temos uma vasta gama de crimes que protegem a administração pública, sendo que, nestes casos, discute-se muito a aplicação da excludente de tipicidade.

Conforme dispõe Marcelo Alexandrino, a “administração pública em sentido amplo abrange os órgãos de governo que exercem função política, e também os órgãos e pessoas jurídicas que exercem função meramente administrativa. Deve-se entender por função política, neste contexto, o estabelecimento das diretrizes e programas de ação governamental, dos planos de atuação do governo, a fixação das denominadas políticas públicas. De outra parte, função meramente administrativa resume-se à execução das políticas públicas formuladas no exercício da referida atividade política”.[\[26\]](#)

Assim, os crimes de improbidade administrativa afetam diretamente a administração pública, ou seja, afetam os três poderes de alguma forma, prejudicando a sociedade como um todo.

E sobre os crimes cometidos contra a administração pública, ensina Cezar Roberto Bitencourt que o “bem jurídico penalmente protegido, segundo a doutrina tradicional, é a Administração Pública, particularmente em relação a seu próprio interesse patrimonial e moral. [...]. A tutela penal pretende, na realidade, abranger dois aspectos distintos: em primeiro lugar, objetiva garantir o bom funcionamento da Administração Pública, bem como o dever do funcionário público de conduzir-se com lealdade e probidade; em segundo, visa proteger o patrimônio mobiliário do Poder Público.”[\[27\]](#)

Assim, tais crimes, em verdade, protegem não somente os bens ou funcionamento da administração pública, mas também a moralidade do poder público, que deve ser sonhado com plena moralidade, um dos principais princípios que compõe a administração pública.

Apesar de termos vários crimes contra a administração, vamos focar nos crimes funcionais de improbidade administrativa, ou seja, nos crimes praticados por funcionários públicos contra a administração pública.

“Nos crimes funcionais, busca-se proteger sobretudo a probidade administrativa, compreendida como retidão de conduta, honradez, lealdade, integridade, virtude e honestidade do agente público.”^[28]

A palavra improbidade significa a falta de probidade, ou seja, a inobservância dos deveres, da honradez e da justiça. A improbidade administrativa é a denominação técnica para a corrupção administrativa. Todo ato cometido por um administrador público avesso à lei e à moral; que infrinja os deveres de imparcialidade, honestidade e lealdade, ou seja, o dever de probidade está profundamente ligado ao comportamento do administrador público como fundamento essencial à validade de seus atos.

Mariano Pazzaglini Filho traz um conceito bem interessante sobre improbidade administrativa, sendo “a corrupção administrativa, que, sob diversas formas, promove o desvirtuamento da Administração Pública e afronta os princípios nucleares da ordem jurídica (Estado de Direito, Democrático e Republicano) revelando-se pela obtenção de vantagens patrimoniais indevidas às expensas do erário, pelo exercício nocivo das funções e empregos públicos, pelo “tráfico de influência” nas esferas da Administração Pública e pelo favorecimento de poucos em detrimento dos interesses da sociedade, mediante a concessão de obséquios e privilégios ilícitos.”^[29]

Na verdade, os crimes envolvendo funcionários públicos contra a administração pública representa uma forma muito mais gravosa de desvio de poder, tendo em vista que o agente se utiliza de sua posição funcional para praticar crimes.

Com certeza, diante de tal posicionamento sobre o conceito de improbidade administrativa, há de se ter uma tendência a não aplicação do princípio da insignificância, pois tais atos atingem diretamente a moralidade da administração pública. Ou seja, se nem seus representantes cumprem com a moralidade, como ficará o exemplo para a sociedade? Difícil mesmo a sua aplicação.

E discutindo sobre o acórdão que fundamenta o presente trabalho, pior ainda seria a questão dos atos de improbidade praticados por prefeitos, pois o Decreto-Lei nº 201/1967, traz um rol muito peculiar de fatos criminosos, que, ao ver da sociedade, configura um verdadeiro atentado.

Nas palavras de Paulo Mascarenhas, comentando o artigo 1º do Decreto-Lei nº 201/1967: “Os crimes definidos neste artigo dispensam a valoração do resultado para a tipificação do delito, não importando se o dano causado ao erário ou ao patrimônio públicos foi de maior ou menor monta. O que interessa indagar é se o agente, ao praticar o ato definido neste artigo como crime de responsabilidade, agiu em prol do interesse público, ou, ao contrário, para satisfazer interesse pessoal ou de terceiro. Naquele caso, ou seja, no interesse da Administração, o procedimento do agente, conquanto irregular, não terá caracterizado crime, não sendo, pois, punível. Se, ao inverso, o elemento motivador foi o interesse pessoal do agente – o prefeito ou seu substituto – ou de terceiro a quem queria beneficiar, trata-se, inequivocamente, de crime de responsabilidade, punível na forma e modo previsto neste Decreto-Lei.”^[30]

Assim, comprovando que a intenção que motivou o fato é de interesse particular, o eleito pela população comete crime, devendo responder por ele na forma legal.

Sobre o assunto, verificam-se muitos julgados que não aceitam o princípio da insignificância nos crimes de improbidade administrativa, como, por exemplo, a decisão do habeas corpus do caso em tela, que foi indeferido no Superior Tribunal de Justiça:

“PENAL. PREFEITO. UTILIZAÇÃO DE MAQUINÁRIO PÚBLICO. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. IMPOSSIBILIDADE.

1. Não é possível a aplicação do princípio da insignificância a prefeito, em razão mesmo da própria condição que ostenta, devendo pautar sua conduta, à frente da municipalidade, pela ética e pela moral, não havendo espaço para quaisquer desvios de conduta. 2. O uso da coisa pública, ainda que por bons propósitos ou motivado pela “praxe” local não legitima a ação, tampouco lhe retira a tipicidade, por menor que seja o eventual prejuízo causado. Precedentes das duas Turmas que compõem a Terceira Seção. 3. Ordem denegada.”^[31]

Sobre a posição do Superior Tribunal de Justiça, até a doutrina já o mencionou nos ensinamentos: “Na seara dos crimes praticados por prefeitos, é de se ressaltar um julgado do Superior Tribunal de Justiça no qual se entendeu que o princípio da insignificância não se aplica aos crimes contra a Administração

Pública, pois o que se busca resguardar não é somente o ajuste patrimonial, mas a moral administrativa.”[32]

O que se verifica na posição do Superior Tribunal de Justiça não é sobre o valor do bem patrimonial lesado, mas também na questão a moral administrativa, ou seja, no princípio da moralidade, que, como já dito, é um princípio base para a administração pública.

E fundamentando tal entendimento, é válido citar a seguinte decisão: “O princípio da insignificância surge como instrumento de interpretação restritiva do tipo penal que, de acordo com a dogmática moderna, não deve ser considerado apenas em seu aspecto formal, de subsunção do fato à norma, mas, primordialmente, em seu conteúdo material, de cunho valorativo, no sentido da sua efetiva lesividade ao bem jurídico tutelado pela norma penal, consagrando os postulados da fragmentariedade e da intervenção mínima. 3. Indiscutível a sua relevância, na medida em que exclui da incidência da norma penal aquelas condutas cujo desvalor da ação e/ou do resultado (dependendo do tipo de injusto a ser considerado) impliquem uma ínfima afetação ao bem jurídico. 4. Hipótese em que o recorrente, valendo-se da condição de funcionário público, subtraiu produtos médicos da Secretaria Municipal de Saúde de Cachoeirinha-RS, avaliados em R\$ 13,00. 5. É inaplicável o princípio da insignificância nos crimes contra a Administração Pública, ainda que o valor da lesão possa ser considerado ínfimo, porque a norma busca resguardar não somente o aspecto patrimonial, mas moral administrativa, o que torna inviável afirmação do desinteresse estatal à sua repressão.”[33]

Mas, sobre tal assunto, peço a devida vênia para discordar de tal entendimento, embasando na seguinte questão: E se tal fato de improbidade for de pequeno prejuízo para a sociedade; se for considerado insignificante, como por exemplo, no caso de se apropriar de uma folha de papel, de um mero clips, ainda assim poderia se falar em ato de improbidade criminoso?

O artigo 1º do Decreto-Lei, em seu inciso I, deixa bem claro o seguinte: “I - apropriar-se de bens ou rendas públicas, ou desviá-los em proveito próprio ou alheio;” Assim, legalmente, utilizando-se da interpretação formal da lei, o fato de se apropriar de um clips e uma folha de papel é crime, devendo ser punido nos rigores das penas atinentes a ele.

Mas, como já dito e estudado acima, o princípio da insignificância como excludente de tipicidade foi criado para o fim de não se fazer injustiça com atos insignificantes. Ademais, juntamente com tal princípio, é que se foi criado também a tipicidade material que, juntamente com a formal, tornaria o fato criminoso.

Vendo isso, não se pode falar que em um caso de se apropriar de bens ínfimos, ou, atos de improbidade com nenhuma lesão ao bem jurídico, seja considerado criminoso merecendo a atuação do mais feroz poder estatal, ou seja, do direito penal.

Assim, o princípio da insignificância é totalmente cabível aos crimes contra a administração pública, restando somente definir os seus requisitos, pois, como já bem enfatizado, temos a questão da moralidade pública como bem jurídico protegido nos crimes desta natureza.

E sobre tal assunto, descreve Fernando Capez que: "O direito penal não cuida de bagatelas, nem admite tipos incriminadores que descrevam condutas incapazes de lesar o bem jurídico. Se a finalidade do tipo penal é tutelar bem jurídico, quando a lesão, de tão insignificante, torna-se imperceptível, não é possível proceder ao enquadramento, por absoluta falta de correspondência entre o fato narrado na lei e o comportamento iníquo realizado; os danos de nenhuma monta devem ser considerados fatos atípicos. Some a coisa de valor ínfimo autoriza a incidência do princípio da insignificância, o qual acarreta a atipicidade da conduta. Dessa forma, o funcionário que leva consigo o grampeador de papéis ou um calhamaço de folhas pertencentes à repartição pública não comete o delito em estudo, em face da insignificância da lesão." [34]

E utilizando de julgados, o E. Tribunal Regional Federal da 1ª Região entendeu o seguinte sobre o assunto em tela: "PENAL. PROCESSUAL PENAL. ART. 1º, INC. VII, DO DECRETO-LEI 201/67. AUSÊNCIA DE PRESTAÇÃO DE CONTAS NO PRAZO PREVISTO NO CONVÊNIO. ALEGAÇÃO DE IMPOSSIBILIDADE EM DECORRÊNCIA DE DECRETAÇÃO DE ESTADO DE EMERGÊNCIA. NÃO COMPROVAÇÃO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INCIDÊNCIA. POSSIBILIDADE. 1. Os documentos juntados aos autos demonstram que o estado de emergência do município de Boa Hora/PI, devido a enchentes ocorridas na região, foi decretado em período posterior ao em que as contas deveriam ter sido prestadas. 2. É de rigor a aplicação do princípio da insignificância ao caso, pois o atraso na

prestação de contas por parte do Prefeito do Município de Boa Hora/PI foi ínfimo e as contas foram aprovadas pelo FNDE, o que minimiza os efeitos advindos da sua conduta. 3. Improcedência da pretensão acusatória deduzida na denúncia.”[\[35\]](#)

E fazendo uma analogia ao caso em estudo, é válido citar as palavras de Nelson Hungria sobre a incidência da insignificância no crime de peculato: “Na própria “malversação”, em que o dinheiro ou coisa não pertence ao Estado, mas está sob a sua guarda e responsabilidade, a obrigação legal que decorre para este, de restituir ao proprietário a pecúnia ou valor da coisa, já é autêntico dano patrimonial. Não tenho dúvida, portanto, em repetir o que já disse de outra feita: peculato consumado sem dano efetivo é tão absurdo quando dizer-se que pode haver fumaça sem fogo, ou sombra sem corpo que a projete, ou telhado sem paredes ou esteios de sustentação.”[\[36\]](#)

Vendo isso, para por fim à discussão, asseverando a questão constitucional de aplicação do direito penal, o Supremo Tribunal Federal entendeu que o princípio da insignificância pode ser aplicado aos crimes cometidos contra a administração pública.

No acórdão em discussão, ficou muito rica a fundamentação do Ministro Gilmar Mendes, que consagrou os princípios da subsidiariedade e fragmentariedade do direito penal, aplicado a insignificância a um crime cometido contra a administração pública por um prefeito.

Ademais, fundamentou ainda a questão da aplicação do princípio da insignificância somente com base em requisitos de ordem objetiva e nunca subjetiva, como fez o Superior Tribunal de Justiça no caso, indeferindo a ordem somente pelo fato do Réu ser prefeito.

Em verdade, apesar dos crimes cometidos por funcionários públicos contra a administração pública serem especiais, devendo ter uma punição e uma fiscalização maior, não se pode deixar de aplicar os principais fundamentos do direito penal, pois, para que possamos ter um estado democrático de direito justo e coerente, devemos deixar o direito penal como última arma do Estado, sob pena de sua banalização.

Não podemos esquecer nunca que há várias outras formas de punição para infratores do direito, sendo que, se aplicadas corretamente, surtirão mais efeitos do que a privação da liberdade, deixando o direito penal como *ultima ratio*, ou seja, como última medida do estado, para os casos mais graves.

4. CONCLUSÃO.

Finalizando o presente trabalho, concluo que a decisão do Supremo Tribunal Federal é a mais acertada e justa, de acordo com o direito penal moderno, fundamentado nos princípios da intervenção mínima, fragmentariedade e subsidiariedade.

O direito penal, ao contrário do senso comum, não pode servir como um mero instrumento de vingança da sociedade tida como “politicamente correta” e do Estado, contra os infratores da lei, pois, o direito penal deve ser observado e aplicado de acordo com a sua real função, a de proteger os principais bens jurídicos e de organizar um estado democrático de direito justo.

O princípio da insignificância deve ter limites sim, ou seja, deve ser ponderado diante dos demais princípios, especialmente os constitucionais, devendo ser aplicado com a verificação de seus requisitos e do caso concreto.

Mas deve, acima de tudo, ser aplicado aos casos onde outros ramos do direito, especialmente o civil e o administrativo, podem dar uma resolução plausível e satisfatória, deixando o direito penal para salvaguardar os bens jurídicos mais importantes da sociedade.

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito administrativo descomplicado**. 19ª ed., São Paulo: Método, 2011.

ASUA, Luis Jiménez de. **Tratado de derecho penal**. 5ª ed., Buenos Aires: Losada, 1992.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal. V 5, parte especial**. 4ª ed., São Paulo: Saraiva, 2010.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal. V. 3**. 8ª ed., São Paulo: Saraiva, 2010.

Vinicius Reis Bastos. J. 05/09/2012

CEREZO MIR, José. **Derecho penal: parte general**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

DOTTI, René Ariel. **Curso de direito penal: parte gral**. 5ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

GRECO, Rogério Greco. **Curso de direito penal**. 15ª ed., Rio de Janeiro: Impetus, 2013.

MASCARENHAS, Paulo. **Improbidade administrativa e crime de responsabilidade de prefeito**. São Paulo: LED, 1999.

MASSON, Cleber Rogério. **Direito penal esquematizado. V. 1**. 4ª ed., São Paulo: Método, 2011.

_____. **Direito penal esquematizado. V. 3**. São Paulo: Método, 2011.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal**. 10ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2014.

PAZZAGLINI FILHO, Mariano. ELIAS ROSA, Márcio Fernando. FAZZIO JÚNIOR, Waldo. **Improbidade administrativa**. São Paulo: Atlas, 1996.

PRADO. Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro: parte geral**. 9ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

ROXIN, Claus. **Problemas fundamentais de direito penal**. 2ª ed., Lisboa: Veja, 1993.

STF, HC 104.286, Rel. Min. Gilmar Mendes, 2ª Turma, j. 03/05/2011.

_____: HC 84.412, Rel. Min. Celso de Mello, 2ª Turma, j. 19.10.2004.

_____: HC 92.463, rel. Min. Celso de Mello, 2ª Turma, j. 16.10.2007.

STJ. HC 148.765. Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura. j. 11/05/2010.

____. REsp 1062533/RS. Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima. 5ª Turma, j. 05.02.2009.

TRF-1 – APN 26717 – PI 0026717-98.2011.4.01.000, 2ª Turma, Rel. Juiz Marcus.

ZAFFARONI, Eugênio Raul. PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro. V. 1.** 10ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais. 2013.

NOTAS:

[1] MASSON, Cleber Rogério. *Direito penal esquematizado. V. 1.* 4ª ed., São Paulo: Método, 2011, p. 25.

[2] PRADO. Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro: parte geral.* 9ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 148.

[3] ROXIN, Claus. *Problemas fundamentais de direito penal.* 2ª ed., Lisboa: Veja, 1993, p. 28.

[4] PRADO. Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro: parte geral.* 9ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 148.

[5] CEREZO MIR, José. *Derecho penal: parte general.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 89.

[6] GRECO, Rogério Greco, *Curso de direito penal.* 15ª ed., Rio de Janeiro: Impetus, 2013, p. 144.

[7] ZAFFARONI, Eugênio Raul. PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro. V. 1, parte geral.* 10ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 355.

[8] PRADO. Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro: parte geral.* 9ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 157.

[9] MASSON, Cleber Rogério. *Direito penal esquematizado. V. 1.* 4ª ed., São Paulo: Método, 2011, p.

[10] DOTTE, René Ariel. *Curso de direito penal: parte geral.* 5ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 410.

[11] ASÚA, Luis Jiménez de. *Tratado de derecho penal.* 5ª ed., Buenos Aires: Losada, 1992, p. 747.

[12] MASSON, Cleber Rogério. *Direito penal esquematizado*. V. 1. 4ª ed., São Paulo: Método, 2011, p. 244.

[13] Art. 155. Subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel.

[14] MASSON, Cleber Rogério. *Direito penal esquematizado*. V. 1. 4ª ed., São Paulo: Método, 2011, p. 244.

[15] GRECO, Rogério Greco, *Curso de direito penal*. 15ª ed., Rio de Janeiro: Impetus, 2013, p. 63.

[16] STF, HC 104.286/SP, Rel. Ministro Gilmar Mendes, 2ª Turma, julgado em 03/05/2011.

[17] MAÑAS Vico. *Apud*. DOTTI, René Ariel. *Curso de direito penal: parte geral*. 5ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 155.

[18] NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de direito penal*. 10ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 177/178.

[19] PRADO. Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro: parte geral*. 9ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 158.

[20] STJ: HC 60.949/PR, rel. Min. Laurita Vaz, 5ª Turma, j. 20.11.2007, *apud*, MASSON, Cleber Rogério. *Direito penal esquematizado*. V. 1. 4ª ed., São Paulo: Método, 2011, p. 25.

[21] MASSON, Cleber Rogério. *Direito penal esquematizado*. V. 1. 4ª ed., São Paulo: Método, 2011, p. 26.

[22] ZAFFARONI, Eugênio Raul. PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro*. Volume I, parte geral. 10ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais. 2013, p. 505.

[23] STF: HC 84.412, Rel. Min. Celso de Mello, 2ª Turma, j. 19.10.2004.

[24] STF: HC 92.463/RS, rel. Min. Celso de Mello, 2ª Turma, j. 16.10.2007. Em igual sentido: STF: HC 96.823/RS, rel. Min. Celso de Mello, 2ª Turma, j. 16.12.2008.

[25] GRECO, Rogério Greco, *Curso de direito penal*. 15ª ed., Rio de Janeiro: Impetus, 2013, p. 67.

[26] ALEXANDRINO, Marcelo. *Direito administrativo descomplicado*. 19ª ed., São Paulo: Método, 2011, p. 18.

[27] BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal, V. 5*. 4ª ed., São Paulo: Saraiva, 2010, p. 37.

[28] MASSON, Cleber. *Direito penal esquematizado. V. 3*. São Paulo: Método, 2011, p. 558.

[29] PAZZAGLINI FILHO, Mariano. ELIAS ROSA, Márcio Fernando. FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Improbidade administrativa*. São Paulo: Atlas, 1996, p. 39-40.

[30] MASCARENHAS, Paulo. *Improbidade administrativa e crime de responsabilidade de prefeito*. São Paulo: LED, 1999.

[31] STJ. HC nº 148.765-SP. Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura. J. 11/05/2010.

[32] MASSON, Cleber. *Direito penal esquematizado, vol. 1*. 4ª ed., São Paulo: Método, 2011, p. 27.

[33] STJ. REsp 1062533/RS, rel. Min. Arnaldo Esteves Lima. 5ª Turma, j. 05.02.2009.

[34] CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal. V. 3*. 8ª ed., São Paulo: Saraiva, 2010, p. 466.

[35] TRF-1 – APN 26717 – PI 0026717-98.2011.4.01.000, 2ª Turma, Rel. Juiz Marcus Vinicius Reis Bastos. J. 05/09/2012

[36] HUNGRIA, Nélson. *Apud*, MASSON, Cleber. *Direito penal esquematizado, vol. 3*. São Paulo: Método, 2011, p. 577.

TEMPO, DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO E PRISÃO PREVENTIVA

REGINALDO MIRANDA VIEIRA: Advogado.
Bacharel em Direito pela União de Ensino
Superior de Viçosa - UNIVIÇOSA.

Ana Paula Pessoa Brandão Chiapeta
(Orientadora)

RESUMO: O presente trabalho visa analisar a aplicação do princípio da duração razoável do processo, para se estabelecer qual prazo seria razoável, na fixação da prisão preventiva, diante da omissão do legislador em estabelecer taxativamente qual prazo deveria ser usado. Através da utilização do método dedutivo busca-se chegar a um entendimento do tempo que deverá vigorar uma prisão preventiva e assim dar eficácia ao andamento do processo, sem violar o princípio da presunção da inocência, bem como não a tornar como uma antecipação da pena.

Palavras-chave: princípios; prisão preventiva; duração razoável do processo; omissão.

ABSTRACT: This paper aims at analyzing the application of the principle of reasonable length of the process, to establish a reasonable period in the establishment of preventive detention, due to the failure of the legislator to establish precisely which term should be used. Through the use of the deductive method, an attempt is made to arrive at an understanding of the time that a preventive detention should take, and thus to give effect to the progress of the process, without violating the principle of presumption of innocence, nor to make it as an anticipation of the sentence.

Keywords: *Principles; pre-trial detention; reasonable duration of the proceedings; omission.*

INTRODUÇÃO

O Processo Penal Brasileiro dispõe das medidas cautelares que, por sua vez objetiva-se a garantir a eficácia do bom andamento processual. Dentre essas medidas cautelares, tem-se destaque a prisão preventiva, que se encontra

disciplinada precisamente nos artigos 311 e seguintes do CPP. Ademais, mesmo com a taxatividade da previsão legal da prisão preventiva e de sus requisitos, grande discursão surge em relação aos prazos que deveriam ser estabelecidos na aplicação de tal medida. Verifica-se que o legislador se manteve omissivo quanto a essa questão. Sendo assim, muito se esperou com a implementação da emenda constitucional nº 45, pela qual prevê a razoável duração do processo, para solucionar o conflito existente, mas mesmo assim não se chegou a entendimento exato de qual seria o prazo considerado razoável na aplicação da prisão preventiva. Assim, diante de tal omissão, buscaremos através dos princípios analisar a respeito do excesso de prazo da prisão preventiva.

1 PRISÃO PREVENTIVA

A prisão preventiva tem por espécie ser de caráter provisório, de natureza cautelar, pois visa a garantir a eficácia do andamento processual. Sua aplicação deve ser de forma excepcional, ou seja, quando necessário. É cabível em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, que encontra disciplinada nos artigos 311 e seguintes do Código de Processo Penal.

Dentre os seus pressupostos objetivos verifica-se a possibilidade de ser decretada pelo juiz, de ofício, no curso da ação penal, ou a requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou por representação da autoridade policial, devendo levar em consideração o “*fumus boni iuris*”, ou seja, a prova da materialidade e indícios de autoria, uma vez que na fase processual deve-se levar em consideração o *in dubio pro societate*, ou seja, em caso de dúvidas em favor da sociedade.

Para CAPEZ (2001, p. 230) a prisão preventiva que não preencher os requisitos do *fumus boni iuris e periculum in mora*, estaria violando o princípio da presunção da inocência, vejamos:

A prisão provisória somente se justifica, e se acomoda dentro do ordenamento pátrio, quando decretada com base no poder geral de cautela do juiz, ou seja, desde que necessária para uma eficiente prestação jurisdicional. Sem preencher os requisitos gerais da tutela cautelar (*fumus boni iuris e periculum in mora*), *sem necessidade para o processo, sem caráter instrumental, a prisão provisória, da qual a*

prisão preventiva é espécie, não seria nada mais do que uma execução da pena privativa de liberdade antes da condenação transitada em julgado, e, isto sim, violaria o princípio da presunção da inocência.

Tem-se como pressupostos subjetivos, sua decretação como garantia da ordem pública; da ordem econômica; por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria.

1.1 Admissibilidade

De acordo com o artigo 313 do CPP, a prisão preventiva é admitida em casos de crimes dolosos com pena privativa de liberdade, também em casos de condenação por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado e, em casos de crimes relacionados a violência doméstica familiar contra a mulher, a criança, o adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência.

Observa-se que deverá ser sempre motivada a decisão que decretar, substituir ou denegar a prisão preventiva, de acordo com o estabelecido no artigo 315 do CPP.

1.2 Revogação

Como bem diz o artigo 316 do CPP, a prisão preventiva poderá ser revogada pelo juiz, no andamento do processo, em caso de verificado falta de motivo para que ela permaneça. Poderá também ser decretada novamente caso sobrevierem razões que a justifiquem.

2 TEMPO/PRAZO DA PRISÃO PREVENTIVA

Muito se discute em relação ao prazo que deveria durar uma medida cautelar, no caso em questão a prisão preventiva. A falta de previsão que havia no regramento processual penal estipulando esse tempo, fez com que a jurisprudência se encarregasse de estabelecer esse prazo. Estipulou-se, então, 81 dias para duração da instrução criminal e, conseqüentemente, decorrido esse prazo, daria o fim a prisão preventiva.

Com a reforma processual penal ocorrida em 2008, surge novas discussões a respeito do excesso de prazo das prisões preventivas, uma vez que o legislador foi omissivo em relação ao prazo que poderia ser considerado razoável para a aplicação de uma medida cautelar (prisão preventiva).

Visto que o STJ, de certa forma implementou determinadas súmulas com objetivo de não haver qualquer ilegalidade por excesso de prazo, vejamos:

Súmula 21 – Pronunciado o réu, fica superada a alegação do constrangimento ilegal da prisão por excesso de prazo;

Súmula 52 – Encerrada a instrução, fica superada a alegação do constrangimento da prisão por excesso de prazo;

Súmula 64 – Não constitui constrangimento ilegal o excesso de prazo na instrução, provocado pela defesa.

Assim, diante de tal omissão, buscaremos nos princípios analisar a respeito do excesso de prazo da prisão preventiva.

3 PRINCÍPIOS

Os princípios podem ser considerados como os pilares do ordenamento jurídico, que estabelece determinados parâmetros.

São eles que informam, inspiram e orientam as regras gerais, por isso devem ser observados na criação, interpretação e aplicação de uma norma.

Para Bandeira de Mello (2010, p. 53), eis a definição de princípio:

mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para exata compreensão e inteligência delas, exatamente porque define a lógica e a racionalidade do sistema normativo, conferindo-lhe a tônica que lhe dá sentido harmônico.

Para Miguel Reale (1991, p. 59), princípios são:

verdades ou juízos fundamentais, que servem de alicerce ou de garantia de certeza a um conjunto de juízos ordenados em um sistema de conceitos relativos a dada porção da realidade. Às vezes, também se denominam princípios certas proposições que, apesar de não serem evidentes ou resultantes de evidências, são assumidas como fundamentos da validade de um sistema particular de conhecimento com seus pressupostos necessários.

Necessário que o uso dos princípios seja de forma harmônica, de modo que o emprego de um não atrepele outro, pois eles têm por objetivos amoldar o ordenamento jurídico.

Assim, não há dúvidas de que o estudo dos princípios é de suma importância para uma compreensão mais aprofundada da matéria que se propõe a discutir, pois são eles mandamentos jurídicos fundamentais que influenciam na composição do sistema jurídico.

4 DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO

Forçoso destacar, por oportuno, lição de SÁ (2016, p. 72), acerca da diferenciação entre duração razoável e rapidez:

(...) não se pode confundir duração razoável com rapidez. Nem sempre um processo célere traz em si a justiça que se busca, pois nem sempre resguardados com as garantias do devido processo legal. No caso concreto o magistrado deve estar atento para ponderar os valores em jogo e saber equilibrar a celeridade almejada com as garantias constitucionais da ampla defesa e contraditório.

Sendo assim, espera-se que um processo, demore o mínimo possível, para qual se tenha um resultado efetivo de uma forma mais rápida possível. Ademais, tal celeridade deve ter suas limitações, pois é imprescindível a proteção da tutela satisfativa das partes para que não se tenha direitos violados, ocasionando a injustiça.

Sabe-se que, com o advento da emenda constitucional nº 45, o art 5º, LXXVIII da CR/88 assegura, (i) a razoável duração do processo, e (ii) o emprego de meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

Neste contexto, Távola e Alencar (2009, p. 54 e 55), dispõe que o excesso pode vir a gerar uma antecipação da pena, vejamos:

Para a edição da mencionada Emenda, foram considerados os efeitos deletérios do processo e que o direito à celeridade pertence tanto a vítima como ao réu. Objetiva-se assim evitar a procrastinação indeterminada de uma persecução estigmatizadora e cruel, que simboliza, no mais das vezes, verdadeira antecipação de pena. Também é verdade que uma persecução penal equilibrada demanda reflexão.

(...) A razoável duração do processo implica decisivamente na legalidade da manutenção da prisão cautelar, afinal, o excesso prazal da custódia provisória leva à ilegalidade da segregação.

Visa salientar que a razoável duração do processo deve ser garantida, pois segundo Cruz (2006, p. 107), vejamos:

[...] ninguém pode ser mantido preso, durante o processo, além do prazo razoável, seja ele definido por lei, seja ele alcançado por critério de ponderação dos interesses postos em confronto dialético. É dizer, todos tem o direito de ser julgados em prazo razoável e também o direito de não serem mantidos presos por prazos irrazoável.

5 CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA

Estes princípios estão previstos no inciso LV do artigo 5º da Constituição Federal de 1988, pelo qual se diz que aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral, são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes, visando a garantir uma bilateralidade do ato processual, efetivando o binômio informação e reação.

O princípio do contraditório recebeu nova roupagem com o advento do novo CPC. Agora, fala-se que ele se concretiza através da informação, da reação e do poder de influência, conforme lição de DIDDIER (2015, p. 78-79):

O princípio do contraditório é reflexo do princípio democrático na estruturação do processo. Democracia é participação, e a participação no processo opera-se pela efetivação da garantia do contraditório.

(...)O princípio do contraditório pode ser decomposto em duas garantias: participação (audiência, comunicação, ciência) e possibilidade de influência na decisão.

A garantia de participação é a dimensão formal do princípio do contraditório. Trata-se da garantia de ser ouvido, de participar do processo, de ser comunicado, poder falar no processo. Esse é o conteúdo mínimo do princípio do contraditório e concretiza a visão tradicional a respeito do tema. De acordo com esse pensamento, o órgão jurisdicional efetiva a garantia do contraditório simplesmente ao dar ensejo à ouvida da parte.

Há, porém, ainda, a dimensão substancial do princípio do contraditório. Trata-se do “poder de influência”. Não adianta permitir que a parte simplesmente participe do processo. Apenas isso não é o suficiente para que se efetive o princípio do contraditório. É necessário que se permita que ela seja ouvida, é claro, mas em condições de poder influenciar a decisão do órgão jurisdicional.

THEODORO JUNIOR (2015, p. 85-86) também ressalta essa evolução do princípio:

O contraditório, outrora visto como dever de audiência bilateral dos litigantes, antes do pronunciamento judicial sobre as questões deduzidas separadamente pelas partes contrapostas, evoluiu, dentro da concepção democrática do processo justo idealizado pelo constitucionalismo configurador do Estado Democrático de Direito. Para que o acesso à justiça (CF, art. 5º, XXXV) seja pleno e efetivo, indispensável é que o litigante não só tenha assegurado o direito de ser ouvido em juízo; mas há de lhe ser reconhecido e garantido também o direito de participar, ativa e concretamente, da formação do provimento com que seu pedido de tutela jurisdicional será solucionado.

É imprescindível a um processo, que ao efetivar seu objetivo de forma mais rápida possível, seguindo os princípios da celeridade e duração razoável do processo, não venha a ferir o contraditório e a ampla defesa. Espera-se, pois, que haja uma harmonia entre eles.

CONCLUSÃO

Chegou-se à conclusão que para estipular o tempo de duração da aplicação de uma medida cautelar, em especial a prisão preventiva, deve-se levar em conta vários fatores estabelecidos em cada caso concreto, sendo imprescindível ter por base o princípio da razoável duração do processo, para que seja preservado o devido processo legal e não dê ensejo a uma antecipação da pena.

REFERENCIAS

CAPEZ. Fernando. **Curso de Direito Processual Penal**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001

CRUZ. Rogério Schietti Machado da. **Prisão cautelar: dramas, princípios e alternativas**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2006.

DIDIER JR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. 17ª. ed. Salvador: Juspodivm, 2015.

MELLO. Celso Antônio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo**. 27ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

PEREIRA, Viviane de Freitas; MEZZALIRA, Ana Carolina. **O Supremo Tribunal Federal e o prazo razoável da prisão preventiva**. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?artigo_id=7810&n_link=revista_artigos_leitura>. Acesso em 17/04/2018.

REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. São Paulo: Saraiva, 1991.

SÁ, Renato Montans de. **Manual de Direito Processual Civil**. 2 ed. São Paulo, Saraiva, 2016.

SOUSA, Francisco Sobrinho de. **Excesso de prazo e a prisão preventiva**. Disponível

em: <https://fcosobrinho.jusbrasil.com.br/artigos/152861937/excesso-de-prazo-e-a-prisao-preventiva>. Acesso em 17/04/2018.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 3ª ed. Bahia: juspodivm, 2009.

THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. Vol. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

O DECRETO DO PRESIDENTE BOLSONARO SOBRE POSSE DE ARMAS DE FOGO: ALGUMAS QUESTÕES PONTUAIS

EDUARDO LUIZ SANTOS CABETTE: Delegado de Polícia, Mestre em Direito Social, Pós - graduado com especialização em Direito Penal e Criminologia, Professor de Direito Penal, Processo Penal, Criminologia e Legislação Penal e Processual Penal Especial na graduação e na pós - graduação da Unisal e Membro do Grupo de Pesquisa de Ética e Direitos Fundamentais do Programa de Mestrado da Unisal.

FRANCISCO SANNINI NETO^[1]

JOAQUIM LEITÃO JÚNIOR^[2]
(Coautores)

INTRODUÇÃO

Em data de 15 de janeiro de 2019, o Presidente da República Jair Bolsonaro, cumprindo promessa de campanha e seguindo sua linha de pensamento a respeito do armamento civil, expediu o Decreto 9.685/19, ampliando as possibilidades de que o cidadão, com o devido preparo e sem envolvimento criminais, possa adquirir arma de fogo de uso permitido para manter em sua casa ou local de trabalho, desde que seja o proprietário ou responsável legal pelo estabelecimento ou empresa.

Neste texto não se incursionará na tormentosa polêmica sobre se a facilitação do acesso a armas pode ser ou não um fator de contenção da violência. Há posição de previsões catastrofistas de aumento de criminalidade, bem como há o posicionamento governamental em defesa desse abrandamento das exigências para que o cidadão, repita-se, preparado e sem envolvimento criminais, tenha acesso legal a armas de fogo para defesa própria, da família e patrimônio. Inclusive, há manifestação de armamentistas no sentido de que o decreto é extremamente tímido e poderia ou mesmo deveria ser muito mais amplo.^[3] Ademais, a própria justificção governamental corrente para o abrandamento de exigências para a posse de arma não é propriamente o intento

de, com isso, reduzir os índices de criminalidade, mas tão somente propiciar ao cidadão o acesso à arma de fogo de uso permitido para que tenha, caso queira, instrumentos para sua autodefesa contra ataques criminosos, especialmente em sua residência e em locais de maior dificuldade de acesso.

Finalmente, ainda sobre o tema da facilitação da posse de armas, é verdade que o Decreto 9.685/19 não altera tão substancialmente as regras. Não libera armas de uso restrito ao cidadão comum. Não permite a venda sem registro de armas de fogo, o que, aliás, somente poderia ser feito por lei propriamente dita que alterasse o Estatuto do Desarmamento. Não exime ninguém de comprovar capacidade e necessidade da posse da arma perante os órgãos responsáveis. Sequer o Decreto 9.685/19 põe fim à burocrática e desnecessária “renovação” do registro, porquanto apenas aumenta o prazo para 10 (dez) anos. Enfim, para aqueles que esperavam uma liberação total do armamento de fogo pelo governo Bolsonaro, ficam decepções se aguardavam ansiosos pelo momento oportuno para fazerem terríveis críticas, bem como, em similar medida de decepção, para aqueles que esperavam realmente uma liberação total ou muito mais ampla do que a que ocorreu.

PONTOS PRINCIPAIS DO DEBATE

O que efetivamente chama a atenção no Decreto 9.685/19, diz respeito a dois pontos principais:

a) eventual alegação de criação inconstitucional de conduta criminosa por via do Decreto 9.685/19 e não de lei, no que se refere ao disposto no artigo 12, § 10, do Decreto 5.123/04, com sua nova redação.

b) dúvida a respeito da ocorrência ou não de “abolitio criminis” com relação às pessoas que tenham armas de uso permitido regularizáveis, mas atualmente sem registro, por força do disposto no artigo 2º. do Decreto 9.685/19.

Iniciando pelo item “a”, o que ocorre é que, de acordo com as alterações promovidas pelo artigo 1º, do Decreto 9.685/19, passa o artigo 12, inciso VIII, do Decreto 5.123/04 a exigir que a pessoa que resida com criança, adolescente ou pessoa com deficiência mental, apresente declaração de que a sua residência possui cofre ou local seguro com tranca para armazenamento da arma de fogo e

munições. Em seguimento, o § 10 do mesmo dispositivo do Decreto 5.123/04 passa, mediante alteração promovida pelo atual Decreto 9.685/19, a determinar que aquele que inobservar o disposto no inciso VIII do “caput”, acima mencionado, incidirá nas penas previstas no artigo 13 da Lei 10.826/03 (Estatuto do Desarmamento).

Numa primeira visão e interpretação, de acordo com a letra do regulamento, parece que se está determinando, por meio de simples Decreto Presidencial, que se a pessoa fizer a declaração **falsa** de que tem cofre ou local adequado com tranca para guardar a arma e munição, essa conduta passaria a integrar o tipo penal do artigo 13 da Lei 10.826/03.

O artigo 13 do Estatuto do Desarmamento diz respeito à conduta omissiva ou negligente quanto às cautelas necessárias ao impedimento de que menores ou deficientes mentais se apoderem de arma de fogo que esteja na posse ou seja de propriedade do infrator. A pena prevista para esse tipo penal é de detenção de 1 a 2 anos e multa.

A impressão inicial, de acordo com uma interpretação literal do dispositivo, é a de que a declaração **falsa** e o posterior descobrimento dessa falsidade, independente de mais nada, geraria responsabilização criminal de acordo com o artigo 13 da Lei 10.826/03.

Ora, isso seria a criação indevida, violando o Princípio da Legalidade e usurpando função legislativa (violando, portanto, também a tripartição de poderes), de conduta criminosa que não era prevista no dispositivo até então – antes do Decreto em estudo. O simples fato de alegar ter um local adequado de guarda da arma ou munição não era até então previsto no tipo penal em comento. Passaria a sê-lo, nessa interpretação, por meio do novel Decreto 9.685/19 e não de lei. Nesse quadro, não resta a menor dúvida de que existiria uma flagrante inconstitucionalidade no Decreto Presidencial por infração ao Princípio da Legalidade (Reserva Legal) e ao Princípio da Tripartição dos Poderes. Contudo, parece que não é o dispositivo do Decreto 9.685/19 em si que padece de inconstitucionalidade, mas sim uma sua eventual interpretação rigidamente literal.

Em primeiro lugar é preciso atentar para o fato de que o Decreto Presidencial não prevê novo crime ou mesmo novas penas, mas tão somente faz referência ao artigo 13 da Lei 10.826/03, o qual já existe e é previsto em diploma

legal e não regulamentar. Além disso, o entendimento de que a simples informação falsa já levaria à responsabilização criminal, não parece ser a melhor interpretação. O que se infere é que a pessoa deverá fazer a declaração de que tem esse local apropriado e, conseqüentemente, será a responsável, acaso não o tenha e a arma venha a ser acessada por menores ou deficientes mentais. Inclusive, para que haja o crime é necessário não somente a negligência, mas que realmente e concretamente um menor ou deficiente tenha acesso à arma.^[4]

A mera negligência, assim como a informação falsa, sem que ocorra efetivo apossamento por menor ou deficiente mental, é fato criminalmente atípico, que poderá ter tão somente conseqüências administrativas, tais como a perda do direito de posse por falta de cumprimento de requisito regulamentar. Parece, inclusive, viável reconhecer que o texto do Decreto 9.685/19 tem por intento tão somente deixar claro o fato de que a eventual posse de arma de fogo obtida mediante declaração falsa de que há um lugar seguro para sua guarda, irá, em caso de apossamento efetivo por menor ou deficiente, levar à responsabilização criminal respectiva do infrator de acordo com a lei já existente e aplicável à espécie. Portanto, o dispositivo nos parece mesmo dispensável, mas não necessariamente inconstitucional, a depender da sua devida interpretação e aplicação. Essa é a única interpretação viável constitucionalmente para o atual artigo 12, § 10, do Decreto 5.123/04.

Diga-se de passagem, que nem mesmo por eventual crime de Falsidade Ideológica (artigo 299, CP), poderá ser responsabilizado o requerente de posse de arma de fogo que fizer tal declaração inverídica. Ocorre que, segundo doutrina e jurisprudência dominantes, declarações que estão sujeitas à fiscalização de órgãos competentes não configuram falsidade ideológica.^[5] E, logicamente, tal declaração, em sua veracidade ou falsidade, poderá e deverá perfeitamente ser aferida pelo órgão com atribuição para tanto.

Partindo para o item "b" acima mencionado, pode haver alegação de que o artigo 2º, do atual Decreto 9.685/19 teria operado "abolitio criminis" com relação a todos quantos tenham armas sem o devido registro regularizado. Isso porque tal dispositivo promove uma renovação automática por 10 anos dos registros de arma de fogo expedidos antes da publicação do referido regulamento. Dessa forma, se alguém tinha uma arma de fogo em sua casa com registro vencido, não

mais estaria incidindo em crime do artigo 12 da Lei 10.826/03, eis que o documento foi renovado automaticamente.

Assim sendo, já surge, por exemplo, Aury Lopes Júnior, se manifestando pela ocorrência do fenômeno da “abolitio criminis” para os casos de eventuais processados ou investigados por posse ilegal de arma de fogo devido a estar o respectivo registro com prazo de validade vencido.^[6]

Ora, se há alguém sendo processado ou respondendo a investigação criminal por suposta infração ao artigo 12 da Lei 10.826/03 apenas porque tinha uma arma registrada, mas tal registro havia expirado o prazo sem renovação, tal processo ou investigação é ilegal, devendo ser trancado por via de “Habeas Corpus”. E isso não por força de “abolitio criminis”, mas porque se trata de **fato atípico**, já reconhecido com bastante segurança pela doutrina e pela jurisprudência, havendo, inclusive posicionamento adotado pelo STJ, conforme várias decisões e, especialmente, de acordo com o Informativo nº. 572 da aludida Corte da Cidadania.^[7]

O registro com prazo de validade vencido constitui ilícito meramente administrativo, não criminal, segundo a jurisprudência. É claro que se tem ciência de que tal posição jurisprudencial e doutrinária não tem efeito vinculante e que, como o próprio Lopes Júnior salienta, pode haver pessoas processadas indevidamente. No entanto, isso não nos parece ser o suficiente para reconhecer ocorrência de “abolitio criminis” por via regulamentar. O caminho, como já frisado, seria o trancamento por via de “Habeas Corpus” devido à **atipicidade**. Não pode existir, é um contrassenso, “abolitio criminis” de conduta reconhecidamente atípica!

Doutra banda, se alguém não tem o devido registro de arma, o Decreto 9.685/19 não abre prazo, como já se fez em outras ocasiões, para regularização de armas clandestinas. Apenas e tão somente promove a **renovação automática dos registros de arma já existentes que foram expedidos antes do Decreto**. Isto, pois, não se pode, por meio de ato infralegal, alterar um prazo estabelecido por lei, no caso, o Estatuto do Desarmamento.

A medida é justa, pois que pessoas que tiveram registros anteriores contariam com prazos menores que aquelas que agora comprarem e registrarem legalmente suas armas. Trata-se de um critério de justiça e isonomia no campo

administrativo. Nada é dito a respeito de quem tem arma clandestina. Essas pessoas continuam normalmente respondendo pelo crime do artigo 12 da Lei 10.826/03 e, inclusive, não ganham novo prazo para regularização dessas armas. O Decreto Presidencial, como já dito, se refere estritamente aos registros de arma expedidos antes de sua publicação, o que pressupõe que se está tratando de armas regularmente registradas. Portanto, não há espaço para se falar em “abolitio criminis”. A situação difere bastante das reiteradas renovações legais do prazo para regularização de armas clandestinas quando da aprovação do Estatuto do Desarmamento. Naquelas ocasiões, havia realmente um prazo para regularização de armas sem registro, o que não ocorre com o Decreto 9.685/19, não sendo adequada a confusão entre aquelas antigas renovações de prazos para regularização de armas clandestinas e a atual renovação automática de registros já existentes.

CONCLUSÃO

Por fim, entendemos que o debate está aberto quanto à discussão da (in)constitucionalidade com a criação de conduta criminosa por via do Decreto 9.685/19 e não de lei, diante do novel artigo 12, § 10, do Decreto 5.123/04, com sua nova redação, não obstante nosso entendimento seja pela constitucionalidade a depender tão somente da interpretação e aplicação dada ao dispositivo regulamentar em conjunto com o artigo 13 da Lei 10.826/03. Ademais, entendemos que de fato não se operou à “abolitio criminis” com o novo Decreto em cartaz, a despeito da celeuma da ocorrência ou não de “abolitio criminis” com relação às pessoas que tenham armas de uso permitido regularizáveis quanto ao prazo do registro (mera renovação do registro já existente). Sem dúvida alguma não houve “abolitio criminis” para armas clandestinas e não meramente com o prazo de validade do registro vencido.

REFERÊNCIAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Código Penal Comentado*. 5ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

CABETTE, Eduardo, SANNINI, Francisco. *Tratado de Legislação Especial Criminal*. Salvador: Juspodivm, 2018.

DELMANTO, Celso, DELMANTO, Roberto, DELMANTO JÚNIOR, Roberto, DELMANTO, Fábio M. de Almeida. *Código Penal Comentado*. 8ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

LOBEL, Fabrício, AMÂNCIO, Thiago. Pró Armas veem timidez em decreto de Bolsonaro; críticos preveem piora da violência. Disponível em <https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2019/01/pro-armas-veem-timidez-em-decreto-de-bolsonaro-criticos-preveem-piora-da-violencia.shtml>, acesso em 15.01.2019.

LOPES JÚNIOR, Aury. O Decreto de Bolsonaro sobre as armas. Disponível em www.instagram.com, acesso em 15.01.2019.

NOTAS:

[1] Mestre em Direitos Difusos e Coletivos, Professor Concursado da Academia de Polícia do Estado de São Paulo, Professor da Pós-Graduação do UNISAL, Professor do Damásio Educacional, Escritor da Editora Juspodivm, Delegado de Polícia do Estado de São Paulo.

[2], Delegado de Polícia no Estado de Mato Grosso, atualmente lotado como delegado adjunto da Delegacia Especializada de Roubos e Furtos de Barra do Garças. Ex-assessor do Tribunal de Justiça de Mato Grosso. Pós-graduado em Ciências Penais pela rede de ensino Luiz Flávio Gomes (LFG) em parceria com Universidade de Santa Catarina (UNISUL). Pós-graduado em Gestão Municipal pela Universidade do Estado de Mato Grosso – UNEMAT e pela Universidade Aberta do Brasil. Curso de Extensão pela Universidade de São Paulo (USP) de Integração de Competências no Desempenho da Atividade Judiciária com Usuários e Dependentes de Drogas. Colunista do site Justiça e Polícia, coautor de obra jurídica e autor de artigos jurídicos. Atualmente também é professor de cursos preparatórios para concursos públicos.

[3] LOBEL, Fabrício, AMÂNCIO, Thiago. Pró Armas veem timidez em decreto de Bolsonaro; críticos preveem piora da violência. Disponível em <https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2019/01/pro-armas-veem-timidez-em-decreto-de-bolsonaro-criticos-preveem-piora-da-violencia.shtml>, acesso em 15.01.2019. Para maior interação a respeito do debate e dos argumentos pró e contra o armamento civil, veja o leitor o livro de autoria dos subscritores Eduardo Luiz Santos Cabette e Francisco Sannini Neto: CABETTE, Eduardo, SANNINI, Francisco. *Tratado de Legislação Especial Criminal*. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 27 – 36.

[4] CABETTE, Eduardo, SANNINI, Francisco, Op. Cit., p. 74 – 75.

[5] Cf. BITENCOURT, Cezar Roberto. *Código Penal Comentado*. 5ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 955. Vide também DELMANTO, Celso, DELMANTO, Roberto, DELMANTO JÚNIOR, Roberto, DELMANTO, Fábio M. de Almeida. *Código Penal Comentado*. 8ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 863. V.g. “Não existe falso ideológico em documento sujeito a verificação (TJSP, RT 779/548, HC 278.762-3/1, Bol. IBCCr 89/441, RJTJSP 170/297, RT 602/336; TRF da 3ª. Região, JSTJ e TRF39/451; TJRS, mv – RJTJRS 165/78; TRF 1ª. Região RT 792/722)

[6] LOPES JÚNIOR, Aury. O Decreto de Bolsonaro sobre as armas. Disponível em www.instagram.com, acesso em 15.01.2019.

[7] Cf. CABETTE, Eduardo, SANNINI, Francisco, Op. Cit., p. 65 – 66.

A PARTICIPAÇÃO DA SOCIEDADE CIVIL COMO INSTRUMENTO DE FISCALIZAÇÃO DOS CONTRATOS PÚBLICOS: PEQUENAS REFLEXÕES AOS PRINCÍPIOS DA EFICIÊNCIA, DA PUBLICIDADE E DA AUDIÊNCIA PÚBLICA COMO PARADIGMA DE CONTROLE

TAUÃ LIMA VERDAN RANGEL: Doutorando vinculado ao Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito da Universidade Federal Fluminense (UFF), linha de Pesquisa Conflitos Urbanos, Rurais e Socioambientais. Mestre em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal Fluminense (UFF). Especializando em Práticas Processuais - Processo Civil, Processo Penal e Processo do Trabalho pelo Centro Universitário São Camilo-ES. Bacharel em Direito pelo Centro Universitário São Camilo-ES. Produziu diversos artigos, voltados principalmente para o Direito Penal, Direito Constitucional, Direito Civil, Direito do Consumidor, Direito Administrativo e Direito Ambiental.

Resumo: O objetivo do presente artigo é analisar a participação da sociedade civil como instrumento de fiscalização dos contratos públicos. É fato que a Constituição de 1988, ao estabelecer a premissa de Estado Democrático de Direito, consagrou uma série de princípios e institutos que asseguram à sociedade civil a possibilidade de exercício da cidadania, inclusive no que se refere à fiscalização das condutas praticadas. Os princípios da eficiência e da publicidade, expressamente consagrados no artigo 37 do Texto de 1988, por exemplo, se apresentam como paradigma importante na consolidação do exercício da cidadania e da participação da sociedade civil, impondo à Administração Pública um comportamento, de acordo com a doutrina italiana, de “bem fazer”, a fim de atingir e atender o interesse público. Outro mecanismo relevante atina ao princípio da audiência pública, reconhecendo como esfera de participação e intervenção da sociedade civil no processo de tomada de decisões, bem como na manifestação sobre os resultados alcançados pela Administração Pública, em especial no que atina aos contratos. Ambos os princípios, na conjuntura proposta pelo presente, se apresentam como instrumentos indissociáveis para a fidedigna fiscalização da atuação da Administração Pública, sobretudo em decorrência da transparência das

informações públicas como paradigma de uma gestão democrática da administração. A metodologia empregada parte do método indutivo, auxiliada de revisão de literatura e pesquisa bibliográfica como técnicas de pesquisa.

Palavras-chave: Participação da Sociedade Civil. Fiscalização. Contratos Públicos.

1 NOTAS INICIAIS: A PARTICIPAÇÃO DA SOCIEDADE CIVIL NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: O RECONHECIMENTO DE UMA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DEMOCRÁTICA

Em linhas introdutórias, a concepção de Estado de Direito por um Texto Constitucional teria duplo aspecto, a saber: imposição de limites ao exercício do poder estatal e a criação de uma autêntica garantia constitucional aos cidadãos. Assim, a acepção de Estado de Direito perpassa por introduzir uma garantia aos cidadãos contra os arbítrios do poder público. Trata-se de reafirmar que o Estado de Direito, em uma órbita administrativa, encontra vinculação direta ao ideário de supremacia do interesse público. Dessa forma, não há que se confundir o interesse que a Administração Pública possui, enquanto síntese de todos os seus cidadãos, com o interesse privado daquele que atua em nome da Administração Pública.

No que alude à democracia, conquanto seja difícil alcançar a unanimidade na determinação precisa de seus aspectos elementares, é imprescindível estabelecer uma definição mínima. Desta feita, a democracia substancializa um conjunto de regras (primárias e fundamentais) que afixam quem está autorizado a tomar as decisões coletivas e com quais procedimentos a serem empregados para a consecução[1]. "A democracia, assim, estaria essencialmente relacionada à formação e atuação do governo", conforme aduz Oliveira[2].

Doutro ângulo, a democracia, enquanto clara manifestação do "governo do povo, pelo povo e para o povo", plasma o ideário de que a titularidade do poder estatal, em um regime democrático, encontra-se centrado no povo. Trata-se da manifestação mais robusta da soberania popular. A partir de tal dinâmica, alcança-se a concepção de legitimidade, que, nos dizeres de Moreira Neto, consiste em "submissão do poder estatal à percepção das necessidades e dos interesses do grupo nacional que lhe dá existência"[3].

Denota-se, portanto, que o controle da legalidade é oriundo do Estado de Direito, no qual o Estado possui claras limitações no que atina ao exercício da supremacia do interesse público, bem como as vedações, de índole constitucional, da deturpação de tal interesse para o atendimento dos interesses particulares daqueles agentes que atuam em seu nome. Já o Estado Democrático de Direito institucionaliza o controle da legitimidade. Diante de tal cenário, Canotilho^[4] frisa que a consagração constitucional da acepção de democracia atende o escopo de alça-la a um autêntico princípio informador do Estado e da sociedade. Sem embargos, o sentido constitucional de tal corolário implica na democratização da democracia, isto é, a condução e a propagação do ideal democrático para além dos marcos fronteiriços do território político.

Com ênfase, a configuração da República Federativa do Brasil como um Estado Democrático de Direito e o tratamento conferido à Administração Pública são convergência que, em conjunto, contribuem para uma maior democratização da Administração Pública. Assim sendo, em diversos momentos, o Texto de 1988 estabeleceu como norte uma maior participação popular na Administração Pública e, em especial, por meio da democracia pelo processo. “Teve início no Brasil a real democratização administrativa, a ser implementada por intermédio da participação popular na Administração pública e, principalmente, por meio da democracia pelo processo”^[5].

Em tal cenário, é forçoso reconhecer que processo e participação são institutos indissociáveis. Logo, o processo administrativo, sobretudo no que toca aos procedimentos estabelecidos para fiscalização dos contratos públicos, viabiliza o exercício efetivo da participação da sociedade civil. Trata-se de ferramenta jurídica idônea a regular a relação entre governantes e governados e governantes e gastos com o erário público. A participação, desse modo, constitui postulado inafastável da democracia e o processo é, em si mesmo, democrático e, portanto, participativo, sob pena de não ser legítimo.

No que se refere à realidade institucional brasileiro, a confluência entre *democracia* e *Estado de Direito*, levada a cabo pelo atual Texto Constitucional^[6], mais que apresentar um qualificativo da forma assumida pelo Estado Federal, foi responsável pela atribuição aos cidadãos de um direito de primeira ordem e dotado de importância inquestionável: o direito de participação nas decisões estatais. Em tal conjuntura, reconhecer a convergência daqueles

elementos implica na aproximação do particular da Administração Pública, atalhando as barreiras existentes entre Estado e sociedade, o que se efetiva por meio da participação da sociedade civil.

Concebida como a possibilidade de intervenção direta ou indireta do cidadão na gestão da Administração pública, de caráter consultivo ou deliberativo, a participação popular na Administração pública – ou participação administrativa – é considerada um dos principais meios para tornar efetiva a democracia administrativa^[7].

A participação da sociedade civil na esfera administrativa visa conferir legitimidade aos atos praticados, conquanto, de maneira incidental, possa desdobrar-se no controle de legalidade. Extrai-se, em tal lógica, a existência de uma dupla função da participação, a saber: uma função legitimadora, que visa assegurar uma maior legitimidade político-democrática às decisões da Administração Pública e a o exercício da função administrativa; e uma função corretiva, ou seja, o objetivo se traduz em ampliar a correção das decisões administrativas, a partir do ponto de vista técnico-funcional e sob o prisma da sua justiça interna.

2 O CÂNONE DA EFICIÊNCIA ENQUANTO FLÂMULA NORTEADORA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Elevado à categoria de princípio constitucional expreso, o mandamento da eficiência foi inserto no texto do artigo 37, *caput*, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988^[8], por meio da Emenda Constitucional Nº. 19/1998. “Conhecido entre os italianos como 'dever da boa administração', o princípio da eficiência impõe à Administração Pública direta e indireta a obrigação de realizar suas atribuições com rapidez, perfeição e rendimento”^[9]. Pelas linhas inauguradas por este baldrame, a Administração Pública deve desempenhar suas atividades de modo célere e rápido, para, que dessa maneira, possa satisfazer os interesses da coletividade, em uma órbita geral, e dos administrados, em uma esfera particular. Com destaque, o preceito da eficiência desdobra em rapidez, perfeição e rendimento, no que concerne à atuação da atividade administrativa, notadamente em relação aos anseios apresentados pela coletividade.

Ora, o desempenho deve ser rápido e ofertado de maneira a satisfazer os interesses dos administrados em particular e da coletividade em sentido amplo. Desta feita, não subsiste qualquer justificativa para a procrastinação, culminando, inclusive, na fixação de verba indenizatória em favor do particular prejudicado pela atuação morosa do Estado. A inércia da atuação da Administração Pública, em materializar as atribuições que se encontram sob sua alçada, quando comprovados os prejuízos decorrentes da morosidade, enseja a indenização em favor do particular. Assim, as atribuições reclamam execução com perfeição, devendo, pois, se utilizar das técnicas e conhecimentos necessários a tornar a execução melhor possível, evitando a supérflua repetição e a insatisfação dos administrados. Neste diapasão, a realização cuidadosa das atribuições previne o desperdício de tempo e erário público, tão imprescindíveis na contemporaneidade.

Nesta toada, cuida trazer a lume as ponderações apresentadas por Hely Lopes Meirelles que explicita, de maneira enfática, que “o princípio da eficiência exige que a atividade administrativa seja exercida com presteza, perfeição e rendimento funcional”^[10]. É verificável, desta maneira, que o núcleo sensível em torno dos quais os influxos axiomáticos do corolário em destaque orbitam estão alicerçados na busca pela produtividade e economicidade, e, como um efeito decorrente, a progressiva diminuição dos desperdícios de dinheiro público. Para tanto, é crucial que a atividade administrativa, repita-se, em alto e claro som, seja executada com presteza, perfeição e rendimento funcional. Nesta esteira, cuida transcrever o entendimento apresentado pelo Superior Tribunal de Justiça no que concerne à incidência do corolário da eficiência enquanto flâmula norteadora da atuação do Ente Estatal, consoante se infere dos arestos colacionados:

Ementa: Mandado de segurança. Administrativo. Anistia política. Ato omissivo do Ministro de Estado da Defesa. Portaria prevista na Lei 10.559/2002. Ausência de edição. Omissão configurada. Prazo de sessenta dias para conclusão do processo administrativo. (...) 3. Em homenagem ao princípio da eficiência, é forçoso concluir que a autoridade impetrada, no exercício da atividade administrativa, deve manifestar-se acerca dos requerimentos de anistia em tempo razoável, sendo-lhe vedado postergar, indefinidamente, a conclusão do procedimento administrativo, sob pena de caracterização de

abuso de poder. 4. A atividade administrativa deve ser pautada, mormente em casos como o presente, de reparação de evidentes injustiças outrora perpetradas pela Administração Pública, pela eficiência, que pressupõe, necessariamente, plena e célere satisfação dos pleitos dos administrados. 5. Levando-se em consideração o teor das informações prestadas em abril de 2007, afirmando que "os autos foram encaminhados para o setor de finalização, onde aguarda a feitura do Ato Ministerial com o conseqüente julgamento e divulgação", assim como o fato de que não há notícia nos acerca da ultimação deste ato até a presente data, afigura-se desarrazoada a demora na finalização do processo administrativo do impetrante. 6. Na esteira dos precedentes desta Corte, impõe-se a concessão da segurança para determinar que a autoridade coatora profira, no prazo de 60 (sessenta) dias, decisão no processo administrativo do impetrante, como entender de direito 7. Ordem de segurança parcialmente concedida. (Superior Tribunal de Justiça – Terceira Seção/ MS 12.701/DF/ Relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura/ Julgado em 23.02.2011/ Publicado no DJe em 03.03.2011).

Ementa: Mandado de segurança. Constitucional. Administrativo. Requerimento de anistia. Prazo Razoável para apreciação. Princípio da eficiência. 1. A todos é assegurada a razoável duração do processo, segundo o princípio da eficiência, agora erigido ao status de garantia constitucional, não se podendo permitir que a Administração Pública postergue, indefinidamente, a conclusão de procedimento administrativo. (...) 3. Ordem concedida. (Superior Tribunal de Justiça – Terceira Seção/ MS 10.792/DF/ Relator: Ministro Hamilton Carvalhido/ Julgado em 10.05.2006/ Publicado no DJ em 21.08.2006, p. 228).

Ementa: Administrativo. Mandado de segurança. Anistia Política. Ato omissivo do Ministro de Estado ante à ausência de edição da Portaria prevista no § 2º do art. 3º da

Lei 10.559/2002. Prazo de sessenta dias. Precedente do STJ. Concessão da ordem. (...) 3. Entretanto, em face do princípio da eficiência (art. 37, caput, da Constituição Federal), não se pode permitir que a Administração Pública postergue, indefinidamente, a conclusão de procedimento administrativo, sendo necessário resgatar a devida celeridade, característica de processos urgentes, ajuizados com a finalidade de reparar injustiça outrora perpetrada. Na hipótese, já decorrido tempo suficiente para o cumprimento das providências pertinentes – quase dois anos do parecer da Comissão de Anistia –, tem-se como razoável a fixação do prazo de 60 (sessenta) dias para que o Ministro de Estado da Justiça profira decisão final no Processo Administrativo, como entender de direito. Precedente desta Corte. 4. Ordem parcialmente concedida. (Superior Tribunal de Justiça – Terceira Seção/ MS 9.420/DF/ Relatora: Ministra Laurita Vaz/ Julgado em 25.08.2004/ Publicado no DJ em 06.09.2004, p. 163).

Dessa sorte, há respeito à eficiência quando a ação administrativa atinge materialmente os seus fins lícitos e, por vias lícitas. Quando o administrado se sente amparado e satisfeito na resolução dos problemas que ininterruptamente leva à Administração ^[11]. Com bastante propriedade, Vettorato^[12], ao abordar o dogma constitucional da eficiência administrativa, entalha que o corolário em exame impõe a Administração Pública, direta e indireta, tal como os agentes que a constitui, a persecução do bem comum, por meio do exercício de suas atribuições de maneira imparcial, neutra, transparente, participativa, eficaz, despido de burocracia e sempre em busca da qualidade, arrimando em bastiões legais e morais indispensáveis para a melhor utilização possível dos recursos públicos, de modo a evitar o desperdício e garantir maior rentabilidade social.

Em sedimento bastante volumoso, Mello^[13] obtempera que o axioma em apreço é dotado de maciça fluidez e difícil controle ao lume o Direito, apresentando umbilical liame ao preceito da legalidade, porquanto não se justifica o óbice do dever administrativo, de maneira infundada. Com efeito, o princípio da eficiência consubstancializa o ideário da boa administração pública. Além disso, há que se gizar que, o preceito em comento atingiu proporção tal importante na

realidade vigente, foi inserido, por meio da Emenda Constitucional Nº. 45/2004, entre os direitos e garantias fundamentais, sendo acrescido na redação do artigo 5º da Carta da República de 1988, por meio do inciso LXXVIII, que assim verbaliza:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (*omissis*) **LXXVIII** - a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação^[14].

Neste alarimé, José dos Santos Carvalho Filho^[15] destaca, com bastante pertinência, que “o novo mandamento, cuja feição é a de direito fundamental, tem por conteúdo o princípio da eficiência no que se refere ao acesso à justiça e estampa inegável reação contra a insatisfação da sociedade pela excessiva demora dos processos”. Faz-se imperioso realçar, com contornos fortes e cores quentes, que o novel inciso inserto na redação do art. 5º da Constituição Cidadã não se limita apenas aos processos judiciais. Ao revés, os feixes jurídico-filosóficos do sobredito princípio passam a se irradiar, abrangendo, de igual monta, os processos que se encontram em tramitação na via administrativa, alvo de lentidão exacerbada. Neste sentido, inclusive, o Ministro Jorge Mussi, ao relatoriar o Mandado de Segurança Nº 13.584/DF, manifestou no sentido que “não é lícito à Administração Pública prorrogar indefinidamente a duração de seus processos, pois é direito do administrado ter seus requerimentos apreciados em tempo razoável, ex vi dos arts. 5º, LXXIII, da Constituição Federal e 2º da Lei n. 9.784/99”^[16].

Conforme expõe Lenza, “o tempo constitui um dos grandes óbices à efetividade da tutela jurisdicional, em especial no processo de conhecimento, pois para o desenvolvimento da atividade cognitiva do julgador é necessária a prática de vários atos, de natureza ordinatória e instrutória”^[17]. Com efeito, sem maiores dificuldades, é possível vislumbrar que tal demora inviabiliza a imediata concessão do provimento pleiteado, o que, em grande parte dos casos, culmina na inutilidade ou ineficácia, já que o direito reclamado pode vir a perecimento. De igual forma, é possível destacar que o abandono dos processos, como de forma corriqueira se

observa, atenta contra o princípio da eficiência, pois as partes, de maneira negligente e inerte, “abandonam” os feitos processuais, sem sequer peticionar nos autos, requerendo providências.

Em mesmo sentido, o Ministro Castro Meira, ao relatoriar o Recurso Especial N° 1.044.158/MS, colocou em evidência que “é dever da Administração Pública pautar seus atos dentro dos princípios constitucionais, notadamente pelo princípio da eficiência, que se concretiza também pelo cumprimento dos prazos legalmente determinados”^[18]. Com o objetivo de fundamentar as ponderações pinceladas até o momento, de bom alvitre se revelam os ensinamentos do festejado doutrinador José dos Santos Carvalho Filho, em especial quando traz a lume estes apontamentos:

A eficiência não se confunde com a eficácia nem com a efetividade. A eficiência transmite sentido relacionado ao modo pelo qual se processa o desempenho da atividade administrativa; a ideia diz respeito, portanto, à conduta dos agentes. Por outro lado, eficácia tem relação com os meios e instrumentos pelos agentes no exercício de seus misteres na administração; o sentido aqui é tipicamente instrumental. Finalmente, a efetividade é voltada para os resultados obtidos com as ações administrativas, sobreleva nesse aspecto a positividade dos objetivos. O desejável é que tais qualificações caminhem simultaneamente, mas é possível admitir que haja condutas administrativas produzidas com eficiência, embora não tenham eficácia ou efetividade. De outro prisma, pode a conduta não ser muito eficiente, mas em face da eficácia dos meios, acabar por ser dotada de efetividade^[19].

Nesse passo, entende-se a contemporânea busca por contratações, por meio de concurso público, de servidores públicos e estagiários, a fim de tornar mais eficiente o serviço público, pondo fim, por conseguinte, a morosidade que assola a Administração. “A Constituição Federal assegura a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação (...), além de determinar expressamente no caput do art. 37 a obediência ao princípio da eficiência na Administração Pública”^[20]. A eficiência, princípio basilar da Administração Pública, que se alia à legalidade, impessoalidade, moralidade e à

publicidade, deve ser para Administração o guia e para os administrados a certeza, ante a inércia da Administração, impõe o exercício jurisdicional para assegurar a prestação do serviço de forma eficiente, bem como sua eficácia material.

3 TRANSPARÊNCIA NA FISCALIZAÇÃO DOS CONTRATOS PÚBLICOS: A PROEMINÊNCIA DO PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE

Outro importante mandamento entalhado nas linhas da Constituição Federal, no que concerne à atuação da Administração Pública, é o princípio da publicidade, disposto, de maneira expressa, no art. 37, *caput*. Pela dicção de tal preceito, "os atos da Administração devem merecer a mais ampla divulgação possível entre os administrados, e isso porque constitui fundamento do princípio propiciar-lhes a possibilidade de controlar a legitimidade da conduta dos agentes administrativos"^[21]. Tal fato tem como arrimo de sustentação a premissa que, apenas com a transparência das condutas da Administração Pública, por meio de sua publicização, é que os cidadãos poderão aquilatar, ou não, a legalidade dos perpetrados, bem como se estes se revestem de eficiência.

Como bem destacou Wlassak^[22], *"a publicidade sempre foi tida como um princípio administrativo, porque se entende que o Poder Público, por ser público, deve agir com a maior transparência possível"*, com o escopo de assegurar que os administrados tenham, a todo momento, o conhecimento do desenvolvimento das atividades dos administradores. Em igual substrato ensina Meirelles^[23], ao abordar o princípio em tela, destacando que "a publicidade não é elemento formativo do ato; é requisito de eficácia e moralidade". Deste modo, sendo o ato considerado como irregular, mesmo havendo publicidade, esta não terá o condão de convalidá-lo; em mesmo sentido, ainda que seja regular, a dispensa de sua publicização não será comportada, quando a lei ou o regulamento, de maneira expressa, a exigir. Acerca do princípio da publicidade, a lição de Mello:

Consagra-se nisto o dever administrativo de manter plena transparência em seus comportamentos. Não pode haver em um Estado Democrático de Direito, no qual o poder reside no povo (art. 1º, parágrafo único, da Constituição), ocultamento aos administrados dos assuntos que a todos interessam, e muito menos em relação aos sujeitos individualmente afetados por alguma medida^[24].

Neste diapasão, quadra destacar que o princípio da publicidade não está adstrito apenas à Administração Pública, enquanto manifestação do Poder Executivo, mas também se estende aos demais Poderes constituídos. O princípio da publicidade também se aplica à elaboração das leis em si, o que já foi definido na Lei Complementar 95, de 26 de fevereiro de 1998. Fortalecendo tais ponderações, o articulista Wlassak, ao orientar a incidência do princípio da publicidade no âmbito do Poder Judiciário, frisa que:

No que diz respeito ao Judiciário, a própria Constituição estatui regra específica quanto à publicidade de seus atos (inciso IX do art. 93). Sabedores que somos da necessidade de fundamentação dos atos judiciais, para que se possa contrastá-los, é na publicidade destes atos que se constrói a ponte entre o juiz e o cidadão. Todos os seus atos, com exceção dos que possam atingir a intimidade dos envolvidos ou quando o interesse social assim o exigir (o que, convenhamos, deixa ao juiz um amplo poder de decidir o que seria este "interesse social"), o que está estampado no inciso LX do art. 5º da Constituição - **"a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem"**^[25] (destaque nosso).

Najib Slaibi Filho, com grande técnica, bem resume a dupla vertente do princípio da publicidade no âmbito de atuação do Judiciário:

Vemos, assim, que o princípio da publicidade, no Poder Judiciário, funciona em dois níveis: no primeiro, no sentido de publicidade ampla, absoluta ou externa em que a atuação do Estado-juiz deve ser levada ao conhecimento de toda a sociedade, como fator de legitimação do exercício do poder e, no segundo, como publicidade relativa, restrita ou interna em que se restringe o conhecimento dos atos processuais tão-somente às partes e advogados^[26].

Valiosas são as lições do doutrinador Gasparini que, ao abordar acerca dos efeitos da publicação oficial, destaca que:

Entre outros, são efeitos da publicação oficial: I – presumir o conhecimento dos interessados em relação ao

comportamento da Administração direta, indireta ou fundacional; II – desencadear o decurso dos prazos de interposição de recursos; III – marcar o início dos prazos de decadência e prescrição; IV – impedir a alegação de ignorância em relação ao comportamento da Administração Pública direta e indireta. Diga-se que o princípio da publicidade no deve ser desvirtuado. Com efeito, mesmo a pretexto de atendê-lo, é vedado mencionar nomes ou veicular símbolos ou imagens que possam caracterizar promoção pessoal de autoridade ou servidor público [...] . Essas disposições são de observância imediata, não necessitando para sua aplicação de qualquer regulamentação^[27].

Desta feita, a par de tais ponderações, para que o princípio da publicidade tenha seus mandamentos cumpridos, imperiosa se faz a ampla e irrestrita publicização dos atos da Administração, direta, indireta e fundacional, em veículo informativo (jornal ou congêneres) de ampla circulação. A publicidade, como supernorma de inspiração da Administração Pública, compreendendo tanto direta e indiretamente, não confere a faculdade de veicular seus atos, mas sim a obrigação de tal fato. Ora, tão-somente por meio do esposado alhures é que o administrado/cidadão pode exercer, sem qualquer restrição, barreira ou limitação, a análise da legalidade dos atos praticados pela Administração Pública, bem como comprovar se estes alcançam a eficiência que devem ambicionar.

É fato que a transparência, enquanto desdobramento dos princípios norteadores da Administração Pública, estimula a participação da sociedade civil, bem como a informação divulgada traz aproximação da sociedade de gestão exercida por seus representantes. Nesta linha, “as entidades públicas têm o dever de promover a transparência de sua administração e a sociedade tem o direito ao acesso e o acompanhamento da administração pública”^[28], com fins de promover a consolidação da cidadania.

Dessa maneira, a transparência viabiliza um ambiente de análise e reflexão, contudo, para isso, é imprescindível que os gestores públicos apresentem suas tomadas de decisões, como também as divulguem de maneira potencializada nos meios de comunicações acessíveis à população. Para tanto, deve-se superar a perspectiva que as informações fiquem condicionadas e limitadas ao círculo de

alguns servidores e assessores apenas. Há que se reconhecer que a transparência, enquanto corolário do princípio da publicidade, opõe-se à teoria *arcana imperii*, dominante no período do poder absoluto. A teoria em comento preconizava que o poder do príncipe é mais eficaz, logo, mais condizente com seu objetivo. Dessa forma, quanto mais oculto estava dos olhares indiscretos do vulgo, mais se aproximava da semelhança de Deus, invisível.

Ao promover o afastamento do cidadão, o gestor fortalece seu poder e confirma o autoritarismo. A transparência, em tal cenário, é a forma de evitar tal conduta, pois a divulgação das ações contribui para a análise crítica da gestão pública. A doutrina encontra sustentação em dois pontos. O primeiro é inerente à própria natureza do sumo poder, cujas ações serão bem sucedidas quanto mais rápidas e previsíveis se comportarem; o controle público, mesmo que exercido apenas por uma assembleia de notáveis, tem o condão de retardar a decisão e impedir a surpresa. Logo,

As medidas realizadas às ocultas e postas em prática de imediato enfraquece o controle social e distancia cada vez mais os governantes dos governados. Dessa forma não há possibilidade de reação dos populares diante das medidas adotadas[29].

O segundo argumento é oriundo do desprezo do vulgo, considerado, em tal contexto, como um “animal selvagem” que reclamava domesticação, já que, uma vez dominado por forças mais fortes, era impedido de formar uma opinião racional do bem comum, egoísta de visão estreita, presa fácil dos demagogos que se utilizariam para a obtenção de vantagens. Os dominantes depreciam a capacidade dos dominados de exercer a cidadania de forma consciente. Assim, utilizam da evasiva alegação e pretexto para se esquivar de dificuldades que o cidadão possa criar. Os governantes adotam o engano como estratégia para manter seus privilégios.

De acordo com Pires[30], a participação da sociedade civil pressiona as instituições a serem mais céleres e transparentes, bem como proporciona um suporte de legitimidade às decisões de direção. Consiste em uma instância política da comunidade de usuários de um serviço público, inclusive no que se refere à fiscalização dos contratos estabelecidos pela Administração Pública. “A entidade ao dar transparência de seus dados, abre espaço para futuras reivindicações sociais que visem a um maior detalhamento e à ampliação das informações disponibilizadas”[31].

Santos[32], em complemento, diz que a informação precisa, suficiente e de fácil entendimento para o cidadão comum é imprescindível para o controle social. Em tal linha, a transparência e a participação social são conceitos indissociáveis, interdependentes e intercambiáveis. Revestindo a transparência na concepção de *accountability* inquina-a como um instrumento robusto de participação da sociedade civil. A ampliação da transparência auxilia diretamente no envolvimento das distintas classes sociais no acompanhamento da gestão. A divulgação das informações em grupos restritos e direcionado inibe o seu aspecto de promoção da democracia, atentando contra os princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade e da eficiência, enquanto pilares norteadores da Administração Pública.

4 TRANSPARÊNCIA NO BRASIL E INSTRUMENTOS DE CONTROLE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA PELA SOCIEDADE CIVIL: O PRINCÍPIO DA AUDIÊNCIA PÚBLICA COMO COROLÁRIO DO EXERCÍCIO DA CIDADANIA

A Constituição Cidadã, em diversas passagens, favoreceu o reconhecimento e a adoção da transparência. Neste sentido, o *caput* do artigo 37 preconizou, de maneira expressa, que a Administração Pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. A publicidade permite que o cidadão tenha acesso às informações referentes aos atos praticados por seus representantes. Trata-se, no contexto constitucional, de descentralização da gestão das políticas públicas e sancionamento da participação da sociedade civil nos processos de tomada de decisão, conforme aduz Lubambo e Coutinho[33].

Como desdobramento dos influxos constitucionais, no ano de 1998, é publicada a Lei nº 9.755[34], que dispõe sobre a criação de "homepage" na "Internet", pelo Tribunal de Contas da União, para divulgação de dados e de informações. Assim, os avanços da tecnologia da informação do governo possibilitaram a oportunidade de integrar base de dados e recursos de forma a facilitar e a simplificar o acesso ao público. Em mesma senda, a Lei Complementar nº 101, de 04 de maio de 2000, estabelece, em seu §1º do artigo 1º, que

A responsabilidade na gestão fiscal pressupõe a ação planejada e transparente, em que se previnem riscos e corrigem desvios capazes de afetar o equilíbrio das contas públicas, mediante o cumprimento de metas de

resultados entre receitas e despesas e a obediência a limites e condições no que tange a renúncia de receita, geração de despesas com pessoal, da seguridade social e outras, dívidas consolidada e mobiliária, operações de crédito, inclusive por antecipação de receita, concessão de garantia e inscrição em Restos a Pagar[35] (destaque nosso).

Acerca da Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar nº 101/2000), Limberger[36] afirma que ela disciplina os gastos do administrador público, bem como divulga a percepção da transparência na gestão fiscal, como mecanismo de conferir efetividade ao princípio da publicidade, enquanto dogma norteador da Administração Pública. Logo, a transparência é pensada como um conceito alargado do que a publicidade, pelo fato de uma informação ser pública, mas não ser relevante, confiável, tempestiva e compreensível.

A informação disponibilizada não abarca todas as características que a define como transparente, porquanto muitos são os dados produzidos no interior dos órgãos públicos, contudo é imprescindível selecionar os mais relevantes, os mais importantes para o cidadão. "A confiabilidade da informação é essencial, podendo existir diversos assuntos publicados e amplamente divulgados, ao serem manipulados indevidamente, refletindo uma situação fictícia e inverídica"[37]. Já a tempestividade interfere diretamente na utilidade da informação, pois esta precisa ser a mais atual possível e de forma clara, comportando que o seu conteúdo seja de fácil compreensão.

Neste talvegue, o artigo 48 da Lei Complementar nº 101/2000[38], por exemplo, dispõe acerca da ampla divulgação, inclusive por meios eletrônicos de acesso público, dos planos, dos orçamentos e das leis de diretrizes orçamentárias, das prestações de contas e o respectivo parecer prévio, do Relatório Resumido da Execução Orçamentária e o Relatório de Gestão Fiscal e das versões simplificadas desses documentos. O diploma em comento promoveu ampliação do acesso a informações aos cidadãos, comportando um avanço na fiscalização da gestão pública.

Desta feita, a entidade pública, ao conferir transparência de seus atos de forma clara e confiável, permite que os cidadãos verifiquem se tais praticados atendem, ou não, as necessidades da coletividade. "Mais do que garantir atendimento das normas legais, as iniciativas de transparência na administração pública constituem uma política de gestão responsável que favorece o exercício

da cidadania pela população”[39], de acordo com o escólio apresentado por Platt Neto et all.

Ainda em harmonia com o apresentado, cuida acentuar que o direito à audiência pública, em sede de procedimentos administrativos, representa também importante dimensão do corolário da participação comunitária. Trata-se de verdadeiro direito fundamental e fase obrigatória do procedimento administrativo, tendo como fito possibilitar uma tomada de decisão mais correta em face da globalidade dos interesses em xeque. Quadra anotar que a inobservância do direito fundamental em comento implicaria em nulidade do procedimento administrativo. De acordo com Moreira Neto,

[...] um instituto de participação administrativa aberta a indivíduos e a grupos sociais determinados, visando à legitimidade da ação administrativa, formalmente disciplinada em lei, pela qual se exerce o direito de expor tendências, preferências e opções que possam conduzir o Poder Público a uma decisão de maior aceitação consensual[40].

Em mesma linha, Oliveira aduz que “é mediante a realização dessas audiências que se garante um direito fundamental dos cidadãos, que é o direito de ser ouvido, o direito de poder opinar, de modo eficaz”[41], em especial no que se refere aos assuntos que atendem o interesse da coletividade. O Texto Constitucional, ao consagrar a participação da sociedade civil, estabelece uma pluralidade de situações em que aquela se dá, como, por exemplo, no inciso X do artigo 29 ao dispor sobre a cooperação das associações representativas no planejamento municipal, o que se desdobra no plano diretor urbano (previsto no artigo 182 do Texto de 1988). O inciso VII do parágrafo único do artigo 194, ainda, dispõe claramente acerca da gestão democrática e descentralizada da seguridade social, assegurando a participação da comunidade, em especial de trabalhadores, empresários e aposentados.

A partir de tal lógica, extrai-se o aspecto coletivo das atividades integradas na seara das gestões constitucionais democráticas ou participativas. Logo, ao se reconhecer a audiência pública como elevada ao *status* de princípio conformador da Administração Pública, há que se reconhecer a concretização de um direito coletivo, pois, uma vez usufruído por alguém, todos aqueles que se encontram na mesma situação também usufruem. De acordo com o escólio apresentado por Oliveira,

[...] sempre que direitos coletivos estiverem em jogo, haverá espaço para a realização de audiências públicas. Por via de conseqüência, o território da atuação colaboradora dos cidadãos é vastíssimo, sendo as disposições constitucionais elencadas simplesmente exemplificativas. Deve ser salientado o caráter pedagógico dessas audiências, pois estabelece-se uma real oportunidade de conscientização e educação da população sobre as diretrizes e políticas públicas. Entretanto, para ser considerado um mecanismo cooperativo útil, tudo aquilo que foi discutido em sede de audiência pública deve ser considerado pelo órgão administrativo "decididor"^[42].

Mais que isso, convém explicitar que o direito à audiência pública encontra sedimento no ideal democrático-participativo que emoldura a norma constitucional, eis que o objetivo primevo da audiência pública é assegurar o acesso à informação, tal como permitir a intervenção das pessoas interessadas na construção da decisão a ser tomada de forma qualificada. Há que se reconhecer, oportunamente, que o direito à audiência pública traz à tona a reconstrução do ideário do mínimo existencial, passando a abarcar a uma dimensão legitimadora imprescindível ao desenvolvimento pleno do indivíduo e concreção da dignidade da pessoa humana.

O direito à audiência pública, a partir do fortalecimento da temática de participação da sociedade civil, sobretudo a partir da década de 1980, substancializa singular instrumento de promoção e manifestação da população interessada, em especial devido aos impactos e conseqüências lesivas que determinados empreendimentos econômicos podem desencadear. Neste talvegue, susta apontar que o direito à audiência pública e sua concreção representa a confluência do princípio da participação da sociedade civil e da construção ideológica do Estado Democrático de Direito, sobretudo em razão da afirmação do mínimo existencial, passando a conferir ao exercício da cidadania *status* proeminente no cenário contemporâneo.

Insta, portanto, sublinhar que o direito à audiência pública, maiormente em temática ambiental, representa o desdobramento plural e multifacetado do axioma maior do ordenamento jurídico brasileiro, qual seja: a dignidade da pessoa humana como superprincípios orientador da aplicação e interpretação das normas,

bem como a adoção do corolário da participação comunitária como robusto vetor de inspiração.

5 COMENTÁRIOS FINAIS

Conforme estabelecido no decurso do presente, o Estado Democrático de Direito é caracterizado pela participação direta, referindo-se à terceira fase de evolução da Administração Pública, na qual o particular, individual e pessoalmente, exerce influência na gestão, no controle e nas decisões propaladas pelo Estado. Em tal cenário, trata-se da materialização do princípio democrático norteador do Estado Brasileiro. A democracia participativa é consequência da insuficiência da democracia representativa e decorre da exigência da presença direta dos particulares na tomada de decisões coletivas, o que se dá por meio das audiências públicas, encaradas como corolário sustentador da participação da sociedade civil.

Como instrumento de fiscalização da Administração Pública, e especificamente dos contratos públicos, a audiência pública apresenta dupla natureza jurídica, a saber: a primeira é representada pela publicidade e transparências próprias do mecanismo, no qual se dá a oralidade, a imediação, a assistência, os registros e publicações dos atos; a segunda, consiste na própria participação processual e na abertura de todos os segmentos sociais. Ora, a participação oral e efetiva do público no procedimento ordenado, como parte no sentido jurídico, e não apenas como mero espectador.

Ao se pensar em tal instrumento como a síntese da interação entre os princípios da eficiência, da publicidade e da transparência, denota-se que a audiência pública, como paradigma do exercício da cidadania e da participação da sociedade civil, desempenha importante papel na fiscalização das atividades administrativas desempenhadas. Compreende-se, em tal perspectiva, que o acesso à informação é componente imprescindível ao desenvolvimento de uma cidadania participativa, logo, a oportunidade de opinar, de se manifestar e de influenciar no processo de tomada de decisão é aspecto legitimador do Estado Democrático de Direito, o que se opera nos espaços e nas arenas próprias.

A audiência pública é a maximização do Estado Democrático de Direito, na condição de faceta que influencia diretamente o interesse público como a convergência do interesse da coletividade e não como manifestação do interesse do administrador. Mais do que isso, resgata-se a concepção de supremacia do interesse público como pilar norteador da tomada de decisão, inclusive no que atina ao desenvolvimento dos contratos públicos e a forma como os seus escopos estão se concretizando.

REFERÊNCIAS

BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**: uma defesa das regras do jogo. 5. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1992.

BRASIL. **Constituição (1988). Constituição (da) República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: . Acesso em 03 jan. 2018.

_____. **Lei Complementar nº 101, de 04 de maio de 2000**. Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências. Disponível em: . Acesso em 03 jan. 2018.

_____. **Lei nº 9.755, de 16 de dezembro de 1988**. Dispõe sobre a criação de "homepage" na "Internet", pelo Tribunal de Contas da União, para divulgação dos dados e informações que especifica, e dá outras providências. Disponível em: . Acesso em 03 jan. 2018.

_____. **Superior Tribunal de Justiça**. Disponível em: . Acesso em 03 jan. 2018.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional**. 5. ed. totalmente ref. e aum., 2. reimp. Coimbra: Almedina, 1992, p. 421.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 24 ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010.

ESPÍRITO SANTO (ESTADO). **Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo**. Disponível em: . Acesso em 03 jan. 2018.

FIGUEIREDO, Vanuza da Silva; SANTOS, Waldir Jorge Ladeira dos. Transparência e controle social na Administração Pública. *In: Temas de Administração Pública*, v. 8, n. 1, 2013, p. 1-20. Disponível em: . Acesso em 03 jan. 2017.

FRANÇA, Vladimir da Rocha. **Eficiência administrativa na Constituição Federal. Jus Navigandi**, Teresina, ano 6, n. 49, 1 fev. 2001. Disponível em: . Acesso 03 jan. 2018.

GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 17 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 11 ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Método, 2007, p. 745.

LIMBERGER, Têmis. Transparência administrativa e novas tecnologias: o dever de publicidade, o direito a ser informado e o princípio democrático. *In: Revista do Ministério Público do RS*, Porto Alegre, n. 60, ago. 2007 – abr. 2008, p. 47-65. Disponível em: . Acesso em 03 jan. 2018.

LUBAMBO, Cátia W.; COUTINHO, Henrique G. Conselhos gestores e o processo de descentralização. *In: São Paulo em Perspectiva*, São Paulo, v. 18, n.4, 2004, p. 62-72. Disponível em: . Acesso em 03 jan. 2018.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 38 ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2012.

MELLO, Celso Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Editora Malheiros, 2010.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Direito de participação política**: legislativa, administrativa, judicial: fundamentos e técnicas constitucionais de legitimidade. Rio de Janeiro: Renovar, 1992.

OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. As Audiências Públicas e o processo administrativo brasileiro. *In: Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 34, n. 135, jul-set. 1997, p. 271-282. Disponível em: . Acesso em 03 jan. 2018.

PIRES, A. K. **Gestão pública e desenvolvimento**: Desafio e perspectivas. Brasília: Ipea, 2011, p. 61.

PLATT NETO, Orion Augusto *et al.* Publicidade e transparência das contas públicas: obrigatoriedade e abrangência desses princípios na administração pública brasileira. *In: Contabilidade Vista & Revista*, Belo Horizonte, v.18, n.1, jan.-mar. 2007, p.75-94. Disponível em: . Acesso em 03 jan. 2018.

SANTOS, J. L. L. dos. **Transparência regulatória e controle social**: experiências exitosas em regulação na América Latina e Caribe. Brasília: Ed. Alia Opera, 2012.

SLAIBI FILHO, Nagib. **Sentença Cível: fundamentos e técnica**. 5 ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1998.

VETTORATO, Gustavo. **O conceito jurídico do princípio da eficiência da Administração Pública. Diferenças com os princípios do bom administrador, razoabilidade e moralidade**. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 8, n. 176, 29 dez. 2003. Disponível em: . Acesso 03 jan. 2018.

WLASSAK, Thomas. **O princípio da publicidade. Considerações sobre forma e conteúdo**. *In: Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 7, n. 60, 1 nov. 2002. Disponível no sítio eletrônico: . Acesso em 03 jan. 2018.

NOTAS:

[1] BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**: uma defesa das regras do jogo. 5. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1992.

[2] OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. As Audiências Públicas e o processo administrativo brasileiro. *In: Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 34, n. 135, jul-set. 1997, p. 271-282. Disponível em: . Acesso em 03 jan. 2018, p. 272.

[3] MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Direito de participação política**: legislativa, administrativa, judicial: fundamentos e técnicas constitucionais de legitimidade. Rio de Janeiro: Renovar, 1992, p. 65.

[4] CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional**. 5. ed. totalmente ref. e aum., 2. reimp. Coimbra: Almedina, 1992, p. 421.

[5] OLIVEIRA, 1997, p. 273.

[6] BRASIL. **Constituição (1988). Constituição (da) República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: . Acesso em 03 jan. 2018.

[7] OLIVEIRA, 1997, p. 274.

[8] BRASIL. **Constituição (1988). Constituição (da) República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: . Acesso em 03 jan. 2018.

[9] GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 17 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012, p. 76.

[10] MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 38 ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2012, p. 98.

[11] FRANÇA, Vladimir da Rocha. **Eficiência administrativa na Constituição Federal. Jus Navigandi**, Teresina, ano 6, n. 49, 1 fev. 2001. Disponível em: . Acesso 03 jan. 2018.

[12] VETTORATO, Gustavo. **O conceito jurídico do princípio da eficiência da Administração Pública. Diferenças com os princípios do bom administrador, razoabilidade e moralidade. Jus Navigandi**, Teresina, ano 8, n. 176, 29 dez. 2003. Disponível em: . Acesso 03 jan. 2018.

[13] MELLO, Celso Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Editora Malheiros, 2010, p. 92.

[14] BRASIL. **Constituição (1988). Constituição (da) República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: . Acesso em 03 jan. 2018.

[15] CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 24 ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010, p. 33.

[16] BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Acórdão proferido em Mandado de Segurança N° 13.584/DF. Mandado de segurança. Anistia. Interposição de recurso administrativo. Demora na resposta. Prazo razoável para apreciação. Incidência do princípio constitucional da eficiência e da garantia à duração razoável do processo. Omissão configurada. Aplicação subsidiária do art. 49 da Lei n. 9.784/99. 1. Concedida a anistia política, encontra-se pendente de solução, por mais de quatro anos, recurso administrativo que busca a indenização com proventos de Capitão-de-mar e Guerra. 2. Em que pesem o grande número de pedidos feitos ao Ministro da Justiça e o fato dos membros da Comissão de Anistia, seu órgão de assessoramento, atuarem pro bono, aqueles que se consideram atingidos no período de 18 de setembro de 1946 a 5 de outubro de 1988, por motivação exclusivamente política, não podem ficar aguardando, indefinidamente, a apreciação do seu pedido, sem expectativa de solução em prazo razoável. 3. Não é lícito à Administração Pública prorrogar indefinidamente a duração de seus processos, pois é direito do administrado ter seus requerimentos apreciados em tempo razoável, ex vi dos arts. 5º, LXXIII, da Constituição Federal e 2º da Lei n. 9.784/99. 4. O prazo a ser fixado para o julgamento do pedido de anistia pela autoridade coatora, na linha da orientação firmada por esta Terceira Seção, deve ser de 30 (trinta) dias, prorrogáveis por igual período, desde que expressamente motivado, conforme estabelecido no art. 49 da Lei 9.784/99, dispositivo aqui

aplicado de forma subsidiária. 5. Segurança concedida. Órgão Julgador: Terceira Seção. Relator: Ministro Jorge Mussi. Julgado em 13.05.2009. Publicado no DJe em 26.06.2009. Disponível em: . Acesso em 03 jan. 2018.

[17] LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 11 ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Método, 2007, p. 745.

[18] BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Acórdão proferido em Recurso Especial N° 1.044.158/MS. Administrativo. Aposentadoria. Atraso na concessão. Indenização. Princípios constitucionais. Art. 49 da Lei nº 9.784/99. Divergência jurisprudencial não demonstrada. Súmula 13/STJ. 1. Ao processo administrativo devem ser aplicados os princípios constitucionais insculpidos no artigo 37 da Carta Magna. 2. É dever da Administração Pública pautar seus atos dentro dos princípios constitucionais, notadamente pelo princípio da eficiência, que se concretiza também pelo cumprimento dos prazos legalmente determinados. 3. Não demonstrados óbices que justifiquem a demora na concessão da aposentadoria requerida pela servidora, restam malferidos os princípios constitucionais elencados no artigo 37 da Carta Magna. 4. Legítimo o pagamento de indenização, em razão da injustificada demora na concessão da aposentadoria. 5. No caso, como a lei fixa prazo para a Administração Pública examinar o requerimento de aposentadoria, o descumprimento desse prazo impõe ao administrador competente o dever de justificar o retardamento, o que gera uma inversão do ônus probatório a favor do administrado. Assim, cabe ao Estado-Administração justificar o retardo na concessão do benefício. Se não o faz, há presunção de culpa, que justifica a indenização proporcional ao prejuízo experimentado pelo administrado. 6. "A divergência entre julgados do mesmo tribunal não enseja recurso especial". 7. Recurso especial conhecido em parte e provido. Órgão Julgador: Segunda Turma. Relator Ministro Castro Meira. Julgado em 27.05.2008. Publicado no DJe em 06.06.2008. Disponível em: . Acesso em 03 jan. 2018.

[19] CARVALHO FILHO, 2010, p. 34.

[20] ESPÍRITO SANTO (ESTADO). **Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo**. Acórdão proferido em Apelação Cível N° 24060226065. Processual civil. Apelação. Concurso público. Homologação do resultado final. Não caracterização da perda do objeto. Precedentes do STJ. Garantia da razoável duração do processo. Princípio da eficiência. Sentença anulada. Recurso conhecido e provido. (...) 3) A Constituição Federal assegura a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação (art. 5º, LXXVIII, da CF), além de determinar expressamente no caput do art. 37 a obediência ao princípio da eficiência na Administração Pública. 4) Assim, em casos que tais, impõe-se a anulação da sentença, permitindo-se ao autor a produção da prova do alegado

direito na instância originária. 5) Recurso conhecido e provido. Órgão Julgador: Segunda Câmara Cível. Relator: Desembargador Álvaro Manoel Rosindo Bourguignon. Julgado em 18.12.2012. Publicado no DJe em 22.01.2013. Disponível em: . Acesso em 03 jan. 2018.

[21] CARVALHO FILHO, 2010, p. 28.

[22] WLASSAK, Thomas. **O princípio da publicidade. Considerações sobre forma e conteúdo.** *In: Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 7, n. 60, 1 nov. 2002. Disponível no sítio eletrônico: . Acesso em 03 jan. 2018.

[23] MEIRELLES, 2012, p.96.

[24] MELLO, 2010, p. 114.

[25] WLASSAK, 2002, s.p.

[26] SLAIBI FILHO, Nagib. **Sentença Cível: fundamentos e técnica.** 5 ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1998, p.132.

[27] GASPARINI, 2012, p. 12.

[28] FIGUEIREDO, Vanuza da Silva; SANTOS, Waldir Jorge Ladeira dos. Transparência e controle social na Administração Pública. *In: Temas de Administração Pública*, v. 8, n. 1, 2013, p. 1-20. Disponível em: . Acesso em 03 jan. 2017, p. 05.

[29] FIGUEIREDO; SANTOS, 2013, p.05.

[30] PIRES, A. K. **Gestão pública e desenvolvimento:** Desafio e perspectivas. Brasília: Ipea, 2011, p. 61.

[31] FIGUEIREDO; SANTOS, 2013, p.06.

[32] SANTOS, J. L. L. dos. **Transparência regulatória e controle social:** experiências exitosas em regulação na América Latina e Caribe. Brasília: Ed. Alia Opera, 2012.

[33] LUBAMBO, Cátia W.; COUTINHO, Henrique G. Conselhos gestores e o processo de descentralização. *In: São Paulo em Perspectiva*, São Paulo, v. 18, n.4, 2004, p. 62-72. Disponível em: . Acesso em 03 jan. 2018.

[34] BRASIL. **Lei nº 9.755, de 16 de dezembro de 1988**. Dispõe sobre a criação de "homepage" na "Internet", pelo Tribunal de Contas da União, para divulgação dos dados e informações que especifica, e dá outras providências. Disponível em: . Acesso em 03 jan. 2018.

[35] *Idem*. **Lei Complementar nº 101, de 04 de maio de 2000**. Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências. Disponível em: . Acesso em 03 jan. 2018.

[36] LIMBERGER, Têmis. Transparência administrativa e novas tecnologias: o dever de publicidade, o direito a ser informado e o princípio democrático. *In*: **Revista do Ministério Público do RS**, Porto Alegre, n. 60, ago. 2007 – abr. 2008, p. 47-65. Disponível em: . Acesso em 03 jan. 2018.

[37] FIGUEIREDO; SANTOS, 2013, p.09.

[38] BRASIL. **Lei Complementar nº 101, de 04 de maio de 2000**. Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências. Disponível em: . Acesso em 03 jan. 2018.

[39] PLATT NETO, Orion Augusto *et all*. Publicidade e transparência das contas públicas: obrigatoriedade e abrangência desses princípios na administração pública brasileira. *In*: **Contabilidade Vista & Revista**, Belo Horizonte, v.18, n.1, jan.-mar. 2007, p.75-94. Disponível em: . Acesso em 03 jan. 2018, p. 80.

[40] MOREIRA NETO, 1992, p. 129.

[41] OLIVEIRA, 1997, p. 276.

[42] OLIVEIRA, 1997, p. 277.

O QUE MUDOU OU FOI INCLUÍDO NO NOVO DECRETO SOBRE ARMAS?

FABIO MARTINS DI JORGE: Especialista em Direito Administrativo, é sócio fundador da Advocacia Di Jorge.

Cumprindo sua agenda de campanha, o Presidente da República, Jair Bolsonaro, assinou hoje o decreto que, em tese, flexibiliza a posse de arma de fogo em residência ou estabelecimento comercial. O porte (transportar a arma de fogo) não foi e nem poderia ser alterado por decreto.

Basicamente, após análise jurídica do texto do decreto, é possível verificar que a principal alteração é a presunção '*iuris tantum*' de veracidade dos fatos e das circunstâncias afirmadas na declaração de efetiva necessidade do interessado para posse de arma de fogo a ser analisada pela Polícia Federal. Antes, era justamente na questão da demonstração de necessidade para a posse que a esmagadora maioria dos requerimentos eram negados.

Com base nessa pequena grande alteração do modo como o Estado brasileiro irá valorar, recepcionar e presumir válida a necessidade de posse de armamento, os demais requisitos foram mantidos, assim elencados: declarar efetiva necessidade; ter, no mínimo, vinte e cinco anos; apresentar original e cópia, ou cópia autenticada, de documento de identificação pessoal; comprovar, em seu pedido de aquisição do Certificado de Registro de Arma de Fogo e periodicamente, a idoneidade e a inexistência de inquérito policial ou processo criminal, por meio de certidões de antecedentes criminais da Justiça Federal, Estadual, Militar e Eleitoral, que poderão ser fornecidas por meio eletrônico; apresentar documento comprobatório de ocupação lícita e de residência certa; comprovar, em seu pedido de aquisição do Certificado de Registro de Arma de Fogo e periodicamente, a capacidade técnica para o manuseio de arma de fogo; comprovar aptidão psicológica para o manuseio de arma de fogo, atestada em laudo conclusivo fornecido por psicólogo do quadro da Polícia Federal ou por esta credenciado. Além disso, caso na residência ou no local de trabalho, haja menores de 18 anos ou pessoas com deficiência mental, deverá o interessado apresentar declaração de que no local possui cofre ou local seguro com tranca para armazenamento, sob pena de prática de crime para quem deixar menor de 18 anos ou pessoa com deficiência mental se apoderar da arma de fogo sob sua responsabilidade, com detenção de 1 a 3 anos e multa.

Algumas atividades ou circunstâncias, por outro lado, tornam, não mais presumida, mas consideram efetiva a necessidade de posse de arma de fogo quando e para: os agentes públicos, ativos ou inativos, relacionados à segurança pública e do sistema socioeducativo, desde que lotados nas unidades em Casas de Internação para menores; os envolvidos no exercício de atividades de poder de polícia administrativa ou de correição em caráter permanente; os militares ativos e inativos; aos colecionadores, atiradores e caçadores, devidamente registrados no Comando do Exército. As grandes novidades nesse ponto são a efetiva necessidade para aqueles residentes em área rural; aqueles residentes em áreas urbanas com elevados índices de violência, assim consideradas aquelas localizadas em unidades federativas com índices anuais de mais de dez homicídios por cem mil habitantes, no ano de 2016, conforme os dados do Atlas da Violência 2018, produzido pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada e pelo Fórum Brasileiro de Segurança Pública (o que, infelizmente, abarca quase todo território nacional); e os titulares ou responsáveis legais de estabelecimentos comerciais ou industriais.

Provados esses requisitos, o interessado poderá requerer a posse de até quatro armas de fogo, sendo que, caso haja interesse de outras, deverá demonstrar a efetiva necessidade, o que, na prática, diante das inovações ao funcionamento desse sistema, não deverá ser de difícil demonstração.

Evidentemente, constituem razões para o indeferimento do pedido ou para o cancelamento do registro, se o interessado não demonstrar a presença dos requisitos a que me referi acima; e, principalmente, quando houver comprovação de que o requerente: a) prestou a declaração de efetiva necessidade com afirmações falsas; b) mantém vínculo com grupos criminosos; e c) age como pessoa interposta de quem não preenche aqueles requisitos, o que desafia possível prática de crime de falso.

Outra importante inovação é a alteração de 05 para 10 anos acerca da validade dos requisitos que deverão ser comprovados junto à Polícia Federal, para fins de renovação do Certificado de Registro. A Validade de 10 anos também foi alterada para armas de uso restrito, que são aquelas de uso exclusivo das Forças Armadas, de instituições de segurança pública e de pessoas físicas e jurídicas habilitadas, devidamente autorizadas pelo Comando do Exército, de acordo com legislação específica. O decreto disciplina, ainda, que os registros de posse expedidos até a sua respectiva publicação serão automaticamente renovados por

5 anos. Por fim, o decreto revogou a necessidade de comprovar a capacidade técnica para manuseio da arma de fogo a cada duas renovações de registro de arma., por incompatibilidade com o novo sistema.

Ao nosso sentir, o decreto não poderia ter avançado mais do que avançou, sob pena de violação à atual legislação, que, à evidência, caso se queira revogar o estatuto do desarmamento, somente poderá ocorrer por meio do Congresso Nacional. O mais importante, entretanto, é que pouco importa, ao menos para como pretendo concluir, se o cidadão terá posse de arma ou não, sendo a crítica no sentido de que o Estado estaria privatizando a segurança pública absolutamente vazia de argumento técnico jurídico. Jamais, tendo a pessoa posse de arma de fogo ou não, estaria ela a renunciar à necessária obrigação constitucional do Estado em promover a segurança pública entre nós, tão combatida e tão judiada nos últimos tempos, o que, no fundo, ajudou a promover a eleição do novo governo federal. A flexibilização da posse de arma de fogo (e se mais tarde do próprio porte, o que precisaremos de mais calma para ajustar um sistema!), em suma, permite, eventualmente, a promoção da legítima defesa do particular, lícita em nosso sistema jurídico, mas nunca autorizaria ao Estado relevar ou transferir a sua obrigação de segurança pública.

A LEI DE ACESSO À INFORMAÇÃO EM DESTAQUE: PONDERAÇÕES AO RECONHECIMENTO DO DIREITO À INFORMAÇÃO COMO FUNDAMENTAL À LUZ DA MOLDURA CONSTITUCIONAL

TAUÃ LIMA VERDAN RANGEL: Doutorando vinculado ao Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito da Universidade Federal Fluminense (UFF), linha de Pesquisa Conflitos Urbanos, Rurais e Socioambientais. Mestre em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal Fluminense (UFF). Especializando em Práticas Processuais - Processo Civil, Processo Penal e Processo do Trabalho pelo Centro Universitário São Camilo-ES. Bacharel em Direito pelo Centro Universitário São Camilo-ES. Produziu diversos artigos, voltados principalmente para o Direito Penal, Direito Constitucional, Direito Civil, Direito do Consumidor, Direito Administrativo e Direito Ambiental.

Resumo: O objetivo do presente artigo é analisar a importância da Lei de Acesso à Informação (Lei nº 12.257/2011) no processo de atendimento ao direito à informação pública e sua fundamentalidade. É fato que a Constituição de 1988, ao estabelecer a premissa de Estado Democrático de Direito, estabelece a moralidade e a publicidade administrativa como premissas inafastáveis do comportamento a ser seguido pela Administração Pública. Nesta linha, o acesso à informação pública se apresenta como desdobramento claro do próprio Estado Democrático de Direito e constitui direito-meio para o exercício de outros direitos dotados de elevada densidade jurídica. A Lei nº 12.527/2011, responsável por instituir o dever de transparência por parte da Administração Pública, representa, no contexto de promoção do Estado Democrático de Direito, um verdadeiro marco de ruptura. Contudo, a legislação apresenta pontos de fragilidade que se operam, sobretudo, no processo de implementação da política de transparência e a ausência de um prazo expressamente estabelecido para tal fim, bem como a cultura burocrática estabelecida no modelo de gestão empreendidos por servidores públicos e que tende, em decorrência de aspectos culturais dominantes, edificar obstáculos que difícil superação. Logo, faz-se carecida a modificação de uma realidade complexa,

a fim de alinhá-la com a contemporaneidade e na promoção do direito à informação pública como *conditio sine qua non* para o êxito do Estado Democrático de Direito e para o exercício da cidadania. A metodologia empregada parte do método dedutivo, auxiliada de revisão de literatura e pesquisa bibliográfica como técnicas de pesquisa.

Palavras-chave: Direito à Informação Pública. Princípio da Moralidade Administrativa. Princípio da Publicidade Administrativa. Lei do Acesso à Informação.

Abstract: The purpose of this article is to analyze the importance of the Law on Access to Information (Law 12,257 / 2011) in the process of attending to the right to public information and its fundamentality. It is a fact that the 1988 Constitution, in establishing the premise of the Democratic State of Law, establishes morality and administrative publicity as unassailable premises of the behavior to be followed by the Public Administration. In this line, access to public information is a clear development of the Democratic State of Law itself and constitutes a right-medium for the exercise of other rights with a high legal density. Law 12,527/2011, responsible for establishing the duty of transparency on the part of the Public Administration, represents, in the context of promoting the Democratic State of Law, a true framework of rupture. However, the legislation presents weaknesses that are mainly related to the process of implementing the transparency policy and the absence of an express deadline for doing so, as well as the bureaucratic culture established in the management model undertaken by public servants and tends, due to dominant cultural aspects, to build obstacles that are difficult to overcome. Therefore, it is necessary to modify a complex reality in order to align it with contemporaneity and to promote the right to public information as *conditio sine qua non* for the success of the Democratic State of Law and for the exercise of citizenship. The methodology used is part of the deductive method, aided by literature review and bibliographical research as research techniques.

Keywords: Right to Public Information. Principle of Administrative Morality. Principle of Administrative Advertising. Law on Access to Information.

1 NOTAS INICIAIS: A PARTICIPAÇÃO DA SOCIEDADE CIVIL NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: O RECONHECIMENTO DE UMA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DEMOCRÁTICA

Em linhas introdutórias, a concepção de Estado de Direito por um Texto Constitucional teria duplo aspecto, a saber: imposição de limites ao exercício do poder estatal e a criação de uma autêntica garantia constitucional aos cidadãos. Assim, a acepção de Estado de Direito perpassa por introduzir uma garantia aos cidadãos contra os arbítrios do poder público. Trata-se de reafirmar que o Estado de Direito, em uma órbita administrativa, encontra vinculação direta ao ideário de supremacia do interesse público. Dessa forma, não há que se confundir o interesse que a Administração Pública possui, enquanto síntese de todos os seus cidadãos, com o interesse privado daquele que atua em nome da Administração Pública.

No que alude à democracia, conquanto seja difícil alcançar a unanimidade na determinação precisa de seus aspectos elementares, é imprescindível estabelecer uma definição mínima. Desta feita, a democracia substancializa um conjunto de regras (primárias e fundamentais) que afixam quem está autorizado a tomar as decisões coletivas e com quais procedimentos a serem empregados para a consecução (BOBBIO, 1992). “A democracia, assim, estaria essencialmente relacionada à formação e atuação do governo”, conforme aduz Oliveira (1997, p. 272).

Doutro ângulo, a democracia, enquanto clara manifestação do “governo do povo, pelo povo e para o povo”, plasma o ideário de que a titularidade do poder estatal, em um regime democrático, encontra-se centrado no povo. Trata-se da manifestação mais robusta da soberania popular. A partir de tal dinâmica, alcança-se a concepção de legitimidade, que, nos dizeres de Moreira Neto, consiste em “submissão do poder estatal à percepção das necessidades e dos interesses do grupo nacional que lhe dá existência” (MOREIRA NETO, 1992, p. 65).

Denota-se, portanto, que o controle da legalidade é oriundo do Estado de Direito, no qual o Estado possui claras limitações no que atina ao exercício da supremacia do interesse público, bem como as vedações, de índole constitucional, da deturpação de tal interesse para o atendimento dos interesses particulares daqueles agentes que atuam em seu nome. Já o Estado Democrático de Direito

institucionaliza o controle da legitimidade. Diante de tal cenário, Canotilho (1992, p. 421) frisa que a consagração constitucional da acepção de democracia atende o escopo de alça-la a um autêntico princípio informador do Estado e da sociedade. Sem embargos, o sentido constitucional de tal corolário implica na democratização da democracia, isto é, a condução e a propagação do ideal democrático para além dos marcos fronteiriços do território político.

Com ênfase, a configuração da República Federativa do Brasil como um Estado Democrático de Direito e o tratamento conferido à Administração Pública são convergência que, em conjunto, contribuem para uma maior democratização da Administração Pública. Assim sendo, em diversos momentos, o Texto Constitucional de 1988 estabeleceu como norte uma maior participação popular na Administração Pública e, em especial, por meio da democracia pelo processo. Ao lado disso, “Teve início no Brasil a real democratização administrativa, a ser implementada por intermédio da participação popular na Administração pública e, principalmente, por meio da democracia pelo processo” (OLIVEIRA, 1997, p. 273).

Em tal cenário, é forçoso reconhecer que processo e participação são institutos indissociáveis. Logo, o processo administrativo, sobretudo no que toca aos procedimentos estabelecidos para fiscalização dos contratos públicos, viabiliza o exercício efetivo da participação da sociedade civil. Trata-se de ferramenta jurídica idônea a regular a relação entre governantes e governados e governantes e gastos com o erário público. A participação, desse modo, constitui postulado inafastável da democracia e o processo é, em si mesmo, democrático e, portanto, participativo, sob pena de não ser legítimo.

No que se refere à realidade institucional brasileiro, a confluência entre *democracia* e *Estado de Direito*, levada a cabo pelo atual Texto Constitucional, mais que apresentar um qualificativo da forma assumida pelo Estado Federal, foi responsável pela atribuição aos cidadãos de um direito de primeira ordem e dotado de importância inquestionável: o direito de participação nas decisões estatais. Em tal conjuntura, reconhecer a convergência daqueles elementos implica na aproximação do particular da Administração Pública, atalhando as barreiras existentes entre Estado e sociedade, o que se efetiva por meio da participação da sociedade civil.

Concebida como a possibilidade de intervenção direta ou indireta do cidadão na gestão da Administração pública, de caráter consultivo ou deliberativo, a participação popular na Administração pública – ou participação administrativa – é considerada um dos principais meios para tornar efetiva a democracia administrativa (OLIVEIRA, 1997, p. 274).

A participação da sociedade civil na esfera administrativa visa conferir legitimidade aos atos praticados, conquanto, de maneira incidental, possa desdobrar-se no controle de legalidade. Extrai-se, em tal lógica, a existência de uma dupla função da participação, a saber: uma função legitimadora, que visa assegurar uma maior legitimidade político-democrática às decisões da Administração Pública e a o exercício da função administrativa; e uma função corretiva, ou seja, o objetivo se traduz em ampliar a correção das decisões administrativas, a partir do ponto de vista técnico-funcional e sob o prisma da sua justiça interna.

2 O ACESSO À INFORMAÇÃO COMO DESDOBRAMENTO DO PRINCÍPIO DA MORALIDADE

Urge salientar que a Constituição Cidadã, ao contrário das Cartas que a antecederam, trouxe, de forma expressa e clara, os princípios informadores da Administração Pública, assinalando a incidência de tais preceitos a todos os entes da Federação, bem como os elementos estruturantes da administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes constituídos. Para tanto, como fértil sedimento de estruturação, é possível transcrever o *caput* do artigo 37 que, em altos alaridos, diciona que “a administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência”(BRASIL, 1988).Nesta toada, quadra ter em mente os seguintes apontamentos:

Trata-se, portanto, de princípios incidentes não apenas sobre os órgãos que integram a estrutura central do Estado, incluindo-se aqui os pertencentes aos três Poderes (Poder Executivo, Poder Legislativo e Poder Judiciário), nas também de preceitos genéricos igualmente dirigidos aos entes que em nosso país integram a denominada Administração

Indireta, ou seja, autarquias, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e as fundações governamentais ou estatais (SERESUELA, 2002, s.p.).

É verificável, desta sorte, que os preceitos em comento, dada à proeminência alçada pelo texto constitucional, passam a atuar como elementos que norteiam e, corriqueiramente, conformam a atuação dos entes federativos, bem como as estruturas, tais como autarquias, sociedades de economia mista, empresas públicas e fundações, que constituem a Administração Indireta. Em razão de estarem entalhados nas linhas que dão corpo à *Lex Fundamentallis* do Estado Brasileiro, a doutrina convencionou chamá-los de “Princípios Constitucionais Explícitos” ou “Princípios Expressos. São considerados como verdadeiras diretrizes que norteiam a Administração Pública, na medida em que qualquer ato por ela emanado só será considerado válido se estiver em consonância com tais dogmas (CARVALHO FILHO, 2011, p. 21).

Tem-se por princípios reconhecidos aqueles que, conquanto não estejam taxativamente contemplados no texto constitucional, de modo explícito, permeiam, por conseguinte, toda a ramificação do Direito Administrativo. Isto é, são corolários que encontram descanso, mais evidente e palpável, na atividade doutrinária e jurisprudencial, que, por meio dos seus instrumentos, colaboram de forma determinante na consolidação e conscientização de determinados valores, tidos como fundamentais, para o conhecimento e a interpretação das peculiaridades e nuances dos fenômenos jurídicos, advindos dessa ramificação da Ciência Jurídica. “Os princípios são mandamentos nucleares de um sistema, seu verdadeiro alicerce, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas” (GASPARINI, 2012, p. 61).

No mais, ao se ter em visão, a dinamicidade que influencia a contínua construção do Direito, conferindo, via de consequência, mutabilidade diante das contemporâneas situações apresentadas pela sociedade, é possível salientar que a construção da tábua principiológica não está adstrita apenas aos preceitos dispostos nos diplomas normativos e no texto constitucional. Ao reverso, é uma construção que também encontra escora no âmbito doutrinário, tal como no enfrentamento, pelos Tribunais Pátrios, das situações concretas colocadas sob o alvitre. Afora isso, segundo Carvalho Filho,

[...] doutrina e jurisprudência usualmente a elas se referem, o que revela sua aceitação geral como regras de proceder da Administração. É por esse motivo que os denominamos de princípios reconhecidos, para acentuar exatamente essa aceitação (CARVALHO FILHO, 2011, p. 34).

Consagrado no texto da Carta Magna de 1988, no *caput* do artigo 37, o princípio da moralidade, como vetor de orientação e inspiração da Administração Pública, impõe que

[...] o administrador público não dispense os preceitos éticos que devem estar presentes em sua conduta. Deve não só averiguar os critérios de conveniência, oportunidade e justiça em suas ações, mas também distinguir o que é honesto do que é desonesto (CARVALHO FILHO, 2011, p. 23).

Neste diapasão, pode-se salientar que o mandamento em exame exige que o agente público oriente a sua conduta nos padrões éticos, cujo fim último se desdobra em lograr a consecução do bem comum, independente da esfera de poder ou nível político-administrativo da Federação em que sua atuação esteja fincada. Ao lado disso, cuida destacar que o preceito em comento se apresenta, no cenário contemporâneo, como o bastião de validade de todo ato da Administração Pública.

Nesta esteira, não se trata de um instrumento sistematizador de um conceito atrelado à moral comum; ao reverso, está assentado em uma moral jurídica, compreendida como o conjunto de ordenanças normativas de condutas retiradas da disciplina interior da Administração. Assim, a moralidade administrativa, distintamente da moralidade comum, é constituída por disciplinas de boa administração, a saber: pelo conjunto de disposições finais e disciplinares suscitadas não só pela distinção entre o bem e o mal, mas também, pelo ideário geral de administração e pela ideia de função administrativa. De acordo com Meirelles,

O certo é que a moralidade do ato administrativo juntamente com a sua legalidade e finalidade, além de sua adequação aos demais princípios, constituem pressupostos

de validade sem os quais toda atividade pública seria ilegítima (MEIRELLES, 2012, p. 91).

O corolário em destaque, como preceito norteador da Administração Pública, expressamente insculpido no texto constitucional e como requisito de validade dos atos administrativos, encontra seu substrato de edificação no sistema de direito, mormente no ordenamento jurídico-constitucional, sendo certo que os valores humanos que inspiram e subjazem a esse ordenamento constituem, em muitos casos, a concretização normativa de valores retirados da pauta dos direitos naturais, ou do patrimônio ético e moral consagrado pelo senso comum da sociedade. Ademais, o aviltamento ao axioma em análise se caracteriza pela desarmonia entre a expressão formal do ato, substancializada na aparência, e a sua manifestação real, consistente na substância, criada e decorrente de impulsos subjetivos essencialmente viciados no que se refere aos motivos, à causa ou à finalidade da atuação administrativa.

Quadra rememorar que a atividade estatal, independente do domínio institucional de sua incidência, está fundamentalmente subordinada à observância de parâmetros ético-**jurídicos**, os quais ressoam a consagração constitucional do preceito da moralidade administrativa, que se qualifica com valor constitucional emoldura de essência ética e içada à condição de axioma fundamental no processo de poder, subordinando, de modo estrito, o exercício, pelo Estado e seus agentes, da autoridade concedida pelo ordenamento normativo. Assim, o postulado em realce norteia a atuação do Poder Público, conferindo, por via de consequência, substância e dá expressão a uma pauta de valores éticos, nos quais se alicerça a própria ordem positiva do Estado. Desta sorte, é patente que o princípio constitucional da moralidade administrativa, ao estabelecer limitações ao exercício do poder estatal, legítima, de maneira proeminente, o controle de todos os atos do poder público que ofendam os valores éticos que devam sustentar, imperiosamente, o comportamento dos órgãos e dos agentes governamentais, não importando em que instância de poder eles esteja alocados.

Com realce, o preceito da moralidade administrativa apresenta primazia sobre os demais corolários constitucionalmente formulados, porquanto é constituído, em sua essência, de elemento interno a fornecer a substância válida do comportamento público. Nesta esteira, toda atuação administrativa tem como ponto de partida os influxos decorrentes do cânone em exame e a ele se volta. Os

demais princípios constitucionais, expressos ou implícitos, somente podem ter a sua leitura correta no sentido de admitir a moralidade como parte integrante de seu conteúdo. “Assim, o que se exige no sistema de Estado Democrático de Direito no presente, é a legalidade moral, vale dizer, a legalidade legítima da conduta administrativa”, conforme o magistério de Carmem Lúcia Antunes Rocha (1994, p. 213-214). Com o escopo de fortalecer as ponderações estruturadas, cuida trazer à colação a manifestação apresentada pelo Ministro Ricardo Lewandowski, ao apreciar o Recurso Extraordinário N° 579.951/RN, notadamente no que concerne ao princípio da moralidade, quando, com bastante pertinência, evidencia que:

Essa moralidade não é o elemento do ato administrativo, como ressalta Gordillo, mas compõe-se dos valores éticos compartilhados culturalmente pela comunidade e que fazem parte, por isso, da ordem jurídica vigente. A indeterminação semântica dos princípios da moralidade e da impessoalidade não podem ser um obstáculo à determinação da regra da proibição ao nepotismo. Como bem anota García de Enterría, na estrutura de todo conceito indeterminado é identificável um 'núcleo fixo' (*Begriffkern*) ou 'zona de certeza', que é configurada por dados prévios e seguros, dos quais pode ser extraída uma regra aplicável ao caso (BRASIL, 2008).

Como bem pontua Ávila (2006, p. 38), o corolário constitucional da moralidade administrativa, em razão de sua essência, “estabelece um estado de confiabilidade, honestidade, estabilidade e continuidade nas relações entre o poder público e o particular, para cuja promoção são necessários comportamentos sérios, motivados, leais e contínuos”. Alinhando-se a tais ponderações, não se pode olvidar que a partir da realidade inaugurada pela Carta de Outubro de 1988, a observância do baldrame em estudo, especialmente por parte dos agentes que integram a Administração Pública, passou a reunir aspectos e características que figuram como verdadeiros pressupostos de validade dos atos, independentes de estarem arrimados, ou não, em competência discricionária.

Ora, não se pode olvidar que o preceito constitucional em exposição reúne valores de essência ética que sustentam a acepção de moralidade jurídica, notadamente no que se refere à atuação do administrador. Inclusive, há que se

destacar que o STF, ao se manifestar em processo que trazia em seu bojo o assunto em comento, em oportunidade pretérita, consolidou o entendimento no qual o baldrame da moralidade administrativa condiciona a legitimidade e a validade dos atos estatais.

Desta sorte, qualquer que seja o domínio institucional de sua incidência, a atividade estatal está imperiosamente submetida à observância de parâmetros ético-jurídicos, que são refletidos de modo claro na consagração do princípio da moralidade no *caput* do artigo 37 da Carta de 1988. Nesta esteira, é possível colacionar robusto entendimento jurisprudencial que sustenta as ponderações vertida até o momento, consoante se inferem dos arestos:

Ementa: Ação Direta de Inconstitucionalidade (...). O princípio da moralidade administrativa - Enquanto valor constitucional revestido de caráter ético-jurídico - Condiciona a legitimidade e a validade dos atos estatais. - A atividade estatal, qualquer que seja o domínio institucional de sua incidência, está necessariamente subordinada à observância de parâmetros ético-jurídicos que se refletem na consagração constitucional do princípio da moralidade administrativa. Esse postulado fundamental, que rege a atuação do Poder Público, confere substância e dá expressão a uma pauta de valores éticos sobre os quais se funda a ordem positiva do Estado. O princípio constitucional da moralidade administrativa, ao impor limitações ao exercício do poder estatal, legitima o controle jurisdicional de todos os atos do Poder Público que transgridam os valores éticos que devem pautar o comportamento dos agentes e órgãos governamentais. (...)

(Supremo Tribunal Federal – Tribunal Pleno/ ADI 2.661 MC/ Relator: Ministro Celso de Mello/ Julgado em 05.06.2002/ Publicado no DJ em 23.08.2002, p. 70).

Ementa: Recurso ordinário em mandado de segurança. Concurso público. Aprovação dentro do número de vagas. Direito líquido e certo. Recurso provido. 1. O princípio da moralidade impõe obediência às regras insculpidas no

instrumento convocatório pelo Poder Público, de sorte que a oferta de vagas vincula a Administração pela expectativa surgida entre os candidatos. 2. A partir da veiculação expressa da necessidade de prover determinado número de cargos, através da publicação de edital de concurso, a nomeação e posse de candidato aprovado dentro das vagas ofertadas, transmuda-se de mera expectativa à direito subjetivo. 3. Tem-se por ilegal o ato omissivo da Administração que não assegura a nomeação de candidato aprovado e classificado até o limite de vagas previstas no edital, por se tratar de ato vinculado. 4. Recurso provido para determinar a investidura da recorrente no cargo de Médico Generalista para o qual foi devidamente aprovada. (Superior Tribunal de Justiça – Quinta Turma/RMS nº 26.507-RJ/ Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho/ Julgado em 18.09.2008/ Publicado no DJe em 20.10.2008).

O postulado em destaque tem o condão de conferir substância, ao tempo em que atribui expressão a uma plural tábua de valores éticos, servido, também, como pilar fundante da ordem positiva do Estado. Além do entalhado, patente se revela a necessidade de salientar que tal dogma legitima o controle jurisdicional de todos os atos do Poder Público que transgridam, ofendam ou inobservem os valores éticos que devem sustentar o comportamento dos agentes e órgãos governamentais. Ao lado disso, ao espancar a respeito do princípio da moralidade administrativa, importante destacar a robusta e singular lição de Celso Antônio Bandeira de Mello, que assim versa:

De acordo com ele, a Administração e seus agentes têm de atuar na conformidade de princípios éticos. Violá-los implicará violação ao próprio Direito, configurando ilicitude que assujeita a conduta viciada a invalidação, porquanto tal princípio assumiu foros de pauta jurídica, na conformidade do art. 37 da Constituição. Compreendem-se em seu âmbito, como é evidente, os chamados princípios da lealdade e boa-fé, tão oportunamente encarecidos pelo mestre espanhol Jesús Gonzáles Peres em monografia preciosa. Segundo os cânones da lealdade e da boa-fé, a Administração haverá de proceder em relação aos administrados com sinceridade e

lhaneza, sendo-lhe interdito qualquer comportamento astucioso, eivado de malícia, produzido de maneira a confundir, dificultar ou minimizar o exercício de direitos por parte dos cidadãos (MELLO, 2013, p. 109-110).

A partir do dever imposto à Administração Pública, advindo do princípio da moralidade administrativa, é perceptível que o acesso à informação constitui verdadeiro corolário desdobrado. Trata-se, neste aspecto, de reconhecer o acesso à informação como uma das bases do sistema interamericano de Direitos Humanos, a Convenção Americana de Direitos Humanos, também conhecida por Pacto de São José da Costa Rica, foi subscrita em 1969 e entrou em vigência em 1978. Nacionalmente, os mecanismos de informação pública são dotados de contemporaneidade. Com o fim da ditadura civil-militar e o fomento pela redemocratização do país, o acesso à informação ganha espaço, passando a ser incluído no bojo da nova Constituição de 1988.

O texto afixa três mecanismos assegurando sobredito direito, quais sejam: o inciso XXXIII do artigo 5º, o inciso II do §3º do artigo 37 e o §2º do artigo 216. Conquanto esteja previsto no Texto Constitucional, desde a sua promulgação, o direito à informação carecia de um instrumento legislativo estabelecido com o escopo exclusivo de promover sua regulação. Sobre o aludido, Medeiros, Magalhães e Pereira (2014, p. 58) afirmam que “pelo contrário, o que se percebeu foi que, em nosso país, foi uma cultura pródiga de produzir decretos e legislações sobre o sigilo de documentos públicos”.

O direito à informação encontra vinculação direta com a liberdade de expressão e configura verdadeiro direito público subjetivo, no qual cada cidadão tem direito a formar seu livre convencimento a partir de informações prestadas. A partir de um recorte essencialmente individual, o direito em comento atende o papel de maximizar o exercício de uma autonomia pessoal e fomenta o exercício da cidadania e de uma gestão administrativa democrática, na modalidade de participação da sociedade civil. De acordo com Bucci,

O direito individual ao acesso à informação pública está interligado com o exercício da cidadania em fiscalizar os atos governamentais. Não deve ser confundido com o direito de informação a dados pessoais em poder do Estado, já que este está inserido no rol de garantias de direito à informação,

que contém, também, o direito a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, e não é abarcado pelo DAIP [direito ao acesso à informação pública] (BUCCI, 2009, s.p.).

Outro aspecto que sobreleva anotar é o aspecto coletivo que todo bem público possui, logo, as informações contidas no Estado Democrático de Direito materializa *res publica*, sendo carecido o seu conhecimento pela sociedade, que é responsável por conferir legitimidade ao exercício do poder. Materializa-se, dessa forma, a única medida eficaz que há para o controle institucional, porquanto sem o exercício de tal direito inerente à cidadania, subsistirá o sufocamento do interesse público em detrimento do interesse pessoal que será convertido em corrupção.

Além disso, ao reconhecer a informação pública como um bem público, é forçoso apontar que tais tem caráter não distributivo, isto é, são inalienáveis, imprescritíveis e impenhoráveis. Logo, o direito à informação pública configura um direito indisponível, tendo, além de natureza pública, aspecto individual e coletivo simultaneamente. Bucci (2009) sustenta que o direito à informação pública encontra relação direta com o corolário da publicidade que o Estado se atém, pois subsiste a necessidade da transparência dos fatos e atos praticados ou de sua omissão.

Logo, não há se falar em um direito coletivo, pois, se assim o fosse, incidiria a supressão de um direito individual contido na Carta de 1988, bem como alguns direitos encontrariam obstáculos para sua efetiva concretização, a exemplo da liberdade de expressão. O direito à informação pública é um apenas, contudo os interesses coletivos a ele vinculados assumem natureza transindividual, consistindo em três espécies, quais sejam: (i) interesse individual homogêneo, consistente naquele ligado a um indivíduo, porém há um grupo que também goza dos mesmos interesses; (ii) interesses coletivos, assim compreendidos como aqueles que são titulares um grupo, categoria ou classe; e (iii) interesses difusos, nos quais há uma indeterminação de titulares.

Além disso, o direito à informação pública apresenta um escopo muito maior do que conseguir a concreção em si mesmo, eis que não é um direito autônomo, mas sim um instrumento necessário para efetivação da participação da sociedade civil, da liberdade de expressão e, por meio, um meio dotado de eficácia

para se promover a exigibilidade dos direitos sociais contidos na Carta de 1988. Logo, o direito em comento materializa um pré-requisito para o livre exercício da cidadania, abarcado na participação da política do Estado, tal como na requisição de direitos inerentes ao ser humano.

Dessa forma, não se trata apenas de um direito constitucional fundamental, mas sim um direito humano, cujo fito maior é promover o alcance e a concretização de outros direitos igualmente constitucionais fundamentais e humanos. Reconhece-se que o direito à informação, em termos gerais e com especial ênfase para a informação pública, substancializa um importante direito-meio para a consecução de outros direitos que são indissociáveis do Estado Democrático de Direito.

3 A LEI DE ACESSO À INFORMAÇÃO EM PAUTA: A PROEMINÊNCIA DO PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE E O DIREITO À TRANSPARÊNCIA DAS INFORMAÇÕES ADMINISTRATIVAS

Importante mandamento entalhado nas linhas da Constituição Federal, no que concerne à atuação da Administração Pública, é o princípio da publicidade, disposto, de maneira expressa, no art. 37, *caput*. Pela dicção de tal preceito, “os atos da Administração devem merecer a mais ampla divulgação possível entre os administrados, e isso porque constitui fundamento do princípio propiciar-lhes a possibilidade de controlar a legitimidade da conduta dos agentes administrativos” (CARVALHO FILHO, 2010, p. 28). Tal fato tem como arrimo de sustentação a premissa que, apenas com a transparência das condutas da Administração Pública, por meio de sua publicização, é que os cidadãos poderão aquilatar, ou não, a legalidade dos perpetrados, bem como se estes se revestem de eficiência.

Como bem destacou Wlassak (2002, s.p.), *“a publicidade sempre foi tida como um princípio administrativo, porque se entende que o Poder Público, por ser público, deve agir com a maior transparência possível”, com o escopo de assegurar que os administrados tenham, a todo momento, o conhecimento do desenvolvimento das atividades dos administradores. Em igual substrato ensina Meirelles (2012, p. 96), ao abordar o princípio em tela, destacando que “a publicidade não é elemento formativo do ato; é requisito de eficácia e moralidade”. Deste modo, sendo o ato considerado como irregular, mesmo havendo publicidade, esta não terá o condão de convalidá-lo; em mesmo sentido,*

ainda que seja regular, a dispensa de sua publicização não será comportada, quando a lei ou o regulamento, de maneira expressa, a exigir. Acerca do princípio da publicidade, a lição de Mello:

Consagra-se nisto o dever administrativo de manter plena transparência em seus comportamentos. Não pode haver em um Estado Democrático de Direito, no qual o poder reside no povo (art. 1º, parágrafo único, da Constituição), ocultamento aos administrados dos assuntos que a todos interessam, e muito menos em relação aos sujeitos individualmente afetados por alguma medida (MELO, 2010, p. 114).

Neste diapasão, quadra destacar que o princípio da publicidade não está adstrito apenas à Administração Pública, enquanto manifestação do Poder Executivo, mas também se estende aos demais Poderes constituídos. O princípio da publicidade também se aplica à elaboração das leis em si, o que já foi definido na Lei Complementar 95, de 26 de fevereiro de 1998. Fortalecendo tais ponderações, o articulista Wlassak, ao orientar a incidência do princípio da publicidade no âmbito do Poder Judiciário, frisa que:

No que diz respeito ao Judiciário, a própria Constituição estatui regra específica quanto à publicidade de seus atos (inciso IX do art. 93). Sabedores que somos da necessidade de fundamentação dos atos judiciais, para que se possa contrastá-los, é na publicidade destes atos que se constrói a ponte entre o juiz e o cidadão. Todos os seus atos, com exceção dos que possam atingir a intimidade dos envolvidos ou quando o interesse social assim o exigir (o que, convenhamos, deixa ao juiz um amplo poder de decidir o que seria este "interesse social"), o que está estampado no inciso LX do art. 5º da Constituição - **"a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem"** (WLASSAK, 2002, s.p) (destaque nosso).

Nagib Slaibi Filho, com grande técnica, bem resume a dupla vertente do princípio da publicidade no âmbito de atuação do Judiciário:

Vemos, assim, que o princípio da publicidade, no Poder Judiciário, funciona em dois níveis: no primeiro, no sentido de publicidade ampla, absoluta ou externa em que a atuação do Estado-juiz deve ser levada ao conhecimento de toda a sociedade, como fator de legitimação do exercício do poder e, no segundo, como publicidade relativa, restrita ou interna em que se restringe o conhecimento dos atos processuais tão-somente às partes e advogados (SLAIBI FILHO, 1998, p. 132).

Valiosas são as lições do doutrinador Gasparini que, ao abordar acerca dos efeitos da publicação oficial, destaca que:

Entre outros, são efeitos da publicação oficial: I – presumir o conhecimento dos interessados em relação ao comportamento da Administração direta, indireta ou fundacional; II – desencadear o decurso dos prazos de interposição de recursos; III – marcar o início dos prazos de decadência e prescrição; IV – impedir a alegação de ignorância em relação ao comportamento da Administração Pública direta e indireta. Diga-se que o princípio da publicidade no deve ser desvirtuado. Com efeito, mesmo a pretexto de atendê-lo, é vedado mencionar nomes ou veicular símbolos ou imagens que possam caracterizar promoção pessoal de autoridade ou servidor público [...] . Essas disposições são de observância imediata, não necessitando para sua aplicação de qualquer regulamentação (GASPARINI, 2012, p. 12).

Desta feita, a par de tais ponderações, para que o princípio da publicidade tenha seus mandamentos cumpridos, imperiosa se faz a ampla e irrestrita publicização dos atos da Administração, direta, indireta e fundacional, em veículo informativo (jornal ou congêneres) de ampla circulação. A publicidade, como supernorma de inspiração da Administração Pública, compreendendo tanto direta

e indiretamente, não confere a faculdade de veicular seus atos, mas sim a obrigação de tal fato. Ora, tão-somente por meio do esposado alhures é que o administrado/cidadão pode exercer, sem qualquer restrição, barreira ou limitação, a análise da legalidade dos atos praticados pela Administração Pública, bem como comprovar se estes alcançam a eficiência que devem ambicionar.

É fato que a transparência, enquanto desdobramento dos princípios norteadores da Administração Pública, estimula a participação da sociedade civil, bem como a informação divulgada traz aproximação da sociedade de gestão exercida por seus representantes. “As entidades públicas têm o dever de promover a transparência de sua administração e a sociedade tem o direito ao acesso e o acompanhamento da administração pública” (FIGUEIREDO; SANTOS, 2013, p. 05), com fins de promover a consolidação da cidadania.

Dessa maneira, a transparência viabiliza um ambiente de análise e reflexão, contudo, para isso, é imprescindível que os gestores públicos apresentem suas tomadas de decisões, como também as divulguem de maneira potencializada nos meios de comunicações acessíveis à população. Para tanto, deve-se superar a perspectiva que as informações fiquem condicionadas e limitadas ao círculo de alguns servidores e assessores apenas. Há que se reconhecer que a transparência, enquanto corolário do princípio da publicidade, opõe-se à teoria *arcana imperii*, dominante no período do poder absoluto. A teoria em comento preconizava que o poder do príncipe é mais eficaz, logo, mais condizente com seu objetivo. Dessa forma, quanto mais oculto estava dos olhares indiscretos do vulgo, mais se aproximava da semelhança de Deus, invisível.

Ao promover o afastamento do cidadão, o gestor fortalece seu poder e confirma o autoritarismo. A transparência, em tal cenário, é a forma de evitar tal conduta, pois a divulgação das ações contribui para a análise crítica da gestão pública. A doutrina encontra sustentação em dois pontos. O primeiro é inerente à própria natureza do sumo poder, cujas ações serão bem sucedidas quanto mais rápidas e previsíveis se comportarem; o controle público, mesmo que exercido apenas por uma assembleia de notáveis, tem o condão de retardar a decisão e impedir a surpresa. Logo,

As medidas realizadas às ocultas e postas em prática de imediato enfraquece o controle social e distancia cada vez mais os governantes dos governados. Dessa forma não há

possibilidade de reação dos populares diante das medidas adotadas (FIGUEIREDO; SANTOS, 2013, p.05).

O segundo argumento é oriundo do desprezo do vulgo, considerado, em tal contexto, como um “animal selvagem” que reclamava domesticação, já que, uma vez dominado por forças mais fortes, era impedido de formar uma opinião racional do bem comum, egoísta de visão estreita, presa fácil dos demagogos que se utilizariam para a obtenção de vantagens. Os dominantes depreciam a capacidade dos dominados de exercer a cidadania de forma consciente. Assim, utilizam da evasiva alegação e pretexto para se esquivar de dificuldades que o cidadão possa criar. Os governantes adotam o engano como estratégia para manter seus privilégios.

De acordo com Pires (2011, p. 61), a participação da sociedade civil pressiona as instituições a serem mais céleres e transparentes, bem como proporciona um suporte de legitimidade às decisões de direção. Consiste em uma instância política da comunidade de usuários de um serviço público, inclusive no que se refere à fiscalização dos contratos estabelecidos pela Administração Pública. “A entidade ao dar transparência de seus dados, abre espaço para futuras reivindicações sociais que visem a um maior detalhamento e à ampliação das informações disponibilizadas” (FIGUEIREDO; SANTOS, 2013, p. 06).

Santos (2012), em complemento, diz que a informação precisa, suficiente e de fácil entendimento para o cidadão comum é imprescindível para o controle social. Em tal linha, a transparência e a participação social são conceitos indissociáveis, interdependentes e intercambiáveis. Revestindo a transparência na concepção de *accountability* inquina-a como um instrumento robusto de participação da sociedade civil. A ampliação da transparência auxilia diretamente no envolvimento das distintas classes sociais no acompanhamento da gestão. A divulgação das informações em grupos restritos e direcionado inibe o seu aspecto de promoção da democracia, atentando contra os princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade e da eficiência, enquanto pilares norteadores da Administração Pública.

4 A LEI DE ACESSO À INFORMAÇÃO EM DESTAQUE: PONDERAÇÕES AO RECONHECIMENTO DO DIREITO À INFORMAÇÃO COMO FUNDAMENTAL À LUZ DA MOLDURA CONSTITUCIONAL

A publicação da Lei nº 12.527 constituiu um marco na conquista pela informação, eis que, na sua ausência, “o cidadão e a sociedade civil ficam, portanto, a depender da discricionariedade burocrática, situação perniciosa para a construção de uma administração pública transparente” (BERTAZZI, 2011, p. 26). Mencionada legislação foi promulgada em 18 de novembro de 2011 e entrou em vigor em maio de 2012, configurando verdadeira ruptura em um cenário existente dotado de pouca ou tímida transparência das informações do Poder Público, afetando diretamente o pleno exercício da cidadania e da democracia participativa.

Ora, em contextos sociais em que há pouca transparência nos atos da Administração Pública, verifica-se comumente o desenvolvimento de práticas paternalistas, clientelistas, corrupções e outras formas de emprego dos bens públicos para promover os interesses particulares. Em razão disso, reconhece-se que os esforços para a efetivação de uma legislação promotora da transparência das informações administrativas e o seu respectivo acesso configuram esforços imprescindíveis no Estado Democrático de Direito. Segundo Stiglitz (2002), isso ocorre porque a melhora do acesso à informação pública e o estabelecimento de regras que proporcionem a disseminação das informações produzidas pelo governo reduzem o objetivo dos abusos que podem ser perpetrados.

Além disso, a tendência contemporânea se pauta na busca pela parceria entre o governo e o cidadão, implicando na participação ativa deste último na tomada de decisões e na formulação de políticas públicas. Dahl (2001) sustenta que cidadãos silenciosos só são perfeitos para um governo autoritário, contudo seriam desastrosos para o desenvolvimento e afirmação de uma democracia. Logo, há que se reconhecer que práticas de tal natureza corroboram a transparência governamental e a redução dos abusos cometidos pelas autoridades governamentais. Lopes justifica:

As políticas que tenham o objetivo de promover acesso à informação pública implicam necessariamente ações que possibilitem acesso a fóruns plurais de discussões, a instituições que prestem contas ao cidadão, a leis de acesso à informação, a proteções contra a negação de prestação de informações por parte de órgãos públicos e à liberdade de imprensa (LOPES, 2007, p. 10).

O emprego de mecanismos de controle público, incluído, aqui, o direito à informação pública, subsidia, de maneira direta, a aproximação do cidadão dos atos governamentais, assegurando, por consequência, maior transparência. Neste aspecto, a legislação pode ser considerada dotada de amplitude, com o escopo de estabelecer normas para promover a promoção do direito humano fundamental de acesso à informação. O conceito de informação é dado pela própria lei, definindo-a como “dados, processados ou não, que podem ser utilizados para a produção e transmissão de conhecimento, contidos em qualquer meio, suporte ou formato” (BRASIL, 2011).

Conforme dita o artigo 2º da Lei nº 12.527/2011, os procedimentos são aplicados à União, Estados, Distrito Federal e Municípios, todavia, não se limita a eles. Contempla, ainda, quaisquer dos órgãos públicos integrantes da administração direta dos Poderes Executivo, Legislativo, incluindo as Cortes de Contas, e Judiciário e do Ministério, bem como as autarquias, as fundações públicas, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e demais entidades controladas direta ou indiretamente pelos entes supramencionados. Dessa forma, a legislação rompe com a burocracia estatal em manter sigilo dos seus atos, logo, o texto contém diretrizes que privilegiam a observância da publicidade como preceito geral e do sigilo como exceção, eis que o domínio da informação constituiria uma inegável fonte de poder.

Lopes (2007) aduz que a falta de informação pública é justamente um dos diversos fatores que motivaram a persistência de comportamentos pré-burocráticos, remanescentes de uma administração patrimonialista, tendo como característica principal o sigilo no trato da coisa pública. Sem a garantia de acesso à informação torna-se inviável a atuação robusta neste sistema de freios e contrapesos. Logo, a modificação no paradigma acarretará como consequência a diminuição do poder daqueles que exercitam o monopólio das informações, democratizando seu acesso à população. Destarte, o acesso aos dados constitui em um dos fundamentos para a consolidação da democracia, ao fortalecer a capacidade dos indivíduos de participar de modo efetivo da tomada de decisões que os afeta. Nesta linha, o cidadão bem informado possui melhores condições de conhecer e acessar outros direitos essenciais, a exemplo da saúde, da educação e dos benefícios sociais.

Na cultura de acesso, o fluxo de informações incide diretamente no processo de tomada de decisões, na boa gestão de políticas públicas e na inclusão do cidadão. De acordo com Manzano Filho (2012), o acesso à informação materializa uma ferramenta imprescindível para combater a corrupção e transformar em realidade o princípio da transparência na gestão pública e melhora na qualidade da própria democracia.

Frise-se, ainda, que a Lei em comento dispensou preocupação para o desenvolvimento de controle social sobre a Administração Pública, elencada como uma de suas diretrizes. Ora, o acesso à informação é essencial para assegurar que as políticas públicas sejam implementadas pelos governos e potencialmente pela participação dos cidadãos, compreendendo desde o planejamento até a execução e a avaliação. Em relação ao desenvolvimento da cultura de transparência na Administração Pública, é imprescindível uma estratégia no que atina à implementação, abarcando ampla gama de ações coordenadas que possibilitem, facilitem e estimulem o acesso a fóruns plurais de discussões, a *accountability* e a proteção contra a negação de prestação de informações por parte de órgãos públicos.

Assim, para a divulgação das informações, os órgãos e entidades públicas deverão utilizar todos os meios e instrumentos legítimos de que dispuserem, sendo obrigatória a divulgação em sítios oficiais da rede mundial de computadores (*internet*). Contudo, a legislação foi omissa ao não fixa o limite para tais órgãos e entidades se adequarem a esta determinação. Medeiros, Magalhães e Pereira (2014) aduzem que o prazo, a rigor, seria coincidente com a *vacatio legis* de 180 (cento e oitenta) dias; contudo, é fato que isso não seria possível, produzindo sítios eletrônicos com informações desconstruídas ou com ferramentas insuficientes de acessibilidade.

Além disso, outro obstáculo para a produção de resultados exitosos pela legislação em comento está relacionado no desempenho dos servidores. Não é possível olvidar que as mudanças propostas pelo diploma legal trarão impactos consideráveis sobre as rotinas dos servidores, sobretudo no que se vincula ao atendimento ao público, além de exigir uma adequação na maneira de produzir, arquivar e divulgar as informações. A nova legislação, conforme as ponderações de Bertazzi,

[...] trará grandes impactos para a administração pública brasileira como um todo. Em especial, trará novidades para o trabalho cotidiano dos servidores públicos, e pode encontrar diversos entraves para sua implementação, uma vez que a lei de acesso à informação pode funcionar como um catalisador da mudança organizacional dentro das repartições públicas, impactando diretamente o dia a dia da organização (BERTAZZI, 2011, p. 25).

Contudo, mesmo se tratando de uma realidade de ruptura, a implementação requer o desenvolvimento de mecanismos exitosos e a modificação de rotinas arcaicas, bem como a capacitação dos servidores para o seu atendimento. A legislação exige uma nova postura a reger a Administração Pública, sobretudo no que toca à asseguarção de mecanismos capazes de materializar o direito à informação pública como elemento indissociável do exercício da cidadania e da promoção da democracia participativa, promovendo uma gestão democrática.

5 COMENTÁRIOS FINAIS

Conforme estabelecido no decurso do presente, o Estado Democrático de Direito é caracterizado pela participação direta, referindo-se à terceira fase de evolução da Administração Pública, na qual o particular, individual e pessoalmente, exerce influência na gestão, no controle e nas decisões propaladas pelo Estado. Em tal cenário, trata-se da materialização do princípio democrático norteador do Estado Brasileiro. Neste sentido, o estabelecimento de princípios constitucionais norteadores da Administração Pública, a exemplo da moralidade e da publicidade, emergem como verdadeiros pilares de promoção de uma democracia participativa e de uma gestão administrativa pautada na transparência e na acessibilidade de suas informações, a fim de assegurar o controle por parte da sociedade.

Em tal concepção, decorre o reconhecimento do direito à informação pública como típico direito de um Estado Democrático de Direito, no qual a informação encontra relação íntima com o processo de cidadania e exercício da fiscalização, por parte da sociedade, das atividades desempenhadas pela Administração Pública. Afora isso, não pode se olvidar que o direito à informação pública configura direito-meio do qual outros direitos dotados de fundamentalidade demandam espaço para serem exigidos por parte de seus

titulares. Não se trata apenas da informação como acesso aos dados, mas também como instrumento para o exercício de direitos.

Assim, para a construção de uma verdadeira democracia, apresenta-se indispensável o acesso claro e transparente à informação pública, além de permitir maior participação popular, fortalecendo os sistemas democráticos e culminando em um processo de cidadania e emancipação dos cidadãos. Em tal contexto, o sigilo propicia a corrupção e estabelece barreiras ao desenvolvimento. Logo, ainda que o acesso à informação pública, por si só, não seja suficiente para a efetivação plena da cidadania e da democracia participativa, se apresenta como importante instrumento de propagação da fiscalização e do estabelecimento de mecanismos de exigibilidade de cumprimento não apenas do direito à informação pública, mas também a gama de outros direitos que dependem direta e indiretamente desse.

A Lei nº 12.527, responsável por instituir o dever de transparência por parte da Administração Pública, representa, no contexto de promoção do Estado Democrático de Direito, um verdadeiro marco de ruptura. Contudo, a legislação apresenta pontos de fragilidade que se operam, sobretudo, no processo de implementação da política de transparência e a ausência de um prazo expressamente estabelecido para tal fim, bem como a cultura burocrática estabelecida no modelo de gestão empreendidos por servidores públicos e que tende, em decorrência de aspectos culturais dominantes, edificar obstáculos que difícil superação. Logo, faz-se carecida a modificação de uma realidade complexa, a fim de alinhá-la com a contemporaneidade e na promoção do direito à informação pública como *conditio sine qua non* para o êxito do Estado Democrático de Direito e para o exercício da cidadania.

REFERÊNCIAS

ÁVILA, Humberto. **Sistema Constitucional Tributário**. 2 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2006.

BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**: uma defesa das regras do jogo. 5. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1992.

BRASIL. **Constituição (1988). Constituição (da) República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: . Acesso em 14 abr. 2018.

_____. **Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011.** Regula o acesso à informação previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do §3º do art. 37 e no §2º do art. 216 da Constituição Federal; altera a Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990; revoga a Lei nº 11.111, de 5 de maio de 2005, e dispositivos da Lei nº 8.159, de 8 de janeiro de 1991; e dá outras providências. Disponível em: . Acesso em 14 abr. 2018.

_____. **Superior Tribunal de Justiça.** Disponível em: . Acesso em 14 abr. 2018.

_____. **Supremo Tribunal Federal.** Disponível em: . Acesso em 14 abr. 2018.

BERTAZZI, Danilo Marasca. O projeto de lei de acesso à informação e seu impacto sobre os servidores públicos. *In: **ARTICLE 19.** Leis de acesso à informação: dilemas da implantação.* 2011. p. 25-39. Disponível em: . Acesso em: 14 abr. 2018.

BUCCI, Eduardo Sadalla. O acesso à informação pública como direito fundamental à cidadania. *In: **Revista Âmbito Jurídico,** Rio Grande, a. 12, n. 67, ago 2009.* Disponível em: . Acesso em abr 2018.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional.** 5. ed. totalmente ref. e aum., 2. reimp. Coimbra: Almedina, 1992, p. 421.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo.** 24 ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010.

FIGUEIREDO, Vanuza da Silva; SANTOS, Waldir Jorge Ladeira dos. Transparência e controle social na Administração Pública. *In: **Temas de Administração Pública,** v. 8, n. 1, 2013, p. 1-20.* Disponível em: . Acesso em 03 jan. 2017.

GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo.** 17 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

LOPES, Cristiano Aguiar. Acesso a informação pública para a melhoria da qualidade dos gastos públicos: literatura, evidências empíricas e o caso brasileiro. *In: **Cadernos Finanças Públicas,** Brasília, n. 8, p. 5-40, dez. 2007.* Disponível em: . Acesso em: 14 abr. 2018.

MANZANO FILHO, Gabriel. **OEA defende o direito à informação**. 2012. Disponível em: . Acesso em: 14 abr. 2018.

MEDEIROS, Simone Assis; MAGALHÃES, Roberto; PEREIRA, Roberto. Lei de Acesso à Informação: em busca da transparência e do combate à corrupção. *In: Inf. Inf.*, Londrina, v. 19, n. 1, jan.-abr. 2014, p. 55-75. Disponível em: . Acesso em 14 abr. 2018.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 38 ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2012.

MELLO, Celso Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Editora Malheiros, 2010.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Direito de participação política**: legislativa, administrativa, judicial: fundamentos e técnicas constitucionais de legitimidade. Rio de Janeiro: Renovar, 1992.

OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. As Audiências Públicas e o processo administrativo brasileiro. *In: Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 34, n. 135, jul.-set. 1997, p. 271-282. Disponível em: . Acesso em 14 abr. 2018.

PIRES, A. K. **Gestão pública e desenvolvimento**: Desafio e perspectivas. Brasília: Ipea, 2011, p. 61.

ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. Ação afirmativa: o conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica. *In: Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 33, n. 131, p. 283- 295, jul.-set. 1996.

_____. **Princípios constitucionais da administração pública**. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 1994.

SANTOS, J. L. L. dos. **Transparência regulatória e controle social**: experiências exitosas em regulação na América Latina e Caribe. Brasília: Ed. Alia Opera, 2012.

SLAIBI FILHO, Nagib. **Sentença Cível: fundamentos e técnica**. 5 ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1998.

SERESUELA, Nívea Carolina de Holanda. **Princípios constitucionais da Administração Pública.** *In: Revista Jus Navigandi*, Teresina, a. 7, n. 60, 1 nov. 2002. Disponível em: . Acesso em 14 abr. 2018.

STIGLITZ, Joseph. Transparency in government. In: WORLD BANK INSTITUTE. **The right to tell: the role of mass media in economic development.** Washington, 2002. Part.1, p. 27-44. Disponível em: . Acesso em: 14 abr. 2018.

WLASSAK, Thomas. **O princípio da publicidade. Considerações sobre forma e conteúdo.** *In: Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 7, n. 60, 1 nov. 2002. Disponível no sítio eletrônico: . Acesso em 14 abr. 2018.

SERVIDOR PÚBLICO GREVISTA: UMA COMPARAÇÃO ENTRE BRASIL E COLÔMBIA

MYLENA DEVEZAS SOUZA: Advogada.
Mestranda em Direito e Sociologia pela
Universidade Federal Fluminense - UFF.

CHAVES, Luiza Alves^[1]

Coautora)

Resumo: A presente pesquisa faz comparação entre o direito à greve dos servidores públicos no Brasil e na Colômbia. Utilizou-se de revisão bibliográfica, jurisprudencial e de breve análise histórica do tratamento do instituto no Brasil, comparando com o tratamento deferido pela Constituição Colombiana à matéria. As conclusões da pesquisa demonstraram que em ambos os países há problemas com a ausência de regulamentação, seja quanto ao direito à greve (no caso dos servidores públicos brasileiros), seja quanto aos critérios de definição dos serviços públicos essenciais no ordenamento jurídico colombiano.

Palavras-chave: servidor público; greve; Brasil; Colômbia.

Sumário: 1. Introdução. 2. O direito à greve. 3. Greve do servidor público no Brasil. a. Histórico do direito à greve no Brasil. b. Regulamentação do direito de greve do servidor público. 4. Direito à greve do servidor público na Colômbia. a. Histórico do direito de greve na Colômbia. b. Direito à greve nos serviços públicos essenciais. Considerações Finais. Referências Bibliográficas.

1. Introdução

A Constituição Federal Brasileira garante o direito à greve aos servidores públicos e aos trabalhadores da área privada. No artigo 37, inciso VII da CRFB há a disposição que o direito de greve dos integrantes da administração pública direta e indireta será exercido nos termos e nos limites definidos em lei específica. Entretanto referida lei até o momento não foi elaborada, deixando o direito de greve dos servidores públicos não regulamentado.

A Constituição brasileira prevê no artigo 9º o direito de greve dos trabalhadores da iniciativa privada, cabendo à lei definir as atividades e serviços essenciais e dispor sobre o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade. A Lei nº 7.783 de 1989 foi elaborada para atender a essa determinação constitucional, enumerando no artigo 10 os serviços ou atividades essenciais.

A greve nos serviços e atividades essenciais é, portanto, permitida, desde que os trabalhadores e empregadores garantam a prestação de serviços indispensáveis ao atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade. Além disso, é necessário que a comunidade e os empregadores recebam um aviso com 72 horas de antecedência sobre a paralisação.

Quanto aos servidores públicos, diante da ausência de regulamentação legal, tem sido aplicada a Lei 7.783 de 1989 no que é compatível, conforme decisão do Superior Tribunal Federal.

Na Colômbia, o direito de greve não é amplo como no Brasil, já que o artigo 56 da Constituição daquele país exclui do direito de greve os trabalhadores que atuam nos serviços públicos essenciais. Para que um serviço público seja essencial é imprescindível que preencha três condições: seja um serviço público; seja classificado pela doutrina como essencial; e seja declarado como essencial por uma lei da república. Atendidas estas, exclui-se o direito de greve.

Os trabalhadores que atuam com transporte público, fornecimento de água e esgoto, telefonia pública e seguridade social na Colômbia, por exemplo, não podem declarar a greve, devendo se utilizar de outros meios de resolução de conflitos. A greve em hipótese alguma poderá ser deflagrada em atividades que preencham os requisitos acima citados.

Essa previsão da Constituição colombiana se aproxima daquela constante da Constituição brasileira de 1967, cujo artigo 157, parágrafo 7º, proibia a greve nos serviços públicos e atividades essenciais, definidos em lei. A Constituição de 1988, embora pretenda assegurar o direito de greve aos servidores públicos, encontra obstáculo na inação legislativa, sujeitando-os, por extensão, a uma disciplina legal que não foi elaborada para eles.

2. O direito à greve

De fundamental importância para esta pesquisa é entender o conceito e o histórico do movimento grevista.

“A greve é um fenômeno social, multidisciplinar, de notória importância, tendo exercido papel essencial na formação do movimento sindical, da consciência de classe, das negociações coletivas e do próprio Direito do Trabalho, em suas esferas individual e coletiva[2]”.

A primeira vez que o direito de greve foi constitucionalmente assegurado ocorreu com a Constituição do México de 1917, entretanto foi após a Segunda Guerra Mundial, com o declínio das culturas fascistas e a transição para os regimes democráticos de direito, que o direito de greve começou a ter maior segurança jurídica, sendo previsto em constituições e em declarações de direitos internacionais.

O modelo atual do movimento grevista vem da Revolução Industrial, com a consolidação do regime de trabalho assalariado e o estabelecimento do modelo capitalista, conforme preceitua Sayonara Silva:

“A ampliação dos direitos humanos foi conquistada no bojo de um processo no qual a luta do movimento operário, que exigiu o alargamento e a efetividade dos direitos liberais reconhecidos até então, foi fundamental para a afirmação de novos direitos... Há, então, a afirmação dos direitos políticos e legais à ação do movimento operário, como o direito à greve, à organização coletiva, ou em outros termos, à liberdade sindical plena[3]”.

Quanto à história brasileira, podemos citar algumas greves históricas, como as greves operárias de 1917, a greve dos portuários em Salvador em 1720, e a greve dos tipógrafos no Rio de Janeiro em 1858.

A greve é um fato social, mas para que ocorra o efetivo exercício do direito de greve é necessário que haja sua regulação. Infelizmente, quanto ao servidor público brasileiro, apesar da previsão constitucional que determina a

regulamentação do direito por meio de legislação específica, conforme artigo 37 inciso VII, até hoje não há lei referente à greve.

A greve atualmente tem sido menos utilizada pelos trabalhadores, sendo rotineiramente criticada pela sociedade devido às consequências que atingem os cidadãos em seu cotidiano, principalmente em relação às atividades ditas essenciais. Entretanto, a greve não perde o seu papel como “instrumento indispensável de pressão com vistas a buscar o equilíbrio da desigual relação de dominação versus subordinação[4]”.

O direito à greve é, portanto, objeto de elevada importância para os trabalhadores e servidores públicos na luta por seus direitos, todavia não são todos os países que permitem o direito à greve de forma ampla como o Brasil. Na Colômbia, por exemplo, o direito à greve não é assegurado para os trabalhadores de serviços públicos essenciais.

Diante da diferença legislativa entre os países, torna-se interessante a comparação entre países vizinhos quanto à concessão do direito a greve, principalmente em relação ao setor público.

3. Greve do servidor público no Brasil

a. Histórico do direito à greve no Brasil

Historicamente a greve é uma das manifestações coletivas mais antigas e complexas produzidas pela sociedade. O movimento grevista é um elemento essencial da negociação coletiva, sendo de vital importância para os trabalhadores, afinal

“sem o direito de greve, a própria negociação coletiva tornar-se-ia débil, não tendo como realizar a sua importante função de efetiva e justa pacificação social, em face da conhecida situação de desigualdade que se observa na origem da relação de emprego[5]”.

A luta social para assegurar os direitos trabalhistas em tempos de crise é essencial, afinal diante da dificuldade econômica dos estados e municípios, os salários estão sendo constantemente atrasados, e por muitas vezes pagos de

forma parcelada. Os sindicatos possuem papel fundamental na liderança do movimento grevista, servindo como a base de representação dos trabalhadores na negociação e solução do conflito.

No direito brasileiro a greve era vista apenas como fato social, tendo sua primeira previsão somente no Código Penal de 1890, onde era tipificada como crime, e passando a ser prevista como um direito apenas na Constituição de 1946.

Já a Constituição de 1967 proibia a greve para os servidores públicos, tendo direito apenas os trabalhadores do setor privado. Foi somente a partir de 1979, com a eclosão de diversos movimentos grevistas que a greve passou a ser vista como uma forma legítima de manifestação pelos trabalhadores.

Somente na Constituição de 1988 a greve teve sua previsão como um direito social para trabalhadores da seara privada e da seara pública. Há que se ressaltar que apenas os servidores civis possuem o direito a greve, sendo os servidores militares proibidos por força do artigo 142 da Constituição.

b. Regulamentação do direito de greve do servidor público

No Brasil atual, o direito de greve é um direito fundamental constitucionalmente assegurado tanto para os trabalhadores celetistas quanto para servidores públicos^[6]. A previsão constitucional encontra-se respectivamente, nos artigos 9º e 37, inciso VII de nossa Carta Magna.

Em ambos os casos há a previsão de elaboração de lei para regulamentação do direito de greve, porém apenas a Lei nº 7.783 de 1989, que diz respeito à greve dos trabalhadores do setor privado, foi elaborada. Quanto aos servidores públicos estatutários, aqueles que não estão sob o regime celetista, estes não possuem a devida regulamentação do exercício de seu direito de greve já que não foram abarcados na Lei anteriormente citada e ainda não possuem diploma normativo próprio quanto a greve.

O Superior Tribunal Federal então em 2007, ao julgar os Mandados de Injunção 670, 708 e 712, declarou a omissão legislativa quanto ao dever constitucional em editar lei regulamentadora do direito de greve referente no setor público, e decidiu aplicar no que coubesse a lei de greve do setor privado.

“O Supremo Tribunal Federal, que desde 1994 (data do julgamento), por ocasião da apreciação do Mandado de Injunção nº 20, já havia denunciado a omissão legislativa em regulamentar o direito de greve, porém sem avançar em colmar a lacuna legislativa, revisando o posicionamento anterior, decidiu pela adoção da lei de greve do setor privado como regulamentação das greves do setor público (Mandados de Injunção ns. 670, 708 e 712)... Na mudança drástica da posição anterior – que meramente sinalizava ao Congresso Nacional a omissão legislativa, destaca-se a clara preocupação da Corte Constitucional em dar efetividade a norma fundamental que assegura o direito de greve aos servidores públicos, dando cobro à inércia abusiva dos poderes constituídos que, por dezenove anos, frustrou “a eficácia de situações subjetivas de vantagem reconhecidas pelo texto constitucional[7]”

Apesar da omissão legislativa declarada há mais de dez anos, o direito de greve do servidor público permanece sem regulamentação própria. Existiram e ainda existem projetos de lei para suprir a omissão legislativa, como o projeto de Lei nº 710 de 2011, mas que ainda permanece em tramitação.

No setor privado, a greve envolve parâmetros diversos da greve prevista para o setor público, pois aqui há que se observar o regime jurídico dos servidores públicos, afinal até 1998 todos os servidores faziam parte do Regime Jurídico Único, mas com a Emenda Constitucional nº 19/98 passou a entender que os servidores poderiam ser contratados por outros regimes[8].

Deste modo, para alguns servidores, aqueles contratados pela CLT, não há que se falar em omissão legislativa, pois são regidos pela Lei de Greve. O objeto da presente pesquisa envolve os servidores públicos estatutários, que compõem a grande maioria dos quadros públicos e que não possuem a regulamentação do direito à greve.

Diante da omissão legislativa, o STF, no dia 27 de outubro de 2016, em um julgamento histórico (RE 693456), considerou legítima a possibilidade de corte do salário de servidores quando da sua adesão ao movimento grevista. Os servidores

até então sempre tiveram respaldo no recebimento de sua remuneração de forma integral, mesmo quando lutavam pela melhoria de condições de trabalho ou para acesso a direitos fundamentais, de modo que a decisão do STF veio para modificar uma prática até então consolidada na sociedade.

Haveria uma exceção quanto à possibilidade de corte nas hipóteses em que a greve fosse gerada por conduta ilegal praticada pelo órgão público, como exemplo, a greve que ocorra por causa do atraso no pagamento dos salários aos servidores. Nesta hipótese, de acordo com a decisão, poderia ocorrer o desconto dos vencimentos dos servidores, assim como poderia ocorrer na área privada. Porém, haveria a possibilidade de reposição do pagamento quando da fixação de acordo para compensação das horas paradas.

Haveria então uma igualdade de tratamento entre os servidores públicos e privados. Este motivo fez o ministro Fachin votar contra a possibilidade de corte do salário dos servidores grevistas, apesar de entender ser possível a aplicação da legislação de greve do setor privado para o setor público até a promulgação de lei própria.

“A greve no serviço público, oportuno dizer, não é apenas um ato político de interesse dos trabalhadores como se possa acreditar. Trata-se de uma ação de interesse de toda a sociedade, mesmo quando seu objetivo imediato seja a reivindicação salarial. Afinal, a prestação adequada e de qualidade de serviços à população, que é um dever do Estado, notadamente quando se trata de direitos sociais, depende da competência e da dedicação dos trabalhadores. Sem um efetivo envolvimento dos trabalhadores o Estado não tem como cumprir as suas obrigações constitucionalmente fixadas^[9]”.

Assim, no Julgamento da RE 693456/RJ, cuja decisão tem repercussão geral, devendo, portanto, ser aplicada por outros tribunais, os ministros reafirmaram a tese decidida em 2007, que garantiu a aplicação de regras do setor privado em greves de servidores públicos se permanecer a ausência de Lei específica.

Embora a maioria dos ministros do Supremo tenha entendido que o Estado não deve pagar por um serviço que não foi prestado, pode-se verificar a

preponderância dos argumentos em duas frentes: aquela que acredita que o corte é legal por si só; e a outra que defende que o corte só poderia ser efetivado mediante ordem judicial. Para embasar a decisão, o ministro Fux ressaltou que há previsão da suspensão do pagamento dos dias não trabalhados no Projeto de Lei nº 710/2011^[10], que regula o direito de greve no serviço público, sendo uma consequência imediata da greve.

O problema da decisão do STF quanto aos descontos é que a adesão ao movimento grevista é a principal base de luta dos trabalhadores quando da reivindicação de direitos e aumentos salariais, e esta decisão do STF pode afetar o engajamento dos trabalhadores nas lutas sociais, produzindo uma assimetria na correlação de força poder público x servidores. Novamente os sindicatos ficam receosos quanto a decisão do STF, assim como foi em 2007 com a decisão pela aplicação da Lei nº 7783/89, referente ao setor privado, por analogia para o setor público^[11].

O servidor acaba sendo, então, reprimido em seu direito de se manifestar ou de pleitear melhorias de condições de trabalho, enfrentando cortes no salário, ausência de reajustes, dentre outros problemas que acabam por gerar diversas greves, como a já citada greve dos servidores no Rio de Janeiro.

Deve-se considerar também que no setor privado as greves costumam ser mais rápidas e mais eficazes do que as greves do setor público^[12], isso se deve ao fato que a greve do setor privado afeta diretamente os empresários, fazendo com que estes saibam se vale ou não a pena negociar, porém no setor público, os usuários, ou seja, a população, não tem poder nenhum de decisão, fazendo com que as greves perdurem meses a fio.

O servidor público, então, precisa se valer da pressão do público e da mídia para que suas reivindicações sejam atendidas. A greve dos servidores é um dos movimentos de luta mais utilizados por estes trabalhadores quando necessitam reaver algum dos direitos que lhes foram tolhidos, ou quando passam anos sem ter aumento de salário, e com a possibilidade de corte de ponto e desconto salarial quando da adesão a greve, servidores públicos podem se sentir coagidos a não aderir à greve para não prejudicar no recebimento de sua remuneração

O grande problema da questão é tratar o funcionário público como os da iniciativa privada. O judiciário não é intermediário das relações dos servidores com o governo. Diferentemente do que acontece com a iniciativa privada. Assim, não poderia haver o tratamento igual para situações diferentes.

4. Direito à greve do servidor público na Colômbia

a. Histórico do direito de greve na Colômbia

Ao verificar o histórico do direito à greve na Colômbia, percebe-se sua primeira regulamentação na Ley 78 de 1919, a qual regulou pela primeira vez o direito à negociação coletiva, bem como o direito à greve. Entretanto, já no ano de 1920 a Ley 21 de 1920 proibiu o direito à greve nos serviços públicos, sem contudo fornecer o conceito do que seriam tais serviços[13].

A reforma constitucional de 1936 o artigo 18 passou a estabelecer o direito à greve, mantendo a ressalva quanto aos serviços públicos. Posteriormente o decreto 1778 de 1944 proibiu o exercício da greve, independentemente de ser serviço público ou privado[14].

A permissão do exercício do direito à greve veio novamente para os trabalhadores com a Ley 6 de 1945, conforme explicita Almanza:

La ley 6 de 1945 nuevamente reguló la huelga, cuya normatividad fue copiada del decreto 2350/44. Después, en 1950 se expidió el C.S.T., el cual transcribió la ley 6 de 1945, sobre el derecho de la huelga. En 1956 se promulgó el decreto 753, mediante el cual definió la noción de servicio público, tomado de la legislación francesa, en que todo servicio que satisfaga necesidades de la comunidad es un servicio público, y además, la comentada normatividad facultó al presidente de la república para determinar qué actividades constituían servicios públicos (Art. 1º.)[15]

No ano de 1968 a Ley 47 de 1968 revogou o artigo 1º do Decreto 753/56, removeu esse poder do executivo e conferiu-o ao corpo legislativo[16]. Na Colômbia atualmente o direito à greve é garantido para todos os trabalhadores,

com exceção dos serviços públicos essenciais. Diz o artigo 56 da Constituição Colombiana de 1991:

Artículo 56. Se garantiza el derecho de huelga, salvo en los servicios públicos esenciales definidos por el legislador. La ley reglamentará este derecho.

Una comisión permanente integrada por el Gobierno, por representantes de los empleadores y de los trabajadores, fomentará las buenas relaciones laborales, contribuirá a la solución de los conflictos colectivos de trabajo y concertará las políticas salariales y laborales. La ley reglamentará su composición y funcionamiento[17].

Percebe-se que na Colômbia houve a mudança entre proibir completamente a greve ou permiti-la com exceção das atividades consideradas muito importantes, nas quais não seria permitido interromper a prestação do serviço por afetar o interesse coletivo.

A regulamentação legal na Colômbia depende das normas especializadas que definam as atividades como serviços públicos. A educação, a saúde, a administração da justiça, o transporte, a televisão e os serviços bancários são definidos por lei como atividades essenciais[18].

O legislador definiu em diversas leis as que considera ser serviços públicos essenciais, como as citadas acima, sem, contudo definir quais são os critérios utilizados para a qualificação da atividade como tal. Assim, a classificação é feita de acordo com a vontade do legislador[19]. A Ley 142 de 1994, reguladora dos serviços públicos domiciliares, estabelece um marco legal que serve de referência e orientação daqueles serviços que não tem sua própria regulamentação, ou que esta não é suficiente[20].

Según la Ley 142 de 1994 de servicios domiciliarios, en su artículo 4 dice que éstos son considerados servicios esenciales. Es decir que, de acuerdo al ámbito de aplicación de esa Ley, los servicios de acueducto, alcantarillado, aseo, energía eléctrica, distribución de gas combustible, telefonía

fija pública básica conmutada y la telefonía móvil en el sector rural, son de carácter esencial[21].

Importante destacar que a prevalência que se dá em favor dos usuários dos serviços públicos em face dos trabalhadores e seu direito à greve não constitui uma violação ao direito constitucional da greve, ao direito de associação sindical, nem ao direito ao trabalho, já que essa diferenciação foi realizada pela própria Constituição de 1991, que outorgou essa situação em particular para os trabalhadores dos serviços públicos essenciais[22].

b. Direito à greve nos serviços públicos essenciais

O direito à greve na Colômbia é um direito social, econômico e cultural, constitucionalmente garantido, porém não é considerado um direito fundamental, já que precisa de uma regulamentação legal para ser exercido. O direito à greve não tem caráter absoluto, já que não é garantido aos trabalhadores dos serviços públicos essenciais, e precisa ser exercido de acordo com as normas legais que o regulam[23].

Sin embargo, aunque la huelga es un derecho y una garantía que se encuentra recogida en el artículo 56 superior, no está garantizada, (algunos dicen que está prohibida) para los servicios públicos esenciales (material y funcionalmente) definidos así por el legislador[24].

Importante destacar que o texto constitucional não proíbe a greve para os trabalhadores dos serviços públicos essenciais, mas tão somente não garante o exercício deste direito. Conforme Bernal esclarece:

En la Constitución de 1991 el derecho de huelga, según el artículo 56, no está garantizado para los servidores que laboran en instituciones que prestan servicios denominados como esenciales definidos por el legislador. Aclaremos. La Constitución para los trabajadores de los servicios esenciales no prohíbe la huelga ya que debería decirlo expresamente, lo que dice es que no se garantizará para esa clase de servicios pero en ningún momento la proscrib

tajantemente. Es decir, el Estado no garantiza la huelga en los servicios esenciales, pero no la prohíbe[25].

Assim, os trabalhadores das atividades públicas essenciais podem criar sindicatos, como parte da liberdade de associação, mas não podem utilizar a greve como forma de negociação coletiva. Alguns autores de forma contrária à Bernal entendem que a greve para os serviços públicos está proibida, se baseiam na Ley 50 de 1990 que trouxe modificação na redação do artigo 450 do Código Sustantivo Del Trabajo, de modo a considerar ilegal a suspensão coletiva do trabalho nos casos de serviços públicos.

O artigo 430 do Código Sustantivo del Trabajo proíbe a greve nos serviços públicos essenciais e faz uma lista das atividades que considera serviços essenciais, sem se importar se tais atividades são executadas por pessoas de direito privado ou público[26]. O artigo assim dispõe:

ARTICULO 430. PROHIBICION DE HUELGA EN LOS SERVICIOS PUBLICOS. Modificado por el art. 1, Decreto Extraordinario 753 de 1956. El nuevo texto es el siguiente: De conformidad con la Constitución Nacional, está prohibida la huelga en los servicios públicos.

NOTA: Inciso declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-473 de 1994, siempre que se trate, conforme al artículo 56 de la Constitución Política, de servicios públicos esenciales definidos por el legislador.

Para este efecto se considera como servicio público, toda actividad organizada que tienda a satisfacer necesidades de interés general en forma regular y continua, de acuerdo con un régimen jurídico especial, bien que se realice por el Estado, directa o indirectamente, o por personas privadas.

Constituyen, por tanto, servicio público, entre otras, las siguientes actividades:

a) Las que se prestan en cualquiera de las ramas del poder público;

b) Las de empresas de transporte por tierra, agua y aire; y de acueducto, energía eléctrica y telecomunicaciones;

c) Las de establecimientos sanitarios de toda clase, tales como hospitales y clínicas;

d) Las de establecimientos de asistencia social, de caridad y de beneficencia;

e) INEXEQUIBLE. Las de plantas de leche, plazas de mercado, mataderos y de todos los organismos de distribución de estos establecimientos, sean ellos oficiales o privados; Corte Constitucional Sentencia C-075 de 1997.

f) Las de todos los servicios de la higiene y aseo de las poblaciones;

g) Las de explotación, elaboración y distribución de sal;

NOTA: El literal g) del artículo 1° del Decreto Extraordinario 753 de 1956, que subrogó el artículo 430 del Código Sustantivo del Trabajo, fue declarado INEXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-691 de 2008.

h) Las de explotación, refinación, transporte y distribución de petróleo y sus derivados, cuando estén destinadas al abastecimiento normal de combustibles del país, a juicio del gobierno, e

NOTA: Literal declarado EXEQUIBLE, por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-796 de 2014.

i) Derogado por el numeral 4, art. 3, Ley 48 de 1968. Cualesquiera otras que a juicio del Gobierno interesen a la seguridad, sanidad, enseñanza y a la vida económica o social del pueblo. EL Gobierno decidirá de las actividades de que trata este ordinal, previo concepto que solicite al Consejo de Estado.

A proibição também seria expressa conforme a Ley 734 de 2002 conforme explica Garcia:

El artículo 35 de la Ley 734 de 2002, modificó la citada Ley 200 de 1995, en su artículo 41 fija las prohibiciones a los a los servidores públicos:

ARTÍCULO 35. Prohibiciones. A todo servidor público le está prohibido: (...)32. Propiciar, organizar o participar en huelgas, paros o suspensión de actividades o disminución del ritmo de trabajo, cuando se trate de servicios públicos esenciales definidos por el legislador[27].

Independentemente da não garantia ao direito de greve ou da proibição ao mesmo, é importante destacar que apesar de haver a ressalva quanto aos serviços públicos essenciais, não houve na Constituição Colombiana a previsão de quais seriam tais serviços. Como elucida Ladino, a definição dos serviços públicos que são essenciais passou a ser realizada pelo legislador e pela jurisprudência:

Queda por mencionar el texto del artículo 56 de la Constitución Política colombiana, el cual garantiza el derecho de la huelga como derecho colectivo laboral fundamental de todo trabajador, sin embargo es prohibido practicarla en los servicios públicos esenciales. Teniendo en cuenta que el Constituyente no señaló taxativamente qué actividades eran considerados servicios públicos esenciales, en Colombia esta labor ha correspondido al legislador y a la jurisprudencia[28].

Na tentativa de regulamentar a definição dos serviços públicos essenciais, de modo a evitar que o legislador possa definir a seu bel prazer quais seriam as atividades caracterizadas como essenciais, o Tribunal Constitucional na STC 26/1981 declarou o conceito de serviços públicos essenciais:

Son aquellas actividades industriales o mercantiles de las que derivan prestaciones vitales o necesarias para la vida en comunidad. De esta manera, en la definición de los servicios públicos esenciales entraría el carácter necesario de

la prestación, un servicio es esencial tanto por la naturaleza de la actividad que se despliega como por el resultado que con dicha actividad se pretende. Más concretamente, por la naturaleza de los intereses a cuya satisfacción la prestación se endereza. Para que el servicio sea esencial deben ser esenciales los bienes e intereses satisfechos. Como bienes e intereses esenciales hay que considerar los derechos fundamentales, las libertades públicas y los bienes constitucionalmente protegidos[29].

A definição do conceito de atividade pública essencial é necessária para a análise se referida atividade é materialmente um serviço público essencial[30]. A proibição do exercício do direito à greve por trabalhadores de uma classe só pode ser realizada se tal atividade cumpre três requisitos: seja um serviço público; seja classificado pela doutrina como essencial; e seja declarado como essencial por uma lei da república.

A Corte Constitucional estabeleceu a necessidade de uma análise material se determinada atividade é de fato essencial para evitar que o legislador defina toda e qualquer atividade como essencial, de modo a limitar o acesso ao direito à greve pelos trabalhadores.

Tal tratamento diferenciado quanto aos serviços públicos essenciais decorre do dever do Estado de assegurar a prestação dos serviços públicos a todos os habitantes do território[31], sendo estes submetidos a regulamentação, controle e vigilância estatal[32].

A regulamentação dos serviços públicos tem entre seus fins o objeto de não permitir qualquer interrupção da prestação de serviços, sem exceções, salvo quando existir razões de força maior ou em caso fortuito ou de ordem técnica ou econômica que assim o exigem[33].

Del anterior ejercicio y a modo de síntesis, encontramos que el régimen constitucional colombiano da un tratamiento especial al concepto de servicio público como eje central del principio de solidaridad derivado de la concepción del Estado social de derecho. La norma fundamental protege su prestación, la controla, la regula y la inspecciona con el

propósito de que el ciudadano pueda desarrollar sus potencialidades y su personalidad. En los casos en que el Estado, en sus diferentes niveles de jerarquía, descentralización o desconcentración, no pueda prestar eficientemente el servicio, la Constitución permite la participación del sector privado, sin que escape del poder regulatorio y vigilante del Estado[34].

Almanza defende que o direito a greve estaria limitado na legislação nacional colombiana, conforme explica:

El derecho a la huelga se encuentra limitado en nuestra legislación nacional, ya que los sindicatos de las entidades gubernamentales, que prestan servicios públicos o actividades consideradas como esenciales, no pueden presentar pliego de peticiones, ni celebrar convenciones colectivas, ni decretar la huelga en los servicios públicos que prestan, esto según la ley 50 de 1990, art. 58 y el CST. Art 414 y 416[35].

A crítica do autor é reforçada posteriormente ao defender que a proibição ao direito à greve é ineficaz, já que não impede a sua declaração nem a cessação do serviço público:

La legislación que ha prohibido el cese de actividades colectivo de los empleados de los servicios públicos (paro o huelga ilegal), como el prestado por la rama judicial, es a todas luces ineficaz, pues no logra ni impedir ni su declaratoria, ni la cesación del servicio con la consiguiente afectación de la población; por lo cual urge explorar medidas, creativas que permitan evitar la afectación, pero también logrando que las en muchos casos justas reclamaciones de los empleados de la rama, sean de recibo para el patrono (gobierno) y que sus sugerencias de política y manejo de los despachos judiciales, sea considerada seriamente por el gobierno[36].

A eficácia da legislação aqui não será abordada, por ser necessário pesquisa mais aprofundada exclusivamente sobre a efetividade legislativa na Colômbia.

Considerações Finais

Verifica-se que a legislação brasileira e a colombiana são de certa forma parecidas, já que em ambas há a ressalva quanto aos serviços públicos e essenciais. Enquanto no Brasil a greve nestas atividades é permitida, desde que cumprida a regulamentação especial, como o prazo de notificação maior e a manutenção da prestação do serviço mínimo, na Colômbia há a proibição total do direito à greve nesses serviços.

No Brasil, apesar da garantia do direito à greve, esta não é feita de forma completa já que não há regulamentação da greve no serviço público. A omissão legislativa completa neste ano 30 anos e ainda não foi solucionada, apesar de já ter sido declarado o dever constitucional do Poder Legislativo em regulamentar tal direito.

Inclusive a Emenda Constitucional alterou a redação do inciso VII do artigo 37 da Constituição Federal que antes previa a necessidade de regulamentação por Lei Complementar, passando a ser necessária a aprovação por meio de Lei Específica, que possui quórum menor de aprovação.

Já na Colômbia a proibição da greve nos serviços públicos enfrenta também um problema de omissão legislativa, já que não há regulamentação quanto aos critérios utilizados para a classificação de um serviço público essencial, deixando a cargo do judiciário e da doutrina a conceituação de tal atividade.

Importante destacar a crítica trazida pelo autor Almanza que discute a real eficácia da proibição da greve para os serviços públicos essenciais, já que não haveria meios alternativos eficazes para a solução do conflito.

Percebe-se que em ambos os casos, proibindo ou não o direito à greve, há em ambos os países a falta de meios alternativos de resolução de conflitos na negociação coletiva.

Conclui-se também que a simples permissão do direito à greve para os serviços públicos essenciais, como ocorre no Brasil, não garante a sua eficácia, e a

sua resolução, já que, como no nosso caso, o direito pode não ser regulamentado, podendo afetar a participação dos trabalhadores no movimento, enfraquecendo-o como meio de solução de conflito.

Referências Bibliográficas

ALMANZA, Manuel Javier Báez. *El derecho a la huelga en colombia huelga y regulacion frente a la rama judicial*. Disponível em :<http://repository.usta.edu.co/bitstream/handle/11634/2064/Baezmanuel2017.pdf?sequence=2>

ANDES. *Posição da Diretoria do ANDES – Decisão do STF sobre corte de ponto dos servidores públicos: mais um ataque aos trabalhadores e as trabalhadoras*. Disponível em: < <http://adufu.org.br/post/noticias/posicao-da-diretoria-do-andes--decisao-do-stf-sobre-corte-de-ponto-dos-servidores-publicos:-mais-um-ataque-aos-trabalhadores-e-as-trabalhadoras/>>

AMARANTE, João Armando Moretto. *Lei de Greve Comentada*. São Paulo: Almedina, 2014.

BARROSO, Luis Roberto. *Recurso Extraordinário 693.456 RJ. Voto do ministro Luis Roberto Barroso*. Disponível em: < http://d2f17dr7ourrh3.cloudfront.net/wp-content/uploads/2016/10/RE-693456_Greve-no-servi%C3%A7o-p%C3%BAblico_resumo_v2-1.pdf>.

BERNAL, Francisco Javier. *Derecho administrativo – Programa Administración pública territorial*. Escuela Superior de Administración Pública, Bogotá, enero de 2008.

CAMPOS OLIVEIRA, Natalia. *O Direito de Greve e o Princípio Administrativo da Continuidade do Serviço Público*. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIV, n. 90, jul 2011. Disponível em:

CONCEIÇÃO, Maria da Consolação Vegi da. *A greve no serviço público: elementos conceituais e o debate em torno da sua regulamentação*. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XI, n. 52, abr 2008. Disponível em: . Acesso em jan 2017.

CORAZZA, Ana Claudia Vatri. *Evolução histórica do direito de greve*. Disponível em:

CUT. *Para a central, decisão do STF é sobre as relações de trabalho no funcionalismo público visa a desarticular mobilização da categoria*. <http://www.redebrasilatual.com.br/trabalho/2016/10/cut-repudia-decisao-do-stf-de-cortar-salarios-dos-servidores-em-greve-5892.html>

DAMIA, Fábria de Lima Brito. *O direito de greve dos servidores públicos*. Disponível em: < <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/32887-40936-1-PB.pdf>>

DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2016.

FALCÃO, Marcio. *STF decide: servidor público em greve deve ter o ponto cortado*. Disponível em:

Fernández, Iván Mauricio. *Manual de Derecho Procesal* – Universidad La Gran Colombia – Editorial Universitaria, 2015.

FRAGA, Ricardo Carvalho; VARGAS, Luiz Alberto de. *Greve dos servidores públicos e STF*. Revista do Tribunal Superior do Trabalho, Porto Alegre, RS, v. 76, n. 2, p. 33-42, abr./jun. 2010. Disponível em: <https://juslaboris.tst.jus.br/handle/1939/14077>

GARCIA, Hernán Alejandro Olano. *Manual erudito de derecho administrativo general. Competencias administrativas y función pública. Núcleo Cuatro*. Universidad de La Sabana, Colombia. Versión de abril de 2016. Disponível em:

<https://intellectum.unisabana.edu.co/bitstream/handle/10818/23441/5%20B%20N%C3%BAcleo%20Cuatro%20Funci%C3%B3n%20P%C3%ABlica%202016.pdf?sequence=1>

LADINO, Julio César Gamba. *Régimen Constitucional colombiano del servicio público*. Disponível em: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2544/12.pdf>

LOUREIRO, Alexandre Pinto. *O direito de greve do servidor público no Brasil diante do princípio do interesse público*. Disponível em:

MAIOR, Jorge Luiz Souto. *A ilegalidade do corte de ponto pelo exercício do direito de greve*. Disponível em:

MARTINS, Sergio Pinto Martins. *Greve do Servidor Público*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MELO, Raimundo Simão de. *A greve no direito brasileiro*. 4ª ed. São Paulo: LTr, 2017.

MAUS, Ingeborg. *O Judiciário como superego da sociedade*. Novos Estudos. n. 58. nov. 2000. São Paulo:CEBRAP, p. 183-202.

RAMALHO, Renan. *Supremo admite corte de salário de servidores em greve*. Disponível em:

SÁ, Mariana Oliveira de; e BONFIM, Vinícius Silva. *A atuação do Supremo Tribunal Federal frente os fenômenos da judicialização da política e do ativismo judicial*. Disponível em:

SILVA, Sayonara Grillo Coutinho Leonardo. *Relações Coletivas de Trabalho: Configurações Institucionais no Brasil Contemporâneo*. Cap. 2 (Relações Coletivas de Trabalho: Processos Constitutivos e Fundamentos Conceituais). Rio de Janeiro: LTr, 2008, pag.42-85.

SINDIMED. *Greve: SINDIMED critica corte de ponto aprovado pelo STF*. Disponível em:

STF. *Dias parados por greve de servidor devem ser descontados, exceto se houver acordo de compensação*. Disponível em:

TOFFOLI, Dias. *Recurso Extraordinário 693.456 RJ. Voto do Relator*. Disponível em:

_____. *Código Sustantivo Del Trabajo*. Colômbia, 1950. Disponível em:

_____. *Ley 50 de 1990*. Colômbia. Disponível em:
<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=281>

NOTAS:

[1] Advogada. Mestranda em Direito e Sociologia pela Universidade Federal Fluminense.

[2] AMARANTE, 2014.

[3] SILVA, 2008.

[4] AMARANTE, 2014.

[5] AMARANTE, 2014.

[6] Há vedações apenas quanto aos membros das Polícias Militares e Copos de Bombeiros Militares, instituições organizadas com base na hierarquia e disciplina, são militares dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios (art. 42 da Constituição Federal). Essa proibição se deve ao fato de que esses trabalhadores possuem atividades relacionadas à manutenção da ordem e segurança pública.

[7] FRAGA, 2010.

[8] CONCEIÇÃO, 2008.

[9] MAIOR, 2015.

[10] Disponível em: <http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/103493>

[11] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção nº 670, nº 708 e nº 712. Brasília, 25.10.2007.

[12] Para entender direito: Por que greves no setor privado são menos frequentes e mais curtas? Folha de São Paulo, 21/10/2011 Disponível em: .

[13] ALMANZA, não datado, p. 07.

[14] ALMANZA, não datado, p. 08.

[15] ALMANZA, não datado, p. 08.

[16] ALMANZA, não datado, p. 09.

[17] Disponível em: <http://www.corteconstitucional.gov.co/inicio/Constitucion%20politica%20de%20Colombia.pdf>

- [18] LADINO, não datado, p. 241.
- [19] ALMANZA, não datado, p. 11.
- [20] LADINO, não datado, p. 242.
- [21] BERNAL, 2008, p. 100.
- [22] ALMANZA, não datado, p. 13
- [23] ALMANZA, não datado, p. 10.
- [24] ALMANZA, não datado, p. 02.
- [25] BERNAL, não datado, p. 99.
- [26] BERNAL, 2008, p. 100
- [27] GARCIA, 2016, p 62/64
- [28] LADINO, não datado, p. 240/241
- [29] LADINO, não datado, p. 241.
- [30] ALMANZA, não datado, p. 10.
- [31] LADINO, não datado, p. 235.
- [32] LADINO, não datado, p. 233.
- [33] LADINO, não datado, p. 242.
- [34] LADINO, não datado, p. 240.
- [35] ALMANZA, não datado, p.12.
- [36] ALMANZA, não datado, p.24/25